

O VALOR JURÍDICO DO SILÊNCIO: uma perspectiva luso-brasileira

Victor Macedo dos Santos¹

1 INTRODUÇÃO

A construção do raciocínio aqui desenvolvida tem como marco elementar a definição e as peculiaridades da declaração negocial, incluindo a sua ausência em determinados casos, a fim de verificar o valor jurídico atribuído ao silêncio nos ordenamentos brasileiro e português. Concebendo questões pontuais versadas na doutrina e na jurisprudência, bem como pela interpretação das respectivas normas, busca-se conferir validade, ou não, ao aforisma “quem cala, consente”, estruturando-se pelos institutos e teorias essenciais à sua compreensão.

Como premissa básica, percebe-se que a vontade somente adquire relevância jurídica com a sua exteriorização, razão pela qual cumpre verificar quais os efeitos a partir da sua declaração. Para ser relevante deve, ainda, ser a *voluntas* dotada da consciência do declarante quanto aos efeitos prático-jurídicos que lhe são atinentes. Somente através desta pré-concepção declaratória, com reflexo negocial, é possível afastar a eficácia de declarações não-negociais, como, por exemplo, as não sérias.

As supramencionadas manifestações de vontade podem ser subdivididas em declarações expressas, tácitas e silêncio (ausência de declaração negocial). Diante desta classificação, questiona-se: qual o critério utilizado para distingui-las? Todas elas produzem os mesmos efeitos ou há distinção quanto à sua eficácia negocial?

Nada obstante a existência de doutrina que opte por diferenciá-las em razão do meio declarativo, não se coaduna como o método mais adequado, pois pode conduzir a equívocos irreversíveis. Saliente-se que, *v.g.*, uma correspondência pode conter exclusivamente uma declaração tácita, embora seja corriqueiramente utilizada para a forma expressa. Quando estabelecida uma forma específica para a manifestação da vontade, o uso de tipo diverso consubstancia a nulidade daquela declaração. Esta consequência já demonstra a cautela que se deve ter quanto à esta subdivisão, porquanto os efeitos jurídicos serem diversos em variadas situações.

¹ Advogado. Mestrando em Ciências Jurídicas (Direito Civil) pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Direito da Bioética pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual/Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia. Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Conforme será demonstrado no curso desta análise, o critério que autoriza uma distinção mais adequada destas formas declarativas é o finalístico, pautado no *signo comunicativo* que deve constituir determinada exteriorização da vontade. Através deste elemento, constata-se se a declaração está destinada a comunicar direta ou indiretamente, ou ainda se tem por fim um calar (por atos e palavras) – desprovido do escopo notificativo –, incluindo-a ou não em uma das mencionadas espécies.

Pela necessidade de sua criteriosa aplicação, merece especial atenção o silêncio, uma vez que traduz socialmente uma aparência de declaração negocial, mas compreende-se como um não fazer e/ou não agir, ao qual não se deve atribuir qualquer valor jurídico. Esta premissa, na perspectiva jurídica, afasta a presunção absoluta retirada do aforisma “quem cala consente”, não incidindo, via de regra, qualquer efeito jurídico no comportamento do indivíduo quando ele opta por calar.

No entanto, não se trata de circunstância absoluta a ineficácia jurídica do silêncio, conforme a possibilidade de concessão de valor declarativo somente quando atribuído pela lei, convenção das partes ou pelos usos, como preceituado pelo art. 218 do Código Civil Português e seguido pelo art. 111 do Diploma Civil Brasileiro. Nestes casos, restritivamente elencados, mantém-se a sua natureza de ausência de declaração negocial, porém lhe é atribuído valor declarativo, ou seja, mera incidência dos respectivos efeitos jurídicos.

O esclarecimento destas questões e de outras que florescem nas trilhas deste estudo contribuem para a elaboração de um panorama acerca do valor jurídico que possui o silêncio nestes dois ordenamentos, tanto o Português como o Brasileiro. No universo jurídico, será que quem cala, realmente consente?

2 REFERENCIAL

2.1 PRINCIPAIS ASPECTOS DA DECLARAÇÃO NEGOCIAL

Outro caminho não há como seguir senão buscar desvendar, inicialmente, a definição mais adequada da declaração negocial. Tarefa esta que, *ab initio*, traduz a aparência da facilidade e simplicidade conceitual, pois já devidamente desenvolvida pela doutrina – diante da inexistência de específica previsão normativa no Código Civil Português, neste sentido, tampouco no ordenamento Civil Brasileiro –, mas que, a cada momento, deve ser revisada e ajustada à delimitação epistemológica do tema sobre o qual se pretende discorrer, como será feito neste tópico introdutório.

A priori, fundamental distinguir a vontade e a sua manifestação (que integrará o conceito da declaração negocial), haja vista não ser possível equiparar o que permanece no campo subjetivo (interno) com a externalização do elemento volitivo, conhecido através de uma análise objetiva (externa) da emissão de determinada mensagem, seja ela direta ou indireta, ou mesmo proveniente do silêncio (quando admitida a sua valoração jurídica).

O que se pretende elucidar, em verdade, é que deve ser conferido valor jurídico à declaração que sai da esfera intelectual do declarante, e não à vontade que ele pretende exprimir, porquanto não desvinculada da sua *psiquè*.

A vontade e sua manifestação podem não corresponder. Assim, quando confrontada esta divergência entre o que subsiste no íntimo do declarante e aquilo foi exposto, a solução jurídica transparece peremptória: ao que repousa no campo psíquico, que não se externaliza, não há como conceber a incidência de efeitos jurídicos (salvo a hipótese do silêncio, quando conferido valor jurídico), não tendo, por óbvio, eficácia jurídica e, portanto, não será caracterizada como declaração negocial.

Ou seja, apresenta relevância para caracterizar a declaração negocial a externalização do elemento volitivo, posto que possibilita o conhecimento a quem é dirigida ou pela sociedade (a depender da sua identificação como receptícia ou não), a partir do que seja trazido à *lume* conscientemente do intelecto do emitente da mensagem.

