

**MAURÍCIO ANDERE VON BRUCK LACERDA**

**O SILÊNCIO NO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO  
AMBIENTE CONTRATUAL PRIVADO BRASILEIRO**

Tese de doutorado

Orientador: Professor Associado Doutor José Fernando Simão

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**SÃO PAULO – SP**

**2020**

**MAURÍCIO ANDERE VON BRUCK LACERDA**

**O SILÊNCIO NO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO  
AMBIENTE CONTRATUAL PRIVADO BRASILEIRO**

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob orientação do Professor Associado Doutor José Fernando Simão.

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**SÃO PAULO – SP**

**2020**

Catálogo da Publicação  
SERVIÇO DE BIBLIOTECA E DOCUMENTAÇÃO  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Lacerda, Maurício Andere Von Bruck

O SILÊNCIO NO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO AMBIENTE  
CONTRATUAL PRIVADO BRASILEIRO/ Maurício Andere Von Bruck Lacerda;  
orientador José Fernando Simão – São Paulo, 2020. 278p.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade  
de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Autonomia privada. 2. Contratos. 3. Direito Civil. I. Simão, José Fernando. II.  
Título.

LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O silêncio no exercício da autonomia privada no ambiente contratual privado brasileiro*. 2020. 278 páginas. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

## **RESUMO:**

O escopo da tese é investigar se, e sob quais condições, o silêncio caracteriza-se como meio apto ao exercício da autonomia privada no ambiente contratual brasileiro, tanto no momento inicial constitutivo do vínculo jurídico negocial, quanto durante a sua execução. Diante das dificuldades relacionadas ao seu enquadramento como “declaração de vontade”, impõe-se investigar os elementos constitutivos de tais condutas silenciosas relevantes juridicamente, os fundamentos teóricos e as bases legais que as orientam e as sustentam, bem como a forma que assumem no universo contratual, tomando por base a regra do artigo 111 do Código Civil Brasileiro e a sua interação com outros dispositivos constantes do atual ordenamento jurídico privado pátrio. Em referido contexto, são aprofundados e propostos novos critérios para auxiliar o intérprete na identificação da concretização do fenômeno, bem como apresentadas aplicações efetivas das regras que o regulam, as quais conferem soluções mais adequadas a hipóteses fáticas concretas, do que aquelas normalmente fornecidas por cláusulas gerais, ou por construções eminentemente teóricas, traçando-se paralelos com o tratamento conferido ao tema por outros ordenamentos jurídicos da família do direito romano germânico, com destaque para Portugal, Alemanha e Itália. Pretende-se, dessa forma, fornecer novas diretrizes ao tratamento do tema, com o objetivo de melhor sistematizar o exercício da autonomia privada por tal meio, no ambiente contratual privado brasileiro, perpassando pela análise da casuística destinada a demonstrar os contributos da investigação à ciência jurídica brasileira.

**Palavras-chave:** Direito privado. Declaração de vontade. Silêncio. Autonomia privada. Artigo 111 do Código Civil brasileiro. Formação e execução do contrato.

LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *The party silence in the exercise of private autonomy under the Brazilian private contract law*. Ph.D. Thesis, 278 pages. Faculty of Law of the University of Sao Paulo, Brazil.

## **ABSTRACT**

The scope of this Ph.D. thesis is to investigate whether and under which conditions, party silence is characterised as an appropriate means to strengthen the exercise of private autonomy under the Brazilian contract law, both at the moment when negotiating legal relation is established as well as during its execution. Before the difficulties in framing party silence as “declaration of will”, it becomes necessary to investigate the elements that constitute the silent conducts that are legally relevant. The theoretical and legal foundations that orient and support such conducts are examined as well, along with the form they take in the universe of the Brazilian contract law, having as guideline the rule set out in article 111 of the Civil Code and its interaction with other provisions present in the private legal system. In this context, new criteria are deepened and proposed in order to assist the interpreter in identifying the completion of the phenomenon. Also, the effective applications of the provisions that regulate are introduced, always considering that such applications provide more adequate solutions to the concrete factual hypothesis than those usually supplied by general clauses or by the constructions that are eminently theoretical. During this itinerary, parallels are drawn with the treatment granted to the theme by other legal systems pertaining to the family of the Roman and German law, with special emphasis on the cases of Portugal, Germany and Italy. This Ph.D. research is aimed at providing new approaches to the study of the subject in order to systemise more effectively the exercise of private autonomy through such means under the Brazilian private contract law. Also, this Ph.D. research work pass through casuistic analysis in order to demonstrate its contributions to the Brazilian legal science.

**Key words:** Private law. Declaration of will. Party silence. Private autonomy. Article 111 of the Brazilian Civil Code. Formation and execution of contracts.

LACERDA, Mauricio Andere Von Bruck. *Il silenzio nell'esercizio dell'autonomia privata nell'ambiente contrattuale privato brasiliano*. 2020. 278 pp. Tesi (dottorato di ricerca). Facoltà di Diritto dell'Università di San Paolo.

## **RIASSUNTO**

Lo scopo di questa tesi è quello di investigare se, e sotto quali condizioni, il silenzio si caratterizza quale mezzo adeguato all'esercizio dell'autonomia privata nell'ambiente contrattuale brasiliano, sia nel momento di costituzione del vincolo giuridico negoziale, sia durante la sua esecuzione. Davanti alle difficoltà che riguardano il suo inquadramento quale “dichiarazione di volontà”, s'impone il bisogno di investigare gli elementi costitutivi di tali condotte silenziose, giuridicamente rilevanti, così come le basi teoriche e legali che le orientano e sostengono così come la forma che assumono nell'universo contrattuale, basati sulla regola dell'articolo 111 del Codice Civile Brasiliano e la sua interazione con altri dispositivi che fanno parte dell'ordinamento giuridico odierno. In questo contesto, saranno approfonditi e proposti nuovi criteri per ausiliare l'interprete nell'identificazione della concretizzazione del fenomeno, così come saranno introdotte le applicazioni effettive delle regole che lo reggono, le quali conferiscono soluzioni più adeguate alle ipotesi dei fatti concreti che quelle proposte da regole generali, o da costrutti eminentemente teorici, tracciando paralleli con il trattamento dato al tema da altri ordinamenti giuridici della famiglia del diritto romano germanico dando un'enfasi speciale sui casi del Portogallo, della Germania e dell'Italia. Nel percorso s'intende, quindi, fornire nuovi approcci al trattamento del tema con l'obiettivo di miglior sistematizzare l'esercizio dell'autonomia privata tramite tale mezzo nell'ambiente contrattuale privato brasiliano, passando per l'analisi casuistica con il fine di dimostrare i contributi della ricerca alla scienza giuridica brasiliana.

**Parole chiave:** Diritto privato. Dichiarazione di volontà. Silenzio. Autonomia privata. Articolo 111 del Codice Civile Brasiliano. Formazione ed esecuzione del contratto.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
Apresentação e delimitação do tema: objeto do estudo e sua relevância.....	9
CAPÍTULO 1 – O SILÊNCIO NO CONTEXTO DA CONDUTA HUMANA: DELIMITAÇÃO NECESSÁRIA .....	17
CAPÍTULO 2 – O SILÊNCIO NO AMBIENTE NEGOCIAL: ASPECTOS ESTRUTURAIS .....	27
2.1. Declaração e comportamento: irrelevância da vontade?.....	32
2.2. (In)consciência da conduta silenciosa? .....	36
2.3. A conduta silenciosa na concepção estrutural do negócio jurídico .....	42
2.4. Contributos das teorias do negócio jurídico na análise do silêncio no âmbito dos contratos .....	48
2.5 Critérios orientadores da relevância jurídico-negocial do silêncio: balizas legais...54	
CAPÍTULO 3 – ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DO SILÊNCIO COMO MEIO DE EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	63
3.1. Declarações de vontade expressas.....	69
3.2. Manifestações tácitas de vontade .....	71
3.2.1 Comportamento concludente.....	73
CAPÍTULO 4 – O SILÊNCIO NO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA CONTRATUAL: BREVES NOTAS E DIVERGÊNCIAS HISTÓRICAS.....	79
4.1. Posição prevalente na contemporaneidade.....	86
4.2. Reflexões críticas sobre o emprego dos termos “omissão” e “inércia” .....	93
4.3. Silêncio e os meios expressos e tácitos: dicotomia “declaração x comportamento” .....	100
CAPÍTULO 5 – A REGRA DO ARTIGO 111 DO CÓDIGO CIVIL: ORIGEM, ABRANGÊNCIA, FUNÇÕES E NATUREZA NO AMBIENTE CONTRATUAL.....	103
5.1. Origem e <i>locus</i> da regra do artigo 111 do Código Civil.....	104
5.2. Abordagem sistêmica da regra do artigo 111 do Código Civil .....	112

5.3. Opção do sistema brasileiro pela “anuência” .....	115
5.4. Pressuposto e condicionantes legais para o exercício da autonomia privada pelo silêncio .....	128
5.4.1. Necessidade de declaração de vontade expressa: forma .....	137
5.4.1.1. Casuística: pacto antenupcial .....	144
5.4.2. Possíveis facetas do silêncio no contrato: proposta e aceitação? .....	150
5.4.3. Particularidades relacionadas à regra do art. 432 do Código Civil .....	158
5.4.3.1 Proposta feita no exclusivo interesse do oblato silente .....	164
5.4.3.2 Existência de convite à proposta por parte do silente .....	171
5.4.3.3 Existência de relações contratuais correntes .....	176
5.4.3.4 Estágio conclusivo das tratativas contratuais .....	179
5.5 Aspectos patológicos que afetam o exercício da autonomia privada: a sujeição do comportamento silencioso aos defeitos do negócio jurídico.....	180
5.5.1. Breves reflexões sobre as consequências do comportamento silencioso do relativamente incapaz.....	184
5.6. Função interpretativa da regra do artigo 111CC .....	188
5.7. O hiperdimensionamento da boa-fé objetiva: os contributos da regra do artigo 111CC e sua maior conexão com a tutela da confiança .....	194
5.8. “Teoria da aparência” e os contributos da regra do artigo 111 do Código Civil..	201
5.9. Natureza da regra do artigo 111CC .....	205
<b>CAPÍTULO 6 – O SILÊNCIO EM CONTRATOS ESPECÍFICOS E EM OUTROS NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS .....</b>	<b>209</b>
6.1. Peculiaridades que envolvem o silêncio nos contratos de adesão e de consumo..	209
6.2. Outros negócios jurídicos unilaterais envolvendo comportamentos silenciosos no universo contratual .....	221
6.2.1. O silêncio circunstanciado do cônjuge em relação à outorga necessária à validade de determinados atos .....	225
6.2.2. Particularidades do comportamento silencioso em relação à outorga de poderes e	



ao contrato de mandato .....	231
6.3. “Comodato” x “Locação”: casuística.....	238
6.4. O silêncio do empresário acerca das alterações promovidas na fatura empresarial .....	243
<b>CAPÍTULO 7 – DIRETRIZES GERAIS PARA A ABORDAGEM DO SILÊNCIO NOS CONTRATOS PRIVADOS BRASILEIROS.....</b>	<b>247</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>255</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>265</b>

# INTRODUÇÃO

## Apresentação e delimitação do tema: objeto do estudo e sua relevância

O estudo do silêncio no universo negocial, com destaque para o ambiente contratual, não é recente. Pode-se afirmar tratar-se de tema clássico do direito civil, inclusive no âmbito da doutrina brasileira<sup>1</sup>, o qual vem acompanhado de inúmeras polêmicas e divergências relacionadas ao próprio processo de formação do contrato ou de figuras análogas aos contratos; seja pela via negocial, baseada na clássica noção de “declaração de vontade”; seja por intermédio de vias alternativas<sup>2</sup>, algumas das quais fundadas na suposta insuficiência da disciplina contratual e até mesmo negocial<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Na doutrina brasileira, entre aqueles que trataram do tema de forma mais específica, no início do século XX, destacam-se: LEME, Lino de Moraes. **Da eficácia jurídica do silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1933. RODRIGUES, José Martins. **Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio**. Fortaleza: S.N., 1934, sendo que referida obra fora republicada em 2012 (RODRIGUES, José Martins. **Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio**. São Paulo: Malheiros, 2012). LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935 e MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 731. Trata-se, contudo, este último, de artigo jurídico publicado, originariamente, na RT 105 de janeiro de 1937, p. 3-20. Não se despreza, outrossim, aqueles autores que exploraram o tema incidentalmente e de forma um pouco mais aprofundada em suas obras, ainda na vigência do Código Civil anterior, com destaque para: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, em vários tomos, com destaque para os tomos III e XXXVIII. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002 (tese de livre docência defendida ainda na década de 1970, tal como destaca RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **10 anos sem Antônio Junqueira de Azevedo: uma homenagem**. 13 de novembro de 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-nov-13/direito-comparado-10-anos-antonio-junqueira-azevedo-homenagem#sdfnote3sym> > Acessado em: 11 jan. 2020.), ao promover a análise do negócio jurídico sob uma perspectiva estrutural – em preferência às definições relacionadas à gênese (voluntarista) e à função (preceptiva ou objetiva) – conferindo importante e decisivo destaque às “circunstâncias negociais” que envolvem a manifestação de vontade, tratou do silêncio tanto no plano da existência, como elemento intrínseco ou constitutivo relacionado à forma que a declaração pode assumir, quanto nos planos da validade e da eficácia do negócio jurídico.

<sup>2</sup> Tais como as “declarações presumidas”, resultantes de “comportamentos omissivos do sujeito”, as quais recorrem à criticável noção de “vontade presumida”, para caracterizar os “comportamentos de efeito vinculante”, os quais permanecem na área do negócio jurídico, mas prescindem da “declaração de vontade” propriamente dita, como destacado por GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. (Aumentada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 51-52.

<sup>3</sup> Como destaca AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (titularidade). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1986, p. 44/45 quando explora as “relações paracontratuais”, ao analisar o caso dos “serviços públicos”, salientando que “o que se tem são relações jurídicas inteiramente semelhantes às que surgem de um contrato – e contrato sinalagmático de trato sucessivo – mas sem que haja contrato. Não há *in casu*, declaração negocial e, portanto, não há negócio jurídico. O que há são as chamadas ‘relações paracontratuais’, ou ‘paranegociais’, às vezes ditas, em fórmula contraditória, ‘relações contratuais fáticas’ (se são relações de fato, não podem ser contratuais)”. A crítica terminológica se refere ao enquadramento conferido por HAUPT, Günter. **Über faktische Vertragsverhältnisse**. Leipziger rechtswissenschaftliche

Em referido contexto, a hipótese central desta tese é a de que o silêncio caracteriza-se como meio legítimo e excepcional de exercício da autonomia privada no ambiente contratual brasileiro, tanto no momento inicial constitutivo do vínculo jurídico, quanto durante a sua execução. Diante das dificuldades relacionadas à sua caracterização como “declaração de vontade”, impõe-se investigar os elementos constitutivos de tais condutas silenciosas relevantes juridicamente, os fundamentos teóricos e as bases legais que as orientam e as sustentam, bem como a forma que assumem no universo contratual.

Ao reconhecer que, do silêncio pode resultar “anuência” (art. 111CC<sup>4</sup>), o sistema brasileiro apresenta, sob a influência da teoria da confiança, alternativa inovadora e mais abrangente – do que o clássico enquadramento na noção de declaração de vontade – à abordagem da figura no universo contratual pátrio, quando comparada à solução conferida por outros ordenamentos jurídicos da família do direito romano-germânico, com destaque para Portugal, Alemanha e Itália.

Diante do caráter excepcional assumido pelo silêncio como meio de exercício da autonomia privada, são propostos e aprofundados os critérios que auxiliam o intérprete a identificar a concretização do fenômeno, bem como apresentadas aplicações efetivas das regras que o regulam, as quais se mostram capazes de conferir soluções mais adequadas a hipóteses fáticas concretas, do que aquelas normalmente fornecidas por cláusulas gerais ou por construções eminentemente teóricas, tais como as baseadas na boa-fé objetiva e na teoria da aparência. Em razão do perfil heterogêneo dos contratos privados brasileiros, propõe-se o estabelecimento de parâmetros e de diretrizes destinados à sistematização de sua incidência no contexto contratual pátrio, perpassando pela análise da casuística, destinada a demonstrar os contributos do estudo do tema à ciência jurídica brasileira.

Na busca de tal desiderato, verifica-se a necessidade e a utilidade de novas

---

Studien. Leipzig: Verlag von Theodor Weicher, 1941. Também LARENZ, Karl. Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten. Neue Juristische Wochenschrift, n. 51-52, p. 1897-1900, 1956 procurou explicar o referido fenômeno social, categorizando-o juridicamente. Em português, ver a tradução na seguinte referência: LARENZ, Karl. O Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). (Traduzida por Alessandro Hirata). **Revista Direito GV** 3. São Paulo. Vol. 2, n 1. (Jan./Jun. 2006), p. 55 - 64. GOMES, Orlando, op. cit., p. 80, faz menção aos “contratos de conteúdo imposto” e aos “negócios de atuação”. Ver também, na realidade brasileira, SILVA, Juliana Pedreira da. **Contratos sem negócio jurídico**: crítica das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>4</sup> “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

investigações a respeito do tema na realidade contratual brasileira atual<sup>5</sup>, sob a luz das inovações trazidas pela Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002 (Código Civil de 2002 – CC) – e de algumas outras leis esparsas que a precederam e a sucederam, a exemplo do “Código de Defesa do Consumidor” (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – CDC) e, mais recentemente, da “Lei da Liberdade Econômica” (Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019 – LLE) – no contexto dos atuais vetores principiológicos norteadores da dinâmica contratual; do denominado fenômeno da “unificação do direito obrigacional privado”; da positivação do tratamento das relações contratuais massificadas, com destaque para a constatada intensificação do estabelecimento de relações contratuais por intermédio de meios eletrônicos ou digitais<sup>6</sup>; entre outros aspectos.

---

<sup>5</sup> Após o advento do Código Civil atual e o tratamento da figura no artigo 111CC, o tema foi tratado por vários autores em manuais, obras destinadas ao estudo do negócio e dos contratos em geral e em comentários ao Código Civil, a exemplo de DINIZ, Maria Helena. **Parte geral e disposições transitórias. Novo Código Civil Comentado.** In: FIUZA, Ricardo. 3ª ed. (Atualizada) São Paulo: Saraiva, 2004. DUARTE, Nestor. **Arts. 1º a 232. Parte Geral.** In: PELUSO, Cezar. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. Vol. 1. Barueri: Manole, 2013, p. 15-175, p. 109; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. MENKE, Fabiano. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo (arts. 189 ao 232).** São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 181/294, p. 193, entre outras. Registra-se, contudo, a existência de poucos artigos e monografias mais específicos e aprofundados a respeito do tema, com destaque para os seguintes, em ordem cronológica: FRADERA, Vera Jacob de. **O valor do silêncio no novo Código Civil.** In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto. Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 569/582. ZANETTI, Cristiano de Sousa; ROBERT, Bruno. **A conclusão do contrato pelo silêncio.** In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. Direito Civil: direito patrimonial e existencial: Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p. 257-295, no qual os autores realizam importante análise da gênese dos artigos 111 e 432 do CC, para identificar uma regra geral relacionada à formação do contrato pelo silêncio na realidade brasileira e, em seguida, dedicam-se a aplicar a regra a hipóteses fáticas mais específicas, valendo-se da análise de casos concretos, principalmente estrangeiros. As dissertações de mestrado de TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação dos contratos:** proposta, aceitação e elementos da declaração negocial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, e de BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo. **O(s) silêncio(s) no negócio jurídico:** reflexões sobre a apreensão dos silêncios na teoria do negócio jurídico. Dissertação (mestrado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2016.

<sup>6</sup> Importante consignar, desde logo, que o presente estudo não tratará dos contratos celebrados por intermédio de plataformas eletrônicas (contratos eletrônicos), o que ampliaria demasiadamente o escopo deste trabalho. Registra-se, apenas, que as condutas adotadas em referido ambiente distanciam-se da abordagem do silêncio e aproximam-se da noção de comportamentos concludentes, tal como se detalhará no capítulo 3.2.1. Não se descuida, porém, da busca em destacar exemplos contemporâneos que contemplem a formação de contratos por intermédio de mecanismos de comunicação instantânea, por meios digitais, tais como os aplicativos *whatsapp*, *telegram*, entre outros, nos quais o silêncio ostenta papel relevante. Acerca dos impactos dos avanços tecnológicos e do surgimento contínuo de novos meios de comunicação e de celebração de contratos, associados à ausência de legislação específica regulando tais novas realidades econômicas, endossa-se o argumento de SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo. Vol. 55/2005, (Jul-Set/2005), p. 55, “Quando se conjuga (a) a intensidade e (b) a velocidade do efeito da tecnologia da informação sobre o fenômeno jurídico com (c) a impossibilidade de se produzirem leis com a capacidade de tratar minudentemente destes avanços, (muitas vezes, quando um texto estiver sendo promulgado, a tecnologia adotada pode já ser outra) evidencia-se a necessidade da

Para atingir tais escopos, a investigação estrutura-se em duas partes. Na primeira, composta pelos capítulos 1, 2, 3 e 4, são abordadas – de forma sintética – as principais polêmicas que envolvem a disciplina negocial, com destaque para o papel da vontade e para os meios pelos quais se manifesta. Perpassa pelas discussões relacionadas aos seus elementos constitutivos, notoriamente pela questão da consciência da declaração e pelas concepções e teorias do negócio jurídico, tomando por base as regras do direito positivo brasileiro, de forma a demonstrar a viabilidade potencial do exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio e a sua relação com os demais meios clássicos de formação do contrato.

Na segunda parte da investigação, nos capítulos 5, 6 e 7, explora-se o *modus* pelo qual tal exercício concretiza-se na realidade negocial e, especificamente, contratual brasileira. Investiga-se o teor, a abrangência e as funções desempenhadas pelas principais regras do direito positivo destinadas a viabilizarem tal exercício nos variados momentos do fenômeno contratual, tendo, como pano de fundo, hipóteses fáticas concretas analisadas pelos tribunais e exemplos específicos de contratos e de negócios jurídicos unilaterais afeitos a tal ambiente, propondo-se algumas diretrizes para a abordagem do tema na realidade pátria.

Em referido contexto, após brevíssima abordagem da conduta humana, com o escopo de delimitar o objeto do estudo no ambiente negocial (capítulo primeiro), são percorridas as principais discussões afeitas a esse ambiente (capítulo segundo), envolvendo as polêmicas em torno do emprego das expressões “declaração de vontade”, “manifestação de vontade” e “comportamento”, com enfoque para a relevância (ou não) da vontade e da consciência da conduta silenciosa para a constituição de vínculos jurídicos no ambiente contratual. Avança-se pelas concepções do negócio jurídico e após a fixação do *locus* de investigação do silêncio no ambiente negocial – com o auxílio da concepção estrutural do negócio jurídico, – procura-se identificar qual(is) das teorias do negócio jurídico se mostra(m) mais apta(s) a justificar(em) o exercício da autonomia privada por meio do silêncio, sem perder de vista as bases teóricas e, principalmente, legais as quais orientam e sustentam tal análise, com destaque para as regras atinentes aos

---

utilização dos princípios, como responsáveis pela manutenção da coesão do sistema jurídico, ainda que reconhecido como um ‘sistema aberto’”, complementando que “muito antes de se afiançar a idéia de uma ‘revolução jurídica’ é importante buscar a correspondência entre estas novas situações e as regras e princípios já conhecidos, especialmente estes, pelo seu caráter ‘imediatamente finalístico’ e ‘primariamente prospectivo’”.

negócios jurídicos, constantes da parte geral do Código Civil brasileiro.

No capítulo terceiro, explora-se, sinteticamente, o instituto jurídico da autonomia privada, destacando-se a importância e as principais características que a figura assume no contexto contratual da pós-modernidade, com o propósito de determinar, entre outros fatores, se, e, em que medida o comportamento silencioso pode ser considerado instrumento para o seu exercício em tal ambiente.

Após breve explanação acerca dos demais meios de exercício da autonomia privada, com destaque para as “declarações expressas”, as “manifestações tácitas” e para os “comportamentos concludentes”, procura-se identificar (capítulo quarto) as principais características distintivas de tais meios em relação ao silêncio, com base nas posições doutrinárias divergentes em torno do tema no passado, com o escopo de definir o perfil assumido pela figura na atualidade, propondo-se, ao final do capítulo, algumas reflexões críticas acerca da observância de maior rigor terminológico em relação às expressões destinadas à identificação do silêncio como meio de exercício da autonomia privada.

A partir do capítulo quinto, diante da constatação de que a regra do artigo 111CC é inovadora no tratamento do silêncio no direito privado brasileiro – ao reconhecer que dele possa resultar anuência, face a determinados usos ou circunstâncias e desde que não seja necessária a declaração de vontade expressa – a investigação destina-se a revelar os moldes que o exercício da autonomia privada, por intermédio do silêncio, assume na realidade contratual brasileira, considerando, inclusive, que a regra em questão não encontra paralelo em outros ordenamentos jurídicos da família do direito romano-germânico, com destaque para as realidades italiana, alemã, portuguesa e, também, suíça.

Com tal propósito, parte-se das discussões doutrinárias que precederam a redação final do dispositivo em questão, identificando o seu *locus* e os fatores modeladores da sua aplicação dentro do sistema de direito privado pátrio, culminando com a delimitação da abrangência da regra e dos principais efeitos da opção pela “anuência”, em preferência às consagradas noções de declaração e de manifestação de vontade, com suporte nas principais conclusões alcançadas nos capítulos precedentes da investigação.

Em seguida (capítulo 5.4.), fixadas tais bases, explora-se especificamente o requisito limitador da forma e as condicionantes (usos ou circunstâncias) constantes da regra do artigo 111CC, para – com base nas clássicas figuras da proposta e da aceitação –

identificar os efeitos da interação de referido dispositivo legal com outras regras destinadas à formação dos contratos, com destaque para o art. 432CC, possibilitando o estabelecimento de alguns critérios destinados ao preenchimento dos conceitos indeterminados constantes do art. 111CC, a fim de estabelecer parâmetros mais claros de reconhecimento do fenômeno.

Na sequência discorre-se brevemente acerca de aspectos patológicos capazes de interferir no exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio, com destaque para a incidência das regras relativas aos defeitos dos negócios jurídicos e para sintéticas reflexões em torno do silêncio do incapaz.

Na parte final do capítulo quinto, analisa-se a presença de função interpretativa na regra do artigo 111CC, capaz, portanto, de interferir na execução (efeitos) das obrigações contratuais previamente pactuadas e não apenas na constituição inicial do vínculo jurídico. Propõe-se, nos tópicos seguintes (5.7 e 5.8), reflexões críticas acerca da relação do silêncio com a boa-fé objetiva e com a denominada “teoria da aparência”, com o propósito de apurar se, e, em que medida o tratamento legal específico conferido ao silêncio na realidade brasileira proporciona melhores resultados na *praxis* contratual e fornece respostas tecnicamente mais adequadas a conflitos *in concreto*, cujas soluções são normalmente atribuídas a cláusulas gerais ou a construções teóricas mais amplas, as quais, por sua natureza, ostentam conteúdo genérico e são de aplicação subsidiária. Referido capítulo central da tese é concluído pelo tópico (5.9.) destinado à identificação da natureza jurídica da regra do artigo 111CC.

Estabelecidas tais bases gerais relacionadas ao exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio, são analisadas, no capítulo sexto, particularidades envolvendo a figura no universo dos contratos de adesão e de consumo. E, em seguida, exploradas algumas hipóteses fáticas concretas passíveis de verificarem-se por intermédio do silêncio no ambiente contratual, com destaque inicial para alguns negócios jurídicos unilaterais relevantes em tal universo – tais como a autorização em geral, a outorga conjugal e a outorga de poderes de representação e sua inter-relação com o mandato – e, posteriormente, para a abordagem de determinadas relações contratuais, analisando-se a interação da regra do artigo 111CC com dispositivos legais específicos presentes no sistema jurídico de direito privado pátrio.

Sob tal aspecto, adverte-se que se optou por não concentrar a casuística

envolvendo o objeto da investigação apenas nos capítulos finais do estudo. Nesse sentido, considerando que o Direito encontra-se inserido no universo das ciências sociais aplicadas<sup>7</sup>, o estudo é permeado por exemplos e elementos empíricos relacionados ao tema, em especial pela apresentação de decisões proferidas, em segundo grau de jurisdição, no âmbito dos tribunais de justiça estaduais<sup>8</sup> e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>9</sup>, com o propósito de possibilitar a verificação da relevância concreta da investigação ora apresentada e de lançar novas luzes, fornecendo critérios inovadores para a sua abordagem na realidade jurídica brasileira.

No capítulo conclusivo (capítulo sétimo), são apresentadas diretrizes gerais, destinadas a orientar a atuação do intérprete na busca da identificação do exercício legítimo da autonomia privada por intermédio do silêncio, no âmbito das variadas espécies e modelos contratuais, tanto para constituir contratos, quanto para alterar posições jurídicas previamente assumidas pelas partes.

Salienta-se que não pertence ao escopo deste estudo explorar os critérios para o preenchimento das lacunas contratuais<sup>10</sup>, por intermédio de regras supletivas e nem apurar o eventual contributo da regra do artigo 111CC para o alcance de tal fim. A investigação também não se destina à análise do comportamento silencioso das partes ou de terceiros como causa, instrumento ou elemento do suporte fático da invalidação de contratos, mas apenas a suscetibilidade de referido comportamento silencioso – quando pertencente ao suporte fático do exercício da autonomia privada – ser maculado por algum dos defeitos do negócio jurídico.

Registra-se, outrossim, que a investigação ostenta caráter dogmático e, portanto, não serão explorados os interessantes pontos de intersecção entre o direito e a

---

<sup>7</sup> Embora referida expressão – adotada entre outros pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ), cuja principal função é fomentar a pesquisa científica e tecnológica e incentivar a formação de pesquisadores brasileiros – esteja sujeita a críticas, insere-se o Direito em referido contexto, para realçar a necessidade de que as pesquisas acadêmicas na área não se limitem a discussões puramente teóricas, mas que também se prestem, com o devido rigor acadêmico, a solucionar problemas jurídicos concretos.

<sup>8</sup> A escolha dos tribunais estaduais se justifica em razão da matéria (contratos privados), o que exclui a relevância de pesquisas no âmbito dos tribunais federais. E entre os tribunais estaduais a pesquisa jurisprudencial se concentra perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual agrega o maior número de demandas na jurisdição brasileira e pela sua grande relevância jurídico-econômica no campo contratual, sem prejuízo da análise pontual de acórdãos proferidos por outros tribunais estaduais brasileiros.

<sup>9</sup> Por se tratar do tribunal superior responsável pela uniformização da interpretação das leis federais em âmbito nacional.

<sup>10</sup> Tal como explorado por PENTEADO, Luciano de Camargo. **Integração de contratos incompletos**. Tese de Livre-Docência. Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto: 2014. ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 147 e seguintes.



economia no universo contratual, tais como os aspectos envolvendo a racionalidade dos agentes econômicos, as questões de assimetria informativa, de silêncio estratégico das partes e da própria incompletude contratual, entre outras particularidades relacionadas às vertentes do comportamento silencioso em tal ambiente<sup>11</sup>. Tais abordagens extrapolam a análise da figura sob a perspectiva ora proposta e demandariam a investigação de inúmeros aspectos adicionais àqueles desenvolvidos, ampliando demasiadamente o objeto do estudo.

---

<sup>11</sup> Para o aprofundamento destas e de outras questões relacionadas à disciplina econômica em geral e suas interfaces com o Direito, ver, por todos, em língua portuguesa ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, bem como estudos clássicos dos estudiosos da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics - L&E*), tais como AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality, uncertainty and the market mechanisms. **The Quarterly Journal of Economics**. MIT Press. Vol. 84, n. 3, 1970, p. 488/500; HART, Oliver. Is “bounded rationality” an important element of a theory of institutions?. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**. Vol. 146 (4), 1990, pp. 696-702. Sobre as propostas da escola da “Economia comportamental” quanto aos mecanismos de auxílio não coercitivos aos agentes econômicos no processo de tomada de decisão ver, entre outros, THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: O Empurrão para a escolha certa**. (Traduzido por Marcello Lino). Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

## CAPÍTULO 1 – O SILÊNCIO NO CONTEXTO DA CONDUTA HUMANA: DELIMITAÇÃO NECESSÁRIA

O “silêncio” é uma figura pertencente ao universo do mundo dos fatos em geral, assim como o são, por exemplo, o mero decurso do tempo ou os variados aspectos relacionados à convivência entre as pessoas em sociedade<sup>12</sup>.

Como figura do mundo dos fatos, a verificação do silêncio pode, inclusive, prescindir, *a priori*, de qualquer relação com o comportamento humano, situação em que se confundiria com o próprio “vazio de atuação”, ou seja, algo que nada contém. Não por acaso, algumas das muitas acepções do vocábulo *silêncio* no vernáculo são “ausência ou cessação de barulho, ruído ou inquietação; calada;” e “qualidade do que é calmo, tranquilo; sossego, paz”<sup>13</sup>. A rigor, portanto, é possível afirmar que, independentemente da presença, ou mesmo da existência humanas, o “silêncio” mostra-se presente.

Não obstante a relevância passível de ser conferida ao “silêncio” sob tal perspectiva “não humana”, o objeto deste estudo relaciona-se ao étimo do referido vocábulo, que decorre do latim *silentium*, do verbo *silere* “calar-se, não dizer palavra”, intimamente ligado, portanto, ao comportamento humano representativo do “estado de quem se cala, ou se abstém de falar”, ou à “privação, voluntária ou não, de falar, de publicar, de escrever, de pronunciar qualquer palavra ou som, de manifestar os próprios pensamentos etc.”<sup>14</sup>.

Trata-se, contudo, apenas do ponto de partida da análise, uma vez que a abordagem jurídica da figura não pode limitar-se ao conteúdo semântico do vocábulo, especialmente quando se verifica que além do significado literal decorrente do termo – que transmite a ideia inicial de “contrariedade”, “oposição” e “repulsa” – as circunstâncias sob as quais o silêncio se verifica podem caracterizar realidade oposta e

---

<sup>12</sup> Nesse sentido AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (titularidade). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1986, p. 31, ao tratar dos “fatos naturais” e dos “atos humanos” que não atingem o *status* de fatos jurídicos.

<sup>13</sup> Consoante se constata em HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1743, verbete “silêncio”, significados 5 e 6.

<sup>14</sup> HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1743, verbete “silêncio”, significados 1 e 2 e etimologia. No mesmo sentido, SILVA, De Plácido e **Vocabulário Jurídico**. Vol. IV, Q-Z, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 233, verbete “Silêncio”.

conferir-lhe significado completamente contrário àquele de natureza lítero-gramatical, tais como o de “aprovação”, “consentimento” e “confirmação”<sup>15</sup>. Consta-se, inclusive, que no contexto jurídico o vocábulo encontra significado ainda mais amplo, na medida em que não se limita ao “calar” ou “não pronunciar palavras”, mas abrange a “inação”, que não se confunde com a “omissão” ou com a “inércia”<sup>16</sup>.

Partindo-se, portanto, do pressuposto de que o “silêncio” que nos interessa é aquele decorrente do comportamento humano, faz-se necessário – antes de ingressar na análise jurídica da figura – promover corte metodológico de modo que afaste do presente estudo abordagens conferidas ao silêncio por outras áreas do conhecimento, as quais tratam do comportamento humano sob perspectivas distintas, tais como aquelas conferidas pela psicologia<sup>17</sup>, pela economia<sup>18</sup>, pela filosofia<sup>19</sup>, no campo das artes<sup>20</sup>, entre

---

<sup>15</sup> Conforme destaca MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 731. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. IV, Q-Z, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 233, destaca, em “significação jurídica” uma “tríplice interpretação”, quais sejam: “a) É a falta, a omissão, ou a não indicação de certa coisa, de que, propositadamente ou por esquecimento, não se cogitou. Neste aspecto é o silêncio da lei, o silêncio do contrato. b) Em relação às pessoas, o silêncio não se reputa, simplesmente, o fato de não falar, ou o fato de estar e se conservar calado, mas a falta de resposta, ou a ausência de manifestação da vontade, diante de uma proposta, ou de um fato que não se deve calar. É o silêncio da pessoa, que se entende consensual e pode ser interpretado como aprovação, ou recusa a certo fato, quando se tem o dever de manifestar por qualquer forma a vontade necessária à formação do contrato. c) É a quietude, ou a ausência de ruídos e de sons de qualquer natureza, capazes de trazerem perturbações a outrem, sendo, assim equivalente a sossego.” Nesse sentido, ver a obra clássica de LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935 que as p. 7/33 sintetiza a evolução do tratamento conferido ao “silêncio-vontade” no direito romano e medieval e, as p. 35/75, apresenta as principais posições doutrinárias, do final do século XIX e início do século XX, a respeito do tema, as quais serão abordadas no capítulo 4.

<sup>16</sup> Ver tópico 4.2 infra.

<sup>17</sup> Tal como destaca, no âmbito da psicanálise, PADRÃO, Camila Braz. Considerações sobre o silêncio na clínica psicanalítica: dos primórdios aos dias atuais. **Cadernos de Psicanálise do Círculo Psicanalítico do Rio de Janeiro (CPRJ)**. Rio de Janeiro. Ano 31, n. 22, 2009, p. 91/103, p. 95 “(...) Vemos assim que de um modo ou de outro, o inconsciente nos fala alguma coisa, mesmo através de uma fala tropeçada e truncada a despeito das intenções do sujeito. E é por esta fala que a psicanálise se interessa: a fala do sujeito do inconsciente, um sujeito clivado; a fala que evidencia uma dimensão de conflito. Esta dinâmica nos revela que enquanto o mecanismo da resistência atua, mantendo o sujeito em silêncio, buscando esconder o desejo que não pode aparecer por ser desprazeroso, o inconsciente quer falar e se apresenta quando a fala do sujeito é capaz de desvelar uma outra coisa: o equívoco, a ruptura, um aparente sem sentido.”

<sup>18</sup> A relevância do comportamento silencioso no âmbito das trocas econômicas não é recente. Na Idade Antiga, a obra de Heródoto (400 a.C.), autor da primeira grande narrativa sobre a história das guerras greco-persas, produzida no Mundo Antigo) já mencionava, ao narrar as trocas de bens entre cartagineses e os povos do oeste da África, o fenômeno conhecido por *silent trade*, segundo o qual trocas patrimoniais eram realizadas sem o contato direto entre os negociantes. Geralmente, um grupo deixava os bens a serem negociados em determinado local e dava um sinal – normalmente um forte barulho – para informar ao outro grupo (com quem guerreava ou com o qual não tinha facilidade de comunicação), o qual se aproximava do local (na ausência do primeiro), retirava os bens disponibilizados pelo primeiro e, em troca, deixava outros bens. Posteriormente, caso o primeiro grupo se mostrasse satisfeito com a troca, simplesmente levava os bens deixados pelo segundo grupo, concluindo a transação. Caso se mostrasse insatisfeito, deixava os bens no mesmo local, para que o segundo grupo realizasse acréscimos ou alterações. BETTI, Emilio. **Teoria**

outras.

Embora não seja possível afastar por completo a influência de tais áreas do conhecimento humano sobre o estudo do tema do silêncio, não se trata, entretanto, do objeto da presente investigação, que se restringe ao universo do Direito – entendido como um sistema<sup>21</sup>, com base em seus dogmas, regras e princípios, os quais nortearão o presente estudo – e, mais especificamente, ao universo contratual privado.

Assim, a conduta humana – sem ingressar ainda no processo de valoração desta – é elemento fundamental para o estudo do silêncio e de outras formas de concretização de fatos relevantes no universo jurídico, em especial no ambiente contratual privado. A conduta pode ser definida, em linhas gerais, como “o ato humano volitivo ou mesmo avolitivo que não seja decorrência exclusiva de sua natureza animal”, excluindo,

---

**generale del negozio giuridico.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 45 (nota de rodapé 4) e LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado.** Vol. 1 (Parte Geral: art. 1º ao 232). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 303, também relatam os referidos exemplos de negociações em ambientes distintos (troca de sal por caça). Ver também: BRITANNICA, The Editors of Encyclopaedia. **Encyclopaedia Britannica.** Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/silent-trade>> Acesso em: 30 dez. 2019.

<sup>19</sup> A exemplo do que destaca BIGNOTTO, Newton. **As formas do silêncio.** In: NOVAES, Adauto. **Mutações: O silêncio e a prosa do mundo.** São Paulo: Edições Sesc, 2014, p. 229/248, ao afirmar que: p.232 “Na fronteira evanescente da existência, podemos falar de pelos menos duas formas extremas do silêncio: a do êxtase e a do horror. Em ambos os casos interessa-nos fugir da palavra organizada pela gramática do senso comum, para explorar os desvãos de um tempo que se nega a entregar-nos o sentido de suas transformações.” E ao final, p. 248, conclui: “O humano não se esconde nem num silêncio absoluto, nem numa palavra total. O humano se constitui num diálogo permanente entre os dois. É na dialética entre o silêncio e a prosa do mundo que nossa fragilidade, nossa finitude, se mostra.” Mas é também nesse espaço em mutação que o mundo dos homens se constrói.”

<sup>20</sup> Tal como destaca COLI, Jorge. **A inteligência do silêncio.** In: NOVAES, Adauto. **Mutações: O silêncio e a prosa do mundo.** São Paulo: Edições Sesc, 2014, p. 425/434, p. 425 “Silêncio é o companheiro do historiador das artes. A dimensão silenciosa desse trabalho é tanto interna quanto externa. Externa: os objetos que se oferecem aos nossos olhos são silentes. Interna: os raciocínios pelos quais conseguimos pensar as obras de arte muitas vezes não se formulam em campo conceitual e, portanto, não podem, ser expressos por meio de um som, de uma palavra. Permanecem em silêncio.”

<sup>21</sup> Sobre a noção de sistema jurídico, ver FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito:** uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, que passa pela concepção de sistema jurídico em diversos autores e as p. 31 e ss., salienta o predomínio do positivismo, nos seguintes termos: “o positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas esteve também ligado inegavelmente à necessidade de segurança da sociedade burguesa. (...) A exigência de uma sistematização do direito acabou por impor aos juristas uma valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos. Daí surgiu, em França, já no século XIX, a poderosa *École de l'Exégèse*, de grande influência nos países em que o espírito napoleônico predominou, correspondendo, no mundo germânico, à doutrina dos pandectistas. A tarefa do jurista circunscreveu-se, a partir daí, cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento dos seus fundamentos, descambando, por fim, para o chamado “positivismo legal” (*Gesetzpositivismus*), com a autolimitação da ciência do direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da ‘estatalidade do direito.’”. Também sobre o Direito como um “sistema científico-social”, ver VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito.** 4ª ed. (Revista, atualizada e ampliada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

por consequência, os denominados “eventos”<sup>22</sup>, entendidos como os puros fatos da natureza, que não decorrem de atuação humana, pois ainda que haja envolvimento humano, este se verifica como mero instrumento dos próprios eventos da natureza e não como a materialização de um comportamento humano apto a constituir o cerne de tais fatos jurídicos.

Tal definição de conduta compreende, em síntese, a conformação da atuação humana, caracterizada pela ação ou pela omissão<sup>23</sup>, emanadas de uma pessoa natural, tanto quando atua em nome e em defesa dos próprios interesses, quanto nas situações em que atua e/ou representa os interesses de terceiros, tal como se extrai, entre outros, dos artigos 116, 118, 693, 710 do Código Civil brasileiro.

Neste capítulo inaugural, parte-se de breve abordagem da conduta humana no universo dos fatos jurídicos em geral, a fim de melhor identificar os aspectos mais relevantes da conduta silenciosa a serem explorados no universo negocial e contratual. Dessa forma, são sinteticamente analisadas algumas das variantes que envolvem a conduta como reflexo necessário do comportamento humano no ambiente jurídico<sup>24</sup>, analisando-se, entre outros fatores, a sua natureza ativa ou passiva e a presença, ou não, do elemento volitivo, capazes de interferir no enquadramento dos fatos jurídicos que contenham o silêncio em seu suporte fático, em especial no universo contratual.

Sob tais aspectos, o comportamento silencioso – caracterizado pelo “calar-se” ou “não dizer palavra” – é, via de regra, associado a uma conduta passiva, materializada por um “não agir”, por uma “inação” ou “abstenção”. Tal realidade e enquadramento no âmbito das condutas omissivas, porém, não são absolutos uma vez que a concretização de alguns dos fatos jurídicos relevantes no ambiente extracontratual ou especialmente

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 68 e 132/136. Nesse sentido, MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38.

<sup>23</sup> Ver VILANOVA, Lourival. op. cit., p. 65. Ora entendida simplesmente como a “ausência de ação”, sem um juízo de valor mais aprofundado acerca da caracterização, ou não, da violação a um dever de agir, tal como se analisará no capítulo 4.

<sup>24</sup> Nesse sentido, destaca-se a interessante distinção estabelecida, embora em outro contexto, por CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de. **Omissão e dever de agir em direito civil**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 38, “Propomos reservar a expressão ‘conduta’ para designar a actividade corporal, por oposição ao resultado, pois, conforme desenvolveremos adiante, consideramos o comportamento humano uma realidade complexa, que abarca a conduta e o evento ou resultado, ligados por um nexó jurídico de causalidade.” Registra-se que a ora destacada distinção entre conduta e comportamento não se confunde com a abordagem conferida por BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales** (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 31/74, p. 39, entre “comportamento” e “declaração”, a qual será oportunamente aprofundada.

contratual – com destaque para a sua constituição (mas não limitado a tal momento) – envolvem comportamentos silenciosos, acompanhados, ou não, por condutas ativas, diante de circunstâncias especiais, as quais demandarão, por consequência, uma atuação mais efetiva do intérprete, a quem caberá determinar a natureza e o alcance de referido comportamento<sup>25</sup>, bem como dos eventuais efeitos que dele emanam<sup>26</sup>.

Tal como se verifica nos exemplos da pessoa que ingressa, silenciosamente, no veículo de transporte público, sentando-se à frente, sem pagar passagem; ou do contratante que adota comportamento silencioso diante da prática reiterada, pela outra parte, de conduta contrária à regra expressamente prevista no contrato; ou, ainda, do dono do animal que, a despeito da omissão em relação à guarda, alerta verbalmente a potencial vítima diante de um iminente ataque.

Outro aspecto que merece ser pontuado acerca da conduta silenciosa – mas ainda não relacionado, propriamente, ao processo de formação negocial e contratual – diz respeito ao seu caráter voluntário ou involuntário. Importante consignar que, malgrado a relevância atribuída ao elemento volitivo no processo de formação do contrato, as condutas silenciosas, ainda que involuntárias, associadas a outros fatores e circunstâncias, mostram-se aptas a comporem o suporte fático para o ingresso no mundo jurídico, concretizando fatos jurídicos distintos capazes de interferência em momentos variados do fenômeno contratual.

Destacam-se, por exemplo, aquelas hipóteses fáticas – que escapam ao objeto deste estudo e não serão aprofundadas<sup>27</sup> – decorrentes do princípio do *neminem laedere*,

---

<sup>25</sup> Importante destacar que a “interpretação” presta-se, também, a decodificar determinado comportamento, com o fim de identificar o seu significado. Nesse sentido, destaca PELLEGRINO, Giulio. **L'interpretazione del contratto**. Milano: Key Editore, 2018, p. 9, a definição do vocábulo “Interpretazione” pelo “Dizionario filosofico Treccani, 2009”, nos seguintes termos: “Il termine copre una molteplicità di usi, tutti più o meno riconducibili a un procedimento di decodifica di un testo, di un simbolo o anche di un comportamento al fine di individuarne il significato.”

<sup>26</sup> Sobre a “interpretação” do silêncio, destaca-se a afirmação de ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral do direito civil: ações e fatos jurídicos**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35, “E o silêncio poderá ser objeto de interpretação? Como nada que é, nada há no silêncio para interpretar”, mas, em seguida, o próprio autor relativiza a força de sua afirmação: “Porém, para se poder concluir que há silêncio, pode ser necessário atender às circunstâncias. O exame destas nos revelará se, perante o critério relevante, há ou não silêncio.” Tal passagem demonstra que o autor também reconhece que o silêncio, por si só, não tem qualquer relevância jurídica, exigindo-se a sua conformação com outros fatores e circunstâncias, para que se lhe possa conferir relevância jurídica.

<sup>27</sup> Nesse sentido, LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 140, “Mas o ponto de particular interesse está em que, consoante já o dissemos, a culpa extracontratual compreende tão somente a violação do princípio geral do ‘neminem laedere’, ao passo que, no nosso estudo, procuramos demonstrar os efeitos jurídicos do silêncio, não como violação daquele princípio, embora não neguemos essa possibilidade, mas como forma

nas quais o silêncio se mostra apto a materializar, por exemplo, comportamentos omissivos culposos ou dolosos caracterizadores de atos ilícitos contratuais (art. 389 CC)<sup>28</sup> ou extracontratuais (arts. 186/187)<sup>29</sup>, ensejadores de responsabilidade civil, os quais, embora sejam tangenciados ao longo desta investigação, não compreendem o objeto do estudo e, portanto, não serão aprofundados.

Em referido contexto, a conduta – seja passiva ou ativa – é frequentemente analisada sob uma perspectiva patológica, conferindo-lhe destaque no universo dos comportamentos ilícitos caracterizadores de causas de invalidade (art. 147CC)<sup>30</sup> ou da fixação do dever de indenizar, tanto na esfera obrigacional (art. 389CC), quanto na delitual (arts. 186, 187 e 927CC). Registra-se, contudo, que as condutas (ativa ou passiva), como representação máxima da atuação humana no ambiente jurídico materializam, majoritariamente, atos lícitos, caracterizando inúmeros fatos jurídicos relevantes, inclusive no ambiente contratual<sup>31</sup>.

Restringe-se a análise, outrossim, à conduta humana (i.e. da pessoa natural), pois além dos comportamentos silenciosos emanarem necessariamente de seres humanos, a atuação das pessoas jurídicas é sempre indissociável da atuação dos seus órgãos de administração (*lato sensu*)<sup>32</sup> ou de seus prepostos, sendo, portanto, invariavelmente praticados por pessoas naturais. Não por acaso, prevalece, em referido ambiente, a ideia

---

de manifestação da vontade.”

<sup>28</sup> A exemplo do dono da obra que, ao contratar empreitada de “labor”, silencia, culposamente, em relação às características peculiares, por ele conhecidas, acerca da área objeto da construção, provocando atrasos na execução da empreitada, em prejuízo do empreiteiro. (arts. 612 e 625, I CC).

<sup>29</sup> Tal como destacado no exemplo da omissão do dono em relação à guarda do animal ou situações capazes de gerar, a depender das circunstâncias, responsabilidade pré-negocial, como explorado por MARTINS-COSTA, Judith. **Um aspecto da obrigação de indenizar**. In: MENDES, Gilmar Ferreira, STOCO, Rui. Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 739, “Os deveres informativos tanto podem ser violados por ação – por meio de informações falsas ou inexatas – como por omissão, ou seja, silenciando elementos que a contraparte tinha interesse objetivo em conhecer.”

<sup>30</sup> Sobre o tema, que não será objeto de aprofundamento nesta investigação, ver abordagem atual de BENETTI, Giovana. **Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

<sup>31</sup> Nesse sentido, destaca-se a passagem de CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 444, a propósito da “ação humana”, *in verbis*: “Não obstante, o tema da ação tem escapado à sua sede natural: a parte geral do Direito civil. Relegada para o Direito das obrigações, a propósito da responsabilidade civil e aprofundada no Direito penal, a ação humana tem vindo a ser estudada quando assumida uma feição patológica. Há um desvio metodológico que deve ser reparado: a ação humana, na grande generalidade dos casos é conforme com o Direito e interessa, sobretudo, ao Direito Civil.”

<sup>32</sup> Aqui compreendidos os atos praticados pelos administradores, diretores, gerentes e todos aqueles que assumam o *status* de representantes legais da pessoa jurídica, respeitadas as particularidades das inúmeras espécies de pessoas jurídicas de direito privado.

da “apresentação”<sup>33</sup>. Ainda que seja absolutamente relevante e legítimo analisar – diante das inúmeras circunstâncias sob as quais a pessoa jurídica estabelece relações jurídicas – se a atuação do “presentante” da pessoa jurídica deu-se dentro dos limites dos poderes conferidos pela lei ou pelos atos constitutivos e em prol dos interesses da pessoa jurídica, sob pena de que referidas condutas sejam questionadas pela própria pessoa jurídica ou por terceiros<sup>34</sup>.

Em referido contexto, será necessário identificar – de acordo com as circunstâncias que a envolvem – se a conduta silenciosa sob análise caracteriza-se como um mero fato social, sem qualquer “coloração” jurídica, como, por exemplo, nas situações em que determinado transeunte, i) quando questionado por outro sobre a localização de determinada rua, ou ii) ao receber um panfleto de divulgação do almoço em determinado restaurante, simplesmente silencia. Viola, em tais casos, regra de convívio social, ao ignorar completamente seu interlocutor, sem lhe fornecer qualquer resposta. Diante de tais situações, o silente não descumpre norma jurídica, embora tais condutas afetem – apenas socialmente, e não juridicamente – os interesses de outras pessoas<sup>35</sup>.

Da mesma forma, já no universo pré-contratual, não se cogita como relevante, juridicamente, a conduta do potencial negociante que apenas contempla e deseja (no plano interno das ideias e do pensamento) a coisa cuja venda é anunciada por seu proprietário, mas que se limita a refletir a respeito, adotando comportamento “silencioso” e “inativo” acerca da realização do negócio, sem declarar ou sequer manifestar sua vontade, deixando de praticar atos destinados a concluí-lo. Trata-se, nesse caso, de comportamento humano irrelevante para o universo jurídico – que não extrapola os limites da psiquê humana – já que não há qualquer regra jurídica que cogite regular ou

---

<sup>33</sup> Em que o órgão da pessoa jurídica pratica o ato que entrará para o mundo jurídico como ato da pessoa jurídica. Nesse sentido, MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo III.** (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 308 e citando-o na análise das sociedades anônimas, CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas.** Vol. 3 (arts. 138 a 205). 6ª ed. (Revista e atualizada). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 178 e 179.

<sup>34</sup> Ver, por todos, GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações.** 2ª ed. (Aumentada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 122/127. Os aspectos relacionados ao silêncio e à teoria da aparência serão brevemente tratados no capítulo 5.8.

<sup>35</sup> Nesse sentido, entende-se que a repercussão “social” da conduta silenciosa de determinada pessoa não é suficiente para transformar o referido “fato social” em “fato jurídico”. Discorda-se, portanto, da afirmação de MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 732, “De facto, falar ou silenciar é acção ou omissão, mas desde que essa omissão envolva interesse de outrem, deixa de ser um acto indiferente ao meio social para ser disciplinado pelas normas jurídicas”.



sequer tratar das reflexões de ordem psíquica que antecedem a celebração de um contrato, caso não lhes suceda a exteriorização de algum comportamento do sujeito que se mostra apto a ser recebido pela contraparte como interesse em concluir o contrato.

Outras condutas, também próximas ao ambiente contratual, situam-se em uma zona cinzenta do fenômeno da juridicização, em razão das dificuldades em identificar-se, ao menos *a priori*, a incidência de regras jurídicas necessárias a conferir repercussão jurídica a determinado fato social, tal como ocorre em relação à conduta silenciosa daqueles sujeitos que não figuram como parte em determinado contrato.

Destaca-se, nesse sentido, a conduta da pessoa – a princípio comum e desinteressada<sup>36</sup> – que, simplesmente, presencia as tratativas e a celebração de determinado contrato do qual não é parte e sobre o qual não possui qualquer interesse<sup>37</sup>, mas constata que uma das partes falta com a verdade perante a outra acerca de aspectos relevantes ao objeto do negócio. Em tal contexto, o mero espectador (que não se enquadra na regra do art. 148CC<sup>38</sup>) silencia acerca de tais circunstâncias, as quais, uma vez desvendadas, poderiam, inclusive, interferir na manifestação de vontade de uma das partes e, conseqüentemente, na celebração do contrato.

Nessa hipótese, o silêncio do espectador (terceiro desinteressado) não será determinante para interferir na existência e, ao menos a princípio<sup>39</sup>, para a invalidade do referido negócio jurídico. Tal comportamento não será suficiente também, ao menos em regra, para afetar a esfera jurídica do próprio silente, na medida em que, mesmo que tenha agido de forma consciente e deliberada, o mero espectador não tinha, no contexto das

---

<sup>36</sup> Entenda-se como tal, aquela pessoa que não tem o dever de se manifestar ou de adotar quaisquer medidas ou providências face ao fato que presencia.

<sup>37</sup> Trata-se do mero espectador, que não mantém qualquer vínculo jurídico com as partes e não detém qualquer interesse em relação a elas e ao negócio. No sentido de que o silêncio do mero espectador de determinado fato não gera reflexos jurídicos de natureza penal ou civil em face do silente, destaca MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 732, “(...) e a pessoa que assiste a um delicto, podendo obstar-lhe a execução e o não faz, não é por isso processada como cúmplice”

<sup>38</sup> Pois a regra do art.148 presta-se a regular aquelas situações nas quais o terceiro é o verdadeiro autor da conduta dolosa e não mero espectador, como se verifica no exemplo ora apresentado.

<sup>39</sup> A ressalva se justifica, pois não se descarta a possibilidade de que, em momento posterior e já no plano dos efeitos, quando instado a pronunciar-se sobre o que presenciou – por exemplo, como testemunha em ação judicial – o terceiro (mero espectador desinteressado) antes silente, seja capaz de, ao manifestar-se como testemunha, afetar a eficácia e a própria validade do referido contrato, que poderá ser anulado por dolo principal da parte que faltou com a verdade (art. 145 CC) ou resolver-se em perdas e danos (art. 146 CC), na hipótese de caracterização de mero dolo accidental. Da mesma forma, se o espectador silente for guiado à posição de testemunha instrumentária do ajuste, a contextualização de sua presença poderá alterar não apenas o enquadramento de seu silêncio, bem como os efeitos de tal circunstância na higidez do contrato.

circunstâncias, dever, obrigação ou mesmo ônus de pronunciar-se.

A conduta silenciosa, nesse caso, não passaria de um fato humano e social, insuficiente, em regra, para caracterizar a prática de eventual ato ilícito, por suposta conduta omissiva por parte do silente, salvo se, diante das circunstâncias, se mostrassem presentes, por exemplo, os requisitos para a caracterização da figura do abuso de direito (art. 187CC)<sup>40</sup>, hipótese em que, não apenas existiria como fato jurídico, mas estaria apto a gerar efeitos em relação ao silente.

No caso concreto, porém, não se mostra possível, ao menos *a priori*, o enquadramento do “silêncio do terceiro desinteressado” na categoria do abuso de direito, tanto pela via subjetiva<sup>41</sup>, que acabou por não prevalecer no nosso sistema, caracterizada pela intenção de prejudicar por intermédio do silêncio, quanto pela via objetiva, consagrada pelo encetado artigo 187CC<sup>42</sup>, uma vez que – além da dificuldade em verificar-se a própria existência de um “direito” de manter-se calado (pois o comportamento, como salientado alhures, não parece extrapolar o mero ambiente social)<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Nesse sentido, destaca-se MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 282, “A omissão daquele que não devia agir não constitui ilícito, porque a chamada ‘culpa in omittendo’ supõe, naturalmente, a violação de direito de terceiro corresponsivo do dever descumprido pelo agente (Código Penal, arts. 13§2º, 135 e 269). Registra-se, em referido contexto, a existência de entendimento que enquadra o comportamento do referido “terceiro silente” como passível de caracterizar “abuso de direito”, sob a variante do “abuso de liberdade”, conforme sinaliza CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de. **Omissão e dever de agir em direito civil**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 217/221, ao analisar a figura no direito português, em comentário ao artigo 334º CCP, cuja redação é similar ao nosso artigo 187 CC: “Nesta perspectiva interessa referir que a expressão ‘direito’ utilizada no art. 334º do Código Civil deve ser entendida num sentido muito amplo de qualquer posição jurídica activa, seja, ela qualificada como direito subjectivo, como faculdade ou liberdade. Pois pensamos que aqueles casos em que mais flagrantemente repugnaria admitir a inexistência de um dever jurídico de agir, que são fundamentalmente aqueles em que o omitente poderia facilmente e sem risco para si ou para outrem (ou outro motivo atendível), ter removido o perigo para um dado bem jurídico, são casos que merecem a qualificação de abuso de liberdade.”

<sup>41</sup> Como refere, entre outros, o artigo clássico (RT 334/21-Ago.1963), anterior à positivação da regra do art. 187CC, de VALLADÃO, Alfredo. **O abuso de direito** (original RT 334/21-Ago.1963) In: MENDES, Gilmar; STOCO, Rui. **Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral, v. 4 (atos, fatos, negócios jurídicos e bens)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 558, o qual reforça a ideia de que embora a abordagem objetiva deva prevalecer, não se pode desprezar “o lado psicológico do abuso de direito”, salientando que “o exame do elemento psicológico é indispensável, mesmo, para que o juiz possa apreciar, com segurança, a existência do abuso de direito.”, concluindo que (p. 559) a apreciação objetiva envolve a “necessidade de se conhecer o elemento psicológico”.

<sup>42</sup> Na linha do que estabelece LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Anotações sobre o abuso de direito**. In: MENDES, Gilmar Ferreira, STOCO, Rui. **Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral. Vol. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 661 “Temos, em suma, que o critério da própria lei é o de prever, coercitivamente, que se atenda aos seus fins sociais. Desatendidos esses fins, e dependendo de cada caso concreto, poderá estar caracterizado o abuso de direito, e com ele o ilícito e a responsabilidade pelas consequências danosas do ato abusivo, posto que aquele que causa dano injusto a outrem, pode ser compelido a repará-lo.”

<sup>43</sup> Tal como adverte LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade: obrigações em geral**. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 138, ao analisar o silêncio diante de

– o silêncio, em referido contexto não excede “manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Em síntese, a análise das circunstâncias envolvendo a conduta silenciosa será decisiva para identificar a absoluta irrelevância jurídica do comportamento, que, por vezes, confunde-se com um direito de não se pronunciar, ou com a materialização da violação de um ônus ou de uma “obrigação de falar”<sup>44</sup> a cargo do silente, tal como se verifica no âmbito de determinadas relações contratuais, sendo que em tais hipóteses aplicar-se-ão soluções contratuais, como se procurará demonstrar no decorrer do estudo. Estabelecido esse recorte, não serão analisadas as categorias dos “atos ilícitos” e dos controvertidos “atos-fatos jurídicos”<sup>45</sup>, os quais serão abordados apenas, incidentalmente, ao longo do trabalho, com o escopo de afastar confusões frequentes relacionadas às condutas silenciosas afeitas a outros ambientes jurídicos. A análise centra-se no ambiente negocial<sup>46</sup>, com enfoque para o universo contratual.

---

uma oferta “Para que se divise um ‘abuso do Direito’, força é reconhecer, preliminarmente, a existência de um direito, do qual se abusa, usando-o anormalmente. É verdade que Ramniceano fala de ‘um direito de não responder à oferta’. Ora, esse direito de não responder é tudo quanto há de mais contestável e constitui, mesmo, o próprio campo de batalha da questão do silêncio.”

<sup>44</sup> Nesse sentido, LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 138 “Surtem duas entidades autônomas: o direito de não responder, de um lado; a obrigação de falar, de outro, emergindo uma ou outra, consoante o império e a natureza das circunstâncias em causa. Uma e outra não se confundem.”, sendo que após salientar que “transportar para a questão do ‘silêncio’ a do ‘abuso de direito’ é sair de um areal movediço para outro”, referido autor se alinha à segunda (p. 139) “O que ocorre é a violação de um dever de agir ou de falar, dever esse imposto por essa mesma solidariedade social”.

<sup>45</sup> ALVES, José Carlos Moreira. O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas. *Diritto @Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, Anno V, 2006, Quaderno n. 5, Nuova Serie. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>>. Acesso em: 8 jan. 2020, p. 1/2 adota distinção que não é unânime sobre a classificação dos fatos jurídicos, equiparando os fatos jurídicos *stricto sensu* ao “atos-fatos jurídicos”, nos seguintes termos: “Ambas as normas – a do artigo 295º do Código Civil português de 1967 e a do artigo 185 do novo Código Civil brasileiro – esgotam a disciplina das ações humanas que, por força do direito objetivo, produzem efeitos jurídicos em consideração à vontade do agente, e não simplesmente pelo fato objeto dessa atuação. Quando ocorre esta última hipótese, já não há que falar em ato jurídico, mas sim – e é dessa forma que o considera o direito – em fato jurídico em sentido estrito (são os atos-fatos jurídicos da doutrina germânica)”.

<sup>46</sup> GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. (Aumentada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 55, ao tratar dos “atos não negociais” ou “atos jurídicos *stricto sensu*” salienta que “Quando consiste numa vontade, é preciso que sua manifestação, não estando compreendida na esfera da autonomia privada do agente, não se dirija ao efeito jurídico correspondente ao interesse visado, que não seja, numa palavra, a ‘vontade de resultado’, pois que tal vontade é, sob o ponto de vista funcional, o traço distintivo do ‘negócio jurídico’,” e conclui “Simplificando: o ato jurídico *stricto sensu* que consiste na exteriorização da vontade, mediante certo tipo de conduta, não se realiza pela comunicação do intento do agente a outrem e o efeito jurídico que provoca se produz, estivesse ou não, no propósito de que o pratica, suscitá-lo. Ele não é, como negócio jurídico, um ato de autonomia privada.” Não pertence ao escopo do presente estudo, outrossim, investigar a origem do negócio jurídico e os detalhes sobre o seu

## CAPÍTULO 2 – O SILÊNCIO NO AMBIENTE NEGOCIAL: ASPECTOS ESTRUTURAIS

Estabelecida a indissociabilidade da análise do silêncio em relação à conduta humana no universo jurídico privado em geral, diante dos propósitos do presente estudo, importa analisar-se a relevância do comportamento silencioso no ambiente negocial e contratual, em especial no que se refere ao seu poder formativo, mas não limitado ao momento da constituição do vínculo contratual.

Assim, também no ambiente negocial, é possível afirmar que aqueles fatos sociais, em relação aos quais o mero silêncio do titular do interesse jurídico em causa encontra-se absolutamente descontextualizado das circunstâncias necessárias à formação de negócios, não se mostrarão aptos a, sequer, alcançarem o *status* de fatos jurídicos.

Nesse sentido, impõe-se registrar, desde logo, que embora o contrato seja classicamente reconhecido como um dos principais exemplos de negócio jurídico bilateral, a figura ostentará características distintas dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos demais negócios jurídicos – em especial os de caráter unilateral – inclusive no que se refere ao processo de formação<sup>47</sup>, com destaque para a atuação do silêncio em referido contexto<sup>48</sup>.

---

desenvolvimento. Nesse sentido, remete-se para AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (titularidade). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1986,

<sup>47</sup> Tal como referem NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**. Vol. III. Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 44/45. “(...) A percepção desse primeiro passo na atividade de qualificação do negócio jurídico é muito importante, para não dizer fundamental, porque o ponto de vista hermenêutico dos ‘contratos’ e dos ‘negócios unilaterais’, que venham a se compor como contratos mediante aceitação posterior, é ligeiramente distinto. Nos primeiros, é mais importante a declaração e a intenção de duas partes; nos segundos, é mais importante a inequivocidade daquilo que se disse, ou seja, tem ‘primazia a vontade do declarante’. Voltaremos ao tema no capítulo 6.

<sup>48</sup> Nesse sentido SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **II Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 91 e ss. apresentam as etapas da declaração contratual “A declaração contratual constitui-se então: i) de um comportamento do declarante que escolhe um grupo de sons, escritos ou outros sinais interpretáveis e com estes exprime (nomeadamente, se esforça para fazer reconhecível) a sua vontade interna; ii) de um ulterior comportamento do declarante que objetiva ser perceptível pelo destinatário aqueles sinais; e a tal fim lhe endereça ao destinatário; ou como também se diz, emite os sinais no confronto do destinatário; iii) do efetivo ingresso dos sinais na esfera do destinatário, de modo que este o perceba (ou ao menos seja apto a percebê-lo). No original: “La dichiarazione contrattuale consterebbe dunque: a) di un comportamento del dichiarante, che sceglie un gruppo di suoni, critti, o altri segni interpretabili, e con ciò esprime (ossia, si sforza di rendere conoscibile) un suo intento interno; b) di un ulteriore comportamento del dichiarante, che mira a rendere percettibile al destinatario quei segni; e, a tal fine, li indirizza verso il destinatario; c) dell’effettivo ingresso dei segni nella sfera del destinatario, in modo che questi li percepisca (o almeno sai messo in grado di percepirla)”. Advertem, contudo, que a realidade é mais

Antes, contudo, de aprofundar a investigação em relação ao exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio, faz-se necessário tratar de alguns aspectos preliminares e basilares relacionados ao *locus* que tal análise ocupa no processo de formação do contrato e ao conteúdo de tais comportamentos silenciosos, com o propósito, por exemplo, de avaliar a relevância da “consciência” e a assunção, ou não, do *status* de declaração de vontade, a fim de possibilitar o adequado tratamento de tais comportamentos nos universos negocial e contratual.

Diante do já destacado caráter ambíguo do silêncio, ele pode caracterizar fenômenos jurídicos diversos, inclusive, no campo da formação dos contratos, tendo como pano de fundo a “declaração de vontade”, tais como uma “declaração implícita em uma outra declaração expressa”; “comportamento declarativo expresso com meios diversos dos normais meios semânticos”; “atuação (*attuazione*) de vontade não notificada à contraparte”; “inatividade de um sujeito”, entre outros<sup>49</sup>.

Sob tais aspectos, não se pode negar que, classicamente, a vontade e a sua exteriorização, com algumas variantes<sup>50</sup>, são tidas como os elementos fundamentais para o desencadeamento da dinâmica negocial<sup>51</sup> e, conseqüentemente, contratual<sup>52</sup>, sendo que

---

complexa. “Ainda que a declaração seja receptícia, pode ser que o conteúdo da declaração emitida, o conteúdo da declaração notificada e o conteúdo da declaração percebida (ou perceptível) divirjam uma da outra.” No original: “Dovunque una dichiarazione sai recettizia, può avvenire chei il contenuto dela dichiarazione emessa, il contenuto dela dichiarazione notificata e il contenuto dela dichiarazione percepita (o percepibile) divergano l’una dall’altra.”

<sup>49</sup> Tal como destacam SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **II Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 269/270.

<sup>50</sup> Como salientado por AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (titularidade). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1986, p. 25, que além de preferir o termo “declaração negocial”, confere maior relevância à “declaração”, embora não despreze a relevância da “vontade interna” ao afirmar que: “Não se afasta, como é evidente, que a vontade interna tenha relevância jurídica; basta pensar no tratamento legal do erro, dolo e coação. A vontade, não resta dúvida, através da declaração, determina, em grande parte, os efeitos do negócio jurídico (efeitos *ex voluntate*); ela também, parcialmente, fundamenta-os do ponto de vista moral. Mas a questão da eficácia *lato sensu* do negócio jurídico não se confunde com a de sua definição. O que se está a dizer é que, para a existência do negócio jurídico, o que é fundamental é a declaração negocial, e não, a vontade individual. Assim, pode, até mesmo, haver negócio jurídico sem qualquer vontade; pense-se, por exemplo, na carta, em resposta a uma oferta de contrato, em que o agente escreveu “*não aceito*” e a secretária, ao datilografar, deixou de bater o “*não*”; e, depois, distraidamente, o declarante subscreveu e remeteu.”

<sup>51</sup> Nesse sentido, GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 21, ao tratar do contrato de adesão “O processo técnico idôneo à concretização, indispensável a lhes emprestar força vinculante, é, no entendimento dominante, a prática de um ato de autonomia privada, consistente no encontro e harmonização de vontades convergentes.” Tendo sido, inclusive, equiparada ao próprio negócio jurídico conforme salienta PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 18, ao explorar as ideias de Savigny “negócio jurídico ou declaração de vontade são aqueles fatos jurídicos que não são só ações livres, mas nos quais ao mesmo tempo a vontade do agente é dirigida imediatamente ao surgimento

a polêmica em torno da relação “declaração”, “manifestação”, “negócio jurídico” e “contrato”, também se mostra presente na realidade estrangeira<sup>53</sup>. É certo, outrossim, que referida celeuma interfere não apenas no reconhecimento da aptidão do silêncio como desencadeador da dinâmica negocial e contratual, mas também no seu adequado enquadramento em referido ambiente.

Não por acaso, são registradas inúmeras divergências doutrinárias acerca da terminologia e do conteúdo dos atos relevantes ao processo de formação dos contratos, não havendo consenso, por exemplo, no que se refere à adoção da expressão “declaração de vontade” e sobre a sua identidade ou relação de causa e efeito com o negócio jurídico<sup>54</sup>.

---

ou dissolução de uma relação jurídica.”

<sup>52</sup> Não obstante se reconheça a existência de entendimento doutrinário que reconhece o estabelecimento de vínculos contratuais ou análogos ao contrato pela via não negocial – tal como se verifica, por exemplo, no tocante às denominadas “relações contratuais de fato” – adota-se a posição consolidada que enquadra os “contratos” como espécie do gênero “negócio jurídico bilateral”. Em sentido contrário, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial**. Tese (titularidade). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1986, p. 44/45, quando explora as “relações paracontratuais”. HAUPT, Günter. **Über faktische Vertragsverhältnisse**. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien. Leipzig: Verlag von Theodor Weicher, 1941. Também LARENZ, Karl. O Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). (Traduzida por Alessandro Hirata). **Revista Direito GV 3**. São Paulo. Vol. 2, n 1. (Jan./Jun. 2006), p. 55/64, procurou explicar o referido fenômeno social, categorizando-o juridicamente. Ver, ainda, SILVA, Juliana Pedreira da. **Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato**. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>53</sup> SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – Com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte, Ano 3, n.5, (jan/abr.), 2014, p. 1/26, p. 6 registra que a modelação da concepção do negócio jurídico foi, e continua a ser, bastante debatida na Alemanha, pré e pós advento do BGB, salientando que “a própria definição do conceito de ‘negócio jurídico’ (Rechtsgeschäft), bem como a questão, sobre se sua existência pressupunha a respectiva validade ou se também o negócio inválido era negócio.”

<sup>54</sup> Tal como defendido por ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor e WOLFF, Martín. **Derecho Civil: Parte General; Tomo I: primeira parte**. (Rev. Hans Carl Nipperdey e trad. Blas Pérez González y José Alger). Barcelona: Casa editoria Bosh, 1981, p. 64 “Si el negocio jurídico consite unicamente em una declaración de voluntad, que es reconocida por sí sola como base del efecto jurídico, la declaración de voluntad y el negocio jurídico son una mesma coisa.” Ver também MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011 e MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo III**. (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61 “(...) os doutrinadores nacionais, em boa maioria, insistem em confundir o negócio jurídico (categoria jurídica) com a declaração de vontade (dado de seu suporte fático), como fazia, e ainda faz, a doutrina germânica, ao definir o negócio jurídico ‘como declaração de vontade que se dirige à produção de efeitos jurídicos’. Essa confusão entre conceitos do mundo do direito (negócio jurídico) e do mundo dos fatos (suporte fático) tem trazido graves prejuízos quando se trata de lidar com a espécie negócio jurídico. Ver também GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 21 e ss. que ao tratar do contrato de adesão salienta que “a submissão de uma das partes à vontade da outra mediante manifestação volitiva que não se ajusta rigorosamente à declaração negocial.” MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldo. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 47 já se referia à questão “Problemática é a questão de saber se a lei disciplina também o elemento que, segundo a doutrina dominante, constitui o fundamento ou a base do

Importante, nesse sentido, pois relevante ao objeto do presente estudo, estabelecer distinções entre referidas figuras, tal como defendido por parcela considerável da doutrina brasileira<sup>55</sup>, representada por Pontes de Miranda<sup>56</sup>, para quem:

“(…) a distinção entre declaração de vontade (senso estrito e certo) e o ato de vontade declarativo, ou simples manifestação de vontade, presta serviços relevantes à prática e tem todo fundamento na realidade psicológica.”

É justamente na categoria das “manifestações de vontade” (e não das declarações) que parte da doutrina costuma inserir o silêncio, quando apto a constituir negócio jurídico. Tal ponto será aprofundado no capítulo 4.

Ainda sob tais aspectos, alguns autores tratam de forma indistinta<sup>57</sup> as expressões “manifestação” e “declaração” de vontade, para referir-se ao fenômeno que desencadeia a dinâmica contratual. Em relação, especificamente, à “declaração contratual”, alguns<sup>58</sup> defendem tratar-se de subcategoria da “manifestação de vontade”, a

---

negócio jurídico – a declaração de vontade.”

<sup>55</sup> Nesse sentido MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo III.** (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 56 “Com o emprêgo alternado, ou desatento, das expressões ‘declaração de vontade’ e ‘manifestação de vontade’, os juristas levaram o conceito de negócio jurídico a imprecisões lamentáveis.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 135 também estabelece distinção, mas com objetivo distinto salientando que “É por causa disso que, já de início, preferíamos, à palavra ‘manifestação’, a expressão ‘declaração de vontade’. A questão pode ser vista como simples problema terminológico, mas não será assim, na medida em que se entender por manifestação de vontade qualquer ato de vontade, isto é, qualquer exteriorização de vontade consubstanciada em palavras, gestos, comportamentos etc., e, por declaração, tudo aquilo que socialmente se vê como destinado à produção de efeitos jurídicos.” No entendimento do autor, “manifestação” seria “a-técnico”, enquanto “declaração de vontade” abrangeria os “atos socialmente reconhecíveis como destinados à produção e efeitos jurídicos.”

<sup>56</sup> Nesse sentido MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo III.** (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 56.

<sup>57</sup> Nesse sentido CARIOTA FERRARA, Luigi. **El negocio jurídico** (tradução Manuel Albaladejo). Madrid: Aguilar, 1956, p.331, “Aclarado qué cosa es la declaración y qué sea la manifestación, y precisado que, em nuestra opinión, no hay ninguna diferencia sustancial entre la una y la outra em el terreno negocial.” Outros afirmam tratar-se a primeira (declaração) de instrumento da segunda (manifestação), tal como AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução.** 8ª ed. (Revisada, modificada e aumentada). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 437, “A declaração de vontade é, assim, o instrumento da manifestação de vontade.

<sup>58</sup> Nesse sentido, SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto.** IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 90/91 “A doutrina considera simples, em um certo sentido, clarear o que se entende por declaração contratual. A declaração é uma subcategoria da manifestação. Esta última pode ser indireta (a intenção se deduz por ilação unívoca de um comportamento concludente) ou direta (a intenção se deduz de um comportamento que segundo a comum experiência é destinado a considera-lo socialmente reconhecível). Neste segundo caso, a manifestação pode se realizar mediante uma linguagem (meios simbólicos de significação, nomeadamente fonéticos, gráficos etc.) ou mediante um comportamento prático

qual, por sua vez, é considerada gênero, do qual são consideradas espécies as manifestações diretas e indiretas. Destaca-se que um contrato é “uma só declaração, que juridicamente será um só fato jurídico”, decorrente de um acordo de “vontades” e não de “declarações” desta<sup>59</sup>, sendo que, mesmo no contexto contratual é possível verificar-se a existência de manifestações de vontade constitutivas de uma única declaração contratual<sup>60</sup>.

Como salientado, o tema das declarações expressas, das manifestações tácitas e dos comportamentos concludentes será aprofundado no capítulo 3, por ocasião da

---

que tenha uma finalidade unívoca. A declaração é aquele tipo de manifestação que se realiza mediante uma linguagem. Um clareamento deve ser dado a propósito da linguagem. Não é linguagem se não é inteligível e, ao fim do direito dos contratos, a inteligibilidade é essencialmente relativa. Se alguém comunica a aceitação de uma proposta em uma língua estranha, o destinatário é livre para ignorar a aceitação.” (tradução livre) No original: “La dottrina ritiene semplice, in un certo senso, chiarire cosa s’intende per dichiarazione contrattuale. La dichiarazione è una sottocategoria della manifestazione. Quest’ultima può essere indiretta (l’intento si desume per illazione univoca da un comportamento concludente), o diretta (l’intento si desyme da un comportamento che secondo la comune esperienza è destinato a renderlo socialmente riconoscibile). In questo secondo caso, la manifestazione può svolgersi mediante un linguaggio (mezzi simbolici di significazione, ossia fonetici, grafici, ecc), o mediante un comportamento pratico avente una finalità univoca. La dichiarazione é quel tipo di manifestazione che si svolge mediante un linguaggio. Un chiarimento deve essere dato a proposito del linguaggio. Non c’è linguaggio se non c’è intellegibilità, e, ai fini del diritto dei contratti, l’intellegibilità è essenzialmente relativa. Se taluno comunica l’acettazione di una proposta in una lingua strana, il destinatario è libero di ignorare l’acettazione.”

<sup>59</sup> Sob tal aspecto, com posicionamento distinto, destacam Ibid., em tom crítico à abordagem conferida por Savigny (p.71) que “teve o capricho de crer que duas declarações (a proposta e a aceitação) poderiam fundir-se em uma só declaração – ao invés de clarear que o conjunto de duas declarações era necessário para produzir um efeito unitário.” (tradução livre) No original: “ebbe il capriccio di credere che due dichiarazioni (la proposta – l’acettazione) potessero ‘fondersi’ in una sola dichiarazione – invece di chiarire che l’insieme delle due dichiarazioni era necessario per produrre un effetto unitario”.

<sup>60</sup> Nesse sentido, SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 88, destacam o exemplo de dois sujeitos que subscrevem o mesmo texto. Não há uma proposta e uma aceitação, mas “não se pode negar que se trata de dois sujeitos que – primeiro um e depois o outro – apropriam-se mediante a assinatura do texto predisposto e assim o fazem próprio, adotando-o como objeto da própria declaração. Esta descrição de contrato como conjunto de declarações separadas tem sido contestada, a favor de uma visão mais unitária e mais analítica do elemento declarativo. As partes, inicialmente, podem inspirar-se por interesses opostos, mas, quando acordam, adotam um texto que é comum. A declaração contratual (em sentido lato) se decompõe/divide em dois momentos: as adesões, ou aprovações, ou declarações em sentido estrito, que são atos de cada parte; e o texto contratual, o preceito, que transcende uma e outra parte. Atrás do texto podem também sobreviver vontades não harmonizadas, que se reservam mentalmente interpretações divergentes do texto. Mas a ‘vontade contratual’ – a única relevante – é aquela do texto, e o texto é único e comum.” No original: “Ma non ci impedisce di riconoscere i due diversi soggetti che prima l’uno, e poi l’altro – si appropriano mediante la sottoscrizione il testo predisposto, e così lo fanno proprio, lo adottano come oggetto della propria dichiarazione. Questa descrizione del contratto come insieme di separate dichiarazioni è stata contestata, a favore di una visione più unitaria e insieme più analitica dell’elemento dichiarativo. Le parti, inizialmente, possono ispirarsi ad interessi opposti; ma, quando si accordano, adottano un testo che è comune. Le dichiarazioni contrattuali (in senso lato) si scompongono dunque in due momenti: le adesioni, o approvazioni, o dichiarazioni in senso stretto, che sono atti delle singole parti; e il testo contrattuale, il preceito, che transcende l’una e l’altra parte. Dietro il testo possono anche sopravvivere volontà non armonizzate, che si riservano mentalmente interpretazioni divergenti del testo. Ma la ‘volontà contrattuale’ - la sola rilevante – è quella del testo, e il testo è unico e comune.”



sistematização dos meios de exercício da autonomia privada no ambiente contratual, com destaque para o silêncio, a fim de identificá-lo, ou não, como um meio autônomo em relação aos demais.

Por ora, impõe-se registrar que não ostentam conteúdo negocial, as “declarações”: “de ciência” (ex.: ciente da notificação), “de conhecimento” (ex.: depoimento), “de sentimento” (ex.: expressar um perdão); “de maneira de ver” (ex.: parecer); “de intenção” (ex.: notificação simples, aviso ao credor)<sup>61</sup>. Referidas figuras enquadram-se como atos jurídicos em sentido estrito e, portanto, fora do objeto deste estudo, pois não estão relacionadas aos universos negocial e contratual. Além disso, mesmo no universo das “declarações de vontade” *lato sensu*, nem toda declaração de vontade destina-se a constituir contratos<sup>62</sup>.

## 2.1. Declaração e comportamento: irrelevância da vontade?

Somam-se a tais divergências doutrinárias as discussões acerca da relevância do elemento volitivo, da forma pela qual se manifesta<sup>63</sup> e do próprio conteúdo da

---

<sup>61</sup> Tal como salienta AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (titularidade). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1986, p. 35/36, que também traz os exemplos citados. BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico**: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 44, também desenvolve análise sobre tais declarações “de ciência, de informar, de fazer conhecer um fato” e “declaração que se destina a estabelecer a diretiva de um comportamento”. Assim como MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75 e ss.

<sup>62</sup> Tal como advertem SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 88, ilustrando com o exemplo de uma organização que, por meio do seu órgão colegiado, delibera colocar em prática um resultado jurídico (ex. conferir um encargo a um profissional), a manifestação de vontade não vale como proposta contratual. “A proposta contratual implica o declarar à contraparte, implica a criação de uma mensagem, endereçada à contraparte. O endereçamento é normalmente voluntário. Um endereçamento involuntário (devido, por ex. ao erro da secretária) não vincula se o defeito de vontade é manifesto. Vinculará se não é manifesto, sempre que exista uma responsabilidade dos quais aparecem como emitentes. Elemento constitutivo do contrato é a declaração (ou como se verá – um fato equivalente)”. No original: “La proposta contrattuale implica il dichiarare alla controparte, implica la creazione di un messaggio, indirizzato alla controparte. L’indirizzamento è normalmente volontario. Un indirizzamento incolontario (dovuto, ad es., all’errore del personale della segreteria) non vincola se il difetto di volontà è manifesto, sempreché esista una responsabilità di chi appare come mittente. Elemento costitutivo del contratto è la dichiarazione (o – si vedrà oltreun fatto equipollente).”

<sup>63</sup> Assim como assevera MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo III**. (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 444, quando salienta que a vontade, relevante juridicamente, depende da forma, nos seguintes termos: “Enquanto a vontade permanece íntima, não-exteriorizada, não interessa ao direito. Pode interessar à religião e à moral. A expressão é a forma; só se levam em conta as vontades que se enformaram. A forma é a da vontade e dos outros elementos do suporte fático, que precisem exteriorizar-se, como fatos da psique.” Mais adiante (p.

“declaração de vontade”, as quais influenciam na concepção do negócio jurídico, nos seus efeitos e – no tocante ao objeto do presente estudo – na compreensão e na modelação do silêncio como meio de exercício da autonomia privada no ambiente negocial em geral. A investigação concentra-se, neste momento inicial, numa abordagem mais abrangente, com o propósito de estabelecer bases teóricas seguras para, num segundo momento, explorar especificamente as características do ordenamento jurídico brasileiro.

Na busca de referido desiderato, considera-se útil destacar a distinção estabelecida por Betti<sup>64</sup>, que ao tratar da forma do ato que compõe a estrutura do negócio jurídico – definida como a reconhecibilidade objetiva do comportamento no ambiente social no qual é desenvolvido – estabelece que podem ser assumidas as formas de “declaração” ou de “comportamento” que não têm valor de declaração, salientando que “a antítese entre declaração e comportamento tem relação com a diferente natureza do ato e do evento que é produzido por dito ato.”

Sustenta Betti<sup>65</sup> que “o comportamento não conta com a colaboração psíquica alheia, não apela à consciência ou à vontade das pessoas em cuja esfera haverão de manifestar-se os efeitos do negócio”, de modo que “opera e atua, de fato, uma estrutura de interesses privados, sem pretender fazer que esta seja conhecida por outros interessados”.

Assim, conclui o autor italiano<sup>66</sup>, enquanto “o comportamento caracteriza-se

---

448) indica quais as formas possíveis de materializar a vontade: “A forma dos atos jurídicos ou é oral, ou é escrita, ou por atos, como a revogação do testamento que o testador destrói.”. Nesse sentido, destaca-se também a posição de AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (titularidade). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1986, p.21 acerca da caracterização do que é tecnicamente “declaração de vontade”, no sentido de que não é a mera manifestação de vontade tornada clara a outrem, mas, sim, “a manifestação de vontade que socialmente é vista como destinada a produzir efeitos jurídicos”.

<sup>64</sup> BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico**: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 39. Para compreensão mais detalhada da distinção, ver Id. . **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 127/130. Tal como indicam SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 294.

<sup>65</sup> BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico**: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 39, em que critica os conceitos de “negócio de atuação” e de *Willensgeschäft* (negócio de vontade) – correlativo, este último, da *Willenserklärung* (declaração de vontade) – por considerá-los “inexatos ou ambíguos” No original: “El comportamiento no cuenta con la colaboración psíquica ajena, no apela a la conciencia o a la voluntad de las personas en cuya esfera habrán de manifestarse los efectos del negocio. (...) opera y actúa, de hecho, una estructura de intereses privados, sin apuntar a hacer que esta sea conocida por otros interesados.” MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84, contudo, assume posição distinta.

<sup>66</sup> BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio

pelo fato de que esgota seu resultado em uma modificação objetiva (operação) socialmente reconhecível e relevante do estado de fato preexistente”, a “declaração”, por sua vez, que apela ora apenas para a consciência, ora também para a vontade “quer seja dirigida ou não a um destinatário determinado ao qual deva chegar para ter eficácia (declaração receptícia), está sempre destinada a fazer que seu conteúdo seja conhecido por outro.”

Não obstante tais distinções entre a declaração e o comportamento, não se descarta que “um determinado modo de comportar-se possa, no ambiente social, assumir significado de declaração, embora não sendo destinado, na consciência de quem o cumpre, a dar notícia de si a determinados destinatários.”<sup>67</sup>

E conclui o referido autor italiano<sup>68</sup> que:

“(…) o negócio consistente num comportamento não destinado a algum destinatário foi construído não como indício de uma hipotética vontade eventualmente aferível de outro modo, argumentável por outros indícios, mas sim como objetiva explicação de autonomia privada, com a qual se toma posição e coloca-se no lugar um regulamento de interesses privados. Também aqui, não menos que nos negócios declarativos, o comportamento tem uma função constitutiva insubstituível, não meramente probatória, reveladora.”

A conclusão que se requer no comportamento deve ser explicada com base na autonomia, tomada no seu significado social.

Destaca-se, nesse sentido, a posição de Gomes<sup>69</sup> ao tratar do esforço para

---

giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico**: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 39

<sup>67</sup> BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 129, remetendo o leitor às hipóteses de “comportamento concludente” e “comportamento omissivo” (silencioso). No original: “un determinado modo de comportarse, aun si no dirigido conscientemente a dar noticia de una estructura vinculante a los interesados en la misma, puede asumir, de todas formas, el significado y el valor de una declaración, en el ambiente social en la medida que hiciera reconocible – según la común experiencia – una toma de posición precisa respecto de ciertos intereses que tocan la esfera jurídica ajena en su interferencia con la esfera propia”

<sup>68</sup> BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 130. No original: “il negocio consistente in un comportamento non rivolto ad alcun destinatario va costruito non già come ‘indizio’ di una ipotetica volontà eventualmente accertabile in altro modo, argomentabile da altri indizi, sibbene come oggettiva esplicazione di autonomia privata, con la quale si prende posizione e si pone in essere un regolamento d’interessi privati. Anche qui, non meno che nei negozi dichiarativi, il comportamento ha una funzione costitutiva insostituibile, non meramente probatoria, rivelativa”.

“conservar a sistemática que concentra na categoria contratual toda forma de relação entre sujeitos de direito.” Salientando o autor que:

“(…) esse obstinado consensualismo, que vê em todo vínculo obrigacional a resultante de um acordo de vontades, esbarra com obstáculos ao se defrontar com novas relações, nas quais o exercício da autonomia privada consiste em determinado comportamento, a liberdade de constituí-las é eliminada, e a declaração de vontade torna o momento consensual uma contrafação.”