Ressalte-se que não se pretende defender uma completa desvinculação entre a vontade e sua manifestação, posto que impossível esta dissociação², mas, apenas, verificar que não adianta mantê-la no pensamento, é preciso retirá-la e apresentá-la para que o processo de eficácia jurídica comece a vigorar na relação negocial que está a ser construída³.

Esta declaração deve, ainda, ser realizada conscientemente pelo declarante, estando ciente de que se trata de manifestação de vontade juridicamente relevante⁴ (consciência de

² Salienta, neste sentido, EwaldHörster (2007, p. 439): “Existe uma correlação entre a vontade e a sua manifestação e é natural que os elementos externo e interno coincidam. A sintonia entre manifestação e vontade é o facto regular; quando ela falta, justificam-se as diferenciações feitas. Mas, por via de regra, a declaração negocial é a manifestação da vontade em si.” A respeito desta relação natural entre vontade e declaração, conferir Flume (1992, pp. 77-79).

³ No entendimento de Galvão Teles (2002, p. 112) “a vontade que no seu interior se forma não pode permanecer latente, como fenómeno psíquico, tem de ganhar corpo e vulto, projectando-se no mundo sensível, exteriorizando-se.” Sob esta perspectiva, prossegue também Domingues de Andrade (2003, p. 149). Pondera EwaldHörster (2007, p. 436) que a consciência de declaração “existe quando o declarante tem a consciência de que o seu comportamento ou a sua manifestação (art. 217º, nº1, 1ª e 2ª alternativas) significam uma declaração negocial, num sentido qualquer, ou podem ser entendidos neste sentido. [...] O elemento essencial da vontade de declaração é a consciência de criar uma vinculação jurídica.” Coadunam, também, com este entendimento Oliveira Ascensão (2003, p. 44) e Mota Pinto (2005, pp. 419 -421).

⁴ Sustenta Flume (1992, p. 75) que esta consciência de emitir uma declaração juridicamente relevante se constitui em componente do conteúdo, em abstrato, da própria declaração.

declaração). Para a ciência do Direito é ineficaz o *nuda voluntas*, pois a eficácia jurídica provém da vontade manifestada, cuja finalidade se assenta no gênero da comunicação⁵.

Além disso, a manifestação da vontade deve ser livre e consciente, porque qualquer obstáculo que não permita que a sua externalização seja concretizada desta forma ingressa no âmbito dos vícios da declaração, descaracterizando a formação da declaração negocial ou inquinando-a com vicissitudes (v.g. erro, dolo, coação e simulação – vontade de ação).

Deste modo, considerar-se-á como declaração negocial a própria manifestação de vontade exteriorizada pelo declarante, a partir da qual serão extraídos os efeitos jurídicos para a geração, perfeição e conclusão do ato ou negócio jurídico (por ser dotado de vontade humana)⁶. Em adendo, quando manifestada no âmbito do negócio jurídico, a fim de conceber a sua formação, à declaração de vontade deve ser acrescido o aspecto negocial, sendo insuficiente a isolada presença das demais características.

Cabe, portanto, acrescentar mais um requisito à necessidade de observância de incidência de efeitos jurídicos, sem o qual declarações classificadas pela doutrina como *não-sérias* poderiam ser aptas a formarem um negócio jurídico, contrariando a verdadeira finalidade do emitente. Deve ser visualizado um “conteúdo negocial” (vontade negocial), ante a possibilidade de manifestação da vontade cujo escopo não seja a formação de um negócio jurídico, às quais não deve ser conferido idêntico efeito⁷.

Somente aquelas externalizações da vontade do declarante que possuam o fim de constituir um negócio jurídico deverão ser caracterizadas como declaração negocial, sendo aptas à incidência da eficácia jurídica negocial. Há que ser constatada uma consciência da

⁵ Sobre esta finalidade, preleciona Oliveira Ascensão (2003, p.43): “*Declaração é o comportamento que tem um fim de comunicação. Começa a manifestar-se a relevância duma finalidade. Esta dá o sentido objectivo da declaração, pois o fim de comunicar é constitutivo da declaração.*”. Para Castro y Bravo (1967, p. 65) “*la declaración supone expresión, manifestación e comunicación. Para tenerla por tal, se requiere que sea emitida (p.ej., no lo será la carta no enviada o arrojada al cesto de los papeles) y dirigida a comunicar o publicar la voluntad o propósito negocial [...]*”.

⁶ Neste íterim, em precisa delimitação conceitual, Pais Vasconcelos (2012, pp. 390-391) considera que a declaração negocial “é um comportamento voluntário que se traduz numa manifestação de vontade com conteúdo negocial feita no âmbito do negócio.”.

⁷ Esclarecedor, neste ponto, o exemplo de Oliveira Ascensão (2003, p. 91): “*Está-se a proceder numa instituição de beneficência a uma recolha de roupas para sinistrados. Alguém entra casualmente, pensa que trata da sila do vestiário e entrega o sobretudo. Doou-o? Aqui a exteriorização é voluntária, mas o sujeito não quer fazer a declaração que aparenta. Não tem a intenção de emitir uma declaração negocial, ou pelo menos a declaração negocial que aparenta. Falta um segundo elemento que deve concorrer para a vontade no negócio jurídico. E esse elemento é igualmente essencial. Quando assim acontece, a consequência é a inexistência do negócio, dada a falta de uma componente mínima da acção negocial (art. 246).*”. Objetivamente, trata-se da inexistência da vontade negocial, ou seja, o conteúdo negocial da manifestação de vontade. O Professor ainda prossegue (2003, p. 94) afirmando a possibilidade de criar um princípio geral, de que sempre que houver falta de consciência e vontade de emitir uma declaração negocial, o negócio é inexistente”. Também apresentam a definição de declaração negocial revestida por estes elementos Domingues de Andrade (2003, p. 122) e Mota Pinto (2005, p. 420).

declaração negocial, vale dizer, sendo do conhecimento do declarante que a manifestação da sua vontade tem relevância jurídica e pode originar uma vinculação⁸ neste sentido. Fala-se aqui em consciência, conhecimento da finalidade desta manifestação, e não em intencionalidade⁹, que se coaduna como elemento subjetivo, dificultando, ou até impossibilitando esta análise.

Neste contexto, um questionamento se levanta: Esta consciência da realização do negócio jurídico se refere aos efeitos jurídicos, práticos ou práticos-jurídicos?

Os primeiros aludem ao conhecimento total dos efeitos jurídicos que decorrem da vinculação pretendida, o que se afigura praticamente impossível, porquanto permitir-se-ia a emissão de declaração negocial apenas aos *experts* em determinada matéria ou tipo de negócio jurídico. Os efeitos práticos correspondem à necessidade simples de o declarante ter consciência das consequências práticas gerais decorrentes do negócio, sem a necessidade de saber quaisquer consequências jurídicas que decorrem daquela relação¹⁰. Em terceiro lugar, há, ainda, os efeitos práticos-jurídicos, dos quais se exige que à consciência dos efeitos práticos se some a vontade de submeter a sua manifestação à vinculação da ordem jurídica¹¹, uma consciência de que a exteriorização da vontade acarreta efeitos jurídicos, independente de saber quais são, postando-se numa posição de leigos, e não como juristas.

⁸ Apresenta estes requisitos Ewald Horster (2007, p. 276), quando preleciona: “A consciência (*ou vontade*) de declaração (*Erklärungswille* ou *Erklärungsbewusstsein*) existe quando o declarante tem a consciência de que o seu comportamento ou a sua manifestação (art. 217º nº 1, 1ª e 2ª alternativas) significam uma declaração negocial, num sentido qualquer. O declarante saber, portanto, que o seu agir, o seu comportamento, tem uma relevância jurídica. *O elemento essencial da vontade de declaração é a consciência de criar uma vinculação jurídica. A vontade negocial (Geschäftswille) é a vontade dirigida a um determinado efeito, portanto a vontade de concluir um negócio específico (p.ex. comprar uma determinada mercadoria e não outra), é a vontade dirigida a um negócio jurídico concreto incidindo sobre um determinado objecto.*” Neste mesmo sentido, acrescenta Marcos Bernardes de Mello (2012, p. 183): “[...] A consciência deve ser da manifestação em si, não do específico conteúdo jurídico dessa manifestação, ou das consequências jurídicas desta conduta.”

⁹ Assim, excluindo o tratamento da intencionalidade, preleciona Bernardes de Mello (2012, p. 182): “A exigência da *consciência da vontade* não significa que o figurante (=aquele que exterioriza a vontade) precise manifestá-la com a *ciência e a intenção de que está praticando um ato jurídico.*”

¹⁰ Coaduna com esta posição Castro Mendes (1998, p. 146), quando enuncia: “Esta a ideia que nos parece mais curial, quanto ao comum dos negócios jurídicos. Apenas se exige que as partes tenham a consciência e a intenção do sentido prático geral do negócio. Assim, aquele que se associa com outros num contrato de sociedade tem de ter a consciência e intenção de se associar, na ideia comum a isso ligada; não é evidentemente necessário que esteja perfeitamente ciente de todas as características inerentes à posição de sócio.”

¹¹ Este é o posicionamento de Domingues de Andrade (2003, p. 30), nos seguintes termos: “A posição que perfilhamos, e que tem a seu favor, hoje em dia, os mais autorizados tratadistas da doutrina dos negócios jurídicos, segue uma linha entre as duas orientações precedentes, podendo talvez dar-se-lhe o nome de *teoria dos efeitos pático-jurídicos*. [...] diremos que é suficiente dirigir-se tal vontade aos efeitos imediatos e fundamentais do negócio, e que, por outro lado, não é mister que os declarantes tenham acerca desses efeitos uma representação clara de juristas, sendo bastante uma representação global prática (ENNECCERUS) – uma representação de leigos.”

Neste breve estudo, adota-se a teoria dos efeitos prático-jurídicos¹², tendo em vista que a exigência de consciência total e específica dos efeitos jurídicos do negócio pelo declarante, mesmo que mínimos, pode impossibilitar a identificação de uma declaração evidentemente negocial, considerando suficiente que o declarante possua consciência das consequências práticas do negócio e da sua vinculação à ordem jurídica, correspondendo, por conseguinte, à compreensão como vinculativa desta manifestação da vontade.

A declaração negocial deve, portanto, preencher os retromencionados requisitos¹³, passando a ser composta por uma manifestação de vontade livre e consciente¹⁴, com conteúdo negocial, direcionada à realização de um negócio jurídico. Assim considerada, a declaração negocial ainda pode apresentar várias formas de emissão e alcance da mensagem pelo declaratório, sendo tradicional e positivamente adotada (inclusive pelos Códigos Civis Português e Brasileiro) a subdivisão em declarações negociais expressa e tácita, havendo doutrina que considere possível, ainda, a presumida e a ficta, mas que, pelo desuso, prescindem da sua abordagem neste trabalho.

EXPRESSA

Considerando-se como mais adequado formato metodológico para elucidar as formas de declaração negocial – simultaneamente distinguindo-as –, o presente tópico apresenta as reflexões necessárias acerca das declarações expressa e tácita, optando por versar posterior e isoladamente acerca do silêncio, uma vez que se trata de ausência de declaração de vontade.

Nada obstante a explícita previsão no texto do Código lusitano (o que não ocorre em nosso ordenamento), conceituando a declaração expressa como aquela “feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade” (art. 217, n. 1, primeira parte, do CCP), deve ser realizado esforço interpretativo para retirar da norma a sua finalidade, bem como correlacionar o dispositivo com outros enunciados normativos

¹² Segue-se o entendimento de Flume (1992, p. 75), exemplificando o seu posicionamento ao considerar que a vontade negocial de um comprador num contrato de compra e venda seria comprar a coisa por um preço determinado.

¹³ EwaldHörster (2007, p.436) subdivide este elemento subjetivo em outros três: “O elemento subjectivo da declaração negocial, a vontade, costuma ser subdividido em três sub-elementos: a vontade de acção, a vontade (ou consciência) de declaração e a vontade negocial.”