Em referido contexto, é possível afirmar – face as peculiaridades que as envolvem – que das condutas que contêm o silêncio em seu suporte fático, podem emanar tanto “comportamento”, o qual, por sua vez, pode assumir o “significado e o valor de uma declaração”<sup>70</sup>; quanto “declaração de vontade”<sup>71</sup> propriamente dita, tal como procurar-se-á demonstrar ao longo do presente estudo, com destaque para o tratamento conferido ao silêncio na realidade contratual brasileira.

---

<sup>69</sup> GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 29.

<sup>70</sup> Tal como conclui BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico**: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 39/40, ao tratar do “comportamento concludente” e das “relações contratuais de fato”: “Deve-se adicionar, da mesma forma, que um determinado modo de comportar-se, ainda que não destinado conscientemente a dar notícia de uma estrutura vinculante aos interessados na mesma, pode assumir, de toda forma, o significado e o valor de uma declaração, no ambiente social no qual é realizado, contanto que se fizesse reconhecível – segundo a experiência comum – uma tomada de posição precisa a respeito de certos interesses que tocam a esfera jurídica alheia em sua interferência com a própria esfera” No original: “un determinado modo de comportarse, aun si no dirigido conscientemente a dar noticia de una estructura vinculante a los interesados en la misma, puede asumir, de todas formas, el significado y el valor de una declaración, en el ambiente social en la medida que hiciera reconocible – según la común experiencia – una toma de posición precisa respecto de ciertos intereses que tocan la esfera jurídica ajena en su interferencia con la esfera propia”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (titularidade). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1986, p.17 (nota 20), também chega a essa conclusão em análise ao pensamento de BETTI, de que referido autor aceita a ideia de que “há negócios que não são declarações de vontade”.

<sup>71</sup> Definida por DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. (Tradução Fernando de Miranda). São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e C.A. editores, 1941, p. 27/28, como “o momento constitutivo do negócio jurídico, como a conduta de uma pessoa, que, segundo a experiência do comércio social e apreciando todas as circunstâncias, permite ordinariamente, inferir a existência de uma determinada vontade, ainda que, num caso concreto, essa dedução seja falsa, quere dizer, mesmo que a pessoa de que se trata não tenha, na realidade, a vontade interna que da sua declaração se infere.” O mesmo autor, linhas antes, admite que o silêncio pode constituir “declaração de vontade”, nos seguintes termos: “Ora, a ‘declaração de vontade’ tem lugar, na imensa maioria dos casos, por meio de palavras, cujo significado varia conforme as circunstâncias em que se formulam; mas há, também, muitos casos em que a vontade interna se exprime por meio de actos (um movimento de cabeça, por exemplo) ou de abstenções (silêncio).”

Diante disso, para o adequado encaminhamento do estudo do silêncio em referido ambiente, faz-se indispensável, ainda que de forma sintética, analisar o conteúdo do negócio jurídico, com destaque para o *locus* e para o papel do elemento volitivo, a partir das polêmicas que envolvem a constituição da vontade e dos elementos componentes da convicção do próprio declarante acerca da conduta adotada, passando pelas questões relacionadas ao seu processo de exteriorização, salientando-se, desde logo, a relevância da exteriorização da vontade no contexto jurídico e negocial, em especial.

## 2.2. (In)consciência da conduta silenciosa?

Uma das tormentosas questões que se coloca no início do processo de formação do contrato e também no decorrer de sua execução – que ostenta relevância peculiar na abordagem do silêncio em referido contexto<sup>72</sup> – diz respeito à pertinência de analisar-se a (in)consciência da exteriorização de vontade, avaliando, mais precisamente, se a consciência estaria implícita, ou não, na própria conduta apta a constituir determinado contrato. Consciência essa, entendida como a percepção e a reflexão prévias, por parte do sujeito, aptas a orientá-lo a praticar determinada conduta<sup>73</sup>, vez que tal

---

<sup>72</sup> Mas que normalmente não é abordada pelos autores que exploram o tema. LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 140/141, trata rapidamente da questão em sua obra, ao salientar que: “Essa mesma distinção da ‘direção’ da vontade pôde servir de meio para caracterizar o silencio no domínio contratual ou não. No campo do contrato, o silencio não constitue um simples ‘no fare’, negligente, mas uma atitude ‘consciente’, querida efetivamente, uma vontade que nela encontra uma direção destinada a estabelecer uma afirmativa.”

<sup>73</sup> Segundo PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 250, “consciência da declaração deve ser entendida como a voluntariedade de ‘um valor jurídico-negocialmente conformador’ (em absoluto) do comportamento próprio. O mesmo autor destaca que a figura é definida por alguns (p. 63) como “consciência da notificação” negocial ou como “consciência da vinculação jurídica”, por outros. Registra-se que a “inconsciência” não se confunde com a “vontade defeituosa”. Enquanto a primeira se situa no plano da existência, a segunda se refere à validade. Tal como salienta FLUME, Werner. **El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil**. (Tomo segundo). (Tradução José María Miquel González y Esther Gómez Calle). 4ª ed. Fundación Cultural del notariado, 1998, p. 74, “De lo que aquí se trata es de si aquel que cumple el supuesto de hecho de una declaración quiere que su conducta sea una declaración, o si al menos es consciente de que su conducta es un supuesto de declaración.” concludindo (p. 76), após a análise do clássico exemplo da “subasta de vinhos”, que “en todo caso se esta de acuerdo en que una declaración de voluntad existe independientemente de que la llamada voluntad negocial coincide con el contenido del ‘supuesto de hecho de la declaración”. Nesse sentido, MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo III**. (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 59, “O problema nada tem com o do erro, porque êsse concerne ao conteúdo do negócio jurídico: a anulabilidade segundo o art. 86-91 só se dá se o declarante, ou agente do ato volitivo adeclarativo, que é suporte fático do negócio jurídico, não quis declaração ou manifestação desse conteúdo que lá está.” MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 182, afirma que “no caso de inconsciência da vontade não há negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*; havendo erro existe o ato

discussão mostra-se capaz, inclusive, de interferir não apenas na delimitação da noção de negócio jurídico, como também na modelação de seu conteúdo e efeitos<sup>74</sup>.

A divergência<sup>75</sup> verifica-se, pois, enquanto para alguns doutrinadores<sup>76</sup>, a essência da declaração de vontade estaria presente na “vontade de atuação”, prescindindo da própria consciência deste agir por parte do declarante, a qual já estaria implícita na primeira, para outros autores<sup>77</sup>, sem tal consciência, o mero agir não representaria uma declaração de vontade, já que a consciência da declaração pertenceria ao suporte fático desta<sup>78</sup>. Por consequência, a ausência da consciência da declaração, ensejaria, ao menos *a*

---

jurídico (...). Salienta-se, outrossim, que a vontade livre e consciente de querer praticar o ato, não se confunde com o “querer” o resultado da referida conduta. Tal como destaca DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. (Tradução Fernando de Miranda). São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e C.A. editores, 1941, p. 65, no exemplo do “táxi livre”, no qual dois camponeses embarcam no táxi com tal indicação no disco, acreditando que a viagem é gratuita mas as circunstâncias especiais do objeto, o lugar e o fim econômico pretendido não permitem uma interpretação favorável aos camponeses.

<sup>74</sup> Nesse sentido, ver PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 62 e ss.

<sup>75</sup> Registra-se que as discussões são muito mais amplas do que aquelas que se procura sintetizar nesse tópico, conforme destacado por PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 220 e ss., em que aborda as posições divergentes de diversos autores portugueses, alemães e italianos a respeito do assunto. Não é, contudo, o escopo do presente estudo.

<sup>76</sup> Nesse sentido FLUME, Werner. **El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil**. (Tomo segundo). (Tradução José María Miquel González y Esther Gómez Calle). 4ª ed. Fundación Cultural del notariado, 1998, p. 77, ao acolher o entendimento de Hippel a respeito do “ ‘supuesto de hecho mínimo’ de la declaración de voluntad”, salienta que: “Una declaración de voluntad es ‘una conducta que según su apariencia externa impone la conclusión, o permite concluir que la persona en cuestión persigue ‘la producción de un efecto jurídico’, ‘la constitución, extinción o modificación de una relación jurídica’ o un resultado de relevancia económica o social, o al menos que está de acuerdo con esa nueva regulación jurídica o social.” E, mais adiante, o mesmo autor se posiciona a respeito do silêncio caracterizar-se, ou não, como declaração, nos seguintes termos (p. 103/102) “Respecto del silencio, se ha expuesto antes (véase el núm.2) que sólo constituye un acto de declaración de voluntad si el que calla es consciente del significado de su silencio como signo de declaración. En la declaración de voluntad mediante actos concluyentes es cierto que existe un ‘acto’, aun cuando el que actúa no sea consciente de que celebra el negocio jurídico aceptado por e acto concluyente.”

<sup>77</sup> Tal como defendem ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Tehodor e WOLFF, Martín. **Derecho Civil: Parte General; Tomo I: primeira parte**. (Rev. Hans Carl Nipperdey e trad. Blas Pérez González y José Alguer). Barcelona: Casa editoria Bosh, 1981, p. 71/73, segundo os quais “la conducta externa que permite inferir una voluntad de negocio sólo es una exteriorización de voluntad (declaración de voluntad), si el exteriorizante ‘es consciente’ de que de ella puede deducirse una voluntad de negocio. Esta consciencia así caracterizada puede denominarse consciencia de exteriorización (consciencia de declaración, consciencia de actuación)”, embora reconheçam tratar-se de tema que divide a doutrina alemã. Nesta linha foi a opção adotada pelo CCP, cf. PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 63, “o problema foi resolvido pelo legislador de 1966 (...) optou pela teoria subjectiva, a qual exige aquela consciência da declaração logo para a existência da declaração negocial.” MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178, trata a “consciência da exteriorização de vontade” como elemento essencial à caracterização do ato jurídico, salientando que em tal categoria de fato jurídico “a pessoa que manifesta ou declara a vontade o faça com o intuito de realizar aquela conduta juridicamente relevante.”

<sup>78</sup> Nesse sentido GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. (Aumentada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 63, “Não se segue, porém, que se deva prescindir

*priori*, o seu não enquadramento na disciplina negocial<sup>79</sup>.

Tal reflexão mostra-se relevante para melhor situar os silêncios (consciente e inconsciente) e as condutas afins no contexto negocial e, por consequência, procurar melhor direcionar as suas características e os seus efeitos no âmbito do atual sistema brasileiro. Em linhas gerais, seria possível afirmar – adotando-se o entendimento de Betti – que, diante da constatação de que os vínculos jurídicos relevantes ao universo contratual podem se originar de “comportamentos” e de “declarações”, a questão da (in)consciência seria irrelevante para a composição do suporte fático de “comportamentos”<sup>80</sup>, pois o vínculo jurídico contratual (ou “paracontratual”<sup>81</sup>) formar-se-ia independentemente de tal consciência<sup>82</sup>.

Observe-se que não se trata de negar, em absoluto, a possibilidade do

---

a intenção de agir com efeitos jurídicos. Procura-se, em suma, distinguir, como o fez Enneccerus, a vontade do efeito jurídico da sua construção jurídica, exigindo que o sujeito tenha consciência de que seu ato produz efeitos jurídicos e que a modificação da situação preexistente, que se produz, se verifica através de meios jurídicos e no campo das relações jurídicas.” Em sentido análogo, é a posição de MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo III.** (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 59, “O elemento ‘consciência’ é essencial à declaração de vontade e à manifestação de vontade (ato declarativo, que basta ao negócio jurídico). A manifestação de vontade de negócio há de ser, por exigência da teoria mesma do auto-regramento da vontade (dita da autonomia privada), consciente.”

<sup>79</sup> Tal como afirma PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico.** Coimbra: Almedina, 1995, fls. 251/252, ao analisar a realidade portuguesa e MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo III.** (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 59, “Quando não há vontade, ou quando não há consciência da exteriorização da vontade, não há declaração de vontade, ou ato volitivo declarativo que possa ser suporte fático de negócio jurídico.” CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português.** Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 785, também utiliza o exemplo do leilão dos vinhos para ilustrar a análise na realidade portuguesa, que, como dito e se detalhará a seguir, ostenta dispositivo legal próprio para tratar da consciência da declaração.

<sup>80</sup> Embora não admita a incidência da disciplina negocial, BETTI. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico.** (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico:** 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 31/74, p. 50/51, reconhece a possibilidade de vinculação jurídica por intermédio de “comportamentos” não conscientes, nos seguintes termos: “Quando nossa conduta, por seu caráter concludente, seja idônea para suscitar nos outros – com os quais estamos na relação – a razoável impressão de um comportamento assumido de nossa parte, e quando tal conduta valha, portanto, para justificar uma expectativa nos outros, não será relevante, para que exista ou não uma tutela desta última, nossa consciência efetiva sobre seu valor vinculante.” (tradução livre) No original: “Cuando nuestra conducta, por su carácter concluyente, sea idónea para suscitar en otros – con los cuales estamos en relación – la razonable impresión de un compromiso asumido por nuestra parte, y cuando tal conducta valga, por tanto, para justificar una expectativa en otros, no será relevante, para que exista o no una tutela de ésta última, nuestra conciencia resulta correlativa de una autorresponsabilidad, que explica la imputación de la conducta.”

<sup>81</sup> Utilizando a terminologia adotada por Azevedo, supracitada.

<sup>82</sup> Conforme destaca PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico.** Coimbra: Almedina, 1995, p. 64, a jurisprudência alemã já se manifestou no sentido da desnecessidade da “consciência da declaração” em relação aos “comportamentos concludentes”. Cita a decisão do BGH em NJW, 1990, p. 456. Voltaremos ao ponto no capítulo 3.2.1. (comportamento concludente). Em sentido contrário, LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade:** obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 141.

“comportamento” decorrer de condutas conscientes, mas, simplesmente, de reconhecer que tal elemento (consciência) não é imprescindível para a materialização do ato, pois muitos “comportamentos” poderão decorrer de condutas absolutamente conscientes<sup>83</sup>.

Por outro lado, seria relevante no âmbito das “declarações”, impondo-se analisar a solução adotada para cada sistema, para aferir tratar-se de questão que se coloca no plano da existência ou no da validade das “declarações”. Nesse sentido, seria tal conduta silenciosa (sem consciência por parte do silente) capaz de vinculá-lo juridicamente a um contrato? Trata-se de hipótese de inexistência do ponto de vista negocial, ou estaria sujeita à invalidação?

As respostas a tais perguntas, como salientado, variarão de acordo com o tratamento conferido ao tema em cada ordenamento jurídico<sup>84</sup>. Diferentemente do que ocorre em outros sistemas jurídicos<sup>85</sup>, não há, na lei brasileira, dispositivo legal destinado a regular a consciência da declaração, o que relega a análise para o campo interpretativo e doutrinário, que, no caso brasileiro, transporta a discussão para a disciplina do “erro ou ignorância”<sup>86</sup>.

Quanto ao tratamento da questão, na realidade brasileira, no âmbito da

---

<sup>83</sup> Ex.do herdeiro (e não inventariante) que paga o imposto da casa herdada. Tal como se pretende demonstrar por intermédio do exemplo (ver capítulo 5.4. e subitens) do sujeito que se mantém em silêncio após ter provocado, diante de circunstâncias especiais, a formulação de uma proposta de contrato no seu interesse. Em referido contexto, a consciência do silente de que o seu silêncio pode materializar um contrato é irrelevante em referida análise. Independentemente de tal consciência, as circunstâncias negociais exigiam que recusasse a proposta.

<sup>84</sup> Tal como registra, entre outros, BETTI. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico**: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 53, “O fato em si, e em que medida, a falta de consciência do conteúdo (é dizer, o erro que recaíra sobre a declaração ou comportamento) pode, por um critério de responsabilidade, ser igualmente imputado ao autor, constitui um problema cuja solução depende da apreciação que cada ordenamento jurídico faça das exigências do tráfico para a tutela da confiança.” (tradução livre). No original: “El hecho de si, y en qué medida, la falta de conciencia del contenido (es decir, el error que recayera en la declaración o en el comportamiento) puede, por un criterio de responsabilidad, ser igualmente imputada al autor, constituye un problema cuya solución depende de la apreciación que cada ordenamiento jurídico haga de las exigencias del tráfico para la tutela de la confianza.”

<sup>85</sup> A exemplo do Código Civil português, que conta com a regra do “Artigo 246º (Falta de consciência da declaração e coacção física). A declaração não produz qualquer efeito, se o declarante não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial ou for coagido pela força física a emití-la; mas, se a falta de consciência da declaração foi devida a culpa, fica o declarante obrigado a indemnizar o declaratário.”

<sup>86</sup> Sobre referida proximidade com a disciplina do erro, ver PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 237/252, que contrapõe as principais posições e argumentos a respeito da opção subjetiva do sistema português, às posições objetivas que acabam por tratar conjuntamente as hipóteses de “ausência de consciência da declaração” e “erro no conteúdo da declaração”, indicando sua opção pelo sistema objetivo (p. 248/250). CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 785/788, adota posição análoga, citando doutrina alemã.



disciplina do erro<sup>87</sup>, necessário salientar que apesar das situações analisadas – “ausência de consciência da declaração” e “erro na declaração” – não se confundirem e, inclusive, se colocarem em planos distintos do negócio jurídico (existência e validade, respectivamente) a solução alcançada pela lei brasileira (arts. 138 e 139, I do CC), ao tratar do “erro ou ignorância”<sup>88</sup>, apresenta-se adequada, especialmente pelo seu pragmatismo – diante das dificuldades de investigar-se a “consciência” do declarante – mostrando-se apta a solucionar conflitos intersubjetivos e a afastar situações iníquas, sem violar a lógica do sistema no qual se insere, contribuindo para preservar, de forma equilibrada, tanto a autonomia privada do declarante, quanto a estabilidade das relações jurídicas. Nesse sentido, destaca-se a posição de Silvio Rodrigues<sup>89</sup> sobre a solução brasileira pela equiparação do “erro-obstáculo” e do “erro-vício”:

“Concluindo, parece-me que esta orientação, se bem que fuja aos pressupostos lógicos da definição inicial, representa um progresso, pois envolve uma simplificação inegavelmente útil, principalmente no que concerne à segurança das relações sociais.”

---

<sup>87</sup> Registra-se, conforme destaca ALVES, José Carlos Moreira. O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas. *Diritto @Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, Anno V, 2006, Quaderno n. 5, Nuova Serie. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>> Acesso em: 8 jan. 2020, p. 8, que na realidade brasileira, “(...) o novo Código, na esteira do de 1916, atribui o mesmo efeito (a anulabilidade) ao erro-obstáculo (também denominado erro na declaração) e ao erro vício (ou erro-motivo), não tratando das duas figuras separadamente. Por isso, seu artigo 144 – que estabelece que “o erro não prejudica a validade do negócio jurídico, quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante” – se dirige a ambas as espécies de erro, e não apenas ao erro-obstáculo, à semelhança do disposto no artigo 1.432 (combinado com o artigo 1.433 no particular) do Código Civil italiano. (...)”. Na análise do CC/16, NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 34 salienta que ambas as modalidades de erro receberam o mesmo tratamento da lei brasileira (anulabilidade), mas o autor registra a diferença entre ambas (p. 19) “No erro obstáculo, o declarante diz o que não quer por equívoco ou mesmo ignorância. Já, diversamente, o erro que vicia a vontade é erro substancial, isto é, o declarante diz o que quer, mas a manifestação dessa vontade se deu devido a equívoco ou ignorância de alguma circunstância que, se conhecida do declarante, este não realizaria o negócio jurídico.” RODRIGUES, Silvio. **Dos vícios do consentimento**. 3ª ed. (Atualizada). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 26, é, inicialmente, crítico à equiparação “De sorte que o problema, ante a legislação brasileira, ganhou em clareza e em simplicidade o que perdeu em lógica.” PINTO, Paulo Mota. **Falta e Vícios da Vontade na declaração tácita**. In: CAMPOS, Diogo Leite. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 235 e ss. cita vasta doutrina contrária e favorável à equiparação no tratamento das referidas situações.

<sup>88</sup> Embora distinta, entre outras, daquela conferida pela lei portuguesa, impondo a anulabilidade, ao invés da consequência indenizatória.

<sup>89</sup> RODRIGUES, Silvio. **Dos vícios do consentimento**. 3ª ed. (Atualizada). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 27/28.

Não obstante o interesse em buscar-se respostas objetivas a tais questionamentos, o que releva, por ora, é identificar a importância de referida análise no âmbito dos vínculos jurídicos que contenham o silêncio em seu suporte fático, como meio, apto ou não, para o exercício da autonomia privada no universo contratual.

A dicotomia de tratamento decorrente da análise do mencionado elemento interno da declaração (consciência da declaração), na verdade, acaba por retomar a polarização entre aqueles (“declarativismo contemporâneo”)<sup>90</sup> que privilegiam a declaração, admitindo a dispensa do requisito da consciência da declaração para a caracterização do negócio jurídico daqueles que, por seu turno, negam a incidência da disciplina negocial, diante da ausência de certos elementos internos na declaração, que culminariam em “declarações de vontade não queridas”, fazendo incidir outros fundamentos de atribuição de efeitos negociais, tais como aquele objeto de análise crítica desenvolvida no item 6.1 infra. (comportamento social típico)<sup>91</sup>.

Em síntese, embora a riqueza da disciplina negocial apresente-se como suficiente para solucionar as inúmeras questões relacionadas ao processo de formação do contrato, não pertence ao escopo deste estudo promover uma análise mais aprofundada acerca da delimitação do universo negocial e das dúvidas e discussões relacionadas aos demais fundamentos não negociais de vinculação jurídica, assumindo posicionamento jurídico conclusivo acerca de “problema dogmático de ponta no direito privado actual”<sup>92</sup>, mas, sim, avaliar quais os reflexos das referidas discussões sobre o tema objeto deste estudo e identificar eventuais soluções aplicáveis às situações concretas, com base nas regras constantes do sistema jurídico brasileiro, tal como se propõe no decorrer desta investigação.

Basta, por ora, reconhecer que – ao menos no tocante ao tratamento conferido pela lei brasileira – a questão da (in)consciência da declaração não se coloca como relevante para a existência de uma declaração negocial ou para a conformação de um comportamento apto a compor o suporte fático necessário ao estabelecimento de vínculos

---

<sup>90</sup> Na terminologia adotada por PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 65, mas não segmenta os adeptos das teorias da vontade e da declaração.

<sup>91</sup> Entre inúmeras outras teorias destacadas por PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 65/66.

<sup>92</sup> Acerca do reconhecimento de tal problemática, ver *Ibid.*, p. 67.

jurídicos contratuais ou análogos<sup>93</sup>, embora possa interferir, posteriormente, na validade do negócio.

No tocante ao estabelecimento, ou mesmo em relação às alterações, de vínculos jurídicos contratuais por intermédio do silêncio, o ordenamento jurídico pátrio alcançou solução intermediária interessante, a qual fixa parâmetros próprios concernentes ao exercício da autonomia privada por tal meio, afastando-se do rigor, muitas vezes excessivo, que acompanha a disciplina da “declaração de vontade” – inclusive em relação ao requisito da consciência – e aproxima-se do tratamento mais flexível conferido aos “comportamentos”, tal como se procurará demonstrar no capítulo 5 deste estudo.

### 2.3. A conduta silenciosa na concepção estrutural do negócio jurídico

Além de referidos aspectos preliminares atinentes à (in)consciência da conduta, os quais dizem respeito ao conteúdo das declarações e dos comportamentos necessários à formação do negócio, faz-se imprescindível – para o adequado aprofundamento da análise acerca da aptidão negocial do silêncio e diante das dificuldades relacionadas à sua identificação como conduta apta a materializar o exercício da autonomia privada – estabelecer qual o *locus* de sua investigação no ambiente negocial.

Em razão da relevância classicamente conferida ao elemento volitivo e à sua exteriorização no âmbito negocial, compreende-se que a análise das condutas silenciosas, respeitadas algumas particularidades, deve acompanhar as discussões atinentes à vontade e à sua declaração em tal ambiente.

Destacam-se, em síntese, ao menos, três correntes de pensamento acerca da definição do negócio jurídico<sup>94</sup>, as quais conferem importância e tratamento distintos à vontade, influenciando, por consequência, a abordagem do silêncio em referido contexto.

A primeira delas abrange as definições pela gênese ou voluntaristas. A segunda, as definições pela função, preceptivas ou objetivas e, por fim, as definições pela

---

<sup>93</sup> Sobre não se tratar de contrato, mas relação contratual de fato, ver **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales** (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 52 tal como se verifica no tocante às relações contratuais de fato.

<sup>94</sup> De acordo com AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4/22.

estrutura. Tradicionalmente, a doutrina civilista no Brasil e nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica em geral, adotaram a definição de negócio jurídico pela sua gênese. É a denominada definição voluntarista<sup>95</sup>, segundo a qual “o negócio jurídico é a manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos” ou “ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico”<sup>96</sup>. A vontade, classicamente, é considerada elemento impulsionador da ação humana, determinando a “atividade jurídica das pessoas e, em particular, o nascimento, a aquisição, o exercício, a modificação ou a extinção dos direitos e correspondentes obrigações”<sup>97</sup>.

No âmbito desta abordagem voluntarista do negócio jurídico, verifica-se a existência de segmentos distintos. De um lado, os defensores de que a vontade visa a obter efeitos jurídicos<sup>98</sup>. De outro, os que entendem que a vontade visa a obter efeitos práticos<sup>99</sup>. Embora diverjam a respeito dos efeitos, jurídicos ou práticos, objetivados pela vontade, ambos os segmentos da visão voluntarista defendem a ideia de que o elemento volitivo compõe a essência da definição de negócio jurídico. Tal concepção recebe críticas, entre outros fatores, por adotar uma perspectiva psicológica<sup>100</sup>, sendo considerada “imperfeita, pois ora abrange mais que o definido e ora deixa de abranger todo o definido”<sup>101</sup>. Além disso, há inúmeros negócios jurídicos que, embora possam até

---

<sup>95</sup> Que teve como principal precursor Savigny, para quem “a base de toda a declaração de vontade é a existência de vontade.”, tal como destacado por PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 20.

<sup>96</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4.

<sup>97</sup> Segundo RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 15, que complementa (p. 29) “Alguns autores entendem que é o ordenamento, em última análise, a verdadeira causa dos resultados visados e alcançados pelo agente, ao passo que a vontade exerce, tão só, a função de condicionar a norma. Outros autores conferem à vontade, diretamente, o valor de causa eficiente de tais resultados. E outros ainda procuram conciliar essas soluções descobrindo tal causa na união das duas vontades, a vontade privada através do ato e a vontade do Estado através da norma.”

<sup>98</sup> WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle Pandette** (Traduzida pelos Profs. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa). Vol. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925. p. 202.

<sup>99</sup> CARIOTA FERRARA, Luigi. **El negocio jurídico** (tradução Manuel Albaladejo). Madrid: Aguilar, 1956, p. 328, “Si la voluntad es negocial, en cuanto se dirige a un fin que está tutelado por el ordenamiento, es decir, en cuanto tiene especial fuerza, conciencia y dirección, en cuanto tende um fin concreto a realizar, se reviste de una manifestación, también consciente y querida.”

<sup>100</sup> Conforme salienta BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría General del Negocio Jurídico: 4 estudios fundamentales** (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 35.

<sup>101</sup> Conforme destaca AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 7/8, nos exemplos de atos lícitos não negociais realizados por alguém que deseja (vontade) exatamente os efeitos que a lei prevê, como o do caçador que além de atingir a caça deseja tornar-se proprietário do animal e atira com essa intenção, para ilustrar que embora se esteja diante de um ato de vontade, não se trata de negócio jurídico. Por outro lado, a vontade pode ter efeito menos abrangente do que aquele esperado pelas partes, tal como ocorre na conversão substancial do negócio jurídico, no qual

mesmo ser declarados nulos, existem sem vontade, tais como nos casos de hipnose, coação absoluta<sup>102</sup>, reserva mental, entre outros.

As primeiras concepções que se afastaram da definição voluntarista foram de Brinz e Thon, os quais “viram, no negócio, antes um meio concedido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos, que propriamente um ato de vontade”<sup>103</sup>. Caracterizaram o negócio jurídico como “norma jurídica concreta”, sendo que tal abordagem intensificou-se, posteriormente, com os debates acerca das teorias da vontade (*Willenstheorie*) e da declaração (*Erklärungstheorie*), conforme se explorará na sequência deste estudo.

Para os adeptos desta definição, também denominada preceptiva, “o negócio jurídico constitui um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante”<sup>104</sup>. Assim como verificado em relação às teorias voluntaristas, as teorias preceptivas ou objetivas também ostentavam correntes distintas de pensamento, com destaque para as concepções de “declaração preceptiva”<sup>105</sup>, “declaração de

---

as partes celebram um negócio com determinada intenção, mas este se mostra ineficaz, acarretando a caracterização de outro negócio jurídico que não foi desejado pelas partes, mas que será eficaz.

<sup>102</sup> Importante registrar que o tratamento de tais exemplos já no plano da validade não é unânime. Inúmeros autores enquadram alguns dos referidos exemplos como hipóteses de inexistência ou de nulidade, tal como destaca RODRIGUES, Sílvio. **Dos vícios do consentimento**. 3ª ed. (Atualizada). São Paulo: Saraiva, 1989, ao analisar a coação absoluta, p. 231, nos seguintes termos: “A distinção é relevante porque, se houver violência absoluta, o ato jurídico é nulo, visto faltar-lhe um elemento essencial: o consentimento, enquanto que, se ocorrer violência relativa, o negócio existe, sendo somente anulável, por iniciativa do prejudicado”, complementando em nota de rodapé o seu entendimento. “A maioria dos escritores consultados entende que, no caso de ‘vis absoluta’ o ato é inexistente. Não me entusiasma a idéia de inexistência, dentro da teoria das nulidades. Daí minha tentativa de sustentar que tais atos são nulos por lhes faltar elemento essencial, indispensável para sua validade.”

<sup>103</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

<sup>104</sup> Ibid. p.11/12. Para BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico**: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 43, “Quando os atos de autonomia privada são reconhecidos tem lugar uma correlação pela qual o “dever ser” do preceito, que já na vida social é próprio do negócio, é aderente e congruente, logicamente, e segundo a avaliação do ordenamento, com o ser ideal da relação jurídica ligada com dito preceito. Assim, a estrutura de interesses adquire relevância jurídica, e o preceito da autonomia privada, sem perder essa natureza, torna-se fonte das relações e situações jurídicas, as quais o negócio jurídico está destinado a dar vida, ou cujas vicissitudes está destinado a regular.” (tradução livre) “No original: cuando los actos de autonomía privada son reconocidos tiene lugar una correlación por la cual el “deber ser” del precepto, que ya en la vida social es propio del negocio, es adherente y congruente, lógicamente, y según la evaluación del ordenamiento, con el ser ideal de la relación jurídica enlazada con dicho precepto. Así, la estructura de intereses adquire relevancia jurídica, y el precepto de la autonomía privada, sin perder esta naturaleza, deviene fuente de las relaciones y de las situaciones jurídicas, a las cuales el negocio jurídico está destinado a dar vida, o cuyas vicissitudes está destinado a regular.”

<sup>105</sup> Representada por BETTI, **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico**: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 31/74 que destaca “O preceito da autonomia

vigência”<sup>106</sup>.

Tais concepções também não escaparam das críticas<sup>107</sup>, tais como aquelas segundo as quais: “A transformação do negócio em norma jurídica concreta é artificial, na medida em que a expressão ‘norma jurídica’ implica sempre num ‘jubere’ que o negócio jurídico não possui. Esse, o seu principal defeito.”

Em resposta à insuficiência das referidas definições voluntaristas e objetivas, uma corrente doutrinária, entre nós representada por Azevedo<sup>108</sup>, desenvolveu a definição do negócio jurídico pela sua estrutura, concentrando-se em definir “o que ele é” e não “como” o negócio jurídico “surge” (gênese) ou “atua” (função) no ambiente jurídico. Promove análise, primeiramente, *in abstracto*, como categoria jurídica e, em seguida, *in concreto*, como fato jurídico concreto.

*In abstracto*, é a denominada “hipótese de fato jurídico (às vezes dita “suporte fático”)), a qual “consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (‘as circunstâncias negociais’) que fazem com que ‘socialmente’ essa

---

privada, já expressado na forma declarativa, já inerente ao comportamento, torna-se operativo, imediatamente, dos efeitos que correspondem à sua função econômico-social típica. Esta força operativa imediata, que também poderia chamar-se constitutiva, por sua estrita analogia com as sentenças constitutivas de direitos não contradiz em nada – como acreditaram alguns – o conteúdo do dever ser, que é próprio do preceito.” (tradução livre). No original: “el precepto de la autonomía privada, ya expresado en forma declarativa, ya inherente en el comportamiento, deviene operativo, inmediatamente, de los efectos que corresponden a su función económico-social típica. Esta fuerza operativa inmediata, que también podría llamarse constitutiva, por su estricta analogía con las sentencias constitutivas de derechos, no contradice para nada – como ha creído alguno – el contenido del “deber ser”, que es propio del precepto.”

<sup>106</sup> Segundo a qual “A declaração de vontade jurídico negocial não contém somente a manifestação de uma determinada opinião ou intenção; é, nos termos do seu sentido, declaração de vigência, quer dizer, um acto que tem como objetivo por em vigor determinada consequência jurídica”, tal como salienta LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. (Tradução José Lamego). 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 419. No direito brasileiro, ver MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.33 e ss.

<sup>107</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 12, no sentido de que a “norma” contém um mandamento, uma ordem, um comando que o negócio não ostenta. Na sequência, o autor destaca críticas dos próprios adeptos dessa concepção preceptiva em relação à equiparação dos negócios jurídicos às normas jurídicas, citando Cariota Ferrara (p. 13) “A nós, parece que, do negócio, podem surgir somente ‘relações jurídicas’, e não ‘preceitos’, e que, se surgem uns, não podem surgir outros, e vice-versa.” e “Um preceito, que tenha imediata eficácia constitutiva, isto é, que produz diretamente os efeitos... não é preceito, não é norma; pelo contrário, uma relação jurídica não pode ter valor normativo, porque já é efeito de uma norma. ‘Norma’, ‘preceito’ e ‘relação jurídica’ são termos não equivalentes e não são conceitos que especifiquem um ou outro; a relação jurídica não é nunca normativa.” Referido autor (AZEVEDO, 2002) conclui a, p. 13/14, que a definição preceptiva ou objetiva sofre os mesmos problemas da voluntarista. Exclui, por exemplo, o negócio jurídico nulo (absoluta ou relativa), em virtude de sua situação irregular, os quais só podem ser considerados “não-normas” ou “não negócios”, sendo considerado simples “fato jurídico” de outra espécie.

<sup>108</sup> Nesse sentido, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15/16.

manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos”<sup>109</sup>, caracterizando-a, de forma específica e primária, como declaração de vontade no rigor do termo e não como mero sinônimo de manifestação de vontade. Os efeitos constitutivos de direito representam, portanto, uma característica específica secundária, decorrentes da referida declaração.

*In concreto*, segundo Azevedo<sup>110</sup>:

“(...) negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

O referido autor adota uma concepção estrutural de negócio jurídico e critica aquelas definições relacionadas à gênese, ou voluntaristas, e aquelas relacionadas à função; ou objetivas, ressaltando que a estrutura é anterior a estas. Na essência, conclui Azevedo<sup>111</sup> que:

“(...) a vontade não é elemento necessário para a existência do negócio (plano da existência), tendo relevância somente para sua validade e eficácia; segue-se daí que, não fazendo ela parte da existência do negócio, muito menos poderá ser elemento definidor, ou caracterizador do negócio.”

Logo, a análise da essência do que é negócio jurídico não se concentra na caracterização, ou não, de um ato de vontade, mas, sim, se “pela estrutura normativa, se

---

<sup>109</sup> Ibid., p. 16.

<sup>110</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

<sup>111</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9. Tal posição do autor é enfatizada, as p. 186, em AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **A conversão dos negócios jurídicos**: seu interesse teórico e prático. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Vol. 69, nº1, 1974, p. 181/190, nos seguintes termos: “O negócio não é, no nosso modo de entender, propriamente o ato de vontade de alguém, mas, sim, o que a ‘sociedade vê como sendo o ato da vontade de alguém’. Essa aparente sutileza (que reduz, mas não elimina, o papel da vontade no negócio) tem graves consequências práticas; limitamo-nos, para não fugir demais ao nosso tema, a lembrar o que se passa em matéria de interpretação do negócio. Mudando a perspectiva, como queremos, o intérprete não deverá se preocupar com o foro íntimo do agente, com a sua intenção, com aquilo que ele quis e não manifestou; deverá, antes, atender às ‘circunstâncias’ que rodeiam o negócio e que socialmente lhe fixam os contornos, isto é, com aquilo que ‘aos outros’, parece ser o que o agente queria.”

toma, ou não em consideração a existência do que socialmente se vê como ato ou manifestação de vontade.”<sup>112</sup>

Tal aproximação – que privilegia a concepção estrutural do negócio jurídico sob tais premissas – permite com maior clareza melhor situar o silêncio no âmbito da formação do negócio jurídico. Isso porque, diante da preponderância das circunstâncias e de outros requisitos objetivos – no lugar de conferir-se maior importância à vontade do sujeito que silencia – a percepção do destinatário, desde que digna de tutela, acerca da conduta silenciosa da outra parte, ostentará maior relevância na definição da declaração de vontade ou do comportamento silencioso apto a constituir contrato.

Tais fatores, associados às dificuldades que envolvem a identificação da presença da vontade em relação às condutas silenciosas – as quais, por sua vez, sequer se caracterizam, propriamente, como “declarações de vontade” – permitem concluir que a eventual investigação do elemento volitivo mostrar-se-á pertinente nos planos da validade e da eficácia. Assim, não há obstáculos para que o negócio jurídico e, conseqüentemente, o contrato passe a “existir” por intermédio do silêncio, o qual se caracterizará como meio legítimo para o exercício da autonomia privada<sup>113</sup>, desde que respeitados os requisitos e as condicionantes legais<sup>114</sup>.

Logo, não se mostra necessário – e nem pertinente – investigar se as verdadeiras intenções do silente impregnam ou não sua conduta silenciosa<sup>115</sup>. Importante registrar que a análise acerca das intenções do silente não se confunde com a abordagem da sua “consciência”, que também, como apurado, não se mostra relevante, ao menos na realidade brasileira, para a existência do negócio jurídico, conforme abordado

---

<sup>112</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16/17.

<sup>113</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126 e 129, fala em meio pelo qual a vontade pode se manifestar, nos seguintes termos “A nosso ver, o problema do silêncio é sempre de forma omissiva, e não, propriamente, de forma tácita.”

<sup>114</sup> Tal como será explorado no capítulo 5 deste estudo.

<sup>115</sup> Tal como salientado por AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 130, nota 195, “A questão do silêncio como declaração de vontade põe a nu a fraqueza das definições do negócio jurídico como ato de vontade (“definições voluntaristas” – veja-se o § 1º do Capítulo Primeiro). Se um negócio jurídico é considerado por todos como realizado tendo em vista as circunstâncias que faziam presumir que a total omissão do agente significava, por exemplo, aceitação, e, se depois, o mesmo agente prova que não era essa a sua vontade, em que situação ficamos? Teria realmente havido, ou não, o negócio jurídico? Diante de nenhuma dúvida de que, se as circunstâncias forem uniformemente interpretadas como aceitação, houve negócio jurídico, os autores voluntaristas (por exemplo Cariotta Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 106) procuram justificar a “exceção” pelos princípios da responsabilidade (auto-responsabilidade) e da confiança; mas a admissão dessa exceção é a confissão plena de que nem todo negócio é um ato de vontade e, simultaneamente, a confirmação de que todo negócio é visto socialmente como declaração de vontade.”



anteriormente.

O reconhecimento da aptidão da conduta silenciosa para compor suporte fático da existência do negócio jurídico restringir-se-á à adequada análise da conduta do silente face às circunstâncias negociais em consonância com os requisitos legais. Dispensará, ao menos *a priori*, a valoração dos aspectos subjetivos da conduta do silente<sup>116</sup>, a qual será, eventualmente, promovida em momento posterior (nos planos da validade e/ou da eficácia), sem prejuízo do reconhecimento, em caráter excepcional e eventual, de situação de inexistência<sup>117</sup>.

#### **2.4. Contributos das teorias do negócio jurídico na análise do silêncio no âmbito dos contratos**

A exploração adequada do tema objeto deste estudo no ambiente negocial, e especialmente contratual, impõe a fixação de bases seguras, ao permitir obter subsídios adicionais aptos a proporcionarem contributo efetivo ao estudo do silêncio em tal ambiente. Assim, são aprofundadas, de forma sintética, as discussões doutrinárias em torno das teorias da vontade (*Willenstheorie*), da declaração (*Erklärungstheorie*) e da confiança (*Vertrauenstheorie*) – as quais ainda se apresentam bastante atuais<sup>118</sup> – com o propósito de investigar, especificamente, os impactos do referido embate teórico na abordagem do silêncio na realidade jurídico-contratual brasileira.

Pretende-se demonstrar – com o apoio das referidas teorias – que as regras atuais do Código Civil brasileiro contribuem para reforçar a compreensão de que, diante do comportamento silencioso de determinado sujeito (contratante), preponderarão os eventuais reflexos da exteriorização de tal comportamento na esfera jurídica do destinatário da conduta silenciosa, em detrimento das supostas verdadeiras intenções do

---

<sup>116</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 8ª ed. (Revisada, modificada e aumentada). Rio de Janeiro: Renovar, 2014 p. 408, analisa sinteticamente as bases do processo volitivo ainda no plano psicológico: conhecer, caracterizado pela apreensão, pela captação mental da realidade; e querer, que representa o exercício da faculdade em direção a um fim ou valor.

<sup>117</sup> Tal como se costuma defender em relação às hipóteses de “coação física”, as quais podem se materializar, inclusive, com base em condutas silenciosas. Ver tópico 5.5. – defeitos.

<sup>118</sup> Tal como refere PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 24, “A disputa entre teoria da vontade e a teoria da declaração abrandou na doutrina alemã por alturas do primeiro pós-guerra, mas isso não significa que a problemática não tenha continuado a suscitar-se. (...) Está fora de dúvida que em grande parte os problemas permanecem substancialmente semelhantes, e que esta controvérsia continua a constituir uma *crux* da teoria do negócio jurídico.”

silente, desde que a conduta do destinatário justifique tal proteção, como reflexo da teoria da confiança.

Sob tal aspecto, faz-se necessário salientar que apesar de referido embate estabelecer-se, em regra, no plano da validade e da eficácia dos negócios jurídicos – em especial por intermédio da disciplina dos defeitos do negócio jurídico e dos seus critérios interpretativos, respectivamente – há situações nas quais o recurso a tais teorias se mostra útil para orientar o intérprete na própria conformação das condutas juridicamente relevantes para a formação do vínculo jurídico negocial, tal como se verifica em relação à análise de comportamentos silenciosos aptos a preencherem o suporte fático das condutas necessárias ao exercício da autonomia privada no ambiente contratual<sup>119</sup>.

A demonstração de tal influência, contudo, não é livre de obstáculos. Se a solução adequada para o embate entre a vontade interna e a vontade externa enfrenta dificuldades no âmbito das condutas comissivas das partes, a tarefa mostra-se ainda mais árdua quando a análise recai sobre o comportamento silencioso de uma delas, diante da já constatada aptidão do silêncio para constituir negócios<sup>120</sup> e da possibilidade de que se verifiquem divergências entre as reais intenções do silente e os reflexos do referido comportamento silencioso em relação à contraparte, tal como se pretende demonstrar a seguir.

De acordo com a “Teoria da Vontade”, desenvolvida no século XIX, atribuída primordialmente a Savigny e objeto de abordagens posteriores por Windscheid, Enneccerus<sup>121</sup> e outros, o elemento volitivo interno, caracterizado pelas verdadeiras

---

<sup>119</sup> Como destaca DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. (Tradução Fernando de Miranda). São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e C.A. editores, 1941, p. 16/17, “(...) a interpretação dos negócios jurídicos apresenta dificuldades muito maiores, porque as declarações de vontade neles contidas nem sempre consistem em palavras, revestindo, com frequência, a forma de outros actos que, na vida, passam por declarações de vontade (Por ex., entro numa tabacaria e, sem dizer uma palavra, pego num charuto e acendo-o), e, por vezes, até aparecem sob a forma de silêncio, quando o declarante se abstém de fazer qualquer manifestação (...)”

<sup>120</sup> Tal como salienta AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126 e 129/131.

<sup>121</sup> Nesse sentido ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Tehodor e WOLFF, Martín. **Derecho Civil: Parte General; Tomo I: primeira parte**. (Rev. Hans Carl Nipperdey e trad. Blas Pérez González y José Alguer). Barcelona: Casa editoria Bosh, 1981, p. 311/312, “Desde el punto de vista práctico es también preferible como regla la teoría de la vontade. El poder del hombre de ordenar sus relaciones por la propia voluntad es perfecto si lo decisivo es esa voluntad y no la declaración errónea divergente de aquélla.”. A pandectista alemã (p.118, AZEVEDO, Antônio de Junqueira, op. cit.), centrada numa perspectiva voluntarista, revela a presença de uma dupla vontade: a vontade de conteúdo (quero comprar determinado objeto) e a vontade de declarar ou de manifestação (quero declarar que quero comprar). WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle Pandette** (Traduzida pelos Profs. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa). Vol. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, p. 235/236 destaca que “Ciò che nella dichiarazione è indicato come voluto, può

intenções do declarante, deve prevalecer diante de eventual conflito com a declaração de vontade emanada de referido sujeito.

Referida corrente de pensamento é frequentemente associada à matriz liberal e individualista do *Code*, de 1804 – a qual influenciou, entre outros, o Código Civil brasileiro de 1916<sup>122</sup> – e assenta-se num pressuposto ligado à concepção do negócio jurídico como “ato de vontade jurígena, em consequência da qual o negócio não podia valer sem o suporte da vontade do seu autor”<sup>123</sup>, subordinando-se a sua validade à vontade subjetiva do seu autor.

Na atividade interpretativa do negócio, tal teoria dá origem a posições subjetivistas, por meio das quais se tutelam os interesses do emissor do ato de vontade (declarante) em detrimento do que fora por ele declarado, privilegiando-se a “vontade real” deste, diante da impossibilidade de manter-se eventual divergência entre o “querido” e o “declarado”, autorizando-se, por consequência, a anulação do negócio<sup>124</sup>.

Em contraposição e em resistência às referidas correntes voluntaristas, desenvolveu-se a denominada “Teoria da Declaração”, cujos principais representantes foram destacados no tópico anterior, caracterizando corrente de pensamento oposta – associada ao Código Civil alemão, *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), de 1900 – segundo a

---

per avventura non esserlo. La dichiarazione fa capo a ciò, che un certo effetto giuridico si avveri; ma questo avveramento non è voluto. Chi afferma una siffatta scissione fra la volontà e la dichiarazione deve provarla; una volta accertata tale scissione, la dichiarazione non produce l'effetto giuridico indicato come voluto. Tale è il principio.” Em nota de rodapé, o referido autor destaca que referido princípio fora objeto de impugnações de várias partes, sustentando a prevalência da declaração face à vontade efetiva do autor da declaração, colocando-se contrário a tais impugnações.

<sup>122</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 8ª ed. (Revisada, modificada e aumentada). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 177/178. Sobre a influência do BGB em relação aos Códigos Civis brasileiros de 1916 e de 2002 ver RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. **O Direito**. Lisboa. Vol. 147, I, 2015, p. 45/110, que, após profunda pesquisa, afirma (p.83), que “No Brasil, a recepção do Direito Civil alemão deu-se intensamente nas codificações de 1916 e 2002” e apresenta novas reflexões acerca do consenso em torno da concepção liberal do sistema alemão, baseando-se, essencialmente, na análise de Joachim Rückert ao afirmar que (p. 108) “O BGB não foi um código criado sob inspiração do chamado “Positivismo científico”, tal como defendeu Franz Wiecker. O Código não tencionava vincular o juiz como se ele fosse a “boca da lei”, mas sim um grupo de casos presente em suas secções. Se não era casuística, o BGB também não era jusnaturalista, instrumento retórico muito comumente usado pelos juízes do ‘Reich’, dos reinos e dos ducados da Alemanha recém-unificada para decidir arbitrariamente. (...) O Código Civil de 1900 não desconheceu o contexto social, político e histórico de seu tempo. Ele deu sequência a um ideal de Savigny, pautado na adequada cooperação entre o Direito Civil e o Direito Público.”

<sup>123</sup> Nesse sentido, VASCONCELOS. Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 467.

<sup>124</sup> VASCONCELOS. Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 468, A tarefa de interpretação consistiria numa perspectiva puramente subjetiva, com o objetivo de procurar “discernir, através das palavras declaradas, qual o pensamento, a vontade e o sentido que as originou e que lhe está subjacente”

qual, a “declaração” deve prevalecer sobre as verdadeiras intenções do declarante, já que estas últimas, enquanto não “externalizadas”, não são preponderantes para o direito que, a propósito, não se preocupa, em regra, com a investigação dos fatores relacionados à psiquê humana.

Diferentemente da teoria anterior, tal abordagem funda-se em posições objetivistas, tais como a de Betti, que propõe duas exigências fundamentais em relação às manifestações da autonomia privada<sup>125</sup>, quais sejam: i) eliminar o aspecto psicológico-individual das manifestações de vontade, cuja valoração excessiva pode colocar em perigo a confiança que deriva destas (nos casos das declarações dirigidas a um destinatário), ou as expectativas a elas vinculadas (nos casos dos comportamentos com valor concludente); e ii) a “reconhecibilidade” no ambiente social, que é exigida de atos socialmente relevantes, em relação aos sujeitos que estão neles envolvidos; uma “reconhecibilidade” tanto da sua *fattispecie* e estrutura, quanto da relação qualificante que justifique o poder de autonomia em relação àqueles que experimentam os seus efeitos.

Conclui referido autor que um mero fato psicológico interno não pode ser objeto de interpretação nem de avaliação no mundo social. Somente pode sê-lo um dado objetivo, reconhecível no ambiente e na vida da relação por intermédio de formas de comportamento, conferindo-se relevância “ao complexo de circunstâncias em que se enquadram as declarações ou o comportamento”<sup>126</sup>.

Logo, diante de eventual divergência entre o “*declarado*” e o “*querido*”, deve-se privilegiar o primeiro e, conseqüentemente, a manutenção do negócio, a fim de atender aos interesses sociais, à segurança e à estabilidade da relação jurídica validamente constituída, em detrimento da tutela dos interesses individuais do emitente da declaração.

---

<sup>125</sup> Conforme se extrai de BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría General del Negocio Jurídico: 4 estudios fundamentales** (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 35/36. No original: “La primera exigencia conduce a eliminar el aspecto psicológico-individual de tales manifestaciones; un aspecto que nos es reconocible socialmente, y cuya valoración excesiva puede poner en peligro la confianza que se deriva de ellas (en el caso de las declaraciones dirigidas a un destinatario), o las expectativas vinculadas con ellas (en el caso de los comportamientos con valor concluyente). Esta es una exigencia de “despsicologizar” el acto de autonomía, y de someterlo a una interpretación típica según las apreciaciones sociales; una exigencia válida para replicar las incautas y erradas deducciones del dogma de la voluntad propugnado por los pandectistas. La segunda exigencia es la “reconocibilidad” en el ambiente social, que se requiere a los actos socialmente relevantes, respecto de los sujetos que están involucrados en ellos; una reconocibilidad entiéndase tanto de su *fattispecie* y estructura, cuanto de la relación calificante que justifique el poder de autonomía frente a aquellos que experimentan sus efectos.”

<sup>126</sup> BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría General del Negocio Jurídico: 4 estudios fundamentales** (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 43.

Registra-se, além de referidas teorias, as quais, por sua vez, ostentavam variadas vertentes de pensamento<sup>127</sup>, a existência de outras teorias que também objetivaram solucionar o problema da divergência entre o “querido” e o “declarado”, com destaque para as também conhecidas teorias da *culpa in contrahendo*<sup>128</sup>, da responsabilidade<sup>129</sup> e, principalmente, da confiança<sup>130</sup>, sendo esta última entendida como uma intercorrência da teoria da declaração<sup>131</sup>.

Não obstante a valiosa contribuição fornecida por tais teorias na abordagem da disciplina negocial e contratual, prevalece atualmente o entendimento de que os sistemas jurídicos de origem romano-germânica adotaram características de ambas as teorias<sup>132</sup>, reconhecendo-se, até mesmo, que os sistemas jurídicos – francês (*Code*, de

---

<sup>127</sup> Para uma abordagem sintética de tais correntes, ver MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.29/35.

<sup>128</sup> Atribuída a JHERING, Rudolf Von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. (Tradução Paulo Mota Pinto). Coimbra: Almedina, 2008, p.57, por meio da qual propõe, em síntese, solução intermediária às anteriores defendendo que “Ao contratar, cada parte tem de responder pela fiabilidade da sua declaração de vontade, e um vício desta que realmente exclui a perfeição do contrato suposta pelo adversário obriga-a a indenizar”. Segundo CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 408, a referida teoria estabelece, na essência, que “antes da formação do contrato, as partes já têm diversos deveres a respeitar e, designadamente, deveres de proteção e lealdade e de informação. Tais deveres visam prevenir que, nessa fase pré-contratual, alguma das partes possa atingir a confiança da outra, provocando-lhe danos.”

<sup>129</sup> Que direcionava suas atenções à atuação do declarante, a fim de avaliar a observância de determinados deveres, cuja inobservância – fundada em determinados critérios de imputação, tais como o da culpa, do risco ou da mera causalidade em relação à declaração e ao seu sentido objetivo – ensejasse a responsabilidade do declarante, tal como destacado por PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 31/33.

<sup>130</sup> Segundo CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 409, que analisa os quatro pressupostos para aplicação da tutela da confiança na realidade portuguesa. A grande obra sobre o tema é de CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht**. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971, embora o referido autor confira um tratamento autônomo à figura, tal como se detalhará no capítulo 5. Ver na realidade brasileira SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da Confiança e venire contra factum proprium**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 61, o qual destaca que “Sob o ponto de vista jurídico, a valorização contemporânea da confiança abre uma brecha nas bases voluntaristas e individualistas do direito privado. Tradicionalmente, a eficácia obrigacional das condutas adotadas dependia exclusivamente da vontade do seu praticante e da adequação desta vontade aos requisitos formalmente estabelecidos pelo direito positivo. A confiança inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, ou seja, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros.”

<sup>131</sup> Nesse sentido, PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. (atualiz. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 462 e ss. “Para além destes interesses individuais relevam também ‘os interesses gerais do comércio jurídico’ (do tráfico jurídico), a reclamarem um regime que assegure a segurança, a fluência e a celeridade da contratação, e que, portanto, apontam para uma disciplina que tome em conta as legítimas expectativas do declaratário, protegendo a sua boa fé (desconhecimento ou não cognoscibilidade da divergência).”, concluindo (p. 463/464) que a “Teoria da Confiança” (“*Vertrauenstheorie*”) decorre da evolução da “teoria da declaração”, pois privilegia os interesses daquele que “recebe” a declaração de vontade (o destinatário).

<sup>132</sup> Tal como refere o autor do anteprojeto da Parte Geral do Código Civil de 2002, ALVES, José Carlos

1804) e alemão (BGB, de 1900) – supostamente precursores, respectivamente, de uma e de outra teorias, na verdade rumaram para o tratamento convergente da matéria, com contribuições recíprocas, que culminaram na harmonização do seu tratamento<sup>133</sup>, temperadas por características das demais teorias intermediárias, com destaque para a teoria da confiança<sup>134</sup>, a qual, inclusive, melhor justifica a atribuição de valor jurídico ao silêncio, respeitados certos requisitos e face a determinadas circunstâncias<sup>135</sup>.

---

Moreira. O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas. *Diritto @Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, Anno V, 2006, Quaderno n. 5, Nuova Serie. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>> Acesso em: 8 jan. 2020, p. 3, “(...) se verifica que não adotou a concepção objetiva ou perceptiva, que teve origem em Bülow, e que é sustentada mais modernamente, e com nuances diversas, por Larenz e Betti, mas preferiu manter a concepção subjetiva que é mais consentânea com a realidade, porquanto dele surgem relações jurídicas, e não, propriamente, normas. Afastou-se, todavia, as mais das vezes, dos exageros a que conduz a concepção subjetiva lastreada na rígida observância do dogma da vontade, recorrendo, para isso, à concepção subjetiva mitigada pelos princípios da autoresponsabilidade do declarante e da confiança nessa declaração pelo seu destinatário.” Em sentido contrário, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo. Vol. 69, n.1, 1974, p. 181/190, p. 188, afirma que o anteprojeto seguiu, em alguns pontos, a teoria da declaração em preferência à teoria da vontade.

<sup>133</sup> Nesse sentido, PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 30, “A radical polémica entre as teorias da declaração e da vontade, essa, pode dizer-se ultrapassada apenas na medida em que as duas posições se foram aproximando nas soluções que propunham para diversos problemas, acordando-se, quanto aos pontos de discórdia restantes num ‘armistício’, para, através de adequada ponderação de interesses, encontrar a mais justa solução em cada problema controvertido.”

<sup>134</sup> Nesse sentido, GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. (Aumentada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 14 “Constitui a *teoria da confiança* abrandamento da *Erklärungstheorie*, que concede prelázia da declaração sobre a vontade, sob o fundamento de que o direito deve visar antes à certeza do que à verdade. Também denominada teoria do crédito social, empresta valor à aparência da vontade, se não é destruída por circunstâncias que indiquem má-fé em quem acreditou ser verdadeira (...). Protege-se, desse modo, oferecendo-se maior segurança ao comércio jurídico, ao destinatário da relação jurídica, mas sob outros fundamentos que não os da *Erklärungstheorie*”. E, também, MARTINS-COSTA, Judith H. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. Vol. 852/2006 (Out. 2006), p. 87/126, segundo a qual “Assim é que, expurgados também esses excessos passou a ser conferida à declaração negocial um *valor autônomo*, desligado da vontade como ato psicológico, porém não mais um valor ‘objetivo e geral’, sim aquele que o declaratório podia retirar da declaração, segundo os usos e as circunstâncias do caso, segundo padrões de razoabilidade.” E reforça na nota 21: “Essa é hoje a Teoria que embasa o Direito brasileiro. Ao modificar o teor do art. 85 do Código de 1916 e introduzir no art. 112, que lhe corresponde, a expressão ‘intenção nelas substanciada’ (referindo-se às declarações de vontade negocial) o Código de 2002 não acolheu nem a Teoria da Vontade nem a Teoria da Declaração, mas a Teoria da Confiança que decorre de um amoldamento conferido à Teoria da Declaração. No mesmo sentido, LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 47. Ver também RODRIGUES, Silvio. **Dos vícios do consentimento**. 3ª ed. (Atualizada). São Paulo: Saraiva, 1989, p.12/13.

<sup>135</sup> Nesse sentido, a posição de LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 145/146, “Todavia, a questão do silêncio encontra perfeito acolhimento na teoria do ‘affidamento’. É essa teoria que explica e dá fundamento jurídico à questão do silêncio, segundo Pacchioni e com o qual estamos de acordo, pois que, a

Partindo-se do pressuposto de que relevante no campo negocial e contratual é avaliar a conduta dos sujeitos envolvidos, pois nelas se materializam as bases indispensáveis à formação do vínculo contratual<sup>136</sup>, tais substratos teóricos contribuem – em análise às regras específicas atinentes aos negócios jurídicos, constantes do código civil brasileiro – para a fixação dos parâmetros orientadores de identificação dos comportamentos silenciosos aptos a preencherem o suporte fático necessário ao exercício da autonomia privada e à constituição válida de negócios jurídicos, consoante se demonstrará.

## 2.5 Critérios orientadores da relevância jurídico-negocial do silêncio: balizas legais

Em referido contexto, fixadas as principais características acerca das teorias do negócio jurídico e a influência que exerceram e continuam a exercer sobre os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, pretende-se demonstrar a existência de um padrão comum de interpretação das variadas formas de comportamentos e de declarações de vontade na realidade brasileira, com destaque para aquelas que contêm o silêncio em seu suporte fático, de forma a fixar um padrão hermenêutico destinado a identificar a relevância do silêncio em tal ambiente.

Salienta-se que não se propõe a interpretação do silêncio *per se*, mas, sim, das condutas humanas silenciosas<sup>137</sup>, associadas às circunstâncias, aos usos e a outras condicionantes legais, as quais se mostram aptas a materializarem o exercício da autonomia privada no ambiente contratual.

---

atitude de alguém que se cala pode inspirar no terceiro a crença ou o ‘affidamento’ de uma vontade, o que pode contribuir a dar a esse um valor.”

<sup>136</sup> Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro. (Nov. 2008), p. 141, que, ao destacar a perspectiva estrutural da noção de contrato, salienta que “ii) estruturalmente, pela presença de dois ou mais contraentes ligados por uma ‘expectativa de confiança’, legitimamente amparada em dados fáticos e jurídicos decorrentes de um ato comunicativo, no sentido de que tal arranjo de interesses deve ser cumprido segundo sua função e sua finalidade concreta;” ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral do direito civil: ações e fatos jurídicos**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32, o qual destaca que a externalização da vontade merece destaque inicial, em relação ao processo interno de sua formação.

<sup>137</sup> Nesse sentido, parece corroborar a afirmação de DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. (Tradução Fernando de Miranda). São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e C.A. editores, 1941, p. 60, “E, finalmente, devemos observar que quando da conduta das partes, por exemplo, do seu silêncio, se infira uma determinada vontade, o juiz terá que utilizar também, para exprimir esse resultado, o meio ordinário e normal de expressão, quer dizer, a linguagem, por conseguinte, a interpretação terá sempre que traduzir essa conduta, necessariamente, numa declaração expressa em palavras.”

Importante salientar, nesse sentido, que, embora a atividade hermenêutica concentre-se essencialmente no plano dos efeitos e na própria confirmação da validade (na hipótese da investigação dos defeitos do negócio jurídico), quando se analisa, especialmente, determinadas condutas aptas a caracterizarem o exercício da autonomia privada com o objetivo de constituir negócios jurídicos em geral, tão importante quanto buscar o verdadeiro alcance e a modelação dos efeitos da declaração e do negócio, também é papel da interpretação “desenvolver, em sua coerência lógica, a fórmula da declaração ou a estrutura do comportamento para obter a ideia mais apropriada da mesma”.<sup>138</sup>

Tal noção mais ampla acerca da atividade hermenêutica é reforçada por Judith Martins-Costa<sup>139</sup>, no sentido de que:

“(…) a interpretação não é ‘o ato’, mas ‘a atividade’ ou processo de correlação entre palavras, frases, a tradição, o contexto do caso, e as funções da norma ou do instituto jurídico em causa, bem como a correlação entre aqueles e os valores jurídicos implicados. Como atividade que é supõe, portanto, um ‘ir e vir’ entre o texto, os fatos e o valor que a ordem jurídica atribui, normativamente, aos fatos regulados por textos. Vista ao modo processual, a ‘atividade hermenêutica’ inicia com a ‘qualificação’ dos fatos (em si mesmo já resultante de uma prévia interpretação) – isto é, com a sua inserção em determinadas categorias jurídicas ou institutos – prossegue com a ‘confrontação’ entre os dados normativos (resultantes daquela qualificação) e o caso; continua com a avaliação do caso ‘e de suas circunstâncias’ à luz de elementos axiológico-normativos; e finaliza com a ‘ponderação’ (que inclui a ‘organização’ de todos esses dados) segundo escalas dadas pelo sistema, só então se podendo afirmar – e em vista do caso concreto – qual é o ‘sentido’ da regulação jurídica proposta por um texto abstratamente vazado.”

---

<sup>138</sup> BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico**: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 68. No original: “el oficio de la interpretación es desarrollar, en su coherencia lógica, la fórmula de la declaración o la estructura del comportamiento, para obtener la idea más apropiada de la misma.”

<sup>139</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro. (Nov. 2008), p. 138.



A abordagem justifica-se, entre outras razões, pelo fato de que a caracterização do silêncio (circunstanciado ou qualificado) como meio de exercício da autonomia privada – quando comparado aos meios mais frequentes de constituição de negócios – depende, por sua natureza, de necessária conformação prévia destinada à concreção do próprio suporte fático, em razão do seu conteúdo ambíguo. Logo, sujeitar-se-á – inevitavelmente e desde logo – à atividade hermenêutica, necessária a conferir-lhe “significado e valor”<sup>140</sup>, permitindo a identificação, primeiro, do fato jurídico necessário a desencadear o fenômeno negocial, e, em seguida, submetê-lo, quando for o caso, ao crivo da validade e à delimitação do seu alcance no campo dos efeitos.

Não se trata, reforça-se, de confundir a “questão de prova” da presença dos elementos do suporte fático da declaração ou do comportamento, com a análise dos limites e da abrangência desta (que ocorre logicamente *a posteriori*)<sup>141</sup>, mas diante da natureza da conduta humana analisada e da ausência de delimitações claras entre os planos da existência e da validade<sup>142</sup>, mostra-se possível e, até mesmo, desejável que os critérios destinados à análise da validade dos negócios jurídicos sejam também utilizados para aclarar o conteúdo das declarações ou comportamentos constitutivos de negócios jurídicos<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> A propósito, sobre o “objeto da interpretação”, destaca BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 325, “Oggetto d’interpretazione (...) è anche qui non già la volontà interna, ancorché rimasta inespressa, bensì la dichiarazione o il comportamento, inquadrati nella cornice di circostanze che conferisce loro significato e valore”. Tradução livre: Objeto da interpretação (...) também aqui não é a vontade interna, a qual permanece não expressa (oculta), mas, sim, a declaração ou o comportamento enquadrados no quadro de circunstâncias que lhes confere significado e valor.

<sup>141</sup> Nesse sentido, DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. (Tradução Fernando de Miranda). São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e C.A. editores, 1941, p. 16/17, afirma que a interpretação “nada tem que ver com a questão da prova da existência ou inexistência de um facto, e que é uma arte jurídica, visto que tende a determinar os efeitos jurídicos que hão de produzir-se.”

<sup>142</sup> Tal como ocorre, por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, quando relega para o plano da validade a verificação da presença ou não de elementos de existência, a exemplo da já analisada questão da (in)consciência da declaração (tópico 2.2. supra), inclusive para evitar que a análise dos elementos subjetivos internos seja supervalorizada. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldo. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 47, corrobora, em análise ao artigo 82 CC/16 (correspondente ao art. 104 CC/02) a ausência de delimitações claras entre os planos da existência e da validade nos seguintes termos: “É certo que não existe no Código qualquer dispositivo que se refira aos elementos constitutivos do negócio; mas sendo a validade um problema de qualificação e os requisitos “as qualidades que os elementos devem ter, parece natural que o artigo 82, ao prescrever os mencionados requisitos, pressuponha a necessidade de sujeitos, objeto e forma em todo o negócio jurídico.” Apesar do advento de figuras, como a da reserva mental (art. 110 CC/02), é possível afirmar que, na essência, referida análise não sofreu alterações significativas com o advento do CC/02.

<sup>143</sup> Tal como salienta DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. (Tradução Fernando de

Acrescenta-se que diferentemente do que se verifica em outros sistemas jurídicos – a exemplo do que se extrai do art. 236º do Código Civil português<sup>144</sup> – não há, na lei brasileira, uma regra geral destinada à interpretação da declaração negocial. Assim, não obstante as regras dos artigos 112 e 113 do Código Civil brasileiro orientem uma interpretação fundada na intenção “objectivamente perceptível”<sup>145</sup>, não é possível extrair-se de tais dispositivos legais<sup>146</sup> comando normativo análogo àquele que emana do encetado artigo do diploma legal português, o qual contém determinação expressa no sentido de interpretar-se a declaração com base no comportamento que um “declaratário normal” teria diante da declaração. Embora seja relevante apreciar-se o comportamento do declarante, considera-se que, também na realidade brasileira, o objeto principal da análise é, inequivocamente, o comportamento do declaratário, desde que a conduta deste seja compatível com a confiança que lhe é depositada face às circunstâncias do negócio<sup>147</sup>.

---

Miranda). São Paulo: Livraria Académica Saraiva e C.A. editores, 1941, p. 72, “A arte da interpretação, consiste, precisamente, em ter em consideração todas estas ‘circunstâncias do caso’; só quem deste modo, penetrando nos mais delicados pormenores do caso concreto – mas sem se importar para nada com a vontade interna que pode ter levado as partes a agir – investigue o sentido da declaração de vontade estudada, poderá chegar a um resultado justo e em harmonia com o sentido geral do Direito.”

<sup>144</sup> “Art. 236º. (Sentido normal da declaração) 1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. 2. Sempre que o declaratário conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.”

<sup>145</sup> Conforme destacado por PINTO, Paulo Mota. **Falta e vícios da vontade na declaração tácita**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita. (Org. Diogo Leite Campos). Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 515/568, p. 517, nota 5, “Supomos que a aceitação do aludido critério da impressão do destinatário não é também contrariada pela disposição do artigo 112º do Código Civil brasileiro, pois esta norma parece permitir uma interpretação segundo a qual a intenção relevante é aquela objectivamente perceptível como tal, e o artigo 113º remete para a boa fé e os usos do lugar da celebração.”

<sup>146</sup> Nesse sentido, a regra do art. 112 do Código Civil brasileiro destina-se a afastar interpretações que se atenham, de forma muito rigorosa, ao teor literal das declarações e desprezem o conteúdo nelas implícito, desde que passível de ser extraído das declarações. Não autoriza, portanto, uma busca pelos elementos de ordem psicológica ou pela vontade interna dos declarantes. Nesse sentido, DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. (Tradução Fernando de Miranda). São Paulo: Livraria Académica Saraiva e C.A. editores, 1941, p. 59 “(...) e o §133º do Código Civil, ao determinar que o intérprete ‘não se deve contentar com o sentido literal da expressão’, quer, simplesmente, dizer que o juiz, quando tenha de interpretar uma declaração de vontade formulada por meio de palavras, não deve tomá-las simplesmente no sentido que elas têm na linguagem comum, mas, pelo contrário, entendê-las em relação com todas as ‘circunstâncias’ do caso concreto. (...) quer apenas excluir a interpretação ao pé da letra, mas sem por isso determinar que deva atender à vontade interna.”

<sup>147</sup> Como por exemplo, desde que o declaratário não conhecesse ou devesse conhecer a vontade real do declarante; ou ainda que atuasse de forma a provocar o descompasso entre a vontade real e a declarada, sendo, por exemplo, o autor da coação ou do dolo; ou deles tivesse ou devesse ter conhecimento, em negócio do qual se beneficia, ainda que as condutas (dolosas ou coativas) sejam praticadas por terceiro. Nesse sentido, ver SIMÃO, José Fernando. **Requisitos do erro como vício de consentimento no código civil**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões Controvertidas: Parte Geral do*

Diante de tal característica do ordenamento jurídico brasileiro – especialmente em relação àquelas situações nas quais a caracterização da declaração de vontade ou de comportamentos aptos à constituição de vínculos jurídicos negociais depende da análise de elementos ambíguos, tal como ocorre em relação ao silêncio – o recurso à interpretação sistemática da lei brasileira mostra-se legítimo e bastante útil para identificar os parâmetros a serem observados pelo intérprete na conformação do suporte fático de negócios jurídicos e de outros vínculos jurídicos análogos, lastreados, por exemplo, em comportamentos silenciosos.

Assim, em conclusão à abordagem das referidas teorias do negócio jurídico, considera-se possível extrair da lei brasileira um padrão interpretativo das condutas aptas à formação do negócio pelo silêncio, com base nas regras de interpretação dos negócios jurídicos (arts. 110<sup>148</sup>, 112, 113 e 114 CC/02), associadas às regras constantes da disciplina dos defeitos do negócio jurídico do Código Civil, mais precisamente dos artigos 138 *caput* (erro ou ignorância); 148 (dolo de terceiro) e 154 e 155 (coação de terceiro)<sup>149</sup>, especialmente quando comparados aos dispositivos correspondentes do CC/16<sup>150</sup>, cujas redações sofreram significativas alterações<sup>151</sup>.

---

Código Civil. São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 441-463, mais precisamente na análise do exemplo “Peru x Faisão”.

<sup>148</sup> Em razão da sua proximidade com a regra do artigo 111, a regra do art. 110 será especificamente analisada no capítulo 5 infra. Basta, neste momento, afirmar que ela contribui para reforçar as conclusões alcançadas no texto.

<sup>149</sup> Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.

Art. 154. Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos.

Art. 155. Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto.

<sup>150</sup> Art. 86. São anuláveis os atos jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial. Art. 96. O dolo do representante de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até à importância do proveito que teve.

Art. 101. A coação vicia o ato, ainda quando exercida por terceiro. § 1º Se a coação exercida por terceiro for previamente conhecida à parte, a quem aproveite, responderá esta solidariamente com aquele por todas as perdas e danos. § 2º Se a parte prejudicada com a anulação do ato não soube da coação exercida por terceiro, só este responderá pelas perdas e danos.

<sup>151</sup> Tal como analisa SIMÃO, José Fernando. **Requisitos do erro como vício de consentimento no código civil.** In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões Controvertidas: Parte Geral do Código Civil.* São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 441-463, em relação às alterações concernentes à caracterização do erro como causa de anulação do negócio jurídico no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002, em análise aos requisitos da “escusabilidade” e da “cognoscibilidade”, salientando que (p.

Importante salientar que não se trata de confundir os elementos do suporte fático do negócio jurídico com a abordagem patológica dos defeitos capazes de afetar a sua validade<sup>152</sup>. O que se propõe é a aproximação das regras constantes do mesmo sistema jurídico e destinadas a regular a mesma figura (negócio jurídico), especialmente quando se constata a ausência de regras específicas destinadas a estabelecer qual “o sentido a ser conferido pelo declaratório” ao “comportamento do declarante”<sup>153</sup>.

Assim, diante da constatação da ausência de divisões mais rígidas – ao menos do ponto de vista legal (direito positivo) – entre os planos da existência e da validade<sup>154</sup>, defende-se que o emprego dos dispositivos legais destinados a identificar a presença de vícios de consentimento<sup>155</sup>, também se mostra útil para auxiliar na fixação dos critérios balizadores do reconhecimento do comportamento silencioso como meio apto ao exercício da autonomia privada<sup>156</sup>.

Em apertada síntese, constata-se que as referidas regras específicas da disciplina dos defeitos do negócio jurídico, juntamente com aquelas que emanam dos artigos 110, 112 e 113 do atual diploma civil, demonstram a presença do mesmo padrão interpretativo fixado, por exemplo, pelo art. 236º da lei portuguesa, que privilegia o sentido conferido pelo “declaratório normal” ao comportamento do declarante, para delimitar o conteúdo da declaração.

Nesse sentido, embora por vias distintas, é possível afirmar que tanto na

---

456) “Assim, se a declaração desperta confiança, gerando justas expectativas ao declaratório, essa confiança merece proteção jurídica que se dá pela conservação do negócio em detrimento de sua nulidade. Nesse sentido, a cognoscibilidade do erro é decorrência direta da teoria da confiança, que, por sua vez, é decorrência da boa-fé objetiva” e ao final conclui (p.462) “conclui-se que o Código exigiu apenas a cognoscibilidade e não a escusabilidade como requisito do erro, já que, tendo adotado a teoria da confiança, calcada na boa-fé objetiva e na eticidade, o negócio deve ser mantido, se gerou justa expectativa no declaratório, sendo que tal expectativa merece proteção jurídica.”

<sup>152</sup> Tal como adverte PINTO, Paulo Mota. **Falta e Vícios da Vontade na declaração tácita**. In: CAMPOS, Diogo Leite. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 517, “A este respeito, cremos que se deve sobretudo evitar a confusão entre a conclusão do comportamento, como respeitante ao elemento objetivo da declaração negocial, e o problema das faltas ou vício da vontade, confusão esta com que se depara frequentemente.”

<sup>153</sup> Tal como emana do artigo 236º da lei portuguesa.

<sup>154</sup> Tal como já salientado, corrobora essa afirmação, por exemplo, o fato da disciplina negocial do Código Civil iniciar-se pelo artigo 104 CC, que trata dos requisitos de “validade” do negócio, sem mencionar o plano da existência.

<sup>155</sup> Verificação esta que ocorre, logicamente, após a formação (*a priori* válida) do negócio e se concentra no momento da celebração.

<sup>156</sup> Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro. (Nov. 2008), p. 151, “o sistema é fator de legitimação e de limite para a aplicação (concreção)”, tal como será aprofundado no capítulo 5 (circunstâncias).

realidade portuguesa, quanto na realidade brasileira, a análise acerca da caracterização da declaração de vontade necessária ao estabelecimento de vínculos jurídicos contratuais e a fixação do seu conteúdo, diante de comportamentos ambíguos do declarante, com destaque para aqueles que contenham o silêncio em seu suporte fático, centrar-se-á na figura do destinatário do comportamento silencioso<sup>157</sup>. Desde que este (destinatário) adote as diligências normais que dele se espera no tocante à celebração do negócio e sua conduta seja passível de receber a tutela da confiança – desprezando-se, portanto, qualquer investigação acerca da vontade real do declarante (silente)<sup>158</sup>.

A doutrina que trata do assunto apresenta alguns pressupostos para a proteção jurídica que emana da tutela da confiança, entre os quais destaca Cordeiro<sup>159</sup>:

“(…) uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos objectivos capazes de, em abstracto, provocarem uma crença plausível” e “um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efectivo de atividades jurídicas sobre a crença consubstanciada.”

Em referido contexto, será indispensável analisar-se os aspectos subjetivos (os quais não se confundem com a busca das razões de ordem psíquicas do silente) e, principalmente, objetivos que consubstanciam a contratação, compreendidos nesta apreciação, entre outros fatores, as características pessoais das partes, a natureza do contrato, seu objeto e seus fins, o lugar no qual é celebrado, ou seja, as circunstâncias<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> Prefere-se referida terminologia em relação ao emprego do vocábulo “declaratário”, em razão da ausência de declaração propriamente dita.

<sup>158</sup> No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro. (Nov. 2008), p. 140, “(…) A fim de deixar mais claras minhas proposições, adianto que endossarei a idéia de a interpretação contratual não constituir a busca, *in abstracto*, da reconstrução da vontade (ou intenção) das partes subjetivamente considerada pela simples razão de não entender que os contratos são frutos da “autonomia da vontade”, mas da autonomia privada, que conota idéia diversa. Trata-se, mais propriamente, da busca *in concreto* dessa “comum intenção” a ser capturada segundo certas balizas.”

<sup>159</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 409. No mesmo sentido, LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49, “Verifica-se, pois, se o declarante deve arcar com os ônus decorrentes do fato de ter despertado a confiança dos outros no conteúdo daquilo que declarou. A análise repousa, portanto, no fato da confiança depositada na declaração, pelo declaratário, ter cabimento ou não.”

<sup>160</sup> Cujá relevância também é destacada por BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico**: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 43, inclusive

sob as quais é concretizado o negócio, a fim de que seja possível – com base nos requisitos presentes em nosso direito positivo – priorizar-se, como fruto de uma análise objetiva, a tutela dos interesses individuais do contratante silente (declarante) ou a manutenção e a estabilidade da relação e da confiança gerada no destinatário do comportamento silencioso (declaratório/destinatário). Tais conclusões serão confirmadas e aprofundadas no capítulo 5 deste estudo, por ocasião da análise específica das regras que se destinam a regular o exercício da autonomia privada pelo silêncio na realidade brasileira.

---

no contexto de declarações e comportamentos “menos evidentes”, tal como ocorre em relação ao silêncio no seguinte sentido: “Isto não deixa de ser possível quando o conteúdo preceptivo das declarações ou do comportamento é menos evidente, porque o que conta, em geral, não é tanto o teor das palavras ou a exterioridade das ações, senão a situação objetiva na qual estas são pronunciadas, suscritas ou executadas, respectivamente: o que equivale a dizer que o que conta é o complexo de circunstâncias na qual se enquadram as declarações ou o comportamento, qual seria o seu marco natural e onde assumem todo o seu significado e transcendência, segundo as apreciações sociais.” (tradução livre) No original: “Esto no deja de ser posible cuando el contenido preceptivo de las declaraciones o del comportamiento es menos evidente, porque lo que cuenta, en general, no es tanto el tenor de las palabras o la exterioridad de las acciones, sino la situación objetiva en la cual estas son pronunciadas, suscritas o ejecutadas, respectivamente: lo que equivale a decir que lo que cuenta es el complejo de circunstancias en el que se encuadran las declaraciones o el comportamiento, cual si se tratara de su marco natural, y donde asumen todo su significado y transcendencia, según las apreciaciones sociales.” No mesmo sentido, ilustrando com exemplos interessantes, tais como o do sujeito que ingressa no restaurante e ordena: “Traga-me um bife, fósforos e o jornal”, ver DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. (Tradução Fernando de Miranda). São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e C.A. editores, 1941, p. 60.



## CAPÍTULO 3 – ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DO SILÊNCIO COMO MEIO DE EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Fixadas as principais bases teóricas e as balizas normativas relacionadas ao processo de formação do negócio, com destaque para a análise do comportamento silencioso, mediante a delimitação de aspectos relevantes do seu conteúdo e o estabelecimento de parâmetros legais e interpretativos gerais que devem ser empregados para orientar o reconhecimento da sua aptidão para participar do fenômeno negocial, impõe-se, ainda que de forma sintética, tratar do instituto jurídico da autonomia privada<sup>161</sup>, com o propósito de determinar, entre outros fatores, se, e de que forma, o comportamento silencioso pode ser considerado instrumento para o seu exercício em referido ambiente.

Entendida como o “poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento”<sup>162</sup> ou, ainda, como “a atividade humana, simples ou complexa, correspondente à essência da autodeterminação dos interesses particulares, dirigida por conseguinte, a esse fim.”<sup>163</sup> E, por outros<sup>164</sup>, como “um espaço de liberdade jurídica atribuído, pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos.”

A propósito desta última característica, relacionada à natureza do poder formativo conferido aos particulares, importante registrar a existência de divergência

---

<sup>161</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 393, “A autonomia privada é um instituto geral de todo o Direito privado. Ela pode ser apresentada como liberdade ou autonomia contratual ou como liberdade ou autonomia negocial, quando tenha em vista a celebração de contratos ou de negócios. Trata-se, porém, da mesma realidade, que vale igualmente como princípio que a sustenta.”

<sup>162</sup> Nesse sentido, AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8ª ed. (Revisada, modificada e aumentada). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 409.

<sup>163</sup> GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. (Aumentada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 42/48 e mais precisamente p. 43/44. No mesmo sentido, BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). Teoría General del Negocio Jurídico: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 32, preceitua que somente onde é reconhecida a propriedade individual, os negócios entre os sujeitos e a circulação dos bens são necessários e, por outro lado, a cooperação entre os particulares se baseia na autonomia privada. No original: “En realidad, sólo donde es reconocida la propiedad individual se advierte, por un lado, que los negocios entre los sujetos y la circulación de los bienes son necesarios, y por otro lado, que la cooperación entre los particulares se basa en la autonomía privada.”

<sup>164</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 392.



acerca de tratar-se ou não de uma atribuição do Direito. Para alguns<sup>165</sup>, quando o Direito decide elevar os contratos ao nível de negócios jurídicos, simplesmente reconhece a sua função socialmente relevante, com os propósitos de reforçar e tornar mais seguros tais vínculos, agregando-lhe a própria sanção<sup>166</sup>. Enquanto para outros<sup>167</sup>, “sem Direito, não se pode conceber a autonomia privada, nem os negócios jurídicos, que desta são expressões”. Salienta Ferri<sup>168</sup> que:

“(…) o problema da autonomia é, antes, um problema de limites e de limites que são sempre o reflexo de normas jurídicas, na falta das quais o problema nem poderia ser colocado, ao menos que não se queira identificar a autonomia com a liberdade natural ou moral do Homem.”

O referido autor entende que a autonomia privada “não é expressão de uma mera licitude ou faculdade, mas manifestação de poder e precisamente do poder de criar, dentro dos limites postos pela lei, normas jurídicas.”<sup>169</sup>

Pode-se afirmar que o “princípio da autonomia privada (civil-político-estrutural)”, inerente às relações jurídicas privadas, trata do mesmo fenómeno jurídico<sup>170</sup> regulado, sob o prisma político-económico, pelo “princípio da livre iniciativa (constitucional-político-civil)”<sup>171</sup>, o que não significa equiparar a autonomia privada à iniciativa privada<sup>172</sup>, pois tal equiparação seria apta a conferir maior importância ao aspecto económico sem ocupar-se do problema jurídico.

---

<sup>165</sup> Nesse sentido, PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2ª ed. (Revista, atualizada e ampliada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97, “A autonomia da vontade, ou seja, a capacidade de ditar normas de conduta para si, em conjunto, com outras pessoas, tem origem social, isto é, vem do convívio político entre as pessoas (teoria do reconhecimento). Não é uma vênica que o sistema concede ao indivíduo para atuação dos preceitos legais (como queria a teoria da delegação).”

<sup>166</sup> Nesse sentido BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 46.

<sup>167</sup> FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 2.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 5 nos seguintes termos: “L'autonomia privata non è espressione di una mera liceità o facoltà, ma manifestazione di potere e precisamente del potere di creare, entro limiti posti dalla legge, delle norme giuridiche.”

<sup>170</sup> GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 31, enquadra a autonomia privada como “uma autodeterminação permitida que pressupõe a liberdade de iniciativa económica dos particulares.”

<sup>171</sup> Tal como defendem NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil. Vol. III. Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45. Com fundamento nos artigos 1º, IV e 170 da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>172</sup> Tal como adverte FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 4.

Não por acaso, o negócio jurídico é considerado a “insigne expressão de tal autonomia”<sup>173</sup>, sendo definido por Betti<sup>174</sup> como “ato de autonomia privada destinado a ditar estruturas de interesses, que a consciência social já considera como vinculantes entre as partes, ainda antes que tais estruturas elevem-se à condição de negócios jurídicos.” O mesmo Betti salienta<sup>175</sup> que os negócios jurídicos são “atos de autonomia privada, atos de autodeterminação, de autorregulação dos próprios interesses entre os interessados.”

Assim, a abordagem do elemento volitivo, ora mais bem representado pela noção de autonomia privada<sup>176</sup>, distancia-se de um perfil subjetivo, focado no “mito ideológico do individualismo”, para dar lugar à ideia de que a “autonomia contratual não é uma liberdade para fazer o que lhe parece e gosta, senão uma liberdade para poder ordenar, plausivelmente, os próprios interesses.”<sup>177</sup> Nesse sentido, merece também destaque a polêmica distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada. Para Azevedo<sup>178</sup>, enquanto a primeira estaria “ligada ao momento inicial, à liberdade (“autonomia”) para praticar o ato”; a segunda compreenderia “auto-regramento da

---

<sup>173</sup> FERRI, Giovanni Battista. **Presentación**. Teoría General del Negocio Jurídico: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 6. (tradução livre) No original: “En el reconquistado carácter extraestatal del Derecho Civil, es evidente que el negocio jurídico, en cuanto expresión de la autonomía de los particulares (...)”

<sup>174</sup> Nesse sentido, BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). Teoría General del Negocio Jurídico: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 31. No original: “Por tanto, los negocios pueden definirse, en general, como actos de autonomía privada destinados a dictar estructuras de intereses que responde a sus exigencias en el marco de sus propias relaciones con los demás, aún antes de que tales estructuras se eleven a la condición de negocios jurídicos.”

<sup>175</sup> Ver BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 46. (tradução livre) No original: “atti di autonomia privata in questo senso, atti cioè di autodeterminazione, di autoregolamento dei propri interessi fra gli stessi interessati”

<sup>176</sup> Conforme constatado por GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 23, acerca das “vicissitudes por que passam atualmente a noção de contrato e a variedade de acepções em que se emprega o vocábulo, mas dos reflexos da decadência do voluntarismo jurídico no próprio conceito de autonomia privada e do seu âmbito de exercício”.

<sup>177</sup> Nesse sentido, BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 57. No original: “la autonomía contractual no es una libertad para hacer lo que a uno le parece y gusta, sino una libertad para poder ordenar, plausiblemente, los intereses propios.”

<sup>178</sup> Nessa direção AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 41, n. 163 (jul./set. 2004), p. 112/130, p. 118 e ss. aborda a autonomia da vontade de forma análoga, culminando na noção de autonomia privada nos seguintes termos: “Todos esses movimentos deram ensejo a que surgisse uma nova visão da autonomia da vontade, tão própria que repudiará o termo *vontade* e colocará em evidência a partícula *privada*. Dir-se-á, agora, apenas, *autonomia privada*. É a visão italiana, que guarda sonância com “seu significado etimológico de dar normas para si mesmo”.

vontade”, que se refere “ao momento final, aos efeitos (“regras”) que do ato resultam”. Já na concepção de Gomes<sup>179</sup>, “a decadência do voluntarismo jurídico determinou, a princípio, a substituição do dogma da autonomia da vontade pelo conceito de autonomia privada”, que se apresenta mais adequado para regular as relações jurídico-privadas contemporâneas, tal como se enfatizará a seguir.

Em tal contexto, o exercício da autonomia privada não se mantém rígido e vinculado a determinados conceitos e a princípios absolutos<sup>180</sup>. Sujeita-se à influência de vetores principiológicos e de valores contemporâneos relacionados à dinâmica da vida econômica e social e, conseqüentemente, do tráfego jurídico<sup>181</sup>. Nesse cenário, relativiza-se, em determinados ambientes, a força daqueles princípios antes tidos por absolutos<sup>182</sup>,

---

<sup>179</sup> Nessa orientação, GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 30, que complementa que “As duas expressões não são sinônimas, significando a primeira (autonomia da vontade) que a vontade, real ou psicológica, é a raiz ou a causa dos efeitos jurídicos.” Em sentido análogo, MARTINS-COSTA, Judith. **O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro. (Nov. 2008), p. 140 (nota 18), “Não se confunda “autonomia privada” com “autonomia da vontade”. Essa expressão traduz aquilo que, no Direito Civil, foi a mais conspícua manifestação do voluntarismo (movimento ideológico de base da estruturação do Direito obrigacional moderno, a operar, para o que aqui concerne, pela ligação da vontade aos efeitos negociais). Em síntese apertadíssima, “autonomia da vontade” revela a atribuição à vontade humana de um poder criador de efeitos jurídicos. A vontade é expressa por manifestações que se supõem sejam congruentes com o querido (congruência necessária entre vontade e declaração, com a prevalência da primeira, em caso de dúvida, razão pela qual a interpretação se voltará à pesquisa da vontade ou “intenção” das partes) de modo que, no sintagma, o pólo forte está na expressão “vontade”. Já no sintagma “autonomia privada” o peso está no primeiro termo, “autonomia”, o dar-se normas que designa o poder jurídico de autodeterminação na ordem econômica. No campo negocial a autonomia é expressa por atos de comunicação social, “fatos sociais” objetivamente apreensíveis, como as declarações negociais e os comportamentos concludentes.”

<sup>180</sup> Sobre a manutenção da relevância da autonomia privada, acolhe-se a advertência de BUNAZAR, Maurício B. **Análise dogmática da categoria jurídica da invalidade no Código Civil brasileiro**. Tese (doutorado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, p. 17, “Se é verdade que o modo de exercício da autonomia privada alterou-se do século XIX até o momento, isso não significa que ela deixou de existir ou mesmo que foi reduzida à quase insignificância.”

<sup>181</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Apresentação dos Atualizadores**. Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11, identificam tais alterações no âmbito da disciplina geral dos contratos ao comentarem os contributos da obra de Pontes de Miranda, salientando que: “dos aspectos gerais do direito dos contratos, explorados com a solidez que caracteriza este jurista universal, mas que, nas últimas décadas, submeteram-se a alterações substanciais, orientadas pelo intervencionismo estatal e a valorização dos aspectos éticos do comportamento das partes na celebração dos pactos, a partir dos paradigmas da boa-fé e da confiança.” e, em seguida, concluem: “Atualmente cogita-se da crise do contrato clássico, e de uma nova doutrina do negócio jurídico, afastada da noção liberal capitalista que lhe serviu de matriz no século XIX, dando lugar a uma compreensão contemporânea, que valoriza as circunstâncias extranegociais, o comportamento concreto dos sujeitos envolvidos e a repercussão social dos pactos. Acompanham essa visão contemporânea as sensíveis alterações legislativas em matéria de contratos, notadamente em nosso país, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, e do Código Civil de 2002, com o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial que mereceram.”

<sup>182</sup> Conforme prenunciado, entre outros, por GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. (Aumentada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 95, que ainda na vigência do CC/16 e antes do advento do CDC destacou: “O princípio da fidelidade ao contrato perdeu a rigidez com

em virtude, por exemplo, do implemento das relações contratuais massificadas com bases físicas ou digitais e de uma suposta noção de igualdade meramente “formal” presente em determinadas relações<sup>183</sup>.

Tal realidade influenciou a construção e a consolidação de distintos ambientes contratuais, sujeitos a modelos, princípios e regras de interpretação específicas, capazes de promover significativas alterações nas características gerais, na forma e no conteúdo das relações jurídicas em geral, com destaque para o contrato, embora sem se afastar, fundamentalmente, da disciplina geral estabelecida pelo Código Civil<sup>184</sup>.

Por ora – sem ingressar na análise das regras específicas destinadas a regular a aptidão do silêncio no que se refere à celebração de negócios jurídicos em geral – constata-se não haver, ao menos *a priori*, qualquer obstáculo para que a autonomia privada seja exercida por intermédio de comportamentos silenciosos.

Ainda que o seu caráter ambíguo seja capaz de suscitar dúvidas concretas acerca das verdadeiras intenções daquele do qual emana o comportamento silencioso, verifica-se que tais comportamentos se caracterizam como meios potencialmente aptos a – na presença de determinadas condicionantes – estabelecerem vínculos jurídicos

---

que se expressava na locução ‘pacta sunt servanda.’ ”.

<sup>183</sup> Nesse sentido, também, *Ibid.*, p. 72. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese (titularidade). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1986, p. 24, vai além ao estabelecer que “No negócio jurídico, não há hierarquia. Por maior que seja a diferença real entre as pessoas, o negócio jurídico supõe filosoficamente cooperação entre elas; ele exige igualdade entre declarante e declaratário. O negócio jurídico tem essência igualitária.” Neste contexto, RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 41, n. 163 (jul./set. 2004), p. 112/130. p. 127 desenvolve a noção de “autodeterminação”, nos seguintes termos: prefere-se o termo *autodeterminação*, por seu caráter mais específico e seus vínculos com o Direito Privado, para qualificar o modo de regência humana de suas condutas num plano individual. Esse conceito também encontra lastro constitucional (art.1o, inciso III), pois realiza a *dignidade da pessoa humana*, sob a óptica do *personalismo ético-social* e adstrita ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana. Logo, a autodeterminação açambarcaria a autonomia privada da vontade, bem assim as escolhas individuais quanto à ideologia, ao partido político, à religião, à dita *opção sexual* e ao direito de renunciar à própria vida.”

<sup>184</sup> Para uma abordagem crítica em relação àquelas posições que prenunciavam o fim do contrato sob as novas realidades sociais, influenciadas por novos vetores principiológicos, ver HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo. São Paulo. Vol. 97, 2002, p. 127/138, p. 129/130 “Segundo o meu sentir, mais importa, hoje, identificar e reconhecer os princípios que regem a conformação contratual atual que continuar em debate acerca da presença ou da ausência dos novos tipos na composição positiva do Direito atual, mesmo porque o fato de estarem consagrados, ou não, pelo beneplácito do legislador contemporâneo, em sede codicista, não parece ser exatamente o viés de maior importância.” Também influenciado por referidas realidades contratuais, SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: Tutela da Confiança e *venire contra factum proprium*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 40: “Não obstante, a consagração da solidariedade como norma constitucional e o reconhecimento da aplicabilidade direta das normas constitucionais sobre as relações privadas impuseram intensa reformulação do conceito.”

destinados a promover a autorregulação de interesses privados, sob menor influência do elemento volitivo interno e, inclusive, da própria consciência do silente de que sua conduta silenciosa caracteriza um comportamento apto a constituir negócios, tal como se procurou demonstrar no decorrer desta primeira parte da investigação<sup>185</sup>.

A propósito, diante do caráter heterogêneo das realidades jurídicas sob as quais se concretiza o fenômeno contratual, com a preponderância de relações contratuais massificadas, a constatação da possibilidade de exercício de referida autonomia privada por intermédio de comportamentos silenciosos impõe a necessária modelação da sua forma, conteúdo e efeitos, respeitando-se as particularidades e as regras próprias de cada ambiente contratual e, especialmente, os legítimos interesses dos sujeitos que neles se vinculam.

Nesse sentido, faz-se necessário procurar sistematizar as formas distintas de exercício da autonomia privada, incluindo-se aquelas que se concretizam por intermédio de condutas silenciosas no contexto contratual, as quais são frequentemente tratadas de

---

<sup>185</sup> BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 144, confirma o exercício da autonomia privada por intermédio de comportamentos silenciosos “Também aqui, então, o efeito vinculativo do silêncio tem uma clara justificação individual e social no gênero da atividade do contraente ou de quem age por ele, valorada na medida da boa-fé. Primeiramente, ele é conforme o intento prático que normalmente determina a consciente inércia e é independente de uma consciência específica do significado concludente desta; e em outros ele constitui a lógica consequência do inadimplemento de um ônus de relevo (retificação ou negação) que responde às exigências do tráfico e da boa-fé. Nos casos acenados, portanto, o valor de negócio, atribuído ao comportamento omissivo se baseia sobre o critério de autonomia e da autorresponsabilidade privada, a prescindir de uma reflexa consciência do significado concludente da omissão da parte do interessado.” No original: “Anche qui, dunque, l’effetto impegnativo del silenzio ha una chiara giustificazione individuale e sociale nel genere di attività del contraente o di chi agisce per lui, valutata alla stregua della correttezza. Anzitutto, esse è conforme all’intento pratico che normalmente determina la consapevole inerzia ed è indipendente da una coscienza specifica del significat concludente di questa; e inoltre esso costituisce la logica conseguenza dell’inadempimento di un onere di rilievo (rettifica o smentita) che risponde alle esigenze del traffico e della buona fede. Nei casi accennati, pertanto, il valore di negozio, attribuito al comportamento omissivo si fonda sopra il criterio dell’autonomia e dell’autoresponsabilità privata, a prescindere da una riflessa coscienza del significato concludente dell’omissione da parte dell’interessato.”. O mesmo autor (BETTI, **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 31/74.p. 50) destaca, em outra obra, qual a sua concepção sobre a consciência necessária às declarações e aos comportamentos em relação ao exercício da autonomia privada, nos seguintes termos: “O conteúdo – o preceito da autonomia privada, em outras palavras – deve corresponder com a consciência do agente sobre o seu significado e valor compromissório, é dizer, com a consciência do significado e valor que as apreciações sociais atribuem a uma declaração ou comportamento deste tipo, num ambiente historicamente determinado no qual eles são realizados. Aqui está presente, igualmente, o fundamento da autorresponsabilidade que deriva de tal declaração ou comportamento.” No original: “El contenido – el precepto de la autonomía privada, en otras palabras – debe corresponderse con la conciencia en el agente sobre su significado y valor compromisorio, es decir, con la conciencia del significado y valor que las apreciaciones sociales atribuyen a una declaración o comportamiento de ese tipo, en el ambiente históricamente en el cual ellos son llevados a cabo. Aquí radica, igualmente, el fundamento de la autorresponsabilidad que se deriva de tal declaración o comportamiento.”

forma indiscriminada em relação às demais.

### 3.1. Declarações de vontade expressas

A modalidade de declaração de vontade ora analisada, conforme se extrai de sua origem e etimologia, ostenta qualificativo que provém do latim “expressus”, formado pelo prefixo “ex-”, que junta às palavras às quais se antepõe a ideia de “fora, derivação, saída, separação, afastamento, extracção”, e pelo substantivo correspondente a “primere”. Significa exarado, terminante, explícito, claro, expressivo, significativo<sup>186</sup>. Como salientado no art. 217º da didática lei portuguesa, a declaração negocial expressa é aquela<sup>187</sup> “feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade”.

A declaração expressa caracteriza-se “quando o sujeito recorre a sinais semânticos (fonemas ou grafemas)<sup>188</sup>, nomeadamente utiliza procedimentos destinados essencialmente à comunicação, isto é, sem qualquer justificativa que não seja a comunicação, e aprovada socialmente como modo para a comunicação”<sup>189</sup>, salientando que “o recurso ao sinal semântico é obviamente o mais idôneo a fazer inferir que o agente queria fazer saber qualquer coisa”.

Admitem Sacco e De Nova<sup>190</sup> que:

---

<sup>186</sup> Sobre a origem e etimologia do termo expresso, ver PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 2, nota 2. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II, D-I, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 253, verbete “expresso” complementa “na terminologia jurídica, quer significar o que vem declarado, exposto formalmente, de modo a não deixar a menor dúvida. (...) Opõe-se, assim, ao tácito, ao presumido, ou ao implícito.”

<sup>187</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126 também adota referidas definições da lei portuguesa.

<sup>188</sup> Conforme HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, verbetes: “Fonema: unidade mínima das línguas naturais no nível fonêmico, com valor distintivo (distingue morfemas ou palavras com significados diferentes, como *faça* e *vaça*, p.ex.)” “Grafema unidade de um sistema de escrita que, na escrita alfabética, corresponde às letras (e tb. a outros sinais distintivos, como o hífen, o til, sinais de pontuação, os números etc.), e, na escrita ideográfica, corresponde aos ideogramas.”

<sup>189</sup> Tal como afirmam SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 271, os quais registram que a “declaração expressa” representa o “oposto, então, do silêncio e o oposto da manifestação tácita”.

<sup>190</sup> Ibid., p. 271 No original: “Oltre ai grafemi e ai fonemi sono occasionalmente segni semantici i movimenti del linguaggio gestuale (un cenno del capo significa ‘si’ e può valere accettazione di una proposta) o certi comportamenti che sono stati ritualizzati in questo o in quell’ambiente. (...) Fora dell’area della partecipazione per segno semantico, troviamo l’ipotesi in cui un comportamento non partecipativo

“(…) além dos grafemas e fonemas são ocasionalmente sinais semânticos os movimentos da linguagem gestual (um aceno de cabeça significa ‘sim’ e pode valer aceitação de uma proposta) ou certos comportamentos que estejam ritualizados neste ou naquele ambiente.”

E complementam os mesmos autores que:

“(…) fora da área da participação dos sinais semânticos, encontramos as hipótese nas quais um comportamento não participativo revela por indução a vontade do sujeito: pensa-se na hipótese na qual o declarante destrua intencionalmente o documento que contém a declaração.”

Diante das dificuldades que, por vezes, decorrem de referidas distinções, a declaração expressa<sup>191</sup> é normalmente identificada àqueles “meios diretos” ou aos “comumente aceitos” para a formação de um contrato (ou em sentido mais amplo, de “declaração de vontade”), pois menos suscetível de gerar dúvidas acerca da sua verificação e dos fins a que se destina, ostentando “grau mais alto de certeza e precisão”<sup>192</sup>.

---

rivela per induzione la volontà del soggetto: si pensi all’ipotesi in cui il dichiarante distrugga intenzionalmente il documento che contiene la dichiarazione.” Embora ressalvem que esse último exemplo pode ser enquadrado como hipótese de declaração tácita ou presumida, salientando a inutilidade de referida discussão em tal contexto.

<sup>191</sup> Nesse sentido WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle Pandette** (Traduzida pelos Profs. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa). Vol. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, p. 215.

<sup>192</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 127. LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade: obrigações em geral**. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 157. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor e WOLFF, Martín. **Derecho Civil: Parte General; Tomo I: primeira parte**. (Rev. Hans Carl Nipperdey e trad. Blas Pérez González y José Alguer). Barcelona: Casa editoria Bosh, 1981, p. 175/176, adota abordagem similar, mas prefere diferenciar as duas formas de manifestação em “diretas” ou “indiretas”. Assim como BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 138, que as caracteriza com base na distinta reconhecibilidade. Considera como “direta a reconhecibilidade e explícita a manifestação quando chega (não importa se intencionalmente ou não) por meio dos sinais que no costume social ou por convenções das partes servem à função de fazer conhecer aquele determinado conteúdo preceptivo àqueles a quem interessa (a linguagem falada ou escrita é o meio precípua, mas não exclusivo, podendo àquela medida bastar também sinais, gestos, comportamentos silenciosos).” (tradução livre) No original: “È diretta la riconoscibilità, ed esplicita la manifestazione, quando avviene – non importa se intenzionalmente o meno – per mezzo di segni che nel costume sociale o per contenuto preceptivo a coloro cui interessa (il linguaggio parlato o scritto è il mezzo precipuo ma non esclusivo, potendo a quella stregua bastare anche ceni, gesti, e atteggiamenti silenziosi).” Ver também MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.87 e ss.

Da mesma forma, o emprego das expressões “meios diretos”, “frequentes” ou “comumente aceitos” também suscitam dúvidas em relação a situações limítrofes, tal como ocorre no clássico exemplo, em que se adverte, ou mesmo se pactua, expressamente para que “aqueles que desejem manifestar sua concordância<sup>193</sup> ou aceitação, mantenham-se em silêncio”. Nestes casos, o comportamento silencioso, embora tecnicamente não expreso, poderia ser enquadrado como um meio direto e expressamente definido pelas partes<sup>194</sup>.

Em referido contexto, é comum que os ordenamentos jurídicos, em geral, imponham a declaração expressa como necessária à formação de determinados contratos, com o propósito de conferir maior segurança e afastar eventuais dúvidas em relação à sua constituição.

### 3.2. Manifestações tácitas de vontade

Apesar de aptas a conferirem maior segurança e certeza ao processo de formação do contrato, as declarações expressas não encerram, contudo, todas as formas possíveis de condutas destinadas à formação do contrato, sendo bastante frequente a constituição de negócios por intermédio das denominadas manifestações tácitas de vontade, as quais são frequentemente (e de modo precipitado) associadas ao silêncio<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> Para ilustrar tal situação, destaca-se o exemplo da assembleia de condomínio, na qual o presidente provoca os condôminos discordantes da deliberação a manifestarem-se verbalmente, sendo que aqueles que estiverem de acordo com a deliberação devem manter-se silentes, demonstrando, dessa forma, sua concordância com a deliberação. O exemplo em questão não é contratual, embora caracterize declaração. RODRIGUES, José Martins. **Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio**. Fortaleza: S.N., 1934, p. 98 também o aborda. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 128, trata do referido exemplo da assembleia como “forma omissiva expressa”.

<sup>194</sup> Nesse sentido, RODRIGUES, José Martins. **Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio**. Fortaleza: S.N., 1934, p. 91, ao analisar Coviello, “Dai tira finalmente a conclusão de que há vontade expressa mesmo na hipótese do simples silêncio, se, entre duas ou mais pessoas em relações de negócio, se tenha convencionado que o silêncio conservado por certo tempo deva valer como afirmação ou negação.”

<sup>195</sup> Tal como registrado por LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade: obrigações em geral**. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 137, em análise ao pensamento de Ramniceano que, baseando-se em Erlich, considera as manifestações de vontade pelo silêncio circunstanciado, “na realidade, como casos de manifestação tácita de vontade, decorrendo das circunstâncias, dos usos e dos preliminares do acôrdo”. Saliencia, *Ibid.*, p. 39/40, que a “manifestação tácita não se confunde com o silêncio”. RODRIGUES, José Martins. **Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 69 (item 30), também adverte: “Importa, antes de tudo, observar que o silêncio, a rigor, não se confunde propriamente com a manifestação tácita da vontade.” Tal como se extrai de MELLO, 732/733 “Á declaração tacita, em sendo mais rara, nem



Sob tal aspecto, o próprio termo tácito – decorrente do latim “tacitus” – remete à referida ideia, pois recebe, no vernáculo, o significado de “silencioso, calado, que não se traduz por palavras, como o que se subentende, que está implícito, que não necessita de ser declarado expressamente.”<sup>196</sup>.

Nesse sentido, mostra-se mais adequada a definição jurídica de Silva<sup>197</sup> (1987, p. 233), segundo a qual:

“(…) tácito exprime tudo o que, embora não expresso por palavras, orais, ou escritas, supõe uma afirmativa, ou uma negativa, de que se extrai, ou se conclui um consentimento, ou uma manifestação da vontade, de tal maneira que se equipara ao que se dá, ou ao que se manifesta expressamente. (...) a vontade somente se expressa de modo tácito, quando pelo concurso das circunstâncias em que ela se operou, resulta, evidentemente ou inequivocamente, haver a pessoa por seu ato, pretendido consentir, de modo que se produzam, em consequência, certos efeitos jurídicos.”

E conclui o mesmo autor que:

“(…) a tacitude do consentimento, pois, há que resultar de atos consequentes, ligados a circunstâncias, de que se possam deduzir, ou presumir, uma aprovação, ou desaprovação. E somente produzirá efeitos legais se o consentimento possa legitimamente ser dado dessa forma.”

Note-se que referida concepção jurídica do termo “tácito” não estabelece conexão direta com o silêncio, embora admita tal possibilidade.

Recorrendo, novamente, à definição da lei portuguesa (art. 217º), verifica-se não haver associação direta com o silêncio em referido dispositivo legal, que caracteriza a declaração negocial tácita como aquela que “se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam.”

---

por isso é menos valiosa. Sómente em casos excepcionaes, a simples abstenção da palavra poderá ser considerada como declaração da vontade; e para que isso se dê é preciso que as circunstancias occasionaes manifestem inequivocamente a vontade de quem se abstem.”

<sup>196</sup> Nesse sentido, PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 2.

<sup>197</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. IV, Q-Z, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 233, verbete “tácito”.

Assim como ocorrido em relação às declarações expressas – as quais alguns autores preferem referir como “meios diretos” – a manifestação tácita também é entendida como aquela que se opera por “meios indiretos”, assim considerados aqueles “não frequentes” e não são usualmente empregados pela parte para manifestar sua vontade negocial no âmbito daquela dada relação<sup>198</sup>.

A manifestação tácita pressupõe a adoção dos tais “meios indiretos”, mas, como se vê, não dispensa a adoção de condutas aptas a serem reconhecidas – ainda que não de forma expressa e sujeitas a uma atividade interpretativa mais apurada – como exteriorização da vontade. A forma tácita “implica fatos ou atos dos quais se presume a declaração” e, portanto, não se confunde com o (e não se concretiza baseada no) silêncio<sup>199</sup>, tal como será aprofundado nos capítulos seguintes. Antes, contudo, analisar-se-á a figura do comportamento concludente e sua relação direta com as manifestações tácitas de vontade, destacando-se, inclusive, alguns exemplos de sua presença na realidade brasileira.

### 3.2.1 Comportamento concludente

A análise do silêncio exige importante distinção em relação a figura que, embora circunstancialmente possa estar associada a uma conduta silenciosa, não se confunde com o silêncio como meio de exercício da autonomia privada; porque,

---

<sup>198</sup> Nesse sentido BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 138 “É, pelo contrário, indireta a reconhecibilidade e implícita a manifestação, quando ocorre por meio de um comportamento que, por si mesmo, não tem a função de fazer reconhecer aos interessados o conteúdo em questão, mas que por ilação necessária e unívoca faz desumir e torna reconhecível uma tomada de posição vinculativa a respeito de certos interesses dos outros”. No original: “È, per contro, indiretta la riconoscibilità ed implicita la manifestazione, quando avviene per mezzo di un contegno che, per sé preso, non ha la funzione necessaria ed univoca fa desumere e rende riconoscibile una presa di posizione impegnativa rispetto a certi interessi altrui”. Ver LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 109.

<sup>199</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, 128/129, relaciona o silêncio como uma “forma omissiva” tácita ou expressa. Sobre a distinção entre a “aceitação pelo silêncio” e a “aceitação tácita” destaca MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII**. (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 4.194, em comentário ao art. 1.084 do CC/16, p.134, “A aceitação pelo silêncio não se há de confundir com a aceitação tácita, que supõe atos que se tenham de interpretar como aceitação.” No mesmo sentido, ZANETTI, Cristiano de Sousa. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo (arts. 421 ao 480)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 696/780, p. 719 “A título ilustrativo, a parte que passa a executar o contrato a toda evidência aquiesceu à sua formação. Por fim, a aceitação pode decorrer do silêncio, desde que a lei o permita e as circunstâncias do caso ou os usos a revelem.”

inclusive, dele prescinde, na medida em que preponderam fatores mais contundentes os quais permitem reconhecer a concretização de atos de autonomia privada, embora a via eleita não seja expressa ou direta. Trata-se do denominado “comportamento concludente”.

Optou-se por abordar o comportamento concludente como subtópico das manifestações tácitas, pois, considera-se pertinente e adequada a abordagem que reconhece no comportamento concludente o “elemento objetivo da declaração tácita”<sup>200</sup>, cuja verificação demanda interpretação, que diante da ausência de uma linguagem, impõe a detida apuração da conduta, enquadrada nas respectivas circunstâncias.

A propósito, a abordagem ora proposta também se justifica, pois considera-se que a lei brasileira passou a prever, recentemente e de forma específica<sup>201</sup>, nova hipótese de comportamento concludente no âmbito da disciplina dos negócios jurídicos em geral, como decorrência da interpretação de acordo com a boa-fé, tal como será detalhado no decorrer do estudo.

De acordo com Larenz<sup>202</sup>, o comportamento concludente é entendido como aquele “comportamento que, segundo o entendimento geral ou do ‘destinatário da declaração’, permite concluir a respectiva vontade do agente com relação aos efeitos jurídicos ou a sua vontade negocial”.

Betti, por sua vez, considera<sup>203</sup>:

---

<sup>200</sup> Nesse sentido, ver PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 746/748. Em sentido contrário, CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 597, “A sua recondução a manifestações tácitas de vontade não nos parece satisfatória: o verdadeiro comportamento concludente não exprime qualquer vontade: apenas uma rotina ou um comportamento-padrão.”

<sup>201</sup> Por intermédio da inserção, pela Lei nº 13.874, 20 de setembro de 2019, denominada Lei da liberdade Econômica - LLE, do §1º no art. 113 do Código Civil, cujo inciso I estabelece que: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;”

<sup>202</sup> LARENZ, Karl. O Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). (Traduzida por Alessandro Hirata). **Revista Direito GV** 3. São Paulo. Vol. 2, n 1. (Jan./Jun. 2006), p. 55/64.

<sup>203</sup> BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 138/139 “Il contegno si qualifica concludente in quanto impone una conclusione, una illazione logica fondata non sulla consapevolezza dell’interessato (che potrebbe anche non rendersi conto della concluzenza del próprio contegno), ma sullo spirito di coerenza cui, secondo le comuni vedute, deve informarsi ogni comportamento fra consociati, e sull’autoresponsabilità che si ricollega, per una esigenza sociale, all’onere di conoscenza.” CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 597, adota posição análoga: “O não se requerer uma vontade elaborada ou, em rigor, uma qualquer vontade não surge aqui como uma compressão da liberdade, mas como uma nova dimensão em que esta se expande.” Salientando em nota de rodapé que: “Há que combater ficções: o comportamento concludente pode ser mecânico, sem qualquer opção prévia

“(…) o comportamento se qualifica concludente na medida em que impõe uma conclusão, uma ilação lógica, fundada não na consciência do interessado (que poderia nem se dar conta do caráter concludente do próprio comportamento), mas sobre o espírito de coerência, o qual, segundo as visões comuns, deve informar qualquer comportamento entre os sujeitos que se relacionam (“consociati”), e sobre autorresponsabilidade que se relaciona, por uma exigência social, ao ônus de conhecimento.”

Em seguida, salienta o mesmo autor italiano<sup>204</sup> que:

“(…) se trata não de arguir de uma atitude exterior a subsistência de uma vontade meramente interna, mas, sim, de inferir do comportamento enquadrado no complexo das circunstâncias o significado objetivo do negócio jurídico, o qual não é explícito, mas ainda reconhecível de modo implícito e indireto.”

Sob tais características, referido autor prefere utilizar-se da expressão comportamento concludente e não da noção de manifestação tácita.

Outros autores abordam a referida figura<sup>205</sup> realçando o fato de que tais comportamentos concludentes (ainda que não haja uniformidade com relação à referida designação)<sup>206</sup> se caracterizam, inequivocamente, por “atos de execução”. Despreza-se,

---

consciente.”

<sup>204</sup> BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 138/139. No original: “Si tratta non già di arguire dall’atteggiamento esteriore la sussistenza di una volontà meramente interna, bensì d’inferire dal contegno inquadrato nel complesso delle circostanze il significato oggettivo di negozio giuridico, che non è esplicito, ma pur sempre riconoscibile in modo implicito e indiretto.”

<sup>205</sup> Tal como destaca FLUME, Werner. **El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil**. (Tomo segundo). (Tradução José María Miquel González y Esther Gómez Calle). 4ª ed. Fundación Cultural del notariado, 1998, p. 105/106 ao propor distinção entre “atos concludentes” e “condutas concludentes”, salientando que “La declaración de voluntad por actos concluyentes, como acto consciente de configuración jurídica, debe separarse tajantemente de los casos em que una actuación despierta en ‘el outro’ la apariencia de una declaración de voluntad por actos concluyentes, pero no siendo consciente el que actúa de lo concluyente de sus actos. En estos casos no existe un acto ‘final’ por parte del que actúa respecto del negocio que el outro ha considerado cerrado por actos concluyentes. Estos casos se deberían separar incluso terminológicamente de la declaración de voluntad por actos concluyentes y hablar de ‘conducta’ concluyente.” TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação dos contratos**: proposta, aceitação e elementos da declaração negocial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67 também aborda a distinção.

<sup>206</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 127/128, se vale da expressão “forma ativa tácita”, valendo-se dos exemplos dos artigos 150, 151,

em certa medida, a discussão acerca da natureza de “declaração de vontade” ou de “comportamento” e de suas eventuais características distintivas, para concentrar-se na constatação de que o comportamento concludente envolve efetivamente a prática de atos de execução do contrato ou da conduta em análise, cuja realização, por sua natureza, por força da lei, ou pelas circunstâncias que o envolvem, absorvem a etapa do consenso, em razão da verificação de atos incompatíveis com a não celebração do negócio<sup>207</sup> e ingressam no plano dos efeitos. Registra-se, nesse sentido, a relevância de referido meio de formação dos contratos no universo dos denominados contratos eletrônicos<sup>208</sup>.

Tais situações não se confundem com o silêncio circunstanciado, pois as hipóteses envolvendo comportamentos concludentes materializam condutas contundentes ou, no mínimo, ativas – incompatíveis com a manifestação de vontade em sentido contrário – que representam o exercício da autonomia privada concretamente, inclusive e com destaque para o universo contratual, sendo que alguns autores limitam a utilização da expressão “apenas no domínio dos negócios de massa de pouco valor relativo.”<sup>209</sup>

Como salientado, diferentemente do que se verifica em outros ordenamentos jurídicos<sup>210</sup>, o Código Civil brasileiro não ostenta dispositivo legal geral destinado a

---

161, 1.292, 1.581, § 1º e 1.749 do CC/16, dos quais se extrai exatamente a prática de atos de execução.

<sup>207</sup> Tangenciam tal posição, SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 271, “Próximo àquelas condutas que consentem de inferir a vontade do sujeito, importante registrar outros comportamentos capazes de produzir um efeito correspondente a uma intenção do agente. Tem frequentemente essa vocação: a atividade correspondente ao exercício do direito que se quer adquirir; o início do adimplemento da prestação correspondente à obrigação que se quer assumir.” No original: “Accanto a quelle condotte che consentono di inferire la volontà del soggetto, sono da notare altri comportamenti capaci di produrre un effetto corrispondente ad un intento dell’agente. Hanno spesso questa vocazione: l’attività corrispondente all’esercizio del diritto che si vuole acquistare; l’inizio dell’adempimento della prestazione corrispondente alla obbligazione che si vuole assumere.” Importante salientar que a lei italiana (Codice Civile) contém dispositivo legal que contempla claramente tal possibilidade (art. 1.327 do Codice, analisado a seguir).

<sup>208</sup> Tal como afirma SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. Vol. 55/2005, (Jul-Set/2005), p. 6, “A utilidade da noção de ‘comportamento concludente’ na perfectibilização dos contratos pela via eletrônica é evidente, pois é significativa a incidência de declarações tácitas de vontade nestes casos, determinando a importância desta abordagem para a solução das questões antes suscitadas por Budnitz.”

<sup>209</sup> Nesse sentido, CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 597.

<sup>210</sup> Tal como se extrai, por exemplo, do “Art. 1.327. Esecuzione prima della risposta dell’accettante: 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.” (Tradução livre) “Art. 1.327 Execução antes da resposta do aceitante: Se, a pedido do proponente ou devido à natureza do negócio ou segundo os usos, o serviço deve ser realizado sem uma resposta prévia, o contrato é concluído no tempo e no local onde a execução começou. O aceitante deve notificar imediatamente a outra parte da execução iniciada e, caso contrário, ele

reconhecer tais comportamentos concludentes na constituição dos negócios jurídicos em geral, mas além da supramencionada inovação trazida pela Lei n. 13.784 (Lei da Liberdade Econômica – LLE) em relação ao plano dos efeitos do negócio, são inúmeros os exemplos pontuais<sup>211</sup> e específicos de sua presença na lei geral privada.

Destaca-se, nesse sentido, já na parte geral do CC/02 a regra do artigo 174 CC<sup>212</sup>, que materializa exemplo de “comportamento concludente” daquele que, embora ciente do vício que recai sobre o negócio (e, portanto, passível de ensejar a invalidade da declaração), cumpre, parcialmente, as obrigações constantes do contrato, o qual poderia ser invalidado.

Sob tais aspectos, importante destacar que algumas hipóteses fáticas normalmente enquadradas como decorrentes do silêncio no ambiente contratual representam, na verdade, situações que envolvem comportamentos concludentes e, portanto, não serão aprofundadas no âmbito deste estudo. Destaca-se como exemplo típico de hipótese de comportamento concludente, aquela que envolve a prorrogação, por tempo indeterminado, dos efeitos de contratos de trato sucessivo, quando as partes “silenciam” por ocasião do advento do termo final pactuado<sup>213</sup>.

Independentemente da existência de previsão contratual nesse sentido, a referida hipótese fática concretiza exemplo de “comportamento concludente”<sup>214</sup>, na medida em que as partes adotam condutas ativas que materializam a continuidade da execução das obrigações contratuais pactuadas. Não se verifica, rigorosamente, a presença de comportamentos passivos sujeitos a determinadas circunstâncias.

---

é responsável por danos.” Tal como se analisará no capítulo 5, não obstante guarde alguma relação com a regra do artigo 432 CC, a lei brasileira não contém dispositivo análogo ao da lei italiana que, entre outras condutas, regula o comportamento concludente.

<sup>211</sup> Tais como aqueles previstos nos seguintes artigos do CC/02, exemplos: arts. 174, 175, 191 (parte final), 659, 1.805 *caput* (parte final).

<sup>212</sup> “Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.”

<sup>213</sup> Em sentido contrário DUARTE, Nestor. **Arts. 1º a 232. Parte Geral**. In: PELUSO, Cezar. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. Vol. 1. Barueri: Manole, 2013, p. 15-175, p. 109 “O silêncio opera como produtor de efeitos, por exemplo, nos casos de contratos renovados ou prorrogados, destacando-se o de locação de imóveis, em que é usual a inclusão de cláusula pela qual entende-se prorrogado o prazo caso não haja manifestação em sentido contrário de uma das partes, sem embargo de, na hipótese, ocorrerem prorrogações legais (arts. 46, § 1º, 50 e 56, parágrafo único, da Lei n. 8.245/91), ante a falta de oposição do locador.”

<sup>214</sup> PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 635, destaca em nota de rodapé (468) o argumento de que, neste caso, estamos diante de um exemplo de “comportamento concludente” e não propriamente de silêncio. Conclui o autor: “Mas parece que, pelo menos do lado do locatário, está aqui antes em causa uma actuação positiva de continuação de fruição do prédio, e, portanto, quando muito uma declaração por comportamento concludente activo.” Salientando que não se trata de um caso de silêncio.

Outro exemplo de hipótese consagrando o comportamento concludente, encontra-se no artigo 659 da parte especial do CC<sup>215</sup>, ao regular o contrato de mandato. Embora o mandatário silencie quanto à aceitação dos poderes, que lhe foram outorgados pelo mandante, a execução desses poderes aperfeiçoa o referido contrato. Note-se que o “não falar” em referido contexto é meramente circunstancial e não coincide com a “inação”. Eventual “silêncio” nesse contexto não interfere na caracterização do ato em si, o qual se funda na prática de “atos de execução”, incompatíveis com a “não aceitação”.

---

<sup>215</sup> “Art. 659. A aceitação do mandato pode ser tácita, e resulta do começo de execução.”

## CAPÍTULO 4 – O SILÊNCIO NO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA CONTRATUAL: BREVES NOTAS E DIVERGÊNCIAS HISTÓRICAS

Considerando tratar-se da figura central deste estudo e diante das particularidades que ostenta face aos demais meios de exercício da autonomia privada no contexto contratual, justifica-se o tratamento autonomizado do silêncio neste capítulo. Pretende-se, dessa forma, entre outros propósitos, fixar as suas principais características – com breve apanhado histórico do seu tratamento – inclusive para melhor enquadrá-lo em relação às supracitadas declarações expressas, manifestações tácitas e comportamentos concludentes<sup>216</sup>, bem como melhor delimitar o objeto deste estudo em relação aos demais “silêncios” presentes no ambiente jurídico, os quais, consoante se demonstrará, não se confundem, na essência, com o silêncio apto a formar contratos e a promover alterações ao longo da sua execução como decorrência do exercício da autonomia privada.

A maioria dos autores pátrios – dedicados a explorar o tema mais a fundo de forma precursora – reportam a origem dos debates, em torno da aptidão jurídica do silêncio, ao direito romano e ao direito canônico<sup>217</sup>. Quando se referem ao direito romano, fazem menção a Paulo (L. 142, Dig., de regullius juris, 50, I, 17) e à regra “Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est non negare” (Quem cala não fala, mas também não nega), que gerou controvérsias acerca do seu escopo de aplicação em relação aos vários ramos do direito. Em síntese, reconhecem que o direito romano admitia, em caráter excepcional e sem “extensão analógica”, a atribuição de efeitos de consenso ao

---

<sup>216</sup> Tal como advertido por MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo XXXVIII.** (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 4.187 p. 85, “É preciso que, a cada momento, se frise a diferença entre manifestar-se por atos positivos ou negativos e manifestar-se pelo silêncio.” E mais adiante enfatiza, p. 89 (§ 4.188): “O silêncio é falta de ato. A tacitude, *stricto sensu*, supõe atos que se tenham como manifestantes de vontade (cf. Código Civil austríaco, § 864). O silêncio, não.” Em sentido análogo, destaca LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade:** obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 39/40 baseando em Coviello destaca que “manifestação tácita não se confunde com o silêncio. Não sendo afirmação nem negação, o silêncio não pode ser tomado como manifestação de vontade.” e, posteriormente em STOLFI, Giuseppe. **Teoria del negocio jurídico.** (Traduzido por Jaime Samtos Briz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 41: “Na vontade tacita, existem fatos dos quais se deduz a vontade.” (...) “Mas, em se tratando de matéria contratual, é forçoso um procedimento de ordem geral e de maior relevo. Por via de regra, impossível é interpretar-se como assentimento a uma proposta, o silêncio de alguém ao recebê-la.”

<sup>217</sup> Nesse sentido, MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 733 e LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade:** obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 7/33.



silêncio<sup>218</sup>.

No tocante ao direito canônico<sup>219</sup>, são mencionados alguns brocardos utilizados no campo do direito obrigacional, com destaque para a consolidação, nesta época, da expressão “Qui tacet consentire videtur” (quem cala como que consente)<sup>220</sup> reconhecendo, porém, “que nos contractos a regra é que não basta o silencio para o silente assumir o ônus de uma prestação, eis que o vinculo obrigacional não póde nascer efeito exclusivo da ‘taciturnitas’ ”, concluindo que “a corrente, porém, mais seguida na jurisprudência da Rota era a de que o silencio valia consentimento ‘in favorabilibus’ e não ‘in praejudicialibus’ ”.

Mello<sup>221</sup> destacou as divergências nos seguintes termos:

“(…) As duas regras, a do direito romano e a do direito canônico, contudo, deram em resultado opiniões opostas por parte de seus interpretes, até que se conseguiu conciliar-as dentro daquela formula: ‘qui tacet cum loqui potuit et debuit consentire videtur’. (Quem cala, quando poderia e deveria falar, consente).”

O presente estudo não ostenta, contudo, finalidade histórica, até mesmo porque eventuais digressões nesta área dependeriam, entre outras cautelas<sup>222</sup>, de maior aprofundamento acerca dos institutos jurídicos existentes à época, os quais não se confundem com aqueles que nos deparamos atualmente, escapando, portanto, aos propósitos desta investigação. Sob tal aspecto, basta observar que a própria noção atual de

---

<sup>218</sup> Nesse sentido, LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 22. MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 733/734, aborda o direito romano e, após mencionar as categorias dos pactos romanos, traz inúmeros exemplos nos quais a conduta silenciosa acaba por gerar efeitos do ponto de vista jurídico, abrangendo situações de direito de família, emancipação, adoção etc. Antes da conclusão acima, ele aborda alguns exemplos interessantes no âmbito do direito das coisas (direito de vizinhança – vizinho que silencia ao presenciar o outro desviando as águas – consente com o ato) e no próprio universo contratual (prorrogação de contrato de locação), que, como visto, materializa hipótese de comportamento concludente e não de silêncio. Concluiu o autor que: “em todos estes casos, a lei romana arvorava o silencio em manifestação da vontade, porque o direito obrigava o silente a falar e a abstenção deste presumia o seu consentimento.”

<sup>219</sup> MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 734.

<sup>220</sup> Tal como destaca LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 23 e ss.

<sup>221</sup> MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 734/735.

<sup>222</sup> Tal como a identificação, por exemplo, dos diferentes períodos que envolveram o direito romano.

contrato, não se confunde com a figura do ‘contractus’ existente no direito romano<sup>223</sup>.

Pretende-se, por intermédio de referidas passagens, ilustrar que a relevância jurídica do silêncio já gerava controvérsias nas raízes do direito romano-germânico e acabou por influenciar o tratamento do tema nos períodos que se seguiram, perdurando as polêmicas até os dias atuais, especialmente em face das novas dinâmicas que envolvem o fenômeno contratual, tal como se destacará nos capítulos 5 e 6 infra.

Em análise aos principais ordenamentos jurídicos europeus<sup>224</sup> do século XIX e início do século XX, com destaque para o *Code*, de 1804, e, posteriormente, ao BGB, de 1900, os quais acabaram por influenciar a construção dos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica do antigo continente e no mundo em geral, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916, constata-se que não se conferia maior importância ao silêncio, salvo em hipóteses bastante específicas<sup>225</sup>.

Ao que tudo indica, tais omissões acerca da figura eram fruto de uma matriz voluntarista, focada na proteção de valores e interesses individuais, conforme ilustrado no capítulo segundo supra, tal como defendido, por exemplo, por Savigny<sup>226</sup>, segundo o

---

<sup>223</sup> Segundo MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo III.** (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 207 “Antes da fundação de Roma, o *nexum*, negócio jurídico bilateral formal, mostrava, na forma, a própria origem, a balança e o pedaço de metal (*per aes et libram*) a forma ainda ficou quando não mais se pesava. Mais ainda no étimo: *necto*, *nectere*, vincular, ligar. O negócio jurídico primitivo vinculava bilateralmente. O *actus* é posterior, ou contemporâneo ao *nexum*; pode ser *cum populo*. A expressão *contractus* só se referia a certos negócios jurídicos obrigacionais; proveio da sistemática do direito civil, substituiu o *nexum*, e não aparece no *Edictum*.”

<sup>224</sup> MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 735/736 salienta que as leis à época (1937) passaram paulatinamente a admitir a possibilidade de se manifestar a vontade “tacitamente”, em razão dos contributos da teoria dos atos jurídicos, procurando “sistematizar e esclarecer a possibilidade do silêncio valer como manifestação da vontade, criando, assim, vínculos obrigacionais”. Cita algumas leis ao redor do mundo à época (1937), as quais somente conferiam poder ao silêncio, quando decorrente da lei, embora alguns reconhecessem a manifestação tácita, salientando que “A maior parte dos códigos, contudo, oscilla ao saber daquellas teorias, acima expostas; mas reconhecem que a vontade se pode manifestar tacitamente. Não são numerosas as legislações em que se nota alguma tendência para recusar qualquer valor ao silêncio, salvo nos casos por ellas estabelecidos; entre estas o CC Portuguez (art. 646), o Austriaco (863), o da Luiziania (art. 1805), o Argentino (918 e 1145), o Suíço das obrigações (art.1), o Chileno (art. 103).”

<sup>225</sup> Nesse sentido destaca MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 735/736, “O Código Alemão é omissivo sobre a declaração tácita da vontade; em todo caso o bávaro estabelece que o consentimento não pôde ser tácito.” (...) “O problema do silêncio não foi encarado pelo Código de Napoleão. Todavia, existem casos em que o direito francez admite o silêncio como creador de obrigações, como nos arts. 1.738 e 1.578. Na Italia, a questão é controvertida, tendo sobre ella opinado os maiores jurisconsultos, eis que o respectivo Código nada preceitua a respeito. A doutrina, pois, pertence a solução dos casos, bem como á jurisprudência.” (1937 – antes do Codice).

<sup>226</sup> Ver MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p.735 “Para o fundador da escola histórica, os casos de silêncio que produzem uma obrigação, são os que se contemplam na lei, não comportando estes mesmos elastério algum.”

qual, “a vontade é um fenomeno interno e por isso incapaz de se fazer conhecida senão por meio de elementos apprehensíveis pelo sentido. Assim, o simples silencio em face da interpretação de outrem não traduz consentimento.” Para Savigny, “os casos em que o silêncio produz uma obrigação e estabelece um vínculo coercitivo são excepcionais, predeterminados em lei e não comportam elastérios”<sup>227</sup>. No âmbito do direito comercial, aproxima-se da posição de Vivante, que confere importância ao silêncio no campo interpretativo, mas sem lhe reconhecer “poder formativo”<sup>228</sup>.

Diante de referido cenário registra-se, essencialmente, a existência de três correntes doutrinárias acerca da atribuição de relevância jurídica ao silêncio no contexto contratual, com base em alguns dos seus representantes na doutrina italiana.

Numa primeira corrente, alinhada à posição de Savigny e Vivante, destaca-se o entendimento de Bonfante<sup>229</sup>, que, em contraposição à posição de Pacchioni no contexto das discussões em torno das teorias da vontade e da declaração e após criticar a “infeliz” expressão “manifestação tácita”, passível de ser confundida com o silêncio, salienta que “uma manifestação exige atos positivos, de outra forma se contentaria com um querer interno, que pode bem servir a quem cala, mas pertencente ainda aos estados da

---

<sup>227</sup> Nesse sentido LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 38.

<sup>228</sup> VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. Vol. IV: Le obbligazioni (Contratti e Prescrizione). 5ª Ed. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1926, p. 31/35 após salientar que (p. 32) “Io non nego che in taluni casi di frode o di colpa chi non ha risposto possa essere responsabile del danno; ma nego che la colpa, senza la volontà di obbligarsi, possa produrre un contratto.” apresenta inúmeros exemplos (p. 33/34), nos quais considera que o silêncio de uma das partes no âmbito de determinadas relações contratuais é apto a gerar consequências jurídicas, em decorrência de (p. 34) “un rapporto giuridico fra i contraenti, che loro impone l’obbligo di una cooperazione reciproca, e dà al silenzio uno speciale significato”, tal como ocorre nos contratos de mandato, comissão mercantil, seguros, entre outros, concluindo que “Quindi da questi esempio può trarsi argomento a concludere che i contratti si formano col consenso explicitamente manifestato colla parola o coi fatti, non a concludere che l’inazione è una maniera riconosciuta dalla legge per formare i contratti”.

<sup>229</sup> BONFANTE, Pietro. Il Silenzio nella conclusione dei contratti. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Vol. IV, parte seconda, 1906, p. 222/230, conclui (p. 225): “una manifestazione esige atti positivi, altrimenti voi vi contentate di um interno volere, che può ben esservi in chi tace, ma appartiene ancora agli stati della coscienza.” Conclui o autor (p. 228) que: “Ma non vi ha ostacolo che la legge non sormonti: essa può dare ao silenzio efficacia pari a quella di uma rinuncia o di um contratto: ma al posto dela rinuncia avremo allora la decadenza, al posto del contrato l’obbligazione ex lege.”. LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 71 corrobora tal compreensão. SRAFFA, Angelo. **L’Accettazione dele fatture e il silenzio**. Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Vol. I, 1903, parte prima. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, p. 27/37, também refuta a atribuição do *status* de consenso ao silêncio “specialmente nei rapporti commerciali”, salientando que (p. 27) “il silenzio può considerarsi ed essere talvolta um atto colposo e produrre l’obbligo di rispondere dei danni; ma la colpa senza la volontà di obbligarsi non può produrre um contratto chè ‘l’accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro um vincolo giuridico”.

consciência”. E conclui, “mas não há obstáculo que a lei não supere: ela pode dar ao silêncio eficácia equiparada a de uma renúncia ou de um contrato: mas, no lugar da renúncia, teremos agora a decadência, no lugar do contrato, a obrigação ‘ex lege’.”

Verifica-se, portanto, a postura mais cautelosa de referida corrente doutrinária, defensora da possibilidade de formação de contratos pelo silêncio, apenas naqueles casos autorizados pela lei. O referido autor salienta, inclusive, tratar-se de situação que não se confunde com a manifestação de vontade necessária ao fenômeno contratual, mas, sim, de obrigação decorrente da lei.

Num segundo grupo de doutrinadores<sup>230</sup>, situam-se aqueles que admitiam a possibilidade do silêncio, de acordo com determinadas circunstâncias, caracterizar consenso. São emblemáticas, nesse sentido, as posições de Windscheid, de Pacchioni e de Ranelletti.

De acordo com Pacchioni<sup>231</sup>, que se intitula adepto da teoria da confiança (“affidamento”), “o problema acerca dos efeitos a serem atribuídos ao silêncio é colocado de modo claro e preciso”, por referida teoria, salientando<sup>232</sup> que:

“(…) não há dúvida, de que o silêncio de uma pessoa perante uma outra pessoa que fala, pode diante de determinadas contingências ser interpretado como consenso, assim é também fora de dúvidas que silenciando, nós podemos fazer surgir nos terceiros a confiança de uma certa vontade nossa.”

---

<sup>230</sup> De acordo com LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 45 e ss., o qual sintetiza os principais aspectos das posições de referidos autores.

<sup>231</sup> PACCHIONI, Giovanni. Il Silenzio nella conclusione dei contratti. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. Vol. IV, parte seconda, 1906, p. 23/30, p. 29.

<sup>232</sup> PACCHIONI, Giovanni. Il Silenzio nella conclusione dei contratti. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. Vol. IV, parte seconda, 1906, p. 29/30. No original: “Di fronte a questa dottrina – che io seguo – il problema circa gli effetti da attribuirsi al silenzio è posto in modo chiaro e preciso. Poichè é fuori di dubbio, che il silenzio di una persona di fronte ad un'altra persona che parla, può in determinate contingenze essere interpretato come consenso, così e anche fuori di dubbio che tacendo noi possiamo far sorgere nei terzi l'affidamento di una certa nostra volontà” e no trecho seguinte (p.30) “Ammettendo invece la possibilità di un silenzio-consenso si apre la via ad una casuística feonda di risultati e si prepara il terreno ad una formol adi conciliazione fra gli interessi individuali e le esigenze di una vita sociale, quale è la mostra, tutta pervasa da uno spirito di umana solidarietà.” Citado também por LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, 56 e ss.

Conclui suas ideias afirmando que:

“(…) admitindo a possibilidade de um silêncio consenso abre-se a via de uma casuística fecunda de resultados e prepara-se o terreno para uma fórmula de conciliação entre os interesses individuais e as exigências de uma vida social, como é a nossa, todos permeados por um espírito de solidariedade humana.”

É possível inserir em referido grupo Carnelutti, admitindo, por intermédio dos usos, a possibilidade do surgimento de novas cláusulas contratuais, decorrentes do comportamento passivo de uma das partes<sup>233</sup>.

Raneletti defende, ainda, a existência de “duas formas” de silêncio. O “qualificado” que se caracteriza naquelas situações nas quais o silente tem a obrigação de falar por força de “um preceito legal” ou por “ordem do juiz”; e do “silêncio simples”, em relação ao qual “o juiz tem de levar em conta as circunstâncias singularíssimas em que o silêncio se produziu para, de conformidade com as mesmas, aquilatar e determinar a eficiência deste e si possível ou não considera-lo como manifestação de vontade”.<sup>234</sup>

Posição análoga é a de Giorgi<sup>235</sup>, partindo da análise do brocardo,

---

<sup>233</sup> CARNELUTTI, Francesco. Sulla eficácia dele clausole non accettate contenute nelle fature commerciali. **Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Vol. XIII, parte seconda, 1915, p.1/6. No original: (p. 5) “Ora, se un uso commerciale esiste, per virtù del qual ela obbligatorietà dele nuove clausole possa derivare non soltanto dalla concorde manifestazione di volontà dele parti, ma ancora dalla manifestazione di una tra questee dal contegno passivo dell'altra, quali ragioni si possono addurre contro la sua efficacia? Io non affermo qui che esista. Pongo la questione per il caso, in cui ne sai dimostrata l'esistenza. E azzardo la opinione che la vessata controversia, in materia di commercio, non possa essere decisa solamente ala stregua dele leggi, ma ancora a quella degli usi.”

<sup>234</sup> Nesse sentido, ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Tehodor e WOLFF, Martín. **Derecho Civil: Parte General; Tomo I: primeira parte.** (Rev. Hans Carl Nipperdey e trad. Blas Pérez González y José Alguer). Barcelona: Casa editoria Bosh, 1981, p. 177 segundo o qual “En determinadas circunstancias, en el mero silencio puede hallarse también una declaración de voluntad, mas esto sólo puede aceptarse com gran cautela. Lo que importa, em primer lugar, es si la concepción del tráfico autoriza a interpretar el silencio como expresión de una determinada voluntad, es decir, como supuesto de hecho de una declaración de voluntad determinada.”, mas o referido autor enfatiza a necessidade de “existir el supuesto de hecho interno de una declaración de voluntad, además del externo.”

<sup>235</sup> Nesse sentido, destaca GIORGI, Giorgio. **Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano.** Vol. III (Fonti delle obbligazioni – contratti). 7ª ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1925, p. 220/221: “(…) E analizando questo criterio, sciolsero il problema dicendo: ‘qui tacet, quam loqui potuit et debuit, consentire videtur’. Dissero ‘potuit’, perchè se il silenzio non fu volontario, ma forzato, sarebbe assurdo di considerarlo atto volontà. Dissero ‘debuit’, perchè se mancasse l’obbligo di parlare, il silenzio non sarebbe incompatibile con la volontà contraria alla presunta adesione; significherebbe, che il supposto consenziente non dice nè sí nè no. L’importante si riduce a determinare, in che non può dire soltanto, in via astratta e generale, che non può mai nascere dal nudo arbitrio del proponente; ma deve fondarsi, o nela consuetudine,

anteriormente transcrito, “qui tacet, quam loqui potuit et debuit, consentire videtur”, admite valor jurídico ao silêncio destacando, em síntese, dois elementos, os quais denomina de “potuit” e “debuit”. O primeiro no sentido de que o silêncio não pode ser forçado, mas, sim, voluntário, para que seja considerado ato de vontade; e o segundo, relacionado aos casos em que se pode apurar a existência de uma obrigação de falar, decorrente da apreciação dos fatos e que não decorra do puro arbítrio do proponente, mas funda-se nos usos, na vontade presumida do aceitante ou na natureza do negócio a concluir-se.

Interessante, por fim, é a posição representada, entre outros, por Perozzi, que após contrapor as posições de Pacchioni – o qual defendia a possibilidade do consenso decorrer de fatos negativos – e de Bonfante (no sentido de a manifestação de vontade exigir atos positivos), bem como de divagar a respeito das peculiaridades acerca de tais afirmações, explorando inúmeros exemplos, o referido autor nega que exista um problema do silêncio na conclusão dos contratos. Nesse sentido, conclui Perozzi<sup>236</sup>:

“(…) O silêncio não pode ser em nenhum sentido o ponto de partida da indagação; o silêncio não pode ser o ponto de chegada no sentido de falta de manifestação; ele não pode ser nem a premissa maior, nem a premissa menor, mas apenas a conclusão do silogismo jurídico.”

Apresentados, sinteticamente, os principais e clássicos posicionamentos doutrinários acerca da (in)aptidão do silêncio como meio de exercício da autonomia privada, propõe-se a abordagem do problema na atualidade, por intermédio da análise das

---

o nella volontà del presunto accettante, o nella natura del negozio da concludersi.”. No mesmo sentido, WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle Pandette** (Traduzida pelos Profs. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa). Vol. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, p. 216 “Anche il silenzio può, in certe circostanze, considerarsi come una sufficiente espressione di volontà.” Nesse sentido, MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 735 e LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 55.

<sup>236</sup> PEROZZI, Silvio. Il Silenzio nella conclusione dei contratti. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi Vol. IV, parte prima, 1906, p. 509/524, conclui (p. 524): “Il silenzio non può essere in nessun senso il punto di partenza dell’indagine; il silenzio non può essere che il punto d’arrivo nel senso di mancata manifestazione; esso non può essere nè la premissa maggiore, nè la minore; ma soltanto la conclusione del silogismo giuridico.” (tradução livre no texto). MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 735, também sintetiza as ideias de Perozzi. Segundo LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 65, foi acompanhado por Francesco Degni.

doutrinas nacional e estrangeira dedicadas ao assunto, com os propósitos centrais de fixar as distinções entre o silêncio e as figuras afins, bem como de orientar o tratamento do tema na realidade pátria, fixando as bases para exploração dos dispositivos específicos da lei brasileira na sequência da investigação.

#### 4.1. Posição prevalente na contemporaneidade

Das três correntes de pensamento anteriormente expostas, é possível afirmar que acabou por prevalecer aquela que reconhece aptidão negocial ao silêncio, presentes as condicionantes legais e/ou circunstanciais autorizadoras do alcance de referido *status* jurídico. Sob tais aspectos, não obstante ainda se verifiquem importantes divergências em relação ao tratamento do tema por parte dos vários ordenamentos jurídicos da família do direito romano-germânico – muitos dos quais não regulam especificamente a figura do silêncio no universo negocial – a questão encontra-se pacificada no sentido de atribuir-lhe “valor de declaração” ou *status* de “anuência”<sup>237</sup>, conferindo-lhe poder formativo desde que presentes determinados elementos autorizadores, tais como leis, costumes ou as próprias circunstâncias negociais.

Destaca-se, nesse sentido, que no direito inglês<sup>238</sup> a aceitação a uma oferta não pode ser inferida do puro silêncio, exceto sob circunstâncias muito excepcionais ou em virtude dos costumes comerciais. Da mesma forma, no direito alemão, o silêncio não significa aceitação, exceto nos casos em que houver um prévio acordo nesse sentido, no qual as circunstâncias permitam essa interpretação, ou nas quais o princípio da boa-fé exija a rejeição pelo oblato. Tratamento análogo verifica-se nas realidades jurídicas francesa e italiana, bem como no artigo 2:204 dos “Princípios do Direito Europeu dos Contratos (Principles European Contract Law – PECL)”, nos quais a aceitação não pode ser inferida do silêncio ou da inatividade, exceto nos casos em que a lei, os usos, a intenção das partes ou as circunstâncias o permitam.

No contexto dos contratos no ambiente internacional, destaca-se o artigo 18

---

<sup>237</sup> Tais como preceituam, respectivamente, os artigos 218º do Código Civil português e o artigo 111 do Código Civil brasileiro.

<sup>238</sup> As mencionadas características do silêncio no âmbito das citadas realidades jurídicas europeias descritas nesse parágrafo foram extraídas de CHRISTANDL, Gregor. **Commentaries on European Contract Laws**. (Coord. Nils Jansen; Reinhard Zimmermann). Art.2:204. New York: Oxford University Press, 2018. Referido autor registra a existência de previsões idênticas na PICC (Principles of International Commercial Contracts) UNIDROIT.

da “Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (Contracts for the International Sale of Goods – CISG)”, na mesma linha do art. 2:204 PECL, o qual, ao tratar das regras de formação, estabelece que “constituirá aceitação a declaração, ou outra conduta do destinatário, manifestando seu consentimento à proposta. O silêncio ou a inércia deste, por si só, não importa aceitação.”<sup>239</sup>.

Sob uma perspectiva dogmática, as controvérsias concentram-se, essencialmente, no reconhecimento ou não do silêncio como um meio autônomo de exercício da autonomia privada, em face das consagradas declarações expressas e manifestações tácitas de vontade<sup>240</sup>, bem como em relação à modelação de suas características diante das variadas espécies e dos distintos ambientes nos quais se concretizam os contratos atualmente<sup>241</sup>.

O mero silêncio não se mostra apto a ingressar, por si só, no mundo jurídico, pois, como já salientado, não pode ser tomado, *per si*, como declaração ou manifestação de vontade<sup>242</sup>, não caracterizando ato de afirmação e nem de negação. Logo, não é

---

<sup>239</sup> Ao comentar o art. 18 da CISG, FERRARI, Franco. **Encyclopedia of Private International Law**. (Org. Jürgen Basedow, Gisela Rühl, Franco Ferrari; Pedro de Miguel Asensio). Vol. 1. Northampton(MA): Edgard Elgar Publishing, 2007, p. 339, embora não mencione expressamente o silêncio, admite que o aceitante pode indicar aceitação por meio de atos sem a necessidade de notificar o oferente, nos seguintes termos: “For the acceptance to lead to the conclusion of the contract, the acceptance must generally – albeit not always, given that limited circumstances the offeree may indicate acceptance by performing an act without the need to notify the offeror – reach the offeror (art. 18), and this within a given period of time.” Sobre o artigo 18 da CISG ver também BENETTI, GIOVANNA. **A aceitação pelo silêncio na Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) e no Código Civil Brasileiro**. In: SCHWENZER, Ingeborg; GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A; TRIPODI, Leandro. **A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 261-291.

<sup>240</sup> Nesse sentido DUARTE, Nestor. **Arts. 1º a 232. Parte Geral**. In: PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 7ª ed. Vol. 1. Barueri: Manole, 2013, p. 15-175, p. 109 “O silêncio, por sua vez, é modalidade de manifestação da vontade, que ora é tratada como subespécie da manifestação tácita, ora como da expressa (...)”

<sup>241</sup> Destaca-se, nesse sentido, a posição de GOMES, Orlando. **Contratos**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 55, “O ‘silêncio’ não participa da natureza de uma ‘declaração’, pois esta caracteriza-se, segundo Betti, pelo ‘propósito notificatório’, que não pode existir num estado de absoluta inércia. Admite-se, contudo, que, em certas circunstâncias, o silêncio vale como ‘vontade positiva’. Nesse casos, é forma de ‘consentimento’, por implicar ‘aceitação’, mas, embora equivalha a uma ‘declaração’ não pode ser como tal considerado. Não obstante, muitos o incluem entre as ‘declarações tácitas’.”

<sup>242</sup> Nesse sentido, SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p.272, “é óbvio que o silêncio não pode ser sempre equiparado a uma declaração”. Há a necessidade de apurar se “especiais circunstâncias de fato” conferem-lhe a virtude de um “fato concludente”. Registra-se que a noção de “fato concludente” aproxima a figura das manifestações tácitas, tal como adverte PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 752, ao definir os “factos concludentes” nos seguintes termos: “Estes são aqueles factos a partir dos quais, de acordo com o critério interpretativo, se pode concluir uma declaração tácita – podem, portanto, ser todos os que se devem considerar do ponto de vista hermeneuticamente relevante, sejam eles positivos ou negativos, desde que sirvam para constituir uma ‘impressão do destinatário’ no sentido da existência de uma declaração tácita e que não se trate de símbolos



adequada a equiparação direta do simples silêncio aos demais meios de exercício da autonomia privada, não obstante reconheça-se que – presentes os requisitos autorizadores e verificadas determinadas condicionantes – os efeitos conferidos ao “silêncio circunstanciado” serão análogos àqueles reconhecidos aos demais meios formativos.

O silêncio circunstanciado não se confunde com os comportamentos concludentes<sup>243</sup>, os quais ostentam em sua base uma conduta ativa que, como visto, permite suplantar a etapa de formação e ingressar no campo da execução do contrato. Enquanto o silêncio baseia-se em conduta passiva capaz de representar concordância face ao que dispõe a lei<sup>244</sup>, autorizam os usos ou as circunstâncias, respeitadas as regras e as particularidades de cada ordenamento jurídico, que ora estabelecem regras legais específicas para tratar do silêncio no âmbito da formação dos negócios ou contratos, ora o regulam de forma indireta, como fruto da atuação doutrinária e jurisprudencial<sup>245</sup>.

Justamente em razão das suas particulares características e do seu caráter ambíguo<sup>246</sup> – ainda que se constate que, a depender das circunstâncias, a constituição do

---

integrantes de uma linguagem (pois então a declaração seria expressa).” O mesmo autor esclarece na nota de rodapé 41 que: “Vimos que o silêncio pode igualmente ser, em certas circunstâncias, uma declaração tácita. Por outro lado, mesmo quando o comportamento concludente abranja sobretudo elementos positivos, os factos negativos podem ser igualmente relevantes.”

<sup>243</sup> Nesse sentido, MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo XXXVIII.** (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, (§ 4.190), p. 98, “há confusão entre manifestação de vontade tácita (*e. g.*, começo de execução do contrato) e manifestação de vontade pelo silêncio. Se não se trata de silêncio que se enquadre no art. 1.084 do Código Civil, o calar-se apenas é um dos elementos de fato para se saber se houve manifestação de vontade tácita”. E no direito italiano SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **II Contratto.** IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 273 “o comportamento omissivo ora tratado não se confunde com aquele concludente não omissivo (...)” e STOLFI, Giuseppe. **Teoria del negocio jurídico.** (Traduzido por Jaime Samtos Briz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 208, “La manifestación tácita no debe confundirse con el simple silencio, porque éste no siendo afirmación ni negación no puede considerarse como una manifestación del querer.”

<sup>244</sup> Em referido contexto, registra-se a possibilidade da lei estabelecer a incidência de efeitos negociais, sem, contudo, reconhecer a existência de consenso, tal como destacam SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **II Contratto.** IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 273, “o comportamento omissivo ora tratado não se confunde com (...) aquela inércia, plenamente compatível com os efeitos do negócio, que não é, porém, um consenso” citando o art. 1.333 do Codice Civile. “Art. 1333 Contratto con obbligazioni del solo proponente: 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. (trad. Livre: Art. 1333 Contrato com obrigações apenas do proponente: A proposta destinada a concluir um contrato do qual derivam obrigações apenas para o proponente é irrevogável apenas quando conhecida pelo destinatário. O destinatário pode recusar a proposta dentro do prazo requerido pela natureza do negócio ou pelos usos. Na falta de tal recusa, o contrato é concluído.”

<sup>245</sup> Como se verifica na Itália com base, entre outros, no art. 1.333 Codice, conforme ressaltam SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **II Contratto.** IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, 273.

<sup>246</sup> SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **II Contratto.** IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p.272.

contrato pelo silêncio aproxima-se de algumas das outras modalidades analisadas, com destaque para a manifestação tácita de vontade<sup>247</sup> – considera-se justificável conferir tratamento específico à figura, tal como reconhecido pela doutrina<sup>248</sup> e, posteriormente, procedido por alguns sistemas jurídicos, inclusive a lei brasileira.

Em referido contexto, é bastante frequente o entendimento segundo o qual a atribuição de valor ao silêncio no ambiente negocial se subordina à existência prévia de precedentes relações negociais – ainda que não formalizadas por intermédio de instrumento contratual<sup>249</sup> – o que na verdade reforça a importância dos usos e das circunstâncias na caracterização da figura.

Não haverá situação intermediária envolvendo o silêncio no universo contratual. Há apenas duas situações possíveis. Na primeira, o silêncio é irrelevante juridicamente e, dessa forma, inexistente como fato jurídico e, por consequência, não se mostrará apto a gerar efeitos jurídicos. Estará relegado ao universo dos fatos meramente sociais. Ilustra-se referida irrelevância jurídica por meio do exemplo do sujeito que, ao apreciar os bens de consumo expostos na vitrine de uma loja, é convidado pelo vendedor a nela ingressar e simplesmente silencia, sem emitir quaisquer palavras ou gestos, embora permaneça a contemplar a vitrine<sup>250</sup>.

Já na segunda situação, o silêncio – previsto em lei, associado aos usos e/ou a determinadas circunstâncias e respeitados os requisitos legais – mostrar-se-á apto a caracterizar o exercício da autonomia privada, para constituir determinado contrato ou

---

<sup>247</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 162, apresenta a seguinte definição: “uma manifestação de vontade, por meio de um comportamento negativo, deduzida de circunstâncias concludentes, caracterizadas pelo devêr 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.”

<sup>248</sup> Nesse sentido, COSTA, Philomeno J. da Costa. **O silêncio nos negócios jurídicos**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 483/514. “Podemos afirmar, sem necessidade de maior explanação, que o silêncio pode representar uma das formas de consentimento tácito; é todavia, consentimento tácito que dele se destaca por essa ausência, na ocasião ou no momento do silêncio, de palavras, atos ou fatos.” Também ZANETTI, Cristiano de Sousa. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo (arts. 421 ao 480)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 696/780. p. 719, em comentário ao art. 432CC afirma “No que tange à forma, há três espécies de aceitação: a expressa, a tácita e a decorrente do silêncio.”

<sup>249</sup> Nesse sentido, destaca LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 42 em análise à posição de Stolfi.

<sup>250</sup> Não se trata de silenciar diante de “proposta” formulada pelo vendedor. Silêncio, este, que ostentaria relevância jurídica face ao disposto no artigo 428, I do CC, caracterizando recusa, ou no mínimo não aceitação da “proposta”. As peculiaridades envolvendo a recusa e a não aceitação serão tratadas no tópico 5.4.2.).

para promover alterações durante a sua execução. Afirma-se<sup>251</sup>, em referido contexto, que o silêncio “não produz os efeitos da declaração senão quando o interessado tinha o ônus, o dever de falar e não falou”, salientando-se, sob tais aspectos, que o poder formativo do silêncio não decorre do fato em si, “mas dos ônus e dos deveres de falar”, de acordo com as circunstâncias. Culmina, de acordo com Cordeiro<sup>252</sup>, com a seguinte regra de direito relativa ao silêncio:

“(…) o silêncio produz os efeitos da manifestação de consenso, quando existe um preceito jurídico (norma legal ou uso ou acordo ou outra *fattispecie* idônea) que dispõe que o silêncio produza efeitos idênticos àqueles da manifestação de consenso (dito melhor: dispõe que a manifestação não é necessária para produzir aqueles dados efeitos).”

A doutrina enfrenta dificuldades para autonomizar o silêncio circunstanciado dos demais meios de formação dos contratos. Ressalta a existência de inúmeras divergências quanto ao enquadramento concreto da figura e, conseqüentemente, em relação aos exemplos utilizados para ilustrar o fenômeno<sup>253</sup>. Tal dificuldade também se

---

<sup>251</sup> SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, 275.

<sup>252</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 545/546 em análise ao art. 218º da lei portuguesa, “a declaração negocial é algo ontologicamente autónomo, que existe ou não existe; não pode qualquer lei fazer mais do que aproximar regimes, sem criar algo de inexistente. Quando o silêncio tenha, pois, tal alcance, não é de uma declaração que se trata, mas antes de uma transposição de regimes – sempre na medida do possível e com as necessárias adaptações.”

<sup>253</sup> Tal como registram SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 273/274, “Observamos contudo que desde que a doutrina enucleou completamente o silêncio (circunstanciado) das figuras – antes com ele confundidas – do ‘fato concludente’ e do ‘comportamento de atuação’, a mesma doutrina se tornou muito pobre ao descrever os exemplos e a casuística relativas ao comportamento omissivo que, diante das circunstâncias, assumiriam atitudes e exteriorizariam uma intenção contratual. Isto deixa em dúvida que um tal comportamento omissivo seja difícil de configurar. Esta dúvida se reforça quando se nota que intérpretes de ordenamentos diversos do italiano expõem como exemplos pacíficos e típicos de estipulação concluída mediante o silêncio circunstanciado hipóteses em que nenhum jurista italiano sonharia em reconhecer um análogo consenso.” Enquanto o significado de fato do silêncio, por poder ser influenciado por diversos ambientes sociais e culturais, não deveria conhecer fronteiras políticas ou legislativas.” (tradução livre) No original: “Osserviamo però che, da quando la dottrina ha compiutamente enucleato il silenzio (circostanziato) dalle figure – prima con esso confuse – del fatto concludente e del comportamento di attuazione, la stessa dottrina è diventata assai parca nel descrivere gli esempi e la casistica relativi al comportamento omissivo che, in vista delle circostanze, assumerebbe attitudini ad esteriorizzare un intento contrattuale. Ciò lascia il dubbio che un siffatto comportamento omissivo sia difficile da configurare. Questo dubbio si rafforza quando si nota che interpreti appartenenti ad ordinamenti diversi dal nostro espongono come esempi pacifici e tipici di pattuizioni concluse mediante il silenzio circostanziato ipotesi in cui nessun giurista italiano si sognerebbe di ravvisare un analogo consenso; mentre il significato di fatto del silenzio, pur

verifica no âmbito dos tribunais brasileiros, como se procurará demonstrar por intermédio de exemplos nos capítulos 5 e 6 deste estudo.

Entre as divergências que envolvem a modelação das características do silêncio no exercício da autonomia privada, merece ser registrada a posição de Pontes de Miranda, ainda sob a égide do sistema anterior (CC/16), quando o ordenamento jurídico brasileiro não continha regra específica (tal como a do art. 111CC) regulando a relevância jurídica do silêncio de forma geral, embora já ostentasse regra que dele tratava de forma pontual (art. 1.084 CC/16), tal como se tratará a partir do próximo capítulo.

O mencionado autor afirma, em comentário ao revogado artigo 1.079 CC/16, que “nas palavras ‘expressa’, ‘expressão’, há dois sentidos: no sentido estrito, ou a manifestação de vontade é expressa, ou é tácita, ou pelo silêncio”<sup>254</sup>. Em seguida, ao tratar especificamente das hipóteses nas quais a lei aponta “o significado que se há de atribuir ao silêncio”, conclui que “não se trata de espécie de manifestação de vontade; é a manifestação de vontade, tal como se previu na lei.”. Embora, aparentemente, limite as hipóteses de formação do negócio àquelas previstas na lei, quando trata da aceitação, o referido autor flexibiliza tal posição<sup>255</sup>, salientando que: “A aceitação pelo silêncio só se admite onde se cria o dever de responder; não seria possível postular-se ‘Responda, ou terei por aceita a minha oferta’. Se não há dever de responder, o silêncio tanto pode ser sim como não, (...) Se a lei ou os usos do tráfico estabelecem dever de responder, ainda que o oferente não marque prazo, o silêncio pode ser aceitação.”

Ainda sobre as hipóteses nas quais a lei fixa determinada consequência ao comportamento silencioso no ambiente negocial, destaca-se a posição de Betti, o qual subordina, em geral, a relevância jurídica do comportamento silencioso, no ambiente negocial, à apreciação das circunstâncias que o envolvem, mas estabelece distinção importante quando analisa as hipóteses nas quais a lei fixa consequências decorrentes do silêncio (ausência de reação). Destaca Betti<sup>256</sup>:

---

potendo essere influenzato dai diversi ambienti sociali e culturali, non dovrebbe conoscere frontiere politiche o legislative.”

<sup>254</sup> Ainda na vigência do CC/16 e, portanto, antes do advento do art. 111CC, já destacava MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo XXXVIII**. (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 87/88.

<sup>255</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo III**. (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 212.

<sup>256</sup> BETTI, **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p.145/146. No original: “Vale a delimitare nettamente l’efficacia del silenzio come negozio giuridico in confronto dell’efficacia preclusiva che altre volte spiega il silenzio come negozio giuridico in confronto dell’efficacia

“(…) vale delimitar claramente a eficácia do silêncio ‘como negócio jurídico’ em confronto com a eficácia preclusiva que outras vezes explica o silêncio entendido ‘como inobservância de um ônus de iniciativa’ e particularmente de um ônus de reação explícita, estabelecido pela lei. A confusão aqui é fácil, sobretudo pela tendência, dependente do ‘dogma da vontade’, a justificar com o artifício da ficção ou da presunção de uma vontade de aquiescência numerosas consequências jurídicas, que, na realidade, relacionam-se diretamente a situações objetivas previstas pela lei. Isso ocorre, quando a lei relaciona a um comportamento inativo do sujeito os efeitos que seriam próprios de um negócio (de aquiescência à iniciativa dos outros ou de renúncia), sem, por outro lado, considerar se esses estão, ao menos, em exata correspondência com um intento normal determinante a inatividade.”

Registra-se, sob tal aspecto, a prevalência do entendimento – embora por vias distintas<sup>257</sup> – segundo o qual tais hipóteses *ex lege* de atribuição de efeitos jurídicos ao

---

preclusiva che altre volte spiega il silenzio inteso come inosservanz di un onere d’iniziativa, e particolarmente di un onere di reazione esplicita, stabilito dalla legge. La conconfusione qui è facile, soprattutto per la tendenza, dipendente dal <dogma della volontà >, a giustificare con l’artificio della finzione o presunzione d’una volontà di acquiescenza numerose conseguenze giuridiche, che in realtà si raccolgono direttamente a situazioni oggettive previste dalla legge. Ciò accade quando la legge ricollega a un comportamento inattivo del signolo gli effetti che sarebbero propri di un negozio (di acquiescenza all’altrui iniziativa o di rinuncia), senza peraltro considerare se essi siano, o meno, in esatta corrispondenza con un intento normale determinante l’inattività.”

<sup>257</sup> Além de Betti, que exclui tais hipóteses de efeitos jurídicos do silêncio *ex lege* da disciplina negocial, destaca-se a posição de FLUME, Werner. **El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil**. (Tomo segundo). (Tradução José María Miquel González y Esther Gómez Calle). 4ª ed. Fundación Cultural del notariado, 1998, p. 97 “Las consecuencias jurídicas em los casos del silencio como mera omisión de una declaración no se producen en virtud de una configuración jurídico negocial, sino ‘ex lege’ en virtud de una valoración de la omisión como conducta, y para ella rigen otras normas que para el negocio jurídico.” Por tais razões o autor estabeleceu a já mencionada distinção entre “atos concludentes” e “condutas concludentes” (ver tópico 3.2.1. supra), segundo a qual, p. 106 “(…) la declaración de voluntad por actos concluyentes tiene vigencia porque el Ordenamiento jurídico reconoce la autoconfiguración de relaciones jurídicas por declaración de voluntad. Mientras que las consecuencias jurídicas de la conducta concluyente se producen ‘ex lege’.” E de PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, ao analisar as figuras das “declarações fictas” e das “declarações presumidas”, p. 718 “Estas declarações, como se salienta ainda hoje na nossa doutrina, teriam como característica o facto de o valor declarativo resultar de uma ‘norma legal’. Ambos estes tipos de declaração de vontade teriam em comum, portanto, o facto de o seu significado resultar da lei.” e, em seguida, concluir (p. 720) “Uma análise aprofundada de cada uma destas categorias não pode, porém, ser aqui efectuada. Por outro lado, ao tratarmos do silêncio vimos já alguns dos aspectos mais importantes do ‘regime’ respectivo aplicado a comportamentos omissivos. Efectivamente, estas ditas ‘declarações fictas’ abrangem como se vê, alguns dos casos que tratámos, de ‘valor declarativo do silêncio’, não sendo, segundo cremos, ambas as qualificações (caso de silêncio e de declaração ficta ou presumida) incompatíveis. Interessará, portanto, apenas efectuar a distinção em relação à declaração negocial tácita. Ora, supomos dispor já de elementos para poder afirmar que, rigorosamente, nas ditas ‘declarações fictas’, estamos já

silêncio no contexto contratual escapam ao exercício da autonomia privada e do próprio ambiente negocial.

Numa síntese conclusiva de referidas passagens, defende-se a ideia de que – mesmo diante da ausência de dispositivos legais específicos regulando a eficácia jurídica do silêncio no ambiente negocial – a sua aptidão como meio autônomo de exercício da autonomia privada não estará limitada às hipóteses legalmente previstas, mas será definida pelas circunstâncias e/ou demais condicionantes negociais, desde que respeitados os requisitos legais autorizadores.

Em conclusão a esta abordagem mais ampla do silêncio, constata-se que apesar de normalmente não se atribuir maior relevância à distinção entre os meios expressos e os meios tácitos de formação do contrato, o exercício da autonomia privada pelo silêncio – apesar de hipótese mais rara – merece atenção e regulação especial. Isso porque, diante das particularidades que o envolvem, o estabelecimento de regra jurídica própria permite ao intérprete melhor identificar as hipóteses de ocorrência do fenômeno, distinguindo-o das formas clássicas de formação do contrato. Possibilita, dessa forma, a sistematização da figura, mediante o estabelecimento de critérios mais precisos para identificar as hipóteses de sua incidência.

#### **4.2. Reflexões críticas sobre o emprego dos termos “omissão” e “inércia”**

Diante das frequentes confusões em relação ao objeto do presente estudo, considera-se relevante – antes de partir para a abordagem específica das regras destinadas a regular o exercício da autonomia privada pelo silêncio na realidade brasileira – promover necessária delimitação de figuras jurídicas que, embora possam conter o silêncio em seu suporte fático, não se relacionam propriamente ao exercício da autonomia privada no ambiente negocial. Pretende-se, dessa forma, afastar confusões teóricas frequentes e, conseqüentemente, a aplicação de regras jurídicas inadequadas à solução de determinados conflitos *in concreto*.

Conforme conclusão alcançada nos capítulos 3 e 4, o exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio pode decorrer – além de um comportamento

---

‘fora do domínio do negócio jurídico’. ” Voltaremos a tratar do tema por ocasião da análise específica das regras do ordenamento jurídico brasileiro.

deliberado do silente – da inobservância de um “ônus” ou de um “dever” de falar, compreendido num sentido mais amplo de adotar determinada conduta ativa.

Com o propósito de evitar maiores confusões entre, de um lado, as hipóteses de formação e de alteração do vínculo contratual por intermédio do silêncio; e, de outro, as demais situações envolvendo a inobservância de ônus ou deveres aptos a ensejarem a ocorrência de fatos jurídicos estranhos ao exercício da autonomia privada no ambiente contratual; propõe-se maior rigor no emprego dos termos jurídicos destinados a identificar o exercício da autonomia privada por intermédio de comportamentos silenciosos no ambiente contratual.

Longe de caracterizar mero capricho, a observância de rigor terminológico presta-se a preservar o conteúdo jurídico de determinados vocábulos, os quais ostentam importante carga axiológica e, quando empregados indistintamente, podem gerar confusões e aplicações equivocadas, em prejuízo indesejado das tão importantes (porém frequentemente maltratadas) categorias jurídicas.

Destaca-se, em referido contexto, ser frequente o emprego do vocábulo “omissão” para referir-se às hipóteses de constituição, ou de alteração, de um vínculo jurídico contratual por intermédio do silêncio<sup>258</sup>. Embora a conduta omissiva contenha frequentemente o silêncio, e mais precisamente a inação, em seu suporte fático, o seu significado e, principalmente, o seu conteúdo valorativo não se confundem com o do silêncio como potencial meio de exercício da autonomia privada.

De acordo com o vernáculo<sup>259</sup>, “omissão” decorre do “ato ou efeito de omitir(-se)”, “de não mencionar (algo ou alguém), de deixar de dizer, escrever ou fazer (algo)”; “ato ou efeito de deixar de lado, desprezar ou esquecer; preterição, esquecimento”; “falta de ação; inércia, passividade”; “falta de cuidado, de atenção; descuido, negligência” ou, ainda, mais próximo do contexto jurídico que se busca explorar neste momento, “ato ou efeito de não fazer o que moral ou juridicamente se deveria fazer, e de que resulta, ou pode resultar, prejuízo para terceiros ou para a sociedade”.

---

<sup>258</sup> Nesse sentido, AZEVEDO, DE NOVA, entre outros, tal como destacado em notas anteriores.

<sup>259</sup> As definições que seguem foram extraídas do verbete “omissão”, em HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, significados 1 e 5. Não se despreza, ainda, o significado 6 “o que foi omitido; lacuna, falta, lapso”, que trata de sinônimos do substantivo “omissão”, tais como “ausência” ou o próprio “silêncio”.

Da mera noção geral do vocábulo, é possível extrair que a omissão decorre, assim como a ação, de um comportamento humano, caracterizado, neste caso, por uma conduta passiva. E, sob uma perspectiva técnico-jurídica mais apurada<sup>260</sup>, constata-se que a relevância jurídica de referida “conduta passiva” e o seu enquadramento como “omissiva” somente se materializam quando o autor da conduta “tem o dever jurídico de agir, e, nestes termos, percebe-se como contribuição para a ocorrência do dano”<sup>261</sup>, ou seja, a caracterização de uma conduta omissiva pressupõe que exista “o dever de agir, praticando o ato que impeça o resultado danoso, e o agente deixa de praticá-lo”<sup>262</sup>. Não se destina, na sua essência, a caracterizar elemento do suporte fático da constituição de vínculos jurídicos contratuais, embora isso possa se verificar, tal como se demonstrará no decorrer do estudo.

Conclui-se, portanto, que a “conduta omissiva” não se concretiza com base no mero silêncio, embora frequentemente o tenha em seu suporte fático<sup>263</sup>, mas, sim, de um comportamento passivo, consistente numa inação, – muitas vezes silencioso – “valorado” pela presença de um “dever de agir”, decorrente da lei ou do contrato<sup>264</sup>, compreendidos, inclusive, os deveres anexos ou laterais decorrentes da boa-fé objetiva, culminando na ocorrência de um dano. Assim, tanto na esfera obrigacional, em decorrência de um vínculo jurídico pré-existente; quanto na delitual, como consequência da violação a um dever geral de não causar danos às outras pessoas; a conduta passiva daquele que deveria agir – normalmente associada<sup>265</sup> a um comportamento silencioso – são suficientes para caracterizar a omissão.

Tais comportamentos omissivos não se confundem, contudo, com as situações

---

<sup>260</sup> Não obstante se registre a atribuição de inúmeros significados mais amplos ao vocábulo, tal como se verifica em SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. III, J-P, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p.1093, verbete “omissão”, que fixa “Na linguagem técnico-jurídica, a omissão é a ‘inexistência’. É um ‘ato negativo’ ou a ‘ausência do fato’. É o ‘silêncio’, anotado pela falta de menção. É a ‘lacuna’. (...)”

<sup>261</sup> Conforme destaca MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p, 122.

<sup>262</sup> MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103/104.

<sup>263</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral do direito civil: ações e fatos jurídicos**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24, faz menção a tal correlação “Com a omissão se relacionam figuras como o silêncio, de que falaremos depois.”

<sup>264</sup> Tal como decorre do artigo 486º do CCP, embora sob críticas da doutrina de tratar-se de regra insuficiente. Nesse sentido ver CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de. **Omissão e dever de agir em direito civil**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 213 e ss. ou dos artigos 186 ou 389 CC/02.

<sup>265</sup> Faz-se essa ressalva, pois, nem sempre, a conduta passiva está acompanhada pelo comportamento silencioso do seu autor, tal como exemplificado no capítulo primeiro, em relação àquelas situações nas quais o dono de cão bravo, que viola o dever de vigilância/guarda ao não utilizar coleira adverte com gritos a potencial vítima diante de um ataque iminente. Há conduta omissiva, mas não silenciosa.



que envolvem o exercício da autonomia privada, pelo silente, no âmbito da formação dos contratos, ainda que condutas omissivas possam interferir na execução destes.

Salienta-se, nesse sentido, que o exercício da autonomia privada pelo silêncio nem sempre decorrerá da inobservância de um dever jurídico de agir. Logo, não se mostra adequado o emprego do vocábulo “omissão” para se referir ao silêncio circunstanciado como meio apto a formar ou a promover alterações no âmbito de um contrato<sup>266</sup>. Não se pode falar em “omissão”<sup>267</sup>, outrossim, em relação à conduta daquele sujeito que se mantém inerte em relação à prática de determinado ato capaz de repercutir de forma decisiva na própria esfera jurídica, como consequência da inobservância de um ônus e, portanto, insuscetível de afetar a esfera jurídica de terceiros, tal como se detalhará a seguir<sup>268</sup>.

Por tais razões, considera-se que o emprego do termo “omissão” deva se manter restrito à uma perspectiva patológica, para designar aquelas condutas aptas a caracterizarem o dolo por omissão (art. 147 CC), os atos ilícitos (arts. 186/187 CC), as hipóteses de inadimplemento obrigacional (art. 389 CC), entre outras, geradoras do dever de indenizar; e não para qualificar um dos meios de exercício da autonomia privada, ainda quando fundado em comportamentos silenciosos. A propósito do artigo 147 CC, cujo tratamento não será aprofundado neste estudo<sup>269</sup>, registra-se que o silêncio ora analisado também não se confunde com a “reticência”, a qual estaria restrita à má-fé no ambiente securitário<sup>270</sup>, consistente na “voluntária ocultação de circunstâncias que influiriam na exata apreciação dos riscos.”<sup>271</sup>.

Destaca-se, nesse sentido, que o Código Civil brasileiro está repleto de

---

<sup>266</sup> Nesse sentido, SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 275, os quais empregam o termo “comportamento omissivo”, no lugar de “silêncio”. No mesmo sentido, é o entendimento de AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 129/130. Entende-se que, tecnicamente, faz-se necessário distinguir o “silêncio” da “omissão”, a qual, como visto, decorre de um processo valorativo.

<sup>267</sup> Nesse sentido, discorda-se de AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 129, que afirma que “A questão do silêncio é sempre de forma omissiva (...)”, equiparando-o, em seguida à “omissão” proposital (expressa) ou não proposital (tácita).

<sup>268</sup> Ver tópico 5.4.3.1.

<sup>269</sup> Sobre o estudo do tema ver o atualíssimo e abrangente trabalho de BENETTI, Giovana. **Dolo no direito civil**: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

<sup>270</sup> Não nos parece, contudo, que o termo esteja limitado àquele determinado contrato. Em sentido mais amplo NERY JUNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 57, que define a “reticência” como “abstenção com a intenção de provocar um erro do outro contratante, ou de mantê-lo em erro sobre alguma circunstância do negócio jurídico.”

<sup>271</sup> Tal como afirma LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 121.

dispositivos legais que contêm o “comportamento omissivo” em seus respectivos suportes fáticos e se enquadram na categoria jurídica dos “atos ilícitos (in)voluntários” – mas que não se prestam a constituir, ou a alterar, vínculos jurídicos negociais – tais como aquelas regras previstas nos art. 396 CC; art. 696, § único CC, no âmbito do contrato de comissão; no artigo 1.151, caput e §3º CC, no que tange aos registros do empresário<sup>272</sup>.

Em síntese, é possível afirmar que, embora a formação do contrato pelo silêncio também possa decorrer da violação a um dever jurídico de agir, isso nem sempre ocorrerá. Assim, toda a conduta omissiva caracteriza violação a um dever jurídico de agir mas – embora vários contratos possam ser formados pelo comportamento silencioso (de quem deveria agir) – nem toda a formação ou alteração do contrato por intermédio do silêncio decorrerá da violação a um dever jurídico de agir.

Dessa forma, ainda que se admita que os negócios jurídicos possam ser constituídos e alterados em virtude da inobservância de determinados deveres de agir, não se considera tecnicamente adequado o emprego do vocábulo “omissão” em referido contexto. Isso porque, inclusive, quantidade significativa das hipóteses fáticas caracterizadoras do exercício da autonomia privada pelo silêncio no ambiente contratual, decorrem da inobservância de determinados ônus e não de deveres<sup>273</sup>.

Na mesma linha das referidas reflexões críticas acerca do emprego do termo omissão, para se referir ao exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio, são apresentadas ressalvas em relação à utilização do vocábulo “inércia” para se referir ao mesmo fenômeno.

Como já salientado, a abordagem jurídica não deve limitar-se ao significado atribuído pelo vernáculo que, neste caso, recorre a um conceito físico, definindo-a como a “resistência que a matéria oferece à aceleração”<sup>274</sup>. Assim, ainda que a concepção jurídica atribuída à “inércia”, caracterizando-a como “ausência de iniciativa; indolência”<sup>275</sup>

---

<sup>272</sup> “Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”; “Art. 696, Parágrafo único “Responderá o comissário, salvo motivo de força maior, por qualquer prejuízo que, por ação ou omissão, ocasionar ao comitente.”; Artigo 1.151 “O registro dos atos sujeitos à formalidade exigida no artigo antecedente será requerido pela pessoa obrigada em lei, e, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado.” c/c “§3º As pessoas obrigadas a requerer o registro responderão por perdas e danos, em caso de omissão ou demora.”

<sup>273</sup> Nesse sentido, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 130.

<sup>274</sup> Verbete “inércia” significado “rubrica: física”. HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

<sup>275</sup> Nesse sentido, DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Vol. 2 (D-I). São Paulo: Saraiva, 1998, p.

aproxime-se da definição metajurídica, o direito acabou por se apropriar do referido vocábulo sem, contudo, limitar-se à definição do mundo físico.

A propósito, como já dito, o direito tem o poder de amoldar referido conceito do mundo físico, para designar aquelas situações nas quais o titular de um direito mantém conduta silenciosa e, principalmente, inativa diante de determinado fato capaz de afetar negativamente sua própria esfera jurídica. Tal conduta inerte, associada ao requisito temporal, normalmente previsto e decorrente da lei<sup>276</sup>, materializa-se juridicamente como a inobservância de um “ônus” por parte do titular (inerte) do direito, capaz, portanto, de repercutir de forma decisiva e preponderante na sua própria esfera jurídica e não na dos terceiros com quem se relaciona.

Não obstante se reconheça a proximidade entre o “silêncio” e a “inércia”, admitindo-se, inclusive, que a formação do contrato pelo silêncio, pode decorrer da inobservância de um “ônus” por parte do silente (o que frequentemente se verifica), propõe-se reservar o emprego do vocábulo “inércia” àquelas situações que se encontram fora do universo negocial, tais como as que envolvem, entre outros, os fatos jurídicos da prescrição e da decadência, em relação aos quais apresenta-se breve análise, com o escopo de melhor fixar as distinções ora propostas.

A caracterização dos fenômenos jurídicos da prescrição<sup>277</sup> e da decadência não decorre, pura e simplesmente, do mero silêncio dos titulares dos direitos subjetivos relacionados aos referidos fatos jurídicos. Encontra-se, inequivocamente, associada ao comportamento passivo do titular do direito (inércia) e ao decurso de determinado lapso temporal, sem que incida alguma das hipóteses de suspensão, impedimento ou interrupção da prescrição ou, excepcionalmente, da decadência (art. 198 CC).

Assim, a inércia – (i) do titular de um direito potestativo ao não exercê-lo; ou (ii) do titular de um direito subjetivo a uma prestação (próprio dos vínculos jurídicos obrigacionais) ao não provocar, dentro de determinado prazo previsto na lei, o aparato estatal para reclamar a reparação pela violação de referido direito – é apta a concretizar,

---

830, verbete “inércia”.

<sup>276</sup> Sem prejuízo que decorra também do contrato (art. 211 CC).

<sup>277</sup> Que segundo MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo VI.** (Atualiz. Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch, Jefferson Carús Guedes). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 2002, p. 238, é ato-fato jurídico “Incidindo no suporte fático a regra jurídica sobre prescrição, o fato jurídico da prescrição se produz (= o suporte fático entra no mundo jurídico). Entrando no mundo jurídico o suporte fático, temos, nesse mundo, mais um fato jurídico, que havemos de considerar ato-fato jurídico, devido ao ato humano negativo, talvez involuntário, que é de mister ao suporte fático.”

respectivamente: (i) a extinção de referido direito (de natureza constitutiva, positiva ou negativa, de um estado jurídico), pela inação do titular, acompanhada de outros fatores (especialmente temporais), ensejando a decadência ou; (ii) a extinção da pretensão a ele relacionada, ensejando a prescrição de referida pretensão (art. 189 CC)<sup>278</sup>.