¹⁴ Conforme preceituado por Bernardes de Mello (2012, p. 181): “Com efeito, para compor suporte fático suficiente de ato jurídico a exteriorização da vontade há de ser *consciente*, de modo que aquele que a declara ou manifesta deve saber que a está declarando ou manifestando com aquele sentido próprio”. E, prosseguindo, exemplifica: “Por essa razão é que um indivíduo que, comparecendo a um leilão, em localidade cujos usos desconhece, exprime, involuntariamente, gesto que significa lance (por exemplo: acena com a cabeça para cumprimentar uma pessoa conhecida que identificou na plateia), não está, efectivamente, ofertando. A inexistência da vontade negocial, na sua manifestação, leva à inexistência do ato.”

integrantes do respectivo sistema jurídico, no exercício constante do labor hermenêutico sistemático, essencial à operacionalização do Direito.

A declaração expressa não pode ser caracterizada, como se costuma proceder, a partir do meio declarativo utilizado para expressar a vontade do declarante. Não há identificação plena entre a manifestação da vontade de forma escrita ou verbal e a declaração expressa, podendo-se vislumbrar hipóteses em que a declaração tácita também se apresenta por um destes formatos. Esta breve constatação perfaz-se suficiente para rechaçar a suposta indissociável ligação entre o formato declarativo e a classificação da declaração.

O traço que irá distingui-la em expressa ou tácita (utilizando um conceito amplo de declaração de vontade¹⁵) reside na finalidade revelada pela externalização do elemento volitivo¹⁶. Em relação à *expressa*, sobreleva-se o escopo em tornar do conhecimento do receptor da mensagem a declaração emitida, condizente com o fim direto de comunicar algo¹⁷. Este entendimento não se extrai somente da construção doutrinária¹⁸, mas, também, da interpretação do próprio art. 217º, que enuncia as formas que permitem alcançar este desiderato, identificando como mecanismos deste meio declarativo quando funcionalizada por “escrito”, “palavras” ou, ainda, por “qualquer meio *directo* de manifestação da vontade”. A manifestação será destinada diretamente a notificar à contraparte a vontade que o emissor pretende dar a conhecer.

Não se considera essencial haver uma ação, uma atividade positiva do declarante (escrita, verbal ou por qualquer outro meio direto), para caracteriza-la como declaração expressa, existindo manifestações que decorrem de uma atuação omissiva, mas que se

¹⁵ Aqui não se distinguem as declarações das atuações ou negócios de vontade, em virtude da semelhança dos efeitos decorrentes do seu tratamento jurídico.

¹⁶Mota Pinto (1995, pp. 479-486) se utiliza do critério da direção dos meios declarativos para distinguir as declarações em expressas ou tácitas. Pautado no critério finalístico, esclarece esta distinção o Acórdão do STJ (PT) de 22 de Setembro de 2005, rel. Oliveira Barros: “As declarações expressas, finalisticamente dirigidas à expressão ou à comunicação de um certo conteúdo, são meios directos de expressão, enquanto as declarações tácitas, como compreensão de um sentido ou de um conteúdo implícito num comportamento, são meios indirectos de expressão.”.

¹⁷ Segundo o País Vasconcelos(2012, p. 395): “A declaração negocial é uma acção final. Como tal, o comportamento declarativo deve ser entendido no quadro da intencionalidade e da finalidade que o impulsiona. Assim, deve ser entendido como declaração expressa o comportamento finalisticamente dirigido a exprimir ou a comunicar algo.”. Exemplificando, salienta Castro y Bravo (1967, p. 66): “[...] *en el caso del puesto de periódicos, del que el público los coge y paga sin decir palabra, no habrá «un negocio omissivo» o una «conducta omissiva», e identificable al silencio, como «inercia absoluta». La puesta a la venta y la colocación de las monedastienen socialmente sentido de declaración expressa (expressiva) de la voluntad de vender o de comprar.*”. Já Betti (2000, pp. 123-124) faz uso do signo comunicativo para diferenciar as duas formas de declaração negocial, sendo expressa aquela que tem a finalidade de fazer conhecer um determinado conteúdo por quem lhe interessa, e tácita aquela que não possui esta função, mas a dedução necessária e unívoca a vincula a certos interesses. Neste aspecto distintivo por sinais, também é o entendimento de Roppo (2009, p. 93).

¹⁸EwaldHörster(2007, p. 277) conceitua a *declaração expressa* da seguinte forma: “Uma declaração expressa é portanto uma manifestação *directa* da vontade. Ela destina-se, unicamente ou em primeira linha, a exteriorizar certa vontade negocial (art. 217, nº. 1, 1ª alternativa).”.

destinam evidentemente a informar diretamente à alguém ou à uma pluralidade de receptores da mensagem qual a vontade de quem declara.

Como exemplo de declaração expressa por atuação omissiva (através de um atividade negativa do agente), identificam-se os atos que determinado sujeito deliberadamente deixa de praticar – quando podia ou devia –, em virtude do conhecimento prévio de que o seu comportamento omissivo informará diretamente (à alguém ou à uma pluralidade de pessoas) a sua vontade em relação a determinado negócio jurídico¹⁹.

Nestas hipóteses, o conhecimento prévio do valor declarativo da conduta negativa é fundamental, pois permite diferenciar a forma de declaração – podendo tácita ou mesmo ausência de declaração negocial (silêncio), no caso de inexistência desta informação (às partes – declarante e declaratário) precedente –, considerando-a como ato direto de comunicação se presente este aspecto antes da sua emissão. Em suma, a convenção antecipada transforma o fato negativo em positivo, pois a omissão considerar-se-á como declaração expressa²⁰.