Sem maiores aprofundamentos com relação ao tratamento da prescrição e da decadência<sup>279</sup>, o que escaparia aos propósitos do presente estudo, destaca-se apenas que a “inércia” do titular do direito, materializada por uma conduta passiva, associada a outros fatores – com destaque para o transcurso de determinado tempo previsto, em regra<sup>280</sup>, na lei – ingressa para o mundo jurídico como elemento do suporte fático de referidos fatos jurídicos (decadência ou prescrição), sendo que a concretização de tais fatos e o desencadeamento de seus efeitos jurídicos não se confundem com o exercício da autonomia privada no ambiente contratual, enquadrando-se, inclusive, fora do universo negocial<sup>281</sup> e, portanto, não serão aqui aprofundadas.

Sob esses aspectos, é possível afirmar, de acordo com a abordagem

---

<sup>278</sup> Ver por todos AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, volume 300, Ano 59, (out. 1960), p. 7-37 e SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência**: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 160, que destaca o objeto e as condições elementares da prescrição nos seguintes termos: “é assim que a prescrição extintiva ou liberatória tem por objeto as ações, estendendo-se, por isso, a sua aplicação a todos os departamentos do direito civil e comercial; tem como condições elementares, a inércia e o tempo; e é seu efeito extinguir as ações.”

<sup>279</sup> SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência**: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 173/174. Cujas abordagens recentes, completas e aprofundadas se remetem a que também associam a decadência à “inércia” e ao “decurso do tempo”. “A decadência, como se definirá, é nitidamente um efeito do tempo que tem por motivo a inércia de um titular, que acaba punido por não exercer seu direito potestativo.”

<sup>280</sup> Embora os prazos extintivos estejam essencialmente previstos em lei, não se afasta a possibilidade das partes de um contrato convencionarem de forma diversa o prazo para o exercício de determinados direitos no âmbito de determinados contratos, tal como ocorre exclusivamente no caso da denominada decadência convencional (art. 211CC).

<sup>281</sup> Conforme distinção estabelecida entre o “ato jurídico” e o “ato-fato jurídico” por MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo I.** (Atualiz. Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 457/458: “Ato humano é o fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela *vontade* do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, lícito ou *ilícito*, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação “fato, homem”), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parêntese o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico.” Diferentemente do que ocorre em relação aos atos jurídicos *stricto sensu* (art. 185 CC), negócios jurídicos (art. 104 CC e ss.) e atos ilícitos (arts. 186 e 187 CC) os “ato-fatos” não ostentam tratamento específico no direito positivo. Sobre as divergências doutrinárias, ver MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 175/177 e AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 8ª ed. (Revisada, modificada e aumentada). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 405/407 e SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Apresentação do atualizador. (p. 12) do Tomo II do Tratado de Direito Privado do PONTES atualizado por ele.

sistemática ora proposta, que, enquanto a “inércia” corresponde a um “ônus” relacionado ao comportamento silencioso, cuja ocorrência, associada a outros fatores, acarreta a perda de determinada posição jurídica afetando interesses do próprio sujeito “inerte” (silente), podendo ensejar, inclusive, um benefício a terceiro; a “omissão” está associada à violação de um dever jurídico, passível de afetar negativamente, e de forma preponderante, a esfera jurídica de terceiros e não do próprio “omitente” (silente)<sup>282</sup>.

Com base em tais constatações, em defesa de um maior rigor terminológico destinado a evitar confusões entre fenômenos jurídicos distintos contendo o silêncio ou a inação em seu suporte fático, propõe-se evitar o emprego dos termos “omissão” e “inércia”, para referir-se ao fenômeno específico do exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio em quaisquer das etapas negociais.

#### **4.3. Silêncio e os meios expressos e tácitos: dicotomia “declaração x comportamento”**

Tal como se constata, a categorização dos meios de exercício da autonomia privada no ambiente negocial em geral, causa, há muito, controvérsias doutrinárias, pois, entre outras dificuldades, nem sempre será fácil distinguir as hipóteses de declaração expressa e de manifestação tácita<sup>283</sup>, seja em razão da ausência de critérios uniformes, seja pela ampla variedade de situações presentes no universo negocial. Tais dificuldades se intensificam em relação ao reconhecimento da aptidão do silêncio em referido processo, em virtude do seu caráter ambíguo e até mesmo contraditório.

A atual lei brasileira – diferentemente do que se verifica em outros ordenamentos jurídicos<sup>284</sup> – não se preocupou em distinguir detalhadamente as referidas

---

<sup>282</sup> Para uma abordagem objetiva sobre as diferenças entre ônus e dever jurídico, ver AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8ª ed. (Revisada, modificada e aumentada). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 249/250.

<sup>283</sup> Tal como demonstrado nos capítulos anteriores, embora essa dicotomia seja classicamente consagrada, não se trata de distinção única e unânime. Há inúmeros doutrinadores que preferem outras designações, tais como meios “diretos e indiretos”, “formais e não formais”, “frequentes e não frequentes”, “formas ativas ou passivas, expressas ou tácitas”, tal como destacam MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29/34 e AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 127/128.

<sup>284</sup> A exemplo do que estabelece o artigo 217º do CCP, o qual define a “declaração expressa e a tácita”, nos seguintes termos: “Art. 217º 1. A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam. 2. O carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz.”

formas clássicas de exercício da autonomia privada, empregando frequentemente de modo indiscriminado as expressões “manifestação” ou “declaração” para se referir aos meios expressos ou tácitos. Limitou-se a estabelecer regra geral que preceitua a liberdade de forma da declaração de vontade<sup>285</sup>, verificando-se a existência de inúmeros dispositivos esparsos nas partes geral e especial do Código Civil<sup>286</sup> e em outros diplomas legais<sup>287</sup>, fixando formas específicas para a materialização da declaração de vontade em situações determinadas.

No universo contratual, igualmente, constata-se a ausência de regra específica, salientando-se a revogação do disposto no artigo 1.079 CC/16<sup>288</sup>, cujo teor não fora reproduzido no Código Civil atual, sinalizando a ausência de diferenças relevantes em relação aos efeitos que emanam de referidas figuras desencadeadoras do fenômeno negocial e contratual em especial.

Registra-se, contudo, a inovação perpetrada em relação ao tratamento conferido ao silêncio, como meio apto ao exercício da autonomia privada no ambiente negocial, com destaque para o ambiente contratual. O advento do artigo 111CC conferiu tratamento específico à figura<sup>289</sup> trazendo importantes contributos para a sua incidência em relação à formação dos contratos e também ao longo de sua execução, tal como se explorará na sequência deste estudo.

Em referido contexto, com base no tratamento conferido ao tema em realidades jurídicas estrangeiras, bem como diante das características assumidas pela figura na realidade brasileira após o advento do Código Civil atual e em face das demais alterações ocorridas no ambiente contratual pátrio, com destaque para as particularidades que envolvem o exercício da autonomia privada em variados ambientes, passa-se a demonstrar que o tratamento conferido ao silêncio na realidade jurídica pátria mostra-se apto a atender, de forma inovadora – face ao tratamento conferido por outros ordenamentos jurídicos de origem no direito romano-germânico – às variadas formas de constituição de contratos.

---

<sup>285</sup> Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

<sup>286</sup> Tais como o disposto nos artigos 108; 109; 191; 347, I; 393; 656, 659, 1.805, entre outros.

<sup>287</sup> Ver, por exemplo, os arts. 18, §2º; 39, VI, da Lei nº 8.078/90 e arts. 6º; 12, §1º; 35 da Lei nº 8.245/91.

<sup>288</sup> “Art. 1.079. A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa.”.

<sup>289</sup> De forma análoga àquela conferida lei portuguesa, mais precisamente por força do “art. 218º. O silêncio vale como declaração negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção.”, que reconhece a aptidão do silêncio “como meio declarativo”.

Isso porque, ao não assumir posição teórica mais rígida face às inúmeras polêmicas destacadas no capítulo 2, alcançou-se solução que permite melhor lidar, por exemplo, com os contratos constituídos por intermédio de “declarações” ou de “comportamentos” (tópico 2.1.), bem como com a questão da (in)consciência da conduta silenciosa no tocante à constituição ou alteração de contratos, permitindo, inclusive, o encaminhamento mais adequado de problemas jurídicos, cuja solução é normalmente relegada a construções teóricas de caráter geral ou puramente doutrinário, conferindo-lhe tratamento análogo àquele dedicado aos comportamentos concludentes, tal como corroborado pelas recentes alterações promovidas pela LLE. Privilegiou-se, dessa forma – e sem afastar-se do ambiente negocial – a solução de conflitos *in concreto* em detrimento das, frequentemente excessivas, discussões de caráter dogmático. É o que se comprovará a partir do próximo capítulo.

Nesse sentido, a abordagem jurídica ora proposta mostra-se mais apta a contemplar – ao menos no que tange ao exercício da autonomia privada por intermédio de comportamentos silenciosos no universo geral dos contratos brasileiros – as heterogêneas situações cotidianas reguladas pela disciplina contratual, conferindo uma resposta mais adequada ao tratamento do silêncio, tanto no âmbito dos contratos paritários, quanto naqueles massificados, tal como se demonstrará na sequência deste estudo.

## **CAPÍTULO 5 – A REGRA DO ARTIGO 111 DO CÓDIGO CIVIL: ORIGEM, ABRANGÊNCIA, FUNÇÕES E NATUREZA NO AMBIENTE CONTRATUAL**

Exploradas as bases teóricas que norteiam o potencial exercício da autonomia privada por meio do silêncio qualificado e, conseqüentemente, a sua aptidão genérica para – ainda que em caráter excepcional – constituir negócios jurídicos em geral (e contratos em especial), bem como traçadas as suas principais características e peculiaridades em relação aos demais meios de formação dos contratos, tenciona-se, nos próximos capítulos, investigar os contornos que a figura assume na realidade brasileira.

Parte-se da análise das discussões doutrinárias que precederam a promulgação do Código Civil de 2002, traçando-se um breve paralelo comparativo com o sistema anterior e pontuando os avanços proporcionados pelo artigo 111CC, ao enunciar a principal regra destinada a definir os impactos do comportamento silencioso nas várias etapas do universo negocial em geral, com enfoque específico para o ambiente contratual.

Após sintética abordagem sistêmica do artigo 111CC, no âmbito das demais regras de formação e interpretação dos negócios jurídicos, são exploradas as principais causas, conseqüências e características relacionadas à opção do sistema brasileiro por conferir ao silêncio o *status* de “anuência” (em preferência às consagradas figuras da declaração e da manifestação de vontade), analisando-se mais detalhadamente o requisito legal da forma e as condicionantes (usos ou circunstâncias) capazes de caracterizá-lo como meio apto ao exercício da autonomia privada no universo contratual brasileiro.

Em seguida, apreciadas as possíveis facetas de referida anuência no que concerne à formação do contrato e à interação da regra do artigo 111CC com outros dispositivos legais do Código Civil, são apresentados alguns critérios destinados a identificar hipóteses fáticas mais frequentes de constituição de contratos por intermédio do silêncio, explorando-se, em seguida, aspectos patológicos da figura, capazes de ensejar a invalidação dos contratos celebrados por intermédio de comportamentos silenciosos.

Na seqüência, aborda-se a função interpretativa da regra do artigo 111CC com o propósito de demonstrar que a relevância jurídica do comportamento silencioso e das regras jurídicas destinadas a regulá-lo são frequentemente subdimensionadas na realidade contratual brasileira e, conseqüentemente, subutilizadas ou mal empregadas no âmbito



dos tribunais pátrios<sup>290</sup>. Em face de tais constatações são propostas reflexões pontuais acerca da relação do silêncio com a boa-fé objetiva e com as teorias da confiança e da aparência, procurando-se demonstrar a relevância de investigar-se mais a fundo o comportamento silencioso e as regras que o regulam, tanto na constituição, quanto na execução do contrato, com o escopo de propiciar contributos efetivos à ciência jurídica brasileira.

### 5.1. Origem e *locus* da regra do artigo 111 do Código Civil

Os principais diplomas legais de direito privado que precederam o atual Código Civil (CC), nomeadamente a Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916 e o Decreto-Lei 556, de 25 de junho de 1850, que instituíram, respectivamente, o “Código Civil de 1916 (CC/16)” e o “Código Comercial de 1850 (CCom)”, na realidade jurídica brasileira, não continham dispositivos legais específicos para regular o papel do silêncio nos “atos jurídicos” em geral. Cumpre lembrar que os referidos diplomas legais seguiram o modelo francês dos atos jurídicos e dos atos de comércio, respectivamente, sendo que a figura do negócio jurídico – cuja dogmática fundamental é atribuída a Savigny<sup>291</sup> – acabou por ser admitida nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica posteriormente, por influência do BGB 1900, tendo sido incorporada gradativamente ao ordenamento jurídico brasileiro<sup>292</sup>, culminando com a sua regulação genérica pelo CC.

Merece destaque, em relação ao objeto deste estudo, a regra do artigo 1.079

---

<sup>290</sup> Nesse sentido, em levantamento realizado no *site* do TJ/SP utilizando-se numa mesma busca os termos [“silêncio” “artigo 111” “código civil”], alcançou-se como resultado 218 processos (pesquisa em 1.10.19) dos quais boa parte referia-se a hipóteses de comportamento concludente ou invocava o silêncio diante de contextos fáticos que envolviam, até mesmo, declarações expressas, tal como ilustrado no decorrer deste estudo. Quanto ao artigo 432 CC, foi empregada a mesma técnica de pesquisa no *site* do TJ/SP utilizando-se numa mesma busca os termos [“silêncio” “artigo 432” “código civil”], alcançou-se como resultado 8 processos (pesquisa em 9.10.19), os quais serão analisados pontualmente na sequência deste estudo.

<sup>291</sup> Nesse sentido, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerias e formação da declaração negocial. Tese (titularidade). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1986, p. 3.

<sup>292</sup> Tal como refere AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerias e formação da declaração negocial. Tese (titularidade). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1986, p. 13/14. Nesse sentido também GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. (Aumentada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 49/50, “deduzido o conceito de negócio jurídico no século passado e acolhido pelo Código Civil alemão (...)” que “Entre nós somente nos últimos tempos essa expressão se vai tornando corrente no vocabulário jurídico”. Embora o termo negócio jurídico somente tenha sido incorporado ao CC/02, registra-se que a noção de ato jurídico adotada pelo CC/16 já se aproximava da concepção de negócio jurídico da realidade alemã.

CC/16 – situada logo no início do capítulo destinado à disciplina geral dos contratos e não reproduzida no atual diploma civil – a qual previa a possibilidade de que “a manifestação da vontade nos contratos” poderia “ser tácita”, quando a lei não exigisse que fosse “expressa”. Era justamente o ambiente no qual se costumava explorar, ainda que incidentalmente, os efeitos do silêncio na formação dos contratos privados brasileiros, associando-o, via de regra, à manifestação tácita<sup>293</sup>.

Importante ressaltar – apesar da existência de estruturas normativas independentes – o destaque já conferido à época às regras de direito civil em relação ao arcabouço normativo do direito comercial, no tocante à disciplina geral dos contratos, em virtude da regra expressa do artigo 121 do revogado CCom, que inaugurava o título dos contratos e obrigações mercantis, estabelecendo que “as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código.”

Em referido contexto, já na vigência do sistema anterior, não era pacífica a questão da aptidão do silêncio para caracterizar manifestação de vontade<sup>294</sup>. Os autores à época manifestavam reservas em relação à possibilidade do silêncio caracterizar manifestação de vontade, admitindo tal possibilidade apenas nos casos previstos expressamente em lei.

Segundo parte da doutrina, a interpretação do silêncio como recusa decorria dos dispositivos legais atinentes à formação dos contratos, com destaque para o disposto nos artigos 1.079, 1.080 e 1.081 do CC/16, cuja sistemática consistia em exigir do destinatário aceitação imediata nos contratos celebrados entre presentes; e, entre ausentes, a proposta vinculava o proponente pelo “tempo suficiente” para chegar a resposta ao conhecimento do proponente (se feita sem prazo), (art. 1.081, II); ou desde que antes, ou simultaneamente, da sua chegada ao destinatário, não chegasse a retratação do proponente (art. 1.081, IV) nos contratos civis; ou, nos contratos comerciais, se a retratação chegasse

---

<sup>293</sup> Nesse sentido, COSTA, Philomeno J. da Costa. **O silêncio nos negócios jurídicos**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 495.

<sup>294</sup> Tal como ilustra RÃO, Vicente. **Ato jurídico**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 141, que lhe reconhecia valor jurídico “É incontestável e incontestado que o silêncio possui, na ordem jurídica, certo valor.”, mas questionava: “(...) devemos, acaso, concluir que é o silêncio uma causa geral produtora de efeitos jurídicos?”, concluindo (p.142) pela possibilidade sob a presença de determinadas condicionantes: “Na realidade, o silêncio só produz efeitos jurídicos quando, devido às circunstâncias ou condições de fato que o cercam, a falta de resposta a interpelação, ato ou fatos alheios, ou seja, a abstenção, a atitude omissiva e voluntária de que silencia induz a outra parte, como a qualquer pessoa normalmente induziria, à crença legítima de haver o silente revelado, desse modo, uma vontade seguramente identificada.”

antes da expedição da resposta (aceitação)<sup>295</sup>.

Embora o rigor excessivo no tratamento do silêncio como meio apto a formar contratos viesse sendo relativizado, o surgimento, em meados da década de 1930, de três monografias a respeito do assunto<sup>296</sup>, lançou novas luzes sobre a matéria na realidade pátria. Referidas obras podem ser consideradas, conjuntamente, um marco no tratamento da questão na realidade jurídica brasileira.

Não obstante o contributo trazido por elas, cumpre registrar que, antes das suas respectivas publicações, o “Esboço” apresentado por Teixeira de Freitas<sup>297</sup> previa expressamente a possibilidade de consentimento por intermédio do silêncio, tratando-o como subespécie de manifestação tácita de vontade, nos termos do seu art. 1.838, que salientava: “A recíproca declaração do consentimento pode dar-se: Expressamente, por qualquer das formas indicadas no art. 447. Tacitamente, não só por atos não acompanhados de palavras pronunciadas ou escritas (art. 448), como por inação, ou pelo silêncio.”<sup>298</sup>.

Em virtude de referido ambiente, propício à regulação expressa da figura, e sob a influência de outros sistemas jurídicos, os debates em torno da criação de regra específica destinada a regular o poder formativo do silêncio passou a constar dos projetos, primeiramente, de Código das Obrigações e, posteriormente, de Código Civil brasileiro, tal como se detalhará a seguir.

A preocupação em regular-se juridicamente o silêncio e os seus efeitos na realidade jurídica brasileira mostrou-se presente no “Anteprojeto de Código das Obrigações de 1941”, cujo artigo 2º ostentava a seguinte redação: “O silêncio importa anuência, quando, segundo os costumes ou as circunstâncias do caso, como tal deva ser interpretado”, sendo que redação muito próxima – resultado aparente do acolhimento de críticas da doutrina<sup>299</sup> – foi incorporada ao art. 2º do “Projeto de Código das Obrigações

---

<sup>295</sup> Nos termos do revogado art. 127 do CCom: “Os contratos tratados por correspondência epistolar reputam-se concluídos e obrigatórios desde que o que recebe a proposição expede carta de resposta, aceitando o contrato proposto sem condição nem reserva; até este ponto é livre retratar a proposta; salvo se o que a fez se houver comprometido a esperar resposta, e a não dispor do objeto do contrato senão depois de rejeitada a sua proposição, ou até que decorra o prazo determinado.”

<sup>296</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935. RODRIGUES, José Martins. **Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio**. Fortaleza: S.N., 1934.(republicada em 2012) e LEME, 1933.

<sup>297</sup> Freitas foi contratado para redação do *Esboço* em 1859, tendo sido o contrato resolvido em 1872.

<sup>298</sup> Ver FREITAS, A. Teixeira de. **Código Civil**: esboço. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação, 1952, p. 634/635.

<sup>299</sup> Conforme críticas de LEME, Lino de Moraes. **O anteprojeto do Código das Obrigações**, Revista

de 1965” nos seguintes termos: “Art. 2º A vontade geradora da obrigação pode ser tácita, quando a lei não a exigir expressa. O silêncio importa em anuência, quando as circunstâncias o autorizarem, e não for necessário o consentimento explícito”<sup>300</sup>.

Sob tal aspecto, é relevante registrar que nas discussões havidas durante a tramitação do projeto de lei que originou o atual Código Civil, optou-se por rejeitar a “Emenda Parlamentar” que pretendia conferir *status* de anuência ao silêncio apenas “nos casos em que a lei indicasse” e quando “as circunstâncias ou usos comprovadamente o autorizassem”<sup>301</sup>. Referida redação representaria – conforme se procurará demonstrar ao longo deste estudo – verdadeiro retrocesso em relação aos avanços reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência no que tange o tratamento do tema.

Acabou por prevalecer a redação final daquela que se tornaria a regra do artigo 111CC, segundo a qual “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem e não for necessária a declaração de vontade expressa.”, a qual representou importante inovação do CC em relação ao sistema jurídico anteriormente vigente na realidade jurídico-privada brasileira.

Importante registrar que referido dispositivo legal acabou, em certa medida, por preencher uma lacuna deixada pela não reprodução da regra do artigo 1.079 do CC/16 no Código Civil atual, ainda que não se disponha de elementos para afirmar que se tratou de opção expressa e consciente do legislador.

Em linhas gerais, a redação prevalente acabou por conferir maior autonomia

---

Forense 97/294-307, 1944. Disponível em: < <file:///C:/Users/Note/Downloads/65964-87338-1-PB.pdf> > Acesso em: 8 jan. 2020 (p. 77): “(...) o Ante-projeto trata do “silêncio” — e que é estranhavel. Nem se diga que o mesmo era dispensável: códigos há que não admitem o consentimento tácito, outros que só o admitem nos casos expressos, e, outros, somente no caso de a parte não poder falar ou escrever. Em regra, admitem-no; mas as exceções mostram a necessidade de se manter o dispositivo citado. (art. 1.079 CC/16)” e em seguida (p. 78), propõe a seguinte alteração: “O Ante-projeto diz: “Art. 2º O silêncio importa anuência, quando, segundo o costume ou as circunstâncias do caso, como tal deva ser interpretado”. Não faz referência aos casos que acarretam a presunção legal de consentimento. Por isso, de acordo com o que escrevi em meu opúsculo, ‘Eficácia jurídica do silêncio’, proponho assim se redija: “Art. 2º A declaração de vontade pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa. Parágrafo único. O silêncio valerá consentimento nos casos expressos e quando, segundo os costumes ou as circunstâncias, como tal deva ser interpretado”.

<sup>300</sup> Conforme destaca ALVES, José Carlos Moreira. **A Parte geral do projeto de código civil brasileiro: subsídios históricos para o novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>301</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **A Parte geral do projeto de código civil brasileiro: subsídios históricos para o novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 145, em comentário à Emenda nº 156 apresentada na Câmara dos Deputados, embora ainda fortemente influenciado por uma concepção voluntarista: “Cabe, evidentemente, ao juiz examinar caso por caso, para verificar se o silêncio, na hipótese que lhe é presente, traduz, ou não, vontade. (...). O melhor será deixar ao juiz a verificação da ocorrência da manifestação da vontade caso por caso, servindo a regra do Projeto como orientação para o seu julgamento.”

ao intérprete, o qual não fica adstrito a reconhecer o poder formativo do silêncio apenas quando a lei expressamente o autorize<sup>302</sup>, mas oferece uma regra geral apta a orientar a aplicação do direito à realidade social, de forma a viabilizar a aplicação de melhores soluções aos conflitos envolvendo condutas silenciosas *in concreto*.

Além disso, encontra-se em sintonia com as demais regras de formação e, também, de interpretação dos negócios jurídicos e dos contratos, presentes no atual diploma civil, as quais representam uma nítida quebra de paradigma em relação ao regime jurídico anterior, conferindo-se destaque, por exemplo, aos usos, aos costumes e às circunstâncias negociais como critérios expressos de formação do negócio e, também, de integração e interpretação do direito<sup>303</sup>.

A redação final do art. 111CC, respeitadas algumas particularidades, encontra-se em sintonia com a orientação do direito europeu continental e com o direito anglo-saxão<sup>304</sup>. Referida tendência parece observar a melhor técnica na medida em que não confere *status* jurídico ao “mero silêncio”, reconhecendo, contudo, o seu poder formativo e sua aptidão para interferir em outras fases do contrato, desde que assim o permitam a lei, os usos ou as circunstâncias negociais.

Registra-se, ainda, que parte da doutrina<sup>305</sup> sustenta que o dispositivo do artigo 111CC teria sido fortemente influenciado pelo “Código Suíço de Obrigações”,

---

<sup>302</sup> Nesse sentido, a inserção de referido dispositivo legal procurou contribuir para minimizar as dificuldades enfrentadas pelo intérprete em relação ao poder formativo do silêncio, consoante já destacado, há muito, pela doutrina, conforme salienta MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 731/743. “O silêncio no direito ou é predeterminado em lei, e neste caso não oferece margem a indagações casuísticas, ou não o é, e então deve ser indagado como manifestação da vontade, apta a formar, extinguir ou modificar os vínculos obrigacionais. No primeiro caso, dificuldade não há em se limitar o seu campo de ação; no segundo, porém, a teoria e a prática devem solucionar-o. Como até agora a ciência jurídica não lhe pôde dar solução definitiva e incontroversa, o silêncio continua a ser uma vexata quaestio, ao sabor de opiniões que se chocam e se contradizem.”

<sup>303</sup> Nesse sentido, REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 78, em comentário ao artigo 113 CC “o negócio jurídico deve obedecer aos usos e costumes do lugar em que foi constituído, o que demonstra que seu titular não é um ‘sujeito de direito abstrato’, mas uma pessoa situada no contexto de suas circunstâncias existenciais.” (...) “volta-se a dar importância ao Direito consuetudinário, o qual foi banido do Código anterior que atuava somente como um sistema de normas legais, por sinal rigorosas e auto-suficientes, em contraste com o ora vigente, com suas regras genéricas e abertas que permitem ao advogado e ao juiz apreciarem as relações jurídicas ‘in concreto’.”

<sup>304</sup> Conforme apurado no capítulo 4.1 e também constatado por ZANETTI, Cristiano de Sousa; ROBERT, Bruno. **A conclusão do contrato pelo silêncio**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. **Direito Civil: direito patrimonial e existencial: Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Método, 2006, p. 260.

<sup>305</sup> Nesse sentido FRADERA, Vera Jacob de. **O valor do silêncio no novo Código Civil**. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto. **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 578.

considerado um sistema original à época, também em razão de ter promovido o tratamento unitário das obrigações civis e comerciais. Há, contudo, algumas ressalvas em relação a tal conclusão, na medida em que a influência do art. 6º do “Código Suíço” se verifica em relação ao revogado artigo 1.084 CC/16, que corresponde ao atual artigo 432 CC<sup>306</sup>, cujo teor não se confunde com o do artigo 111CC.

Nesse sentido, destaca-se o teor do art. 6º do “Código Suíço das Obrigações” de 1911, o qual preceitua que: “Se de acordo com a natureza específica do negócio ou com as circunstâncias não for esperada uma aceitação expressa, o contrato é considerado concluído se a proposta não for rejeitada dentro de um prazo razoável”<sup>307</sup>. Salienta-se que, sistematicamente, a regra em questão relaciona-se com os dispositivos legais anteriores, com destaque para o artigo 1º, daquele diploma legal que estabelece expressamente a possibilidade de manifestação expressa ou tácita de vontade<sup>308</sup>.

A doutrina dedicada a interpretar mais detidamente a lei suíça<sup>309</sup> reconhece a possibilidade do contrato ser constituído em razão da ausência de recusa, pelo oblato, à proposta apresentada no interesse deste, desde que a natureza particular do negócio, ou as circunstâncias o permitissem. Fixa dois requisitos cumulativos para que o silêncio do oblato seja apto a constituir contrato. Primeiro, que o proponente de boa-fé – dadas todas as circunstâncias, que ele conhecia ou poderia conhecer – tivesse a consciência de que a permanência do oblato em silêncio caracterizaria aceitação à oferta, ou de outra forma reagiria. E o segundo, no sentido de que o oblato, sob as circunstâncias que ele conhecia ou deveria conhecer, precisa saber que o oferente interpretará, ou pode interpretar, o seu

---

<sup>306</sup> Conforme apurado por ZANETTI, Cristiano de Sousa; ROBERT, Bruno. **A conclusão do contrato pelo silêncio**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. Direito Civil: direito patrimonial e existencial: Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p. 262, após análise detalhada de referidos dispositivos legais.

<sup>307</sup> No original: “Art. 6. Stillschweigende Annahme. Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird.”. Trecho extraído de ZELLWEGE-GUTKNECHT, Corine; BUCHER, Eugen. **Basler Kommentar: Obligationenrecht I (art. 1 – 529)**. (Hrsg. Heirich Honsell, Wolfgang Wiegand). 6. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, p. 80

<sup>308</sup> Ibid., p. 80, também mencionam que o art. 6 decorreu de desmembramento do dispositivo legal anterior (art. 5, nº3) na revisão de 1911 (“die beiden Bestimmungen sind es in der Revision von 1911 getrennt worden”). Salientam, ainda, que a previsão legal tem por escopo atender ao “princípio da confiança” (*Vertrauensprinzip*) e materializa hipótese de comportamento concludente.

<sup>309</sup> ZELLWEGE-GUTKNECHT, Corine; BUCHER, Eugen. **Basler Kommentar: Obligationenrecht I (art. 1 – 529)**. (Hrsg. Heirich Honsell, Wolfgang Wiegand). 6. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, p. 80. Tal como destacam no original: “In beiden Fällen führt das Unterlassen der Zurückweisung des angebotenen Vertrages im Interesse des auf ihn vertrauenden Partners zu dessen Zustandekommen.”

silêncio como aceitação<sup>310</sup>.

Consoante se constata, embora o título do dispositivo legal faça menção à “aceitação pelo silêncio”, a redação do dispositivo legal da lei suíça não regula propriamente o silêncio, embora também se valha das circunstâncias e da natureza particular do contrato para reconhecer a possibilidade de conclusão do negócio diante da ausência de recusa à proposta. Consta-se, na verdade, que o dispositivo em questão agrega características dos artigos 111 e do 432, ambos do Código Civil, cuja análise será realizada a seguir.

Fixados os principais aspectos relacionados às origens e às principais influências da regra que regula o silêncio na realidade contratual privada brasileira, apresenta-se breve análise acerca do *locus* por ela ocupado na lei geral privada, com o objetivo de melhor compreender as características e, principalmente, as funções que exerce no sistema.

O dispositivo legal em análise situa-se na parte geral do Código Civil. Sob tal aspecto, não obstante as inúmeras divergências relacionadas à pertinência, ou não, da macrodivisão, consagrada por alguns diplomas legais de origem romano-germânica, constante de estruturas normativas subdivididas em “parte geral” e “parte especial” – as quais se relacionam às próprias discussões em torno da codificação – considera-se adequada referida estruturação normativa<sup>311</sup>.

---

<sup>310</sup> ZELLWEGE-GUTKNECHT, Corine; BUCHER, Eugen. **Basler Kommentar: Obligationenrecht I (art. 1 – 529)**. (Hrsg. Heirich Honsell, Wolfgang Wiegand). 6. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, p. 81. No original: “Ein Vertrag kommt trotz Stillschweigens des Oblaten zustande, falls kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllt sind: a) dass der Offerent in guten Treuen und angesichts sämtlicher Umstände, die er kennt oder kennen muss, die Gewissenheit haben darf, dass der Stillschweigen bewahrende Oblat das Angebot annehmen will bzw. anderfalls reagieren würde, b) das der Oblat nach den Umständen, die er kennt oder kennen kann, sich Rechenschaft geben muss, dass der Offerent sein Stillschweigen als Annahme deuten wird bzw. deuten darf.”

<sup>311</sup> Originada da Escola da pandectística alemã, tal como destaca CANARIS, Claus-Wilhelm. Funções da parte geral de um código civil e limites da sua prestabilidade. (traduzido por Paulo Mota Pinto). **Revista da Ajuris**. Ano XXXI, n. 95 (set.2004), p. 271/286, p. 272 “Designadamente, a elaboração de uma ‘Parte Geral’, tal como a divisão nos quatro livros seguintes – Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito da Família e Direito das Sucessões –, baseia-se no chamado sistema das Pandectas.” O autor destaca as principais controvérsias doutrinárias, na realidade alemã, acerca da pertinência de uma “parte geral”. Quanto à influência do BGB sobre os Códigos Civis brasileiros de 1916 e 2002 e também sobre o CCP de 1966, ver aprofundado estudo de RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. **O Direito**. Lisboa. Vol. 147, I, 2015, p. 45/110. Não adotam referida subdivisão em partes geral e especial os códigos civis italiano, francês e argentino. Entre nós, MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo XIII**. (Atualiz. Luciano de Souza Godoy, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 21/22, defende a existência de uma parte geral: “A Parte Geral do Direito é um dos ramos do Direito. Todo sistema jurídico é sistema lógico. Cada ramo também o é. Não é contemplação nem doutrina teleológica. Há de formar sistema lógico; ou, melhor, há de ser apanhado do que é geral e comum no sistema lógico, ou geral e comum nos sistemas lógicos de que se trata.”

Ao menos no campo do direito privado, referida estrutura, subdividida em partes geral e especial, mostra-se mais apta a lidar com as inúmeras hipóteses fáticas envolvendo as mais variadas situações e relações jurídicas, pois o estabelecimento de conceitos jurídicos e de definições confere ao intérprete instrumentos adequados para a solução dos conflitos concretos, conforme se constatará no tocante ao objeto deste estudo<sup>312</sup>.

Numa análise precipitada, poder-se-ia concluir que a exclusão da regra do artigo 1.079CC/16 do sistema seria capaz de interferir decisivamente na identificação da relevância do silêncio no universo contratual em especial, diante da ausência de previsão específica acerca da aptidão da “manifestação tácita” (ambiente no qual o silêncio era frequentemente abordado) como regra geral de formação dos contratos, na ausência de previsão legal que exigisse a manifestação expressa. Além disso, a não reprodução, no CC/02, de regra similar à regra do artigo 1.079 CC/16 no âmbito da disciplina geral dos contratos – deslocando o tratamento genérico do “silêncio” para a parte geral do Código Civil, junto às regras de interpretação dos negócios jurídicos em geral (arts. 112, 113 e 114, todos do CC) – poderia ser entendida como um retrocesso na abordagem do tema. Não é, contudo, o que se verifica<sup>313</sup>.

Para além de o fato do “silêncio” não se confundir – ao menos na sua essência – com as hipóteses de “declaração expressa” e de “manifestação tácita de vontade”, tal como se procurou demonstrar no capítulo 4 deste estudo, a exclusão da regra do artigo 1.079CC/16 do atual sistema contribui, na verdade, para reconhecer que os meios de exercício da autonomia privada no universo contratual (ou das figuras equiparadas aos contratos) não se limitam às clássicas noções de declaração expressa e de manifestação

---

<sup>312</sup> Em reforço à referida ideia MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XIII**. (Atualiz. Luciano de Souza Godoy, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 22 “Alguns conceitos, é de notar-se, são sobre os sistemas lógicos a que se dá a qualificação de jurídicos; por exigência prática, foram incluídos na Parte Geral do Direito, para se não recorrer a remissões. Outros são conceitos de que se precisa e, pois, subentendidos, o que os faz definições.”

<sup>313</sup> Poder-se-ia afirmar, inclusive, a irrelevância do referido dispositivo legal (art. 1.079 CC/16), não reproduzido na lei atual, diante do princípio geral da “liberdade declarativa” mencionada por PINTO, Paulo Mota. **Falta e Vícios da Vontade na declaração tácita**. In: CAMPOS, Diogo Leite. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 516. Sobre a ampliação da importância que a regra do art. 111CC atribuiu ao silêncio no ambiente negocial, em comparação ao tratamento conferido ao tema no sistema alemão, destaca LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 145 “(...) entre nós, diferentemente, o art. 111CC do CC/2002 – situado, não à toa, na Parte Geral – amplia a gama de possibilidades em que o intérprete terá de considerar o valor do silêncio”



tácita de vontade. Concomitantemente, a opção pela regra do artigo 111CC demonstra que não se quis limitar a abordagem do comportamento do silencioso à disciplina da autorresponsabilidade do silente, mas sim reforçar o seu inequívoco poder formativo, tal como se procurará demonstrar na sequência deste estudo<sup>314</sup>.

Ademais, a conferência do *status* de “anuência” ao silêncio, sob determinadas condições, permite que se reconheça a sua aptidão para interferir ao longo de toda a execução do contrato e não apenas na sua formação. Sob tais aspectos, para maior detalhamento faz-se necessária a análise sistemática da referida regra do artigo 111CC.

## 5.2. Abordagem sistêmica da regra do artigo 111 do Código Civil

O artigo 111CC situa-se no “Livro III” da “Parte Geral” do Código Civil, o qual trata dos “Fatos Jurídicos” e, mais precisamente, no “Capítulo I”, do “Título I”, destinado a regular as “Disposições Gerais” do “Negócio Jurídico”. O referido capítulo é inaugurado pelo artigo 104CC, ao apresentar os requisitos de validade do negócio jurídico, o qual é sucedido pelos artigos 105 a 109, que tratam de algumas peculiaridades relacionadas a tais requisitos de validade.

Registra-se que, não obstante o atual diploma civil brasileiro tenha sofrido alterações e ajustes relevantes no tratamento dos fatos jurídicos, em relação ao sistema anterior (CC/16) – tendo, na sua essência, deixado de adotar o modelo francês dos atos jurídicos e aderido à matriz alemã dos negócios jurídicos – não se verifica modificação substancial, ao menos do ponto de vista normativo, quanto aos elementos de existência (*essentialia negotii*) e requisitos de validade necessários à celebração de qualquer negócio jurídico, até porque, como analisado anteriormente, a noção de ato jurídico do CC/16 já se aproximava bastante do conceito de negócio jurídico presente na realidade alemã.

A regra ora analisada é imediatamente anterior àquelas destinadas a estabelecerem critérios gerais de interpretação do negócio jurídico, nomeadamente, os artigos 112, 113 e 114 do referido diploma legal, os quais encerram o referido capítulo das disposições gerais do negócio jurídico.

---

<sup>314</sup> Nesse sentido, BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 145, critica “aquela doutrina mais antiga” que “tendia a relacionar a eficácia vinculativa do silêncio apenas à responsabilidade por ter agido em contraste com a boa-fé”, a qual seria passível de “gerar a obrigação de ressarcir o dano, mas não a consequência de um negócio.”

Como fruto de interpretação sistemática, que nos parece bastante importante e elucidadora das conclusões que se prenunciam, constata-se que a regra do artigo 111CC fixa – juntamente com a regra do artigo 110CC (reserva mental) – alguns parâmetros para determinar a constituição válida do negócio jurídico, o que não afasta a função hermenêutica do artigo 111CC no plano dos efeitos, tal como se demonstrará adiante (tópico 5.6 infra – função interpretativa).

A regra do artigo 110CC<sup>315</sup> destina-se a estabelecer que a manifestação de vontade, necessária à constituição de negócio jurídico, existirá e “subsistirá” ainda que a declaração de vontade emitida não corresponda intencionalmente à vontade real do declarante. Registra-se, nesse sentido, a divergência doutrinária acerca do referido dispositivo regular hipótese de “existência”<sup>316</sup> ou de “validade”<sup>317</sup> do negócio jurídico.

Na linha da abordagem realizada no tópico 2.3, no qual se optou pela concepção estrutural do negócio jurídico, considera-se mais adequado o enquadramento da análise da reserva mental (art. 110CC) – assim como ocorre em relação à abordagem do silêncio (art. 111CC) – no plano da validade. Oportuno registrar que a adoção deste entendimento não implica na recusa do plano da existência. Sob tal aspecto, considerar-se-á “inexistente” (juridicamente) a conduta silenciosa, quando se exigir a declaração de vontade expressa e quando, ainda que não a imponha, as “circunstâncias ou usos” não se apresentem aptos a compor, juntamente com o silêncio, o suporte fático para o exercício da autonomia privada pelo silêncio.

A opção do sistema brasileiro se justifica, pois, como já salientado, diante da

---

<sup>315</sup> Sem o escopo de aprofundar a *ratio essendi* e as características da regra do artigo 110 CC (A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento). Para maiores detalhes sobre a referida figura, suas principais características e efeitos ver NERY JUNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, cuja obra precedeu a positivação da figura na realidade brasileira.

<sup>316</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 8ª ed. (Revisada, modificada e aumentada). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 442/443, trata como hipótese de inexistência do negócio.

<sup>317</sup> De acordo com NERY JUNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 66, que, reitera-se, realizou estudo precursor do tema antes mesmo do advento do Código Civil e que, portanto, precedeu a referida regra do art. 110 CC: “A questão não se coloca no plano da existência, porquanto somente o elemento externo (declaração propriamente dita) é que é requisito de existência do negócio jurídico. O elemento interno (vontade), pode ser, quando muito, condição de validade. O mundo jurídico recebe com indiferença o que mentalmente restou reservado, atendendo à segurança que deve ter a ordem jurídica, isto é, o direito visa a proteger as relações jurídicas, que devem ser o mais seguras possível, de modo a fazer chegar ao conhecimento de terceiros aquilo que está contido na ‘declaração’ da manifestação de vontade.”

natureza ambígua<sup>318</sup> do comportamento silencioso, a busca da verdadeira vontade do silente (ou daquele que realiza a reserva mental), para admitir que o silêncio (ou a reserva) seria apto a interferir na “existência” do negócio, envolveria tarefa impossível, em razão das dificuldades em apurar-se a presença de vontade no comportamento silencioso. Logo, considera-se mais adequado analisar-se tais aspectos constitutivos do negócio no plano da validade, quando o objeto da análise é a “intenção” “consubstanciada na declaração” (art. 112CC), respeitando-se a lógica atual do sistema que privilegia a confiança gerada pelo comportamento das partes. Defender o entendimento contrário – no sentido de que a apreciação deve ocorrer no plano da existência – é conferir demasiada importância à vontade do silente para reconhecer o exercício da autonomia privada por tal meio<sup>319</sup>.

Além disso, considera-se que a regra do artigo 110CC também funciona como parâmetro interpretativo, na medida em que dela se extrai, com clareza e desde logo, a prevalência – ainda que não de forma absoluta – da exteriorização da vontade (vontade externa) face ao verdadeiro “querer” (vontade interna) do declarante, reforçando a opção do sistema brasileiro pela teoria da confiança<sup>320</sup>, conforme já explorado no capítulo segundo e será aprofundado neste capítulo quinto.

Concomitantemente, a regra do artigo 110CC enaltece a importância de analisar-se o comportamento do declaratório, salientando que o conhecimento deste acerca do verdadeiro “querer” do declarante que realiza a reserva mental, em referido contexto, culminará na não prevalência do negócio. Tal lógica também deve ser seguida na aplicação do artigo 111CC.

Já a regra do artigo 111CC, no mesmo contexto, reconhece que o “silêncio” ostenta aptidão para caracterizar “anuência” necessária à constituição de negócio jurídico<sup>321</sup> ou, ao menos, para o reconhecimento de figura jurídica que se subordine aos

---

<sup>318</sup> RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 140.

<sup>319</sup> Nesse sentido, reitera-se o entendimento de AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 130, nota 195 (transcrito na nota 115 supra – item 2.3.)

<sup>320</sup> Nesse sentido destaca MENKE, Fabiano. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo (arts. 189 ao 232)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 181/294, p. 192, em análise à regra do art. 110, quando afirma que “A regra está em consonância com a opção do Código Civil pela teoria da confiança e a consequente proteção do destinatário da declaração contra a arbitrariedade de posterior alegação do reservante no sentido de manifestar que não desejava o que declarou.”

<sup>321</sup> Sem prejuízo, inclusive, de que tal regra seja apta a constituir ato jurídico *stricto sensu*, por força do art. 185CC. A abordagem, contudo, extrapola o objeto deste estudo, pois apesar da presença do elemento

efeitos negociais e contratuais<sup>322</sup>, desde que verificadas determinadas condicionantes previstas na lei.

Diferentemente da regra do artigo 110CC – diante da qual não se questiona a existência da “declaração” – o artigo 111CC regula, justamente, as hipóteses nas quais impera o “silêncio”, a “inação” atribuindo-lhe *status* de anuência, uma vez presentes determinados requisitos e condicionantes fixados em lei.

Estabelecidas tais bases relativas à gênese do citado dispositivo legal e ao seu *locus* no âmbito das disposições gerais dos negócios jurídicos, passa-se a investigar – com base na construção teórica desenvolvida no capítulo primeiro e nos elementos do suporte fático de referida regra, sem descuidar do sistema no qual se encontra inserida – os detalhes que envolvem o silêncio como meio concreto de exercício da autonomia privada no âmbito dos negócios jurídicos e, mais precisamente, dos contratos<sup>323</sup> na realidade brasileira.

### 5.3. Opção do sistema brasileiro pela “anuência”

Tal como apurado no capítulo 4, prevaleceu o entendimento de que o silêncio, por si só, representa um “nada jurídico”. Isoladamente, portanto, não caracteriza aceitação e nem recusa. Sendo certo que alguns sistemas jurídicos, tais como o português e o brasileiro, optaram, respectivamente, por atribuir-lhe “valor de declaração” e *status* de “anuência”, desde que presentes determinadas condicionantes legais, as quais, por sua vez, não coincidem completamente em referidos sistemas jurídicos.

Numa análise mais minuciosa do teor da regra do artigo 111CC (“O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”), chama a atenção, a princípio, a opção pela utilização do vocábulo “anuência”, em preferência das juridicamente consagradas expressões “manifestação” ou “declaração” de vontade<sup>324</sup>. Registra-se, nesse sentido, que o

---

volitivo, os atos jurídicos em sentido estrito não ostentam caráter negocial.

<sup>322</sup> Para aqueles que entendem não se materializar propriamente um negócio jurídico, seja pela ausência de declaração de vontade, seja pela não identificação do elemento volitivo, nos termos do que fora analisado no capítulo 2.

<sup>323</sup> Ou vínculos jurídicos análogos, tais como aqueles tratados no capítulo 2.

<sup>324</sup> O art. 218º do CCP optou pela expressão “vale como declaração negocial”, atribuindo “validade” de declaração, mas não constituindo a própria declaração. Além disso, tal valor decorrerá da análise de elementos objetivos (“esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção.”).

substantivo “anuência” é sinônimo da expressão “consentimento” e decorre do verbo “anuir”, que no vernáculo significa “concordar, consentir”<sup>325</sup>.

Assim, ao menos numa interpretação litero-gramatical da parte inicial do dispositivo legal sob análise, a sua incidência limitar-se-ia aos negócios jurídicos bilaterais receptícios, nos quais se mostra presente aquilo que se costuma definir como “encontro” ou “acordo de vontades”, já que os atos de “concordar” ou “consentir” pressupõem algo com o que (ou em relação a que) “anuir”.

É sabido, contudo, que os significados jurídicos atribuídos a determinados vocábulos ou expressões nem sempre coincidem, ou limitam-se ao seu conteúdo litero-gramatical, sendo que as próprias circunstâncias negociais são aptas a interferirem em tais conclusões, permitindo, por exemplo, que a noção de “anuência” do artigo 111CC seja mais abrangente e atinja, também, os negócios jurídicos unilaterais, até mesmo porque a lei não limita tal efeito jurídico aos negócios jurídicos bilaterais<sup>326</sup>.

Ainda no que tange ao conteúdo semântico do vocábulo, não obstante a opção do sistema brasileiro pela “anuência” – ao invés da “declaração” ou do “valor de declaração” – pareça, a primeira vista, mais restrita e apta a gerar maior insegurança, por permitir apenas a vertente positiva da concordância (e não a negativa, da recusa), optou-se, conforme se demonstrará a seguir, pela elaboração de dispositivo legal destinado a regular a formação do contrato por intermédio do denominado “silêncio qualificado” (pelas circunstâncias ou pelos usos), já que, em regra, o silêncio como “nada” que é, não se mostra apto a constituir vínculos jurídicos de qualquer natureza<sup>327</sup>.

---

<sup>325</sup> HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, (...) verbetes “anuência” e “anuir”. “Anuência: ação ou efeito de anuir; anuição, aprovação, consentimento”. “Anuir: consentir (com gestos ou palavras); estar de acordo; aprovar; assentir.” Consoante SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. I, A-C, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 162, verbete “Anuência” “Palavra que se origina do latim (annuere), tem, na linguagem jurídica, o sentido de indicar o assentimento, aprovação, autorização de uma pessoa para que se pratique ato jurídico, cuja validade depende dessa formalidade. É usada no sinônimo de consentimento.”

<sup>326</sup> Tal como se demonstrará em relação à outorga de poderes de representação e a alguns outros negócios jurídicos unilaterais relevantes ao universo contratual (ver tópico 6.2.).

<sup>327</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 144 sustenta que “A nosso ver, o art. 111CC abarca os três sentidos” referidos por Medicus para o valor do silêncio na interpretação das declarações de vontade, quais sejam: “primeiro, é possível pensar nas ‘declarações de vontade concludentes’, em que se interpreta uma certa conduta do declarante como se fosse uma declaração expressa em palavras; segundo, há os casos em que o intérprete preenche eventuais vazios deixados pelo declarante e faz uma integração do sentido da declaração de vontade; por último, há a hipótese do silêncio propriamente dito, que deve ser forçosamente levado em consideração pelo intérprete devido à ausência de quaisquer sinais de declaração de vontade.”

Assim, se o silêncio não caracteriza propriamente recusa, concretiza, ao menos, a não aceitação, o que aproxima as referidas figuras<sup>328</sup>, já que ambas não se mostram aptas a, por si só, vincularem juridicamente o silente<sup>329</sup>.

Além disso, tal conclusão não impede que a lei ou as partes atribuam consequências jurídicas distintas ao silêncio, tal como decorre, por exemplo, do tratamento conferido à assunção de dívida na realidade brasileira. Enquanto a regra do parágrafo único do art. 299CC<sup>330</sup> prevê que o silêncio do credor, face à notificação para que consinta com a assunção de dívida, deva ser interpretado como recusa; a regra do artigo 303CC<sup>331</sup> determina que o silêncio do credor seja considerado assentimento, quando deixar de impugnar, em trinta dias contados da notificação acerca da transferência do débito, na hipótese específica da dívida garantida por imóvel hipotecado<sup>332</sup>.

A opção pelo emprego do vocábulo “anuência” na lei brasileira não foi infundada ou absolutamente inadvertida. Antes mesmo do advento do art. 111CC, a doutrina já analisava de forma mais aprofundada o termo “anuência”, para conferir-lhe maior abrangência do que a noção de “declaração de vontade”, definindo-a como “assentir com a cabeça, de ‘nuo’, mover com a cabeça, o que pode referir-se a manifestação de vontade ou enunciado de fato”<sup>333</sup>, sendo que o encetado artigo 111CC lhe conferiu significado ainda mais amplo, na medida em que dispensa os referidos sinais

---

<sup>328</sup> Sobre a distinção entre a “não aceitação” e à “recusa” ver tópico 5.4.2 infra (proposta e aceitação). No sentido de que se aproxima da recusa ver MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo XXXVIII.** (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 98: “O silêncio tem-se, em princípio, como *recusa*. Nada se disse; portanto, não interessa a oferta.”

<sup>329</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo (arts. 421 ao 480).** São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 719 “O silêncio é a ausência de manifestação de vontade e, por si só, não basta à formação do contrato. Em princípio, o silêncio equivale à recusa. Afinal, não se presume o consentimento.”

<sup>330</sup> “Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava. Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa.”

<sup>331</sup> “Art. 303. O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em trinta dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento.”

<sup>332</sup> DELGADO, Mario. **Do direito das obrigações. Novo Código Civil Comentado.** In: FIUZA, Ricardo. 3ª ed. (Atualizada) São Paulo: Saraiva, 2004, p. 225/373, p. 286 em comentário ao artigo 303CC sustenta que a diferença de tratamento se justifica pois “em hipóteses tais, a segurança do credor reside muito mais na garantia em si do que na pessoa do devedor. Se a assunção do débito pelo terceiro adquirente do imóvel possibilita a permanência da garantia real, pouca ou nenhuma diferença fará o credor se o devedor será A ou B. Daí a mitigação da exigência de que o consentimento do credor seja expresso, sobretudo nessas hipóteses em que a garantia é superior ao débito.”

<sup>333</sup> Nesse sentido, MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo III.** (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 516, ao analisar a relação dos vocábulos “autorização” e “anuência”, em comentário ao artigo 132CC/16 (atual 220CC).

gestuais, para reconhecer que o assentimento pode decorrer do silêncio sob determinadas condições.

Sob um ponto de vista axiológico, tal preferência pela utilização do vocábulo “anuência”, inclusive, parece sensível – ainda que de forma não expressa, como se observará em relação às posições doutrinárias que envolveram a redação final do dispositivo, por ocasião da tramitação do Anteprojeto do Código Civil atual – aos debates que se travaram no final do século XIX e em meados do século passado acerca das teorias do negócio jurídico, conforme explorado no capítulo 2.

Tal suspeita confirma-se diante da constatação de que, por ocasião das discussões da Parte Geral do Anteprojeto de Código Civil de 1970, foram propostas redação e tratamento distintos ao dispositivo legal que regularia a relevância do silêncio na constituição dos negócios jurídicos na realidade brasileira, conferindo-lhe, inicialmente, o *status* de “declaração de vontade” “quando quem silencia tem consciência de que o seu silêncio constitua uma exteriorização volitiva”, salientando, nesse sentido, Couto e Silva<sup>334</sup>:

“(…) Quanto aos fatos concludentes, tem-se admitido que os efeitos não resultam propriamente de uma declaração de vontade negocial – que pode não existir – mas de uma valorização do ordenamento jurídico de uma ação ou omissão humana, a qual, no conjunto das circunstâncias, pode induzir que se tenha verificado a exteriorização de uma vontade.”

Com base em tais ponderações, foi sugerida a seguinte redação ao dispositivo legal em questão: “O silêncio importa em declaração de vontade quando quem silencia tem consciência que sua conduta constitui exteriorização dela. Parágrafo único. Pode-se inferir a existência de declaração de vontade dos usos e das circunstâncias.”

Referida proposta não foi, contudo, acolhida por Moreira Alves<sup>335</sup> sob o fundamento de que o *caput* do dispositivo proposto:

“(…) exige a consciência do agente de que seu silêncio implica

---

<sup>334</sup> Referida proposta fora formulada pelo Professor Clóvis do Couto e Silva, conforme destacado em ALVES, José Carlos Moreira. **A Parte geral do projeto de código civil brasileiro: subsídios históricos para o novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47 (nota de rodapé).

<sup>335</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **A Parte geral do projeto de código civil brasileiro: subsídios históricos para o novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.47.

manifestação de vontade e, no parágrafo único, se destrói esse princípio ao se permitir que ‘pode-se inferir a existência de declaração de vontade dos usos e das circunstâncias’. No *caput*, segue-se o critério subjetivo; no parágrafo, critério objetivo.”

Com base em tais críticas foi mantida a redação que acabou por prevalecer no texto da lei. Apesar de não ter prevalecido, expressamente, a dicotomia “subjetiva/autonomia” *versus* “objetiva/heteronomia”, a abordagem da figura sob tais perspectivas é frequente e merece ser registrada.

Na primeira vertente – ora denominada de “autônoma” ou “subjetiva” – de aplicação da regra do artigo 111CC, em relação à formação dos contratos, buscava-se tutelar os interesses do silente, a fim de evitar que tal comportamento, quando inconsciente, afetasse, de forma preponderante, a sua própria esfera jurídica. Inserem-se em referida vertente aquelas hipóteses fáticas nas quais as partes atribuem, de forma deliberada, *status* de concordância ou de recusa a determinado comportamento silencioso.

Já sob a segunda delas, ora denominada de “heterônoma” ou “objetiva”, constata-se – mediante análise das circunstâncias ou dos usos, nos quais se insere o comportamento silencioso – a preponderância da tutela dos interesses de terceiros e da estabilidade das relações jurídicas. Assim, preenchidos os requisitos legais e diante da apuração de que o silêncio do agente mostra-se apto a gerar a confiança do destinatário, prevalece o silêncio exteriorizado, ainda que contrário à vontade do silente. Tal abordagem (autonomia x heteronomia) em relação ao tratamento conferido ao comportamento silencioso no ambiente contratual se mostra presente em outros momentos do fenômeno contratual<sup>336</sup> e também é registrada na realidade portuguesa<sup>337</sup>.

---

<sup>336</sup> Tal como salienta MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro. (Nov.2008), p.142 “(...) a interpretação contratual está cifrada no entrecruzar (complexo, dialético, escalonado) entre heteronomia e autonomia (...) E assim é não apenas porque os contratos se formam com base em declarações receptícias ou em comportamentos concludentes. É fundamentalmente porque, na interpretação dos contratos, nos defrontamos com o momento em que as regras derivadas de uma ‘ordem de autonomia’ entram em contato com a ‘ordem de heteronomia’, uma e outra comendo o ordenamento jurídico – ordenamento porque sua função primordial e típica é justamente a de ‘pôr ordem’ (ordenando, isto é, compondo complexas escalas de valores) e ‘pôr em ordem’ (re-arrumando o caos, vazio primordial, espaço onde o princípio material de todas as coisas espera o momento da humana criação)”.

<sup>337</sup> Tal como destaca ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral do direito civil: ações e fatos jurídicos**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35/36, salienta a possibilidade de se atribuir valor jurídico ao silêncio por duas vias. A autônoma, quando tal valor decorre da estipulação negocial; ou a heterônoma, quando



Em referido contexto, quando se compara a redação proposta durante a tramitação do Anteprojeto com aquela que acabou por prevalecer, verifica-se ter preponderado a corrente objetiva no que concerne à aptidão do silêncio para constituir negócios jurídicos em geral. Tal conclusão é reforçada pela constatação, entre outros fatores, de que o elemento subjetivo da “consciência” não prevaleceu na redação final, tendo cedido espaço para os requisitos objetivos (embora abertos e indeterminados) das “circunstâncias” e dos “usos”, diante da potencial relevância social que a conduta silenciosa pode assumir no ambiente negocial em geral.

É possível afirmar, guardadas as devidas proporções, que a polarização entre referidas vertentes de abordagem do comportamento silencioso retoma, ao menos em parte, as discussões em torno das teorias da vontade e da declaração, com a prevalência desta última, temperada pela teoria da confiança, diante da constatação de que, no universo contratual, em regra, verifica-se a preponderância, no mínimo, dos interesses daqueles com quem se contrata<sup>338</sup>.

Consoante se constata, o emprego da expressão “O silêncio importa anuência” ao invés de “O silêncio caracteriza declaração de vontade” ou, até mesmo, “vale como tal”<sup>339</sup>, afasta a preponderância do elemento volitivo – distanciando-se do denominado “dogma da vontade” – viabilizando análise objetiva que permite reconhecer o silêncio como meio apto ao exercício da autonomia privada na constituição de negócios jurídicos e de contratos em especial, desde que não seja necessária a “declaração de vontade expressa”.

Optou-se por redação final de conteúdo mais simplificado e objetivo, com o

---

resulta da lei ou dos usos, os quais funcionam como um padrão exterior à vontade das partes. A primeira, caracteriza uma conduta de autorregulação de interesses, na qual o silêncio integra-se como elemento num conjunto mais vasto, de caráter negocial. Enquanto que pela via heterônoma, embora não se reconheça a formação de um negócio jurídico, extraem-se consequências jurídicas idênticas às que se extraem das declarações, concluindo que o regime da declaração negocial não é aplicável quando há silêncio por esta via, havendo paralelismo apenas quanto aos efeitos desta. Importante registrar, contudo, que na realidade portuguesa, os requisitos do art. 218º CCP (lei, usos ou convenção) são mais objetivos do que aqueles constantes do art. 111CC.

<sup>338</sup> Nesse sentido RODRIGUES, Silvío. **Dos vícios do consentimento**. 3ª ed. (Atualizada). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 38 sobre a teoria da confiança, ainda na vigência do CC/16, “Tal entendimento demonstra deliberado abandono daquela posição individualista original, de ilimitado respeito ao dogma da vontade, para acolher uma concepção que mais atenda ao interesse geral. Isso a despeito de fugir à lógica do sistema, cujo pressuposto básico é o de que o elemento medular do ato jurídico se encontra na vontade.”

<sup>339</sup> Tal como decorre do art. 218º da lei portuguesa. Nesse sentido, CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 545, “o artigo 218º não considera o silêncio como uma declaração negocial; ele apenas manda que, ao silêncio, se apliquem regras da declaração negocial, no tocante aos efeitos (“... vale como declaração ...”).”

propósito de prestigiar a operabilidade, de forma a evitar maiores dificuldades na sua aplicação, afastando, entre outros aspectos, abordagem extremamente subjetiva<sup>340</sup>, ao não incorporar, por exemplo, o requisito da “consciência” do silente acerca do seu silêncio caracterizar manifestação de vontade, conforme abordagem crítica desenvolvida no tópico 2.2.

Assim, diante das particularidades relacionadas ao estabelecimento de vínculos contratuais pelo silêncio – que, entre outros fatores, envolve a difícil tarefa de sindicatizar a consciência no “silenciar” – a regra em questão permite prescindir da investigação da “consciência” e da própria vontade daquele que silencia, enfatizando a relevância da apreciação de elementos objetivos.

Importante salientar, desde logo, que a formação do contrato por intermédio do silêncio somente se operará diante de circunstâncias especiais, sob pena de grave violação à autonomia privada do sujeito que silencia, o qual é livre, regra geral, para celebrar ou não contratos e, inclusive, para não dar sequência às tratativas já iniciadas, ainda que estas se encontrem em estágio avançado<sup>341</sup>, sujeitando-se, contudo, às consequências decorrentes de tais condutas.

Além das características anteriormente mencionadas, as quais privilegiaram a operabilidade da regra, com atenção para os seus aspectos práticos, a fim de viabilizar a sua aplicabilidade, a redação prevalente do dispositivo em questão demonstra que o sistema brasileiro optou por atribuir às referidas hipóteses fáticas envolvendo comportamentos silenciosos face a determinadas circunstâncias, a consequência jurídica da “anuência” e do estabelecimento do vínculo contratual, ao invés de optar pela via da responsabilidade civil do silente, por intermédio, por exemplo, da figura da responsabilidade pré-negocial<sup>342</sup>, desde que presentes as condicionantes a seguir

---

<sup>340</sup> Nesse sentido, discorda-se da afirmação de DINIZ, Maria Helena. **Parte geral e disposições transitórias. Novo Código Civil Comentado.** In: FIUZA, Ricardo, 3ª ed. (Atualizada) São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119, em comentário ao artigo 111CC, no sentido de que “(...) o órgão judicante deverá averiguar se o silêncio traduz, ou não, vontade.”

<sup>341</sup> Tal como advertido por FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil.** Coimbra: Almedina, 2004, p. 56 “preservar um espaço de liberdade para que os sujeitos possam negociar, avaliar os seus interesses, e tomar autonomamente a decisão de contratar.” No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. **Um aspecto da obrigação de indenizar.** In: MENDES, Gilmar Ferreira, STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens).* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 721. Tal circunstância será analisada de modo específico no tópico 5.4.3.4.

<sup>342</sup> Tal como define MARTINS-COSTA, Judith. **Um aspecto da obrigação de indenizar.** In: MENDES, Gilmar Ferreira, STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens).* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 699, “A responsabilidade pré-negocial

analisadas.

Diferentemente das condutas ativas – por meio das quais o sujeito externaliza, de forma expressa ou ainda que tacitamente, o rompimento das tratativas negociais – nas condutas silenciosas, a passividade do silenciar ou da inação face a determinadas circunstâncias ostenta, ainda que potencialmente, relevância social ainda maior, pois culmina frequentemente em indesejável situação de incerteza acerca da existência ou não de um vínculo contratual entre as partes. Diante de tais características, justifica-se a opção presente no sistema brasileiro de conferir o *status* de concordância ao comportamento silencioso em face de determinadas circunstâncias especiais e presentes as demais condicionantes legais. Não obstante esteja sujeita a críticas e obstáculos relacionados à sua aplicação, a solução conferida pelo artigo 111 CC optou pela “proteção positiva da confiança”<sup>343</sup>.

Necessário apurar-se, contudo, entre outros fatores, por exemplo, se o comportamento silencioso ou inativo situa-se “no espaço do ‘ainda-não-contrato’, o da inexistência, ainda, de vinculação negocial, pois no espaço do ‘trato’ ainda não é manifesta a vontade de vinculação negocial”<sup>344</sup>; ou se, por outro lado, diante do grau de maturação das tratativas negociais, tal comportamento silencioso impõe, objetivamente, a

---

é decorrente de dano gerado por ações ou omissões verificadas na fase antecedente a um negócio jurídico.” Nesse sentido MENKE, Fabiano. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo (arts. 189 ao 232)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 181/294, p. 193, em análise à regra do art. 111, quando afirma que “O dispositivo contempla as hipóteses em que o silêncio poderá servir como indicativo de concordância com o comportamento contratual da outra parte, importando em anuência e vinculando, portanto, aquele que nada exprime, ainda que, na observação de Canaris, o mais correto seria a consequência da indenização, e não propriamente a da vinculação daquele que silencia.”

<sup>343</sup> Sobre a distinção entre proteção positiva e proteção negativa da confiança destaca FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 42, “Se a primeira se preocupa em assegurar ao sujeito ‘positivamente’ sua expectativa, esta última ‘nega’ ao confiante o direito a ser colocado nessa situação, reconhecendo-lhe em vez disso um direito indenizatório (contra outrem).” As referidas expressões são atribuídas a CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht**. München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1971, p. 5, que destaca “(...)in Anlehnung an den Unterschied zwischen dem positiven und dem negativen Interesse kann man im ersten Fall, in dem der Vertrauende einen Anspruch auf „Vertrauensentsprechung“ erhält, von „positiven Vertrauensschutz“ sprechen und im zweiten Fall, in dem ihm lediglich ein Anspruch auf Ersatz des „Vertrauensschadens“ gewährt wird, von „negativem Vertrauensschutz“. Trad. Livre: Baseado na diferença entre os interesses positivos e negativos, pode no primeiro caso o confiante (*Vertrauende*) ter uma pretensão de “Confiança correspondente” (*Vertrauensentsprechung*), fala-se em “proteção positiva da confiança” e, no segundo caso, em que ele só tem direito a pretensão que conceda a compensação pelo “Dano da confiança” (*Vertrauensschadens*), pela “proteção negativa da confiança”.

<sup>344</sup> Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. **Um aspecto da obrigação de indenizar**. In: MENDES, Gilmar Ferreira, STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 710.

constituição do vínculo contratual<sup>345</sup>.

Embora não se negue a importância da rica construção das hipóteses de responsabilidade pré-negocial, com base na violação dos deveres de probidade pela ruptura injustificada de tratativas negociais<sup>346</sup>, não se pode ignorar a existência de previsão legal específica (art. 111CC) que – ao remeter à apreciação dos usos e das circunstâncias negociais – reconhece expressamente, entre outras hipóteses, que o silêncio abrupto daquele que se encontra em estágio conclusivo da celebração de determinado contrato é apto a gerar o vínculo contratual.

Não obstante o exercício da autonomia privada pelo silêncio e o tema da responsabilidade pré-contratual pertencem a universos distintos, as conclusões no sentido da celebração do contrato são reforçadas pela constatação de que o sistema brasileiro não dispõe, ao menos de forma expressa e específica<sup>347</sup>, de regra regulando a responsabilidade pré-contratual, tal como se verifica, por exemplo, nos ordenamentos jurídicos italiano, português e mais recentemente alemão<sup>348</sup>. Em face das atuais características do sistema

---

<sup>345</sup> Nesse sentido, ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1992. “A ideia e o valor da confiança andam ligados à teoria do negócio jurídico quase desde o início das suas primitivas formulações.” Em sentido contrário, ver FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 67 “Pode afirmar-se que o princípio da proteção das expectativas se ergue com autonomia e especificidade aí onde os efeitos jurídicos de uma conduta já não possam ser atribuídos ao exercício da liberdade de autodeterminação da pessoa mediante a confrontação de consequências jurídicas. Aqui começa o campo legítimo do pensamento da confiança.” E salienta a seguir (p. 67/69): “Está deste modo prejudicada a possibilidade de ancorar a teoria do negócio no pensamento da proteção das expectativas; não é viável colocá-lo sob a égide da confiança como instituto mais vasto que o abranja conjuntamente com outras realidades. O negócio jurídico não está também em condição de, sem contradições, absorver a problemática da proteção da confiança.”

<sup>346</sup> Tal como desenvolvido, entre outros, por MARTINS-COSTA, Judith. **Um aspecto da obrigação de indenizar**. In: MENDES, Gilmar Ferreira, STOCO, Rui. **Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 716/721.

<sup>347</sup> A doutrina brasileira diverge a respeito da figura da responsabilidade pré-contratual estar contemplada no sistema brasileiro, tal como destaca *Ibid.*, p. 696/698, onde que salienta que “o instituto é claramente dedutível da combinação entre as regras dos art. 389, 186, 187, 422 e 927, todos do CC. No mesmo sentido, TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. Vol. 3. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 157.

<sup>348</sup> Tal como decorre do artigo 1.337 da lei italiana “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.” e do art. 227, n.1 da lei portuguesa, segundo o qual “Culpa na formação dos contratos. 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”. Na Alemanha, não obstante a figura já viesse sendo aplicada pela doutrina (Ver por todos CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht**. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971) e pela jurisprudência, inclusive como decorrência da boa-fé (§ 242), o tema foi incluído no BGB após a reforma de 2002, por intermédio do § 311, tal como salientado por CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da modernização do direito civil: aspectos gerais**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111-112, que defende ter havido a positivação da figura da *culpa in contrahendo* e, inclusive, apresenta a tradução do dispositivo em questão. “§ 311 “Relações obrigacionais negociais e semelhantes a negociais. (1) Para a constituição de

brasileiro, não se justifica – nestas hipóteses em que se mostram presentes os requisitos do artigo 111CC – a invocação da disciplina do abuso de direito (art. 187CC)<sup>349</sup> ou de outras formas de imputação de responsabilidade ao silente, na medida em que a opção pela formação do contrato mostra-se apta a solucionar de forma mais segura e eficiente os conflitos *in concreto*, sendo certo que tal possibilidade já era aventada pela doutrina antes mesmo do advento do CC e da regra do artigo 111CC<sup>350</sup>.

Além disso, outras regras do Código Civil brasileiro, atinentes à formação dos contratos, reforçam tal opção sistêmica pela celebração do contrato face a determinadas circunstâncias, ainda que esta não corresponda a vontade real de uma das partes. É o que se extrai dos dispositivos legais que regulam o caráter obrigatório da proposta (arts. 427 e 428, IV do CC<sup>351</sup>) na lei brasileira, sob a influência da lei alemã<sup>352</sup>. Embora parte da

---

uma relação obrigacional através de negócio jurídico assim como para a modificação do conteúdo de uma relação obrigacional é necessário um contrato entre as partes, salvo diversa prescrição da lei. (2) Uma relação obrigacional com deveres no sentido do par. 241/2 surge também através de: 1. A assunção de negociações contratuais; 2. A preparação de um contrato pelo qual uma parte, com vista a uma eventual relação negocial, conceda à outra parte a possibilidade de agir sobre os seus direitos, bens jurídicos ou interesses, ou confia nela ou dá azo a contratos semelhantes a negociais. (3) Uma relação obrigacional com deveres no sentido do par. 241/2 pode também surgir para pessoas que não devam, elas próprias, ser partes num contrato. Uma tal relação obrigacional surge, em especial, quando o terceiro tenha assumido um determinado grau de confiança e com isso tenha influenciado consideravelmente as negociações contratuais ou a conclusão do contrato.” No original: § 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse (1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. (2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch: 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte. (3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.”

<sup>349</sup> Tal como analisado pelos autores que trataram do tema na vigência do sistema anterior. Nesse sentido, RODRIGUES, José Martins. **Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio**. Fortaleza: S.N., 1934, p. 101 (citando M. René Popesco Ramniceano. Revue trimestrielle de Droit civil, 1930, p. 999 a 1009), “Se, com efeito, tenho o direito de não responder a uma oferta que se me faz, não tenho todavia o direito de abusar do meu silêncio, quando calando-me, prejuízo conscientemente a outrem. Estaria, pois, vinculado, porque, calando, poderia agravar a situação de um terceiro, quando, no entanto, uma simples palavra minha teria podido esclarecer minhas intenções e evitar danos inúteis. Nesse sentido também, LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 137, que defende o enquadramento da conduta do silente, diante de determinadas circunstâncias, na disciplina do “abuso de direito”, com todas as dificuldades daí decorrentes.

<sup>350</sup> Nesse sentido, já lecionava MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII**. (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 89: “Todavia, anteriores entendimentos, os usos do tráfico e as cláusulas especiais insertas na oferta, podem preestabelecer que se tenha como aceita a oferta a que se seguiu inatividade, silêncio, do destinatário.”

<sup>351</sup> “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”

doutrina brasileira<sup>353</sup> sustente que o proponente esteja “vinculado” e não “obrigado” à proposta – defendendo que a questão se resolva em perdas e danos (interesse negativo) – não é o que se extrai da interpretação do referido dispositivo legal na realidade brasileira e naquela que o inspirou<sup>354</sup>.

Considera-se que a aplicação de referidas regras nos moldes apresentados está em consonância com o princípio da confiança, que norteia a análise dos comportamentos das partes de um contrato na realidade brasileira, contribuindo, inclusive, para a redução da chamada “insegurança estratégica”<sup>355</sup>, que se caracteriza pela “condição na qual se encontra um indivíduo diante de uma situação cujas consequências não são determinadas exclusivamente pela sua conduta, mas dependem do agir de outros sujeitos”, na medida em que, segundo Martins-Costa:

---

“Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: (...) IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.”

<sup>352</sup> Sob tal aspecto, estabelece o § 145 do BGB: “§ 145 Bindung an den Antrag. Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.” Trad. Livre: “Quem propõe a outrem a conclusão de contrato, está vinculado à proposta, a menos que tenha excluído tal vinculação.”

<sup>353</sup> Nesse sentido, SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: contratos** (série leituras jurídicas: provas e concursos). 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 57, “O solicitante que faz a proposta fica a ela vinculado. Se, depois, simplesmente se arrepende, pagará ao oblato indenização por perdas e danos, que incluem eventuais despesas que o último tenha tido durante as tratativas. Trata-se de responsabilidade pré-contratual e, portanto, aquiliana.” e TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. Vol. 3. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 159.

<sup>354</sup> Nesse sentido, SCHMIDT, Jan Peter. La revocación de la oferta em el derecho contractual de los países latinoamericanos y em el derecho uniforme. **Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina**. Modena. Mucchi Editore, Vol. 30, Ano 2010, p. 138 “es difícil comprender por qué la revocación indebida de la oferta no se trate simplemente como inexistente, con el efecto de que con la aceptación el contrato se perfeccione y pueda exigirse su ejecución específica.”, salientando ser essa a posição prevalente na realidade alemã, que conta com tratamento legal análogo ao conferido pela lei brasileira. Reforça o referido autor que a solução indenizatória era a “la posición defendida por la pandectística alemana del siglo XIX”, antes do BGB. Na doutrina brasileira, parece ser a posição de SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 253, em comentário ao art. 427 CC, ao afirmar que “(...) em regra, a proposta é obrigatória e, mesmo que, no seu íntimo, o proponente não tenha pretendido ficar obrigado pelos seus termos, o efeito vinculante estará presente se o afastamento de tal efeito não tiver se dado de modo inequívoco.”

<sup>355</sup> MARTINS-COSTA, Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 852/2006 (Out. 2006), p. 7. Para reflexões acerca dos reflexos jurídico-econômicos da tutela da confiança. Ver também, em sentido contrário à posição adotada pela realidade brasileira, ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 773/803 que as p. 800/801, destaca: “Não esqueçamos que tutelar a ‘confiança’ é sinónimo de tutelar o ‘interesse contratual negativo’, e que portanto a indemnização correspondente procura recolocar o lesado numa situação correspondente à do não-contrato, aditando-lhe os efeitos da ‘detrimental reliance’, ou seja, dos prejuízos averbados no tempo que medeia entre o início da relação e a sua ‘destruição’ retroactiva.”

“(…) quanto maior o grau dessa insegurança estratégica, menor será a cooperação entre os indivíduos. Consequentemente, quanto maior o grau de confiança na conduta alheia, maior tenderá a ser o nível de integração econômica e, com isso, de eficiência e desenvolvimento. Cabe às instituições, portanto, no que se incluem naturalmente os canais reconhecidos de expressão do Direito, como a jurisprudência e a doutrina a tarefa de reduzir a insegurança e *promover a confiança*.”

Registra-se, outrossim, em análise aos estudos mais recentes que se dedicaram especificamente à regra do artigo 111CC e ao poder conferido ao silêncio na realidade contratual pátria, divergências quanto à relação da figura com os demais meios de formação do contrato. De um lado, considera-se “constituir declaração negocial de aceitação, formando o contrato, desde que presentes as circunstâncias autorizadoras”, caracterizando-se como uma “terceira forma de declaração”, ao lado da tácita e da expressa<sup>356</sup>. De outro, defende-se que “seu sentido será sempre presumido, em maior ou menor grau de dúvida, até pela ambiguidade que lhe é própria”<sup>357</sup>.

De acordo com as constatações alcançadas ao longo desta investigação, considera-se mais adequado reconhecer tratar-se, verdadeiramente, de uma terceira via de formação do contrato<sup>358</sup>, mas sem recorrer às figuras da “presunção” de vontade ou de enquadrá-la necessariamente na noção de declaração de vontade<sup>359</sup>. Isso porque, tal como demonstrado, com o auxílio da dicotomia “declaração” x “comportamento” e o respaldo da teoria da confiança apresenta-se absolutamente viável e adequado reconhecer a possibilidade de exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio sem o recurso a construções fictícias envolvendo a vontade e a noção de declaração de vontade. Não

---

<sup>356</sup> Tal como defende TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação dos contratos:** proposta, aceitação e elementos da declaração negocial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 113, que, em seguida, analisa o vocábulo “importar”, para reforçar suas convicções.

<sup>357</sup> Nesse sentido, BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo. **O(s) silêncio(s) no negócio jurídico:** reflexões sobre a apreensão dos silêncios na teoria do negócio jurídico. Dissertação (mestrado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2016, p. 100/101, salienta, em nota de rodapé, que: “O fato de as manifestações de vontade pelo silêncio terem seu sentido presumido em nada as diminui ou reduz sua aplicação jurídica”, tal como se opera em relação às manifestações tácitas.

<sup>358</sup> Tal como é reconhecido expressamente por TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação dos contratos:** proposta, aceitação e elementos da declaração negocial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 113 e BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo. **O(s) silêncio(s) no negócio jurídico:** reflexões sobre a apreensão dos silêncios na teoria do negócio jurídico. Dissertação (mestrado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2016, p. 101.

<sup>359</sup> As críticas ao enquadramento do silêncio como “declaração” e ao recurso das “presunções de vontade” foram desenvolvidas no capítulo 4.

obstante se reconheça que a figura submeter-se-á à disciplina negocial.

Nesse sentido, o fato de se reconhecer a aptidão do “silêncio circunstanciado” como meio de exercício da autonomia privada não significa que tal reconhecimento dependa, antes e necessariamente, da caracterização de declaração de vontade, recorrendo-se à criticada figura da “manifestação ficta”, diante da ausência de declaração de vontade, propriamente dita, em referido contexto<sup>360</sup>. Não se prescinde, contudo, da necessidade de exteriorização de determinado comportamento (ainda que silencioso) no contexto de determinados usos ou circunstâncias<sup>361</sup>.

Do ponto de vista prático, ampliou-se o escopo de aplicação da regra que – além de não se restringir à formação do contrato – mostra-se apta a abranger tanto as relações contratuais propriamente ditas, fundadas em “declarações de vontade”; quanto a abarcar a noção mais ampla dos “comportamentos”, aptos a constituírem, com menor rigor teórico, vínculos jurídicos normalmente equiparados aos contratos. Tal constatação – ao menos no que tange à constituição de vínculos jurídicos contratuais ou “paracontratuais” por intermédio do silêncio – afasta a necessidade e a pertinência da invocação de correntes doutrinárias estrangeiras para a solução de determinadas hipóteses fáticas específicas envolvendo comportamentos silenciosos, como se demonstrará na sequência deste estudo.

De outra parte, ressalva-se a possibilidade de que a lei, as partes envolvidas, ou, em última análise, as próprias “circunstâncias ou os usos” – com destaque, no ambiente contratual, para o comportamento do destinatário da conduta silenciosa, a relevância dos usos do tráfego no âmbito da relação *in concreto*, a natureza do negócio, a pré-existência (ou não) do vínculo jurídico contratual entre as partes, o interesse objeto de tutela contratual, o lugar da celebração, entre outros fatores – impeçam que a análise seja exageradamente “objetivada”, a ponto de autorizar que qualquer silêncio, respeitadas as mencionadas condicionantes, caracterize “anuência” apta a interferir na formação ou em aspectos relacionados à execução do contrato<sup>362</sup>. Esses e outros aspectos serão

---

<sup>360</sup> Nesse sentido, são retomados os argumentos tratados nos capítulos 2 e 4.

<sup>361</sup> Tal como destacado por BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 140, “se e em que medida a inércia consciente frente a certas situações e circunstâncias, da parte que teria a concreta possibilidade de agir e de reagir, seja suficiente a dar corpo a um ato de autonomia privada e assumir o significado de negócio jurídico (comportamento omissivo). A questão é colocada em discussão em relação ao silêncio. Ela não é de colocar-se assim: se é possível existir negócio jurídico sem manifestação alguma: termos equívocos que beiram o absurdo.”

<sup>362</sup> Nesse sentido, BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche



aprofundados no decorrer deste capítulo quinto, por ocasião da análise das circunstâncias.

Apesar dos esforços empreendidos pelos idealizadores da parte geral do CC, na prática, contudo, tal simplificação da redação do dispositivo legal sob análise não parece ter contribuído para a sua maior aceitação jurídica, diante da escassa invocação de referida regra na solução de conflitos em concreto<sup>363</sup>. Nesse sentido, não obstante tal constatação, conclui-se que a sua redação final alcançou solução equilibrada na fixação dos critérios para reconhecer a aptidão do silêncio no exercício da autonomia privada dos negócios jurídicos em geral, mostrando-se apta, inclusive, para abranger aquelas figuras que costumam ser tratadas fora do universo negocial e contratual<sup>364</sup>.

#### **5.4. Pressuposto e condicionantes legais para o exercício da autonomia privada pelo silêncio**

A regra do artigo 111CC estabelece, na essência, um pressuposto e duas condicionantes legais para o exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio, sendo que o pressuposto origina-se da ressalva constante da parte final do dispositivo em análise, que subordina a “anuência” decorrente do silêncio a não ser “necessária a

---

Italiane, 2002, p. 141/142, “De resto, que o silêncio adquire significado de negócio depende de uma valoração que é contingente e variável segundo o ambiente histórico, o costume e à consciência social, como também segundo à qualidade das pessoas (por ex. comerciantes habituados àquele tipo de contratação) e segundo as circunstâncias na qual eles se realizam sob a via da objetivação de acordo com as concessões do tráfico. O silêncio pode ser considerado significativo, objetivamente, por um costume prevalente em um determinado círculo social, ou subjetivamente (p. 142), por uma prática estabelecida (se pense nos usos interpretativos) ou num acordo estabelecido entre os interessados. Costumes, práticas e acordos de tal gênero tem razão de ser sobretudo em matéria contratual: onde o comportamento do destinatário de uma proposta, que se abstenha de respondê-la negativamente é por vezes interpretável como aceitação. Isto ocorre justamente quando um uso geral ou um hábito dos contratantes conferem, ao silêncio da pessoa a qual é endereçada a proposta, um valor como de linguagem muda.” No original: “Del resto, che il silenzio acquisti significato di negozio dipende da una valutazione che è contingente e variabile secondo l’ambiente storico, il costume e la coscienza sociale, come anche secondo la qualità della persone (per es., commercianti adusati a quel genere di contrattazioni) e secondo le circostanze in cui esse operano sulla via della obiettivazione secondo le concezioni del traffico. Il silenzio può essere reso significativo, oggettivamente, da una consuetudine prevalente in una determinata cerchia sociale, oppure, soggettivamente, da una pratica invalsa (si pensi asi interpretativi) ovvero da un accordo stabilitosi fra gli interessati. Consuetudini, pratiche e accordi di tal genere hanno ragione di essere soprattutto in materia contrattuale: dove il contegno del destinatario d’una proposta, che si astenga dal rispondervi negativamente, è talvolta interpretabile come accettazione.”

<sup>363</sup> Tal como resultado da pesquisa de jurisprudência constante da nota de rodapé 290 supra e conforme se procura demonstrar pela casuística apresentada.

<sup>364</sup> Tais como as denominadas “relações contratuais fáticas”, “comportamentos sociais típicos” e “relações paracontratuais”.

declaração de vontade expressa”, o qual está relacionado, como se demonstrará<sup>365</sup>, à forma dos negócios jurídicos, embora a ela não se limite.

A análise de tal pressuposto ostenta caráter objetivo, pois a “necessidade” de declaração de vontade expressa deverá decorrer, em regra, da lei ou da vontade das partes no âmbito de uma dada relação<sup>366</sup>, sob o risco de tornar-se a aplicação da regra demasiadamente instável. Isso porque tal exigência poderá emanar de uma prática costumeira, por força da regra do artigo 432CC, tal como será explorado no capítulo 5.4.3<sup>367</sup>.

Discorda-se, nesse sentido, do entendimento de que a “necessária” declaração de vontade expressa pudesse decorrer das circunstâncias em caráter geral<sup>368</sup>. Tal reconhecimento mostrar-se-ia apto a gerar situações contraditórias em relação à própria redação do dispositivo legal, já que essas mesmas variantes devem ser analisadas para atribuir ao silêncio o *status* de anuência, tal como se demonstrará por intermédio do exemplo da formação do contrato de seguro na realidade brasileira. Compreende-se, portanto, que é justamente diante da ausência de regra contratual ou legal impondo a declaração de vontade expressa, que se mostra possível a formação do contrato por intermédio de comportamentos silenciosos lastreados nos usos ou nas circunstâncias.

Registra-se, outrossim, que a questão da declaração de vontade expressa, imposta pelas partes para possibilitar a alteração do contrato durante o seu curso, é questão que se coloca no plano dos efeitos, em relação ao qual prepondera o aspecto interpretativo, tal como será explorado no tópico 5.6.

As duas condicionantes estabelecidas pelo artigo 111CC, por sua vez, ostentam – diante da proeminência, embora não absoluta, do modelo legal<sup>369</sup> – caráter

---

<sup>365</sup> Tratar-se-á do requisito da forma em tópico próprio (ver item 5.4.1. infra).

<sup>366</sup> Desde que nesta última hipótese o silêncio de uma das partes face à conduta da outra no curso da relação não contrarie a referida regra contratual expressa, tal como se explorará no tópico 5.6.

<sup>367</sup> Tal como defende ZANETTI, Cristiano de Sousa. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo (arts. 421 ao 480)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 720 faz afirmação análoga em relação aos costumes, com base na regra do art. 432CC, nos seguintes termos “(...) a norma apenas evidencia que o silêncio não conduzirá à formação do contrato se a aceitação expressa for costumeira. Em outras palavras, além da lei, os costumes também podem afastar a possibilidade de se concluir o negócio por meio do silêncio.”

<sup>368</sup> Tal como sustenta TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação dos contratos: proposta, aceitação e elementos da declaração negocial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 127 “As hipóteses de necessidade de declaração expressa, por conseguinte, podem tanto advir: (i) de lei, (ii) de convenção – havida entre as partes ou que, de alguma forma, as vincule –, (iii) dos usos, quanto (iv) das circunstâncias.”

<sup>369</sup> Tal como destaca REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma**

alternativo e relativo, pois o exercício da autonomia privada pelo silêncio estará necessariamente subordinado e associado à presença de, ao menos, uma de tais condicionantes. São elas os “usos” e/ou as “circunstâncias”, as quais, por sua natureza, ostentam caráter aberto e conteúdo indeterminado, o que confere à regra características bastante peculiares, quando comparada ao tratamento da questão por outros ordenamentos jurídicos. A exemplo do artigo 218º CCP, que reconhece valor de “declaração negocial” ao silêncio, quando tal lhe seja “atribuído por lei, uso ou convenção”, o que torna a aplicação da lei portuguesa mais objetiva, por não submetê-la às circunstâncias negociais como ocorre na lei brasileira.

No tocante aos usos, os quais são aqui tratados de forma indistinta em relação aos costumes<sup>370</sup>, impõe-se especificar que a regra do artigo 111CC confere relevância – embora não de forma expressa – a uma categoria específica, designada por “usos do tráfego”. Os usos do tráfego podem assumir várias funções, tanto como modelo hermenêutico, quanto como modelo jurídico<sup>371</sup>.

Quanto ao objeto deste estudo, destaca-se, no âmbito do modelo hermenêutico, a função de “elucidar o significado de conceitos indeterminados e cláusulas gerais”, que tem o “escopo de servir à interpretação de regra jurídica ou de negócio jurídico.”<sup>372</sup>. Nesse sentido, a função conferida aos usos do tráfego no contexto

---

hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 67: “(...) o modelo legal ocupa, na escala dos modelos, um lugar proeminente, prevalecendo sobre os demais modelos jurídicos (...) Desde que conforme, em suma, com a Lei Magna, o modelo legal disciplina a vigência ou a eficácia dos modelos jurisdicional, consuetudinário e negocial, suspendendo a eficácia daqueles que não se achem em sintonia com as normas constitucionais e as normas ordinárias que as complementam.” O próprio autor, contudo, relativiza o caráter absoluto de referida afirmação ao destacar que “do ponto de vista axiológico, uma fonte subordinada pode ter maior significação ética ou econômica do que a atribuída à lei à qual ela se subordina.” Assim, não se descarta, ao menos *a priori*, a possibilidade de que determinados usos ou costumes se sobreponham a determinada hipótese fática na qual a lei exija declaração de vontade expressa.

<sup>370</sup> É o que sinaliza REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 68, ao tratar da existência de um “modelo jurídico costumeiro” baseado na ideia de que “as normas consuetudinárias vinculadas a particulares usos e costumes”. Nesse sentido FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresarias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 114, nota 130, considera desnecessária a distinção entre usos e costumes pelo fato de ambos exprimirem a mesma ideia. Nesse sentido, HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 13. Vol. 50 (abr-jun 2012), p. 16. Em sentido contrário.

<sup>371</sup> Nesse sentido destaca MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII**. (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 174 “Os usos e costumes, uso do tráfico, quer se trate de usos e costumes regras jurídicas, quer se trate de simples usos e costumes que enchem conteúdo de negócios jurídicos como elementos de suporte fático, podem ser ‘interpretativos’. Então, ou são regras jurídicas de interpretação, ou são enunciados que dizem como se entendem as manifestações de vontade.”

<sup>372</sup> Tal como destaca, HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. Os usos do tráfico como modelo jurídico e

ora explorado não se confunde com aquela prevista em outras regras, destinadas, por exemplo, ao preenchimento das denominadas lacunas da lei<sup>373</sup>, que se enquadra como hipótese de modelo jurídico, ostentando “força prescritiva”<sup>374</sup>.

Em síntese, os usos se destinam, entre outras funções, a “viabilizar ao intérprete de um negócio jurídico unilateral, bilateral ou plurilateral o entendimento de certa expressão, comportamento, cláusula ou para a integração de uma lacuna, alcançando com isso a qualidade de modelo hermenêutico.”<sup>375</sup> É exatamente associado ao entendimento de certo “comportamento” (silêncio), que se situa a presente abordagem, na medida em que permite “inferir das regras legais modalidades imprevistas de comportamento lícito”<sup>376</sup>.