Especificamente, possuiria a abstenção de agir a finalidade evidente de informar diretamente ao declaratário a vontade negocial do omissor, posto que conhecido com

¹⁹ Exemplifique-se: *B* tem interesse em adquirir um notebook de *A*, pois se trata de equipamento de alta qualidade, necessário para o exercício de uma actividade para a qual *B* fora recentemente contratado, sendo pré-requisito para a mesma possuir laptop. Entretanto, como se trata de produto usado, necessita realizar antes alguns testes para verificar o normal funcionamento da máquina, para que não apresente problemas quando estiver executando a referida atividade. *A*, que coincidentemente necessita vender o referido computador portátil para realizar o pagamento da sua hospedagem no Brasil, onde passará os próximos 04(quatro) meses, embarcando para este país em 15(quinze) dias, faz a seguinte proposta para *B*: “Entrego-te o notebook para que possa constatar que o mesmo se encontra em perfeito estado, não apresentando defeito algum, devendo o período de testes perdurar por quinze dias. Assim, convencionamos que: caso deseje proceder a aquisição do computador portátil, basta não restituir o equipamento, nas 48 (quarenta e oito) horas após o termo final do período de testes; se, porventura, não houver interesse em adquiri-lo, deve devolvê-lo até as mesmas 48 (quarenta e oito) horas após o prazo mencionado. O pagamento deve ser realizado em até 30(trinta) dias após o término do prazo para a realização de testes.”. Após a realização dos testes, ao constatar que o *notebook* se encontrava em perfeito estado, *B* não devolveu o equipamento ao vendedor, concluindo o negócio jurídico. Houve uma declaração tácita ou expressa de *B*? Considerando que a finalidade de declarar diretamente a vontade utilizada por *B*, abstando-se da comunicação com *A*, sem devolver a respectiva mercadoria, demonstra-se expressamente a sua vontade em adquirir o aparelho, conferindo valor declarativo expresso à sua omissão volitiva, tornando-o fato positivo, porquanto existente convenção prévia entre as partes quanto à esta consequência da conduta negativa. Esta atuação está devidamente autorizada pelo art. 217º, n. 1, do Código Civil, posto que se trata de um “meio directo de declaração de vontade”. Neste sentido, também se posiciona Domingues de Andrade (2003, p. 136). Conforme prelecciona, ainda, Érico Andrade (2008, p. 107): “No caso de as partes convencionarem em contrato que o silêncio implica em determinada consequência jurídica, o silêncio, então, é tomado como declaração de vontade expressa. Aqui figuraria o silêncio como forma de declaração expressa da vontade, indicando a direção do querer, pois se trata de manifestação de vontade expressada em querer anterior (a vontade negocial que ajustou efeito ao silêncio). O silêncio nesse quadro, segundo Cabral de Moncada, deixa de interessar como silêncio propriamente dito, ou fato negativo, e passa a interessar como fato positivo, de querer negocial expresso, traduzindo manifestação ou declaração de vontade expressa.”. Em semelhante exemplo, com convenção prévia do valor declarativo da omissão entre as partes, Castro Mendes (1979, p. 129) caracteriza dada hipótese como declaração tácita, posição com a qual ousamos discordar, pela finalidade da conduta de comunicar a vontade diretamente à contraparte, declarando-a pelo não agir. Há doutrina (com a qual não concordamos) que, de outro modo, entende este exemplo como valor declarativo do silêncio.

²⁰ Pais de Vasconcelos (2012, p. 395) define as declarações expressas como “finalisticamente dirigidas à expressão ou à comunicação de um certo conteúdo, são meios *directos* de expressão”.

antecedência o valor declarativo que possui o ato negativo, não se reconhecendo como fatos concludentes, dos quais se retira indiretamente a vontade de formar o negócio jurídico, como se observa na declaração tácita, cuja omissão independe desta consciência prévia.

TÁCITA

No que se refere à *declaração tácita*, conforme anteriormente salientado, o principal aspecto distintivo da manifestação expressa da vontade negocial é o caráter indireto pelo qual a respectiva comunicação é emitida pelo declarante (*facta concludentia*)²¹ ao(s) receptore(s) da mensagem. No entanto, este comportamento concludente não se confunde com a própria declaração tácita, pois apenas compõe o seu elemento objetivo²², sem se sobrepor ao componente subjetivo. O dispositivo legal do Código Civil Português conceitua como sendo identificável “quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”. Em princípio, partiremos para a sua caracterização desta disposição do art. 217º, n. 1, segunda parte, daquele Diploma Civil.

Levando em consideração o critério finalístico utilizado para conceituar a declaração expressa, aplicando-o à declaração tácita, será esta verificada quando não possuir o fim direto de comunicar algo ligado ao conteúdo do negócio jurídico, identificando a declaração *pela concludência do comportamento que apresente indícios desta vontade*, assimilando-se indiretamente a declaração negocial por uma análise objetiva (critério interpretativo do art. 236º do Código Civil). São, desta forma, meios declarativos com finalidade de comunicação *indireta* da vontade negocial²³.

²¹ Preceitua Carvalho Fernandes (2007, p. 226) que “para haver declaração tácita basta que o declarante haja praticado factos dos quais se possa deduzir, com segurança, a vontade *provável* de ele emitir certa declaração. Os factos de que a vontade se deduz, na declaração tácita, chamam-se *factos concludentes (facta concludentia)*”.

²² Assim, preceitua Mota Pinto (2009, p. 517) que “se deve sobretudo evitar a confusão entre a concludência do comportamento, como respeitante ao *elemento objetivo* da declaração negocial [...]”. Neste ponto, destaca o autor (2009, p. 517) que o critério interpretativo será o mesmo utilizado para a declaração expressa, salientando que “o critério para averiguar a existência de uma declaração “tácita” é o mesmo – ou seja, e segundo a regra consagrada no artigo 236º, nº1, do Código Civil português (e que reputamos preferível em geral), que o ponto de vista interpretativamente relevante é o do ‘declaratário normal colocado na posição do real declaratário’”.

²³ Concebe-se a sua essência no caso evidenciado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 25 de Setembro de 2012, rel. Rijo Ferreira, *in verbis*: “Tendo o Autor exercido a actividade de técnico de contas da Ré, coligindo a diversa documentação e apresentando, regular e periodicamente, as declarações devidas à administração, sem qualquer oposição da Ré, que pacificamente beneficiou dessa actividade, a qual, pela sua própria natureza, não podia ignorar, evidencia-se por parte desta que quis que tal actividade ocorresse e, consequentemente, que há uma tácita emissão de uma declaração negocial.”. Acentua Mota Pinto (2005, p. 423) que “resulta claramente da formulação legal que a *inequívocidade dos factos concludentes* não exige que a dedução, no sentido do auto-regulamento tacitamente expresso, seja forçosa ou necessária, bastando que, conforme os usos do ambiente social, ela possa ter lugar *com toda a probabilidade*”.

A atuação volitiva do declarante direciona-se a outros fins, que não precipuamente aqueles destinados a informar a outrem a sua vontade negocial²⁴. Cobre-se com um véu a verdadeira finalidade da conduta, fazendo-se imprescindível retirá-lo para compreender qual a vontade do emissor, sendo este o motivo de ser uma manifestação da vontade por via indireta, oblíqua, porque os atos do declarante não tem como objetivo principal o fim de comunicar a alguém determinada vontade²⁵.

Apesar de constatada a existência de uma declaração negocial por via da análise dos fatos que revelarão o sentido negocial de determinado(s) comportamento(s) (ou mesmo sua abstenção), devem ser estes “significantes”, “positivos” e “inequívocos”²⁶, sob o fundamento de evitar uma amplitude desarrazoada da identificação como declaração tácita de qualquer fenômeno jurídico, até alguns que sequer possuem conteúdo negocial²⁷.

Os pressupostos enunciados decorrem de orientação jurisprudencial e construção doutrinária, haja vista a disciplina normativa lusitana (sem correspondência no arcabouço normativo brasileiro) apenas requisitar que sejam fatos que “com toda a probabilidade” revelem a vontade. Não exige aquela norma toda a rigidez que a jurisprudência e a doutrina entendem essencial, porém, estes requisitos são de grande valia para conferir uma maior segurança jurídica, precavendo a interpretação em sentido diverso, conducente à identificação como declaração tácita onde sequer existiria vontade negocial, aplicando-se erroneamente a tais casos a respectiva disciplina específica²⁸.

²⁴ Na definição de EwaldHörster (2007, p. 434): “Uma declaração tácita é portanto uma manifestação indirecta de vontade que se baseia num comportamento concludente do declarante. O comportamento destina-se principalmente (ou simultaneamente) a um outro fim, mas permite a conclusão no sentido da existência de uma dada vontade negocial.”. Em termos claros encontra-se a definição trazida no Acórdão do TRL de 02 de Março de 2010, rel. Pires Robalo, afirmando que a “declaração tácita é constituída por um “comportamento do qual se deduz com toda a probabilidade a expressão ou a comunicação de algo, embora esse comportamento não tenha sido finalisticamente dirigido à expressão ou à comunicação daquele conteúdo.”.

²⁵ De forma simplificada, elucida Castro Mendes (1998, p. 112) o critério distintivo entre as declarações expressa e tácita: “A declaração que é feita por qualquer modo que, segundo as regras convencionais (na sociedade ou inter partes), tem por finalidade primária a de transmitir um conteúdo de pensamento, diz-se declaração expressa. [...] A declaração que é feita mediante factos que, tendo como finalidade primária algo de diferente, no entanto permitem deduzir com toda a probabilidade uma vontade funcional ou negocial, chama-se declaração tácita.”.

²⁶ Conforme construção doutrinária realizada por Menezes Cordeiro (2011, p. 543), ao analisar Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: “O Supremo, em acórdão de 5-Nov-1997, veio explicitar a ideia: os comportamentos requeridos pela declaração tácita terão de ser significantes, ‘positivos’ e ‘inequívocos’. Na determinação de uma declaração tácita há que atender aos usos e ao ambiente social onde ocorram os factos.”. Betti (2000, p. 124) considera o valor concludente como idoneidade do indício que justifica uma dedução segura e inequívoca.

²⁷ Acerca da necessidade de denotar convicção dos fatos que indirectamente externalizam a vontade do declarante, que o faz de forma tácita, elucida MartínezGallego (2000, p. 78): “*Las características que, por tanto, tales hechos han de reunir para ser considerados como declaraciones tácitas de voluntad contractual, es que sean concluyentes, inequívocos, evidentes y claros, de modo que de ellos se desprenda, sin duda posible, una solainterpretación: la voluntad del destinatário de la oferta de aceptar la misma.*”.

²⁸ Diverge, neste sentido, quanto à necessidade de serem os *facta concludentia* inequívocos, Rui de Alarcão (1959, p. 239), quando preleciona: “Isto posto, melhor seria dizer que a declaração tácita se deduz dos fatos

Por isso, é necessário ter cautela na investigação dos comportamentos do emissor da mensagem, para que somente sejam consideradas como declarações negociais tácitas aquelas que verdadeiramente possuem esta natureza.

Outro ponto a ser destacado com relação à declaração tácita reside na necessidade de obediência à forma requisitada pelo negócio jurídico ao qual se refere esta declaração (art. 217º, n. 2, do CCP). Para tanto, cumprindo com o que solicita o correlato dispositivo legal, os fatos concludentes que indicam a existência de uma declaração negocial indireta devem observar, também, a forma essencial ao competente negócio jurídico.

Não é porque a declaração de vontade ocorre por via indireta que lhe será dispensada a exigência da forma, quando seja esta requisitada pela especialidade do negócio jurídico em causa ou mesmo estipulado conjuntamente com a contraparte. Sendo assim, independentemente de ser o negócio jurídico formal ou informal, é possível a declaração negocial ser expressa ou tácita (salvo determinação legal ou convenção das partes em sentido contrário, que predetermine a manifestação exclusivamente expressa)²⁹, sendo valoradas equitativamente, uma vez que o requisito da forma exigido pressupõe o atendimento por qualquer um dos tipos³⁰, evitando tratamento desigual pela opção em adotar um em detrimento do outro (*princípio da liberdade declarativa* – previsto nos arts. 217º/1, primeira parte, e 219º do CCP³¹).