Destaca-se, em tal contexto, a relevância do denominado modelo costumeiro no universo das relações econômicas, em virtude do princípio da livre iniciativa, com destaque para os denominados usos mercantis, que permitem “múltiplas configurações jurídicas correspondentes a distintas atividades ocorrentes habitualmente no mercado”<sup>377</sup>.

Exemplo concreto, na realidade brasileira, de formação do contrato pelo silêncio, autorizado pelos usos, se verifica no ambiente securitário<sup>378</sup>. Não obstante a

---

hermenêutico no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 13. Vol. 50 (abr-jun 2012), p. 30.

<sup>373</sup> Tal como emana da regra do art. 4º da LINDB. Nesse sentido, REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24ª ed. (2ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 1999, p. 162.

<sup>374</sup> HAICAL, Gustavo Luís da Cruz., op. cit., p. 45.

<sup>375</sup> Ibid., p. 34 e ss. É o que sustenta LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.141 “Aí entra em cena, justamente, o elementos consuetudinário. Não falamos aqui todavia, na sua atuação como modelo jurídico, como norma consuetudinária, ‘como regra jurídica que incide sobre o suporte fático’, mas no seu papel simplesmente hermenêutico, ‘como elementos para interpretação dos negócios jurídicos’. Sim, pois os chamados usos do tráfico influenciam o suporte fático do negócio jurídico como fatores de modelagem do elemento volitivo de cada uma das partes, de maneira que, na dúvida, é lícito ao intérprete supor a equivalência entre as manifestações de vontade das partes e o sentido sugerido pela incidência destas ou daqueles usos, sempre a depender do caso concreto.”

<sup>376</sup> Nesse sentido, REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 68

<sup>377</sup> REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 68. Sob tal aspecto destacou MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII**. (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 174 “Os usos do tráfico são, quase sempre, usos comerciais, bolsísticos, de seguros, ou industriais. Ora servem a completar o conteúdo do negócio jurídico, ora para atendimento do que foi dito (usos do tráfico interpretativos), ora para apreciação das circunstâncias.”

<sup>378</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24ª ed. (2ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 1999, p. 157, “Casos há, com efeito, em que o Direito costumeiro é consolidado e publicado por iniciativa de órgãos administrativos.”, salientando que “Trata-se, entretanto, de um Direito costumeiro coligido por órgão da Administração e não por órgão a que esteja privativamente afeta a função legislativa.” BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo. **O(s) silêncio(s) no negócio jurídico: reflexões sobre a apreensão dos silêncios na teoria do negócio jurídico**. Dissertação (mestrado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade

relevância social dos contratos de seguro na sociedade contemporânea e os inúmeros conflitos de interesses envolvendo a, frequentemente, intrincada relação entre companhias seguradoras, tomadores (contratantes), segurados e beneficiários, não há, no ordenamento jurídico, uma lei destinada a regular especificamente e de forma mais aprofundada o referido contrato e a sua formação<sup>379</sup>.

O contrato de seguro é objeto de tratamento genérico no capítulo XV do Título VI, do Livro I da Parte Especial do Código Civil brasileiro, por intermédio dos artigos 757 ao 802 da lei civil, os quais não tratam da formação do contrato, sujeitando-o às regras genéricas do artigo 427 e seguintes do mesmo diploma civil. Sob tal aspecto, considerando tratar-se de contrato de natureza consensual<sup>380</sup>, pois não se exige a observância de forma especial para a sua formação, já que a apólice ostenta mero caráter probatório, nos termos do artigo 758 CC, é potencialmente possível que a formação do contrato de seguro se opere por meios tácitos e até mesmo por intermédio do silêncio face a determinadas circunstâncias<sup>381</sup>.

Diante da já destacada relevância social do contrato, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), autarquia federal dedicada a regular a atividade securitária – autorizada pelo art. 3º do Decreto-Lei 60.459, de 13 de março de 1967, destinado a regulamentar o DL 73/66 – editou a Circular SUSEP 251, de 15 de abril de 2004, que dispõe sobre a aceitação da proposta e sobre o início de vigência da cobertura nos contratos de seguros.

Após estabelecer, no artigo 1º, que:

“A celebração ou alteração do contrato de seguro somente poderá ser feita mediante proposta assinada pelo proponente ou por seu representante legal, ou, ainda, por expressa solicitação de qualquer um destes, pelo corretor de seguros, exceto quando a contratação se der por meio de bilhete. §1º: A proposta escrita deverá conter os elementos

---

Federal do Paraná. Curitiba: 2016, p. 128, também aborda o exemplo do contrato de seguro.

<sup>379</sup> Registra-se a existência do Projeto de Lei do Contrato de Seguro em trâmite no Congresso Nacional desde o ano de 2004, originariamente sob o PL 3.555/2004 e, mais recentemente, sob o PL da Câmara nº 29/2017.

<sup>380</sup> Nesse sentido, TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. Vol. 3. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 720.

<sup>381</sup> Nesse sentido, TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42/44.

essenciais ao exame e aceitação do risco § 2º Caberá à sociedade seguradora fornecer ao proponente, obrigatoriamente, o protocolo que identifique a proposta por ela recepcionada, com indicação da data e hora de seu recebimento.”

O artigo 2º determina que: “A sociedade seguradora terá o prazo de 15 (quinze) dias para manifestar-se sobre a proposta, contados a partir da data de seu recebimento, seja para seguros novos ou renovações, bem como para alterações que impliquem modificação do risco.” Sendo certo que – no que concerne ao objeto específico deste estudo – mostra-se relevante o teor dos parágrafos 4º e 6º do referido artigo 2º, os quais salientam, respectivamente:

“Ficará a critério da sociedade seguradora a decisão de informar ou não, por escrito, ao proponente, ao seu representante legal ou corretor de seguros, sobre a aceitação da proposta, devendo, no entanto, obrigatoriamente, proceder à comunicação formal, no caso de sua não aceitação, justificando a recusa.” (§4º) e “A ausência de manifestação, por escrito, da sociedade seguradora, nos prazos previstos neste artigo, caracterizará a aceitação tácita da proposta. (§6º)

Por fim, o artigo 4º da Circular 251 estabelece que:

“A data de aceitação da proposta será: I – aquela em que a sociedade seguradora se manifestar expressamente, observados os prazos previstos no artigo 2º desta Circular; II – a de término dos prazos previstos no artigo 2º desta Circular, em caso de ausência de manifestação formal, por parte da sociedade seguradora. (...)”

Embora seja bastante questionável a legitimidade da SUSEP para regular temas de natureza eminentemente contratual<sup>382</sup>, é fato que o regramento em questão – apesar de não ostentar conteúdo legal – reconhece e regula a prática comercial reiterada no ambiente securitário.

---

<sup>382</sup> Ver TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44

Apesar, contudo, do enquadramento como hipótese de “aceitação tácita” (art. 2º, §6º), considera-se que diante do comportamento estritamente passivo da companhia seguradora face à proposta que lhe fora enviada, estar-se-á tecnicamente diante de hipótese de formação do contrato pelo silêncio, em virtude dos usos que preponderam em referido mercado, fortalecido pela regulação emanada da autoridade administrativa. Consoante se constata, a ausência de regra contratual ou legal impondo a declaração de vontade expressa permitiu, no âmbito dos usos e costumes, reconhecer que o silêncio da seguradora – após o decurso de determinado prazo contado do recebimento da proposta – importa anuência<sup>383</sup>.

Nada impede, porém, que ausente a aceitação expressa da proposta pela seguradora, verifique-se a adoção de comportamento ativo incompatível com a recusa da contratação, tal como a emissão e/ou o envio da apólice, caracterizando hipótese de aceitação tácita, por intermédio de comportamentos concludentes.

A natureza demasiadamente técnica do contrato de seguro, associada ao

---

<sup>383</sup> Nesse sentido, destaca-se o entendimento do STJ em acórdão emblemático a respeito do tema: RECURSO ESPECIAL Nº 1.306.367 - SP (2011/0202419-4), julgado em 20 de março de 2014, Quarta Turma STJ. Negaram provimento ao Recurso Especial por V.U. Ementa. direito civil. direito dos contratos. seguro. contrato consensual. momento em que é considerado perfeito e acabado. manifestação de vontade, ainda que tácita. contratação junto à corretora. preenchimento da proposta com autorização de pagamento do prêmio por débito em conta. sinistro. ocorrência antes da emissão da apólice. negativa de cobertura. descabimento. 1. O seguro é contrato consensual e aperfeiçoa-se tão logo haja manifestação de vontade, independentemente de emissão da apólice - ato unilateral da seguradora -, de sorte que a existência da avença não pode ficar a mercê exclusivamente da vontade de um dos contratantes, sob pena de ter-se uma conduta puramente potestativa, o que é, às expressas, vedado pelo art. 122 do Código Civil. 2. O art. 758 do Código Civil não confere à emissão da apólice a condição de requisito de existência do contrato de seguro, tampouco eleva tal documento ao degrau de prova tarifada ou única capaz de atestar a celebração da avença. 3. É fato notório que o contrato de seguro é celebrado, na prática, entre a corretora e o segurado, de modo que a seguradora não manifesta expressamente sua aceitação quanto à proposta, apenas a recusa ou emite, diretamente, a apólice do seguro, enviando-a ao contratante, juntamente com as chamadas condições gerais do seguro. Bem a propósito dessa praxe, a própria Susep disciplinou que a ausência de manifestação por parte da seguradora, no prazo de 15 (quinze) dias, configura aceitação tácita da cobertura do risco, conforme dispõe o art. 2º, caput e § 6º, da Circular Susep n. 251/2004. 4. Com efeito, havendo essa prática no mercado de seguro, a qual, inclusive, recebeu disciplina normativa pelo órgão regulador do setor, há de ser aplicado o art. 432 do Código Civil, segundo o qual “[s]e o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”. Na mesma linha, o art. 111 do Estatuto Civil preceitua que “[o] silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Doutrina e precedente. 5. No caso, não havendo nenhuma indicação de fraude e tendo o sinistro ocorrido efetivamente após a contratação junto à corretora de seguros, ocasião em que o consumidor firmou autorização de pagamento do prêmio mediante débito em conta, se em um prazo razoável não houve recusa da seguradora, só tendo havido muito tempo depois e exclusivamente em razão do sinistro noticiado, há de considerar-se aceita a proposta e plenamente aperfeiçoado o contrato. Deveras, vulnera os deveres de boa-fé contratual a inércia da seguradora em aceitar expressamente a contratação, vindo a recusá-la somente depois da notícia de ocorrência do sinistro e exclusivamente em razão disso. 6. Recurso especial não provido.

caráter especializado do oblato (Companhia Seguradora) e à sua postura diante do recebimento de proposta, cuja completude permite a conclusão do contrato pela mera adesão do oblato, com destaque para a prática reiterada adotada em referido mercado, a qual goza, inclusive, da chancela do agente regulador, contribuem para reconhecer o comportamento silencioso do segurador como meio apto de exercício da sua autonomia privada no que tange à formação do contrato de seguro.

Quanto à condicionante das “circunstâncias”<sup>384</sup>, tal como refere Martins-Costa<sup>385</sup>, o seu exame:

“(…) implica na consideração do ‘inteiro comportamento dos contraentes’ avaliando-se, inclusive, efeitos que o comportamento negocial provoca na esfera jurídica alheia, concretamente considerada, seja a conduta anterior à conclusão do negócio, seja a posterior.”

Tal análise compreende, também, a apuração de eventual “excesso de confiança”<sup>386</sup> por parte do destinatário do comportamento silencioso, cuja constatação é capaz de frustrar a formação do contrato, em virtude da caracterização de conduta que não seja digna de tutela jurídica. Por outro lado, também impede o exagero na abordagem de aspectos subjetivos, tal como destaca Martins-Costa<sup>387</sup>, pois:

“O intérprete não mais – ou não mais apenas – se vê às voltas da ‘comum intenção’ dos contratantes, devendo considerar outros complexos elementos, pois o campo da autonomia não é pensável como

---

<sup>384</sup> DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. (Tradução Fernando de Miranda). São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e C.A. editores, 1941, p. 157 realça a importância das circunstâncias do caso.

<sup>385</sup> MARTINS-COSTA, Judith H. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 852/2006 (Out. 2006), p. 87/126, p. 10.

<sup>386</sup> Nesse sentido ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 792, que a caracteriza como o “problema de sobre-investimento que pode ser incentivado por uma tutela do interesse contratual positivo que, não sendo sequer concebida para contrabalançar contingências contratuais nem dificuldades de observação e de comprovação de danos, acaba por funcionar como um ‘seguro total’, que cobre o ‘retorno’ do investimento em todas as circunstâncias, haja ou não cumprimento, haja ou não colaboração das partes na promoção desse cumprimento, haja ou não oportunismo ou diligência razoável na conduta de que dependa o resultado final do cumprimento (...)”

<sup>387</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro. (Nov. 2008), p. 147.



se fosse uma mônada, restrita à irreduzibilidade do sujeito, mas é visto em sua concreta circunstancialidade. Cabe ao intérprete, portanto, compreender o ajuste, considerando a racionalidade econômica e estratégica do ‘sistema contratual’ em que eventualmente alocados os singulares acordos; atentar para as circunstâncias que ditaram a sua conformação e para a posição social concreta dos contraentes, pois o princípio da desigualdade material convive com o da igualdade formal; ter presentes os motivos que ensejaram o ato comunicativo, percebendo, no espírito e na letra do Código Civil, o relevantíssimo papel reservado às ‘circunstâncias do caso’. Em suma, agora, ‘o pólo da autonomia vem situado em sua circunstancialidade’. Essa é apreendida, no plano hermenêutico, mediante o raciocínio por concreção.”

Diante da natureza aberta e indeterminada das circunstâncias negociais, seria impossível sistematizá-las de modo mais amplo. Procurar-se-á, contudo, fixar as suas principais características no decorrer deste estudo, com destaque para o tópico 5.4.3., a fim de permitir o estabelecimento de parâmetros mais claros de incidência no âmbito das situações concretas analisadas, bem como o escalonamento proposto no capítulo sétimo, por meio do método hermenêutico da concreção que Martins-Costa<sup>388</sup>, define como:

“(…) a construção, no caso, do significado da norma jurídica (legal ou contratual) levando-se em consideração as circunstâncias concretas do caso analisado (elementos fáticos) ‘em sua correlação’ com determinados elementos normativos, a saber, os princípios, os postulados normativos e as regras jurídicas considerados relevantes para aquele caso. Por essa razão, concretizar implica ‘sopesar’ os referidos elementos fáticos e normativos, de modo que ao ‘tornar concreto’ o intérprete adota uma ‘atitude de ordenação e de estabelecimento de relações’ compondo e entretecendo elementos de ordem fática e normativa.”

Em referido contexto, tanto na formação quanto no âmbito da execução de

---

<sup>388</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro. (Nov. 2008), p. 147.

determinado contrato, poder-se-á extrair de um comportamento silencioso, associado a determinados usos e/ou circunstâncias, o exercício legítimo da autonomia privada, tal como se demonstrará no decorrer deste estudo, por intermédio da interação da regra do artigo 111 CC com outras presentes no sistema e do estabelecimento de critérios e parâmetros destinados a melhor sistematizar tal realidade fático-jurídica.

#### 5.4.1. Necessidade de declaração de vontade expressa: forma

Como salientado anteriormente, o aprofundamento da análise das hipóteses de exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio depende da superação do pressuposto objetivo constante da parte final do artigo 111CC, relacionado a não ser “necessária a declaração de vontade expressa.”

Nesse contexto, merece destaque a análise da questão da forma dos negócios jurídicos. Trata-se de pressuposto lógico indispensável ao reconhecimento do exercício da autonomia privada por intermédio de comportamentos silenciosos, consoante se passa a demonstrar.

A forma “prescrita ou não defesa em lei” que, portanto, será, em regra, livre, caracteriza-se como um dos requisitos de validade do negócio jurídico (art. 104, III CC), embora seja, antes, elemento essencial do negócio jurídico (*essentialia negotii*), compondo o plano da existência<sup>389</sup>. Betti corrobora tal entendimento, salientando que tanto os negócios consistentes em declarações, quanto aqueles fundados em comportamentos sujeitam-se à forma, para que se tornem socialmente reconhecíveis<sup>390</sup>.

---

<sup>389</sup> Nesse sentido, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126, “importa é não fazer a confusão elementar de entender que somente os negócios com forma prescrita é que têm forma, sem se dar conta de que todos eles, inclusive os de forma livre, hão de ter uma forma, do contrário, inexistiriam”.

<sup>390</sup> BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 129/130, ao tratar das diferenças entre “declaração” e comportamento”, nos seguintes termos: “(...) Mas seria um erro atribuir razão às diferenças recorrendo à ideia de que nos negócios consistentes num simples comportamento a “vontade” se encontra no seu estado puro, sem a necessidade de uma forma. A verdade é que nenhum negócio subsiste sem uma forma que o torne socialmente reconhecível, e a forma do ato vincula, no máximo, o agente segundo seu objetivo significado social. Todavia, o valor vinculativo é diferente a depender do fato do negócio ter destinatários (seja uma declaração), e como tal gere nesses uma confiança, ainda que não seja endereçado a algum destinatário. Contudo, quando não seja endereçado a alguém, como um simples comportamento, ele gera uma confiança nos outros, mas só justifica ilações da parte deles segundo um critério de razoável coerência: e esta diversa natureza justifica o diverso tratamento ora acenado.” No original: “Ma sarebbe un errore render ragione della differenza ricorrendo all’idea che nei negozi consistenti in un semplice comportamento la <volontà> si trovi allo stato puro, senza bisogno di una forma. La verità è che nessun negozio sussiste senza una forma che lo renda socialmente riconoscibile, e la

Como salientado, por força da ressalva constante da parte final do artigo 111CC (“... e não for necessária a declaração de vontade expressa”), que subordina o *status* de anuência do silêncio à ausência de “necessária” declaração de vontade expressa (forma expressa), faz-se imperioso desenvolver breve análise acerca de referido pressuposto, para identificar, na essência, sob quais circunstâncias o silêncio ostenta aptidão para materializar ato de autonomia privada destinado a promover a autorregulamentação dos interesses privados<sup>391</sup>.

Em análise ao regramento geral do direito privado atual, constata-se que a referida ressalva do artigo 111CC encontra-se em sintonia com aquela prevista no artigo 107 do mesmo diploma legal<sup>392</sup>, que fixa a importância do requisito da forma na constituição de negócios jurídicos válidos. De acordo com o encetado dispositivo legal, se a lei exigir a observância de determinada “forma especial” – com destaque, entre outras, para a “expressa”, a “escrita” ou a “pública” – para a validade do negócio, não se admitirá que o vínculo jurídico negocial se estabeleça sob outras formas. Destaca-se, nesses casos, a inaptidão do silêncio para constituir contratos, restringindo as hipóteses de exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio apenas aos ditos negócios jurídicos “não formais”<sup>393</sup>.

---

forma dell’atto impegna, in massima, l’agente secondo il suo oggettivo significato sociale. Tuttavia il valore impegnativo è diverso secondo che il negozio abbia dei destinatari (sia cioè dichiarazione), e come tale generi in essi un affidamento, ovvero non sia rivolto ad alcun destinatario. Orbene, quando non sia rivolto ad alcuno, come un semplice comportamento, esso non genera un affidamento in altri, ma solo giustifica illazioni da parte loro secondo un criterio di ragionevole coerenza: e questa diversa natura giustifica il diverso trattamento ora accennato.”

<sup>391</sup> Nesse sentido, em análise à forma dos negócios jurídicos em geral, TEPEDINO, Gustavo. VIÉGAS, Francisco de Assis. A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**. . Fortaleza. Vol. 22, n.2, (maio/ago.), 2017, p. 555.

<sup>392</sup> “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.” Nesse sentido, destaca ZANETTI, Cristiano de Souza. Os papéis da forma no direito contratual brasileiro. **Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina**. Modena. Mucchi Editore. Vol. 30. Ano 2010, p. 149/177, p. 160 “Em determinadas circunstâncias, a conclusão dos negócios jurídicos, em particular do contrato, pode ser inferida da observância de determinadas condutas ou até mesmo do silêncio”

<sup>393</sup> Sobre tal classificação destaca BETTI, **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales** (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 31/74, “A antítese entre negócios formais e não formais não significa que os primeiros estejam dotados de forma, e os segundos estejam privados desta. (...) O que se trata é de observar se, diante de uma pluralidade de formas igualmente idôneas para fazer reconhecível um determinado preceito de autonomia privada, o Direito deve ou não estabelecer, com caráter necessário, uma forma específica ou várias formas optativas, de modo que um conteúdo preceptivo que se anunciar de modo distinto das prescritas (por exemplo, um testamento oral, na atualidade) não poderia produzir algum ou todos os efeitos jurídicos próprios daquele tipo de negócio.” (tradução livre). La antítesis entre negocios formales y no formales no significa que los primeros estén dotados de forma, y que los segundos estén privados de ésta. El problema de la forma de los negocios (a todos los cuales les es

Além da “necessidade” imposta pela lei, acrescenta-se que também as partes poderão pactuar – ainda que a lei não preveja – a observância de determinada forma para a celebração de negócios jurídicos, nos termos do que dispõe o artigo 109 da lei civil<sup>394</sup>. Nessa hipótese, caso as partes estabeleçam forma a ser observada, o silêncio não se mostra apto a constituir vínculos jurídicos negociais, ressalvadas aquelas situações nas quais as próprias partes estabeleçam que o silêncio será a forma escolhida por elas para a celebração de determinados contratos<sup>395</sup>.

Sob tal aspecto e a título de reflexão, não se mostra recomendável – embora seja relativamente frequente fora do universo contratual<sup>396</sup> e, eventualmente, possível de ocorrer no âmbito do contrato – que a lei imponha ou as partes prevejam como “forma especial” para a validade da declaração de vontade, qualquer comportamento fundado no silêncio das partes, em razão do caráter frequentemente instável, incerto e inseguro de tal

---

indispensable una forma sin ella no serían reconocibles) tiene otro sentido. De lo que se trata de apreciar si, entre una pluralidad de formas igualmente idóneas para hacer reconocible un determinado precepto de la autonomía privada, el Derecho debe o no establecer, con carácter necesario, una forma específica o varias formas optativas, en modo tal que un contenido preceptivo que se enunciara en forma distinta de las prescritas (por ejemplo, un testamento oral, en la actualidad) no podrá producir alguno o todos los efectos legales propios de aquel tipo de negocio.

<sup>394</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo III**, (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 501, registra tratar-se de princípio geral, nos seguintes termos: “É princípio geral de direito que se pode estabelecer determinada forma para ato jurídico a ser feito ou para atos jurídicos a serem feitos, de modo que da falta de observância resulte a ineficácia, ou a nulidade, ou apenas para que se previnam os figurantes com o fito de melhor segurança da prova.”, Segundo SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 73, em comentário ao art. 109, a menção à escritura pública “assume caráter meramente exemplificativo, podendo as partes, a rigor, escolher qualquer forma lícita que desejarem”. ZANETTI, Cristiano de Souza. Os papéis da forma no direito contratual brasileiro. **Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina**. Modena. Mucchi Editore. Vol. 30. Ano 2010, p. 149/177, p. 164 salienta que referido dispositivo legal desempenha “função assecuratória” da forma, nos seguintes termos: “A forma convencional responde, portanto, a uma função assecuratória, destinada a precisar o exato momento a partir do qual as partes estarão adstritas ao cumprimento do pactuado e, conseqüentemente, assegurar que não haverá vínculo efetivo entre elas antes que a forma escolhida seja observada.”

<sup>395</sup> Nesse sentido destaca MENKE, Fabiano. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo (arts. 189 ao 232)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 181/294, p. 195 ao reconhecer que a “Convenção entre as partes pode valorar o silêncio”, quando “as partes tenham previamente estipulado que a ausência de manifestação poderá implicar aceitação de uma delas.”

<sup>396</sup> Tal como no exemplo explorado no capítulo 4 (declaração expressa), acerca das deliberações assembleares, “aqueles que desejem manifestar sua concordância ou aceitação, mantenham-se em silêncio”. Os silentes, nesse caso, expressamente manifestam a vontade de contratar. Note-se que se trata de declaração expressa fundada em comportamento silencioso, que somente se concretiza naquelas situações nas quais a “forma” silêncio fora expressamente escolhida pelas partes para sacramentar a constituição do contrato. A variante menos frequente no universo contratual seria: “Se quiser contratar, mantenha-se em silêncio”. Nesse sentido, FRADERA, Vera Jacob de. **O valor do silêncio no novo Código Civil**. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto. Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 579, “Entre as circunstâncias, costuma-se incluir a existência de um acordo anterior, em que foi estabelecido expressar o silêncio uma aceitação.”

comportamento no processo de formação do contrato.

Antes mesmo da positivação da regra do artigo 111CC, a doutrina que estuda o comportamento silencioso e a sua aptidão para constituir vínculos negociais, já salientava que, no tocante à formação dos contratos, a questão do silêncio coloca-se como relevante apenas no universo dos contratos não formais<sup>397</sup>. Tal restrição justifica-se em prol da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. Em referido contexto, com o propósito de identificar os negócios, cuja constituição válida mostra-se possível por intermédio de condutas silenciosas, mostra-se atual, necessário e pertinente reforçar a distinção entre a forma dos negócios jurídicos e a prova dos fatos jurídicos em geral<sup>398</sup>, especialmente em razão da dupla função identificada em relação à “forma” (as quais não se confundem!) e, mais recentemente, da revogação do artigo 227CC pelo artigo 1.072

<sup>397</sup> Nesse sentido, MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 731/743. p. 732/733, “Os actos formaes ou solenes não offercem tropeços á apreciação da vontade real; mas nos actos não formaes é que o silêncio pode actuar de modo duvidoso. Nestes, pois, é que a dificuldade apparece.”

<sup>398</sup> Nesse sentido já advertia VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. Vol. IV: Le obbligazioni (Contratti e Prescrizione). 5ª Ed. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1926, p. 66. Mais recentemente TEPEDINO, Gustavo. VIÉGAS, Francisco de Assis. A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**. . Fortaleza. Vol. 22, n.2, (maio/ago.), 2017, p. 554 “A opção legislativa, contudo, não impediu que se mantivesse a confusão entre forma do negócio jurídico e prova dos fatos jurídicos.” No mesmo sentido, se extrai a relevância atual da distinção da jurisprudência, a exemplo do recente acórdão proferido, em 12.9.16, pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJ/SP, nos autos da Apelação n. 1020560-15.2015.8.26.0100, cujo trecho do voto vencedor, por V. U., (Rel. Francisco Loureiro) se destaca: “Logo, o simples fato de o contrato não ter sido devidamente formalizado não constitui requisito de validade (*ad substantiam*). Claro que não se confundem a forma *ad substantiam* e a forma *ad probationem*. A primeira é requisito de validade do ato, enquanto na segunda a forma é exigida apenas para a prova do ato. (...) No caso concreto, a forma é meramente *ad probationem*, o que se supera pela própria admissão das partes da celebração do contrato.” E, também, no âmbito do STJ, consoante acórdão da 4ª T. REsp 913.008/RJ. Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julg. 25.8.2009, cuja ementa foi a seguinte: “Civil e processual civil. proteção ao direito autoral de software. pirataria. meios de prova. previsão do art. 9º da lei 9.609/98 que indica a apresentação do contrato de licença e do documento fiscal como meios hábeis para provar a regularidade do uso programas de computador. comprovação do negócio jurídico mediante qualquer meio de prova idôneo, ainda que não especificado em lei. possibilidade. reexame de fatos. súmula 7/STJ.” (...) Conquanto o art. 9º da Lei 9.609/98 faça remissão expressa ao contrato de licença e ao documento fiscal, como meios hábeis de provar a regularidade do programa de computador, o dispositivo não excluiu expressamente outros elementos de prova, devendo ser interpretado em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, o qual admite, nos termos dos arts. 332, CPC e 212, CC, a comprovação dos fatos alegados pelas partes por qualquer meio idôneo, ainda que não especificado em lei. 5. O art. 9º da Lei 9.609/98 confere apenas caráter de prova pré-constituída, figura estabelecida pelo legislador para servir de comprovação futura de determinada relação jurídica, ao contrato de licença e ao documento fiscal, não limitando a comprovação do negócio jurídico mediante provas casuais, sem forma específica, apresentadas pelas partes no curso da lide.” No mesmo sentido: STJ. REsp 846.543/RS. 3ª T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 5.4.2011: “Muito embora o enunciado normativo do art. 27 da Lei 4.886/65, alterado pela Lei 8.420/92, enumere os elementos obrigatórios que devem constar do contrato de representação comercial quando realizado por escrito, não há dispositivo legal tampouco entendimento jurisprudencial que imponha uma determinada forma, vedando a celebração de ajuste verbal entre as partes. Com isso, em se tratando de contrato celebrado verbalmente, admite-se a comprovação das cláusulas pactuadas entre as partes contratantes por todos os meios em direito admitidos, tal como autoriza o art. 212 do CC/02, combinado com os artigos 400 e segs. do CPC”.

do Código de Processo Civil<sup>399</sup>, cuja ocorrência não se mostra apta a interferir em referida distinção clássica.

Quando se fala em forma do negócio jurídico, trata-se da forma *ad substantiam* ou *ad solemnitatem*, a denominada forma legal, cuja inobservância interfere na validade do contrato, por afetar a substância do ato<sup>400</sup>. A exigência legal da forma verifica-se naquelas situações nas quais prepondera a necessidade de conferir-se às partes a possibilidade de maior reflexão antes de manifestarem-se definitivamente no sentido de concluírem o contrato, a fim de afastar futuros questionamentos acerca da validade da relação e garantir, conseqüentemente, maior segurança ao ato, ainda que tal exigência interfira no dinamismo da relação negocial<sup>401</sup>.

A forma imposta pela lei como requisito de validade do negócio – e que, portanto, não pode ser suprida, sob pena de invalidação do ato – não se confunde<sup>402</sup> com a denominada “forma” *ad probationem*, a qual não decorre de imposição legal para a validade do ato e cujo estudo, atualmente, desenvolve-se no âmbito da disciplina das provas<sup>403</sup> (arts. 212 ao 232CC e arts. 369 ao 484CPC) dos fatos jurídicos em geral,

---

<sup>399</sup> Como decorrência lógica do disposto, entre outros, nos artigos 371 e 442 do referido diploma processual.

<sup>400</sup> Tal como se extrai, entre outros, dos artigos 108CC, 541CC. Registra-se que referida “forma especial”, necessária à validade de determinados negócios, não se confunde com as formalidades fixadas em lei para que se extraia determinados efeitos de alguns atos, tal como emana do artigo 784, III CPC “São títulos executivos extrajudiciais (...) III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;(...)”. Nesse sentido: “Processo civil. Execução por título extrajudicial. Contrato de empréstimo. Falta de assinatura de duas testemunhas. Juntada também da nota promissória emitida à época da contratação, consignando o valor total executado. Possibilidade. Título executivo válido. O contrato escrito, com assinatura de duas testemunhas, não é requisito de validade de um contrato, salvo hipóteses expressas previstas em lei. A assinatura de duas testemunhas no instrumento, por sua vez, presta-se apenas a atribuir-lhe a eficácia de título executivo, em nada modificando sua validade como ajuste de vontades. Se é válida a contratação, igualmente válida é a nota promissória emitida em garantia do ajuste. A ausência de duas testemunhas no contrato, portanto, não retira da cambial sua eficácia executiva. Recurso especial conhecido e improvido” (STJ, REsp 999.577/MG, 3ª T, j. 04.03.2010, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 06.04.2010).

<sup>401</sup> Nesse sentido, ZANETTI, Cristiano de Souza. Os papéis da forma no direito contratual brasileiro. **Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina**. Modena. Mucchi Editore. Vol. 30. Ano 2010, p. 149/177, sobre a “função de acautelamento” p. 164 “Não raro, a exigência formal garante às partes uma oportunidade adicional para refletir a respeito da conveniência de celebrar dado contrato. A solenidade serve, agora, para chamar a atenção das partes para a relevância do negócio que estão a concluir, seja em razão do valor das prestações envolvidas, seja por força da desvantagem patrimonial ou do risco que decorre de sua execução”.

<sup>402</sup> Tal como destaca VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Parte geral**. Vol. 1. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 632 “Não se confunde, por outro lado, forma com prova dos atos jurídicos. A forma é vista sob o aspecto estático; é aquele envoltório que reveste a manifestação de vontade. A prova é vista sob o aspecto dinâmico; serve para demonstrar a existência do ato.”

<sup>403</sup> Entendidas “as provas” como o “conjunto dos meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de um ato jurídico”. Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. VIÉGAS, Francisco de Assis. A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza. Vol. 22, n.2, (maio/ago.), 2017, p. 551-566 citam: “O conceito é amplamente adotado pela

restringindo a sua relevância à demonstração da existência de tais fatos e aos efeitos dos contratos, mas não será condicionante da validade destes<sup>404</sup>.

Importante registrar a existência de divergências acerca da denominada forma “*ad probationem*”, cuja abordagem, por vezes, acaba por gerar confusões em relação ao requisito da forma para a validade do negócio e, conseqüentemente, mostra-se capaz de interferir no reconhecimento da aptidão do silêncio para a formação de contratos. Em síntese, a celeuma é colocada, pois alguns autores<sup>405</sup> afirmam que determinadas regras jurídicas impõem a observância de “forma” (meio de prova) específica para a demonstração de determinados negócios, os quais não poderiam ser provados por outros meios<sup>406</sup>. Tal tratamento acaba por gerar, inclusive, graves distorções, que equiparam tais previsões legais acerca de “prova” àquelas relacionadas à “forma” exigida por lei para a validade do ato<sup>407</sup>.

Em sentido contrário, considera-se mais adequado o entendimento que

---

doutrina clássica.”

<sup>404</sup> Como adverte MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo III.** (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 451, “Se a lei exige ao ato jurídico a forma escrita, tem-se de perguntar se a exigiu como pressuposto necessário, caso em que a falta da forma escrita é óbice à entrada da manifestação de vontade no mundo jurídico e a defeituosidade causa de nulidade, ou se apenas estabeleceu regra jurídica de prova”. Como exemplos de situações que não se caracterizam como forma, mas sim como regra jurídica de prova, destaca-se o disposto nos artigos 646 CC e 758 CC.

<sup>405</sup> Tal como destaca PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil.** Vol. I. (Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes). 24ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 411 “Conforme o caso, ora é reclamado *ad solemnitatem*, e, então, diz-se que predomina sobre o fundo, não tendo nenhum valor a vontade que deixa de revestir a forma de emissão imposta pelo ordenamento jurídico (“*forma dat esse rei*”); ora é adotada *ad probationem*, e estabelece-se a necessidade dela para prova do negócio jurídico.”, concluindo que (p. 412) “Pode acontecer, entretanto, que a forma se institua apenas como veículo probatório – *ad probationem* – e então a declaração de vontade existe e é válida, mas a produção de seus efeitos pode vir a depender do requisito formal.”

<sup>406</sup> A exemplo dos já mencionados artigos 646 CC, 758 CC, 1.543 CC. Tal como se extrai de PEREIRA, Caio Mario da Silva. op. cit., p. 496 “Às vezes, e já em caráter excepcional, a lei exige determinada prova para certo fato, e, então, a pessoa que dele pretende extrair conseqüências jurídicas terá de fornecer a prova especial dele. (...) Por exceção, a ordem legal institui a ‘prova especial’, e deixa, nos casos previstos, de ser livre ao interessado produzir a que quiser”. Em sentido contrário, interpretando a regra do art. 987 CC sobre a prova da sociedade em comum, ver NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. **A sociedade em comum.** São Paulo: Malheiros, 2013, p. 130/131. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa:** comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 168/169 também confere interpretação restrita à referida regra do art. 987 CC.

<sup>407</sup> Nessa direção, OLIVEIRA, Carlos Santos de. **Da prova dos negócios jurídicos.** In: TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 502, sustenta que “nas hipóteses de prova de natureza especial, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, poderá suprir a falta do instrumento que é a substância do próprio ato”. GIANNICO, Maricé. **A prova no Código Civil:** natureza jurídica. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 104-107 fala, até mesmo, em “prova *ad solemnitatem*”. Nesse sentido também, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Prova do fato jurídico do Código Civil de 2002.** In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figuerêdo. Questões controvertidas: parte geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2007, p. 589/613.

restringe a relevância da forma aos requisitos de validade do negócio jurídico, admitindo-se que os negócios jurídicos em relação aos quais a lei não imponha forma especial sejam provados por qualquer meio de prova em direito admitido<sup>408</sup>. A propósito, é plenamente admissível que os atos jurídicos unilaterais que tenham por fim atingir negócio jurídico formal, possam ser não formais, tais como a revogação do testamento particular e a ratificação do ato jurídico anulável<sup>409</sup>.

Em complemento, nos parece adequado o argumento de que determinados meios de prova (e não forma) de negócios jurídicos previstos em lei materializam-se como meios de prova preferenciais, a exemplo do disposto nos artigos 646 CC e 758 CC, mas, cuja ausência não interfere na validade do ato e, especialmente, admitir-se-á que seja provado e gere efeitos por outros meios, em consonância, inclusive, com as regras processuais, com destaque para o disposto no artigo 369 CPC<sup>410</sup>.

O registro de referida divergência merece destaque quando se analisa a aptidão da conduta silenciosa para a formação de contratos, pois, ressalvadas aquelas hipóteses nas quais a lei (ou as partes, por força do art. 109 CC) imponha forma especial à constituição válida de determinados contratos, em todas as demais hipóteses, o comportamento silencioso mostrar-se-á potencialmente apto – desde que as circunstâncias ou os usos o autorizem – a caracterizar anuência e, conseqüentemente, a materializar o exercício da autonomia privada.

---

<sup>408</sup> Nesse sentido AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**: Depósito de ouro e pedras preciosas feito em 1878. Forma e prova do contrato de depósito. Depósito mercantil e depósito bancário. Mora do credor. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 249/262, p. 252-253 “Antes do Código Civil (LGL2002/400), admitia-se, porém, uma situação intermediária: a dos atos jurídicos que somente se podiam provar por escrito - e, então, havia a forma ‘ad probationem tantum.’”. Tal entendimento é corroborado pela constatação de que na redação final do CC/02 foi excluído o art. 142 do “Projeto Primitivo” do Código Civil que estabelecia o seguinte: “Quando a lei exige para o ato um certo e determinado meio de prova, entende-se que estabelece uma forma especial para o mesmo”.

<sup>409</sup> Nesse sentido MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado. Tomo III**. (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 493. Nos parece que a figura da outorga conjugal no âmbito do aval e da fiança também se enquadra em tal possibilidade, conforme será aprofundado no tópico 6.2.1.

<sup>410</sup> “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.” Nesse sentido TEPELINO, Gustavo. VIÉGAS, Francisco de Assis. A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**. . Fortaleza. Vol. 22, n.2, (maio/ago.), 2017, p. 558. Tal como destaca SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.130 (comentário art. 212 CC): “A admissibilidade de meios de prova atípicos é, de resto, corolário da ‘garantia constitucional da ampla defesa’, que abarca, na dicção do art. 5º, LV, da Constituição, ‘os meios e recursos a ela inerentes’.



A propósito da revogação expressa do *caput* do artigo 227 CC<sup>411</sup> pelo artigo 1.072 CPC, verifica-se que tal inovação legislativa apenas interfere no plano da eficácia, em relação aos meios de prova da ocorrência de determinados fatos jurídicos, ampliando, por exemplo, a importância das provas testemunhais, as quais se mostram aptas a demonstrar a ocorrência dos fatos jurídicos em geral, incluindo-se os negócios jurídicos cujo valor ultrapasse o décuplo do salário mínimo vigente no território nacional.

Não se verifica, contudo, qualquer interferência em relação à forma imposta pela lei à validade de determinados negócios jurídicos, os quais continuam a depender da observância da forma legal para que possam constituir-se validamente e, conseqüentemente, gerar efeitos jurídicos, não sendo admissível a supressão de referida forma por qualquer meio de prova.

Faz-se necessário consignar, outrossim, que a incidência de referido pressuposto relacionado à “necessária declaração de vontade expressa”, especialmente quando decorrente da vontade das partes, é capaz de interferir, em regra, no momento inicial constitutivo do vínculo jurídico contratual e não durante o curso da relação. Tal registro é relevante, pois no âmbito de relações validamente constituídas, quando o comportamento posterior das partes mostra-se incompatível com a “letra” do contrato (forma escrita), já não se está a tratar propriamente de “forma”, mas, sim, de interpretação dos efeitos do contrato, com base no comportamento ativo ou passivo das partes. Neste caso, as circunstâncias negociais deverão ser analisadas e a “previsão contratual expressa” pode sucumbir. Tal entendimento, a propósito, foi corroborado pela recente alteração promovida pela LLE, na redação do art. 113CC, cujo §1º estabelece que: “A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio”, incidindo, portanto, sobre os comportamentos das partes em geral, tal como será aprofundado no tópico 5.6.

#### **5.4.1.1. Casuística: pacto antenupcial**

---

<sup>411</sup> “Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.”

Com o propósito de demonstrar, na prática, a importância da forma como requisito obstativo do exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio no ambiente contratual, destaca-se o tratamento conferido ao pacto antenupcial.

A lei estabelece o “pacto antenupcial” como o instrumento jurídico apto a operacionalizar a manifestação de vontade dos cônjuges, quando estes optarem por regime de bens diverso do regime da comunhão parcial de bens, conforme prevê o parágrafo único do artigo 1.640CC<sup>412</sup>. Importante registrar, desde logo, que a doutrina pátria diverge acerca da natureza jurídica do pacto antenupcial e apresenta, basicamente, dois posicionamentos distintos a respeito. A primeira corrente enquadra-o como “negócio jurídico de direito de família”<sup>413</sup>, salientando que “o pacto antenupcial é um negócio jurídico de direito de família, condicionado à celebração do casamento”. Já a segunda corrente, defende tratar-se de “contrato de direito de família”, ao asseverar que “(...) Justamente diante desse interesse patrimonial é que se pode afirmar que o pacto antenupcial tem natureza contratual”<sup>414</sup>.

Independentemente de referida divergência, ambas as correntes doutrinárias concordam com a natureza negocial do pacto e diante da necessária manifestação de duas vontades para sua formação, trata-se de negócio jurídico bilateral<sup>415</sup>.

Inequívoca a sua natureza negocial, impõe-se investigação mais detalhada acerca dos aspectos que envolvem o processo de manifestação de vontade dos nubentes e do silêncio em tal contexto. Será o comportamento silencioso dos nubentes apto a formar o pacto antenupcial, ou seja, é possível extrair-se manifestação de vontade, apta a

---

<sup>412</sup> “Art. 1.640. Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas”. Nesse sentido, destaca ZANETTI, Cristiano de Souza. Os papéis da forma no direito contratual brasileiro. **Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina**. Modena. Mucchi Editore. Vol. 30. Ano 2010, p. 149/177, p. 166 “A exigência de escritura pública para o pacto antenupcial responde a necessidade semelhante. Sua duradoura repercussão na vida do casal reclama que sua celebração seja ponderada, o que tende a ser garantido pela forma legal.”

<sup>413</sup> Conforme se verifica, entre outros, em GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo, Saraiva, 1992, p. 36 e MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo VIII**. (Atualiz. Rosa Maria de Andrade Nery), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 309-310.

<sup>414</sup> Consoante destaca mais recentemente TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de família**. 14ª ed. Vol. 5. São Paulo, Forense, 2019, p. 174. No mesmo sentido, RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 27ª ed. (Atualizada por Francisco José Cahali). Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 174: “[...] pacto antenupcial é o contrato solene, realizado antes do casamento, por meio do qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre elas, durante o matrimônio”.

<sup>415</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 4, “(...) o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral.”

constituir o pacto antenupcial, de um comportamento não expresso dos nubentes?

Analisando-se duas situações hipotéticas – com o fim de provocar reflexões acerca do tema – imagine-se, numa primeira situação, que um dos nubentes afirme ao outro, perante o registrador civil, a vontade de casar-se sob o regime da separação convencional de bens, pelo fato de ser empresário, e o outro não refuta tal pretensão e, simplesmente, silencia. Ou, num segundo exemplo, um dos nubentes salienta que somente se casa, se for pelo regime da comunhão universal e outro nada diz, mas inicia o processo de habilitação do casamento, sob tal regime.

Na linha do que já fora abordado no capítulo segundo, alguns autores<sup>416</sup> defendem tratar-se de ato pré-jurídico, pois o comportamento, ainda que volitivo, não se mostra apto a constituir “declaração” e, logo, não alcança o *status* de fato jurídico, sequer ingressando para o mundo jurídico. Para outros<sup>417</sup>, a ausência de oposição (manifestada pelo silêncio), associada às circunstâncias negociais, podem implicar no consenso dos nubentes e, conseqüentemente, no seu ingresso no mundo jurídico, no plano da existência. Embora existente, tal acordo de vontades, contudo, não se mostra apto a ingressar no plano da validade, por não revestir a forma que a lei prescreve (escritura pública), tal como se detalhará a seguir.

O artigo 1.640CC – inserido no Título II (Do Direito Patrimonial), do Livro IV (Do Direito de Família), da Parte Especial do referido diploma legal – estabelece que “não havendo convenção, (...), vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.” Como se vê, a lei brasileira não impõe aos futuros cônjuges o dever de celebrarem o pacto antenupcial. Estabelece regra de caráter dispositivo, prevendo que no silêncio dos nubentes – aqui também caracterizado pela inação (ver capítulo 4.2), decorrente ou não de ato voluntário destes – o regime de bens aplicável ao casamento será o da comunhão parcial de bens<sup>418</sup>. Extrai-se, portanto, a conclusão de que o silêncio ou a

---

<sup>416</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82, “(...) a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração. (...) O fato de ela poder vir a influenciar a validade ou a eficácia do negócio não a transforma em parte dele.”

<sup>417</sup> Conforme é, aparentemente, possível extrair-se da lição de MIRANDA, PONTES de. **Tratado de Direito Privado. Tomo III**, Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 112 “Sempre que a regra jurídica não exclui o negócio jurídico (= não no diz não-existente ou não o diz negócio extrajurídico), negócio jurídico há, ainda que deficiente o suporte fático. A deficiência pode concernir aos sujeitos (deficiência subjetiva), ou ao objeto, ou às vontades, ou a outro elemento do suporte fático, como a forma ou o assentimento de terceiro.

<sup>418</sup> Previsto nos artigos 1.658 ao 1.666 do CC.

inação de um ou de ambos os cônjuges não é apto a formar o pacto antenupcial e, como consequência, enseja a aplicação do regime da comunhão parcial de bens.

A definição do regime de bens do casamento é fruto da autonomia privada dos nubentes e tem, portanto, no poder de autorregramento o núcleo de sua existência, consoante se extrai do disposto no art. 1.639 CC, o qual preceitua que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”, salientando a primeira parte do parágrafo único do artigo seguinte (art. 1.640CC) que “poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula (...).”

Conforme se extrai de tais regras, caso os futuros cônjuges desejem que o regime de bens do casamento seja distinto do regime da comunhão parcial, os mesmos deverão voluntariamente “convencionar” a respeito, definindo, por ato de vontade<sup>419</sup>, qual regime de bens regerá os aspectos patrimoniais do casamento.

Tomando por base apenas o disposto no artigo 1.640CC, *caput*, poder-se-ia admitir que eventual “convenção” entre os futuros cônjuges decorresse de uma manifestação tácita, ou até mesmo do silêncio de um deles face à conduta do outro. Em análise, contudo, ao parágrafo único do mesmo dispositivo legal, verifica-se a exigência de que na hipótese de não se pronunciarem os nubentes, ou, caso optem pelo regime supletivo da comunhão parcial de bens, seja reduzida “a termo a opção pela comunhão parcial” e, no caso de optarem por outros regimes de bens, seja elaborado “o pacto antenupcial por escritura pública”.

Segundo se extrai de referidos dispositivos legais – embora o mero consenso dos futuros cônjuges possa, em tese, emanar de manifestações tácitas ou até mesmo do silêncio dos mesmos – diante da exigência legal de que a declaração de vontade seja expressa e, inclusive observe forma prescrita na lei, não é possível conferir poder formativo de pacto antenupcial ao comportamento silencioso dos nubentes, ainda que associado a circunstâncias capazes de transmitir tal percepção fática.

Sendo assim, considerando que a lei exige declaração de vontade expressa, nos termos do art. 111CC, o silêncio do(s) nubente(s) não importa anuência e,

---

<sup>419</sup> Ressalvadas aquelas hipóteses nas quais a lei impõe limites ao exercício da autonomia privada, tal como se extrai do “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.”

consequentemente, o pacto aparentemente sequer se constitui. Ainda que se admita a sua existência, o pacto não alcançaria o plano da validade caso não celebrado por escritura pública, nos termos do disposto no art. 1.653CC, que prevê a nulidade do “pacto antenupcial se não for feito por escritura pública (...)”, em consonância, ainda, com a norma do já analisado artigo 107CC.

Nesse sentido, não se mostra adequada, por exemplo, a solução alcançada nos autos do recurso de apelação cível n. 121.937-4/3 julgado pelo TJ/SP<sup>420</sup>, no qual o mero consenso dos nubentes e a informação constante da certidão de casamento suprimam a ausência de pacto antenupcial e prevaleceram sobre a forma pública exigida pela lei, sob os seguintes argumentos centrais:

“(...) a decisão monocrática confirmou como separação de bens o regime do casamento dos requerentes, sendo relevante considerar que foi aquilo que os nubentes acordaram à época da habilitação, dando por suprida a falta de pacto antenupcial para estabelecimento do regime. (...) induzidos por erro pelo cartorário, ao invés de estabelecerem como regime de bens do matrimônio diverso da comunhão universal de bens por escritura pública do pacto antenupcial (art. 256 do CC/16), fizeram-no por declaração nos próprios autos de habilitação para o casamento (fls. 14). Fizeram-no previamente ao ato do matrimônio, e de boa fé, prestando declaração perante a serventuária do Cartório de Registro Civil onde foram celebradas as núpcias (fls. 12/23). Além disso, a declaração de vontade, embora não revestida de formalidade da escritura pública, foi praticada perante o serventuário, que teria competência para o ato notarial.”

---

<sup>420</sup> Ementa: Retificação de registro civil - Convalidação e ratificação do declarado pelos cônjuges perante o Cartório de Registro Civil onde foram celebradas as núpcias – Não obstante fora inobservado o disposto do art. 258 do Código Civil, a verdade é que se cuida de vício literal que poderia ser sanado a qualquer tempo – Declaração nos próprios autos de habilitação de casamento que supre a ausência de escritura de pacto antenupcial (...) – Provimento parcial, devendo ser regularizada a postulação antes da expedição do mandato.” Acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Privado, em 25 de abril de 2.000 (origem comarca de Paraguaçu Paulista). Registra-se que apesar de acórdão cujo julgamento ocorreu antes do início da vigência do CC/02, referido aresto se mostra útil à ilustração da problemática explorada, na medida em que, com algumas exceções pontuais, não há diferenças significativas no tratamento conferido ao pacto antenupcial pelo CC/02 e pelo CC/16. Em sentido contrário ao referido entendimento do TJ/SP, destaca-se o acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 173.018-AC (1998/0031197-1), da 3ª turma do STJ, julgado em 26 de junho de 2.000. Ementa: “Inventário. Admissão do cônjuge supérstite. Regime da separação de bens. Prova. Pacto antenupcial. A certidão de casamento não é suficiente para demonstrar que o casamento foi celebrado sob o regime de separação de bens. É imprescindível tenha havido pacto antenupcial com convenção nesse sentido.”

O voto vencedor prevaleceu com os seguintes argumentos centrais:

“(…) o regime de separação de bens já é constante do respectivo assento de casamento e por via de consequência das certidões que dele possam ser extraídas, espancando-se quaisquer dúvidas na medida em que o deferimento do pleito inaugural implicara na consequente averbação, à margem do assento em apreço, do mandado a ser expedido, a ser também registrado no Cartório de imóveis.”

Enquanto o voto vencido demonstra toda a sua irresignação e preocupação com o resultado final do julgamento, sob os seguintes argumentos:

“(…) Assim, qualquer pacto antenupcial não realizado por escritura pública é nulo, porque é da subsistência do ato a necessidade daquela nos pactos antenupciais, não se podendo, portanto, estipular regime de bens por simples instrumento particular, como o fizeram os autores. (...) não tendo a vontade dos apelados sido manifestada em escritura pública, nula é a convenção adotada na certidão de casamento. (...) A tese do magistrado prestigia a vontade dos nubentes e deixa de lado a vontade da lei. Amanhã poderá ser oportuno para alguém alterar seu regime de bens alegando que quando da celebração do casamento seu desejo era outro, embora não tenha manifestado através de escritura pública.”

Como salientado nos argumentos constantes do voto vencido, não há como concordar com o entendimento prevalente no referido julgamento, diante da violação expressa das regras do direito positivo pátrio, em razão da grave relativização da importância da celebração do pacto antenupcial e da observância da forma pública, para conferir validade e efeitos jurídicos ao consenso dos cônjuges, provocando grande instabilidade e insegurança jurídica, uma vez que a referida decisão é capaz de afetar a esfera jurídica de terceiros, em especial de eventuais credores de referidos cônjuges.

#### 5.4.2. Possíveis facetas do silêncio no contrato: proposta e aceitação?

Tratados o pressuposto e as principais condicionantes que envolvem o exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio no ambiente contratual, impõe-se identificar de quais formas ele se concretiza na realidade brasileira, em especial no que tange à sua aptidão para materializar proposta, aceitação e outros fatos jurídicos relevantes no universo contratual.

As alterações estruturais e de conteúdo incorporadas ao CC, no tocante à aptidão do comportamento silencioso para a formação dos negócios em geral, exigem que sejam verificadas se, e em que medida, tais modificações ensejaram, ou não, mudanças na dinâmica da formação do contrato pelo silêncio, mais precisamente no que tange à caracterização das figuras da “proposta” e da “aceitação” por intermédio de comportamentos silenciosos.

Importante consignar, porém, que a referida lógica formativa não abrange os denominados contratos reais, cuja efetiva constituição dependerá da entrega da coisa, tal como ocorre, por exemplo, no contrato de depósito e no comodato<sup>421</sup>. O comportamento silencioso das partes ostentará, em relação aos contratos reais, menor importância no que se refere à formação propriamente dita, a qual se operará, em regra, por meio de manifestações tácitas, mais precisamente por intermédio da concretização de comportamentos concludentes.

Relevante registrar a crítica desenvolvida por alguns autores acerca da menor relevância jurídica em torno do modelo ainda adotado pelo CC e de algumas das discussões que envolvem as figuras da “proposta” e da “aceitação”, por considerar que “o elegante esquema é raro, na prática”, já que enquanto no ambiente de consumo não se concede, em regra, “aos destinatários (consumidores) a chance de aceitar a oferta com modificações, mas podendo tão somente aceitá-la ou não, em uma forma de contratação por adesão”, no universo dos “negócios mais complexos, entre partes situadas em relativa paridade jurídica e econômica, o mais frequente é que as declarações de vontade não sejam emitidas unilateralmente, nem pelo proponente, nem pelo aceitante, mas sejam bilateralmente construídas por meio de negociações preliminares”<sup>422</sup>. Acrescenta-se a tais

---

<sup>421</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 65.

<sup>422</sup> Tal reflexão é proposta por SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 253 (comentário ao art. 427 CC).

reflexões aquela atinente às teorias da formação do contrato entre ausentes<sup>423</sup>, diante da constatação de que os mecanismos tecnológicos têm proporcionado, cada vez mais, situações de “presença”<sup>424</sup> entre as partes, impondo a necessidade de investigar com maior profundidade o papel do comportamento silencioso em referido contexto.

Tal como já salientado, embora a celebração dos contratos via *internet* não compreenda o objeto deste estudo, registram-se inúmeras dúvidas acerca da formação dos denominados “contratos eletrônicos”, com destaque para os seguintes aspectos destacados por Santolim<sup>425</sup> no ambiente consumerista:

“(a) o que constitui a aceitação do consumidor diante da oferta do vendedor, (b) quais são os termos e condições do contrato, (c) que conduta o consumidor manifesta para que a sua concordância seja capaz de vinculá-lo, (d) quando um consumidor submete a sua ordem de compra a um vendedor pela Internet, se isto constitui a aceitação do consumidor para a oferta do vendedor ou é o consumidor quem está fazendo oferta, (e) se a última hipótese está correta, o que constitui a aceitação do vendedor e (f) se o contrato está sendo formado, por quais termos e condições fica obrigado o consumidor.”

Apesar de tais considerações, as regras de formação dos contratos ainda se sustentam em referido esquema tradicional, com base no qual os contratos ditos “consensuais” decorrem, classicamente, do acordo de vontades (consenso). Mais precisamente da convergência entre os negócios jurídicos unilaterais<sup>426</sup> designados, de um

---

<sup>423</sup> Sobre a relevância da distinção dos contratos entre ausentes e presentes, vale destacar trecho de MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo III**, (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 208 “Para o direito romano, o contrato era algo de todo orgânico, que se não podia cindir, que só se dava como todo. (...) Tudo se passava entre presentes. Assim também no direito germânico, mais acentuada a ligação do devedor, pela palavra dada. (...) O direito comum desenvolveu a técnica dos contratos entre ausentes, começando a separar os dois negócios, o da oferta e o da aceitação, ainda pontilhada de dificuldades e contradições a doutrina, com prejuízo para o tráfico.”

<sup>424</sup> Que na verdade não expressa propriamente um critério geográfico, de proximidade física, mas, sim, de ordem jurídica, baseada em aspectos temporais, tal como adverte CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 551/552.

<sup>425</sup> SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. Vol. 55/2005, (Jul-Set/2005), p. 5.

<sup>426</sup> Nesse sentido, MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo II**. (Atualiz. Ovídio R. B. Sandoval). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 508. VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. Vol. IV: Le obbligazioni (Contratti e Prescrizione). 5ª Ed. Milano: Casa Editrice Dottor



lado, por “proposta” – emitida pelo proponente ou polícitante – e, do outro lado, por “aceitação”, do oblato ou aceitante. Exige-se, inclusive, que a proposta contenha todos os elementos essenciais à formação do contrato pela simples aceitação do oblato, sendo que a ausência de tais elementos essenciais ou alterações em seu conteúdo pelo destinatário poderão caracterizar contraproposta ou nova proposta<sup>427</sup>.

Por não se tratar de questão relevante ao objeto deste estudo, não serão aprofundadas as discussões acerca de eventuais distinções entre “proposta” e “oferta”, as quais são tratadas como expressões sinônimas por alguns<sup>428</sup> e como figuras jurídicas distintas por outros<sup>429</sup>, especialmente após o advento do art. 429CC<sup>430</sup>. Sob quaisquer das perspectivas que se analise a questão, não se verifica a existência de reflexos da discussão no âmbito dos comportamentos silenciosos. Relevante, porém, no contexto do exercício da autonomia privada pelo silêncio no ambiente contratual, é a distinção entre “proposta” e “convite à proposta”, pois “a iniciativa de uma parte tenha este ou aquele caráter, sendo uma proposta ou um convite a fazê-la, alteram-se as figuras do proponente e do aceitante, e movem-se a sede e o momento no qual se aperfeiçoa o contrato.”<sup>431</sup>.

---

Francesco Vallardi, 1926, p. 20 “Proposta e accettazione costituiscono negozii giuridici, cioè dichiarazioni di volontà emesse col proposito di produrre effetti giuridici. Sono negozii giuridici unilateral, indivisibili, dotati di caratteri propri e capaci di effetti propri essenzialmente diversi dai caratteri e dagli effetti del contratto.” Em sentido contrário, GOMES, Orlando. **Contratos**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 65 para quem: “Proposta e aceitação não constituem negócios jurídicos, classificando-se como atos pré-negociais, cujos efeitos são prefigurados na lei.”

<sup>427</sup> Consoante dispõe o artigo 431 CC, cujo teor é o seguinte: “A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta.”

<sup>428</sup> Nesse sentido, ainda antes do advento do CC, MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII**. (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 93 salientava que: “oferta é a primeira manifestação de vontade, a que se há de seguir a aceitação para que se conclua o negócio jurídico bilateral. Também se costuma chamar *proposta* à oferta e no Código Civil foi esse nome o que se empregou.”

<sup>429</sup> Tal como defendem, entre outros, GOMES, Orlando, op. cit., p. 71 ao tratar da proposta salientando que: “Não deve ficar na dependência de nova manifestação da vontade, pois a oferta, condicionada a ulterior declaração do proponente, proposta não é no sentido técnico da palavra.” MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. (Revisada, atualizada e ampliada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 600 “O novo Código Civil de 2002 prefere utilizar a expressão proposta, repetindo em seu art. 427 a norma do art. 1.080 do CC/1916 (...) Já as “propostas” ao público em geral, denomina ofertas, como o próprio CDC”. TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação dos contratos**: proposta, aceitação e elementos da declaração negocial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32/33 considera relevante a distinção entre “proposta” e “oferta”.

<sup>430</sup> Que trata da “oferta ao público” e não apresenta correspondente no CC/16, nos seguintes termos: “Art. 429CC. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.”

<sup>431</sup> VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. Vol. IV: Le obbligazioni (Contratti e Prescrizione). 5ª Ed. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1926, p. 20 “È assai importante di fissare i caratteri giuridici della proposta, specialmente per distinguerla dall’ invito a fare delle proposte,

A matéria encontra-se positivada nos artigos 427 a 435 do CC, os quais na essência – com exceção, por exemplo, da ausência de dispositivo correspondente ao revogado art. 1.079 CC/16 e do advento do art. 429 CC, como já analisado – não sofreram alterações significativas em relação aos seus correspondentes do Código Civil de 1916 (arts. 1.080 ao 1.087 CC/16). Superada a questão referente ao reconhecimento da aptidão do comportamento silencioso no que diz respeito ao exercício da autonomia privada, com destaque para a formação do contrato, que restou, inclusive, fortalecido pela regra do artigo 111CC, faz-se necessário explorar, ainda que de forma sintética, os impactos de referida inovação em relação às regras de formação, propriamente dita<sup>432</sup>.

Há grande dificuldade em vislumbrar-se – tanto por intermédio das declarações, quanto dos comportamentos – situações nas quais a conduta silenciosa seja apta a constituir uma “proposta”, em razão da incompatibilidade entre a passividade, inerente aos comportamentos silenciosos e a necessária conduta ativa, expressa ou tácita, que deve acompanhar a proposta<sup>433</sup>, nos termos do que se extrai dos artigos 427, 428 e 429, todos do Código Civil brasileiro.

Não bastasse o caráter ativo da conduta necessária a materializar a proposta, o seu teor pressupõe seriedade, precisão, clareza e completude<sup>434</sup>, pois além de “obrigar”<sup>435</sup> o proponente, que se subordina à proposta – ainda que, a depender das circunstâncias, por pouco tempo e, eventualmente, passível de revogação –, esta deve estar apta a ser objeto

---

perchè secondo che l’iniziativa di una parte há questo carattere o quello, secondo che è una proposta o un invito a farne, si scambiano le figure del proponente e dell’acettante, e si spostano la sede e il momento in cui si perfeziona il contratto.”

<sup>432</sup> Ainda na vigência do CC/16 defendia LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 108 que o silêncio ostenta tal aptidão desde que ausente exigência de um consentimento expresso ou que se verifique um obstáculo formal no contrato.

<sup>433</sup> Nesse sentido destaca VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. Vol. IV: Le obbligazioni (Contratti e Prescrizione). 5ª Ed. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1926, p. 21 “La proposta può farsi sia a viva voce, sia per iscritto, p. es., com uma lettera, com un telegrama, può fare anche tacitamente, coll’esposizione di un quadro, coll’invio dela merce. (...) Essa deve sempre manifestarsi com qualche atto positivo, sia espresso, sia tacito.”

<sup>434</sup> Nesse sentido, GOMES, Orlando. **Contratos**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 66.

<sup>435</sup> Embora tecnicamente alguns autores sustentem que o mais adequado fosse “vincular”, tal como explorado no tópico 5.3. supra e sustentam, entre outros MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 399/401 e MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo XXXVIII**. (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 4.194, p. 130, em análise ao art. 1.080 CC/16 “A oferta vincula o oferente. Desgraçadamente, nas leis e nos livros de doutrina, por vezes se emprega ‘obrigar’ em vez de vincular, ou de ‘tornar devedor’, como de obrigar *stricto sensu*. A vinculação, a dívida e a obrigação se confundem. O oferente ainda não deve, *afortiori* ainda não é obrigado, mas vinculado fica, exceto se na oferta estabeleceu restrições, ou se a inviolabilidade resulta do tipo mesmo do negócio jurídico, ou de circunstâncias do caso concreto.”

de mera “aceitação” pelo destinatário (oblato), o qual terá a faculdade de simplesmente exercer seu direito potestativo<sup>436</sup>, aderindo, de forma expressa, tácita ou pelo silêncio, aos termos da proposta, para constituir o contrato<sup>437</sup>.

Tais peculiaridades, portanto, dificultam – para não dizer, impossibilitam – a materialização da proposta por intermédio de comportamentos silenciosos, ainda que sob determinadas circunstâncias especiais.

É possível afirmar, portanto, no que tange à formação do contrato, o exercício da autonomia privada por intermédio de comportamentos silenciosos materializa-se na aceitação, mediante a análise preponderante dos usos e das circunstâncias que a envolvem e sem conferir-se maior preponderância à vontade e à consciência do silente em relação ao comportamento adotado. Trata-se, como salientado, de negócio jurídico unilateral, cuja caracterização enseja a efetiva constituição do vínculo jurídico contratual. A aceitação deve ser formulada pelo oblato – ou por qualquer interessado no caso de ofertas ao público – e o seu conteúdo deve representar total concordância com o teor da proposta, revestindo, se for o caso, a forma exigida para o contrato<sup>438</sup>.

Em referido contexto, para que se possa aferir, numa situação concreta, a aptidão do comportamento silencioso para materializar a aceitação, faz-se necessário aplicar a regra do artigo 111CC em consonância com os dispositivos relativos à formação do contrato, com destaque inicial para os incisos do artigo 428CC, os quais estabelecem as diretrizes gerais acerca da proposta e, em seguida, para o artigo 432CC, por sua relevância em relação ao tema.

Diante dos requisitos impostos à proposta e da constatação de que a aceitação caracteriza-se pela “solda”<sup>439</sup> de tais negócios jurídicos unilaterais, a análise do exercício da autonomia privada, por intermédio de comportamentos silenciosos aptos a constituírem contratos, estará intimamente relacionada às circunstâncias sob as quais a

---

<sup>436</sup> GOMES, **Contratos**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 66.

<sup>437</sup> Registra-se, nesse sentido, a advertência de MARTINS-COSTA. Judith. **Um aspecto da obrigação de indenizar**. In: MENDES, Gilmar Ferreira, STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral*, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 23 acerca das dificuldades de se distinguir determinadas figuras próprias da fase pré-contratual (tais como “memorandos de entendimentos”, “declarações de intenção”, “acordos de princípios”) da “proposta”.

<sup>438</sup> Nesse sentido, CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 559.

<sup>439</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo III**. (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 208 “O negócio jurídico bilateral solda dois negócios jurídicos (...), que se destinavam a isso (oferta, aceitação). Por isso, há efeitos próprios, típicos, da bilateralidade do negócio jurídico.”

proposta é formulada, verificando-se os fatos e comportamentos que lhe precederam e que lhe sucederam, a fim de que se possa aferir, entre outros aspectos, se ela se mostra apta a, uma vez aceita, vincular as partes e – no que se refere ao objeto específico do presente estudo – em que condições poder-se-á extrair a “anuência” do destinatário da proposta como resultado do seu comportamento silencioso<sup>440</sup>.

Na formação dos contratos entre presentes, a lei subordina a obrigatoriedade da proposta à sua aceitação imediata pelo oblato, nos termos do inciso I do art. 428CC<sup>441</sup>. Acrescenta-se que em virtude do disposto na segunda parte do encetado dispositivo legal, a caracterização da relação entre presentes não se limita à presença física. Equiparam-se a ela as propostas formuladas “por telefone ou por meio de comunicação semelhante”, tais como os atuais meios de comunicação instantânea por mensagens de voz ou de texto<sup>442</sup>, os quais têm sido amplamente utilizados, inclusive, para fins contratuais e empresariais, tal como se procurará ilustrar, por intermédio de exemplos, ao longo do presente estudo.

É possível afirmar, contudo, que nas propostas elaboradas entre presentes, o silêncio do oblato diante da proposta que lhe seja diretamente dirigida não se mostra apto, em regra, a caracterizar o exercício da autonomia privada no sentido de constituir contratos, devendo referido comportamento ser interpretado como recusa ou, no mínimo, como “não aceitação”.

A distinção entre as figuras da “recusa” e da “não aceitação” pode, a depender das circunstâncias negociais, mostrar-se relevante, pois, a despeito da sua frequente equiparação no âmbito dos contratos entre presentes, enquanto a recusa representa a ideia de negar definitivamente determinada proposta, fazendo com que a celebração do contrato dependa de nova proposta, sob novas bases; a “não aceitação” confere margem para que o oblato possa aceitar posteriormente, especialmente (mas não exclusivamente), naquelas situações nas quais, por exemplo, o prazo da proposta não expirou ou as circunstâncias permitem concluir pela vigência da proposta. Tal aceitação posterior pode

---

<sup>440</sup> Antes mesmo do advento do art. 111CC MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII.** (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 88/89 já advertia e apresentava alguns parâmetros, nos seguintes termos: “Em princípio, ninguém tem dever de responder à oferta que lhe chegue. De jeito que não se há de ter como aceitação o silêncio do destinatário. Todavia, anteriores entendimentos, os usos do tráfico e as cláusulas especiais insertas na oferta podem preestabelecer que se tenha como aceita a oferta a que se seguiu inatividade, silêncio, do destinatário.”

<sup>441</sup> “Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;”

<sup>442</sup> Tais como *Whatsapp*, telegram etc.

se dar de forma expressa, tácita, mediante comportamento incompatível com a recusa, ou até mesmo pelo silêncio, tal como se ilustrará a seguir.

Destaca-se, nesse sentido, a conduta do sujeito que, provocado pelo proponente – o qual lhe apresenta os elementos necessários à contratação – simplesmente “silencia” diante do proponente. Nessa hipótese, embora não haja “declaração” propriamente dita, verifica-se, em face das circunstâncias apresentadas, que o comportamento silencioso do oblato em relação à proposta que lhe fora formulada, se não caracteriza a “recusa expressa”, manifesta, ao menos e naquele momento, a não aceitação e, conseqüentemente, a não formação do contrato.

Situação análoga se verifica no exemplo da feira popular destinada à venda e compra de veículos usados, na qual o proprietário “particular” (não empresário) expõe seu veículo à venda, com a indicação das informações relevantes e necessárias à celebração do negócio, incluindo-se o preço. Ao perceber o interesse de potencial comprador, que analisa atentamente o veículo, o potencial vendedor formula “proposta especial de venda”, conferindo 40% de desconto sobre o preço constante do anúncio, seguindo-se o silêncio (e inação) do oblato, ou em uma variante de referido exemplo, é o potencial adquirente quem diz ao potencial vendedor “Levo o carro se me conceder 40% de desconto!”, sendo referida contraproposta sucedida pelo silêncio (e inação) do vendedor. Em ambos os casos, as circunstâncias apresentadas não permitem reconhecer o silêncio das partes como meios aptos a constituírem o contrato de compra e venda.

No que tange à proposta dirigida a pessoas ausentes, assim entendida aquela enviada por correspondência – inclusive mensagens eletrônicas de caráter não instantâneo, tal como ocorre em relação ao *email* – a mesma perderá a sua vigência, se não houver sido expedida resposta pelo oblato dentro do prazo fixado pelo proponente; ou, se feita a proposta sem prazo, houver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente<sup>443</sup>.

Se a primeira hipótese não gera maiores dúvidas, em razão da fixação de prazo pelo proponente, acarretando a sua desvinculação caso o oblato mantenha-se silente até o término do referido prazo; a segunda hipótese fática demanda análise mais aprofundada, pois o comportamento silencioso do oblato somente opera a liberação do proponente em relação à proposta, após o decurso de tempo superior àquele considerado

---

<sup>443</sup> Tal como estabelecido no art. 428, I e II CC.

“suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente”, o qual certamente sofrerá significativas variações a depender do meio eleito, como por exemplo, pelo envio de correspondência física ou de mensagem por correio eletrônico.

Nesse sentido, ilustra-se a relevância de tal análise por intermédio de acórdão proferido pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do recurso de apelação Cível 1115707-97.2017.8.26.0100, julgado em 07/12/2018, que envolveu contrato de recompra do estabelecimento empresarial, cujos principais elementos fáticos e jurídicos a que se teve acesso foram os seguintes:

“(…) o presente julgamento limita-se à declaração de existência, validade e eficácia do anunciado contrato de recompra,(…) (p. 9) Esclarece que, depois de muito insistir, o réu concordou em recomprar o restaurante por R\$ 59.500,00, contudo, encaminhada, por mensagem eletrônica (pela autora), a minuta do contrato, o instrumento nunca foi assinado. Acrescenta que, decorridos cerca de seis meses do encaminhamento da minuta, o réu afirmou que nada pagaria pela recompra. (...) Esclarece que, somente depois de ajuizar a presente demanda, recebeu uma notificação por meio da qual o réu, já de posse do estabelecimento comercial, faculta à própria depoente retornar ao restaurante (...). Ressalta, a seguir, que a autora lhe procurou, mas não se interessou na recompra. Confirma, outrossim, ter recebido a minuta do contrato de recompra e confessa que, atualmente, o restaurante está em funcionamento e sob sua administração (fls. 275). (...) (p. 10) Na primeira notificação, recebida pelo réu em 10 de junho de 2016 (fls. 68), a autora cobra o preço estabelecido pela recompra do fundo (p. 11) de comércio, ‘realizada em 11 de janeiro de 2016’, bem como a regularização da titularidade da unidade consumidora junto à Companhia de Gás do Estado de São Paulo (Comgás) (fls. 66). O réu, em resposta, encaminhou uma outra notificação, noticiando ter se frustrado a tentativa de recompra. Afirma: ‘que em razão das circunstâncias atuais, coloco a disposição de vossa senhoria o fundo de comércio e bens, da loja n. 06 da Rua XV de Novembro, 265, Centro SP, para uma possível resolução. E que, a solução da questão da COMGAS, certamente será sanada posteriormente’ (fls. 72). (...) Considerando-se o depoimento prestado pelo réu, anunciando a

retomada da administração do restaurante depois de decorridos ‘quatro, seis meses’ de seu fechamento, e os documentos acima referidos, conclui-se que, em junho de 2016, ele já estava na posse e administração do restaurante, de modo que, caracterizada uma recompra, o valor indicado pela autora e não impugnado em contestação, deve ser pago. (p. 12).”

Em seguida são invocados expressamente, pelo acórdão, o “silêncio” e a regra do art. 432 CC, nos seguintes termos:

“Na espécie, tal situação qualificada é identificada, havendo provas conclusivas de que o réu aquiesceu com a proposta feita. Aplica-se, aqui, o artigo 432 do Código Civil de 2002, viável admitir a aceitação da proposta de recompra formulada pela autora, a partir do silêncio do réu e da retomada do estabelecimento comercial.”

Os elementos circunstanciais apresentados não permitem, entretanto, concluir se, na referida hipótese fática, a recompra aperfeiçoou-se pelo silêncio em responder à proposta e em não adotar as medidas de cobrança das prestações locatícias do imóvel, ou, se somente se efetivou pela imissão na posse e exploração do ponto comercial, hipótese na qual consolidar-se-ia situação de comportamento concludente.

Constata-se, sob tais aspectos, que a análise das circunstâncias negociais nestes casos, ostenta maior importância, pois se mostra indispensável para apurar, tanto o período de tempo razoável pelo qual deve ser preservada a vigência da proposta, quanto para aferir a aptidão do comportamento silencioso do oblato para caracterizar aceitação, especialmente diante do teor da regra do artigo 432CC, cuja análise mostra-se mais relevante no âmbito dos comportamentos silenciosos, conforme se demonstra a seguir.

#### **5.4.3. Particularidades relacionadas à regra do art. 432 do Código Civil**

Fixadas as principais bases acerca das regras destinadas à formação dos contratos na realidade brasileira, diante do objeto do presente estudo, merece destaque a regra do artigo 432CC, segundo a qual “Se o negócio for daqueles em que não seja

costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”. Tal dispositivo legal corresponde, como já salientado, ao revogado art. 1.084 do diploma civil de 1916<sup>444</sup>, situando-se também, sob o ponto de vista sistemático, nos artigos iniciais do capítulo destinado a regular as disposições gerais dos contratos, mais especificamente no que tange à sua formação.

Diferentemente, portanto, do artigo 111CC, não se trata de regra inovadora no sistema geral de direito privado, sendo que sua redação já gerava bastante controvérsia doutrinária<sup>445</sup> na vigência da lei anterior, quando era ilustrado pelo clássico exemplo das revistas enviadas pela editora, sem qualquer solicitação do destinatário e as discussões que se seguiam sobre o aperfeiçoamento, ou não, da aquisição e até mesmo do contrato de fornecimento periódico (“assinatura da revista”)<sup>446</sup>. Cumpre destacar, ao menos em relação à realidade brasileira, que referido exemplo, atualmente, está relegado, via de regra, ao ambiente consumerista, quando presente a figura do destinatário final. Recebendo, naquele ambiente, tratamento jurídico mais adequado no âmbito de tais relações, nas quais a tentativa de constituir-se contrato com base em comportamento silencioso do consumidor é normalmente enquadrada como prática abusiva<sup>447</sup>.

Na parte primeira do dispositivo legal ora analisado, chama a atenção a afirmação que subordina a conclusão do contrato pelo silêncio (“não chegando a tempo a recusa”) “Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa (...)”. Numa interpretação *a contrario sensu* extrai-se a ideia de que o contrato não poderá ser concluído pelo silêncio (ausência de recusa) “se o negócio for daqueles em que seja costume a aceitação expressa”. Tal assertiva permite concluir – em complemento à análise realizada no tópico 5.4. *supra* – que, ao menos na formação dos contratos, a “necessária declaração de vontade expressa” pode também decorrer dos costumes. Considera-se,

---

<sup>444</sup> “Art. 1.084 CC/16: Se o negócio for daqueles, em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.”

<sup>445</sup> Ver, entre outros, RODRIGUES, José Martins. **Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio**. Fortaleza: S.N., 1934, p. 116/118. LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 109/114.

<sup>446</sup> Conforme destacam, entre outros, BONFANTE, Pietro. *Il Silenzio nella conclusione dei contratti*. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Vol. IV, parte seconda, 1906, p. 228/229; BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 142/143 também aborda exemplo análogo do envio de novas publicações pelo livreiro. No original: “Parimenti, se un libraio manda da tempo a un cliente le nuove pubblicazioni e il cliente ha l’abitudine di acquistare e pagare le opere non restituite entro un certo termine, il non aver restituito o rifiutato espressamente un libro importa pel cliente, nei confronti del libraio, le stesse conseguenze d una esplicita scelta del libro.”

<sup>447</sup> Tal como será aprofundado no tópico 6.1. *infra*.



porém, que apesar de tratar-se de regra limitativa das hipóteses de formação dos contratos pelo silêncio, a mesma não ostenta caráter absoluto já que as circunstâncias negociais terão o condão de interferir em tal análise.

Tratando-se, outrossim, de regra restritiva dos meios de formação negocial, considera-se que a sua incidência limita-se aos contratos e não se aplica aos negócios jurídicos em geral, em relação aos quais “a necessária declaração de vontade expressa” deverá emanar da lei ou da vontade das partes, por força da regra geral do art. 111CC, tal como analisado no tópico 5.4. supra.

A celeuma em torno da regra do atual artigo 432CC relaciona-se também ao fato central de que, interpretada isoladamente, materializa hipótese de formação do contrato sem a manifestação de vontade do oblato, atribuindo poderes exagerados ao proponente, que poderia – diante de uma interpretação isolada e literal do dispositivo – dispensar a aceitação à proposta por ele formulada. E, em contrapartida, impõe ônus excessivo ao oblato, o qual, para evitar a conclusão do contrato, deve manifestar expressamente sua recusa “a tempo”, sob pena de sua conclusão.

Como se vê, trata de regra que contém o silêncio em seu suporte fático, na medida em que prevê a celebração do contrato em função do comportamento silencioso do oblato, que deixa de recusar a proposta recebida em referidas condições. Consoante salientado, sob uma interpretação litero-gramatical, a referida regra mostra-se apta a violar gravemente a autonomia privada sob a perspectiva do oblato, o qual se vinculará contratualmente ao proponente sem que tenha adotado comportamento passível de ser interpretado como concordância.

Além do clássico exemplo acima referido, a doutrina já criticava – agora mais próximo de uma relação empresarial – a aplicação literal do dispositivo, na vigência da lei anterior, por intermédio do exemplo<sup>448</sup> do comerciante que realiza oferta de mercadoria de grande valor, reputando concluído o contrato, se no prazo de 15 dias, concedido para a resposta do destinatário, esta não viesse a ser dada, sem se levar em consideração as causas e as circunstâncias capazes de interferir no envio da resposta dentro do prazo, tais como o acúmulo de correspondências ou do recebimento de mercadorias efetivamente adquiridas, ou outras circunstâncias que tenham impedido o destinatário de tomar

---

<sup>448</sup> Nesse sentido LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 109 e RODRIGUES, José Martins. **Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio**. Fortaleza: S.N., 1934.

conhecimento da oferta antes de vencido o prazo.

Além disso, o referido comando normativo que emana do art. 432CC conflita com a regra geral do artigo 111CC, uma vez que a sua aplicação prescinde da análise dos “usos” e das próprias “circunstâncias negociais”. Em síntese, a aplicação isolada da regra do art. 432CC é capaz de gerar situação de insegurança ao importante processo de formação do contrato, na medida em que confere *status* formativo ao mero silêncio, operando “uma presunção legal de formação do contrato, não por força do encontro de manifestações, mas, sim, com base em uma ficção legal, de impossível conciliação com os princípios que regem a conclusão dos negócios jurídicos contratuais”<sup>449</sup>, corrompendo, por consequência, a lógica do sistema.

Na busca de melhor compreender a *ratio essendi* da referida regra, apurou-se que as mencionadas controvérsias em torno do seu conteúdo precederam a redação originária do art. 1.084CC/16, cujo teor fora objeto de discussões já na tramitação do Projeto do Código Beviláqua. O dispositivo em questão recebeu duras críticas da doutrina<sup>450</sup>, a qual considerava o texto obscuro, diante da dificuldade de identificar-se os negócios nos quais não fosse costume a aceitação expressa, bem como em relação ao prazo razoável para ocorrer a recusa, cuja ausência caracterizava a aceitação, salientando que nem mesmo o então Código Comercial, por intermédio do já mencionado artigo 127, atribuiu tal poder ao proponente, nas relações comerciais.

Registra-se, nesse sentido, que o próprio idealizador do CC/16<sup>451</sup> – ao comentar o então vigente art. 1.084CC/16 – salientava não ser possível inferir-se “aceitação do silêncio desacompanhado de atos que o pressuponham, ainda que a proposta venha acompanhada de cláusulas cominatórias”, advertindo que o “policitante não pode violentar a vontade daquele a quem propõe a conclusão de um contrato”.

Diante das críticas e ressalvas relacionadas ao referido dispositivo legal desde a vigência do Código anterior (art. 1.084CC/16), impõe-se investigar as razões que

---

<sup>449</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa; ROBERT, Bruno. **A conclusão do contrato pelo silêncio**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito Civil: direito patrimonial e existencial: Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 261.

<sup>450</sup> Nesse sentido LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 111, destaca a crítica de Duarte de Azevedo, em relação ao artigo 1.220 do Projeto Primitivo, cuja redação era a seguinte: “Quando a aceitação expressa não é de uso em certa classe de negócios, ou quando o proponente a dispensa, reputa-se o contrato concluído, si a oferta não foi recusada em prazo conveniente.”

<sup>451</sup> Tal como registrado por LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, 112.

justificaram a sua manutenção no atual sistema (art. 432CC/02).

Nesse sentido, apurou-se que o encetado dispositivo legal decorreu de influência do “Código Suíço das Obrigações”, cujo sistema continha, originariamente, regra autorizadora da aceitação tácita, por meio da execução do contrato, desde que a natureza da oferta assim autorizasse. Verificou-se, contudo, ao longo da tramitação do projeto, o qual culminou na lei suíça, que a regra influenciadora do referido dispositivo da lei brasileira teve sua redação bastante alterada, tendo passado a regular a aceitação decorrente do silêncio e, posteriormente, a conclusão do contrato entre ausentes<sup>452</sup>, tal como explorado no tópico 5.1.

Sob tais aspectos, cumpre destacar que o BGB contém dispositivo análogo, definindo parâmetros mais claros do que aqueles fixados pelos artigos correspondentes das leis brasileira (art. 432CC) e suíça (art. 6º), cuja análise – embora se restrinja ao campo doutrinário – contribui para melhor identificar a verdadeira *ratio essendi* da regra em análise. De acordo com o § 151 do BGB, que regula a “Aceitação sem declaração para o proponente”, “O contrato é formado por meio da aceitação da proposta sem que a aceitação precise ser declarada ao proponente, se tal declaração não é esperada de acordo com os costumes (usos do tráfego) ou se o proponente a dispensou. O prazo de expiração da proposta é determinado de acordo com a intenção do proponente que deve ser deduzida da proposta ou das circunstâncias.”<sup>453</sup>.

Consoante se constata, a regra, da realidade alemã, explora o fato de que, embora a aceitação caracterize-se por negócio jurídico unilateral de natureza receptícia, a comunicação da aceitação pelo oblato ao proponente poderá ser dispensada se ela não for esperada de acordo com os usos do tráfego, ou se o proponente a dispensou, sendo que parte da doutrina alemã considera tratar-se de regra, a qual se destina a regular hipótese

---

<sup>452</sup> Sobre a origem do dispositivo e as particularidades do projeto suíço ZANETTI, Cristiano de Sousa; ROBERT, Bruno. **A conclusão do contrato pelo silêncio**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. Direito Civil: direito patrimonial e existencial: Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p. 257/295.

p. 264/266, os quais realizaram ampla pesquisa legislativa na realidade brasileira e estrangeira para investigar a gênese de referida regra. LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 112, também faz menção expressa à influência das leis suíça e alemã sobre a redação do art. 1.084 CC/16.

<sup>453</sup> Tradução livre do original: “§ 151 Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden. 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.”

de aceitação tácita<sup>454</sup>.

Conforme se destacará a seguir, considera-se, contudo, tratar-se de hipótese de dispensa do caráter receptício da aceitação e não propriamente de previsão da aceitação tácita, em razão da possibilidade de sequer se verificarem comportamentos ativos do oblato no sentido de concluir o contrato, bastando o seu silêncio para a formação do vínculo contratual.

Embora seja possível extrair do artigo 432 CC conteúdo, em certa medida, parecido ao da regra do §151 BGB, as diferenças de redação impedem uma maior aproximação entre as normas que emanam de tais regras, sendo certo que a doutrina pátria já defendia tratar-se de hipótese de dispensa do caráter receptício da aceitação, com base no art. 1.084CC/16<sup>455</sup>. Assim, não obstante se reconheça que tais digressões acerca das influências estrangeiras sofridas pela lei brasileira contribuem para clarear o caminho em busca da abrangência da regra do artigo 432 CC e da sua relação com o disposto no artigo 111 CC, tais reflexões – associadas às críticas da doutrina brasileira em relação ao teor do referido dispositivo legal (art. 432 CC) e do seu antecedente (art. 1.084 CC/16) – demandam atenção especial ao tratamento do problema.

Destarte, por coerência lógica com as regras e princípios norteadores da disciplina contratual e do próprio tratamento conferido ao silêncio, não deve prevalecer qualquer interpretação que, isoladamente, autorize a formação do contrato fundada no mero silêncio do oblato ou no puro arbítrio do proponente que dispensa a aceitação ou a comunicação desta. Nesse sentido, a aplicação do referido dispositivo legal (art. 432CC) reclama interpretação sistemática e integrada com a regra do artigo 111CC, impondo-se a verificação dos “usos” e/ou das “circunstâncias” negociais, as quais subordinarão os

---

<sup>454</sup> Tal como referencia DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. (Tradução Fernando de Miranda). São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e C.A. editores, 1941, p. 65/66: “(...) é a do § 151º do mesmo Código, que trata, como se sabe, da chamada ‘aceitação tácita’ de um contrato. Diz esse artigo que o contrato se produz pela aceitação da oferta, sem necessidade de declaração ao oferente, quando, segundo os ‘usos sociais’, não seja de esperar essa declaração; sem porém, determinar também em que casos concretos se entende ter a oferta sido formulada de maneira a não ser de esperar uma aceitação explícita. São os usos sociais que hão-de determina-los; o que equivale a dizer: ‘quando as circunstâncias concretas, interpretadas segundo os ‘usos sociais’ dêem à oferta esse sentido’. Dar-se-ão essas ‘circunstâncias’ quando a declaração de oferta, interpretada segundo os usos do comércio, não careça de que a outra parte principie por ‘obrigar-se’ a realizar uma prestação, mas sim que faça ou execute, imediatamente, qualquer coisa; escreve-se, por exemplo: ‘Mande-me um carro de carvão’; ‘Venda, em meu nome, estes ou aqueles valores’, etc.”

<sup>455</sup> Nesse sentido, MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo VIII**. (Atualiz. Rosa Maria de Andrade Nery), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 227/228, “O art. 1.084 cogita das aceitações não-receptícias (...). São exemplos de aceitação não-receptícia (a), em virtude de lei ou de costume: (...); (b) em virtude de declaração de vontade: (...). Em (b) há renúncia do oferente à recepticiedade da aceitação. Em (a), a recepticiedade é pré-excluída por lei, ou regra jurídica não escrita.”

efeitos da referida regra de formação dos contratos.

Em referido contexto, ainda que a regra do artigo 432CC não declare expressamente – tal como emana do §151BGB – que se está a tratar da eventual dispensa da declaração expressa ou da comunicação da aceitação (e não da dispensa da própria aceitação), numa interpretação conjugada com a regra do art. 111CC, estas são conclusões passíveis de serem alcançadas, desde que associadas a outros fatores. Diante de tal constatação, impõe-se a busca de critérios mais objetivos destinados a promover a integração de referidas regras, com o escopo de procurar melhor sistematizar as situações nas quais o comportamento silencioso mostra-se apto a concretizar o exercício da autonomia privada no ambiente contratual privado.

Nesse sentido, são explorados tais critérios e parâmetros, alguns dos quais já foram apresentados pela doutrina<sup>456</sup>, mediante a proposição de variações, de aprofundamentos e de novas abordagens, com o objetivo de analisar, por exemplo, a presença ou não de um ônus ou de um dever de “não silenciar” (falar ou agir) imposto ao oblato diante de determinados usos ou circunstâncias negociais.

#### **5.4.3.1 Proposta feita no exclusivo interesse do oblato silente**

Entre tais critérios relacionados à aplicação da regra do artigo 432CC, em consonância com a regra do artigo 111CC, destaca-se aquele que reconhece a aptidão formativa ao silêncio do oblato naquelas situações nas quais as circunstâncias negociais – aqui inseridos, não apenas os aspectos particulares da negociação, mas também elementos objetivos, tais como a natureza do negócio entre outros – demonstram que o contrato fora celebrado no exclusivo interesse do oblato<sup>457</sup>.

Nesse sentido, antes do aprofundamento do critério, faz-se necessário fixar o

---

<sup>456</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa; ROBERT, Bruno. **A conclusão do contrato pelo silêncio**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito Civil: direito patrimonial e existencial: Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, tratou das hipóteses nos seguintes subtópicos: 1) Negócios que exigem declaração expressa de vontade; 2) Dispensa da aceitação pelo proponente; 3) Circunstâncias e usos; 3.1) Oferta feita no exclusivo interesse do oblato; 3.2) Oferta solicitada pelo oblato; 3.3) Relações comerciais correntes; 3.4) Extensão da oferta não respondida e 4) Dever de responder.