Sob estes fundamentos, bem como por expressa previsão legal, a exigência da forma como essencial ao negócio jurídico não se considera um óbice à opção pela declaração

concludentes *com toda a probabilidade* ou *com probabilidade bastante*, do que falar em *iequivocamente* ou em *necessariamente*.”.

²⁹ Acerca da compatibilidade entre a exigência de forma e a declaração tácita, disciplina Rui de Alarcão (1959, pp. 239-240): “[...] Ora não parece que haja incompatibilidade entre a exigência de forma e a possibilidade de a respectiva declaração se fazer tacitamente. Desde que os *facta concludenti* se mostrem revestidos da forma exigida, a declaração, embora tacitamente feita, nem por isso deixará de ser formal.”. Ewald Hörster (2007, pp. 439-440) comenta os casos excepcionais em que não se aplica este princípio, porquanto exigida a forma declarativa expressa.

³⁰ Este é o entendimento de Menezes Cordeiro (2011, p. 544), quando estabelece: “A natureza formal de uma declaração não impede que ela seja tacitamente emitida; como dispõe o artigo 217º/2 do Código Civil, requer-se, então, que a forma prescrita tenha sido observada quanto aos factos de que se deduz a declaração em causa.”.

³¹ Visualiza-se a aplicação deste princípio pelo STJ (PT) no Acórdão de 11 de Janeiro de 2011, rel. Moreira Alves, ao considerar que: “I - De acordo com o art. 595.º, n.º 1, al. a), do CC, para que a assunção de dívida seja válida é necessário o consentimento do credor e, por isso mesmo, tal como diz o preceito, o acordo entre o antigo e o novo devedor deve ser ratificado pelo credor. II - Como a lei não exige que essa ratificação seja expressa, deve aceitar-se a ratificação tácita, nos termos do art. 217.º, n.º 1, do CC, i.e., quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelem.”. Também neste sentido o Acórdão de 31 de Março de 2011, rel. Serra Baptista, ao dispor que “A declaração negocial, na compra e venda de bens móveis, pode ser expressa ou tácita. Tendo, em princípio, uma e outra o mesmo valor.”. Esclarecedora a lição de Vieira (2009, p. 23): “O art. 219º consagra a regra da consensualidade. Segundo esta regra, na falta de preceito legal impondo uma forma particular para a declaração negocial, o negócio jurídico pode ser validamente celebrado por qualquer forma.”.

negocial tácita, devendo a escolha ser facultada ao declarante, quando não imposta por lei, e valorada igualmente, tanto pelo ordenamento jurídico como pelas partes.

Como visto, o que distingue estes dois tipos de declaração, expressa e tácita, é a finalidade comunicativa da expressão de vontade do declarante, que se perpetra direta ou indiretamente. Ademais, não se deve buscar reconhecer a vontade que adormece no íntimo do agente, posto que seria um retrocesso adotar este caminho subjetivista.

De igual modo, não se confere respaldo à tentativa de distinção pelo meio utilizado para a expressão da vontade. Enfim, cumpre optar pelo fim ao qual se destina a declaração negocial e, do ponto de vista reflexo, observar como foi alcançado o conhecimento da vontade pelo receptor da mensagem declarativa³², numa perspectiva objetiva externa (conforme o critério interpretativo bem delineado pelo art. 236º do CCP). Ou seja: deve ser analisado todo o processo formativo, desde a sua exteriorização até a recepção (ou conhecimento) pelo declaratório.

2.2 AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO NEGOCIAL (O SILÊNCIO)

O silêncio é o “nada jurídico”³³. Não há como falar em exteriorização da vontade quando se trata do silêncio, justamente porque em relação a este inexistente qualquer manifestação neste sentido. Encontra-se vinculado ao estudo das declarações negociais pela necessidade de afastá-lo da caracterização como um destes tipos.

O silêncio nada mais é do que a ausência de qualquer vontade externalizada, não podendo ser considerado uma declaração negocial, incapaz, por conseguinte, de produzir efeitos jurídico-negociais, a par de perfectibilizar negócios jurídicos, tampouco funcionando como signo comunicativo a declaratórios determinados ou indeterminados³⁴.

³² Como afirma Betti (2000, p. 268-269): “O critério discriminador entre as duas formas [de declaração] [...] tem carácter puramente objectivo e consiste na diversa recognoscibilidade, que é directa numa e indirecta na outra. Pretende-se encontrá-lo na idoneidade e finalidade do processo de expressão adoptado para a função manifestativa ou comunicativa: idoneidade e destino a avaliar de acordo com o costume social [...]. É directa a recognoscibilidade, e explícita a manifestação, quando se produz – não importa se intencionalmente ou não – por meio de sinais que, na prática social ou por convenção das partes, desempenham a função de dar a conhecer um determinado conteúdo preceptivo àqueles a quem interessa (a linguagem falada ou escrita é o meio principal, mas não exclusivo, podendo, também, bastar, para essa missão, sinais, gestos e atitudes silenciosas).”

³³ Domingues de Andrade (2003, p. 138), com esteio em Cariota-Ferrara, pondera: “O silêncio só por si é, sem dúvida, um facto incolor, equívoco, como tal absolutamente insignificativo.”

³⁴ Se fosse possível a produção de feitos jurídicos decorrente do silêncio, poderia ser perpetrado o equívoco previsto por Domingues de Andrade (2003, p.135): “Se o simples silêncio envolvesse aceitação, qualquer pessoa estaria em condições de, dirigindo a outrem uma proposta negocial, obriga-lo a falar ou a agir no sentido de lhe patentear a não-aceitação da proposta, ou então a cumprir o negócio. Qualquer pessoa poderia a seu talante impor a outra as obrigações correspondentes. Poderia aproveitar-se do acanhamento, da distração, da pouca diligência da outra – ou da multiplicidade dos seus afazeres – para lhe extorquir negócios vantajosos.”