<sup>457</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 159, já apresentava hipótese análoga “Quando a pessoa a quem é endereçada a oferta não tiver, de modo nenhum, razão para a recusar, quer do ponto de vista do seu próprio interesse, quer do ponto de vista do contrato.”

alcance da expressão “exclusivo interesse do oblato” e, para tanto, é utilizada a classificação dos contratos, para reconhecer que a referida noção abrange os contratos unilaterais e gratuitos. A propósito, adota-se a definição de Varela<sup>458</sup>, que fixa distinções entre os contratos unilaterais e os contratos gratuitos, salientando que “a primeira atende à estrutura jurídica do contrato, assenta na articulação psicológico-jurídica estabelecida entre as obrigações que o integram; a segunda, que apenas se aplica às ‘atribuições patrimoniais (*Zuwendugen*)’, refere-se à sua função económica.”

Diante da consequência jurídica que se pretende investigar (formação do contrato por intermédio de comportamento silencioso do oblato), impõe-se a aplicação da referida regra de forma cautelosa, que somente incidirá naquelas situações nas quais não se verifica a presença de obrigações, ou de sacrifícios econômicos a cargo do silente, exigindo-se, portanto, tratar-se de contrato unilateral e gratuito<sup>459</sup>.

Isso não impede, todavia, que o silêncio seja apto a constituir contratos dessa natureza, inseridos em contextos econômicos mais complexos, tal como ocorre em relação a determinadas situações envolvendo contratos coligados, nos quais se verifica, inclusive, a perda do caráter unilateral e gratuito do vínculo jurídico. Em razão disso, inclusive, tais hipóteses fáticas não estarão abrangidas pelo parâmetro ora identificado, tal como se ilustrará oportunamente (tópico 6.3).

Não se verifica, na realidade brasileira, dispositivo análogo ao artigo 1.333 do Codice Italiano<sup>460</sup>, o qual se destina a regular o “contrato com obrigações apenas do proponente”, nos seguintes termos:

---

<sup>458</sup> Nesse sentido, VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol. I. 10ª ed., 2010, p. 404/405.

<sup>459</sup> A cautela se mostra relevante, em função da existência de contratos bilaterais, tal como a prestação de serviços, que podem ostentar, excepcionalmente, caráter gratuito, mas que envolve obrigações para ambas as partes, tal como ocorre, por exemplo, nos contratos de prestação de serviços *pro bono*. Nesse sentido, *Ibid.*, p. 406, salienta: “Inversamente, pode o contrato ser bilateral, na medida em que dele resultem obrigações recíprocas para ambas as partes, e, todavia, não ser inteiramente oneroso ou ser mesmo inteiramente gratuito, porque essas obrigações não sejam queridas pelos contraentes como correspectivo uma da outra.” Nesses casos, a natureza bilateral do contrato impediria a sua formação por intermédio do silêncio. Acerca do contrato de prestação de serviços jurídicos *pro bono* na realidade brasileira, destaca-se o que estabelece, por exemplo, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 30, § 1º “Considera-se advocacia *pro bono* a prestação gratuita, eventual e voluntária de serviços jurídicos em favor de instituições sociais sem fins econômicos e aos seus assistidos, sempre que os beneficiários não dispuserem de recursos para a contratação de profissional.”

<sup>460</sup> “Art. 1.333 Contratto con obbligazioni del solo proponente: 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.” (tradução livre).

“A proposta destinada a concluir um contrato do qual derivam obrigações apenas para o proponente é irrevogável apenas quando conhecida pelo destinatário. O destinatário pode recusar a proposta dentro do prazo requerido pela natureza do negócio ou pelos usos. Na falta de tal recusa o contrato é concluído.”

Não obstante a constatada ausência de comando normativo similar na realidade brasileira, extrai-se da regra do artigo 111CC, combinada com o disposto no artigo 432CC e com outros dispositivos legais do sistema geral de direito privado pátrio, a exemplo do art. 539CC, a mesma lógica do ordenamento jurídico italiano, que, segundo alguns autores<sup>461</sup>, também se mostra presente no direito alemão, com base no § 151 BGB. Dessarte, desde que as circunstâncias envolvendo tais contratos gratuitos o permitam e ausente, por exemplo, a exigência de declaração de vontade expressa – tal como ocorre em relação ao contrato de fiança, cuja regra do artigo 819CC impõe a forma escrita – o silêncio do oblato diante de propostas que não importem obrigações, ou sacrifícios financeiros de sua parte caracterizar-se-á como meio de exercício da autonomia privada do silente.

A propósito, as regras atinentes à formação do contrato de doação, previstas nos artigos 539CC e 543CC<sup>462</sup>, corroboraram referida lógica ao reconhecerem a formação do contrato de doação pura e simples, diante do silêncio do donatário (art. 539CC) face ao prazo fixado para aceitação e até mesmo dispensando a aceitação do absolutamente incapaz (art. 543CC)<sup>463</sup>.

Em análise à regra do art. 539CC (art. 1.166CC/16), não obstante parte da

---

<sup>461</sup> Nesse sentido DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. (Tradução Fernando de Miranda). São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e C.A. editores, 1941, p. 66, “(...)O mesmo acontece a respeito da doação; as concepções da vida exigem que a doação se repudie quando se quiser que não se considere como aceite; e o mesmo sucede em outras adjudicações de benefícios patrimoniais sem contra-prestação: fiança, aceitação de um reconhecimento de dívida, etc.”

<sup>462</sup> “Art. 539. 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.”

“Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.”

<sup>463</sup> Não há correspondente no CC/16. O dispositivo que mais se aproximava era o criticado art. 1.770, segundo o qual “Às pessoas que não puderem contratar, é facultado, não obstante, aceitar doações puras.” Nesse sentido, ALVIM, Agostinho. **Da doação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 87, já criticava a redação do CC/16 salientando que: “O legislador é soberano, e poderia, até mesmo, desviando-se do sistema, dispensar a aceitação. Mas seria preciso que o dissesse expressamente.”, o que parece ter influenciado o legislador de 2002.

doutrina costume enquadrar o comportamento silencioso do donatário como ato de “vontade presumida”<sup>464</sup>, não nos parece, como já salientado, o enquadramento mais acertado<sup>465</sup>. Salienta-se, outrossim, tratar-se de uma daquelas hipóteses nas quais a distinção entre a “recusa” e a “não aceitação” mostra-se relevante, em razão da faculdade constante da regra acerca da fixação de prazo, a qual permite que na ausência de fixação de prazo o donatário possa aceitar *a posteriori*<sup>466</sup>.

Nesse sentido, considera-se que a regra do art. 111CC, combinada com o art. 432CC, contribui para reconhecer, a depender das circunstâncias, a concretização da doação pura e simples pelo silêncio do oblato, inclusive com propósito de conferir maior segurança e estabilidade à relação<sup>467</sup>. Tal solução permite, inclusive, minimizar as discussões em torno dos fatos supervenientes capazes de interferir na dinâmica de referido contrato<sup>468</sup> e não afasta a possibilidade de demonstrar-se – no plano da validade ou da eficácia – por exemplo, que o donatário foi vítima de coação para não responder; ou expediu a resposta negativa no prazo, a qual não chegou a tempo ao doador por razões alheias à sua vontade; ou, ainda, que o donatário não aceitaria a coisa, em virtude dos

---

<sup>464</sup> Ou “consentimento presumido” tal como salienta ALVIM, Agostinho. **Da doação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 41, em análise ao art. 1.166 CC/16, que corresponde ao atual art. 539 CC, nos seguintes termos: “Rigorosamente trata-se de consentimento presumido pela lei, dada a ausência de manifestação. É um caso de consentimento pelo silêncio.”. GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28 fala em “modalidade de aceitação presumida, decorrente de uma abstenção do donatário (silêncio).”

<sup>465</sup> Tal como pondera AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo. Vol. 69, n.1, 1974, p. 187, “Ora, parece-nos, em primeiro lugar, que somente um preconceito teórico poderia criar a necessidade de *imaginar* uma vontade presumida; a final, que vem a ser uma vontade presumida? essa vontade que o juiz presume, essa vontade por ele suposta, será, de fato, vontade das partes? Pensamos que não; *vontade presumida não é vontade* (e esta frase, sem elipse, significa: vontade de alguém, presumida por outrem, não é vontade de alguém) Segue-se daí que o recurso à “vontade presumida” parece-nos, no mínimo, inútil.” No mesmo sentido, SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 273.

<sup>466</sup> Nesse sentido, ALVIM, Agostinho. **Da doação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 41, “O doador pode fixar prazo, diz o texto; mas pode também doar e não fixar prazo, pois que a fixação é facultativa. Se o doador faz ciente ao donatário de que doa certa quantia, ou determinado objeto, e não fala em prazo fica nas mãos do donatário aceitar quando quiser. Mas sem a sua aceitação a doação não se consuma.”

<sup>467</sup> MENKE, Fabiano. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo (arts. 189 ao 232)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 195 reconhece a formação do contrato de doação pura e simples pelo silêncio, nos termos do art. 539CC (...) havendo fixação de prazo para a aceitação de doação pura, a inércia do donatário em emitir declaração importará em aceitação.”

<sup>468</sup> Tal como ilustrado por ALVIM. *Ibid.*, p. 42, “Qual a situação da doação, enquanto o prazo para a aceitação está em curso, ou, se não houver prazo, enquanto o donatário não se manifestar? Pode ocorrer que o doador se arrependa, pode acontecer que morra, que se torne incapaz, que haja alteração em seu patrimônio, também pode suceder que o donatário morra, ou se torne incapaz, circunstâncias estas que influem no caso, e merecem consideradas cada qual por sua vez.”



ônus que sobre ela recaem.

Registra-se que, não obstante se constate a grande relevância do princípio do *animus donandi* em tais contratos, ele não deve ostentar caráter absoluto de conteúdo subjetivo<sup>469</sup> e, fundamentalmente, não pode ser invocado para a solução de hipóteses fáticas que não se enquadram propriamente como contratos de doação<sup>470</sup>.

Importante observar, contudo, que o exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio em tais casos envolvendo a doação enfrenta limitações na própria lei<sup>471</sup>, que exige a observância de forma escrita – para a doação de bens móveis – e a forma de escritura pública, para a de bens imóveis, reduzindo o poder formativo do silêncio apenas às doações que tenham por objeto bens móveis de pequeno valor, salvo quando lhe seguir “*incontinenti* a tradição”.

A título de reflexão, poder-se-á verificar situação na qual o doador, titular de farto ativo patrimonial, dispõe de coisa móvel de pequeno valor – com o *animus* de transmiti-la por ato de liberalidade – em favor do donatário, o qual, por sua vez, mantém-se absolutamente passivo. Considera-se, neste caso, que a tradição se efetiva pela disponibilização da coisa pelo doador, com o *animus donandi*. O campo de atuação do silêncio em relação ao contrato de doação teria o papel, justamente, de formar contratos nessas hipóteses<sup>472</sup>.

---

<sup>469</sup> Nesse sentido destaca PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato**. 2ª ed. (Revista, atualizada e ampliada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 221 “Liberalidade em termos jurídicos, na verdade nada mais é do que ausência de vinculação para a prática de determinado ato. Portanto, não se deve imiscuir com conceitos subjetivos como a intenção de doar.”

<sup>470</sup> Nesse sentido destaca PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato**. 2ª ed. (Revista, atualizada e ampliada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 215 “Nos casos de direito de família, em verdade, a doação vem prometida no interior de transação, que tem por objeto concessões recíprocas e, portanto, tem causa distinta da mera liberalidade.”

<sup>471</sup> “Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular. Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir *incontinenti* a tradição.” Tal como destaca ZANETTI, Cristiano de Souza. Os papéis da forma no direito contratual brasileiro. **Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina**. Modena. Mucchi Editore. Vol. 30. Ano 2010, p. 149/177, p. 168 “De acordo com o Código Civil, a doação reclama sempre forma escrita (...)” e salienta em seguida (p.169), em análise à realidade europeia “A função de acautelamento unilateral desempenhada pela forma resta evidenciada quando se tem presente que a consequência de sua inobservância somente aproveita ao doador e não ao donatário.”

<sup>472</sup> Nesse sentido, não será aprofundada a discussão acerca da forma caracterizar-se como elemento de existência ou como requisito de validade do contrato de doação, tal como destaca ZANETTI, Cristiano de Souza. Os papéis da forma no direito contratual brasileiro. **Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina**. Modena. Mucchi Editore. Vol. 30. Ano 2010, p. 149/177, p. 170, adepto da segunda posição, em relação a qual se adere, seja em razão da previsão do art. 104 CC, seja porque “a sanção de nulidade é suficiente para impedir que tenham lugar efeitos jurídicos decorrentes de liberalidade externada em desconformidade com as prescrições legais”, tal como salienta o

Tal como ocorre no exemplo do milionário que doa – deixando-a sobre a mesa do restaurante, mediante uma advertência verbal – uma caneta *Montblanc*, para o garçom que o atendeu, o qual, por sua vez, mantém-se inerte, sem esboçar qualquer reação. Corroborar tal entendimento, o teor do Enunciado 622 da VIII Jornada de Direito Civil, acerca da interpretação do art. 541: “Para a análise do que seja bem de pequeno valor, nos termos do que consta do art. 541, parágrafo único, do Código Civil, deve-se levar em conta o patrimônio do doador.”

Solução análoga deve ser aplicada também à hipótese fática em que milionário deposita significativa quantia em dinheiro nas contas bancárias dos dois filhos de seu falecido compadre, enviando, ato contínuo, o comprovante bancário de depósito por meio eletrônico a cada um dos dois filhos (donatários) do compadre e esclarecendo tratar-se de ato de liberalidade, em consideração ao falecido pai dos donatários, o qual o teria ajudado no passado. Alguns dias depois, apenas um dos irmãos responde, aceitando e agradecendo ao doador. Sendo que o outro irmão simplesmente silencia.

Em ambos os exemplos analisados, e na linha das construções estabelecidas ao longo deste estudo, o silêncio do donatário mostrou-se apto a gerar a confiança do doador (destinatário do comportamento silencioso), no sentido de que os contratos de doação pura e simples ter-se-iam aperfeiçoado pelo silêncio do oblato. Solução diversa violaria a expectativa legítima do doador acerca da aceitação do ato de liberalidade pelo oblato, caracterizando-se como grave violação ao exercício da autonomia privada.

Nesses casos, ainda que se considere o contrato de doação como sendo de natureza real, não se verifica óbices para – diante de circunstâncias análogas àquelas descritas – operar-se a constituição de contrato de doação de bem móvel de pequeno valor por intermédio do silêncio do oblato, beneficiário do ato de liberalidade. Salienta-se, entretanto, que a adoção, pelo oblato, de qualquer ato de execução, tal como o simples gesto de “levar a caneta doada ao bolso” ou de “utilizar o dinheiro doado para adquirir outro bem ou transferi-lo para outra conta bancária”, caracterizam hipóteses de

---

citado autor. Em sentido contrário, é o entendimento de PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2ª ed. (Revista, atualizada e ampliada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 229, que ao analisar aspectos processuais, salienta que “a sentença que determina a revogação tem caráter predominantemente constitutivo negativo, enquanto aquela que reconhece a inexistência de doação por falta do requisito de forma tem caráter fundamentalmente declaratório. A revogação desfaz a dádiva, a inexistência de forma, por ser este elemento do plano da existência, só permite ação declaratória, por que doação sem forma não é doação.”

comportamento concludente, como exaurimento de uma aceitação tácita<sup>473</sup>, e não mais de mero silêncio, tal como se procurou demonstrar no capítulo 4.

As referidas peculiaridades envolvendo o contrato de doação não interferem, porém, na identificação de um padrão geral de análise do comportamento silencioso em relação à formação dos contratos unilaterais e gratuitos, que beneficiem a figura do oblato silente.

Tal como demonstrado, a regra do artigo 111CC, associada a outras reguladoras dos contratos unilaterais e gratuitos na realidade brasileira – com destaque para aquelas que tratam do ato de liberalidade por excelência (arts. 539CC e 543CC) –, permite concluir: o silêncio do oblato se mostra apto a formar contratos que sejam benéficos ao silente, entendidos como tais aqueles que não imponham sacrifício patrimonial ou contraprestação ao beneficiário da liberalidade, ainda que inexistente dispositivo legal específico regulando a matéria no âmbito de cada contrato gratuito.

Sob esses aspectos, não se considera que a regra do art. 114CC<sup>474</sup> seja apta a interferir em referidas reflexões e conclusões, pois ao estabelecer que “os negócios jurídicos benéficos interpretam-se estritamente”, o mencionado dispositivo legal destina-se a regular aquelas hipóteses fáticas, nas quais se pressupõe um negócio jurídico ou contrato já constituído e apto a gerar efeitos no mundo jurídico, fixando balizas para a sua interpretação restritiva, a fim de que o ato de liberalidade não imponha sacrifício patrimonial exagerado ao seu autor.

Não se vislumbram óbices para que esta lógica seja aplicada, inclusive, aos contratos reais, desde que os demais requisitos e variantes legais o autorizem. Conquanto, como salientado no tópico 5.4.2, o comportamento silencioso ostente menor importância no que concerne à formação dos contratos reais, em razão da prevalência de comportamentos concludentes caracterizados pela prática de atos que demonstrem ter havido a aceitação (e incompatíveis com a recusa), não se pode desprezar por completo a relevância da análise de aspectos pontuais envolvendo o silêncio em referido ambiente, especialmente quando se está diante de situações nas quais o contrato é celebrado em benefício do oblato.

---

<sup>473</sup> Como sustenta a doutrina que se dedica ao assunto. Nesse sentido, ALVIM, Agostinho. **Da doação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 41, “Na hipótese de doação, se o donatário pagar a sisa, ou praticar qualquer ato que indique aceitação, então sim terá havido consentimento tácito.”

<sup>474</sup> “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

Ilustra-se referida situação por intermédio do exemplo em que determinada coisa imóvel ou móvel, de natureza infungível, está na posse de João (locatário), em virtude de contrato de locação celebrado com Pedro (locador). Em determinado momento, durante a vigência de referida locação, Pedro envia proposta a João oferecendo, a partir daquela data, a coisa em comodato a João, seguindo-se o silêncio deste<sup>475</sup>.

Embora o contrato de comodato seja de natureza real, o silêncio de João face às referidas circunstâncias mostra-se apto a ensejar a formação do contrato de comodato, pois a referida proposta fora formulada em benefício exclusivo do oblato silente, que já se encontrava na posse da coisa, na condição de locatário, alterando-se apenas uma das características da posse, que mantém-se precária, mas de onerosa passou a ser gratuita.

Diante da mesma hipótese fática, se a proposta de comodato houvesse partido de João (locatário), o silêncio de Pedro não teria o poder de constituir o referido contrato de comodato. Nesse sentido, além dos fatores gerais e específicos analisados, a verificação do “interesse” ou “em favor de quem” é celebrado o contrato é circunstância determinante para reconhecer ou não o exercício legítimo da autonomia privada por intermédio do silêncio no âmbito desses contratos unilaterais e gratuitos.

#### 5.4.3.2 Existência de convite à proposta por parte do silente

Também com fundamento nas referidas regras dos artigos 111CC e 432CC, é possível afirmar que aquele que provoca outrem (potencial contraparte em um contrato), formulando um convite à proposta, cria para si, diante da concretização da proposta e a depender das circunstâncias<sup>476</sup>, a obrigação de se pronunciar. Deverá, o agora oblato,

---

<sup>475</sup> Para que o silêncio tenha relevância no caso concreto e não se caracterize hipótese de comportamento concludente, imagine-se que a prestação locatícia foi pactuada por periodicidade semestral e refere-se ao período cumprido (mês vencido), para que não se diga que bastaria aguardar o advento do prazo de pagamento da prestação locatícia.

<sup>476</sup> Tal como destacado também pela doutrina alemã, em comentário ao § 147 BGB, correspondente ao artigo 428, I e II CC, em BUSCHE, Jan. **Münchener Kommentar zum BGB** (Franz Jürgen Säcker; Roland Rixecker; Harmut Oetker; Bettina Limperg), 8. Auflage. München: C.H. Beck, 2018 (Beck-online. Bücher) §147. Trad. Livre: a) Princípios. Deve-se fazer *uma* distinção entre os casos de comportamentos concludentes ativos e o silêncio puramente passivo do requerente da proposta após o recebimento da proposta. O mero silêncio *não é prontamente o significado de aceitação da oferta do contrato* como "qui tacet consentire videtur" (quem cala consente). Original: a) Grundsatz. Von den Fällen des aktiven konkludenten Verhaltens zu unterscheiden ist das rein passive Schweigen des Antragsempfängers nach dem Zugang des Antrags. Dem bloßen Schweigen kommt *nicht ohne weiteres die Bedeutung der Annahme* des Vertragsangebots zu (iSv „qui tacet consentire videtur“). LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 159,

manifestar se aceita, ou se recusa a proposta, formulada em decorrência de sua provocação, especialmente naquelas situações nas quais as circunstâncias o exijam. Caso não o faça – ainda que seu comportamento não se confunda com um comportamento concludente, pois absolutamente passivo – assume o oblato as consequências do seu silêncio no tocante à celebração do contrato, embora as partes não mantenham relações habituais e a conclusão do contrato não seja desejada pelo oblato e, inclusive, se lhe apresente desfavorável.

Como salientado no tópico 5.3, ao reconhecer o *status* de anuência ao silêncio qualificado, o sistema brasileiro optou pela formação do contrato e não pela via indenizatória. Apesar de tal solução gerar algumas controvérsias já relatadas anteriormente, enseja maior proteção àquele que se relaciona com o silente, pois confere ao destinatário do “comportamento silencioso qualificado” o direito de exigir a celebração do contrato (proteção positiva da confiança) e não apenas o interesse contratual negativo<sup>477</sup>, face, inclusive, às maiores dificuldades de mensurar-se esse prejuízo na esfera pré-contratual.

A atribuição do *status* de anuência ao silêncio diante de circunstâncias especiais decorre, entre outros fatores, da justa expectativa criada pelo silente na contraparte, tal como se verifica no exemplo do empresário do ramo alimentício que, ao constatar a necessidade urgente de determinado insumo para o desenvolvimento de sua atividade econômica, envia, por *whatsapp*, ao fornecedor, mensagem de texto com os seguintes dizeres: “Necessito, com urgência, de 50kg de peixe em 4h”. Minutos depois, recebe resposta do fornecedor, que confirma a possibilidade de atendimento do pedido da matéria-prima e a quantidade solicitada, indicando o preço a ser pago no ato da entrega, nos seguintes termos: “Combinado! Entregarei 50kg de Tilápia em 3h. preço R\$

---

também apresenta a referida hipótese, denominando-a como “Quando a proposta fôr provocada por aquele que a recebeu”.

<sup>477</sup> Não confundir a “violação positiva do contrato” ou o “interesse contratual positivo”, com “responsabilidade positiva pela confiança” tal como adverte FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 42/43 “A distinção entre a responsabilidade positiva e negativa pela confiança não se decalca com exactidão sobre a conhecida distinção da responsabilidade civil entre interesse contratual positivo e interesse contratual negativo. No primeiro, a indemnização visa situar o sujeito na posição que lhe assistiria se a obrigação (contratual) tivesse sido cumprida; no segundo, está em causa a reparação do dano que não teria sido sofrido se não se tivesse contratado (constituindo a obrigação, mais tarde inadimplida). Ora, o escopo da proteção positiva da confiança – colocar o sujeito na situação correspondente à confiança que teve – pode ser alcançado por outros meios que não através da imposição de um sucedâneo indemnizatório dessa situação; desde logo, por exemplo, pela cominação de um dever de conduta dirigido à satisfação ‘em espécie’ das expectativas alheias.”

2.000,00”. Sendo tal resposta “recebida” e “lida” pelo empresário, que silenciou.

Dentro do período de tempo combinado, o portador do fornecedor chega ao estabelecimento do empresário, o qual se recusa a receber os 50kg de peixe, tipo Tilápia e, conseqüentemente, a pagar pelo produto, sob a justificativa de que o preço cobrado é muito elevado e já providenciou a matéria-prima junto a outro fornecedor, salientando, inclusive, que não concluiu o negócio, por não ter sequer respondido à mensagem.

Mesmo ausente um histórico de relacionamento entre as partes, o silêncio do empresário sob tais circunstâncias caracteriza – sob a luz dos referidos dispositivos da lei brasileira (arts. 111 e 432CC) e dos princípios e valores que a norteiam – a anuência, devendo o contrato ser tido por celebrado por intermédio do silêncio do oblato. Isso porque, as circunstâncias impuseram-lhe a obrigação de responder à proposta, em virtude, inclusive, dela ratificar elementos anteriormente apresentados pelo próprio oblato e da legítima expectativa gerada por ele, ao formular “convite a fazer proposta”<sup>478</sup> ao fornecedor, o qual, por sua vez, concretizou o envio da proposta ao empresário, o qual silenciou<sup>479</sup>.

Com base nos elementos apresentados, considera-se que a mensagem inicialmente enviada pelo dono do restaurante não caracterizou “proposta”, por lhe faltarem elementos essenciais. Nesse sentido, embora se pudesse argumentar a possibilidade de preenchimento da lacuna do preço, com base na regra do artigo 488CC<sup>480</sup>, faltar-lhe-ia a necessária caracterização da coisa, que, no caso concreto,

---

<sup>478</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 71, refere-se à figura, nos seguintes termos: “O ‘convite a fazer oferta’ também não é proposta. Quem o faz quer, precisamente, receber proposta, como no caso de alguém desejar comprar determinada mercadoria que escreve às casas fornecedoras, convocando-as a que façam ‘oferta’. Suscita-se a proposta. Quem assim procede fica na posição de ‘oblato’, não de ‘proponente’.”

<sup>479</sup> Nesse sentido, é o entendimento da doutrina alemã, embora baseado na boa-fé, em comentário ao § 147 BGB, correspondente ao artigo 428, I e II CC, em BUSCHE, Jan. **Münchener Kommentar zum BGB** (Franz Jürgen Säcker; Roland Rixecker; Harmut Oetker; Bettina Limperg), 8. Auflage. München: C.H. Beck, 2018 (Beck-online. Bücher) §147. Tradução livre: “O mesmo se aplica se uma parte receber uma proposta de um contrato que já foi completamente negociado para conclusão, para que do silêncio do oblato possa ser concluído pela boa-fé (objetiva) uma aprovação da proposta. Também é possível pensar no caso de silêncio já mencionado em uma oferta especialmente solicitada, se esta corresponder completamente ao conteúdo da solicitação.” No original: “Entsprechendes mag gelten, wenn einer Partei ein Antrag auf Abschluss eines zuvor bereits abschlussreif ausgehandelten Vertrages zugeht, so dass aus dem Schweigen des Antragsempfängers nach Treu und Glauben auf eine Zustimmung zum Antrag geschlossen werden kann. Zu denken ist auch an den bereits erwähnten Fall des Schweigens auf ein eigens angefordertes Angebot, wenn dieses dem Inhalt der Aufforderung vollständig entspricht.“

<sup>480</sup> “Art. 488. Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor. Parágrafo único. Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio.”

consistiu na espécie de peixe, objeto do contrato (Tilápia), a qual somente fora definida efetivamente na proposta (final) enviada pelo fornecedor.

Hipótese fática um pouco diferente, envolvendo o silêncio do oblato que antes havia formulado convite à proposta – embora ausente a circunstância emergencial e presente o prazo para eventual recusa do oblato, com o reconhecimento expresso do oblato (que formulou convite à proposta) de que o seu silêncio importa concordância – foi alcançada no universo europeu, no âmbito do já mencionado art. 2:204 PECL, na hipótese ilustrativa em que “O” pede a “P” uma oferta para pintar a cerca em torno da Fábrica de “O”, dizendo a “P” que ele pode começar a pintar uma semana depois de ter enviado a sua oferta, ao menos que antes desse tempo “O” tenha rejeitado a oferta. Tendo enviado a oferta e não ouvido nada de “O”, “P” começa a pintar. “O” está vinculado ao contrato<sup>481</sup>. Ainda no contexto europeu, a concretização do contrato diante da hipótese fática apresentada seria também reforçada pelo art. 2:210 PECL<sup>482</sup>, o qual trata da confirmação por escrito de contratos celebrados entre profissionais.

Consigna-se, nesse sentido, que o comportamento silencioso do empresário, no caso em tela, não se confunde com o mero rompimento das tratativas pré-contratuais, pois o seu silêncio, diante da proposta e das circunstâncias em questão, caracterizou a formação do vínculo contratual, obrigando-o. Logo, não se trata de apurar eventuais danos decorrentes da frustração imposta à parte contrária por suposta quebra das tratativas, mas, sim, de apurar as consequências decorrentes do inadimplemento da obrigação contratual por parte do silente, aceitante.

Assim como advertido no tópico 5.3, o sistema brasileiro optou por atribuir às referidas hipóteses fáticas a consequência jurídica da “anuência”, ou seja, da formação do contrato (art. 111CC) e não da imputação de responsabilidade, baseado, por exemplo, na teoria da *culpa in contrahendo*<sup>483</sup>, em virtude do suposto rompimento das tratativas.

---

<sup>481</sup> Tal hipótese fática foi apresentada pela Comissão do Direito Europeu dos Contratos, sob a presidência do Professor Ole Lando, em comentário ao artigo 2:204: Aceitação. **PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW** (Ed. Ole Lando, Hugh Beale). The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 169 nos seguintes termos: ‘O’ asks ‘P’ for a bid to paint the railing surrounding ‘O’s factory telling ‘P’ that it can start painting a week after it has sent its bid unless before that time ‘O’ has rejected the offer. Having sent the bid and heard nothing from ‘O’, ‘P’ starts painting. ‘O’ is bound by the contract.”

<sup>482</sup> “Art. 2:210: Professional’s Written Confirmation - If professionals have concluded a contract but have not embodied it in a final document, and one without delay sends the other a writing which purports to be a confirmation of the contract but which contains additional or different terms, such terms will become part of the contract unless: (a) the terms materially alter the terms of the contract, or (b) the addressee objects to them without delay.”

<sup>483</sup> Tal como ocorrido no sistema alemão, consoante destaca CORDEIRO, António Manuel da Rocha

Isso porque, na situação que ora se analisa, o comportamento das partes – em especial do oblato (que antes formulou convite à proposta) – associado aos aspectos objetivos relacionados à contratação, com destaque para a presença de todos os elementos necessários à constituição do contrato, impunha ao oblato a obrigação de manifestar-se, positiva ou negativamente, quanto à celebração do contrato. Sujeita-se – no caso do seu silêncio – aos efeitos da celebração. É o resultado da interpretação sistemática das regras dos artigos 111 e 432 do Código Civil.

Privilegia-se, dessa forma, a constituição do vínculo contratual que, como visto, mostra-se mais apto a atender aos interesses do destinatário do comportamento silencioso, cuja atuação apresenta-se digna de proteção em face das circunstâncias apresentadas. Num exercício jurídico hipotético envolvendo uma variante da situação fática apresentada anteriormente (compra e venda de peixe), poder-se-ia questionar – diante da ausência de confirmação expressa do oblato – quais seriam as consequências jurídicas, caso o silente reconhecesse a formação do contrato pelo seu silêncio e o proponente não providenciasse a entrega do peixe, em razão da ausência de resposta expressa do adquirente.

Conclui-se, por coerência lógica, diante de referidas circunstâncias, o contrato deve ser considerado concluído para todos os fins, conferindo-se – também ao oblato silente – o direito de exigir o cumprimento e as consequências do eventual inadimplemento do contrato pelo proponente, sob o argumento de que o seu silêncio, diante das circunstâncias (situação de urgência, recebimento e ciência da proposta pelo oblato respeitando os termos pactuados, teor imperativo da proposta do fornecedor, entre outros aspectos) caracterizou anuência. Note-se, portanto, não se tratar de reconhecer o exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio apenas em prejuízo do oblato silente, mas sim de tutelar determinada situação de confiança, presentes as condicionantes legais.

Não deve prosperar, outrossim, eventual argumento no sentido de que o silente busca, nesse caso, beneficiar-se de sua própria torpeza (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), pois, além da ausência de prova de que o silente atuou de má-fé

---

Menezes. **Da modernização do direito civil:** aspectos gerais. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111, em relação às alterações promovidas no §311BGB, nos seguintes termos “A codificação de institutos fundamentais, antes assentes apenas na boa fé, como a ‘*culpa in contrahendo*, a violação positiva do contrato e a alteração das circunstâncias, constitui um dos aspectos mais curiosos da reforma do BGB de 2001/2002.



(hipótese na qual poder-se-ia arguir até mesmo a anulação do contrato por dolo, consoante se analisará no tópico 5.5. infra), as circunstâncias negociais autorizam reconhecer a formação do contrato por intermédio do comportamento silencioso.

Salienta-se que não se cogita investigar a vontade ou a consciência do silente, acerca do seu comportamento e dos efeitos que dele emanam. Prepondera em referido contexto, a análise do impacto social gerado por tal comportamento silencioso na esfera jurídica do proponente e de terceiros, analisando-se os usos do tráfico e as demais circunstâncias sob as quais a proposta é formulada na presença do oblato, a fim de verificar se o comportamento silencioso deste último é apto a caracterizar anuência e, precipuamente, se a conduta das partes é digna de tutela jurídica. Tal interpretação da “intenção” das partes também prevalece no contexto europeu, como se extrai do artigo 2:102 PECL<sup>484</sup>, segundo o qual a intenção de uma parte em relação à sua vinculação ao contrato deve ser determinada com base na razoável compreensão, pela outra parte, das declarações ou da conduta da parte cuja intenção se interpreta.

Registra-se, inclusive, que referida hipótese, ao reconhecer o exercício da autonomia privada por intermédio de comportamento silencioso, poder-se-á concretizar, embora sob maiores cautelas, no âmbito de contratos de adesão e de contratos de consumo, tal como se tratará especificamente no tópico 6.1.

#### 5.4.3.3 Existência de relações contratuais correntes

A hipótese ora tratada representa a situação mais comum de admissão do poder formativo do silêncio no universo contratual<sup>485</sup>. Classicamente, até mesmo os

---

<sup>484</sup> “Article 2:102 Intention. The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party.” Nesse sentido, MANKOWSKI, P.; MÜLLER, M. **European Contract Law and German Law**. Chapter 2: Formation (ed. Stefan Leible; Mathias Lehmann). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 61 “Statements and declarations are to be determined as they were reasonably understood by the other party. As the wording expressly points out, the understanding may draw both on the statement itself and related conduct. However, the statement or conduct must be party's ones meaning they are imputable to the party.”

<sup>485</sup> Nesse sentido, LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 140, “Aquele que mantém relações habituais de negócios com outrem e que silencia ante uma nova proposta de contrato indubitavelmente consentiu nesse contrato.” O autor reforça a hipótese, por meio de exemplo, às fls. 159. Na mesma linha, BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 142/143, “Em suma, a fim de que o silêncio frente à comunicação da contraparte valha aceitação da fatura recebida, ou da coisa ofertada, necessário que as duas partes tenham tido uma primeira relação contratual, ou ao menos, em relação negocial, de modo que o recebedor não se encontre diante de um fato inesperado, mas possa e deva

autores mais críticos à possibilidade do silêncio caracterizar ato de autonomia privada reconhecem que naqueles casos nos quais se constata a existência de relações comerciais correntes entre as partes, o comportamento silencioso de uma delas permite a constituição do vínculo contratual, tal como destacado, por exemplo, por Bonfante<sup>486</sup>, num dos raros pontos em que concorda com Pacchioni.

A referida hipótese consiste, na essência, em reconhecer – diante da constatação de que dois sujeitos têm o costume de celebrarem contratos de determinada natureza com certa frequência, mesmo ausente um contrato mais amplo que regule essa dada relação – a possibilidade de reconhecer-se que o comportamento silencioso de um deles se mostra apto a caracterizar anuência e, constituir contrato, caracterizando exercício legítimo da autonomia privada<sup>487</sup>.

Tal fator se mostra relevante, pois, se no contexto geral das relações intersubjetivas a regra é que o silêncio de uma das partes não seja apto a constituir vínculos jurídicos contratuais, a existência de relações contratuais frequentes entre determinados sujeitos tem o poder de – a depender das circunstâncias – inverter a referida lógica, impondo que os sujeitos envolvidos naquela dada relação se manifestem expressamente, para que não frustrem as expectativas legítimas e dignas de tutela da parte contrária, possibilitando que o silêncio de uma delas resulte em anuência.

Em tal contexto, diante das características que envolvem as relações contratuais em geral, pondera-se acerca da ausência de justificativa para que tais hipóteses de exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio devam ficar restritas ao ambiente empresarial<sup>488</sup>. Nesse sentido, não se vislumbram obstáculos, a

---

já prever o envio da fatura ou da coisa. O efeito (p. 143) vinculativo do silêncio em similares casos típicos encontra justificação no quadro das relações e circunstâncias na qual o silêncio se enquadra.” No original: “Insomma, affinché il silenzio di fronte alla comunicazione della controparte valga accettazione della fattura ricevuta, o della cosa offerta, bisogna che le due parti siano già prima in relazione contrattuale, o quanto meno in relazione d'affari, per modo che il ricevente non si trovi dinanzi a un fatto inaspettato, ma possa e debba già prevedere l'invio della fattura o della cosa. L'effetto impegnativo del silenzio in simili casi tipici trova giustificazione nella cornice delle relazioni e circostanze in cui il silenzio s'inquadra”

<sup>486</sup> BONFANTE, Pietro. Il Silenzio nella conclusione dei contratti. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Vol. IV, parte seconda, 1906, p. 229/230, no original: “Non voglio dissimulare una cosa. Nell'esempio risoluto positivamente dal PACCHIONI egli tocca un tasto giusto: l'esistenza di rapporti precedenti tra le parti.”

<sup>487</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa; ROBERT, Bruno. **A conclusão do contrato pelo silêncio**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. Direito Civil: direito patrimonial e existencial: Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p. 276, faz menção à referida hipótese das “relações comerciais correntes”.

<sup>488</sup> Tal como já destaca GIORGI, Giorgio. **Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano**. Vol. III

*priori*, para que a hipótese ora analisada verifique-se no âmbito das relações civis em geral, se respeitadas as condicionantes e ultrapassadas outras barreiras legais e circunstanciais. Salienta-se que em tais situações, o preponderante não é propriamente a natureza ou a espécie do contrato em si, mas a circunstância especial de haver um vínculo jurídico prévio entre partes, o qual permite extrair do comportamento silencioso o exercício da autonomia privada, se as demais condicionantes legais o autorizarem.

A proposição em análise é também admitida no universo europeu, no contexto do art. 2:204 PECL<sup>489</sup>, diante de situação hipotética entre “A” (prestador de serviços de manutenção) e “B” (proprietário de uma fábrica), em relação à qual se desenvolveu a prática de que “A” envia a “B” uma nota indicando o dia em que “A” pretende prestar serviços no maquinário de “B”. Se “B” não quiser os serviços de “A”, deve informar imediatamente “A”. Se “B” se mantiver em silêncio, “A” virá. A nota de “A” o obrigará a vir na data fixada por ele. “B” está obrigado a receber “A” se “B” não cancelar a visita de “A” imediatamente após receber a nota.”

Nesse sentido, o Código Comercial Alemão (*Handelgesetzbuch* – HGB) prevê no § 362 (*Schweigen des Kaufmanns auf Anträge*)<sup>490</sup>, hipótese específica na qual o silêncio do comerciante que atua na gestão dos interesses de terceiros é considerado aceitação, face às propostas formuladas sob determinadas circunstâncias, com destaque para a pré-existência de vínculos comerciais entre as partes.

---

(Fonti delle obbligazioni – contratti). 7ª ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1925, p. 226 “A più forte ragione il silenzio produce obbligazione contrattuale, quando fra le parti esiste un rapporto contrattuale continuativo, che nel suo progressivo svolgimento impone come legge contrattuale anche l’obbligo di rispondere.”

<sup>489</sup> Tal como ilustrado pela Comissão do Direito Europeu dos Contratos, sob a presidência do Professor Ole Lando. **PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW** (Ed. Ole Lando, Hugh Beale). The Hague: Kluwer Law International, 2000, em comentário ao artigo 2:204: Aceitação.

<sup>490</sup> § 362 HGB Trad. Livre: “O silêncio do comerciante às propostas” 1. Se um comerciante cuja atividade envolve a gestão de negócios de terceiros recebe uma proposta de gestão de tais negócios de alguém com quem ele mantém relacionamento comercial, ele é obrigado a responder imediatamente; seu silêncio é considerado aceitação do pedido. O mesmo se aplica se um comerciante recebe uma proposta de gestão de negócios de alguém a quem ele tenha se oferecido para tais negócios. 2. Mesmo que o comerciante rejeite a proposta, ele está obrigado a proteger temporariamente de danos as mercadorias que lhe foram enviadas, às custas do requerente, na medida em que esteja coberto por esses custos e tanto que isso possa ser feito sem prejuízo próprio. No original: § 362 “Schweigen des Kaufmanns auf Anträge. 1. Geht einem Kaufmanne, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung des Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Das gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat. 2. Auch wenn der Kaufmann den Antrag ablehnt, hat er die mitgesendeten Waren auf Kosten des Antragstellers, soweit er für diese Kosten gedeckt ist und soweit es ohne Nachteil für ihn geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren.”

Apesar de se tratar de dispositivo legal do direito estrangeiro, não se verifica óbices para que a hipótese fática analisada enquadre-se no contexto circunstancial do artigo 111CC, contribuindo, portanto, para a abordagem da questão na realidade brasileira. O referido dispositivo da lei comercial alemã reconhece, também, a incidência da hipótese analisada no tópico anterior (convite à proposta), em relação ao comerciante que, sob as mesmas circunstâncias, tenha se oferecido para atuar em favor daquele que lhe envia uma proposta.

#### **5.4.3.4 Estágio conclusivo das tratativas contratuais**

Embora a presente proposição guarde alguma proximidade com o parâmetro explorado nos itens anteriores, justifica-se a abertura e o desenvolvimento de ponto específico para o seu tratamento, pois o fator preponderante nesse caso é a existência de tratativas contratuais em estágio avançado de negociações, as quais permitem reconhecer o silêncio, face a determinadas circunstâncias, como apto a constituir o vínculo contratual.

O parâmetro ora desenvolvido apresenta-se sensível à constatação fática relacionada aos momentos imediatamente anteriores à formação de determinados contratos (tópico 5.4.2. – proposta e aceitação), sob um contexto no qual não é possível identificar com clareza o término da fase de tratativas e o estabelecimento do consenso, autorizador da execução do contrato, já que nem sempre referido consenso ocorrerá “no momento da reunião final de assinatura do instrumento contratual (o chamado ‘closing’ ou fechamento da operação).”<sup>491</sup>

É o que se verifica, por exemplo, tomando por base a situação hipotética da compra de peixe pelo restaurante (ver tópico 5.4.3.2.), caso o adquirente do peixe – ao receber a proposta de 50kg de Tilápia, por R\$ 2.000,00 – formulasse, imediatamente, contraproposta, respondendo ao fornecedor, agora oblato, “Pago R\$ 1.500,00”, seguindo-se o silêncio do fornecedor. Considera-se, novamente, face às circunstâncias apresentadas, que o contrato também deve ser considerado concluído pelo silêncio, mas, agora, sob o parâmetro circunstancial do estágio conclusivo das contratuais em curso, as quais impõem

---

<sup>491</sup> Como salientado por SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 253 (comentário ao art. 427CC).

ao, agora, oblatamente responder à contraproposta, sob pena de ter-se o contrato por celebrado.

Tal como analisado no tópico 5.3. a análise minuciosa das circunstâncias negociais será decisiva para apurar se estamos diante de hipótese de frustração das tratativas negociais, capaz de desencadear as consequências do sistema de responsabilidade civil, ou, se considerar-se-á concluído o contrato pelo silêncio da parte.

### **5.5 Aspectos patológicos que afetam o exercício da autonomia privada: a sujeição do comportamento silencioso aos defeitos do negócio jurídico**

Diante das já constatadas particularidades envolvendo o silêncio no processo de formação do contrato – embora não se negue a incidência das mesmas regras da disciplina das invalidades do negócio jurídico em geral – a aferição da invalidade<sup>492</sup>, nos casos de formação do contrato pelo silêncio, demandará atenção especial por parte do intérprete, em razão, entre outros fatores, da ausência de conduta ativa apta a caracterizar declarações de vontade, o que dificulta a clássica verificação do descompasso entre a “vontade real” e a “vontade declarada”.

Importante registrar que a atuação do intérprete, nesse momento, restringe-se a apurar a presença dos requisitos necessários à caracterização dos defeitos do negócio jurídico, capazes de viciar o exercício da autonomia privada baseado em comportamentos silenciosos.

Não se confunde, portanto, com aquela necessária – e logicamente prévia – identificação da aptidão do comportamento silencioso como elemento do suporte fático (juntamente com as circunstâncias ou com os usos) necessário ao exercício da autonomia privada propriamente dito, como destacado no capítulo segundo, ou seja, diante das dificuldades que envolvem a aptidão do silêncio para o exercício da autonomia privada, primeiro analisa-se se o comportamento silencioso mostra-se apto a – em conjunto com as circunstâncias ou com os usos – compor o suporte fático para o exercício da autonomia privada, desde que não haja, por exemplo, alguma limitação objetiva, como a exigência

---

<sup>492</sup> Tal como afirma MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII.** (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 89, “As manifestações tácitas de vontade e as manifestações de vontade pelo silêncio submetem-se às mesmas regras jurídicas sobre invalidade (nulidade, anulabilidade) e ineficácia que concernem às manifestações expressas de vontade.”

de declaração expressa por imposição de forma prescrita em lei ou a própria natureza do contrato que se visa a constituir impeça a constituição pelo silêncio.

Em um segundo momento, superado o “degrau” do plano da existência, impõe-se, se for o caso, a apuração acerca da presença de eventual causa capaz de invalidar o contrato já constituído por intermédio do silêncio circunstanciado, partindo-se, contudo, da presunção de que preenchidos os requisitos do art. 111CC e do artigo 104CC o contrato deverá ser considerado válido e apto a gerar efeitos no mundo jurídico.

Assim, considerando que o silêncio está intimamente relacionado a fatores que afetam o sujeito (e não o objeto do negócio), a presente análise acerca do preenchimento dos requisitos de validade restringir-se-á, essencialmente, aos defeitos do negócio jurídico, pois as demais causas de invalidade – nulidades (art. 166CC) e anulabilidade (art. 171CC) – são passíveis de serem verificadas objetivamente e não guardam relação, propriamente, com a declaração de vontade. Não ostentam maior relevância em relação ao objeto deste estudo os requisitos objetivos da incapacidade das partes, da licitude, da possibilidade e da determinação do objeto e nem da forma, em razão da vedação expressa constante da parte final do artigo 111CC, que, inclusive, foi tratada de forma específica no tópico 5.4.1.

O objetivo deste tópico, portanto, é demonstrar se, e sob quais parâmetros o contrato é suscetível de ser invalidado em razão da presença de defeitos do negócio jurídico que viciem o exercício da autonomia privada por intermédio de um comportamento silencioso. Afinal, naquelas situações, nas quais o comportamento silencioso preenche os requisitos do artigo 111CC e assume o *status* de anuência, estará sujeito a todas as regras próprias do negócio<sup>493</sup>.

Não pertence ao escopo deste estudo, contudo, analisar em que medida o comportamento silencioso das partes ou de terceiros se mostra apto a caracterizar algum dos defeitos do negócio jurídico e, por consequência, provocar a invalidação do contrato,

---

<sup>493</sup> Nesse sentido, BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 144, que no tocante à sujeição do comportamento silencioso aos vícios do consentimento sustenta p. 144 “Também o regime do elemento subjetivo do negócio e dos vícios relativos (ausência de vontade, deficiência das determinações causais) se aplicam ao silêncio, quando este teria valor de negócio, desde que a relevância do vício não seja paralisada por um ônus deixado não cumprido na esfera interna daquele que deveria pronunciar-se ou explicar-se, e ao contrário se absteve de falar ou de agir.” No original: “Anche il regime dell’elemento soggettivo del negozio e dei vizi relativi (assenza di volontà, deficienza della determinazione causale) si applica al silenzio, quando questo abbia valore di negozio, purché la rilevanza del vizio non sia paralizzata da un onere rimasto inadempito nella sfera interna di chi avrebbe dovuto pronunciarsi o spiegarsi, e invece si è astenuto dal parlare o dall’agire.”

tal como se extrai, por exemplo, da regra do art. 147CC<sup>494</sup>.

Em síntese, não se analisa o comportamento silencioso como causa, instrumento ou elemento do suporte fático da invalidação, mas apenas a suscetibilidade de referido comportamento silencioso – quando pertencente ao suporte fático do exercício da autonomia privada – ser maculado por algum dos vícios do consentimento<sup>495</sup> e, conseqüentemente, sofrer os efeitos da invalidação, assim como ocorre em relação aos contratos constituídos por intermédio de declarações de vontade propriamente ditas. A análise do comportamento silencioso na caracterização dos defeitos do negócio jurídico ampliaria demasiadamente o objeto deste estudo.

Estabelecida referida delimitação da abordagem, verifica-se que diante da ausência efetiva de “base concreta” (declaração propriamente dita) sobre a qual deve incidir a análise de defeitos do negócio jurídico, relevarão essencialmente a apreciação do comportamento das partes e das circunstâncias que envolvem a contratação, tal como se passa a demonstrar.

Sob tais aspectos, toma-se como exemplo a celebração de novo contrato de aquisição de insumos, por intermédio de comportamento silencioso do empresário adquirente (em virtude da existência de relações anteriores), diante da remessa de mercadorias pelo fornecedor. Em condições normais, os usos e as circunstâncias reconheceriam a formação do referido contrato, que deve ser considerado válido e eficaz.

Contudo, ajuizada a competente ação anulatória no prazo legal<sup>496</sup>, comprova-se que o empresário adquirente não se opôs à celebração do contrato, mantendo-se silente, em razão de ameaça concreta de um “fundado temor de dano iminente e considerável” a si ou a membro de sua família, por parte do fornecedor, justificando a anulação do contrato. Ou, até mesmo, porque, embora desejasse recusar, teve a sua boca “tapada” à força, sendo obrigado, de forma irresistível, a “silenciar” e, por conseqüência, celebrou o

---

<sup>494</sup> “Art. 147 - Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.” Para maiores detalhes acerca da atual abordagem do referido dispositivo, ver BENETTI, Giovana. **Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

<sup>495</sup> A análise se restringe aos vícios do consentimento, passíveis de viciar o comportamento do silente, pois nos vícios sociais da fraude contra credores e, historicamente, da simulação – que tecnicamente não é mais defeito do negócio jurídico, mas, sim, causa de nulidade (art. 167) – o comportamento silencioso, em regra, macula as condutas fraudulenta e simulada.

<sup>496</sup> “Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I - no caso de coação, do dia em que ela cessar; (...)”

contrato que não tencionava celebrar e que é contrário aos seus interesses<sup>497</sup>. Diante de referidas circunstâncias, não se vislumbram razões para a não decretação da invalidade do contrato celebrado por intermédio de comportamento silencioso.

Importante ressaltar que, presentes as condicionantes necessárias a conferir ao silêncio o *status* de anuência para a formação do contrato, a aferição da (in)validade do negócio jurídico deverá centrar-se essencialmente no comportamento dos sujeitos envolvidos, face aos elementos objetivos que envolvem a contratação, a fim de preservar a estabilidade e a segurança do contrato e as legítimas expectativas das partes.

Assim, será relevante apurar se o comportamento do silente está relacionado a ele não ter “tomado conhecimento da comunicação deixada à sua disposição, quaisquer que fossem as circunstâncias acidentais concorrentes (negligência ou impedimento temporário)”<sup>498</sup>, sob pena das consequências decorrentes do seu silêncio serem imputáveis a ele “já que fatos que operam na sua esfera interna só dizem respeito a ele”<sup>499</sup>.

Não se pode descuidar, outrossim, da análise do comportamento do destinatário da conduta silenciosa, a fim de apurar – com o auxílio da teoria da confiança – se a sua conduta é digna de tutela jurídica, preservando o contrato (o que, salienta-se, é a regra, partindo-se do pressuposto de que tenham sido superados os requisitos de formação do contrato pelo silêncio), ou se, pelo contrário, encontram-se presentes circunstâncias que autorizem referida invalidação fundada justamente na ausência de comportamento digno de referida tutela da confiança por parte do destinatário do comportamento silencioso, tal como verificado nos exemplos acima (coação).

A invalidação do contrato somente se justificará diante da constatação de que o destinatário do comportamento silencioso adotou conduta não digna de proteção, apurando-se, por exemplo, que o dolo ou a coação alegados pelo silente eram ou deveriam ser conhecidos pelo destinatário diante das circunstâncias envolvendo a

---

<sup>497</sup> Registra-se que neste segundo exemplo, corrente doutrinária na realidade brasileira, defende tratar-se de hipótese de “inexistência”, por materializar “coação física”. Sob tal aspecto, cumpre recordar (ver tópico 2.2.) que, diferentemente do artigo 246º da lei portuguesa, a lei brasileira não prevê tal solução (inexistência) relegando a solução da questão para o plano da validade.

<sup>498</sup> BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 144.

<sup>499</sup> BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 144.



celebração do contrato<sup>500</sup>. Caso contrário, deve-se manter hígido o contrato no qual o silêncio de uma das partes gerou a expectativa legítima e concreta da celebração, tendo sido, diante das circunstâncias ou dos usos, suficiente a inspirar a confiança da parte contrária, cujo comportamento autorize tal tutela jurídica.

Sob tais aspectos, inclusive naqueles contratos em relação aos quais os usos do tráfego exigem uma conduta ativa por parte do sujeito que silencia – com destaque para as denominadas relações “paracontratuais”, “contratuais de fato” ou “comportamentos sociais típicos”, mas não limitadas a elas – as características de referidas relações massificadas ou de consumo pesarão em prol da estabilidade da relação contratual e, conseqüentemente, contra a invalidação ou ineficacização de contrato que, potencialmente, possa até mesmo ser contrário à vontade do aderente ou consumidor silente, ressalvadas as situações nas quais se apure comportamentos ou práticas abusivas por parte dos estipulantes ou fornecedores<sup>501</sup>.

Contribui para a presente conclusão a constatação de que os fins econômicos e/ou sociais presentes no âmbito de tais relações massificadas justificam a manutenção desses vínculos jurídicos contratuais ou paracontratuais estabelecidos com base em comportamentos silenciosos, o que justificaria a não subordinação dos comportamentos (silenciosos ou concludentes) em tais ambientes à invalidação por intermédio da disciplina dos defeitos do negócio jurídico.

Importante salientar, nesse sentido, que essas situações não se confundem com aquelas práticas reprováveis, relativamente comuns no ambiente de consumo, nas quais o fornecedor de produto ou serviço busca extrair assentimento de um comportamento silencioso do consumidor, conforme será analisado no tópico 6.1.

### **5.5.1. Breves reflexões sobre as conseqüências do comportamento silencioso do relativamente incapaz**

A aquisição da plena capacidade dos sujeitos de direito, em geral, decorre do

---

<sup>500</sup> Tal como se extrai dos artigos 148CC (dolo de terceiro) e 154CC (coação de terceiro).

<sup>501</sup> Referimo-nos, nesse sentido, aos exemplos clássicos de relações jurídicas reguladas contratualmente, que podem, eventualmente, ser constituídas com base em comportamentos silenciosos, embora os mais frequentes sejam os concludentes, tais como o do transporte público, do consumo de bens e serviços de caráter existencial, entre outros.

mero decurso do tempo. Logo, ainda que se possa cogitar a presença do silêncio nesses casos, ele estará completamente dissociado do comportamento humano e, portanto, não goza de qualquer relevância no universo contratual.

No tocante especificamente à análise da aptidão das condutas silenciosas daqueles que ainda não atingiram a plena capacidade para o exercício, de forma soberana, da autonomia privada, é possível afirmar que o silêncio do incapaz não ostentará, em regra, tal aptidão para formar contratos ou celebrar negócios jurídicos unilaterais relevantes ao universo contratual. Não há, portanto, justificativa para não se aplicar a tais comportamentos silenciosos a mesma disciplina jurídica a que se sujeitam as declarações expressas e as manifestações tácitas de vontade.

Registra-se, contudo, em relação ao comportamento do relativamente incapaz e aos negócios por ele celebrados, a existência de duas regras específicas no Código Civil brasileiro, cuja análise mais atenta mostra-se relevante quando se investiga o comportamento silencioso no ambiente negocial.

A primeira delas destina-se a regular hipótese fática diante da qual o comportamento – inclusive silencioso – do relativamente incapaz mostra-se apto a vinculá-lo juridicamente para, a despeito de não ter atingido a plena capacidade civil, imputar-lhe as consequências obrigacionais decorrentes de sua conduta no ambiente negocial. É o que se extrai do art. 180CC, o qual estabelece que “O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior”.

A referida regra decorre da constatação, no âmbito da disciplina das incapacidades, de que o relativamente incapaz é sujeito apto – ainda que de forma relativa e sob a supervisão de um assistente – a compreender e contrapor-se ao mundo que o cerca, inclusive com relação à prática de atos voluntários da vida civil. Logo, diante do patamar intermediário ocupado por referido sujeito – no que tange à celebração de negócios jurídicos em geral<sup>502</sup> – o mencionado comando normativo estabelece que o relativamente incapaz não se eximirá das consequências de suas ações e omissões, em virtude da adoção de comportamento juridicamente reprovável no ato obrigar-se.

Nesse sentido, mostra-se plenamente justificável que o silêncio intencional do

---

<sup>502</sup> Em geral, pois há exceções, tais como aquelas que emanam dos arts. 1.860 e 1.517 do Código Civil, que conferem ao sujeito com 16 (dezesseis) anos ou mais, a liberdade para testar e para casar, respectivamente.

relativamente incapaz em declarar sua idade quando questionado – caracterizador de omissão, por decorrer da violação de um dever jurídico, inclusive passível de causar danos a terceiros –, não possa ser invocado pelo próprio ou por seu assistente para eximir o incapaz, e conseqüentemente seu patrimônio, das conseqüências jurídicas do ato praticado de forma consciente e intencional. O tratamento específico conferido ao relativamente incapaz em tal contexto mostra-se coerente com o sistema e segue dinâmica análoga – embora com a fixação de conseqüências distintas<sup>503</sup> – àquela que emana do artigo 147CC, ao regular a figura do dolo por omissão, em geral.

Não obstante tais reflexões pontuais, cumpre reiterar que os aspectos relacionados à patologia da conduta apta a caracterizar o comportamento do relativamente incapaz, como potencialmente doloso (por ação ou por omissão), não serão aprofundados, pois – tal como advertido no tópico 5.5 – a presente investigação não se destina a analisar o comportamento silencioso como causa, instrumento ou elemento do suporte fático do ato caracterizador do dolo ou do defeito causador a invalidação do negócio.

Considera-se pertinente, contudo, a análise dos impactos do referido dispositivo legal (art. 180CC), em consonância com a regra do artigo seguinte (art. 181CC), em relação à possível formação do contrato por intermédio do silêncio, analisando-se as circunstâncias sob as quais o comportamento silencioso do relativamente incapaz será apto a interferir nos efeitos do ato por ele praticado, bem como no estabelecimento de um padrão comportamental a ser adotado por parte daquele que se relaciona com o relativamente incapaz.

Pretende-se, dessa forma, caso não seja possível evitar a anulação do negócio jurídico constituído por intermédio do comportamento silencioso do relativamente incapaz, ao menos prevenir o destinatário de suportar as conseqüências lesivas de referida invalidação, à luz do que estabelece o artigo 181CC, segundo o qual “Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.”

Consoante se extrai da análise conjunta de referidas regras legais (arts. 180 e 181CC), o ônus de demonstrar a “ocultação dolosa” do relativamente incapaz recai sobre

---

<sup>503</sup> Enquanto a regra do art. 180CC obriga o relativamente incapaz que age dolosamente, de forma a tutelar os interesses legítimos da vítima do dolo, por intermédio da manutenção do negócio; a regra do art. 147CC autoriza a anulação do negócio, também para tutelar os legítimos interesses da vítima do comportamento doloso.

aquele que com ele contrata. No que tange especificamente ao comportamento silencioso do relativamente incapaz, caberá àquele que celebra o negócio com o incapaz o ônus de adotar medidas acautelatórias, tais como solicitar cópias dos documentos de identificação ou, ao menos, exigir que o supostamente incapaz declare expressamente a sua idade, entre outros cuidados, a fim de resguardar-se em relação ao exercício legítimo da autonomia privada por parte de referido sujeito, inclusive lastreado em comportamentos silenciosos. Deverá certificar-se, no ato da contratação, de que o contrato em questão beneficia diretamente o supostamente incapaz, a fim de resguardar-se quanto à possibilidade de reclamar indenização, na hipótese de eventual e futura anulação.

Tais cautelas são necessárias, pois diante do mero silêncio do incapaz impõe-se a interpretação em favor deste, já que o comportamento doloso do supostamente incapaz não se presume e deverá ser comprovado por quem o alega. Assim, o silêncio do relativamente incapaz, embora sob circunstâncias que permitam apreender a sua anuência, não será apto a constituir validamente um contrato, tal como ocorrido, por exemplo, na hipótese fática concreta em que determinada instituição financeira concedeu crédito a menor – em relação ao qual tinha, na pior das hipóteses, condições de saber tratar-se de pessoa relativamente incapaz, pois titular de conta corrente aberta regularmente na mesma instituição financeira, sob a assistência de seu representante legal – acompanhado apenas de seu empregador, sem a anuência dos representantes legais (assistentes) do menor<sup>504</sup>.

Importante registrar, sob tais circunstâncias, que eventual ação a ser ajuizada em face do relativamente incapaz para reclamar eventuais prejuízos dependeria da demonstração – por parte daquele que com o incapaz contratou – de que o proveito reverteu em favor deste (art. 181CC), o que não se mostraria possível no caso em tela, pois o crédito foi levantado em dinheiro e entregue ao empregador do incapaz, diante do comportamento silencioso deste último.

Em reflexão conclusiva à análise da referida situação *in concreto*, envolvendo o comportamento silencioso do relativamente incapaz que figurou como parte no contrato

---

<sup>504</sup> Tal como ocorrido no julgamento, por maioria, da Apelação nº 0035005-77.2010.8.26.0602, proferido pela 37ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP, em 26 de fevereiro de 2013, sob a relatoria do Des. José Tarciso Beraldo, cuja ementa foi a seguinte: “Dano moral - Inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito por débito decorrente de contrato irregularmente pactuado - Celebração de empréstimo com menor desassistido - Incapacidade relativa que era do conhecimento do banco contratante - Caso, ademais, em que o negócio foi realizado em benefício de terceiro - Ato ilícito que gera direito à reparação - Indenização arbitrada em R\$ 5.000,00 pela r. sentença - Redução inadmissível, dadas as características do caso e a suficiência do valor como justa reparação - Sentença de procedência mantida - Apelação improvida.”

de empréstimo bancário, parece-nos adequada e tecnicamente recomendável a combinação da regra do artigo 111CC, com os dispositivos legais dos artigos 180CC e 181CC, a fim de que se possa apurar a validade e a eficácia do empréstimo financeiro concedido ao incapaz.

Embora a lei não exija declaração de vontade expressa para a celebração de referidos contratos de mútuo feneratício, o fato de figurar um relativamente incapaz em um dos polos da relação contratual impõe à contraparte a adoção das mencionadas cautelas em relação às quais não parece ter se desincumbido a instituição financeira no caso concreto. Caberia à instituição financeira, para manter a higidez do contrato, comprovar, com base nas circunstâncias negociais, que o silêncio do relativamente incapaz, tomador do empréstimo, decorreu de dolo. Ou, ainda que não pudesse evitar a anulação, ao menos, que o montante emprestado teria sido destinado ao incapaz.

## 5.6. Função interpretativa da regra do artigo 111CC

A “interpretação” – numa abordagem mais específica e posterior àquela explorada no capítulo primeiro<sup>505</sup> – pode ser compreendida como o processo intelectual que envolve a obtenção do sentido do objeto da interpretação; ou como o próprio resultado deste processo. No campo da hermenêutica jurídica, releva o processo interpretativo, que se destina a compreender<sup>506</sup> o conteúdo e o alcance da norma jurídica com o propósito de solucionar determinado problema relevante para o direito, registrando-se a advertência de Hironaka<sup>507</sup>, segundo a qual:

“Interpretar a lei é distinto de interpretar o contrato. A lei é predisposta

---

<sup>505</sup> No capítulo primeiro, foi explorada a vertente da interpretação da conduta, para a formação do contrato. Neste ponto, a análise destina-se a explorar os contratos já constituídos e, portanto, se concentra no plano dos efeitos.

<sup>506</sup> Nesse sentido, MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50, “A interpretação é a ação cujo êxito ou evento útil é o entendimento. Independentemente de suas diferentes aplicações, precisamente na medida em que responde ao problema do entender, o processo interpretativo é único e idêntico em seus elementos fundamentais.”

<sup>507</sup> Em HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Interpretação do contrato**. In: CASSETARI, Christiano; VIANA, Rui Geraldo Camargo. 10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 344-357, p. 345, que, a seguir, distingue a interpretação subjetiva, que busca verificar a “vontade real dos contratantes” da “interpretação objetiva”, que “visará a esclarecer o sentido das declarações que continuem dúbias ou ambíguas por não ter sido possível precisar a efetiva intenção das partes.”

pela autoridade legislativa, é abstrata, geral e independe de consentimento ou aprovação dos destinatários para ter validade e eficácia. O contrato é fruto do acordo das partes, é concreto e relativo às partes, e a partir do consentimento tido como suficiente, é válido e eficaz. A finalidade da lei é regular interesses coletivos ou públicos, não considerando a intenção de quem a edita, a do contrato é regular interesses particulares, determinados, sendo fundamental a intenção comum das partes. A lei é uma regulamentação heterônoma; o contrato é uma regulamentação autônoma (Lobo).”

A noção ampla de interpretação compreende não apenas o meio empregado para a compreensão do objeto, como também os critérios adotados pelo intérprete para realizar a integração das lacunas do direito<sup>508</sup>.

Centra-se, neste momento, na primeira de referidas funções<sup>509</sup>, uma vez que o preenchimento das lacunas (vertente integrativa) demandaria a necessidade de investigação de inúmeros outros aspectos teóricos e práticos, ampliando demasiadamente o objeto deste estudo<sup>510</sup>.

É justamente em referido contexto que se pretende demonstrar que a regra do artigo 111CC – além de estabelecer as condicionantes para que o silêncio materialize-se como exercício da autonomia privada no momento da formação do vínculo contratual – fixa parâmetros interpretativos destinados a estabelecer os efeitos de determinados comportamentos silenciosos circunstanciados<sup>511</sup> no âmbito de relações contratuais já em curso. Procura-se demonstrar, inclusive, que a regra destina-se a promover alterações das posições jurídicas originariamente previstas pelas partes, desde que as circunstâncias ou

---

<sup>508</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª Tiragem. São Paulo: Atlas, 1991, p. 271, “Trata-se de um problema típico da teoria dogmática da interpretação que se refere à possibilidade de, por via hermenêutica, suprirem-se as lacunas do ordenamento.” Nesse sentido, não se ingressará nas discussões acerca da completude ou incompletude do sistema jurídico, conforme bem explorado por referido autor as p. 195 e ss. e 271 e ss.

<sup>509</sup> Não obstante se registre a dificuldade de distingui-las claramente tal como salienta BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 31/74, p. 68/70.

<sup>510</sup> Para a análise mais aprofundada do tema da integração no ambiente contratual, ver PENTEADO, Luciano de Camargo. **Integração de contratos incompletos**. Tese de Livre-Docência. Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto: 2014. Para uma perspectiva jurídico-econômica dos contratos incompletos, ver ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 147 e ss.

<sup>511</sup> O que não se confunde com a tentativa de interpretar o “mero silêncio”, o qual, na condição de um “nada”, não seria passível de interpretação, tal como já salientado.

os usos o autorizem, caracterizando, dessa forma, vertente pouco explorada do exercício da autonomia privada por intermédio do comportamento silencioso.

Importante consignar, sob tal aspecto, que o requisito da “necessária declaração de vontade expressa” (parte final do artigo 111CC) – limitador do poder constitutivo do silêncio na esfera contratual – não ostenta o mesmo poder no âmbito da ora analisada vertente interpretativa da regra, em razão da menor relevância do requisito da forma no plano dos efeitos (e não da validade) do negócio jurídico e da maior incidência de outros valores e vetores principiológicos, tais como aqueles que emanam da boa-fé e da teoria da confiança no que concerne à execução do contrato.

Em síntese, a análise do comportamento (silencioso ou não) das partes durante a execução do contrato deve preponderar em relação à eventual limitação imposta por cláusula contratual, destinada a subordinar a alteração contratual à declaração de vontade expressa das partes.

Tal conclusão, em relação à interpretação do comportamento silencioso das partes no curso do contrato, conferindo-lhe – a depender das circunstâncias ou dos usos – o *status* de anuência do silente, de forma, inclusive, a autorizar a alteração de posições jurídicas originárias no âmbito de uma dada relação jurídica, não apenas se adequa à regra do artigo 111CC, como também converge com outras regras específicas constantes da lei brasileira<sup>512</sup> e com os vetores principiológicos que a orientam, sem necessariamente neles se fundamentarem primordialmente.

Registra-se, por oportuno, que as recentes alterações promovidas pela Lei 13.874 no artigo 113CC<sup>513</sup>, com destaque para o disposto nos incisos I, II e III do §1º, acerca da interpretação dos negócios jurídicos em geral – apesar de não inovar propriamente na realidade jurídica brasileira – contribuem para fortalecer a posição ora apresentada, na medida em que advertem o intérprete dos negócios jurídicos em geral, para que se atenha ao comportamento das partes (silencioso ou não) após a celebração do negócio, levando em consideração os usos, os costumes e as práticas do mercado relativas ao tipo do negócio, estando atento, entre outros valores, à boa-fé<sup>514</sup>.

---

<sup>512</sup> A exemplo da norma que emana da regra do art. 330 CC, a qual será analisada a seguir.

<sup>513</sup> “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; (...)”

<sup>514</sup> Sobre as referidas alterações promovidas pela Lei nº 13.874 no artigo 113 CC e as semelhanças com o

Em referido contexto, como se prenunciou no tópico 5.1, o reconhecimento da função interpretativa da regra do artigo 111CC decorre da própria abordagem sistemática do dispositivo, diante da constatação de que o mencionado dispositivo legal precede, imediatamente, as regras clássicas de interpretação (arts. 112, 113 e 114 do Código Civil) dos negócios jurídicos, constantes da parte geral do Código Civil. E, como se não bastasse, sucede a regra do artigo 110CC (reserva mental), cuja análise mais aprofundada também indica a presença de parâmetros interpretativos das declarações de vontade em geral, ao conferir maior importância à confiança gerada pela declaração, em detrimento do verdadeiro “querer” do declarante, salvo quando o declaratório não fizer *jus* a tal proteção, por conhecer de referida reserva mental do declarante.

Sob tais circunstâncias, constata-se que a regra do artigo 111CC, ora fortalecida pelo disposto no art. 113, §1º, I CC, mostra-se apta a contribuir para a solução, por exemplo, daquelas situações nas quais o comportamento silencioso e reiterado da parte – durante o curso da relação – contraria uma regra expressa do contrato e, por consequência, autoriza o reconhecimento da “anuência” do silente em relação à alteração da dita regra contratual expressa, desde que as circunstâncias ou os usos o autorizem.

Salienta-se que referida inteligência do dispositivo legal em questão encontra-se em total consonância com o atual sistema jurídico obrigacional privado, tal como se extrai, por exemplo, da regra do art. 330CC<sup>515</sup>, que também contém o comportamento silencioso em seu suporte fático. A propósito, referida regra expressa (art. 330CC) dispensa a invocação da regra do artigo 111CC e aplica-se àquelas situações nas quais se verifica, por exemplo, a existência de previsão contratual expressa de pagamento no

---

artigo 131 do CCom. 1.850, ver TARTUCE, Flávio. **A lei da liberdade econômica (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil (segunda parte):** mudanças no âmbito contratual. de 15 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI313017,21048A+lei+da+liberdade+economica+lei+1387419+e+os+seus+principais>> Acessado em: 7 nov. 2019. Salienta-se que as referidas regras se destinam à interpretação dos negócios jurídicos em geral, abrangendo tanto os contratos civis, quanto os empresariais e afastam a necessidade de tratamento autônomo aos referidos contratos tal como destaca FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **A interpretação do negócio jurídico empresarial no projeto de Código Comercial do Senado Federal nº 487/2013.** de 16 de dezembro de 2019. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/MigalhasContratuais/136,MI317033,31047-A+interpretacao+do+negocio+juridico+empresarial+no+projeto+de+Codigo>> Acessado em: 10 jan. 2020.

<sup>515</sup> “Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.” Sob tal aspecto, ver SIMÃO, José Fernando. **Código Civil Comentado:** doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 188, em comentário ao referido dispositivo legal, que salienta “O comportamento reiterado das partes modifica o lugar do pagamento ainda que o contrato tenha cláusula expressa dizendo que qualquer mudança implica novação e é mera tolerância.”



domicílio do devedor, mas que na prática, diante do comportamento do devedor (que paga em local diverso) associado ao silêncio circunstanciado (reiterado e sem qualquer ressalva) do credor, passa a ocorrer, por exemplo, no domicílio do credor.

Cumpre esclarecer, na linha do que fora desenvolvido no capítulo 4, acerca das distinções entre o silêncio e os demais meios de exercício da autonomia privada, não se tratar de hipótese de manifestação tácita de vontade ou de comportamento concludente por parte do credor, em razão da passividade e da ausência de comportamento ativo, ainda que de caráter indireto, por parte deste.

Diante, contudo, de situações análogas, para as quais não exista regra expressa como a do art. 330CC e não se exija manifestação de vontade expressa das partes, compreende-se que a regra do artigo 111CC pode ser invocada para auxiliar na interpretação de outras hipóteses fáticas envolvendo comportamentos silenciosos circunstanciados no curso de determinados contratos, tal como ocorre, por exemplo, em relação ao tempo do pagamento nos curso de contratos de trato sucessivo em geral.

Nesse sentido, ilustra-se com situação na qual as partes pactuam, em contrato de trato sucessivo, determinada data para o cumprimento das obrigações mensais de pagar o preço, sendo que no curso da relação, sob o contínuo silêncio e sem ressalvas do credor, o devedor passa a pagar, de forma reiterada, em data distinta daquela expressamente pactuada.

A análise das circunstâncias que envolvem o contrato em questão permitirá concluir tratar-se de mera liberalidade das partes; ou se – com base na regra do art. 111CC (diante da constatada ausência de regra legal específica) – o comportamento silencioso do credor caracteriza a sua “anuência” em relação à conduta reiterada da parte contrária, a qual passou a cumprir a obrigação em data distinta, gerando, por consequência, a alteração da posição jurídica constante do clausulado contratual no que tange a data do pagamento. Entre os fatores circunstanciais a serem apreciados concretamente, destacam-se o lapso temporal transcorrido, o comportamento reiterado das partes, entre outros aspectos capazes de interferir nos efeitos de referida relação.

Em acréscimo à referida conclusão, a mesma lógica de raciocínio poderá ser aplicada em relação àquelas cláusulas, presentes nos contratos em geral, as quais preceituam – por meio de variantes de redação mais ou menos complexas – que “O silêncio, a tolerância ou a transigência da parte em relação a quaisquer dos termos do

presente contrato não implicará em novação, perdão, renúncia, alteração ou modificação do mesmo, sendo o evento ou omissão considerado, para todos os fins de direito, como mera liberalidade do mesmo que silenciou, transigiu, anuiu ou não exigiu o cumprimento da obrigação, não acarretando, todavia, na renúncia do direito de exigir o cumprimento das obrigações aqui contidas, a qualquer tempo.”

Nada obstante não seja possível negar, *a priori*, o teor impositivo de referida cláusula e a presunção de eficácia que dela emana, compreende-se – como reflexo da própria autonomia privada – que a encetada regra contratual, de perfil genérico, não ostenta caráter absoluto, na medida em que as circunstâncias e os usos poderão demonstrar ter havido anuência por intermédio do comportamento silencioso da parte, capaz de provocar a alteração de determinada disposição contratual expressa<sup>516</sup>.

A invocação da função interpretativa da regra do artigo 111CC, em referidas situações, contribui para melhor compreender determinados fenômenos jurídico-contratuais e o seu alcance, bem como para limitar (ou, ao menos, para melhor justificar) a solução de determinadas situações concretas ocorridas no curso de uma dada relação.

Nesse sentido, faz-se referência, por exemplo, às soluções fundamentadas em construções jurídicas – com bases exclusivamente principiológicas ou meramente doutrinárias – tal como a invocação dos institutos da *suppressio* e da *surrectio*<sup>517</sup>; ou o recurso às cláusulas gerais, como a da boa-fé objetiva, na sua função reativa, com o objetivo de justificar a alteração de determinada cláusula contratual expressa, em função do comportamento das partes (inclusive silencioso, baseado numa inação), capaz de autorizar a interpretação do contrato em sentido diverso daquele inicialmente pactuado, de forma expressa, pelas partes, tal como se ilustrará a seguir.

A aplicação ora proposta converge com a análise do comportamento silencioso fundada na tutela das expectativas legítimas<sup>518</sup> geradas pelo silente na

---

<sup>516</sup> Nesse sentido, antes mesmo do advento do CC/02 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 160, já destacava a possibilidade do silêncio operar efeitos modificativos “Quando, após a conclusão do contrato, um dos contraentes propuser ao outro modificações, ou comunicar have-las feito, por força de novas circunstâncias, e a outra parte, recebendo a comunicação, nada disser.”

<sup>517</sup> Para maiores detalhes ver, por todos, CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da boa fé no direito civil**. (3ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2007, p.719, o qual salienta, inclusive, tratar-se de (p. 810/812) “saída extraordinária, insusceptível de aplicação sempre que a ordem jurídica prescreva qualquer outra solução. Tem, pois, natureza subsidiária.”

<sup>518</sup> Nesse sentido, destaca MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro

contraparte, com fundamento específico na regra do artigo 111CC e não – ao menos como argumentos principais e primários – nos artigos 113CC ou 422CC.

Em referido contexto, considera-se oportuno – diante da íntima relação entre a identificação da relevância jurídica dos comportamentos silenciosos e os filtros impostos pela boa-fé – promover-se algumas reflexões críticas específicas em torno da interação entre tais institutos e suas respectivas regras, inclusive para melhor delimitar os pontos de conexão entre tais figuras, com o propósito de permitir que as regras jurídicas que as regulam sejam aplicadas de forma mais adequada na solução de conflitos *in concreto*.

### 5.7. O hiperdimensionamento da boa-fé objetiva: os contributos da regra do artigo 111CC e sua maior conexão com a tutela da confiança

O universo negocial é o preferido para a regulação genérica dos fatos jurídicos, salientando-se que – especialmente no ambiente contratual – mais relevante do que o aspecto da “declaração de vontades”, é o “encontro das vontades”<sup>519</sup>. Nesse cenário, sobressai o elemento psicológico da intencionalidade (*intentio*), o qual se materializa na boa-fé, como cerne ou matriz da eticidade<sup>520</sup>, mas a ela não se limita. Isso porque, além das regras que potencializam o poder conferido à boa-fé para funcionar como “cânone hermenêutico integrativo do contrato”<sup>521</sup>; “norma de criação de deveres jurídicos”<sup>522</sup> e “norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos”<sup>523</sup>, outras regras do sistema jurídico de direito privado também desempenham função relevante no âmbito da

---

semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 852/2006 (Out. 2006), p. 7, “Trata-se, evidentemente, de uma confiança adjetivada – a confiança legítima (também dita “expectativa legítima”). O qualificativo “legítima” apostado à idéia de confiança ou de expectativa confere objetividade ao princípio, afastando-o das puras especulações psicológicas”.

<sup>519</sup> REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 75/76.

<sup>520</sup> Ibid., p. 77. Sobre a prevalência da concepção ética da boa-fé subjetiva em detrimento de uma concepção “puramente psicológica”, destaca CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 407, “chegamos à solução de que a boa fé subjectiva é, entre nós, sempre ética: só pode invocar boa fé quem, sem culpa, desconheça certa ocorrência.”

<sup>521</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 444 e ss.

<sup>522</sup> Sobre a função ativa da boa-fé objetiva ver, SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: contratos (série leituras jurídicas: provas e concursos)**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 24 e ss.

<sup>523</sup> Detalhes sobre a função reativa da boa-fé objetiva em Ibid., p. 29 e ss. SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da Confiança e venire contra factum proprium**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 56 também destaca as três funções atribuídas à boa-fé objetiva.

formação e da interpretação dos contratos, sem que se lhes seja conferido o devido destaque.

Em referido contexto, o estudo da boa-fé e dos seus impactos no âmbito dos contratos tem recebido bastante atenção por parte dos juristas brasileiros, especialmente após o advento do atual diploma civil<sup>524</sup>. Não obstante os inúmeros contributos relacionados, por exemplo, à modulação dos deveres anexos ou laterais de conduta<sup>525</sup>; à necessária distinção entre as suas vertentes objetiva, subjetiva e interpretativa<sup>526</sup>, verifica-se, atualmente, certa banalização de sua aplicação<sup>527</sup>, gerada, na essência, pelo “hiperdimensionamento” que se lhe costuma conferir para a solução dos conflitos contratuais *in concreto*, com o escopo de justificar um maior intervencionismo na relação contratual privada, desconsiderando-se, frequentemente, a existência de outras regras legais – por vezes mais adequadas – destinadas à solução das hipóteses fáticas que se

---

<sup>524</sup> Nesse sentido, Miguel Reale, o idealizador do Código Civil Brasileiro, já destacava *in REALE*, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 75, a importância do artigo 113CC como “um artigo-chave do Código Civil”, como “norma fundante que dá sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas ‘para todo o sistema’ ”., salientando que “nenhum dos artigos do novo Código Civil me parece tão rico de consequência como o artigo 113”. Ver, por todos, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

<sup>525</sup> Nesse sentido, a obra precursora de 1964, ainda na vigência do CC/16, de SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. (reimpressão). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 34, “Os deveres derivados da boa-fé ordenam-se, assim, em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam. Podem, até, constituir o próprio conteúdo dos deveres principais(...) ou ainda expressarem-se como deveres duradouros de fidelidade, abrangendo e justificando toda a relação jurídica, como no contrato formador da relação de família.”

<sup>526</sup> Ver, por todos, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 261 e ss. e p. 444 e ss.

<sup>527</sup> Nesse sentido SCHMIDT, Jan Peter. Palestra sob o título “**Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na práxis judicial brasileira**”. 5 de dezembro de 2014. Ciclo de estudos de Direito Privado Contemporâneo. Organizado pelo Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP e pela Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-dez-07/jan-peter-schmidt-principio-boa-fe-objetiva-usp?imprimir=1> > Acessado em: 7 nov. 2019. Segundo o autor, “o princípio, no Brasil, em alguns casos, tem sido usado como ‘mero ornamento’ para decisões que poderiam ser fundamentadas com a invocação direta do texto legal. Além disso, a boa-fé, em certas situações, é confundido com outras cláusulas gerais, como a função social do contrato”, salientando, inclusive, que “o Brasil passou por situação semelhante ao que aconteceu com a Alemanha logo depois da aprovação do Código Civil de 1900. Os tribunais passaram a dar à boa-fé objetiva uma função retórica e exagerada.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 443, também critica a “hiperinvocação da boa-fé como espécie de ‘princípio passe-partout’ que a tudo embala na mesma genérica etiqueta”. SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da Confiança e *venire contra factum proprium***. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 80 também é crítico ao fenômeno da “superutilização da boa-fé objetiva”, o qual define como “um processo de invocação arbitrária da boa-fé como justificativa ética de uma série de decisões judiciais e arbitrais, que nada dizem tecnicamente com seu conteúdo e suas funções”, salientando que “Assim, a boa-fé objetiva aparece hoje, não obstante os propósitos meritórios de sua aplicação, como fundamento de soluções a que se chegaria, de forma mais eficaz e mais adequada à luz do próprio sistema jurídico, pela aplicação direta de princípios constitucionais, ou até de regras específicas do direito privado”.

apresentam.

Assim, pretende-se neste tópico, entre outros objetivos, demonstrar que – apesar da estreita relação entre o tema desta investigação e a boa-fé<sup>528</sup> – o estudo e as soluções jurídicas envolvendo o comportamento silencioso das partes, no tocante à formação e à alteração do contrato, não estarão sempre relacionados e dependentes da boa-fé, como frequentemente se apresenta<sup>529</sup>.

Do ponto de vista dogmático e também com o propósito de conferir melhores soluções a conflitos concretos, mostra-se adequado e recomendável procurar identificar quando a aplicação da regra do artigo 111CC estará relacionada – e muitas vezes dependente e sobreposta – à noção de boa-fé objetiva e, por outro lado, quando ostentará conteúdo e relevância autônomas, que aproximam a figura da tutela da confiança, como decorrência das expectativas legítimas geradas pelo silêncio de um dos sujeitos envolvidos na relação jurídica em causa<sup>530</sup>.

---

<sup>528</sup> Tal como destaca entre outros SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da Confiança e *venire contra factum proprium***. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 59 “E, de fato, a confiança tem desempenhado um papel fundamental na compreensão da boa-fé objetiva, a ponto de já ser a boa-fé definida como ‘uma confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa, correta ou virtuosa’”.

<sup>529</sup> Assim como a atuação da tutela da confiança não depende da boa-fé, a ideia inversa também é verdadeira, tal como defende MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 852/2006 (Out. 2006), p. 8, “Percebida essa distinção compreendesse que haverá grande número de situações em que os deveres derivados da boa-fé como os deveres de informação, esclarecimento, proteção da pessoa ou do patrimônio da contraparte, consideração aos legítimos interesses do parceiro etc. atuam independentemente do grau de confiança ou de expectativa despertada na contraparte.”. No mesmo sentido, KONDER, Carlos Nelson. **A proteção pela aparência como princípio**. Revista OAB/RJ, Rio de Janeiro. Edição Especial. Direito Civil. Disponível em: <<http://revistaelectronica.oabRJ.org.br/?artigo=a-protecao-pela-aparencia-como-principio>> Acesso em: 8 jan. 2020, p. 1/22, p. 4, “Todavia, a proteção jurídica da confiança não se resume à aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Existem determinadas situações que não se enquadram nos parâmetros de aplicação daquele princípio, mas nas quais ainda assim a proteção se justifica.”.

<sup>530</sup> Nesse sentido, destaca-se que FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 452 e ss. procura demonstrar a independência entre a “responsabilidade pela confiança” e a violação dos “deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé” nos seguintes termos: (p. 454) “Não interessa portanto por si aquilo em que a vítima da violação da regra da boa-fé acreditou. Quando muito, pode ser de averiguar se ela ‘devia poder confiar’ no comportamento do outro. Mas as expectativas neste sentido ‘razoáveis’ ou ‘legítimas’ de um sujeito não são senão ‘uma projecção de exigências objectivas de comportamento impostas pela ordem jurídica’. Por outras palavras: ‘a tutela das expectativas mediante a regra da boa fé é apenas reflexa. Releva somente no quando das exigências de probidade e equilíbrio de conduta que aquela veicula. São estas que conferem o fundamento da protecção concedida.’” Em sentido contrário, CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da boa fé no direito civil**. (3ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2007, p. 1298-1299 indica textualmente que o princípio da confiança surge como “conteúdo material da boa fé”, e que a “protecção da confiança opera mercê de preceitos específicos ou, em termos gerais, através da boa fé” e SANTOLIM,

Em referido contexto, considera-se que o exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio relaciona-se mais de perto com o princípio da confiança<sup>531</sup>, do que propriamente com a noção de boa-fé, já que do ponto de vista funcional destina-se primordialmente ao “asseguramento de expectativas” do que ao “direcionamento de comportamentos”<sup>532</sup>. Não obstante se constate que a noção de boa-fé contribui para atribuir efeitos jurídicos a comportamentos silenciosos, nem sempre a sua invocação será imprescindível para reconhecer os poderes formativos ou modificativos do silêncio no âmbito de dadas relações<sup>533</sup>, como se, por exemplo, a aplicação da regra do artigo 111CC dela dependesse.

Isso porque, na distinção entre a boa-fé e a confiança, destaca Martins-Costa<sup>534</sup> que:

“a boa fé, liga-se, primariamente, ao ‘dever geral de cooperação’, impondo, para tal fim, pautas de correção, lealdade, probidade e consideração aos interesses legítimos do parceiro (civiliter agere)”, enquanto que “a confiança, prende-se, primariamente, à geração de expectativas legítimas cuja manutenção pode constituir um dever

---

César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. Vol. 55/2005, (Jul-Set/2005), p.11 “(...) tomada a boa-fé objetiva em seu sentido mais amplo, não há como deixar de considerar que este princípio é, na realidade, embora ele próprio gerador de conseqüências próprias e imediatas, matriz de outros três princípios, diretamente vinculados ao cumprimento dos deveres secundários decorrentes das relações obrigacionais: a transparência, a confiança e a probidade.”

<sup>531</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro. (Nov. 2008), p. 160, relaciona a regra do artigo 111CC à teoria da confiança.

<sup>532</sup> A autora fixa referida distinção residual (p. 236) após aprofundar a análise da relação entre “confiança e boa-fé”, identificando inúmeros pontos de aproximação e até mesmo sobreposição em MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 233/236.

<sup>533</sup> Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfico”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 852/2006 (Out. 2006), p. 8, “Discernido o campo de atuação específico do princípio da confiança – vale dizer, o seu campo de autonomia, onde não necessita estar coligada com a boa-fé para ter eficácia jurídica – cabe observar que ambos os princípios podem também interagir, atuando conjuntamente.” Complementa a autora “É indiscutível que nas exigências de probidade, lisura e correção de condutas que a boa-fé traduz se insere a exigência de não criar ou sustentar indevidamente expectativas em outrem, bem como a de prevenir a formação de representações falsas, temerárias ou infundadas no alter.” Sobre a atuação conjunta da boa-fé e da confiança no âmbito do comportamento silencioso ver exemplo no tópico 5.7 (credor que silencia quanto à mensagem do devedor em relação ao cumprimento da obrigação.)

<sup>534</sup> *Ibid.*, p. 8.

jurídico (dever de manter a confiança suscitada) e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança).”

Com o propósito de ilustrar referido fenômeno e o contributo da regra do artigo 111CC para a interpretação de comportamentos silenciosos no âmbito dos contratos, destaca-se a hipótese fática objeto do Recurso Especial nº 1.803.278, julgado em 22 de outubro de 2019, perante a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>535</sup>, na qual o comportamento inerte e silencioso do credor – que por cinco anos recebeu o pagamento da prestação locatícia, sem os acréscimos relativos à correção monetária previstos contratualmente, no âmbito de contrato de locação de imóvel empresarial em shopping center – impediu-o de cobrar tais acréscimos sobre as prestações locatícias pretéritas, por força da mencionada função reativa da boa-fé, afastando o pretendido direito de crédito correspondente à “eventual diferença no valor já pago nos 5 (cinco) anos anteriores à notificação extrajudicial”. Na fundamentação, o acórdão invocou “a aplicação do instituto da ‘supressio’, segundo o qual o prolongado não exercício de um direito pelo credor, a ponto de criar no devedor a crença de que não será exercitado, gera a supressão desse direito e inviabiliza a sua exigência retroativa.”

E, sob o fundamento da confiança, prevaleceu, por unanimidade, o entendimento de que “não é razoável supor que o locatário tivesse criado a expectativa de que o locador não fosse mais reclamar o aumento dos aluguéis. Assim, o decurso do

---

<sup>535</sup> Ementa: “Recurso especial. locação comercial. aluguéis. reajuste. cláusula contratual. previsão. cinco anos. cobrança. inexistência. valores retroativos. impossibilidade. boa-fé objetiva. Supressio”. 1. Recursos especiais interpostos contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se, não tendo exercido o direito de reajustar os aluguéis durante o período de 5 (cinco) anos, com base em cláusula contratual expressa, pode o locador exigir o pagamento de tais valores, inclusive de retroativos, após realizada a notificação do locatário. 3. A supressio decorre do não exercício de determinado direito, por seu titular, no curso da relação contratual, gerando para a outra parte, em virtude do princípio da boa-fé objetiva, a legítima expectativa de que não mais se mostrava sujeito ao cumprimento da obrigação. 4. Hipótese em que o acórdão recorrido concluiu que o locador não gerou a expectativa no locatário de que não mais haveria a atualização do valor do aluguel durante todo o período contratual (vinte anos), mas que apenas não seria exigida eventual diferença no valor já pago nos 5 (cinco) anos anteriores à notificação extrajudicial. 5. Destoa da realidade fática supor que, no caso, o locatário tivesse criado a expectativa de que o locador não fosse mais reclamar o aumento dos aluguéis e, por esse motivo, o decurso do tempo não foi capaz de gerar a confiança de que o direito não seria mais exercitado em momento algum do contrato de locação. 6. Viola a boa-fé objetiva impedir que o locador reajuste os aluguéis por todo o período da relação contratual. 7. No caso, a solução que mais se coaduna com a boa-fé objetiva é permitir a atualização do valor do aluguel a partir da notificação extrajudicial encaminhada ao locatário e afastar a cobrança de valores pretéritos. 8. Recursos especiais não providos.”

tempo não foi capaz de gerar a confiança de que o direito não seria mais exercitado em momento algum do contrato de locação.”, salientando que “não se pode concluir que o locatário tinha plena convicção de que o valor do aluguel não seria mais reajustado, ainda mais quando faltavam aproximadamente 15 (quinze) anos para o término do contrato após a notificação.”

Na linha do que se tem procurado demonstrar ao longo deste tópico, embora não seja possível negar os contributos trazidos pela boa-fé objetiva – inclusive no que tange à sua função reativa em relação à interpretação dos contratos – considera-se que a presença da regra do artigo 111CC no ordenamento jurídico brasileiro tem o condão de afastar o protagonismo da incidência de tal vertente reativa da boa-fé objetiva (que é sempre de aplicação subsidiária), naquelas situações envolvendo comportamentos silêncios sob determinadas circunstâncias.

Tal fenômeno verifica-se naquelas situações, nas quais os usos ou as circunstâncias demonstram que o silêncio de uma das partes mostrou-se apto a caracterizar a anuência do silente face a determinado comportamento ativo, contrário ao expressamente pactuado, adotado pela parte contrária no curso da relação, tal como verificado no caso ora transcrito.

A propósito, a maior proximidade da regra do artigo 111CC com a teoria da confiança (do que com a noção de boa-fé objetiva) acaba por conferir resposta mais adequada àquelas hipóteses fáticas – como a ora analisada – nas quais se busca tutelar as legítimas expectativas daquele que se relaciona com o silente face a determinadas circunstâncias. Por consequência, assim como ocorre, por exemplo, em relação à regra do art. 330CC, o fundamento da *suppressio*, passa a ser complementar e subsidiário, em razão da existência de regra legal mais específica aplicável ao caso.

Considera-se, inclusive, que a regra do art. 111CC mostra-se mais apta, também, a lidar com o problema relacionado à eficácia futura, ou não, da cláusula contratual em questão (correção monetária da prestação locatícia). Isso porque, tal como constatado no acórdão acima transcrito, trata-se de avaliar (novamente sob a óptica da confiança) se, com base nas circunstâncias e nos usos, seria legítima (digna de tutela jurídica) a expectativa do devedor, de que a prestação locatícia não mais se sujeitaria à correção monetária, ao longo dos próximos 15 (quinze) anos de vigência do contrato.

Acrescenta-se, ainda, sob tal aspecto, que os conceitos jurídicos



indeterminados (circunstâncias ou usos) constantes do art. 111CC conferem ao intérprete a possibilidade de analisar os inúmeros aspectos envolvidos, tais como a essência da relação jurídica em causa, a natureza e o teor da cláusula contratual em discussão, o perfil das partes envolvidas, o tempo de duração do contrato, entre outros, exigindo, inclusive, rigor na fundamentação das conclusões alcançadas.

Ainda no que diz respeito aos pontos de intersecção entre a boa-fé e os comportamentos silenciosos no ambiente comercial – embora não esteja relacionado à aplicação da regra do artigo 111CC – considera-se oportuno registrar a possibilidade do silêncio preencher o suporte fático de regras relacionadas à boa-fé subjetiva (agir de boa-fé<sup>536</sup>) e à boa-fé objetiva. É o que se verifica, por exemplo, em relação ao sujeito que silencia acerca de “fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado” e tal omissão – pois materializada por “silêncio” violador do dever jurídico de agir – é capaz de afetar, de modo determinante, a celebração do contrato.

Embora referida hipótese fática não esteja relacionada propriamente ao objeto deste estudo, tal como salientado no tópico 5.5., caso referida omissão decorra de um comportamento intencional da parte, caracterizar-se-á violação à boa-fé subjetiva, já que referida conduta encontra-se impregnada pela má-fé, impondo-se a incidência das regras que regulam o “dolo” e suas consequências, nos termos do disposto nos artigos 147 e 171 e seguintes do código civil<sup>537</sup>.

Diante, contudo, de comportamento silencioso involuntário, não intencional do silente, não será possível imputar-lhe a prática da conduta omissiva dolosa prevista no encetado dispositivo legal. Ausente a má-fé, a referida situação não se confunde com a anterior e, ao invés de afronta à boa-fé subjetiva, caracterizar-se-á a quebra do dever de informar implícito ao padrão de conduta esperado das partes em qualquer contrato, como decorrência da “cláusula geral” da boa-fé objetiva (art. 422CC)<sup>538</sup>, podendo ser aferida

---

<sup>536</sup> “Compromisso de compra e venda. Adjudicação compulsória. Sentença de deferimento. Quitação, sem ressalvas, da última das 240 prestações convencionadas, quanto à existência de saldo devedor acumulado. Exigência, no instante em que se reclama a outorga da escritura definitiva, do pagamento de saldo astronômico. Inadmissibilidade, eis que constitui comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Sentença mantida. Recurso não provido”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação cível n. 415.870-4/5-00, São José dos Campos, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator: Ênio Santarelli Zuliani, J. 13.07.06, M.V., Voto n. 9.786).

<sup>537</sup> Ver BENETTI, Giovana. **Dolo no direito civil**: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 29 e ss.

<sup>538</sup> Sobre referido enquadramento do art. 422CC como cláusula geral da boa-fé objetiva, ver NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**. Vol. III. Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 24.

mediante a análise das circunstâncias e dos aspectos objetivos que envolvem a contratação.

Assim, embora o “silêncio” esteja presente no suporte fático de ambos os comportamentos violadores da boa-fé, apenas no segundo exemplo justifica-se – ao menos como fundamento jurídico principal – a invocação da cláusula geral da boa-fé objetiva, já que, para o primeiro caso, há regra legal específica destinada à solução do caso concreto.

Em conclusão, considera-se relevante destacar que o fenômeno, objeto de reflexões neste tópico, está também relacionado ao fato de que, além da amplitude de possibilidades aberta pela noção de boa-fé, a invocação da cláusula geral da boa-fé objetiva<sup>539</sup> é mais cômoda ao intérprete, pois permite que ele próprio preencha os conteúdos abertos do conceito “precedente” e do “posterior”, enquanto que nos “conceitos jurídicos indeterminados”, tais como aqueles do artigo 111CC, embora o intérprete seja responsável pelo preenchimento do conceito “precedente”, exige-se a observância e a aplicação dos efeitos previstos na própria regra.

Assim, é natural e frequente – mas incorreto e indesejável – conferir-se um hiperdimensionamento à boa-fé objetiva, quando o adequado seria, preferencialmente, e sempre que possível: i) aplicar regras legais expressas de conteúdo restritivo e não aberto, destinadas a regular situações específicas; ii) ou recorrer a conceitos jurídicos indeterminados, cujos efeitos já se encontrem previstos em lei, a fim de evitar, inclusive, um excesso de poderes nas mãos do intérprete final, proporcionando a adequada solução técnica dos conflitos *in concreto*.

## 5.8. “Teoria da aparência” e os contributos da regra do artigo 111 do Código Civil

A “teoria da aparência” também se destaca como construção teórica que guarda importante relação com a teoria da confiança<sup>540</sup>, tanto que alguns autores preferem empregar a expressão “princípio da confiança”<sup>541</sup> ao se referirem às figuras que legitimam

---

<sup>539</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**. Vol. III. Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 24.

<sup>540</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 54, sustenta que “O estudo da teoria da aparência aclarou a construção da teoria da confiança” e salienta adiante (p.67) “Justamento sobre a ideia de legitimação da aparência pela investidura é que foi desenvolvida a teoria da confiança.”

<sup>541</sup> Ver CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da boa fé no direito civil**. (3ª reimpressão).

juridicamente a “aparência”. Sintetizada, segundo Gomes<sup>542</sup>, no fenômeno “parecer’ sem ‘ser”, nos quais “aparece como verdadeiro um fenômeno que não é real”. A aplicação da teoria mostra-se presente naquelas situações nas quais “a confiança funda-se em uma aparência de legitimidade jurídica”<sup>543</sup>, sendo entendida como “um instrumento por meio do qual, em nome da proteção do sujeito de boa-fé, se desconsidera o vício interno de uma situação aparentemente válida para fazer valer a situação como se perfeita e regular fosse.”<sup>544</sup>

Registra-se que a “teoria da aparência” surgiu no âmbito das situações jurídicas de posse e propriedade<sup>545</sup> e, posteriormente, passou a ser empregada de forma mais ampla no âmbito das relações negociais com o fim de conferir maior segurança e dinamismo às relações.

Constata-se, em referido contexto, que inúmeras hipóteses fáticas normalmente tratadas no âmbito da teoria da aparência no ambiente contratual envolvem comportamentos silenciosos, em relação aos quais propõe-se algumas reflexões, com o escopo de conferir-lhes tratamento técnico jurídico mais adequado, privilegiando as regras constantes do ordenamento jurídico privado, em preferência a construções meramente teóricas.

Destaca-se em tal contexto a figura da “representação aparente”, de acordo com a qual se reconhece – a depender das circunstâncias – a legitimidade da atuação do representante aparente (face à ausência de instrumento específico de outorga de poderes ou de outro ato expresso nesse sentido) na representação dos interesses do representado aparente, vinculando-o perante terceiro que legitimamente e de boa-fé acredite na atuação regular do representante.

---

Coimbra: Almedina, 2007, p. 1234, o qual destaca que “A confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela. Rejeita-se, para traduzir a realidade em causa, a locução ‘aparência’, corrente na literatura alemã do princípio do século e mantida, até hoje no espaço latino.”

<sup>542</sup> Ver GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. (Aumentada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 115.

<sup>543</sup> Nesse sentido, KONDER, Carlos Nelson. **A proteção pela aparência como princípio**. Revista OAB/RJ, Rio de Janeiro. Edição Especial. Direito Civil. Disponível em: <<http://revistaeletronica.oabrj.org.br/?artigo=a-protecao-pela-aparencia-como-principio>> Acesso em: 8 jan. 2020, p. 4

<sup>544</sup> KONDER, Carlos Nelson. **A proteção pela aparência como princípio**. Revista OAB/RJ, Rio de Janeiro. Edição Especial. Direito Civil. Disponível em: <<http://revistaeletronica.oabrj.org.br/?artigo=a-protecao-pela-aparencia-como-principio>> Acesso em: 8 jan. 2020, p. 5

<sup>545</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 66.

A doutrina<sup>546</sup> registra o fenômeno e discorre a respeito dos requisitos para a sua aplicação salientando Tepedino e Oliva<sup>547</sup> que:

“(...) em tais circunstâncias, tutela-se a legítima confiança em favor da segurança das relações jurídicas, convertendo-se a representação aparente em efetiva representação. A tutela do terceiro que contrata com o representante aparente imputa ao representado as obrigações decorrentes do ato praticado pelo representante, de modo que não se pode proteger a confiança a qualquer custo. Tal ônus somente se justifica se o representado contribuiu, com sua ação ou omissão, para que a representação parecesse legítima. Além disso, exige-se também a boa-fé subjetiva do terceiro contratante para que haja a representação aparente. A convicção que anima seu espírito quanto à existência de representação constitui-se pressuposto subjetivo para que a representação aparente se torne efetiva representação, o que não poderá ocorrer se o terceiro agiu com malícia ou descuidadamente, invocando representação que sequer se fazia aparentar.”

Apesar de reconhecer-se o valor de referida teoria, cuja incidência não se limita às situações envolvendo comportamentos silenciosos, considera-se que a regra do artigo 111CC mostra-se apta, desde que as circunstâncias o permitam, a fornecer soluções mais seguras do que aquelas baseadas exclusivamente em referida teoria com o respaldo da boa-fé nas suas vertentes subjetiva e objetiva.

Isso porque o comportamento silencioso em determinado contexto fático-jurídico caracteriza a anuência do silente, tanto naquelas situações nas quais os usos ou as circunstâncias permitam desde logo reconhecê-la, quanto naquelas outras, nas quais se confere ao representado a oportunidade de manifestar-se e ele silencia. Hipótese na qual o silêncio será apto a materializar, a depender das circunstâncias, a autorização (prévia) ou

---

<sup>546</sup> Tal como destaca SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.77 segundo o qual “mesmo que a atuação em nome de outrem se dê sem poderes, o efeito típico da representação (a vinculação direta do representado) poderá ainda ser atingido, seja por meio da espontânea atuação do representado, ratificando os atos praticados pelo inabilitado representante, seja por força da própria ordem jurídica, que, em defesa de valores relevantes, converterá em real a representação que não o era (teoria da representação aparente).”

<sup>547</sup> Nesse sentido TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Notas sobre a representação voluntária e o contrato de mandato. **Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil)**. Belo Horizonte. Vol. 12 (abr./jun. 2017), p. 32/33.

a ratificação em relação à prática do ato pelo representante aparente.

Nesse sentido, destaca-se – com o propósito de enriquecer o quadro das circunstâncias passíveis de preencherem os conceitos indeterminados do artigo 111CC – previsão extraída do contexto europeu<sup>548</sup>, por força do art. 3:208 PECL, que trata do direito de terceiros em relação à confirmação, pelo principal, dos poderes conferidos ao representante. De acordo com o referido dispositivo, quando as declarações ou a conduta do “principal” derem ao terceiro motivo para acreditar que um ato praticado pelo representante (agente) foi autorizado, mas o terceiro está em dúvida acerca da autorização, pode ser enviada uma confirmação por escrito ao outorgado (principal) ou solicitada a sua ratificação. Se o principal não refutar ou responder à solicitação sem demora, o ato do representante será tratado como tendo sido autorizado, caracterizando mais uma hipótese apta a conferir *status* de anuência ao comportamento silencioso.

Com o mesmo propósito do parágrafo anterior, no sentido de conferir maior utilidade à regra do artigo 111CC na regulação de comportamentos silenciosos diante de situações normalmente relegadas à teoria da aparência, destaca-se o disposto no Código Comercial Alemão (HGB), mais precisamente nos parágrafos 75h<sup>549</sup> e 91a<sup>550</sup>, os quais

---

<sup>548</sup> Como se infere do “Art. 3:208: Third Party's Right with Respect to Confirmation of Authority - Where the statements or conduct of the principal gave the third party reason to believe that an act performed by the agent was authorised, but the third party is in doubt about the authorisation, it may send a written confirmation to the principal or request ratification from it. If the principal does not object or answer the request without delay, the agent's act is treated as having been authorised.”

<sup>549</sup> No original: Handelsgesetzbuch §75h “Unkenntnis des Mangels der Vertretungsmacht (1)Hat ein Handlungsgehilfe, der nur mit der Vermittlung von Geschäften außerhalb des Betriebes des Prinzipals betraut ist, ein Geschäft im Namen des Prinzipals abgeschlossen, und war dem Dritten der Mangel der Vertretungsmacht nicht bekannt, so gilt das Geschäft als von dem Prinzipal genehmigt, wenn dieser dem Dritten gegenüber nicht unverzüglich das Geschäft ablehnt, nachdem er von dem Handlungsgehilfen oder dem Dritten über Abschluß und wesentlichen Inhalt benachrichtigt worden ist.” Trad. Livre: Se um auxiliar, a quem só se tenha confiado a mediação de negócios fora do estabelecimento do empresário(Prinzipal), conclui um negócio em nome do empresário e o terceiro desconhecia a falta de poder de representação, se considera que o negócio é ratificado pelo empresário, se este não nega imediatamente o negócio face ao terceiro, após ter sido noticiado pelo auxiliar ou pelo terceiro sobre a conclusão e do conteúdo essencial do negócio.

“(2)Das gleiche gilt, wenn ein Handlungsgehilfe, der mit dem Abschluß von Geschäften betraut ist, ein Geschäft im Namen des Prinzipals abgeschlossen hat, zu dessen Abschluß er nicht bevollmächtigt ist.” Trad. Livre: O mesmo se aplica se um auxiliar, a quem se confiou a conclusão de negócios, tenha concluído um negócio em nome do empresário, para o qual ele não estava autorizado.”

<sup>550</sup> No original: Handelsgesetzbuch § 91a “Mangel der Vertretungsmacht” (1)Hat ein Handelsvertreter, der nur mit der Vermittlung von Geschäften betraut ist, ein Geschäft im Namen des Unternehmers abgeschlossen, und war dem Dritten der Mangel an Vertretungsmacht nicht bekannt, so gilt das Geschäft als von dem Unternehmer genehmigt, wenn dieser nicht unverzüglich, nachdem er von dem Handelsvertreter oder dem Dritten über Abschluß und wesentlichen Inhalt benachrichtigt worden ist, dem Dritten gegenüber das Geschäft ablehnt. Trad. Livre: Se um representante comercial, a quem só se tenha confiado a mediação de negócios, conclui um negócio em nome do empresário e o terceiro desconhecia a falta de poder de representação, se considera que o negócio é ratificado pelo empresário, se este não nega imediatamente,

tratam, respectivamente, do “Desconhecimento da falta de poder de representação” dos auxiliares e dos aprendizes do empresário e da “Falta de poder de representação” do representante comercial.

Referidos dispositivos legais da lei alemã contêm, na essência, o mesmo comando normativo, segundo o qual se o empresário – ciente da existência e do conteúdo essencial de negócio celebrado por seu auxiliar, aprendiz ou representante comercial junto a terceiro – não refutar imediatamente o referido contrato, no qual fora representado por quem, a princípio, tinha poderes apenas de mediação (e não de celebração), considera-se o contrato ratificado pelo empresário<sup>551</sup>.

Em tal contexto, diante da inexistência de regras específicas na realidade brasileira para tratar do silêncio do outorgante quando confrontado com situações concretas que envolvam a outorga de poderes de representação, considera-se que a regra do artigo 111CC se mostra apta a regular tais realidades de forma mais adequada do que o mero recurso a construções doutrinárias.

## 5.9. Natureza da regra do artigo 111CC

Desenvolvidas as principais características atinentes à regra do artigo 111CC, sua origem, abrangência e funções, impõe-se discorrer brevemente acerca da sua natureza jurídica como “princípio geral de direito”, “conceito jurídico ou legal indeterminado” (*unbestimmte Gesetzbegriffe*) ou “cláusula geral” (*Generalklauseln*). Não obstante se reconheça a existência de inúmeras divergências doutrinárias acerca do tema, bem como

---

após ter sido noticiado pelo representante ou pelo terceiro sobre a conclusão e do conteúdo essencial.”  
(2)Das gleiche gilt, wenn ein Handelsvertreter, der mit dem Abschluß von Geschäften betraut ist, ein Geschäft im Namen des Unternehmers abgeschlossen hat, zu dessen Abschluß er nicht bevollmächtigt ist.”  
Trad. Livre: O mesmo se aplica se um representante, a quem se confiou a conclusão de negócios, tenha concluído um negócio em nome do empresário, para o qual ele não estava autorizado.”

<sup>551</sup> Nesse sentido, CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht**. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971, p. 213, “Bedenkt man, dass der Vertreter in der Tat Vertrauensmann des Geschäftsherrn ist und daher ohne Vollmacht i.d. R. nur Geschäfte schliessen wird, mit deren Billigung er rechnen kann, so dürfte das Gesetz den verkehrstypischen Sinn des Schweigens wohl wirklich richtig getroffen haben: beim Ausbleiben eines Widerspruchs darf der Dritte regelmässig davon ausgehen, dass, alles in Ordnung ist” Trad. Livre: Considerando que o representante é de fato o homem de confiança do empresário (Sr. de negócios) e sem poder para fechar negócios em relação aos quais ele espera aprovação, então a lei pode muito bem ter encontrado o significado típico do silêncio nos usos do tráfego realmente correto: na ausência de uma resposta deve o terceiro assumir regularmente que está tudo em ordem.

dos vários critérios intermediários de classificação<sup>552</sup>, considera-se relevante a análise da questão, a fim de identificar em qual dessas figuras enquadra-se a regra do artigo 111CC, de forma a possibilitar a sua adequada aplicação na prática.

O vocábulo “princípio” materializa um termo plurívoco<sup>553</sup> e, portanto, passível de gerar discussões doutrinárias relacionadas ao seu conteúdo e à sua abrangência jurídica, inclusive no que se refere à eventual distinção entre “princípios jurídicos” e “princípios gerais de direito”; ou entre “princípios positivados”, com força normativa e princípios gerais de direito, relacionado ao “sentido” para o qual aponta o ordenamento e fixa a doutrina<sup>554</sup>.

Sem o propósito de aprofundar tais discussões – o que escaparia ao escopo deste estudo – adota-se a ideia de que os princípios gerais são “proposições descritivas (e não normativas), através das quais os juristas referem, de maneira sintética, o conteúdo e as grandes tendências do direito positivo”<sup>555</sup>, representam “pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, critérios para a ação e para a constituição de normas e de institutos jurídicos.”<sup>556</sup>. Ou, de forma mais completa, nas palavras de Ávila<sup>557</sup>, que conceitua os “princípios” da seguinte forma:

“São normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”

---

<sup>552</sup> Tais como “princípios positivados” e “não positivados”, “norma princípio”, conforme destacam NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**. Vol. III. Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 17.

<sup>553</sup> Ver MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 147, que identifica sete significados para o termo princípio. Ver GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98.

<sup>554</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99. AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 8ª ed. (Revisada, modificada e aumentada). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 68 e ss. p. 71/72, que os classifica em “positivos”, “transpositivos” e “suprapositivos” e a seguir discorre sobre suas características e funções.

<sup>555</sup> *Ibid.*, p. 99, em análise ao pensamento de Eros Grau.

<sup>556</sup> Conforme destaca AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 8ª ed. (Revisada, modificada e aumentada). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 68 e ss.

<sup>557</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

A noção ampla de cláusula geral, por sua vez, dificulta o estabelecimento de um conceito perfeito e acabado destinado à construção definitiva do seu significado e alcance<sup>558</sup>. Apesar de tais dificuldades, compreende-se que o emprego mais adequado de referida expressão trata daquelas “proposições normativas cuja hipótese de fato (*fattispecie*), em virtude de sua ampla abstração e generalidade, pode disciplinar um amplo número de casos, conferindo ao intérprete maior autonomia na sua função criadora”<sup>559</sup>, não obstante se registre a desvantagem decorrente de tal característica relacionada à geração de “incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos”<sup>560</sup>.

Já os denominados “conceitos jurídicos ou legais indeterminados” compreendem aqueles “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”<sup>561</sup>. É certo, ainda, que alguns autores limitam os conceitos jurídicos indeterminados ao campo teórico-doutrinário, estabelecendo alguma relação com as cláusulas gerais<sup>562</sup>.

Assim, diante das já destacadas características do atual sistema geral de direito privado, que disponibiliza ao intérprete esses instrumentos jurídicos permitindo melhor amoldar a aplicação das regras legais às realidades concretas, adquire maior relevância técnico-jurídica identificar as hipóteses corretas de aplicação de referidos mecanismos jurídicos.

Estabelecidas tais premissas, adota-se o entendimento de que a regra do artigo 111CC enquadra-se na noção de “conceito legal ou jurídico indeterminado”. Essa

---

<sup>558</sup> Tal como advertido por MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito privado como um “sistema em construção”**. In: MENDES, Gilmar Ferreira, STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral*, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 391/423 (publicação original RT 753/24-ago.1998), p. 396, “(...) Por isto, desde logo rejeitada a pretensão de indicar um conceito perfeito e acabado, entendo pertinente, ao revés, assinalar os traços que lhe vêm sido relacionados no que diz com o seu papel enquanto técnica legislativa, pois é aí, na contraposição à técnica da casuística, que o seu perfil poderá ser tratado.”

<sup>559</sup> Nesse sentido, AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8ª ed. (Revisada, modificada e aumentada). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 114. Conforme GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade Civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil 2002**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51 “(...) a cláusula geral encerra um preceito normativo cujos termos são propositadamente vagos. É mesmo uma técnica de elaboração legislativa, que se afasta do casuismo descritivo em favor de uma previsão cujos termos semânticos são abertos.”

<sup>560</sup> Tal como destaca, MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito privado como um “sistema em construção”** (publicação original RT 753/24-ago.1998). In: MENDES, Gilmar Ferreira, STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral*, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 391/423, p. 399/400, que complementa (p.400) “É por isto evidentemente que nenhum código pode ser formulado apenas e tão-somente com base em cláusulas gerais, porque, assim, o grau de certeza jurídico seria mínimo”.

<sup>561</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. (Tradução de João Baptista Machado). 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.208.

<sup>562</sup> Ver AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8ª ed. (Revisada, modificada e aumentada). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 114.



conclusão justifica-se, pois, apesar da indeterminação das expressões genéricas e imprecisas contidas na hipótese de incidência da regra (“circunstâncias” ou “usos”), as quais ostentam conteúdo vago e lacunoso; preenchido um dos referidos “conceitos legais indeterminados” – associando o comportamento silencioso às “circunstâncias” ou aos “usos” e à desnecessidade de manifestação de vontade expressa – a consequência jurídica já se encontrará preestabelecida na lei (“importa anuência”).

Caberá ao intérprete, nesse caso, apenas aplicá-la, sem qualquer margem de discricionariedade no tocante à definição dos efeitos decorrentes da “determinação” do conceito. Por tais razões – em especial, no que diz respeito ao aspecto funcional já previsto na lei, relacionado à atribuição de anuência (manifestação de vontade) ao comportamento silencioso circunstanciado – discorda-se da posição adotada por parte da doutrina, que reconhece no artigo 111CC uma “cláusula geral”<sup>563</sup>.

Como salientado acima, não se verifica no referido dispositivo legal a fixação de “normas orientadoras, sob a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir.”<sup>564</sup> Nas “cláusulas gerais”, o intérprete goza de maior liberdade e autonomia, pois constatada a hipótese de sua incidência, caberá a ele mesmo o preenchimento dos efeitos, os quais não se encontram previstos na lei. Em síntese, ele será o responsável por “preencher o conteúdo da cláusula geral, dando-lhe a consequência que a situação concreta reclamar”.<sup>565</sup> Não é, contudo, o que se extrai da regra do artigo 111CC.

---

<sup>563</sup> Nesse sentido, FRADERA, Vera Jacob de. **O valor do silêncio no novo Código Civil**. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto. Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 577/578, “O art. 111 da Parte Geral do Código Civil de 2002 constitui uma cláusula geral da mesma forma que o art. 6 do Código Suíço de Obrigações, pois neles o legislador recorreu a dois conceitos indeterminados, quais sejam as ‘circunstâncias’ e os ‘usos’”. BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo. **O(s) silêncio(s) no negócio jurídico: reflexões sobre a apreensão dos silêncios na teoria do negócio jurídico**. Dissertação (mestrado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2016, p. 99/101 também enquadra como cláusula geral. Em sentido contrário, MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito privado como um “sistema em construção”**. In: MENDES, Gilmar Ferreira, STOCO, Rui. Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 391/423, que não inclui a regra do art. 111CC no âmbito das cláusulas gerais (p.410) e ao reconhecer as “cláusulas gerais propriamente ditas” (p. 396) salienta que “o seu enunciado, em vez de traçar puntualmente a hipótese e a suas consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao ‘corpus codificado’, do que resulta, mediante a atividade de concreção desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.”

<sup>564</sup> Nesse sentido NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**. Vol. III. Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 19.

<sup>565</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**. Vol. III. Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 21.

## **CAPÍTULO 6 – O SILÊNCIO EM CONTRATOS ESPECÍFICOS E EM OUTROS NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS**

Após o estabelecimento das principais bases e características do comportamento silencioso no ambiente negocial, com destaque para a identificação da sua aptidão no que concerne ao exercício da autonomia privada, bem como identificado o perfil assumido pela figura na realidade brasileira – por intermédio da análise mais aprofundada da regra do artigo 111CC e da interação desta com outros dispositivos legais do diploma geral civil, tanto no que tange à formação, quanto em relação à interpretação dos negócios jurídicos em geral – propõe-se aferir a repercussão do comportamento silencioso no âmbito dos contratos de consumo e de adesão. Em seguida, são abordados alguns contratos específicos e outros negócios jurídicos unilaterais (distintos da proposta e da aceitação) relevantes no universo contratual.

Naturalmente que não se tem a pretensão de esgotar a exploração do comportamento silencioso no ambiente contratual. Salienta-se, nesse sentido, que a escolha dos temas atinentes à realidade contratual e dos tipos específicos a serem analisados, baseou-se na verificação da relevância teórica e prática do comportamento silencioso para a formação e no que tange à sua aptidão para interferir na execução de determinados contratos, sob a influência, inclusive, da abordagem do tema pelos tribunais brasileiros.

Como já prenunciado pontualmente nos capítulos anteriores, a abordagem de algumas figuras negociais e contratuais específicas tem por objetivo, entre outros fatores, proporcionar breve análise crítica da aplicação da regra do artigo 111CC na realidade jurídica brasileira.

### **6.1. Peculiaridades que envolvem o silêncio nos contratos de adesão e de consumo**

A abordagem ora conferida ao comportamento silencioso situa-se no âmbito da disciplina geral dos contratos e se destina a regular, na essência, tanto os contratos privados em geral (civis ou empresariais) – sejam eles paritários ou por adesão, regulados pelo CC – quanto aos contratos de consumo, no âmbito do microsistema instituído pela Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor - CDC). Consigna-se, porém, que as

particularidades envolvendo a realidade consumerista e os contratos não paritários impõem – fundada, entre outros, no princípio contratual da equidade<sup>566</sup> – critérios específicos e exigem maior cautela na identificação do exercício legítimo da autonomia privada por intermédio de comportamentos silenciosos.

Não é possível negar que ambas as figuras (contratos de adesão e de consumo) atuam em universos próximos, relacionados, na essência, às modificações socioeconômicas enfrentadas pela sociedade contemporânea, especialmente ao longo do último século<sup>567</sup>, influenciadas, entre outros fatores: i) pelo crescimento populacional; ii) pela mudança da matriz econômica rural e de natureza primária, para um modelo urbano e industrial, de natureza secundária e terciária, com o incremento de novos atores no cenário econômico; iii) pela “emancipação” da mulher, que passa a atuar com maior destaque na vida econômica; iv) pela prevalência do sistema econômico capitalista, baseado na economia de livre mercado e nos pressupostos da livre iniciativa, da valorização do trabalho humano e da tutela da propriedade privada, intensificando, na realidade pátria, fenômenos como o da “produção em série” e a massificação das relações humanas, com destaque para as de caráter econômico<sup>568</sup>.

Faz-se necessário, contudo, afastar confusão frequente entre os contratos de consumo e os de adesão, a qual se verifica, entre outros fatores, pela presença, em ambos os diplomas legais (CC e CDC), de disciplina própria destinada a regular os contratos de adesão, conforme se extrai dos artigos 54CDC<sup>569</sup> e 423 e 424 CC<sup>570</sup>. Enquanto, porém, os

---

<sup>566</sup> Tal como sustenta MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro. (Nov. 2008), p. 152, “(...) que não está expresso, mas vem suposto em inúmeras regras e é informador do princípio da proteção do aderente e o do equilíbrio contratual, deduzido de certas regras e com valência nos contratos comutativos”

<sup>567</sup> Para uma abordagem crítica dos reflexos de referido fenômeno GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 25 “De resto, a preocupação de preservar a ordem social leva o Estado a interferir na atividade dos setores socialmente mais fracos, protegendo, por exemplo, os trabalhadores, os inquilinos, os consumidores e quantos se achem expostos aos abusos do poder econômico.”

<sup>568</sup> Para maiores detalhes do fenômeno, com enfoque nos contratos de plano de saúde na realidade brasileira, ver LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. Breves reflexões sobre a intervenção estatal nos contratos privados de plano de saúde. **Revista de Direito de Saúde Suplementar**. São Paulo: Quartier Latin. Ano 1, n. 1, 2017, p. 12/15.

<sup>569</sup> “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo

contratos de consumo destinam-se – por intermédio de um microsistema próprio, de caráter especial – a tutelar os interesses do “destinatário final” (art.2º) de produto ou serviço, enquadrado como parte vulnerável da relação<sup>571</sup>, face ao fornecedor (art. 3º); os contratos de adesão, apesar de frequentemente presentes nas relações de consumo (fornecedor x consumidor), não se limitam ao ambiente em questão e podem, inclusive, regular relações de caráter civil e empresarial, tal como se verifica, por exemplo, no âmbito de contratos de franquia<sup>572</sup> e de diversos contratos bancários e de seguro relacionados ao exercício de atividades econômicas variadas, nos quais se verifica a predisposição unilateral do clausulado por uma das partes e a mera adesão da outra.

Estabelecidas tais advertências relevantes ao escopo deste estudo, não serão aprofundadas as discussões acerca das peculiaridades que envolvem tais contratos. Registra-se, apenas, a necessidade de respeitar-se a lógica própria de formação e de interpretação de tais contratos, não se verificando justificativas para que se afaste, *a priori*, a incidência da regra do artigo 111CC em tais ambientes, tal como se pretende demonstrar neste e no próximo tópico.

Nesse sentido, destaca-se acórdão do TJ/SP<sup>573</sup> que invocou o art. 111CC para

---

consumidor. § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

<sup>570</sup> Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

<sup>571</sup> Sobre os princípios que norteiam a relação consumerista ver SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. Vol. 55/2005, (Jul-Set/2005), p. 8 “Assim, é possível afirmar-se a existência de, ao menos, três princípios fundamentais (genéricos) que dirigem a proteção do consumidor no direito brasileiro (boa-fé objetiva, vulnerabilidade e solidariedade obrigacional) e um voltado especificamente à proteção contratual, em geral, mas que também se aplica às relações de consumo (autonomia privada). A boa-fé objetiva, a sua vez, comporta subprincípios (ou princípios derivados): transparência, confiança e probidade.”. O autor aborda a “vulnerabilidade” de forma mais aprofundada a p. 13.

<sup>572</sup> Registra-se, a propósito, o advento recente da Lei 13.966, de 26 de dezembro de 2019, que revogou expressamente a Lei 8.955/94 e, especificamente, em relação à natureza do contrato de franquia, afastou expressamente a caracterização da “relação de consumo” entre franqueado e franqueador, embora se trate, inequivocamente, de contrato de adesão.

<sup>573</sup> Nos autos da apelação nº 1009195-57.2015.8.26.0554, proferido pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJ/SP, em 27.3.19, cuja ementa foi a seguinte: “Apelação. Franquia. Preliminar. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Suficiência dos documentos constantes dos autos para o julgamento da demanda. Mérito. Descumprimento contratual. Plano de metas. Liberdade de contratar impõe uma responsabilidade pelos compromissos assumidos (primado do pacta sunt servanda), sob pena de se afrontar a segurança jurídica. Pretensão de reconhecimento de que não houve descumprimento do plano de metas pela franqueada. Elementos de convicção nos autos que comprovam o conhecimento da máster franqueada quanto ao plano de metas estabelecido pela ré, não havendo notícias de objeção dos autores. Silêncio concludente. Aplicação da teoria do adimplemento substancial. Inaplicabilidade. Não configuração do adimplemento substantivo da prestação. Descumprimento do plano de metas de performance que conduz à extinção do contrato, a devolução dos valores pagos à máster franqueadora Yellow Viagens e Turismo e ao

reconhecer, no curso do contrato de franquia (contrato de adesão entre empresários), a concordância do franqueado em relação às metas anuais fixadas e enviadas pelo franqueador “via correio eletrônico, conforme fs. 440/454, em dezembro de 2013”, cujo anexo continha “um resumo com as principais informações discutidas sobre mercado, vendas e expectativa para 2014, bem como o histórico de venda desde 2011 e a expectativa para 2014 (com base nos estudos de potencial da região e crescimento histórico CVC por safra).”

Não obstante tratar-se de contrato de adesão, em consonância com o artigo 111CC, as circunstâncias negociais foram decisivas para interpretar o silêncio do franqueado como anuência, sob os seguintes argumentos constantes da fundamentação do acórdão:

“(…) Logo, os autores tinham prévio conhecimento das metas estipuladas, cabendo a eles discordar dos parâmetros estabelecidos como fizeram nos anos anteriores conforme fs. 615/637. Do correio eletrônico enviado em abril de 2010 (fs. 621), verifica-se o pedido de alteração da meta e ajustes, assim como da mensagem enviada em fevereiro de 2011 (fs. 623). O mesmo acontece com o *e-mail* enviado à fs. 625, de onde se extrai uma nítida desconformidade com uma solicitação de revisão de meta: ‘Senhores, não dá para aceitar isso! Sugeri uma revisão da meta da 1206 para 210k e alteraram para 350k? Roberto, que espécie de relação é essa?’. As objeções permanecem em mensagens de fs. 626/630 e 636/637, onde se constata a discordância do autor com relação às metas propostas. Logo, a ausência de discordância expressa explica a aceitação tácita das metas sugeridas, já que não se opuseram como feito anteriormente.”

Faz-se necessário salientar, em relação à hipótese fática ora analisada, que apesar da verificação do fenômeno da “incompletude contratual” – em virtude da existência de lacuna contratual relacionada à ausência de fixação prévia das metas de mercado – o aspecto fático que demandou a análise por parte do tribunal não tem relação

---

dever de pagar a multa. Impossibilidade de restituição da quantia paga às outras empresas que não participaram no contrato de máster franquia, objeto da demanda e sequer foram incluídas como partes no processo. Cláusula penal. Caráter punitivo. Redução equitativa. Art. 413 do CC. Danos morais não configurados. Alteração das verbas de sucumbência. Recurso da ré parcialmente provido e recurso dos autores improvido.”

direta com a lacuna em si, mas, sim, com a conduta silenciosa do franqueado após o preenchimento da lacuna contratual. Logo, o que se explora é a aptidão (ou não) do silêncio do franqueado para caracterizar anuência, face a determinadas circunstâncias.

Em conclusão à análise do referido acórdão registra-se que não se logrou verificar, além do silêncio dos franqueados, qualquer menção à adoção de outro comportamento ativo que pudesse caracterizar aceitação tácita. Nos termos dos critérios apresentados no capítulo 4, os elementos circunstanciais constantes do acórdão demonstram tratar-se de aceitação pelo silêncio e não de aceitação tácita.

Já no tocante às especificidades que envolvem a figura da proposta – e mais precisamente à oferta pública – em tais contratos de massa, merece registro situação comum no ambiente consumerista que, embora não envolva propriamente o silêncio, poderia ser com ele confundida e acaba por ser abordada pela doutrina especializada. Trata-se da exposição de bens de consumo em prateleiras, por parte do fornecedor do produto, contendo os elementos e informações essenciais para a celebração do negócio<sup>574</sup>. Sob a lógica geral da formação dos contratos, referida prática deve ser enquadrada como uma manifestação tácita do fornecedor do produto, que não se confunde com um comportamento silencioso, pois pressupõe a adoção de condutas ativas por parte do fornecedor, destinadas a ofertar o produto ao público em geral<sup>575</sup>.

Ainda no que se refere à formação das referidas relações massificadas, registra-se a existência de divergências acerca do emprego do termo “aceitação” para caracterizar a formação destes contratos, sob o argumento de que a figura somente se

---

<sup>574</sup> Em respeito ao que determina o art. 6º, III do CDC: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” e mais precisamente o art. 31 do mesmo diploma legal: “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

<sup>575</sup> Tal como destacam SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 271/272 “Quem predispõe nas prateleiras mercadorias das quais o potencial comprador poderá apropriar-se quer oferecer a mercadoria a quem retire a mercadoria em questão das prateleiras, e quem se apropria da mercadoria quer aceitar a oferta (e contudo não seria admitido a contradizer-se e negar de ter querido aceitar). Estes especiais atos de adimplemento ou de exercício de direito podem se enquadrar como atos que, por fazer nascer a relação, o executam, eliminando a fase prévia de manifestação de vontade”. No original: “Chi predispone negli scaffali merci di cui il potenziale compratore potrà impadronirsi vuole offrire la merce a chi preleva la merce in questione dagli scaffali, e chi si impadronisce della merce vuole accettare l’offerta (e comunque non arebbe ammesso a contraddirsi e negare di aver voluto accettare). Questi speciali atti di adempimento o di esercizio deldiritto si possono inquadrare come atti che, per far nascere il rapporto, lo eseguono, azzerando la fase della previa manifestazione di volontà.”

aplicaria ao “modelo clássico do contrato consensual, fundado em manifestações de vontade livres e conscientes”,<sup>576</sup>.

Sustenta-se<sup>577</sup> que referido modo de formação não se aplica aos contratos não paritários, nos quais “a ‘conduta social típica’ substitui a aceitação, ainda quando haja vontade contrária de aceitar, ou a manifestação de vontade (de ofertar ou de aceitar) não é mais considerada essencial”, salientando-se que “quem ‘adere’ não manifesta aceitação às condições gerais predispostas, necessariamente, podendo o direito considerá-las nulas”, assim como “nos contratos de massa, de natureza existencial, a manifestação de vontade é desconsiderada, atribuindo-se validade aos contratos em que se inseriram pessoas civilmente incapazes”,<sup>578</sup>. Tais ressalvas são registradas pela doutrina clássica<sup>579</sup> que estuda os contratos de adesão na realidade brasileira, no sentido de não se tratar de “categoria autônoma, não passando de um contrato no qual o consentimento se manifesta de modo diferente”.

Não se considera, portanto, ser o caso de recusar ou prescindir da figura da “aceitação”, mas simplesmente de considerar que ela pode decorrer de declarações e de comportamentos, inclusive silenciosos, em respeito às regras e às peculiaridades do ambiente contratual no qual se encontra inserida, o que, inclusive, justifica a opção do sistema brasileiro pela “anuência”, conforme tratado no capítulo 5.3. supra.

É justamente em referido cenário, que se mostra relevante tratar, ainda que brevemente, daquelas situações – incômodas a muitos<sup>580</sup> juristas – as quais se convencionou denominar, entre outras designações, por “relações paracontratuais”,<sup>581</sup>,

---

<sup>576</sup> Nesse sentido, LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

<sup>577</sup> Ibid, p. 80. FRADERA, Vera Jacob de. **O valor do silêncio no novo Código Civil**. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÊSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto. Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 579/580, também se refere à insuficiência da disciplina negocial, em relação aos contratos massificados, afirmando que “o contrato nem sempre implica no encontro entre uma oferta e uma aceitação, com base em HAUPT, Günter. **Über faktische Vertragsverhältnisse**. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien. Leipzig: Verlag von Theodor Weicher, 1941.

(relações contratuais fáticas).

<sup>578</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

<sup>579</sup> Ver GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 43/47.

<sup>580</sup> Registra-se que a exclusão de tais hipóteses fáticas do ambiente negocial e contratual não é unânime. Consoante citações abaixo, há vasta doutrina que nega a adoção de referidos caminhos alternativos, reconhecendo tratar-se de enquadramento na disciplina negocial.

<sup>581</sup> Nesse sentido, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**. Tese (doutorado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1986. p. 44/45.

“comportamentos sociais típicos”<sup>582</sup>, ou “relações contratuais de fato, em virtude de uma obrigação de prestar social”<sup>583</sup>, nas quais, em síntese, sustenta-se não se verificar a aceitação inequívoca de uma das partes, inserindo-se o silêncio em referido contexto.

Na essência, tais teorias preocupam-se em regular aquelas situações nas quais a parte silencia ou até mesmo recusa expressamente a celebração de um contrato – por não desejar algumas de suas consequências<sup>584</sup> –, mas adota comportamento fático contraditório, agindo de forma a beneficiar-se do contrato. Tais situações, especialmente no âmbito de contratos massificados, afastaria, por consequência, a incidência das regras próprias da disciplina negocial ou contratual, havendo divergência a esse respeito<sup>585</sup>. Alguns autores sustentam ser possível alcançar o conteúdo contratual, não pela via negocial, mas, sim, pela via do denominado comportamento social típico<sup>586</sup>.

Outros, ao analisarem os denominados comportamentos concludentes, reconhecem a incidência da disciplina negocial e negam a regulação contratual, ao salientarem a necessidade de avaliar dita atitude, tal como Betti<sup>587</sup>, o qual sustenta:

---

<sup>582</sup> LARENZ, Karl. O Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). (Traduzida por Alessandro Hirata). **Revista Direito GV** 3. São Paulo. Vol. 2, n 1. (Jan./Jun. 2006), p. 55/64. Ver GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972,

<sup>583</sup> Ibid., p. 79, que se reporta a HAUPT, Günter. **Über faktische Vertragsverhältnisse**. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien. Leipzig: Verlag von Theodor Weicher, 1941.

<sup>584</sup> É o que se verifica no exemplo destacado por LARENZ, Karl, op. cit., que chegou aos tribunais alemães em meados do século passado, em que o sujeito estacionava o seu veículo em terreno público na cidade de Hamburgo (sob o argumento de utilizar-se de bem público de uso comum), mas se recusava a contratar os serviços de guarda e vigilância, fornecidos pela empresa contratada pelo Estado, para não pagar a taxa obrigatória de estacionamento, calculada de forma proporcional à utilização.

<sup>585</sup> PONTES de MIRANDA. **Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII**. (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 4.191, p.103 e ss., critica referidas teorias, nos seguintes termos: “A afirmação de o moderno tráfico em massa implicar que se assumam deveres e obrigações, sem que se tenha querido manifestar vontade, é falsa. O sistema jurídico, além de conhecer as manifestações tácitas de vontade, conhece as manifestações pelo silêncio e as que resultam de atos alheios se para esses atos concorreu a ação ou a omissão de alguém.” No mesmo sentido, PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 536/541, 550/562, 746 e 848.

<sup>586</sup> Nesse sentido, LARENZ, Karl. op. cit., p. 58.

<sup>587</sup> BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico**: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 40. No original: “Según el tenor objetivo de la coherencia que rige la vida de relación, y de comprobar si ella, según las apreciaciones sociales, puede ser interpretada lógicamente, o no, en otro sentido, que sea distinto de aquel sentido denotativo de una estructura vinculante de ciertos intereses. Sólo según ese tenor objetivo, y ya no a través de deducciones hipotéticas de una voluntad presumible, se aclara el carácter de negocio jurídico que es propio de aquellos comportamientos que no tienen, en absoluto, el carácter de contratos, pero que dan vida, sin embargo, a las llamadas relaciones contractuales fácticas”. Nesse sentido também destaca GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 79, ao analisar a teoria da relação contratual fática “(...) é de se reconhecer que abriu clareiras à compreensão de fatos que, embora heterogêneos, circulam no território da autonomia privada, com trajes do contrato.” DANZ, Erich. **A interpretação dos**



“segundo o teor objetivo da coerência que rege a vida da relação e de comprovar se ela, segundo as apreciações sociais, pode ser interpretada logicamente, ou não, em outro sentido, que seja distinto daquele sentido denotativo de uma estrutura vinculante de certos interesses. Somente segundo esse teor objetivo, e já não através de deduções hipotéticas de uma vontade presumível, se aclara o caráter de negócio jurídico que é próprio daqueles comportamentos que não têm, em absoluto, o caráter de contratos, mas dão vida, porém, às chamadas relações contratuais fáticas.”

Como visto nas notas anteriores, a doutrina que se dedica ao assunto refere a dificuldade de extrair-se a “declaração de vontade”, indispensável à formação do contrato, da “aceitação fática de uma prestação oferecida faticamente”<sup>588</sup>, verificando-se, contudo, grande divergência doutrinária acerca do adequado enquadramento de referido fato jurídico<sup>589</sup>.

Em análise à referida problemática na realidade brasileira, constatou-se que a doutrina e o legislador brasileiros não apenas se mostraram sensíveis à referida celeuma, como a incluíram nos debates que culminaram na redação final da regra do art. 111CC, resultando em dispositivo legal de caráter abrangente, que permitiu abarcar os comportamentos silenciosos em geral, por intermédio da concessão do *status* de anuência ao silêncio, nos moldes já analisados. Salienta-se, inclusive, que a redação prevalente do

---

**negócios jurídicos.** (Tradução Fernando de Miranda). São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e C.A. editores, 1941, p. 71, parece adotar posição análoga à de Betti, na essência, mas, além de qualificar a conduta como “declaração”, decorrente de um ‘acto’, não se afasta do ambiente contratual, nos seguintes termos: “Essa ‘conduta’ das pessoas, a que, nos negócios jurídicos costumamos chamar ‘declaração de vontade’, pode consistir também em actos – em oposição às que se formulam por meio de palavras – : o subir para o eléctrico, o tirar qualquer coisa do mostrador do restaurante, são actos que manifestam bem claramente a vontade de quem os executa.”

<sup>588</sup> Nesse sentido, LARENZ, Karl. O Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). (Traduzida por Alessandro Hirata). **Revista Direito GV** 3. São Paulo. Vol. 2, n 1. (Jan./Jun. 2006), p. 58.

<sup>589</sup> Conforme sintetiza GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 163 e ss. ao destacar as variadas correntes doutrinárias a respeito do assunto. PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 64/65, não descarta tal possibilidade ao colocar em dúvida a alternativa não negocial (“terceira via” de vinculação, entre o contrato e o delito) para as referidas hipóteses de comportamento concludente nos quais falta a consciência do agente quanto à declaração, ao afirmar que: “Não se trata, efetivamente, tão só de delinear um limiar teórico para o negócio jurídico, mas, e sobretudo, de o justificar pela ‘diferença de tratamento jurídico’. E isto, mesmo que a diferença não seja mais ampla do que aquela que separa os ‘meros actos jurídicos’ do negócio jurídico, pois será então justamente na concretização do critério da analogia que se porá o problema.”

dispositivo legal em questão confirma, inclusive, um dos pilares de referidas teorias alternativas ao negócio e/ou aos contratos, as quais se fundamentam justamente, entre outros elementos, nos usos do tráfego. (tópico 5.3). Não se vislumbra, porém, justificativa para excluir todas essas realidades dos universos negocial e contratual<sup>590</sup>.

Conferiu-se, dessa forma, solução dogmática e prática mais adequada às referidas hipóteses fáticas fundadas em comportamentos silenciosos, que se mostra capaz, inclusive, de ocupar determinados espaços até então destinados a soluções puramente teóricas, que ostentam fundamento exclusivamente principiológico ou de natureza meramente doutrinária.

Assim, até mesmo naquelas situações em que o sujeito nega-se expressamente a reconhecer a celebração do contrato ou o estabelecimento de vínculos jurídicos com efeitos negociais, mas adota comportamento incompatível com tal negativa – agindo como se quisesse concluir o contrato ou, no mínimo, transmitindo à contraparte, inclusive por intermédio do silêncio, tal expectativa legítima –, não se considera que, inclusive, eventual declaração negativa posterior deva ser recebida como soberana.

Isso porque não pode ser considerado como “claramente reconhecível como não desejado”<sup>591</sup> o comportamento externalizado do sujeito que ingressa no bonde ou na área do estacionamento com indicações de pagamento obrigatório ou – ampliando a análise para os comportamentos silenciosos – do sujeito que silencia após receber proposta decorrente de provocação expressa e objetiva de sua parte, caracterizadora de um convite à formulação de proposta.

Há, no mínimo, nessas situações, um conflito comportamental não passível de ser imputável, ao menos a princípio, ao declaratório; e apto a caracterizar, inclusive, um comportamento contraditório do seu autor, que se apega à eventual “ausência de palavras” e ignora o poder do seu próprio comportamento externalizado. Diferentemente do que sustentado por Larenz<sup>592</sup>, não se trata de conferir maior importância à vontade interna

---

<sup>590</sup> Parece ter sido essa a conclusão alcançada por VARELLA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol. I. 10ª ed., 2010, p. 222/224, em análise crítica de referidas teorias à luz da lei portuguesa, sintetizando que “Nenhuma razão há para, se estes desvios de regime tiverem real justificação, os considerarmos incompatíveis com a noção do contrato, a ponto de exigirem a instituição de uma nova figura de negócio jurídico, ao lado dos contratos”, salientando, inclusive, que o próprio LARENZ reviu sua posição na 7ª edição de sua obra (Allgemeiner Teil, München, 1989, § 28, p. 534 e ss.)

<sup>591</sup> Tal como salienta LARENZ, Karl. O Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). (Traduzida por Alessandro Hirata). **Revista Direito GV** 3. São Paulo. Vol. 2, n 1. (Jan./Jun. 2006), p. 59.

<sup>592</sup> *Ibid.*, p. 59.

(não declarada), em detrimento da “vontade objetivada que se manifesta na declaração”. É justamente em referidas situações que se coloca a necessidade de interpretar as declarações de vontade (e os comportamentos) de acordo com as circunstâncias negociais, nos termos do que estabelece, por exemplo, o artigo 112CC.

Não se vislumbram, outrossim, justificativas para afastar tal lógica interpretativa do universo dos contratos massificados em geral – tanto no âmbito do CC, quanto do CDC – diante daquelas situações nas quais o aderente ou o consumidor adotam comportamento incompatível com a negativa de aceitação ou mesmo silenciam em face de determinadas circunstâncias que exijam o seu pronunciamento, em prestígio aos usos do tráfego e à tutela jurídica da parte com quem se relacionam.

Estabelecidas tais premissas, não se pode descuidar, contudo, dos dispositivos legais do CDC, cuja incidência justifica-se quando se analisa a aptidão do comportamento silencioso para caracterizar a aceitação, como reflexo do exercício da autonomia privada por parte do consumidor. Importante salientar que não se trata de privilegiar a já mencionada vertente subjetiva da análise, que se relaciona à consciência do consumidor ou do aderente e à tutela da vontade real do silente, mas, sim, de restringir, objetivamente, o exercício da autonomia privada por referido meio, com o propósito de tutelar a parte considerada mais frágil da relação.

Logo, não se trata de afastar, *a priori*, a relevância da regra geral do artigo 111CC, mas, nestes ambientes nos quais se verifica o fenômeno do dirigismo contratual, os “usos e as circunstâncias” negociais são integrados por regras legais específicas, muitas vezes de natureza cogente, as quais impõem a declaração expressa ou proíbem o exercício da autonomia privada por intermédio de comportamentos silenciosos. Em tal contexto, interessam ao objeto do presente estudo, por exemplo, aquelas situações nas quais o fornecedor de produto ou serviço (proponente) “envia”, “entrega” ou “fornece” ao consumidor determinado produto ou serviço, que não tenha sido solicitado previamente, a fim de apurar se o comportamento silencioso do consumidor poderia ser considerado aceitação.

Registra-se, inicialmente, que antes do advento da lei consumerista, tais hipóteses fáticas – as quais eram frequentemente ilustradas por meio do exemplo do envio não solicitado de livros ou revistas – eram reguladas, de modo indiscriminado, pelo

código civil, mais precisamente pela regra do revogado artigo 1.084CC/16<sup>593</sup>, cuja incidência se mostra reduzida no universo consumerista, que acaba por conferir resposta mais adequada ao problema do envio de revistas, livros, cartões, entre outros produtos ou serviços não solicitados pelo consumidor, que, inclusive, não mantinha qualquer vínculo com o fornecedor.

Note-se que nestas situações é o próprio fornecedor ofertante que, num contrato entre ausentes, pretensamente dispensa a anuência do destinatário consumidor silente, cujo silêncio não se operou de forma circunstanciada, no sentido de que fosse possível dele extrair anuência.

Atualmente, trata-se, especificamente, de hipótese fática regulada pelos artigos 6º, IV e 39, III e parágrafo único do referido diploma legal<sup>594</sup>, os quais objetivam, entre outros propósitos, repelir as práticas coercitivas e abusivas, com destaque para determinados atos praticados pelo fornecedor no momento que antecede a contratação, incluindo-se aquele anteriormente descrito.

Com o propósito de ilustrar concretamente referida situação envolvendo os impactos do comportamento silencioso da parte no ambiente consumerista, destaca-se a hipótese fática recentemente introduzida na realidade jurídica brasileira, por intermédio da Resolução n. 4.765 do Banco Central do Brasil, de 27 de novembro de 2019, que dispõe sobre “o cheque especial concedido por instituições financeiras em conta de depósitos à vista titulada por pessoas naturais e por microempreendedores individuais”, cujo parágrafo único do art. 1º “define-se como cheque especial a concessão de limite de crédito rotativo vinculado a conta de depósitos à vista.” E, no artigo 2º, admite “a cobrança de tarifa pela disponibilização de cheque especial ao cliente.”

Constata-se que referido ato da autarquia federal responsável por regular o

---

<sup>593</sup> Conforme destacado por ocasião da análise do atual artigo 432CC, que o substituiu. (tópico 5.4.3.)

<sup>594</sup> “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.” A doutrina portuguesa também adverte acerca de tais riscos, tal como salienta CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 546: “Em termos sinépicos, atine-se nos particulares inconvenientes que derivam da ‘juridificação’, via usos, do silêncio: as pessoas, independentemente de qualquer vontade, vêm a encontrar-se vinculadas a situações de tipo negocial. A possibilidade de prejuízos, designadamente para os consumidores, é evidente, o que provoca as desconfianças do Direito.”

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

sistema financeiro nacional cria exceção – cuja legitimidade jurídica é bastante discutível – à regra do citado art. 39, III do CDC, na medida em que mesmo diante do comportamento silencioso do consumidor (pessoa natural ou microempreendedor individual) que não “requereu a concessão de limite de crédito rotativo”, legitima-se a “cobrança de tarifa” bancária pela mera “disponibilização de cheque especial ao cliente”.

Embora se reconheça a importância e a relevância social de referidas regras, cuja existência tem o poder de minimizar os impactos de práticas reprováveis por parte de fornecedores de produtos ou serviços, compreende-se que a sua aplicação não tem o poder de afastar, por completo, a possibilidade do comportamento silencioso do consumidor caracterizar a aceitação e, por consequência, a formação do contrato de consumo, nos termos do que estabelece o artigo 111CC.

Assim, respeitados os parâmetros e requisitos legais fixados no âmbito de referido microssistema, não se vislumbra justificativas para deixar de reconhecer que, também nesse ambiente, a conduta silenciosa do consumidor face a determinadas circunstâncias se mostra apta a constituir e a promover alterações em contratos de consumo, tal como ocorre no exemplo em que determinado consumidor envia à farmácia de manipulação de medicamentos, pelo aplicativo de mensagens *telegram*, cópia da receita médica, salientando que necessita do medicamento em 2 (duas) horas. Poucos minutos depois, o consumidor recebe resposta da farmácia, que confirma, pelo mesmo meio, a possibilidade de atendimento do pedido e indica o preço da fórmula, a ser pago no ato da entrega do medicamento, na residência do consumidor.

Embora referida mensagem tenha sido “recebida” e “lida” pelo consumidor, este manteve-se silente. Antes de atingido o horário limite de duas horas, ao chegar à residência do consumidor, o portador da farmácia é surpreendido pela recusa do consumidor em receber o medicamento e a promover o pagamento do preço respectivo, sob a alegação de que não havia autorizado a manipulação da fórmula, tendo, inclusive, constatado que já tinha o medicamento em casa.

Ainda que a solicitação prévia do produto por parte do consumidor não constitua uma proposta – por faltar-lhe o elemento essencial do preço – caracteriza-se, como visto, um convite à proposta, nos moldes já tratados no tópico 5.4.3.2. Logo, diante das circunstâncias negociais apresentadas, com destaque para a urgência do pedido e para a resposta célere da fornecedora, que fora recebida e lida pelo consumidor, o silêncio

deste importa sua anuência e, conseqüentemente, se mostra plenamente apto a constituir o contrato de consumo, nos termos do artigo 111CC.

Poder-se-ia argumentar que caberia ao fornecedor exigir uma resposta expressa do consumidor antes de considerar o contrato concluído e de manipular o medicamento. Nos parece que referida cautela extrapola os cuidados ordinários impostos ao fornecedor, que no caso em tela – além de pressionado pelo prazo exíguo de manipulação do produto – tinha razões suficientes para confiar na conduta da contraparte, a quem cabia manifestar-se expressamente diante das circunstâncias.

Outra hipótese fática frequente que ilustra o problema do silêncio no ambiente consumerista relaciona-se com aquela situação cotidiana, regulada no âmbito de alguns estados e municípios brasileiros, que diz respeito ao “oferecimento” de “couvert”<sup>595</sup> por restaurantes, lanchonetes, bares e demais estabelecimentos de gênero similar.

A prática consiste na entrega de produto ou serviço (“couvert”) não solicitado previamente pelo consumidor, sucedida pelo comportamento silencioso deste. Considera-se, nesses casos, que, mesmo diante da inexistência de lei municipal ou estadual regulando o tema, a prática deve ser considerada abusiva sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, com fundamento, essencialmente, no artigo 39, III do diploma consumerista<sup>596</sup>, entre outros fatores, pelo fato do “couvert” não se enquadrar como o bem de consumo principal do estabelecimento, associado à praxe de vários estabelecimentos empresariais de oferecerem-no como cortesia, antes do consumo efetivo dos produtos e serviços objetos da atividade fim do bar ou restaurante.

## **6.2. Outros negócios jurídicos unilaterais envolvendo comportamentos silenciosos no universo contratual**

---

<sup>595</sup> Entendido como “o serviço caracterizado pelo fornecimento de aperitivos sólidos e líquidos, assim definidos pelo estabelecimento, servidos antes do início da refeição propriamente dita.”, nos termos do § único do art. 1º da Lei 17.301 de 14.9.12 do Estado do Paraná. O Estado de São Paulo também conta com lei semelhante (Lei 14.536, de 6 de setembro de 2011), cujo artigo 1º apresenta mesma redação da referida lei paranaense.

<sup>596</sup> Nesse sentido, em comentário ao inciso III do art. 39 destaca BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 325: “O fornecimento não solicitado é uma prática corriqueira – e abusiva – do mercado. Uma vez que, não obstante a proibição, o produto ou serviço seja fornecido, aplica-se o disposto no parágrafo único do dispositivo: o consumidor recebe o fornecimento como mera amostra grátis, não cabendo qualquer pagamento ou ressarcimento ao fornecedor (...)”

Embora a proposta e a aceitação caracterizem-se como as figuras jurídicas mais relevantes no processo de formação do contrato, registra-se a existência de outros negócios jurídicos unilaterais<sup>597</sup>, também relevantes no universo contratual, passíveis de serem constituídos por intermédio de comportamentos silenciosos. Merecem destaque nesse contexto as figuras abrangidas pela noção de “autorização”<sup>598</sup> *lato sensu* e, em especial, para a “outorga conjugal” e para “outorga de poder de representação”.

Adverte-se que não se adota a noção de autorização apresentada por Haical<sup>599</sup>, o qual restringe a figura às declarações de vontade: i) prestadas por quem não é parte (e, portanto, figura como terceiro) no ato jurídico de fundo; ii) que tenha natureza prévia, contemporânea ou posterior ao referido ato jurídico e iii) que objetiva evitar a nulidade ou a anulabilidade do ato jurídico de fundo.

Não obstante se reconheça a relevância de estudos jurídicos destinados a tornarem mais claras importantes categorias jurídicas – tal como se verifica em relação ao instituto jurídico em questão – adota-se concepção de caráter mais amplo, que objetiva investigar a aptidão do silêncio na caracterização de negócios jurídicos unilaterais frequentes no ambiente contratual e que não se limita à definição de autorização mais restrita apresentada por referido autor, a qual não abrange situações específicas passíveis de serem enquadradas nas noções de “ratificação”<sup>600</sup> e de “permissão”<sup>601</sup>, por exemplo,

---

<sup>597</sup> Tal como define PONTES de MIRANDA, **Tratado de Direito Privado. Tomo III.** (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 205, “A A *autorização* é negócio jurídico unilateral. Também a outorga de poder de representação. Não precisam do assentimento ou aceitação do autorizado, ou outorgado, nem da pessoa com que o autorizado ou o outorgado tem de tratar. Se a autorização, ou o poder de representação se confere sob a dependência de que o autorizado ou o nomeado como representante aceite, não há bilateralização, - há condição, que só diz respeito à eficácia.”

<sup>598</sup> Para análise atual e mais aprofundada do assunto ver HAICAL, Gustavo Luíz da Cruz. **A autorização no direito privado.** Tese (doutorado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2019, que propõe um “teoria geral do assentimento”. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A representação no negócio jurídico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 52, define autorização “permissão ou faculdade atribuída pelo titular de determinado bem ou interesse, para que outro possa utilizar-se ou usufruir do bem, em proveito próprio ou não.”

<sup>599</sup> Ver HAICAL, Gustavo Luíz da Cruz. **A autorização no direito privado.** Tese (doutorado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2019, p. 46.

<sup>600</sup> Definida por HAICAL, Gustavo Luíz da Cruz. **A autorização no direito privado.** Tese (doutorado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2019, p. 172, como “figura jurídica vinculada ao instituto da representação, pois torna eficaz o negócio jurídico concluído por terceiro, em nome do ratificante, mas sem poderes de representação. O ratificante não é terceiro a assentir como o negócio jurídico pelo falso procurador, mas o próprio figurante, não sendo a ratificação figura pertencente à teoria geral do assentimento.”

<sup>601</sup> A qual segundo HAICAL, Gustavo Luíz da Cruz. **A autorização no direito privado.** Tese (doutorado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2019, p. 172, “não decorre de declaração de vontade de terceiro, mas de figurante inserto na parte de negócio jurídico”, que visa “atribuir

mas que podem ostentar relevância no âmbito dos comportamentos silenciosos.

Em referido contexto, é possível afirmar, de partida, que as situações que envolvem autorizações para a prática de atos específicos ou de conteúdo genérico, bem como os atos de outorga de poderes de representação, não se confundem com as hipóteses de caracterização da proposta e da aceitação, necessárias à formação dos contratos.

Ainda que, frequentemente, a autorização e a outorga estejam intimamente relacionadas a determinados contratos, com eles não se confundem. Por consequência, o exercício da autonomia privada por intermédio de comportamentos silenciosos em tais cenários estará sujeito a condicionantes diversas daquelas observadas no contexto contratual, a começar pelo fato de tratarem-se de negócios jurídicos unilaterais, cuja constituição válida independe de qualquer aceitação para gerar plenos efeitos, recaindo a análise apenas sobre o comportamento do autorizante ou do outorgante.

Não obstante as peculiaridades que envolvem a formação dos negócios jurídicos bilaterais e unilaterais, considerando que a regra do artigo 111CC situa-se na Parte Geral do Código Civil e que ostenta conteúdo não restritivo no universo negocial, não se verifica óbices para que as autorizações em geral materializem-se por intermédio de comportamentos silenciosos, se respeitadas as condicionantes legais já analisadas<sup>602</sup>. Passa-se, em referido contexto, à apreciação de algumas hipóteses fáticas dessa natureza.

Tome-se o exemplo de Alberto, devedor de determinada obrigação de dar coisa móvel de grande porte a João (credor). Alberto questiona João, via *whatsapp*, dias antes da data prevista para o vencimento da obrigação, se na ausência de João, na data, local e horário pactuados para o cumprimento da obrigação, estaria (o devedor) “autorizado” a entregar a coisa devida a Fernando, colega de trabalho de João.

No dia do vencimento da obrigação, Alberto procura João no lugar e tempo pactuados, mas não o encontra, deparando apenas com Fernando. Verifica, outrossim, que João “recebeu” e “leu” a mensagem enviada, via *whatsapp*, dias antes, mas silenciou.

---

faculdade e, secundariamente, afastar limitação ao exercício da autonomia privada.” Segundo MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A representação no negócio jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 52. nesta modalidade de permissão, não acarreta “modificação na esfera jurídica do titular, em função da permissão concedida.”

<sup>602</sup> Sobre a possibilidade da “autorização” decorrer de comportamento silencioso, destaca HAICAL, Gustavo Luíz da Cruz. **A autorização no direito privado**. Tese (doutorado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2019, p. 83. “Ainda que sendo caso mais difícil de ocorrer – por ser a inequivocidade elemento fundamental aos negócios jurídicos unilaterais –, se não for necessária declaração de vontade expressa e as circunstâncias do caso ou os usos do tráfico autorizarem (art. 111 do Código Civil), poderá haver declaração de vontade à existência de assentimento pelo silêncio.”



Diante das circunstâncias, Alberto entrega a coisa devida a Fernando, que, embora não tivesse conversado com João a respeito, recebe a coisa, sem exigir maiores explicações e simplesmente assina recibo apresentado por Alberto.

Diante de referidas circunstâncias, a regra do artigo 111CC contribui para reconhecer que o silêncio de João diante da hipótese fática apresentada caracteriza a sua anuência quanto ao recebimento da coisa por Fernando, que, nos termos do artigo 308CC<sup>603</sup>, deve ser considerado representante de João, ou, no mínimo, pessoa autorizada por este para receber a coisa. Não se trata de avaliar (ao menos num primeiro momento) a pré-existência de vínculo jurídico entre João e Fernando, o qual, a propósito, pode sequer existir. O que está em causa é verificar se as circunstâncias apresentadas permitem reconhecer – objetivamente – a referida autorização específica, por parte de João, para que Fernando recebesse a coisa, eximindo o devedor Alberto.

Sem a necessidade de recorrer-se – ao menos como argumento principal e primário – à boa-fé objetiva e aos deveres que dela emanam ou a outras construções doutrinárias, tal como a teoria da aparência (ver tópico 5.8), diante da ausência de exigência de declaração de vontade expressa, as circunstâncias permitem concluir pelo aperfeiçoamento da autorização (permissão) por parte de João.

Em referido contexto, considera-se dispensável, inclusive, o ato de ratificação previsto na parte final da regra legal (art. 308CC), em vista da materialização da anuência por intermédio do silêncio face às referidas circunstâncias. Sendo que João não poderá invocar em seu favor eventual mora de Alberto e, menos ainda, o inadimplemento absoluto da obrigação por parte deste.

Sob tais aspectos, também não são oponíveis a Alberto quaisquer fatos atinentes à relação estabelecida entre João e Fernando, sendo irrelevante – do ponto de vista da validade da autorização (permissão) – qualquer manifestação de vontade do autorizado Fernando. Diante das circunstâncias, a autorização é considerada válida e apta a gerar efeitos diante do silêncio circunstanciado de João, titular do interesse em causa (principal).

Tal como salientado no tópico 5.5. não se afasta, porém, a possibilidade de invalidação do ato de outorga de poderes pela demonstração, por João, da presença de algum dos defeitos do negócio jurídico incidentes, única e exclusivamente, sobre o ato de

---

<sup>603</sup> “Art. 308. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.”

autorização pelo silêncio em si, tal como eventual coação continuada da qual fora vítima. Necessário salientar que eventual alegação, por João, do não conhecimento do teor da mensagem enviada por Alberto ou, até mesmo, do extravio da resposta negativa tempestivamente enviada por João a Alberto, não bastariam para afastar a concretização da autorização pelo silêncio, em virtude da ausência de comportamento ativo por parte de João face às circunstâncias do caso concreto, relacionadas ao tempo, lugar e modo do cumprimento da obrigação pactuada.

Nesse sentido, ciente da iminência do vencimento da obrigação, as circunstâncias negociais impunham – com destaque para o fato de existir um vínculo jurídico obrigacional entre as partes (Alberto e João) – que João se manifestasse ativamente, comparecendo, pessoalmente, ao lugar e no tempo pactuados ou nomeando expressamente alguém para que atuasse em seu nome.

Desenvolvidas breves reflexões acerca da possibilidade da autorização (permissão) materializar-se por intermédio de comportamentos silenciosos, considera-se justificável a análise, em tópicos próprios, da possibilidade do comportamento silencioso caracterizar os atos jurídicos de “outorga conjugal” e de “outorga de poderes de representação”, especialmente diante da proximidade e da frequente confusão que se costuma estabelecer entre o negócio jurídico unilateral da outorga de poderes de representação e o contrato de mandato.

### **6.2.1. O silêncio circunstanciado do cônjuge em relação à outorga necessária à validade de determinados atos**

A lei brasileira estabelece, no artigo 1.647CC, a necessidade de que o cônjuge – salvo no regime separação absoluta de bens<sup>604</sup> – “autorize”<sup>605</sup> o outro a praticar determinados atos consistentes na “alienação ou oneração de bens imóveis”, no pleito

---

<sup>604</sup> Numa abordagem crítica à referida exceção inserida pelo CC, ver SIMÃO, José Fernando. Ser ou Não Ser: outorga conjugal e solidariedade familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões**. Porto Alegre. Editora Magister. n. 3 (abr. maio/2008), p. 56/74, p. 56/74.

<sup>605</sup> De acordo com HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. **A autorização no direito privado**. Tese (doutorado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2019, p. 116/117 a autorização conjugal para a alienação de direito sobre imóvel pode assumir caráter de “assentimento prévio autointeressado”, “por atender interesse do autorizante”, quando se tratar de imóvel particular do alienante, no regime da comunhão parcial de bens.

“como autor ou réu; na defesa desses bens e direitos”; ou na “prestação de fiança ou aval”, sob pena de invalidação do aval ou rescisão da fiança concedidos sem a outorga conjugal<sup>606</sup>, mediante a provocação do próprio cônjuge ou de seus herdeiros<sup>607</sup>.

No tocante à “alienação ou oneração de bens imóveis” e ao pleito “como autor ou ré em relação a tais bens ou direitos”, não surgem maiores dúvidas, quanto à inaptidão do silêncio do cônjuge para caracterizar referida “autorização”, pois a prática de referidos atos depende, respectivamente, de escritura pública e da observância da forma escrita, mediante a outorga de poderes expressos por meio de instrumento de procuração ainda que particular, a ser lavrado e assinado pelo cônjuge autorizante. Por consequência, nos termos da ressalva expressa do artigo 111CC, a exigência legal da escritura pública e da forma escrita afastam a aptidão do silêncio do cônjuge para caracterizar autorização.

A análise apresenta-se um pouco mais complexa, contudo, em relação à autorização conjugal para que o outro cônjuge preste aval ou fiança. Sob tal aspecto, importante salientar, desde logo, que a referida “autorização” não implica a assunção, pelo cônjuge autorizante, da condição de garantidor (avalista e fiador) juntamente com o outro. A prestação de referidas garantias não se presume, nos termos do que estabelecem os artigos 898CC e 819CC<sup>608</sup>.

Registra-se, a princípio, o incômodo gerado pelo tratamento de institutos jurídicos tão distintos sob um mesmo regime jurídico, sujeitando-os às mesmas regras e consequências jurídicas. A crítica se justifica, pois enquanto o “aval” é instituto jurídico de direito comercial, originário das relações cambiárias e de natureza autônoma. A

---

<sup>606</sup> “Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: IV - demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647” e “Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.”. Reforçando tais consequências, ver CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de família. Vol. 18 (arts. 1.591 a 1.710). (Coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 182.

<sup>607</sup> “Art. 1.650. A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros.”

<sup>608</sup> Não obstante referida advertência, tem sido frequente o entendimento, especialmente no âmbito do aval, nos seguintes termos: “Embargos de Terceiro. Mulher casada. Regime de comunhão universal de bens. Defesa da meação. Aval prestado pelos maridos das embargantes em cédulas de crédito bancário. Penhora incidente sobre aeronave. Ausência de prova no sentido de que a dívida não foi contraída em benefício da família. Ônus probatório cabente às embargantes, do qual não se desincumbiram, conforme entendimento da jurisprudência, notadamente do E. Superior Tribunal de Justiça. Inexigibilidade, no presente caso, de outorga uxória, por se cuidar aqui a propósito de aval - Embargos julgados improcedentes. Sentença mantida. Recurso improvido.” (Apelação nº 1127734-49.2016.8.26.0100, da 14ª Câ. Dir. Priv. TJ/SP, j. 28.11.18). No mesmo sentido: Apelação nº 1000441-47.2017.8.26.0396, da 13ª Câ. Dir. Priv. TJ/SP, j. 24.10.18.

“fiança”, por sua vez, tem origem nas relações civis e ostenta natureza acessória, em relação à dívida principal. Tais características distintivas, por si só, prenunciam as polêmicas em torno do assunto e o impacto do comportamento silencioso em referido contexto.

Para ilustrar as reflexões propostas em torno dos impactos do comportamento silencioso sobre tais figuras e acerca da aplicação da regra do artigo 111CC, destaca-se o exemplo do cônjuge (casado pelo regime da comunhão de bens) que, durante a vigência do casamento, silencia perante testemunhas, ao presenciar o consorte prestar aval, sem ter sequer consciência de que o seu silêncio pode ser interpretado como a necessária autorização para a prática do ato<sup>609</sup>. Para tornar o exemplo mais contemporâneo, imagine-se que o mesmo contexto fático se estabeleça em grupo de mensagens instantâneas (de texto e de voz), do qual participam o credor, o devedor originário, o garantidor e o seu respectivo cônjuge, o qual, por sua vez, silencia acerca da garantia pessoal prestada expressamente pelo garantidor (seu cônjuge), em documento cuja imagem fotográfica, com a assinatura do garantidor, fora postada no referido grupo, tendo tido seu conteúdo baixado e visualizado pelo cônjuge do garantidor.

Seria tal silêncio do cônjuge do garantidor, diante de referidas circunstâncias, suficiente para caracterizar a sua autorização, nos termos do que estabelece o art. 1.647 do código civil? Basta o silêncio circunstanciado do cônjuge do garantidor para caracterizar a autorização ou haveria necessidade de se demonstrar a consciência do cônjuge “autorizante” acerca de que o seu silêncio teria referido poder?

A busca de respostas a tais questionamentos gera divergências, em relação às

---

<sup>609</sup> Relevante registrar que a situação em análise não se confunde com aquela na qual o cônjuge fiador ou avalista casado, de má-fé, declara-se solteiro ou simplesmente silencia sobre o fato de ser casado, no ato em que presta aval ou fiança. Diante de tais circunstâncias, a relevância da análise recai sobre o comportamento malicioso do fiador, que não poderá se beneficiar da sua própria torpeza, resguardando-se, contudo, os interesses de seu cônjuge (não anuente), que sequer participou do ato, culminando na geração de efeitos parciais à fiança. Nesse sentido, Agravo de Instrumento nº 2150713-26.2018.8.26.0000, 29ª Cam Dir. Priv. TJ/SP, j. 23.11.18 “Locação. Cumprimento de sentença. R. decisão agravada que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença e determinou a expedição de mandado de avaliação do bem imóvel. Alegação de falsidade de assinatura. Questão dirimida em incidente, rejeitada a arguição. Fiança e ausência de outorga conjugal. Fiador que se declarou solteiro no contrato de locação. Alegação de ser casado deduzida apenas na impugnação ao cumprimento do acordo. Fiador que agiu de má-fé ao fornecer informação falsa sobre seu estado civil. Locador ou administradora que não tinham a obrigação legal de investigar o estado civil do fiador ou buscar a matrícula do imóvel indicado. Afastada, no caso concreto, a regra de ineficácia da fiança pela falta de outorga do cônjuge. Precedentes. Preservação, contudo, da meação da cônjuge do fiador. Alegação de excesso de execução desacompanhada de memória de cálculo (do art. 525, § 4º do CPC). Agravante que não apresentou outros meios de satisfação do crédito menos onerosos. Manutenção da penhora do imóvel, reservada a meação da agravante. Agravo de instrumento parcialmente provido.”

quais procurar-se-á lançar algumas reflexões. Destaca-se, a princípio, a existência, no artigo 220CC, de regra geral destinada a “provar” a “anuência ou a autorização” do cônjuge do avalista ou fiador nos seguintes termos: “A anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento.”

Retoma-se, em relação à referida regra, a discussão em torno da forma “ad substantiam” ou “ad probationem” (tópico 5.4.1.), que – a depender da corrente adotada – facilitará a solução de referida hipótese fática. Contudo, na linha da posição adotada naquele ponto, considera-se que o dispositivo legal do art. 220CC não materializa regra impositiva de determinada forma à “autorização” conjugal, apta a impedir, de forma absoluta, que a autorização ocorra por outros meios<sup>610</sup>. Nesse sentido, ainda que o aval e a fiança devam observar a forma escrita, por força, respectivamente, das regras dos artigos 898CC<sup>611</sup> e 819CC<sup>612</sup>, não se verifica a exigência de forma para os atos de “autorização” conjugal.

Considera-se, portanto, não haver obstáculos formais para a incidência da regra geral do artigo 111CC, no sentido de extrair-se a autorização conjugal do silêncio circunstanciado do cônjuge “autorizante”, desde que as “circunstâncias ou os usos” o

---

<sup>610</sup> Em sentido contrário, adotando posição geradora de insegurança, por confundir hipóteses de “forma prescrita em lei” com “meio de prova” destaca-se PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil**. Vol. I. (Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes). 24ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 496 “Por exceção, a ordem legal institui a prova especial, e deixa, nos casos previstos, de ser livre ao interessado produzir a que quiser. Neste regime da prova especial, umas vezes a lei não tolera seja suprida, outras vezes o admite, e então é lícito recorrer a outros veículos probatórios em substituição ou complemento às deficiências do específico. É assim que o pacto antenupcial não pode ser provado senão com a exibição do instrumento público; mas o nascimento evidencia-se por outras provas, se não existir assento; (...) ‘Especial’ é a prova da anuência ou autorização necessária para a validade do ato (Código Civil, art. 220), no sentido de que deve acompanhar a deste último: se for ela livre, se-lô-á também aquela outra; mas se a lei exigir forma especial para o ato principal, a anuência ou autorização somente pode dar-se pelo mesmo meio especial.” Também no sentido de que a anuência e a autorização devem observar a mesma forma do ato principal MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo III**. (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 516, “Sempre que outrem, que o figurante, haja de manifestar vontade, ou declarar - ainda em resposta, ou tacitamente - enunciado de fato, a forma é a mesma do ato jurídico em que se *vai* conter ou em que *havia de estar* contida a manifestação de vontade ou de conhecimento. A respeito, por exemplo, do poder de representação, a questão da subsumção em ‘autorização’, ou não-subsumção, é sem importância”. Ao comentar o art. 132CC/16 (atual 220CC/02), complementando, em seguida, que (p. 517): “o art. 132 abrange assim as espécies de representação voluntária como as de representação legal. O que se estatui no art. 132 é o *princípio da forma envolvente*: desde que o ato jurídico é necessário a outro ato jurídico, como *condido iuris*, isto é, elemento para a existência, validade ou eficácia do outro, o direito brasileiro (*aliter*, o alemão, § 182, alínea 2.a) exige-lhe a mesma forma, de modo que, se a forma escrita é exigida, não basta a manifestação tácita, e, se a forma de escritura pública o é, não basta o instrumento particular.”

<sup>611</sup> Art. 898. O aval deve ser dado no verso ou no anverso do próprio título.

<sup>612</sup> Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

autorizem<sup>613</sup>. Numa análise mais detida do caso, pesarão em favor do cônjuge, supostamente autorizante – e que provavelmente alegará a “inexistência” da autorização e a consequente invalidação da garantia (aval ou fiança) prestada pelo consorte – os “usos do tráfego” (ver tópico 5.4. supra) e a própria regra do artigo 220CC, que os corrobora, as quais se mostram aptas a operarem, em favor do cônjuge silente, uma presunção<sup>614</sup> de inexistência da autorização, fundada no fato de que a *praxis* em tais casos impõe ao credor a cautela de exigir autorização conjugal expressa<sup>615</sup>.

Não se pode, contudo, afastar a possibilidade de que as circunstâncias

---

<sup>613</sup> Tal conclusão pode ser extraída do entendimento de BETTI, Emilio. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 50/51, após desenvolver a ideia de objetivação do negócio, ao salientar que: “Quando nossa conduta, por seu caráter concludente, seja idônea para suscitar nos outros – com os quais estamos em relação – a razoável impressão de um compromisso assumido por nossa parte, e quando tal conduta valha, portanto, para justificar uma expectativa nos outros, não será relevante, para que exista ou não tutela desta última, nossa consciência efetiva sobre seu valor vinculante. A posição do saber é ocupada, então, pelo “dever saber”, e no caso de negligência, essa carga de consciência resulta correlativa de uma autorresponsabilidade, que explica a imputação da conduta.” (tradução livre) No original: “Cuando nuestra conducta, por su carácter concluyente, sea idónea para suscitar en otros – con los cuales estamos en relación – la razonable impresión de un compromiso asumido por nuestra parte, y cuando tal conducta valga, por tanto, para justificar una expectativa en otros, no será relevante, para que exista o no una tutela de ésta última, nuestra conciencia efectiva sobre su valor vinculante. La posición del saber es ocupada, entonces, por el “deber saber”, y en caso de negligencia, esta carga de conciencia resulta correlativa de una autorresponsabilidad, que explica la imputación de la conducta.”

<sup>614</sup> Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. VIÉGAS, Francisco de Assis. A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**. . Fortaleza. Vol. 22, n.2, (maio/ago.), 2017, p. 558, “verificando-se que se trata de ato não solene – de forma livre, portanto –, a indicação legal da fonte de prova pode representar, no máximo, a preferência do legislador, sem, contudo, excluir a possibilidade de prova por outros meios. Portanto, o efeito mais evidente consiste em que, apresentada a prova indicada na lei, inverte-se o ônus de comprovação do fato, criando-se presunção relativa de ocorrência do fato jurídico”. Essa foi a solução aplicada em caso análogo, citado pelo referido autor (TEPEDINO, Gustavo. VIÉGAS, Francisco de Assis. A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza. Vol. 22, n.2, (maio/ago.), 2017, p. 551/566.) no qual se analisava a regra do artigo 646CC, acerca da prova do contrato de depósito, no âmbito do TJRJ. 10ª C.C. Ap. Cív. 0070539-8.2002.8.19.0001. Rel. Des. Celso Luiz de Matos Peres, julg. 27.5.2009. No caso, o depositante exigia a restituição do bem, exibindo o documento que comprovaria o depósito. O depositário alegava, porém, “não ter havido qualquer depósito, argumentando que forneceu apenas simples declaração quanto ao depósito da referida quantia visando facilitar as atividades de ‘marchand’ desenvolvidas”. O TJRJ, dando provimento ao pleito do depositante, destacou, contudo, que “a emissão do aludido comprovante de depósito pela apelada, operou a inversão do ônus da prova, fato para o qual a mesma não atentou”.

<sup>615</sup> Sob tal aspecto, embora se trate de discussão paralela àquela ora apresentada, registra-se a prevalência, nos Tribunais Superiores, com destaque para o STJ, do entendimento segundo o qual opera-se contra o cônjuge uma presunção de ter se beneficiado da dívida exclusivamente assumida por seu consorte (inclusive nas hipóteses de aval prestado exclusivamente por cônjuge empresário ou sócio de sociedade empresária), cabendo ao cônjuge não avalista comprovar que não se beneficiou do aval prestado por seu consorte. Nesse sentido: REsp n. 299211-MG, de 17.5.2001. “Mulher casada. Meação. Embargos de terceiro. Aval. Presume-se em benefício da família a dívida contraída mediante aval concedido pelo marido, sócio de sociedade comercial de responsabilidade limitada”; REsp n. 427980-PR, de 18.2.2014 e AgRgAI n. 676606-RS, de 26.8.2008.

negociais, tais como as características e a natureza do negócio, o perfil dos sujeitos envolvidos (credor, garantidor e cônjuge), o lugar no qual é celebrado, entre outros fatores, permitam extrair tal autorização do comportamento silencioso do cônjuge do garantidor (fiador ou avalista).

Em referido contexto e diante das circunstâncias hipotéticas apresentadas, considera-se – admitindo-se variações do referido exemplo – que o silêncio do cônjuge empresário, em relação ao aval prestado por seu consorte em título de crédito, se mostra potencialmente mais apto a caracterizar sua autorização<sup>616</sup>; do que o silêncio do cônjuge não empresário, em relação à fiança<sup>617</sup> prestada por seu consorte no âmbito de um contrato de locação de imóvel urbano para fins residenciais, em razão dos perfis dos sujeitos envolvidos, da natureza das garantias prestadas e das obrigações garantidas.

Ainda no tocante à fiança, registra-se entendimento manifestado pelo E. STJ capaz de interferir decisivamente no reconhecimento da aptidão do silêncio do cônjuge autorizante, para a caracterização de sua anuência sob determinadas circunstâncias<sup>618</sup>. Em

---

<sup>616</sup> Não obstante o “silêncio circunstanciado”, apto a caracterizar anuência, não se confunda com a “ausência inequívoca de anuência”, consigna-se posicionamento recente do STJ, no julgamento do REsp n. 1.644.334, de 21 de agosto de 2018, que ao analisar o aval prestado, especialmente, em títulos de crédito típicos, afastou a incidência da regra do art. 1647, III CC, com fundamento no art. 903 CC e nos princípios e regras próprias do direito cambiário, salientando, entre outros aspectos, que: (...) não pode ser a exigência da outorga conjugal estendida, irrestritamente, a todos os títulos de crédito, sobretudo aos típicos ou nominados, como é o caso das notas promissórias, porquanto a lei especial de regência não impõe essa mesma condição. Condicionar a validade do aval dado em nota promissória à outorga do cônjuge do avalista, sobretudo no universo das negociações empresariais, é enfraquece-lo enquanto garantia pessoal e, em consequência, comprometer a circularidade do título em que é dado, reduzindo a sua negociabilidade”. No mesmo sentido, foi a conclusão alcançada no REsp 1.526.560/MG, de 16.3.17, no qual foi registrada a mudança de entendimento da 3ª Turma (em consonância com o entendimento da 4ª T, REsp 1.633.399, de 1.12.16). Prevalendo referido entendimento recente do STJ, reduz-se a relevância da análise da aptidão do comportamento silencioso do cônjuge para a validade do aval nos títulos de crédito típicos, pois a validade do aval dependeria apenas da assinatura do próprio avalista, dispensando a outorga conjugal. Em sentido contrário, alinhado à jurisprudência anterior, “o aval prestado sem a devida outorga uxória não possui validade. Sua anulação não tem como consequência preservar somente a meação, mas torna insubsistente toda a garantia” (AgInt no AREsp 928.412/PR, 4ª Turma, julgado em 18/10/2016, DJe de 26/10/2016; AgInt no REsp 1.028.014/RS, 4ª Turma, julgado em 16/08/2016, DJe de 01/09/2016; EDcl no REsp 1.472.896/SP, 4ª Turma, julgado em 06/08/2015, DJe de 13/08/2015; AgRg no REsp 1.082.052/RS, 4ª Turma, julgado em 19/09/2013, DJe de 27/09/2013; REsp 1.163.074/PB, 3ª Turma, julgado em 15/12/2009, DJe de 04/02/2010). Já sob tal entendimento a aptidão do silêncio circunstanciado pode se mostrar relevante diante de situações concretas.

<sup>617</sup> Sendo que na hipótese exclusiva da fiança (que, como demonstrado, atualmente não se aplica ao aval dos títulos de crédito típicos), registra-se a existência da Súmula 332 do STJ “A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.” O tratamento distinto conferido ao aval em títulos de crédito típicos e à fiança pelos Tribunais Pátrios se fundamenta, entre outros fatores, na natureza distinta da fiança (civil/contratual/acessório) em relação ao aval (cambiária/empresarial/autônoma).

<sup>618</sup> STJ, REsp 1.185.982/PE, 3ªT, j. 14.12.2010, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJe 02.02.2011: "Civil. Embargos de terceiro. Ausência de autorização expressa quanto aos termo da fiança prestada por cônjuge. Assinatura lançada no contrato de locação na qualidade de testemunha instrumentária. Impossibilidade de presumir a outorga uxória. Súmula 332 do STJ. 1 - A assinatura das testemunhas instrumentárias somente

linhas gerais, referido aresto estabeleceu que a outorga conjugal no caso de fiança deve ser realizada por escrito (público ou particular autenticado), sob pena de invalidade, criando “forma” que a lei não impõe.

Tal solução foi aplicada em situação concreta, na qual a assinatura do cônjuge do fiador em contrato de locação, na condição de testemunha instrumentária, não foi considerada apta a suprir o requisito da outorga conjugal expressa, sob os argumentos centrais de que a assinatura como testemunha não evidencia a ciência acerca do conteúdo do negócio jurídico e que a fiança deve ser interpretada restritivamente, limitando-se aos encargos expressa e inequivocamente assumidos pelo fiador.

Diante da ausência de exigência legal de forma para a outorga conjugal, considera-se excessiva a solução adotada pelo Tribunal Superior, que impõe a necessidade de observância de forma “escrita” (e autenticada) para a validade de ato não formal. Não obstante a interpretação da fiança deva se dar de forma não extensiva, minimizar a participação do cônjuge – inequivocamente ciente da garantia prestada por seu consorte – não contribui para a tutela do crédito e estimula a prevalência de situações iníquas. Reflexamente, em relação ao objeto do presente estudo, a prevalência de tal entendimento impede que o comportamento silencioso do cônjuge do fiador, face a determinadas circunstâncias, seja apto a materializar a autorização necessária à prática do ato.

### **6.2.2. Particularidades do comportamento silencioso em relação à outorga de poderes e ao contrato de mandato**

As figuras da outorga de poderes de representação e da procuração são, via de regra, associadas ao contrato de mandato. Há na realidade brasileira, inclusive, previsão legal expressa, acerca da procuração constituir-se como o “instrumento do mandato” (art.

---

expressa a regularidade formal do instrumento particular, mas não evidencia sua ciência acerca do conteúdo do negócio jurídico. 2 - A fiança deve ser interpretada restritivamente, de maneira que sempre estará limitada aos encargos expressa e inequivocamente assumidos pelo fiador. 3 - Quando há incerteza a respeito de algum aspecto essencial do pacto fidejussório, como a outorga marital, não é possível proclamar a validade da garantia. Súmula 332 do STJ. 4 - A ausência do necessário consentimento do cônjuge para a prestação de fiança somente poderá ser suprida se for realizada por escrito, por meio de instrumento público ou particular autenticado. A assinatura do cônjuge, na qualidade de mera testemunha instrumental do contrato de locação, não é capaz de suprir essa exigência. 5 - Recurso especial conhecido e provido”.



653CC). Tal afirmação, contudo, merece ressalvas<sup>619</sup>, pois enquanto o mandato é contrato, efeito de negócio jurídico bilateral e, portanto, dependente da aceitação, pelo oblato, da proposta elaborada pelo peticitante<sup>620</sup>; o ato de outorga de poderes de representação, por intermédio (ou não<sup>621</sup>) do instrumento de procuração, é negócio jurídico unilateral, cuja constituição válida depende exclusivamente da conduta adotada pelo outorgante dos poderes, sem a necessidade de aceitação pelo outorgado, para que seja considerado um ato válido e eficaz<sup>622</sup>. A aceitação dos poderes pelo outorgado não afeta a validade e a eficácia do ato precedente praticado pelo outorgante<sup>623</sup>.

Sem o propósito de aprofundar as discussões acerca da outorga de poderes de representação ser ou não essencial ao contrato de mandato na realidade brasileira<sup>624</sup>, as

---

<sup>619</sup> Tal como refere CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da modernização do direito civil: aspectos gerais**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2004, em relação à influência pandectística iniciada por Jhering sofrida pelo diploma legal português p. 186, “O Código Civil, na linha da evolução pandectística iniciada por JHERING, veio a cindir a procuração do mandato: a primeira promove a concessão de poderes de representação; o segundo dá azo a uma prestação de serviço.”

<sup>620</sup> Tratado no âmbito dos contratos em espécie (art. 653 CC e ss.).

<sup>621</sup> Tal como ocorre, por exemplo, quando o professor declara publicamente que determinado aluno poderá retirar, em nome do professor, determinado livro na secretaria da escola, enviando, inclusive, uma mensagem de texto à secretaria, nesse sentido. Nesse sentido, MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XLIII**. (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 68, “(...) Tão-pouco, a outorga tem de ser feita, sempre, sob a forma de “procuração”, no sentido usual, para a qual, sendo por instrumento particular(...) Há o poder conferido em carta missiva, ou por telefone, ou por telegrama, se é o caso.”

<sup>622</sup> Nesse sentido, MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo III**. (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 215 “A outorga de poder é negócio jurídico unilateral; o mandato é contrato.”. É o que se extrai dos artigos 115 CC e ss., que regulam a representação voluntária (além da representação legal, que não decorre da vontade do representado).

<sup>623</sup> Nesse sentido, MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo III**. (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 202, “A oferta é manifestação unilateral de vontade, destinada a composição de negócio jurídico bilateral; portanto é *minus*, em relação à manifestação unilateral de vontade que só se destina à própria eficácia. (...)A aceitação não seria aceitação, mas ato de reconhecimento (ato jurídico de confissão, ato jurídico *stricto sensu* de reconhecimento, ou negócio jurídico declaratório).”. No mesmo sentido, CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da modernização do direito civil: aspectos gerais**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2004, p. 183, embora se referindo ao instrumento (procuração) e não ao ato (outorga de poderes de representação), nos seguintes termos: “A procuração é um negócio jurídico unilateral: implica liberdade de celebração e de estipulação e surge perfeita apenas com uma declaração de vontade. Designadamente, não é necessária qualquer aceitação para que ela produza os seus efeitos.”

<sup>624</sup> Por força da regra do “art. 653 CC. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, ‘em seu nome’, praticar atos ou administrar interesses.” Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Notas sobre a representação voluntária e o contrato de mandato. **Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil)**. Belo Horizonte. Vol. 12 (abr./jun. 2017), p. 18/19, “No diploma de 2002, por outro lado, há inequívoca consagração da representação voluntária como instituto autônomo, embora essencial ao mandato. Dessa forma, não há, no direito brasileiro, mandato desprovido de representação, mas pode haver representação sem mandato.”. Diferentemente do que ocorre, por exemplo, na lei portuguesa cujo art. 1157 CCP preceitua que “Mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta de outra”, prevendo, de forma específica, no artigo 1.178 CPP a figura do “Mandato com representação”. Sob tal aspecto MIRANDA, Ponte de. **Tratado de Direito Privado. Tomo**

distinções acima estabelecidas são fundamentais para que não se confunda a análise da aptidão do comportamento silencioso em relação à materialização das referidas, e distintas, figuras jurídicas. Tal registro é relevante para o objeto deste estudo, pois o ato de outorga de poderes, por intermédio ou não do instrumento de procuração, dependerá, única e exclusivamente da conduta do outorgante que deverá, no exercício legítimo de sua autonomia privada, conferir livremente poderes a alguém (outorgado), para que pratique atos em nome do outorgante. Salienta-se, inclusive, que a lei não impõe, em regra, a observância de forma para a validade do ato, o que permite a sua prática verbal e, a depender das circunstâncias, poder-se-á aperfeiçoar por intermédio de comportamentos concludentes e até mesmo pelo silêncio<sup>625</sup>.

Sob a perspectiva de análise da aptidão do comportamento silencioso em relação à caracterização de referidas figuras, pode-se afirmar que, enquanto na outorga de poderes de representação a análise cinge-se ao comportamento do outorgante face a determinadas circunstâncias, a fim de se apurar se do seu silêncio qualificado é possível a caracterização do negócio jurídico unilateral em questão; no caso do mandato, a análise recai – assim como verificado em relação à formação de outros contratos consensuais – sobre o comportamento das partes, a fim de apurar-se a sua constituição de forma

---

**XLIII.** (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 57, não coloca a representação como inerente ao mandato nos seguintes termos: “Diz-se, hoje, *mandato* o contrato pelo qual se criam a alguém o *dever* e a *obrigação*, perante outrem, da gestão de negócios que se lhe entregam, com ou sem poder de representar.” E, inclusive, afirma (p.61) que “Há, quase sempre, *poder de representação* no mandato, porém o mandato e o poder de representação não se confundem. Pode haver mandato, no direito brasileiro, sem poder de representação, *e. g.*, quanto aos atos que, sem poder de representação, podem ser praticados por outrem.”, concluindo (p.62), em sentido contrário, que “Por isso, se é certo que o mandato é, quase sempre, acompanhado (seguido ou precedido) da procuração, não se há de ter êsse acompanhamento como essencial. O mandato pode ser sem a outorga do poder de representação.” Nesse sentido, NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**. Vol. III. Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 375, “O mandato não implica sempre poder de representação (atuações em atos-fatos)”.

<sup>625</sup> Ressalvadas aquelas situações nas quais as próprias partes ou a lei imponham determinada forma (escrita ou pública, por exemplo), para a prática do ato a ser realizado por intermédio do representante. (ex.: arts. 107 e 108 CC). Nesse sentido, destaca MIRANDA, Ponte de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XLIII.** (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 64: “A representação pode ser para manifestar vontade, unilateralmente ou bilateralmente, e para receber manifestações unilaterais de vontade. Por outro lado, se alguma regra jurídica sobre forma não o impede, a representação pode ocorrer em se tratando de manifestação de vontade expressa ou tácita, ou, embora mais dificilmente, pelo silêncio.” Sobre a regra da liberdade de forma, ver também TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Notas sobre a representação voluntária e o contrato de mandato. **Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil)**. Belo Horizonte. Vol. 12 (abr./jun. 2017), p. 25 “Em definitivo, a outorga de poderes não requer forma especial, podendo ser inclusive verbal e tácita.”

expressa, tácita (art. 656 CC) ou até mesmo pelo silêncio<sup>626</sup>.

Salienta-se, a propósito, que a eventual constituição do mandato pelo silêncio circunstanciado não se confunde com a hipótese descrita no artigo 659 CC, segundo o qual “A aceitação do mandato pode ser tácita, e resulta do começo de execução”, que materializa hipótese expressa de manifestação tácita, concretizada por intermédio de comportamento concludente, nos termos do que fora analisado no capítulo 4.

Sob tais aspectos, relevante registrar – pois está diretamente relacionado ao objeto deste estudo – que, apesar do CC não ter reproduzido a regra do artigo 1.293CC/16<sup>627</sup>, no tocante ao contrato de mandato, a disciplina geral da formação dos contratos permite reconhecer como ainda presente na realidade brasileira, com fundamento, por exemplo, nos artigos 111 e 432 do Código Civil, o entendimento de que circunstâncias negociais análogas àquelas previstas na regra revogada autorizam a formação do mandato por intermédio de comportamento silencioso do mandante ou do mandatário, especialmente diante da constatada unificação do direito obrigacional privado.

Diante, contudo, da ausência de previsão legal específica, impõe-se a necessidade de apreciação mais rigorosa dos requisitos e condicionantes previstos nos mencionados dispositivos legais gerais, nos termos propostos no decorrer deste estudo, não se justificando mais a distinção estabelecida sob égide da lei anterior<sup>628</sup>. Nesse

---

<sup>626</sup> Tal como destaca MIRANDA, Ponte de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XLIII.** (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 69, “O que recebeu a oferta de mandato, pelo futuro mandante, ou responde ou não responde: se demora, sem que haja prazo, findo o qual se haja de ter como aceito o mandato, não tem dever de providenciar quanto aos interesses do oferente; mas as circunstâncias podem ter de ser interpretadas como se o oferente houvesse confiado na aceitação e pois esperado resposta imediata, o que assaz ocorre nos negócios jurídicos comerciais (arg. ao Código Comercial, art. 144, 2.a alínea). No silêncio pode haver, em certas circunstâncias, declaração de aceitação do mandato.”

<sup>627</sup> “Art. 1.293. O mandato presume-se aceito entre ausentes, quando o negócio para que foi dado é da profissão do mandatário, diz respeito à sua qualidade oficial, ou foi oferecido mediante publicidade, e o mandatário não fez constar imediatamente a sua recusa.”

<sup>628</sup> Sobre a distinção presente anteriormente, ver MIRANDA, Ponte de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XLIII.** (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.70. “No direito brasileiro, ou há o ‘dever de aceitar’ o mandato, devido a relação jurídica entre o que oferta o mandato e o que o aceita, ou há o ‘dever de responder’, devido a relação jurídica ou circunstâncias entre êles, espécies que dão ensejo à pretensão à indenização; ou há a presunção *iuris tantum* de mandato. Uma vez que o destinatário não provou que a oferta, entre ausentes, não foi aceita, aceitação ‘houve’; responde, pois, por perdas e danos. Se a oferta partiu do que tem de ser mandatário, incidem as regras jurídicas do Código Civil, arts. 1.079-1.086 (cf. Código Comercial, art. 126), não o art. 1.293 (sem razão, BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 8ª ed. São Paulo, 1950.). Se partiu do que há de ser mandante, incidem, quanto à aceitação, as regras jurídicas do Código Civil. arts. 1.293 e 1.082-1.086 (cf. Código Comercial, art. 126).

sentido, embora não seja possível invocar a aplicação direta de lei estrangeira para a solução de conflitos na realidade brasileira, algumas regras previstas em ordenamentos jurídicos de outros países contribuem para ilustrar o quadro circunstancial sob o qual o silêncio poderá formar o contrato de mandato na realidade brasileira. É o que se extrai, por exemplo, do §663 do BGB (“Obrigação de notificar no caso de recusa”), segundo o qual tanto o potencial mandante, quanto o potencial mandatário, têm o dever de recusar, sem demora, a proposta formulada pela contraparte, quando tais propostas de atuação tenham sido realizadas publicamente<sup>629</sup>.

A relevância da distinção entre o contrato de mandato e a outorga de poderes de representação, com destaque para o comportamento silencioso dos sujeitos envolvidos, pode ser ilustrada por intermédio da hipótese fática tratada nos autos da apelação cível n. 70044885242<sup>630</sup>, sob a seguinte ementa:

“Apelação cível. Mandato. Ação de indenização. Investimento de valores em bolsa de ações. Autorização para proceder a realização do investimento. No caso concreto, considerando a natureza das operações em questão, não seria razoável, diante da conhecida rapidez e volatilidade das operações que envolvem essa espécie de empreendimento financeiro, exigir que a cada intervenção a corretora de valores tenha que buscar autorização por escrito do investidor. Basta, portanto, o mandato outorgado ao agente autônomo para que em seu nome atue para investimento de valores na Bolsa de Valores. Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.”

Não obstante a prestação jurisdicional final tenha, diante das circunstâncias negociais, alcançado resultado adequado, tendo, inclusive, invocado a regra do artigo 111CC na sua fundamentação<sup>631</sup>, constata-se ter havido aparente confusão em relação ao

---

<sup>629</sup> §663 BGB “Anzeigepflicht bei Ablehnung. Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. 2Das Gleiche gilt, wenn sich jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat.”

<sup>630</sup> Julgada pela Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), em 04/04/2012.

<sup>631</sup> “(...) Ainda Santiago Dantas, ao referir que o simples fato de alguém permanecer em silêncio, não constitui conduta que se possa interpretar, mas se pode interpretar um silêncio, desde que se refira a uma convenção ou a um costume capaz de atribuir um determinado sentido. É o que prevê, de resto, atualmente, o artigo 111 do Código Civil, ao dispor que o silêncio importa anuência quanto às circunstâncias ou os usos

contrato de mandato, cuja formação operou-se de forma expressa entre as investidoras e o agente autônomo (Juan); e o ato de outorga de poderes de representação entre tais investidoras (outorgantes) em favor do terceiro Elton (outorgado/representante), filho e noivo daquelas, que se mostrou determinante para a realização de específica compra e venda de ações por intermédio do agente autônomo (Juan).

Em síntese, as investidoras pretendiam:

“indenização por danos materiais e morais pelos prejuízos que teriam sofrido em face da atuação da parte ré (corretora de valores mobiliários<sup>632</sup>) contratada para investir numerário repassado pelas apelantes na bolsa de valores, pois o agente autônomo (Juan), para quem outorgaram poderes mediante mandato teria emitido ordens de compra e venda de ações sem a anuência das mandantes.”

Ocorre que, apesar do resultado do julgamento ter enfatizado a existência de contrato de mandato entre as investidoras e o agente autônomo Juan (que atuou junto à ré), constata-se, em análise à fundamentação do acórdão, que o fator determinante para a solução da causa, na verdade, não foi o teor do incontroverso<sup>633</sup> contrato de mandato, cujo clausulado sequer fora objeto de análise mais aprofundada pela turma julgadora. A propósito, a mera existência de contrato de mandato vigente não é, por si só, suficiente a autorizar todo e qualquer investimento por parte do mandatário. Haveria necessidade de apurar a abrangência dos poderes decorrentes de referido contrato. O que, embora teoricamente seria apto a facilitar a solução da questão – com base exclusiva nas regras do mandato (Investidoras x Juan) – não ocorreu no caso concreto.

O conflito de interesses acabou por ser decidido pela caracterização<sup>634</sup> da outorga de poderes de representação, de origem e natureza desconhecidas (decorrente de mera autorização, de mandato tácito ou de outro vínculo jurídico), para que o filho e

---

o autorizarem e não for necessária a declaração de vontade expressa. (...)”

<sup>632</sup> Diante da ausência de maiores informações a respeito das peculiaridades do caso concreto, bem como por não interferir na análise do objeto do presente estudo, não se abordará a questão relativa à legitimidade passiva da corretora de valores mobiliários.

<sup>633</sup> Já que “as próprias autoras admitiram que outorgaram mandato ao agente autônomo para que em seu nome atuasse junto à requerida para investimento de valores na Bolsa, ou seja, na aquisição de ações”.

<sup>634</sup> Ainda que o negócio de outorga não tenha expressamente mencionado, destaca-se trecho do relatório do julgado, mantido em segundo grau de jurisdição: “(...) ao acolher a tese de que Elton Luiz Matos dava ordens de compra e venda em nome das recorrentes apenas por ser sócio, com 1% de participação no capital social, sendo filho e noivo das recorrentes.”

noivo (Elton) das investidoras – que, a propósito, mantinha sociedade com o agente autônomo (Juan) – atuasse em prol dos interesses daquelas junto ao referido agente autônomo mandatário.

Diante da constatada ausência de previsão quanto à necessidade de declaração de vontade expressa para a caracterização do ato de outorga de poderes de representação, as circunstâncias negociais demonstraram que o comportamento das investidoras (envolvendo, inclusive, a conduta silenciosa destas) mostrou-se apto a constituir Elton como representante voluntário, para que atuasse em nome daquelas junto ao agente autônomo. Entre as referidas circunstâncias, destacou-se, além da mencionada relação de parentesco com o outorgado Elton, “pessoa especializada no mercado”, a “dinâmica de tais operações”, nas quais “não se vai buscar uma manifestação por escrito do investidor”, “o razoável período em que persistiu o investimento, sendo de ordinário remetidas as notas de corretagem, além de comunicações periodicamente emanadas da própria Bolsa de Valores”, o fato de não ter havido “investimento temerário em empresas de menor credibilidade” e “o longo silêncio dessas autoras, diante das sucessivas operações realizadas em nome delas”, convergindo esta última circunstância com aquela analisada no tópico 5.4.3.3 supra (relações correntes)<sup>635</sup>.

Consoante constatado da análise do caso em questão, o fator determinante para reconhecer a regularidade do ato de compra e venda de ações não se relacionou diretamente à existência do incontroverso contrato base de mandato (cuja abrangência dos poderes não fora sequer analisada mais profundamente), mas, sim, à caracterização da outorga de poderes de representação ao outorgado Elton (filho/noivo das investidoras), para que atuasse regularmente em nome destas face ao agente Juan. O comportamento passivo (silencioso) das investidoras face às circunstâncias apresentadas legitimaram o exercício da autonomia privada, em relação à outorga de poderes para que o representante Elton atuasse em nome delas.

Salienta-se que o desenvolvimento de tal raciocínio mostra-se relevante, pois a simples vigência de um contrato de mandato mais amplo não é apta, por si só, a

---

<sup>635</sup> Especificamente, sobre as circunstâncias negociais, o acórdão destacou que: “As circunstâncias aqui são suficientes para convencer de que as autoras tinham pleno conhecimento a respeito de como eram investidas as suas economias, ou, se não houvesse um acompanhamento mais próximo, mesmo que formalmente atribuída a responsabilidade a Juan Fradera (agente autônomo – mandatário), inegável que haveria o interesse do próprio Elton (outorgado – filho e noivo) em acompanhar tudo que era feito com aqueles valores”.

autorizar o mandatário a adotar medidas que possam contrariar os interesses das mandantes, mesmo no contexto de mercados dinâmicos como o de valores mobiliários, nos quais, a propósito, os riscos envolvidos exigem a adoção de cautelas específicas.

E nesse sentido, tal como destacado o conteúdo do contrato de mandato em questão não foi objeto de análise específica pelo acórdão analisado, que se limitou a reforçar a existência de uma relação contratual base, sob determinadas circunstâncias que legitimaram a conduta do agente Juan, com destaque para a atuação de Elton, na condição de representante das investidoras.

Tal como salientado no início desse tópico, importante ressaltar que o desconhecimento acerca da natureza da relação jurídica (contratual ou não)<sup>636</sup>, existente entre as investidoras (outorgantes/representadas) e o outorgado/representante Elton é irrelevante para atribuir regularidade ao ato de outorga de poderes, o qual, como dito, independe de aceitação e uma vez caracterizado se mostra apto a vincular as representadas<sup>637</sup>.

Na linha da construção teórica desenvolvida ao longo deste estudo, considera-se que a legitimidade da atuação do outorgado Elton perante o agente autônomo Juan tem como base a tutela da confiança (e não a boa-fé), em virtude das legítimas expectativas geradas no mandatário de que o outorgado (filho/noivo) ostentava poderes para autorizar os investimentos específicos dos recursos financeiros das investidoras (mandantes/outorgantes).

### 6.3. “Comodato” x “Locação”: casuística

Nesse tópico, explora-se interessante julgado proferido pelo STJ, que representa situação paradigmática acerca das funções passíveis de serem desempenhadas

---

<sup>636</sup> Nesse sentido, o ato de outorga de poderes de representação pode ter como base uma mera autorização, um mandato tácito ou decorrer de outro vínculo jurídico qualquer.

<sup>637</sup> Nesse sentido MIRANDA, Ponte de. **Tratado de Direito Privado. Tomo XLIII.** (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 70 “É preciso que se não confunda com a *aceitação da oferta de contrato a outorga de poder de representação*. A outorga é manifestação, unilateral, receptícia, de vontade, que se dirige ao outorgado, ou ao terceiro com quem se haja de tratar. (...) Se não chegarem a acordo os dois interessados, a despeito de ter exercido o poder de representação o destinatário, mandato não houve, nem sobreveio; e tudo se decide segundo os princípios que regem a outorga de poder de representação. Porque poder de representação houve; não houve mandato. O mandato é que precisa de aceitação; a outorga de poder de representação é manifestação unilateral de vontade, pôsto que receptícia.”

pela regra do artigo 111CC.

Trata-se de acórdão proferido em sede de Recurso Especial<sup>638</sup> no qual se analisou contrato celebrado entre Petrobrás Distribuidora S.A. e AC Navegação Ltda., por meio do qual a AC Navegação reclamava o pagamento de prestações locatícias decorrentes da utilização de balsa de sua propriedade pela Petrobrás, tendo sido a ação julgada procedente na origem (TJ/AM). No julgamento do REsp, apurou-se a ocorrência de “cessão do uso e gozo da balsa chamada ‘Cidade de Bragança’ à Petrobrás”, a qual se revelou:

“(...) incontrovertida, assim como a inexistência de contrato escrito entre as partes (nem de comodato, nem de locação). Nada obstante, a proprietária da balsa reclama o pagamento de aluguéis, ao passo que a Petrobrás pugna pela inexistência de dívida, alegando que a utilização ocorreu a título de comodato, em virtude da parceria comercial estabelecida entre as partes (contratação de fretes com a autora).”<sup>639</sup>

Nas razões de decidir, sustentou o acórdão que “o fato jurídico extraído da utilização de bem infungível de terceiro demonstra a ocorrência de uma cessão de uso e gozo da coisa, mas não é capaz de, por si só, caracterizá-la como locação, consoante defendido no acórdão recorrido. Tal uso, ao revés, pode, sim, traduzir hipótese de comodato, cuja prova da gratuidade decorre, principalmente, do silêncio do proprietário da balsa que, ao notificar a Petrobrás sobre a aquisição do bem, não formulou qualquer pretensão voltada ao recebimento de aluguéis. Limitou-se a assinalar que a balsa continuaria como píer, sem especificar qualquer pacto antecedente a ser prorrogado nem demonstrar, explicitamente, sua intenção de estabelecer uma relação jurídica locatícia, máxime sendo consabido que o comodato não pode ser convertido em locação de forma

---

<sup>638</sup> Pela 4ª Turma do STJ, autuado sob nº 1.309.800 - AM (2012/0033585-0), julgado em 22.8.2017, sob relatoria do Min. Luis Felipe Salomão. Resultado: provimento, por unanimidade. Ementa: “Recurso especial. ação de cobrança de aluguéis. distinção entre os contratos de locação e de comodato. abuso de direito do proprietário do bem móvel.”

<sup>639</sup> Poder-se-ia argumentar tratar-se de hipótese clássica de lacuna em contrato complexo de frete com cessão de uso, o que demandaria a investigação do caso sob a óptica dos contratos incompletos. Diante, contudo, da inequívoca interferência na essência da relação jurídica em causa (constituição e definição de sua natureza jurídica), como reflexo direto do exercício da autonomia privada dos sujeitos envolvidos, justifica-se o aprofundamento da questão no âmbito deste estudo.



unilateral.” Didaticamente, esclareceu-se que:

“(…) Assim como a locação, o comodato (espécie do gênero empréstimo) compreende a cessão do uso e gozo de bem infungível a terceiro (o comodante cede a coisa ao comodatário). Contudo, há diferença fundamental entre os aludidos pactos: a onerosidade da locação em contraposição à gratuidade do comodato.” Com fundamento no Código Civil, “dá-se o contrato de locação quando uma parte (locador, senhorio ou arrendador) se obriga a ceder o uso e gozo de bem infungível à outra (locatário, inquilino ou arrendatário), por tempo determinado ou não, mediante certa retribuição (artigo 565). Cuida-se de negócio jurídico bilateral, oneroso e comutativo, figurando o preço como um de seus elementos essenciais, assim como a ‘coisa’ (que se aluga) e o ‘consentimento’ das partes.”

Ao analisar, sinteticamente, os fatos relacionados ao conflito de interesses, destacou-se que:

“(…) a inexistência de qualquer pagamento pela ré (Petrobrás), durante sete anos, sem qualquer prova de irrisignação da autora (AC Navegação), torna muito pouco crível a alegação de que firmado um contrato de locação entre as partes. Nesse contexto, sobressai evidente a indagação sobre qual seria o motivo para o silêncio, durante tantos anos, da suposta credora, se a dívida vultosa (R\$ 2.199.687,00 - dois milhões, cento e noventa e nove mil, seiscentos e oitenta e sete reais) deveria, hipoteticamente, vencer-se a cada mês. Por outro turno, o argumento trazido pela Petrobrás, acerca da existência de parceria comercial justificadora da gratuidade da cessão da balsa - contratação de fretes de mercadorias que poderia caracterizar hipótese de comodato modal -, parece mesmo mais plausível que a versão dada pela autora, tendo em vista as circunstâncias fáticas delineadas nas instâncias ordinárias.”

Consoante se constata, diante da ausência de instrumento contratual ou de outros elementos de prova que permitissem identificar com maior clareza a natureza gratuita ou onerosa da cessão de uso da balsa, levou-se em consideração o silêncio da

“AC Navegação Ltda.”, suposta credora da prestação locatícia, sob as circunstâncias do caso concreto, para reconhecer a caracterização de contrato de comodato modal entre as partes<sup>640</sup>, reformando-se o acórdão da origem (TJ/AM), para afastar a pretensa relação locatícia. Verifica-se, portanto, que, embora o julgado não tenha se aprofundado sob tal aspecto, a análise do comportamento silencioso da parte, face às circunstâncias do caso (ausência de previsão expressa, lapso temporal transcorrido etc.) e sob a luz da regra do artigo 111CC, foi decisiva para a definição da natureza da relação jurídica em causa, no âmbito da constituição inicial do vínculo contratual complexo estabelecido entre as partes.

No tocante à fundamentação jurídica da posição adotada, salientou-se que:

“a boa-fé objetiva constitui relevante vetor interpretativo dos contratos (artigo 113 do Código Civil). Nada obstante, tal cláusula geral não pode resultar na transmutação de um pacto válido em outro, sem atentar para os elementos essenciais de cada um, máxime quando inexistente indício mínimo de prova apta a fundamentar a prestação jurisdicional requerida pela parte.” E ao final, acrescentou que “o diploma civilista erigiu o silêncio - não falar ou não fazer - como modalidade de manifestação da vontade, apta à produção de efeitos jurídicos (artigo 111).”<sup>641</sup>

Em referido contexto, são reiteradas as reflexões desenvolvidas, especialmente, no capítulo 5, acerca da maior aptidão da regra do artigo 111CC para a solução de hipóteses fáticas como a presente, em preferência às regras relacionadas à boa-

---

<sup>640</sup> Esclareceu o acórdão que: “Em razão da gratuidade do comodato - ressalvada a existência do comodato modal -, outra característica distinta da locação sobressai: cuida-se de contrato unilateral, pois o comodante atribui uma vantagem concreta ao comodatário sem estabelecer uma contraprestação equivalente. Nada obstante, o comodatário, e somente ele, assume obrigações que, indiretamente, importarão em benefício ao comodante, tais como a conservação do bem, o qual deverá ser restituído ao final do termo estipulado.”

<sup>641</sup> Reproduzindo o seguinte trecho na fundamentação do voto: “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.” Valiosa lição de LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, reproduzida por Nestor Duarte, destaca os requisitos para que o silêncio (não falar ou não fazer) produza efeitos jurídicos: a) a manifestação da vontade mediante um comportamento negativo; b) que as circunstâncias sejam concludentes; c) que a parte tenha o dever ou a obrigação, bem como a possibilidade de falar; d) a convicção da outra parte de haver no comportamento negativo uma direção inequívoca e incompatível com a expressão da vontade oposta. Há, portanto, exigência de boa-fé bilateral. (DUARTE, Nestor. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. Cezar Peluso (coord.). 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2015, p. 86).”

fé objetiva.

Além da relevância do comportamento silencioso e do artigo 111CC para a constituição e para a definição da natureza jurídica do contrato estabelecido entre as partes, a hipótese concreta ora analisada fornece, ainda, a possibilidade de explorar-se a função interpretativa de referida regra (tópico 5.6.). Isso porque o comportamento silencioso (inação) do suposto credor, no curso da relação (por mais de sete anos), também deveria ter sido invocado, sob fundamento da mesma regra do artigo 111CC – agora na sua vertente interpretativa – para, de acordo com as circunstâncias, afastar a pretensão relacionada ao pagamento de supostas prestações locatícias em atraso.

Nesse sentido, fundamentou-se o acórdão:

“(...) outrossim, o citado comportamento da autora – que informou a Petrobrás sobre a aquisição da balsa, mas não requereu qualquer valor a título de aluguel, limitando-se a garantir a continuidade da cessão –, somado ao longo decurso do tempo (sete anos) sem qualquer cobrança da suposta dívida, configura as figuras da ‘supressio’ e da ‘surrectio’. Assim, caso realmente tivesse sido instaurada uma relação locatícia entre as partes, o longo transcurso do tempo teria, de um lado, suprimido a faculdade jurídica da autora de cobrança de aluguéis e, de outro lado, criado uma situação de vantagem para a Petrobrás, legitimando sua alegação da existência de uma cessão não remunerada (o comodato).”

Não obstante, no caso concreto, fosse dispensável, tal como consignado no julgado, a invocação de referida vertente interpretativa da regra – em virtude da prévia definição da natureza jurídica do contrato de comodato, que, por si só, afasta qualquer pretensão (passada, presente ou futura) desta natureza – a abordagem justifica-se no sentido de consolidar a compreensão de referida função interpretativa, nos moldes analisados nos tópicos 5.6 e 5.7.

Tal como analisado anteriormente, ainda que se estivesse diante de contrato de locação, o silêncio ou a inação do credor, face à conduta reiterada da outra parte e sob tais circunstâncias, seria apto a provocar a alteração da posição jurídica das partes no âmbito da referida relação, “importando” em “anuência” do silente (credor), quanto à

conduta específica da parte contrária de “nada pagar”.

Acrescente-se que, considerando que esta parte final da análise situa-se no plano dos efeitos, eventual cláusula contratual genérica – no sentido do silêncio caracterizar mero ato de liberalidade e não permitir alterações nas posições jurídicas das partes – deveria ser relativizada pelo intérprete, face a preponderância da regra do artigo 111CC, reforçada, entre outras, pelo recente artigo 113, §1º, I CC.

Reitera-se, nesse sentido, que a regra do artigo 111CC fornece solução jurídica mais adequada – pois específica – do que as construções teóricas decorrentes da denominada função reativa da boa-fé, por intermédio dos institutos da *suppressio* e da *surrectio*.

#### **6.4. O silêncio do empresário acerca das alterações promovidas na fatura empresarial**

As discussões em torno dos efeitos do comportamento silencioso do empresário (antes comerciante) no âmbito de uma relação envolvendo o envio de faturas comerciais remonta ao início do século passado<sup>642</sup>. Não obstante a figura da fatura comercial tenha perdido o protagonismo no âmbito de inúmeras relações empresariais, além do tema ainda ostentar importância em relação a muitas relações entre empresários, o seu estudo contribui para melhor compreender e orientar o tratamento conferido ao silêncio em referido ambiente.

Nesse sentido, a fatura comercial é definida classicamente por Sraffa como “a conta que o vendedor envia ao comprador. Que em regra acompanha a mercadoria e pode ser expedida antes ou depois daquela. Geralmente, contém indicações sobre qualidade, medida, preço, modo e tempo para pagamento e meios de expedição. Sinteticamente, pode-se dizer que a “fatura é uma correspondência comercial que se distingue das outras correspondências somente pelo escopo e pelo conteúdo essenciais: uma conta relativa às mercadorias expedidas”<sup>643</sup>. Salienta o autor que a fatura não constitui e nem pode

---

<sup>642</sup> Ver SRAFFA, Angelo. L' Accettazione dele fature e il silenzio. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi Vol. I, 1903, parte prima. p. 27/37.

<sup>643</sup> Nesse sentido, SRAFFA, Angelo. L' Accettazione dele fature e il silenzio. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano. Casa Editrice Dottor

constituir-se como um instituto jurídico em si, ostentando a mesma importância que teria uma carta, assemelhando-se, no tocante à manifestação de vontade, a um contrato entre ausentes<sup>644</sup>.

Sem maiores aprofundamentos acerca das disposições de cada ordenamento jurídico a respeito do assunto, registrava-se, no início do século passado, a divergência de posicionamentos adotados, de um lado, pelos tribunais italianos e franceses; e, de outro, pelos tribunais alemães a respeito do tema. Enquanto os primeiros reconheciam a possibilidade da aceitação tácita da fatura pelo comprador que “não negasse imediatamente a própria adesão”, ou seja, “ao recebimento não se seguia protesto ou reclamação de qualquer tipo”; a jurisprudência alemã, “depois de uma longa resistência” adotou a posição comum negando valor às cláusulas inseridas pelo vendedor sob a fatura, ainda que o comprador não tivesse protestado contra o seu conteúdo<sup>645</sup>.

A divergência doutrinária também se colocava na realidade brasileira, na vigência do regime jurídico anterior, prevalecendo o entendimento, face ao disposto no art. 200, n. 3 CCom.<sup>646</sup>, que diante da natureza específica da “fatura”, como documento probatório e não descritivo, cujo conteúdo fosse distinto das cláusulas estabelecidas num anterior contrato, a mesma não ostentaria “valor autônomo”, servindo, apenas, para provar o contrato, sendo que a sua aceitação nos termos do n.3 do art. 200 CCom “implica simplesmente no reconhecimento dos efeitos que lhe são inerentes.”<sup>647</sup>. Sob

---

Francesco Vallardi Vol. I, 1903, parte prima, p. 29.

<sup>644</sup> SRAFFA, Angelo. L' Accettazione delle fatture e il silenzio. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi Vol. I, 1903, parte prima, p. 30.

<sup>645</sup> SRAFFA, Angelo. L' Accettazione delle fatture e il silenzio. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi Vol. I, 1903, parte prima, p. 31/33. LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade: obrigações em geral**. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 92/95 também relata a controvérsia, salientando, inclusive, que posteriormente a jurisprudência italiana passou a adotar o posicionamento mais cauteloso dos tribunais alemães, no sentido de exigir-se a aceitação expressa em relação às alterações constantes da fatura.

<sup>646</sup> “Art. 200 - Reputa-se mercantilmente tradição simbólica, salva a prova em contrário, no caso de erro, fraude ou dolo: (...) 3 - a remessa e aceitação da fatura, sem oposição imediata do comprador;”

<sup>647</sup> Nesse sentido, destacou LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade: obrigações em geral**. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 114. Em sentido contrário, embora não tenha se aprofundado nos detalhes da hipótese fática analisada, MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo III**. (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 212, “A remessa e recibo da fatura, sem oposição imediata do comprador, é aceitação tácita; a oferta ao comerciante em termos de ‘remeta, pelo navio *tal*, a mercadoria ‘a’, que a compro, pelo preço da praça’, pode ser aceita pelo silêncio, porque há, em direito comercial, vindo já da Idade-Média (EHRlich. **Die Stillschweigende Willenserklärung**. Berlin: Heynemann, 1893) o dever de responder.”

tais aspectos, importante registrar a necessidade de análise atenta da realidade concreta, a fim de que se possa distinguir as “cláusulas que modificam o já pactuado”, das cláusulas que completam o contrato precedentemente concluído<sup>648</sup>.

Não obstante a necessidade de avaliar-se as situações em concreto, considera-se que a mera identificação da natureza jurídica da fatura<sup>649</sup> não é suficiente para definir a questão, no sentido de refutar-se a possibilidade de alteração contratual por elementos ou informações nela contidas que diverjam dos termos do contrato<sup>650</sup>, ou até mesmo aptas a caracterizarem o próprio contrato. Sob tais aspectos, registra-se o entendimento de Carnelutti, já apresentado no tópico 4.1, o qual enfatiza o caráter preponderante que os usos comerciais podem ostentar em referido contexto.

Diante do já mencionado fenômeno da unificação do direito obrigacional privado, a aplicação ora proposta da regra do artigo 111CC contribui para corroborar algumas dessas abordagens doutrinárias, bem como para lançar novas reflexões sobre aquelas situações nas quais, vigente determinado contrato entre empresários, um deles envia ao outro fatura, ou documento similar contendo cláusulas modificativas ou complementares do contrato anteriormente estabelecido, silenciando o destinatário a respeito da concordância ou não com tais alterações ou eventuais complementos.

Na linha das bases e dos argumentos desenvolvidos nos capítulos anteriores, especialmente diante do caráter profissional dos agentes econômicos envolvidos; da fluidez das relações comerciais, inseridas no contexto das mudanças proporcionadas pelos avanços tecnológicos, com destaque para a utilização frequente de meios de comunicação digitais, considera-se que o comportamento silencioso ostenta maior aptidão não apenas

---

<sup>648</sup> Tal como advertido nos comentários à jurisprudência italiana. CARNELUTTI, Francesco. Sulla eficácia delle clausole non accettate contenute nelle fatture commerciali. **Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Vol. XIII, parte seconda, 1915, p. 633.

<sup>649</sup> Tal como destaca LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade:** obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 99/100.

<sup>650</sup> No sentido de não se conferir caráter absoluto à impossibilidade de alteração, ver BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 142, “Assim, quem recebe uma fatura de mercadorias, que contenha cláusula que modifique o contrato em relação ao qual tinha sido ordenada, não se pode dizer que aceita a cláusula nova também se não a rejeita expressamente: se porém o uso interpretativo, que as partes se submetem, considera aceita implicitamente a cláusula, quando a fatura seja recebida sem reserva, agora o silêncio vale aceitação.” (tradução livre) No original: “Così, chi riceve una fattura di merci, recante clausole che modificano il contratto col quale quelle erano state ordinate, non si può dire che accetti le clausole nuove, anche se non le respinge espressamente: se però l’uso interpretativo, cui le parti sottostanno, considera accettate implicitamente le clausole, quando la fattura sia ricevuta senza riserva, allora il silenzio vale accettazione.”

para alterar, mas também para constituir vínculos jurídicos desta natureza<sup>651</sup>.

Não obstante a realidade fática analisada pela doutrina, do início do século passado, tenha se baseado na fatura como documento comprovativo de uma relação comercial pré-existente, entende-se que a análise ostenta relevância na pós-modernidade, diante da constatação de que as faturas ou documentos similares circulam atualmente por meios eletrônicos, tais como mensagens de correio eletrônico ou aplicativos de mensagens instantâneas, podendo gerar o comportamento silencioso de uma das partes envolvidas nas tratativas comerciais. O caráter dinâmico das relações empresariais, associado ao dinamismo proporcionado pelos cada vez mais céleres meios de comunicação, impõem novos desafios às partes e aos intérpretes da relação jurídica em causa.

---

<sup>651</sup> Nesse sentido, destaca-se o entendimento de BETTI, Emilio **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico**. (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico**: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 66, sobre a interpretação “Decisiva para a interpretação é a impressão que, de acordo com as apreciações sociais, a conduta de uma das partes teria que suscitar na outra, à qual foi dirigida, diante das circunstâncias de tempo e lugar da formação e celebração do contrato, em conformidade com a estrutura do mesmo.” (tradução livre) No original: “Decisiva para la interpretación es la impresión que, de acuerdo con las apreciaciones sociales, la conducta de una de las partes tenía que suscitar en la otra, a la cual ha estado dirigida, en las circunstancias de tiempo y lugar de la formación y celebración del contrato, en conformismo con la estructura del mismo.”

## **CAPÍTULO 7 – DIRETRIZES GERAIS PARA A ABORDAGEM DO SILÊNCIO NOS CONTRATOS PRIVADOS BRASILEIROS**

Constatada a aptidão do silêncio para compor suporte fático apto a materializar, em caráter excepcional, o exercício da autonomia privada no ambiente contratual brasileiro, tanto no que tange à constituição inicial do vínculo jurídico, quanto no que se refere à sua execução, inclusive para alterar posições jurídicas previamente estabelecidas; bem como, identificados os princípios e regras do ordenamento jurídico pátrio destinados a regularem tal exercício, mediante a fixação e o aprofundamento de algumas das hipóteses fáticas mais frequentes de concretização do fenômeno, propõe-se, neste capítulo conclusivo – diante do caráter heterogêneo das relações contratuais regidas pelo Código Civil brasileiro – uma espécie de gradação do exercício da autonomia privada pelo silêncio, nos variados contratos privados da realidade brasileira, com o escopo de fornecer ao intérprete diretrizes mais precisas para a identificação e para a regulação do fenômeno.

As diretrizes ora propostas justificam-se em razão da proeminência do Código Civil brasileiro na regulação geral dos contratos civis e empresariais. Tal protagonismo é consequência do tratamento unitário das regras gerais destinadas a regular as obrigações civis e empresariais<sup>652</sup>, sob uma mesma disciplina geral dos contratos, influenciada por princípios e valores contemporâneos, os quais estão sujeitos a abordagens distintas, a depender das circunstâncias em que são celebrados, sem, contudo, afetar a “autonomia dogmática do Direito Comercial em face do Direito Civil”<sup>653</sup>. É certo que o referido tratamento unificado – no campo do direito positivo – reflete o atual caráter heterogêneo do sistema contratual privado brasileiro, o qual abrange contratos paritários e não paritários, civis, empresariais e de consumo, sendo, estes últimos, objeto de tratamento

---

<sup>652</sup> Decorrente do fenômeno que se convencionou denominar por “unificação do direito obrigacional privado”, em virtude da inserção, na Parte Especial do Código Civil, do Livro II, dedicado ao “Direito de Empresa” justificada, entre outros fatores, pelo “obsoletismo do Código Comercial de 1850”, conforme destacado por REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

<sup>653</sup> Tal como salientam NERY, Rosa Maria de Andrade e NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil**. Contratos. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 35, os quais complementam: “Nada obstante tenha havido a unificação legislativa do direito obrigacional privado civil e comercial, a principiologia das duas disciplinas tem as suas peculiaridades.”



por microsistema próprio, mas subordinados, subsidiariamente, aos dispositivos do Código Civil.

Tais características sistêmicas – especialmente diante de regras que contêm conceitos jurídicos indeterminados – exigem maior atenção por parte do intérprete<sup>654</sup>, o qual não poderá manter-se adstrito à aplicação de critérios estanques, impondo-se a apreciação dos demais aspectos que envolvem o silêncio no contexto da relação jurídica em causa. Sob tais aspectos, ressalta-se que – ainda na vigência do Código Civil de 1916 e do Código Comercial de 1850 – a doutrina pátria já identificava como “insustentável a idéia de uma diferença no problema, em Direito Civil e em Direito Comercial”, salientando, contudo, que “o que pôde unicamente suceder é haver maiores e mais frequentes oportunidades de silencio circunstanciado entre os comerciantes, dado o curso continuo dos negocios entre êles, com probabilidades de elementos que induzam de um silencio u’a manifestação de vontade”<sup>655</sup>.

Logo, não é possível atribuir ao brocardo “*mercator recipiens epistolam et ei non contradicens censetur cam approbare*”<sup>656</sup>, comum nas relações comerciais, o significado extensivo de que o comerciante que recebe uma carta, uma ordem ou uma comissão, em razão de sua profissão, está obrigado à aceitação, se não responder em tempo útil; ou, ainda, que tal aceitação decorreria de alguma obrigação moral ou do dever de manutenção da escrituração<sup>657</sup>. Salienta-se que, apesar da inexistência de uma

---

<sup>654</sup> Tal como adverte FERNANDES, Wanderley. **A Empresa e o direito do consumidor**: uma relação complexa. In: CORDOVIL, Leonor; EBERLIN, Fernando B.T.Eberlin. *Direito, Gestão e Prática: Direito do Consumidor: A visão da empresa e da jurisprudência*. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60. “Agora que o direito das obrigações foi unificado no Código Civil, a zona cinzenta entre direito civil e comercial acabou se expandindo.”

<sup>655</sup> Conforme se extrai de LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 103/104. No mesmo sentido, ainda na vigência do regime jurídico anterior, MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 731/743, p. 732, já reconhecia as particularidades atinentes ao Direito Comercial, com destaque para os contratos naquela área, salientando que, “em materia commercial, na qual a rapidez dos negócios exige respostas promptas, que o silencio de uma parte possa ser reputado como consentimento.” Salienta a seguir que nem sempre representa aceitação, podendo ser considerado recusa e até mesmo dolo ou má-fé. No mesmo sentido LEME, Lino de Moraes. **Da eficácia jurídica do silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1933, p. 78 “É bem de ver que os casos de eficácia jurídica do silêncio são mais restritos no direito civil do que no comercial, em que os usos e costumes têm um campo bem maior. E fora os casos originados dos costumes, é mister que a lei estabeleça a presunção legal de consentimento.”

<sup>656</sup> Brocardo citado e analisado por LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 101.

<sup>657</sup> Conforme crítica de LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 104, que conclui “(...) isto é bem diverso de se estabelecer, como princípio geral, que o silencio entre comerciantes implica sempre aceitação, despido de qualquer exame ou da presença de outros elementos necessários a revelarem a aceitação por

disciplina normativa unificada dos contratos civis e empresariais à época e da ausência de regra similar àquela do atual artigo 111CC, tal convergência de tratamento era corroborada pela regra do já destacado artigo 121 do revogado Código Comercial.

A regra do artigo 111 CC – combinada com outras atinentes à disciplina geral dos contratos e de determinados contratos em espécie – proporcionou, além dos importantes contributos analisados ao longo deste estudo, a ampliação e a facilitação da identificação das hipóteses de exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio, mostrando-se apta a incidir, também, nos microssistemas normativos destinados a regularem relações jurídicas específicas, tal como verificado, por exemplo, em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Assim, a aplicação do arcabouço normativo destinado a regular o exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio deverá estar atenta – tal como ocorre em relação a outros institutos jurídicos regulados pelo Código Civil<sup>658</sup> – à natureza e às características dos contratos analisados, ao perfil dos contratantes, aos fins a que se destinam; entre outros fatores capazes de interferir no adequado processo de subsunção dos fatos sociais relevantes à regra jurídica pertinente. Acrescenta-se a tais ponderações, ainda, a necessidade de se apurar o grau de autonomia das partes envolvidas e a sua maior ou menor aversão ao risco em tais ambientes.<sup>659</sup>

Diante da natureza de conceito jurídico indeterminado (tópico 5.9) da regra do artigo 111CC e das dificuldades relacionadas à sistematização mais detalhada das hipóteses fáticas envolvendo os “usos” e as “circunstâncias” negociais, são propostas – de forma associada aos critérios já estabelecidos ao longo do estudo, com destaque para

---

aquela forma, que exige cautela e inequívocidade. Dentro do sistema do nosso direito substantivo, tal diferença de tratamento não é sustentável, de maneira alguma.”. Ver críticas de LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade**: obrigações em geral. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935, p. 102/103.

<sup>658</sup> A exemplo do que ocorre em relação à polêmica aplicação da regra do artigo 157CC (Lesão) no âmbito das relações civis e empresariais. Parte da doutrina nega a aplicação da “lesão por inexperiência” no âmbito dos contratos empresariais, sob o fundamento de que a “inexperiência” é incompatível com o “caráter habitual e profissional” do exercício da empresa pelo empresário, tal como deliberado na I Jornada de Direito Comercial (“Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência”). Considerando, contudo, que a regra encontra-se positivada na Parte Geral do Código Civil, não se mostra adequada a mera negativa de vigência da regra. Impõe-se, porém, rigor especial na sua aplicação aos contratos empresariais, diante, entre outros elementos, dos referidos fatores subjetivos (profissionalismo e habitualidade) e da maior predisposição ao risco que é subjacente a tais relações jurídicas.

<sup>659</sup> Tal como adverte AZEVEDO. Antônio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)**. Vol. 34 (abr./jun08), p. 299/308, p.304/305 acerca da dicotomia entre “*contratos de lucro*” e “*contratos existenciais*”.

aqueles desenvolvidos no tópico 5.4.3. e nos seus subitens – diretrizes gerais fundadas numa espécie de gradação, com base na natureza e nas principais características dos contratos privados brasileiros, com o fim de facilitar a identificação das hipóteses de exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio na realidade contratual pátria.

Em consonância com as conclusões alcançadas no tópico 5.3. (anuência) – após análise minuciosa do contexto histórico e dos debates que redundaram na redação final do artigo 111CC – respeitadas as condicionantes legais, as “circunstâncias ou os usos” autorizam que tais elementos heterônomos prevaleçam em detrimento da difícil investigação da “consciência” do silente quanto à prática do ato e das supostas “reais intenções” consubstanciadas (art. 112CC) no comportamento silencioso, para, no exercício da autonomia privada, materializar “anuência” e, por consequência, constituir negócios jurídicos e contratos.

Constata-se que mais relevante, do que a discussão em torno do papel da vontade “real” ou “declarada” no processo de formação do contrato, é reconhecer que diante do dinamismo das relações, os vínculos jurídicos de caráter contratual ou análogo efetivamente se estabelecem, em maior ou menor escala, com base no comportamento silencioso das partes, face a determinadas circunstâncias, numa lógica que busca tutelar as expectativas legítimas (e dignas de proteção) dos sujeitos que se relacionam.

Tal abordagem “objetiva” do comportamento silencioso converge com as opções teóricas adotadas pelo atual sistema jurídico pátrio de direito privado, contribuindo para conferir maior estabilidade e segurança às relações jurídicas constituídas (e eventualmente alteradas) por intermédio do silêncio, desde que respeitadas as suas condicionantes. Permite, também, o estabelecimento de parâmetros mais claros capazes de auxiliar o intérprete na “calibração” da aplicação da regra, com o propósito, inclusive, de evitar o superdimensionamento de seu poder formativo<sup>660</sup> e a consolidação de situações iníquas, decorrentes, por exemplo, de comportamentos silenciosos viciados por defeitos do negócio jurídico.

Em referido contexto, associado às diretrizes e aos critérios apresentados ao longo do estudo e sem descuidar dos requisitos e condicionantes legais analisados,

---

<sup>660</sup> Nesse sentido, discorda-se, em parte, da afirmação de FRADERA, Vera Jacob de. **O valor do silêncio no novo Código Civil**. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto. Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 579, no sentido de se remete ao “caso a caso”, quando o juiz considerar razoável”.

propõe-se uma gradação, não rígida, dos contratos privados brasileiros, de acordo com a sua natureza e principais características, com o propósito de contribuir para o reconhecimento da maior ou a menor aptidão do comportamento silencioso, como meio de exercício da autonomia privada no universo contratual pátrio.

Salienta-se que a presente proposta de escalonamento não ostenta caráter absoluto, pois a sua aplicação não dispensa a análise atenta das circunstâncias que envolvem o caso concreto, com destaque para o grau efetivo de participação dos sujeitos nas discussões e na própria elaboração do contrato; a existência ou não de cláusula expressa, que confira determinada eficácia jurídica ao silêncio e as circunstâncias sob as quais foi elaborada, entre outras particularidades relacionadas a cada contratação.

Partindo, assim, das situações nas quais o silêncio ostenta, potencialmente, maior aptidão formativa (constituição inicial e alteração de posições jurídicas no curso da relação) no ambiente contratual, merecem destaque os contratos paritários regulados pelo Código Civil, sendo que, entre estes, os contratos empresariais situam-se num patamar mais elevado em relação aos contratos civis, em razão da combinação de alguns fatores.

O caráter profissional da relação empresarial exige das partes a adoção de comportamento apto a atender a natureza dinâmica da relação e a não frustrar as legítimas expectativas que determinado comportamento silencioso é capaz de gerar na contraparte, face às circunstâncias negociais. Além disso, compreende-se que à liberdade conferida às partes para estabelecerem o conteúdo do contrato – diante do alto grau de autonomia que norteia as relações paritárias – deve corresponder um nível mais elevado de comprometimento perante a contraparte. Logo, diante da lógica que emana da teoria da confiança, considera-se que deve ser reduzido o grau de tolerância com comportamentos dúbios, como o silêncio, capazes de gerar insegurança à relação e, inclusive, frustrar os interesses do outro contratante. Tais características colocam tais contratos em referido patamar mais elevado de vinculação pelo silêncio. Ressalvam-se de tal vinculação aquelas situações nas quais se constata, de acordo com as circunstâncias, que a parte que se relaciona com o silente atua com excesso de confiança ou adota conduta que não seja digna de tutela.

Num patamar intermediário de análise da aptidão do silêncio para o exercício da autonomia privada, situam-se os contratos de adesão em geral (excluídos os de consumo). Novamente, os contratos empresariais encontram-se, em regra, num degrau

acima, em relação aos contratos civis por adesão. A constituição inicial do contrato de adesão por intermédio de comportamento silencioso do aderente é hipótese rara (mas não impossível) de se verificar, diante da necessária adoção de conduta passível de caracterizar-se como aceitação (adesão), o que remete os casos de constituição do contrato às declarações expressas ou, na pior das hipóteses, às manifestações tácitas de vontade, por intermédio de comportamentos concludentes.

Diante, porém, da inexistência de exigência de declaração de vontade expressa, não se descarta a possibilidade de o comportamento silencioso da parte mostrar-se apto a interferir na execução do contrato, tanto no que tange ao preenchimento de lacunas contratuais – que como salientado não é objeto deste estudo –, quanto em relação à alteração de determinada posição jurídica, resultante do silêncio de uma das partes face à conduta da parte contrária<sup>661</sup>.

No terceiro e mais baixo nível do escalonamento proposto e, portanto, naqueles contratos nos quais o silêncio das partes ostenta menor aptidão para materializar o exercício da autonomia privada, encontram-se os contratos de consumo. Sendo que, entre estes, os contratos paritários de consumo ocupam posição mais elevada em relação aos contratos de consumo por adesão.

Inserem-se em tal patamar, embora não de forma absoluta, os contratos regulados por outros microssistemas protetivos, tal como se verifica, por exemplo, em relação à Lei do inquilinato (Lei 8.245/91). Mais uma vez, o caráter não absoluto da gradação proposta se justifica em razão do perfil heterogêneo das relações locatícias de imóveis urbanos, as quais abrangem as locações para fins residenciais, não residenciais e para temporada. Logo, por exemplo, o silêncio do empresário locatário de imóvel para sediar seu estabelecimento empresarial, perante a locadora idosa no âmbito de relação contratual não padronizada, não deve estar sujeito ao mesmo tratamento conferido ao silêncio de outro locatário, em relação a determinada conduta do locador, prevista em contrato de locação por adesão, para fins residenciais.

Cumprе salientar, outrossim, que o reconhecimento do exercício da autonomia privada por intermédio de comportamentos silenciosos, no âmbito de tais microssistemas, deve respeitar os princípios e regras próprios de tais ambientes, sob pena

---

<sup>661</sup> Nesse sentido, faz-se remissão ao capítulo 6.1. (exemplo do contrato de franquia).

de provocar-se indesejável desvirtuamento do sistema<sup>662</sup>. Isso não significa, contudo, que o silêncio do consumidor não seja – ainda que em caráter excepcional – apto a constituir contratos, tal como explorado no tópico 6.1. e naquelas situações nas quais se constata que a atribuição de poder formativo ao silêncio do consumidor converge com os usos do tráfego no âmbito de dada relação.

Por fim, apesar do escalonamento proposto destinar-se à identificação do exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio no âmbito das relações contratuais, é oportuno registrar que a abordagem do silêncio no âmbito dos negócios jurídicos unilaterais relacionados ao universo contratual, como aqueles explorados no tópico 6.2, devem submeter-se a análise mais objetiva do que aquela dedicada aos negócios jurídicos unilaterais celebrados fora do contexto contratual.

---

<sup>662</sup> A exemplo daquele decorrente do advento da recente Resolução n. 4.765 do Banco Central do Brasil, de 27 de novembro de 2019, explorado no tópico 6.1.



## CONCLUSÃO

Considerando que ao longo dos capítulos da investigação foram apresentadas conclusões pontuais acerca das abordagens propostas, o objetivo destas notas finais é consolidar as principais constatações alcançadas ao longo do estudo, a fim de demonstrar a tese defendida, consubstanciada nas seguintes assertivas.

1. O silêncio é vocábulo plurívoco, cujos significados podem ser, inclusive, contraditórios. Trata-se de figura relacionada, ou não, ao comportamento humano e, portanto, passível de ser estudada sob a perspectiva de inúmeras áreas do conhecimento humano, tais como a filosofia, a sociologia, a economia, as artes, entre outras.

2. Sob a perspectiva jurídica, o estudo do silêncio é indissociável da conduta humana (voluntária ou involuntária) e embora a figura esteja frequentemente associada às noções de “oposição” ou “repulsa” – por fundar-se em conduta passiva, materializada por um não agir – poderá caracterizar “aprovação” ou “concordância”, podendo, inclusive, materializar comportamentos omissivos culposos geradores de danos, os quais não são objeto do presente estudo.

3. Diante da constatação de que o Direito não se ocupa das reflexões de caráter psíquico – caso não lhes suceda a exteriorização de alguma conduta apta a repercutir social e juridicamente – a aferição da (ir)relevância jurídica do silêncio no âmbito das relações privadas, em geral, dependerá do tratamento que lhe confere a lei e da análise das circunstâncias que o envolvem.

4. O estudo do silêncio no ambiente negocial está atrelado à análise da relevância do elemento volitivo, da forma pela qual este se manifesta e do próprio conteúdo do negócio jurídico, tanto pela via das “declarações de vontade”, quanto por vias alternativas como a dos “comportamentos”. Tal correlação permite identificar, entre outros aspectos, o *locus* que a análise do silêncio ocupa no processo de formação do contrato e a relevância da “consciência” do silente em relação à concretização do fenômeno contratual.



5. Diante da ausência, na lei brasileira, de dispositivo legal destinado a regular a consciência da declaração, a investigação acerca de tal elemento, inclusive no que se refere às condutas silenciosas, é relegada para o campo interpretativo e doutrinário, que no caso brasileiro transporta a abordagem para a disciplina do “erro ou ignorância”.

6. Independentemente das polêmicas relacionadas ao processo de formação do contrato e à suposta insuficiência da disciplina negocial, conclui-se – com o auxílio da concepção estrutural do negócio jurídico – não haver justificativas para afastar o silêncio do processo de formação do negócio, cuja concretização deve priorizar o que socialmente se apresenta como conduta apta a constituir negócios, em razão da preponderância atribuída às circunstâncias negociais.

7. Em complemento, é possível afirmar – também com base na referida concepção estrutural do negócio jurídico – que diante das dificuldades envolvendo a identificação da presença da vontade em relação às condutas silenciosas, a eventual investigação do elemento volitivo mostrar-se-á pertinente nos planos da validade e da eficácia.

8. O reconhecimento da aptidão da conduta silenciosa para compor suporte fático da existência do negócio jurídico centrar-se-á na adequada análise da conduta do silente, face às circunstâncias negociais, em consonância com os requisitos legais presentes em cada sistema. Dispensará, a princípio, a valoração dos aspectos subjetivos da conduta do silente, a qual será, eventualmente, promovida em momento posterior, nos planos da validade e/ou da eficácia.

9. A interpretação sistemática das regras atinentes aos negócios jurídicos, constantes da parte geral do Código Civil brasileiro, permite concluir – como reflexo da teoria da confiança – que diante do comportamento silencioso de determinado sujeito, preponderarão os eventuais reflexos da exteriorização de tal comportamento na esfera jurídica do destinatário da conduta silenciosa, em detrimento da pretensa vontade real do silente, desde que a conduta do destinatário justifique tal proteção.

10. Observadas tais balizas legais e os mencionados critérios interpretativos relacionados ao processo de formação do negócio na realidade brasileira,

associados à constatada prevalência da noção de autonomia privada sobre a concepção de autonomia da vontade na realidade contratual contemporânea, não se verifica, *a priori*, qualquer obstáculo para que a autonomia privada seja exercida por intermédio de comportamentos silenciosos qualificados. Isso porque, os comportamentos silenciosos caracterizam-se como meios potencialmente aptos a – na presença de determinadas condicionantes – estabelecerem vínculos jurídicos destinados a promoverem a autorregulação de interesses privados, sob os vetores interpretativos anteriormente apresentados.

11. Embora possa caracterizar, em caráter excepcional, declaração de vontade expressa (ou “meio direto”), o silêncio não se confunde com tal espécie de declaração e nem com as manifestações tácitas de vontade (“meios indiretos”), ou com os comportamentos concludentes – sendo estes últimos caracterizados por condutas ativas que materializam o exercício da autonomia privada concretamente – consubstanciados por atos de execução e incompatíveis com a a declaração em sentido contrário.

12. Não obstante se registre, historicamente, alguma resistência em reconhecer-se poder formativo ao silêncio, bem como acerca de suas características, é possível afirmar que, atualmente, o exercício da autonomia privada por intermédio do “silêncio qualificado” é admitido – embora em caráter excepcional e nem sempre consagrado pelo direito positivo – em várias realidades jurídicas de origem no direito romano-germânico, se respeitados os requisitos e as condicionantes autorizadoras, tais como a lei, os costumes ou as próprias circunstâncias negociais.

13. O “silêncio qualificado” caracteriza-se como um meio autônomo de exercício da autonomia privada, em face das consagradas declarações expressas e manifestações tácitas de vontade, embora se reconheça que – presentes os requisitos autorizadores e verificadas determinadas condicionantes – os efeitos conferidos ao silêncio serão análogos àqueles reconhecidos aos demais meios formativos.

14. Em defesa de um maior rigor terminológico destinado a evitar confusões entre fenômenos jurídicos distintos – que contenham o silêncio ou a inação em seu suporte fático – propõe-se evitar o emprego dos termos “omissão” (violação de um

dever jurídico de agir) e “inércia” (inobservância de ônus, cuja verificação é apta a afetar os interesses do próprio sujeito “inerte”), para referir-se ao fenômeno específico do exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio, em quaisquer das etapas negociais. Tecnicamente, o exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio não se restringe nem à “violação de deveres”, nem à “inobservância de ônus”.

15. Ao não assumir posição teórica mais rígida face às inúmeras polêmicas relacionadas à abrangência da disciplina negocial, ao *locus* e ao conteúdo da declaração de vontade, a lei brasileira alcançou solução mais apta a lidar com o silêncio como meio de exercício da autonomia privada, diante das heterogêneas situações cotidianas reguladas pela disciplina contratual.

16. O advento da inovadora regra do artigo 111CC foi precedido por tentativas anteriores de positivação da figura e por intensos debates envolvendo, inclusive, as já mencionadas polêmicas relacionadas à disciplina negocial, tendo resultado em regra geral apta a viabilizar a aplicação de melhores soluções aos conflitos que envolvem condutas silenciosas *in concreto* no ambiente contratual.

17. A não reprodução de regra similar à do revogado artigo 1.079 CC/16 e a alocação da regra do art. 111CC na parte geral do Código Civil, junto às regras de constituição e de interpretação dos negócios jurídicos em geral (arts. 110, 112, 113 e 114CC) fortalecem a compreensão no sentido de reconhecer a aptidão do silêncio qualificado para o exercício da autonomia privada, tanto na constituição, quanto na execução dos contratos, reforçando as constatações alcançadas no capítulo 2.

18. Ao atribuir ao silêncio qualificado o *status* de anuência, em preferência à noção de “declaração de vontade” ou de conferir-lhe tal “valor”, a lei brasileira resultou em solução mais abrangente e flexível, distanciando-se da preponderância do elemento volitivo e viabilizando a análise objetiva dos elementos constitutivos de negócios jurídicos, e de contratos em especial, quando não seja necessária a “declaração de vontade expressa”.

19. Optou-se por solução de conteúdo mais simplificado e objetivo, com o propósito de prestigiar a operabilidade, evitando maiores dificuldades na aplicação

da regra, tais como aquelas relacionadas à abordagem extremamente subjetiva, fundada, por exemplo, no requisito da “consciência” da conduta silenciosa; sem, contudo, descuidar da tutela dos interesses do próprio silente, ao reconhecer que o exercício da autonomia por este meio ostenta caráter excepcional diante das limitações legais e circunstanciais impostas.

20. Diante da incerteza e instabilidade geradas pelo comportamento silencioso no cenário contratual, optou-se por atribuir às referidas hipóteses fáticas, envolvendo a figura, a consequência jurídica do estabelecimento do vínculo contratual (“anuência”), ao invés da via da responsabilidade civil do silente, caracterizando inequívoca hipótese de “proteção positiva da confiança”.

21. A aplicação da regra do art. 111CC contribui para reconhecer que o silêncio abrupto daquele que se encontra em estágio conclusivo da celebração de determinado contrato é apto a gerar, de acordo com as circunstâncias, o vínculo contratual, caracterizando-se como solução jurídica tecnicamente mais adequada do que o recurso às hipóteses de responsabilidade pré-negocial.

22. O exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio na realidade brasileira materializa-se como uma terceira via de formação do contrato (ao lado dos meios tácitos e expressos), mas sem recorrer às figuras da “presunção” de vontade ou do enquadramento necessário na noção de “declaração de vontade”.

23. A regra do artigo 111CC estabelece, na essência, um pressuposto (ausência de necessária declaração de vontade expressa) e duas condicionantes (usos ou circunstâncias) para o exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio.

24. A “necessidade” de declaração de vontade expressa poderá decorrer, em regra, da lei ou da vontade das partes no âmbito de uma dada relação, sob o risco de tornar-se a aplicação da regra demasiadamente instável, ressalvado o disposto no art. 432 CC no tocante aos contratos. Está relacionada ao requisito da forma, limitando o poder formativo do silêncio aos negócios não formais.

25. As condicionantes (usos ou circunstâncias), de conteúdo aberto e

indeterminado, ostentam caráter alternativo e relativo. Entre as variadas espécies de usos, interessam os usos do tráfico, com destaque às práticas empresariais. As circunstâncias negociais exigem maior rigor de análise por parte do intérprete, o qual deverá levar em conta inúmeros aspectos de natureza subjetiva e objetiva relacionados ao negócio.

26. Apesar das inúmeras alterações ocorridas no ambiente contratual, com destaque para os novos meios de concretização de contratos na pós-modernidade, as figuras da proposta e da aceitação continuam a exercer funções fundamentais no processo de constituição de contratos, inclusive no que tange ao comportamento silencioso.

27. As peculiaridades que envolvem a proposta, em especial no que se refere à necessidade de um comportamento ativo, impedem que ela se concretize por intermédio do silêncio circunstanciado. O exercício da autonomia privada por intermédio de comportamentos silenciosos materializa-se na aceitação.

28. A distinção entre as figuras da “recusa” e da “não aceitação” ostenta relevância no âmbito dos comportamentos silenciosos. Enquanto a recusa representa a ideia de negar definitivamente determinada proposta, exigindo nova proposta, a fim de mostrar-se apta a ensejar a formação do contrato; a “não aceitação” confere margem para que o oblato possa, a depender das circunstâncias, aceitar posteriormente, inclusive pelo silêncio.

29. A regra do art. 432CC – cujo conteúdo e função geram divergências desde a vigência do CC/16 – reclama interpretação sistemática e integrada com a regra do artigo 111CC, impondo-se a verificação dos “usos” e/ou das “circunstâncias” negociais, com o propósito de fixar as principais hipóteses de exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio qualificado.

30. Tais regras, associadas àquelas que tratam do contrato de doação, permitem concluir que o silêncio do oblato mostra-se apto a formar contratos os quais lhe sejam benéficos, entendidos como aqueles que não imponham sacrifício patrimonial ou contraprestação ao beneficiário da liberalidade, ainda que inexistente dispositivo legal específico regulando a matéria no âmbito de cada contrato unilateral e gratuito da realidade brasileira.

31. Aquele que provoca outrem (potencial contraparte em um contrato), formulando um convite à proposta, cria para si, diante da concretização da proposta e a depender das circunstâncias, a obrigação de pronunciar-se, possibilitando que o seu silêncio seja considerado apto a constituir o contrato.

32. A existência de relações contratuais correntes entre as partes e o grau avançado das tratativas contratuais são elementos autorizadores do exercício da autonomia privada, por intermédio do “silêncio qualificado” no ambiente contratual.

33. O exercício da autonomia privada pelo silêncio sujeitar-se-á, também em caráter excepcional, às hipóteses de invalidação pela presença dos defeitos do negócio jurídico ou pela relativa incapacidade do silente. Tal análise deverá ser norteada pela teoria da confiança, nos termos propostos nos capítulos segundo e quinto.

34. De acordo com a função interpretativa, a qual também emana da regra do art. 111CC, o comportamento silencioso da parte face à conduta reiterada da outra, que, durante a execução do contrato, atua contrariamente ao expressamente pactuado, deve prevalecer em relação à eventual limitação imposta por cláusula contratual, destinada a subordinar a alteração contratual apenas à declaração de vontade expressa das partes.

35. Tal função interpretativa representa importante vertente do exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio e contribui para melhor compreender determinados fenômenos jurídico-contratuais e o seu alcance, bem como para limitar (ou, ao menos, para melhor justificar) a solução de determinadas situações concretas ocorridas no curso de uma dada relação, as quais são normalmente fundamentadas em construções jurídicas – com bases exclusivamente principiológicas ou meramente doutrinárias – tal como a invocação dos institutos da *suppressio* e da *surrectio*.

36. Apesar da estreita relação entre o exercício da autonomia privada pelo silêncio e a boa-fé, o estudo e as soluções jurídicas envolvendo o comportamento silencioso das partes no tocante à formação e à alteração do contrato, não estarão sempre

relacionados e dependentes da boa-fé, como frequentemente se apresenta.

37. O exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio relaciona-se mais de perto com o princípio da confiança, do que propriamente com a noção de boa-fé, pois do ponto de vista funcional destina-se, primordialmente, ao “asseguramento de expectativas” e não ao “direcionamento de comportamentos”.

38. Inúmeras hipóteses fáticas, normalmente tratadas no âmbito da “teoria da aparência”, no ambiente contratual, envolvem comportamentos silenciosos, em relação aos quais a função interpretativa da regra do art. 111CC confere tratamento técnico jurídico mais adequado, que privilegia as regras constantes do sistema, em preferência a construções meramente teóricas.

39. A regra do artigo 111CC enquadra-se na noção de “conceito legal ou jurídico indeterminado”, pois, apesar da indeterminação das expressões genéricas e imprecisas contidas na hipótese de incidência da regra (“circunstâncias” ou “usos”), preenchido um dos referidos “conceitos legais indeterminados”, a consequência jurídica já se encontrará preestabelecida na lei (“importa anuência”).

40. Não há justificativas que impeçam, *a priori*, o exercício da autonomia privada pelo silêncio, por intermédio da regra do artigo 111CC, no âmbito dos contratos de adesão e de consumo. Impõe-se, contudo, a necessidade de respeitar-se as regras específicas – em especial aquelas de natureza cogente – presentes em tais ambientes marcados pelo dirigismo contratual, tal como ressalvado pelo próprio art. 111CC.

41. As limitações impostas ao exercício da autonomia privada por intermédio de comportamentos silenciosos, inclusive no ambiente consumerista, não ostentam caráter absoluto, especialmente, diante daquelas situações nas quais o aderente ou o consumidor adota comportamento incompatível com a negativa de aceitação, ou mesmo silenciam em face de determinadas circunstâncias que exijam o seu pronunciamento, em prestígio aos usos do tráfego e à tutela jurídica da parte com quem se relacionam.

42. O exercício da autonomia privada por intermédio do silêncio também se mostra relevante no âmbito de negócios jurídicos unilaterais frequentemente presentes nas relações contratuais, a exemplo da “autorização” *lato sensu*, da “outorga conjugal” e da “outorga de poder de representação”, em relação aos quais prepondera a análise do comportamento do silente face às circunstâncias do caso, a fim de apurar se do seu silêncio qualificado é possível a caracterização do negócio jurídico unilateral em questão.

43. O exercício da autonomia privada pelo silêncio permite o estabelecimento de diretrizes gerais, fundadas numa espécie de gradação, não rígida, com base na natureza e nas principais características dos contratos privados brasileiros, a fim de facilitar a identificação das hipóteses de concretização do fenômeno na heterogênea realidade contratual pátria.





## BIBLIOGRAFIA

AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality, uncertainty and the market mechanisms. **The Quarterly Journal of Economics**. MIT Press. Vol. 84, n. 3, 1970, p. 488/500.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1992.

ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. **Novo Código Civil confrontado com o Código Civil de 1916**. 2ª ed. (Revista e ampliada). São Paulo: Editora Método, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. **A Parte geral do projeto de código civil brasileiro: subsídios históricos para o novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas. *Diritto @Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, Anno V, 2006, Quaderno n. 5, Nuova Serie. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>> Acesso em: 8 jan. 2020.

ALVIM, Agostinho. **Da doação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8ª ed. (Revisada, modificada e aumentada). Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, volume 300, Ano 59, (out. 1960), p. 7-37.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral do direito civil: ações e fatos jurídicos**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo. Vol. 69, n.1, 1974, p. 181/190.

\_\_\_\_\_. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial**. Tese (titularidade). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1986.

\_\_\_\_\_. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Estudos e pareceres de direito privado:** Depósito de ouro e pedras preciosas feito em 1878. Forma e prova do contrato de depósito. Depósito mercantil e depósito bancário. Mora do credor. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 249/262.

\_\_\_\_\_. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)**. Vol. 34 (abr./jun08), p. 299/308.

BENETTI, GIOVANNA. **A aceitação pelo silêncio na Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) e no Código Civil Brasileiro.** In: SCHWENZER, Ingeborg; GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A; TRIPODI, Leandro. **A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.** São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 261-291.

BENETTI, Giovana. **Dolo no direito civil:** uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

\_\_\_\_\_. **Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico.** (Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico, 1963). **Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales** (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001, p. 31/74.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** 8ª ed. São Paulo, 1950.

BIGNOTTO, Newton. **As formas do silêncio.** In: NOVAES, Adauto. **Mutações: O silêncio e a prosa do mundo.** São Paulo: edições Sesc, 2014, p. 229/248.

BONFANTE, Pietro. Il Silenzio nella conclusione dei contratti. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Vol. IV, parte seconda, 1906, p. 222/230.

BRITANNICA, The Editors of Encyclopaedia. **Encyclopaedia Britannica.** Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/silent-trade>> Acesso em: 30 dez. 2019.

BUNAZAR, Maurício B. **Análise dogmática da categoria jurídica da invalidade no Código Civil brasileiro.** Tese (doutorado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo. **O(s) silêncio(s) no negócio jurídico:**

reflexões sobre a apreensão dos silêncios na teoria do negócio jurídico. Dissertação (mestrado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2016.

BUSCHE, Jan. **Münchener Kommentar zum BGB** (Franz Jürgen Säcker; Roland Rixecker; Harmut Oetker; Bettina Limperg), 8. Auflage. München: C.H. Beck, 2018 (Beck-online. Bücher) §147.

CARIOTA FERRARA, Luigi. **El negocio jurídico** (tradução Manuel Albaladejo). Madrid: Aguilar, 1956.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht**. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Funções da parte geral de um código civil e limites da sua prestabilidade. (traduzido por Paulo Mota Pinto). **Revista da Ajuris**. Ano XXXI, n. 95 (set.2004), p. 271/286.

CARNELUTTI, Francesco. Sulla eficácia dele clausole non accettate contenute nelle fature commerciali. **Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale dele Obligazioni** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Vol. XIII, parte seconda, 1915, p.1/6.

CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de. **Omissão e dever de agir em direito civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. Vol. 3 (arts. 138 a 205). 6ª ed. (Revista e atualizada). São Paulo: Saraiva, 2014.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de família. Vol. 18 (arts. 1.591 a 1.710). (Coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2004.

CHRISTANDL, Gregor. **Commentaries on European Contract Laws**. (Coord. Nils Jansen; Reinhard Zimmermann). Art.2:204. New York: Oxford University Press, 2018.

COLI, Jorge. **A inteligência do silêncio**. In: NOVAES, Adauto. **Mutações: O silêncio e a prosa do mundo**. São Paulo: Edições Sesc, 2014, p. 425/434.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da modernização do direito civil**: aspectos gerais. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. **Da boa fé no direito civil**. (3ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Philomeno J. da Costa. **O silêncio nos negócios jurídicos**. In: MENDES,

Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 483/514.

DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos.** (Tradução Fernando de Miranda). São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e C.A. editores, 1941.

DELGADO, Mario. **Do direito das obrigações. Novo Código Civil Comentado.** In: FIUZA, Ricardo. 3ª ed. (Atualizada) São Paulo: Saraiva, 2004, p. 225/373.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** Vol. 2 (D-I). São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Parte geral e disposições transitórias. Novo Código Civil Comentado.** In: FIUZA, Ricardo. 3ª ed. (Atualizada). São Paulo: Saraiva, 2004.

DUARTE, Nestor. **Arts. 1º a 232. Parte Geral.** In: PELUSO, Cezar. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. Vol. 1. Barueri: Manole, 2013, p. 15-175.

EHRlich. **Die Stillschweigende Willenserklärung.** Berlin: Heynemann, 1893.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** (Tradução de João Baptista Machado). 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Tehodor e WOLFF, Martín. **Derecho Civil: Parte General; Tomo I: primeira parte.** (Rev. Hans Carl Nipperdey e trad. Blas Pérez González y José Alguer). Barcelona: Casa editoria Bosh, 1981.

FERNANDES. Wanderley. **A Empresa e o direito do consumidor:** uma relação complexa. In: CORDOVIL, Leonor; EBERLIN, Fernando B.T.Eberlin. Direito, Gestão e Prática: Direito do Consumidor: A visão da empresa e da jurisprudência. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53/89.

FERRARI, Franco. **Encyclopedia of Private International Law.** (Org. Jürgen Basedow, Gisela Rühl, Franco Ferrari; Pedro de Miguel Asensio). Vol. 1. Northampton(MA): Edgard Elgar Publishing, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito:** uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 4ª Tiragem. São Paulo: Atlas, 1991.

FERRI, Luigi. **L'autonomia privata.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959.

FERRI, Giovanni Battista. **Presentación.** Teoría General del Negocio Jurídico: 4 estudios fundamentales (Traducción y edición Leysser L. León. Lima), Ara Editores, 2001.

FLUME, Werner. **El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil.** (Tomo segundo). (Tradução José María Miquel González y Esther Gómez Calle). 4ª ed. Fundación Cultural del notariado, 1998.

FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresarias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil.** Coimbra: Almedina, 2004.

FRADERA, Vera Jacob de. **O valor do silêncio no novo Código Civil.** In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto. Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 569/582.

FREITAS, A. Teixeira de. **Código Civil:** esboço. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação, 1952.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **A interpretação do negócio jurídico empresarial no projeto de Código Comercial do Senado Federal nº 487/2013.** de 16 de dezembro de 2019. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/MigalhasContratuais/136,MI317033,31047-A+interpretacao+do+negocio+juridico+empresarial+no+projeto+de+Codigo>> Acessado em: 10 jan. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação:** análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Prova do fato jurídico do Código Civil de 2002.** In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. Questões controvertidas: parte geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2007, p. 589/613.

GIANNICO, Maricé. **A prova no Código Civil:** natureza jurídica. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIORGI, Giorgio. **Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano.** Vol. III (Fonti delle obbligazioni – contratti). 7ª ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1925.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil pelo risco da atividade:** uma cláusula geral no Código Civil 2002. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Contrato de adesão:** condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

\_\_\_\_\_. **Contratos.** 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

\_\_\_\_\_. **Transformações gerais do direito das obrigações.** 2ª ed. (Aumentada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa:** comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial.** São Paulo, Saraiva, 1992.

HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 13. Vol. 50 (abr-jun 2012), p. 11-47.

\_\_\_\_\_. **A autorização no direito privado.** Tese (doutorado). Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2019.

HART, Oliver. Is “bounded rationality” an important element of a theory of institutions?. **Journal of Institutional and Theoretical Economics.** Vol. 146 (4), 1990, pp. 696-702.

HAUPT, Günter. **Über faktische Vertragsverhältnisse.** Leipziger rechtswissenschaftliche Studien. Leipzig: Verlag von Theodor Weicher, 1941.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado. **Revista da Faculdade de Direito.** Universidade de São Paulo. São Paulo. Vol. 97, 2002, p. 127/138.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Interpretação do contrato.** In: CASSETARI, Christiano; VIANA, Rui Geraldo Camargo. 10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 344-357.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JHERING, Rudolf Von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição.** (Tradução Paulo Mota Pinto). Coimbra: Almedina, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. **A proteção pela aparência como princípio.** Revista OAB/RJ, Rio de Janeiro. Edição Especial. Direito Civil. Disponível em: <<http://revistaelectronica.oabRJ.org.br/?artigo=a-protecao-pela-aparencia-como-principio>> Acesso em: 8 jan. 2020.

LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. Breves reflexões sobre a intervenção estatal nos contratos privados de plano de saúde. **Revista de Direito de Saúde Suplementar.** São Paulo: Quartier Latin. Ano 1, n. 1, 2017, p. 9/32.

LARENZ, Karl. O Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). (Traduzida por Alessandro Hirata). **Revista Direito GV** 3. São Paulo. Vol. 2, n 1. (Jan./Jun. 2006), p. 55/64.

\_\_\_\_\_. **Metodologia da ciência do Direito**. (Tradução José Lamego). 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LEME, Lino de Moraes. **Da efficacia jurídica do silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1933.

\_\_\_\_\_. **O anteprojeto do Código das Obrigações**, Revista Forense 97/294-307, 1944. Disponível em: < <file:///C:/Users/Note/Downloads/65964-87338-1-PB.pdf> >  
Acesso em: 8 jan. 2020.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Anotações sobre o abuso de direito**. In: MENDES, Gilmar Ferreira, STOCO, Rui. Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral. Vol. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 651/663.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **O silêncio como manifestação da vontade: obrigações em geral**. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1935.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. Vol. 1 (Parte Geral: art. 1º ao 232). São Paulo: Saraiva, 2003.

LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A representação no negócio jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANKOWSKI, P.; MÜLLER, M. **European Contract Law and German Law**. Chapter 2: Formation (ed. Stefan Leible; Mathias Lehmann). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.

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

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. (Revisada, atualizada e ampliada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_; MIRAGEM, Bruno. **Apresentação dos Atualizadores**. Pontes de Miranda.



Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith H. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 852/2006 (Out. 2006), p. 87/126.

\_\_\_\_\_. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro. (Nov. 2008), p. 135/175.

\_\_\_\_\_. **Um aspecto da obrigação de indenizar**. In: MENDES, Gilmar Ferreira, STOCO, Rui. Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 693/746.

\_\_\_\_\_. **O Direito privado como um “sistema em construção”** (publicação original RT 753/24-ago.1998). In: MENDES, Gilmar Ferreira, STOCO, Rui. Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral, v. 4 (Atos, fatos, negócios jurídicos e bens). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 391/423.

\_\_\_\_\_. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 751/1998 (ano 87), (maio de 1998), p. 731/743.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENKE, Fabiano. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo (arts. 189 ao 232)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 181/294.

MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldo. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Parte Geral. Bens. Fatos Jurídicos. Tomo I**. (Atualiz. Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge CEsa Ferreira da Silva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Parte Geral. Bens. Fatos Jurídicos. Tomo II**. (Atualiz. Ovídio R. B. Sandoval). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Parte Geral, Tomo III.** (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Parte Geral, Tomo V.** (Atualiz. Marcos Bernardes de Melo e Marcos Ehrhardt Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Parte Geral, Tomo VI.** (Atualiz. Otávio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch, Jefferson Carús Guedes). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Tomo VIII.** (Atualiz. Rosa Maria de Andrade Nery), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Tomo XIII.** (Atualiz. Luciano de Souza Godoy, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Tomo XXXVIII.** (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Tomo XLIII.** (Atualiz. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil.** Vol. III. Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. **A sociedade em comum.** São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Santos de. **Da prova dos negócios jurídicos.** In: TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 499/539.

PACCHIONI, Giovanni. Il Silenzio nella conclusione dei contratti. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. Vol. IV, parte seconda, 1906, p. 23/30.

PADRÃO, Camila Braz. Considerações sobre o silêncio na clínica psicanalítica: dos primórdios aos dias atuais. **Cadernos de Psicanálise do Círculo Psicanalítico do Rio de Janeiro (CPRJ).** Rio de Janeiro. Ano 31, n. 22, 2009, p. 91/103.

PELLEGRINO, Giulio. **L'interpretazione del contratto.** Milano: Key Editore. 2018.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual:** uma nova teoria do contrato. 2ª ed. (Revista, atualizada e ampliada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Integração de contratos incompletos.** Tese de Livre-Docência. Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto: 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil.** Vol. I. (Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes). 24ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEROZZI, Silvio. Il Silenzio nella conclusione dei contratti. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi Vol. IV, parte prima, 1906, p. 509/524.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil.** (Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico.** Coimbra: Almedina, 1995.

\_\_\_\_\_. **Falta e Vícios da Vontade na declaração tácita.** In: CAMPOS, Diogo Leite. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 515/568.

**PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW** (Ed. Ole Lando, Hugh Beale). The Hague: Kluwer Law International, 2000.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico.** 3ªed. São Paulo: Saraiva, 1981.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Lições preliminares de direito.** 24ª ed. (2ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Estudos Preliminares do Código Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, José Martins. **Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio.** Fortaleza: S.N., 1934.

\_\_\_\_\_. **Elementos geradores do vínculo obrigacional e efeitos jurídicos do silêncio.** São Paulo: Malheiros, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Dos vícios do consentimento.** 3ª ed. (Atualizada). São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Direito de Família.** 27ª ed. (Atualizada por Francisco José Cahali). Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 41, n. 163 (jul./set. 2004), p. 112/130.

\_\_\_\_\_. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. **O Direito**. Lisboa. Vol. 147, I, 2015, p. 45/110.

\_\_\_\_\_. **10 anos sem Antonio Junqueira de Azevedo: uma homenagem**. 13 de novembro de 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-nov-13/direito-comparado-10-anos-antonio-junqueira-azevedo-homenagem#sdfootnote3sym> > Acessado em: 11 jan. 2020.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il Contratto**. IV Edizione. Milanofiori: Wolters Kluwer Italia, 2016.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. Vol. 55/2005, (Jul-Set/2005), p. 53/84.

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – Com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte, Ano 3, n.5, (jan/abr.), 2014, p. 1/26.

SCHMIDT, Jan Peter. La revocación de la oferta em el derecho contractual de los países latinoamericanos y em el derecho uniforme. **Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina**. Modena. Mucchi Editore, Vol. 30, Ano 2010, p. 135/147.

SCHMIDT, Jan Peter. Palestra sob o título “**Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na práxis judicial brasileira**”. 5 de dezembro de 2014. Ciclo de estudos de Direito Privado Contemporâneo. Organizado pelo Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP e pela Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-dez-07/jan-peter-schmidt-principio-boa-fe-objetiva-usp?imprimir=1> > Acessado em: 7 nov. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da Confiança e venire contra factum proprium**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. (reimpressão). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. I, A-C, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

\_\_\_\_\_. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II, D-I, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

\_\_\_\_\_. **Vocabulário Jurídico**. Vol. III, J-P, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

\_\_\_\_\_. **Vocabulário Jurídico**. Vol. IV, Q-Z, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, Juliana Pedreira da. **Contratos sem negócio jurídico**: crítica das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011.

SIMÃO, José Fernando. **Requisitos do erro como vício de consentimento no código civil**. In: DELGADO, Mário Luiz ; ALVES, Jones Figueiredo. **Questões Controvertidas: Parte Geral do Código Civil**. São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 441-463.

\_\_\_\_\_. Ser ou Não Ser: outorga conjugal e solidariedade familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões**. Porto Alegre. Editora Magister. n. 3 (abr.-maio/2008), p. 56/74.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**: contratos (série leituras jurídicas: provas e concursos). 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. **Prescrição e decadência**: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SRAFFA, Angelo. L' Accettazione delle fatture e il silenzio. **Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo** (Coord. A. Sraffa e C. Vivante). Milano. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi Vol. I, 1903, parte prima. p. 27/37.

STOLFI, Giuseppe. **Teoria del negocio jurídico**. (Traduzido por Jaime Santos Briz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de família. 14ª ed. Vol. 5. São Paulo, Forense, 2019.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Vol. 3. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

\_\_\_\_\_. **A lei da liberdade econômica (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil (segunda parte)**: mudanças no âmbito contratual. de 15 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI313017,21048A+lei+da+liberdade+economica+lei+1387419+e+os+seus+principais>> Acessado em: 7 nov. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. VIÉGAS, Francisco de Assis. A evolução da prova entre o direito civil e o direito processual civil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**. . Fortaleza. Vol. 22, n.2, (maio/ago.), 2017, p. 551/566.

\_\_\_\_\_); OLIVA, Milena Donato. Notas sobre a representação voluntária e o contrato de mandato. **Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil)**. Belo Horizonte. Vol. 12 (abr./jun. 2017), p. 17/36.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: O Empurrão para a escolha certa**. (Traduzido por Marcello Lino). Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação dos contratos: proposta, aceitação e elementos da declaração negocial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VALLADÃO, Alfredo. **O abuso de direito** (original RT 334/21-Ago.1963) In: MENDES, Gilmar; STOCO, Rui. *Doutrinas Essenciais: Direito civil, parte geral, v. 4 (atos, fatos, negócios jurídicos e bens)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 551/559.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol. I. 10ª ed., 2010.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Parte geral**. Vol. 1. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. (Revista, atualizada e ampliada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. Vol. IV: Le obbligazioni (Contratti e Prescrizione). 5ª Ed. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1926.

WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle Pandette** (Traduzida pelos Profs. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa). Vol. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925.

ZANETTI, Cristiano de Sousa; ROBERT, Bruno. **A conclusão do contrato pelo silêncio**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito Civil: direito patrimonial e existencial: Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 257/295.

ZANETTI, Cristiano de Souza. Os papéis da forma no direito contratual brasileiro. **Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina**. Modena. Mucchi Editore. Vol. 30. Ano 2010, p. 149/177.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo (arts. 421 ao 480)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 696/780.

ZELLWEGER-GUTKNECHT, Corine; BUCHER, Eugen. **Basler Kommentar: Obligationenrecht I (art. 1 – 529)**. (Hrsg. Heirich Honsell, Wolfgang Wiegand). 6. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015.