A aparência que se denota de uma análise perfunctória do silêncio é a de que se trataria este de um “não falar” ou “não fazer”³⁵ relevante. Entretanto, não se resume à esta simples roupagem³⁶. Estas duas situações podem também ser encontradas em hipóteses de declarações negociais expressas ou tácitas, não sendo este requisito suficiente para identificar o que se deve compreender como o silêncio jurídico, principalmente em sua faceta negocial.

Muito mais do que a simplicidade de preencher este conceito com a inação ou não verbalização, devemos partir do pressuposto da cognoscibilidade, para saber se existiu um ato de comunicação, apto valorá-lo como declaração negocial ou não. Caso inexistente comunicação em qualquer sentido pelo “suposto declarante” estar-se-á diante de uma situação de silêncio³⁷.

Em regra, não há como se extrair do silêncio qualquer efeito jurídico, uma vez que não se retira eficácia do nada jurídico. Consagra-se, até mesmo, possível a existência de uma vontade, mas que adormece na *psiqué* do sujeito, sem ser exteriorizada e, por esta razão, produzir consequências jurídicas³⁸. Como somente incidem os efeitos jurídicos quando a *voluntas* alcança o universo exterior, retirando-se do campo interno, subjetivo, à vontade que permaneça no pensamento do ser não se vinculam consequências jurídicas, não sendo o silêncio uma hipótese de exceção à esta regra.

Não se deve confundir o silêncio, também, com a omissão. Esta é um *não agir voluntário*, pelo qual o sujeito deixa de adotar determinada conduta no momento em que

³⁵ Conforme versa Oliveira Ascensão (2003, p. 37): “Aparentemente, o silêncio seria ainda uma exteriorização ou um comportamento: consistiria em «não falar». Seria portanto sempre uma conduta pela qual se projectariam fins na realidade exterior. Mas não é assim. Juridicamente o silêncio não é não falar, é não se manifestar.”

³⁶ Exemplifique-se: Marcos e Paulo conversam sobre um determinado assunto, e em determinada pausa Paulo oferece a Marcos a aquisição de um produto. Sem resposta deste, pouco tempo depois retomam a conversa sobre a matéria anterior. Não houve qualquer manifestação expressa de Marcos quanto à aceitação ou recusa à proposta feita por seu amigo, tampouco se considera possível extrair das circunstâncias da situação, dos atos e dos fatos uma resposta positiva ou negativa. Neste caso, Marcos silenciou sobre a proposta feita por Paulo, inexistindo qualquer manifestação de vontade a este respeito, mas, não deixou de falar ou agir, mas o fez sem qualquer destinação (direta ou indireta) ao negócio jurídico. Trata-se de hipótese de silêncio, na qual não se menciona um não falar ou não agir, porém, de onde não se produz nenhum efeito jurídico relativo à conduta em apreço. Semelhante exemplo é dado por Oliveira Ascensão (2003, p. 38).

³⁷ Conforme preceitua MartínezGallego (2000, p. 81): “*El silencio supone inactividad y, por tanto, ausencia de hecho positivo concluyente; silencio es omisión de declaración y como tal no supone significación objetiva alguna. Consecuentemente, se propugna como principio general que «el silencio o la falta de actuación de quien no puede ser considerado aún eventual aceptante no puede considerarse como una manifestación positiva de voluntad que lo vincule contractualmente».*”

³⁸ Afirma Domingues de Andrade (2003, p. 128): “Destes elementos – interno e externo – o mais importante é o último, porque onde ele não existir não se poderá falar sequer de negócio jurídico.” Para Ewald Hörster (2007, p. 435), “o que está em causa, no caso do silêncio, não é a ausência da vontade, é a ausência da manifestação desta.”

podia ou devia agir³⁹. Quanto ao silêncio, é apenas um *calar em situação de neutralidade*. A omissão configura uma projeção da vontade, somente podendo ser equiparada ao silêncio pelo modo de externalização da vontade, concernente na sua não manifestação⁴⁰.

Somente se confere ao silêncio valor de meio declarativo quando “atribuído por lei, uso ou convenção das partes” (art. 218º do CCP e art. 111 do CCB), ou seja, excepcionalmente. A partir destas circunstâncias concorrentes, o silêncio obtém a *feição* de signo de declaração⁴¹, em que pese a conservação da sua natureza jurídica.

Diversamente do aforisma que preceitua “quem cala consente” (derivado do preceito do Direito Canônico “*qui tacet, consentire videtur*”), quando se trata da ausência de declaração negocial, quem cala não consente, nem rejeita⁴². Quem cala (tanto em palavras como em atos), em verdade, opta por não emitir qualquer declaração de vontade, por não declarar nada, não podendo, assim, ser considerado este silêncio como aceitação ou rejeição, salvo as exceções trazidas pelo supramencionado dispositivo legal. O silêncio somente possuirá valor declarativo, portanto, quando existente causa anterior ou concomitante que permita conferir esta valoração, sejam estas circunstâncias a própria lei, os usos ou a convenção entre as partes⁴³.

Imprescindível frisar que não deve o silêncio ser considerado como uma declaração negocial, alterando a sua natureza jurídica, posto que deve, apenas, *valer como* meio declarativo, conferindo-lhe os efeitos de uma manifestação de vontade com conteúdo negocial. Traduz-se o silêncio, nas situações excepcionais autorizadas, em um signo de declaração. Enfim, a permissão concedida pelo texto normativo não tem a amplitude de transformar o silêncio numa declaração negocial, pois o mesmo não preenche os requisitos suficientes para tanto.

³⁹ Assim, distingue Oliveira Ascensão (2003, p. 38): “Omitir é não fazer algo que se poderia fazer; a omissão é conceito relativo. No silêncio não há, juridicamente, uma omissão, porque a omissão é ainda uma projeção de fins e o silêncio significa o nada.”

⁴⁰ Para Érico Andrade (2008, pp. 103-104): “A omissão significadeixar de agir voluntário, como projeção da vontade: omitir é não fazer algo que se poderia fazer. No silêncio, ao contrário, não há projeção de vontade. O silêncio é o nada, enquanto que no simples comportamento omissivo há certa projeção da vontade, inclusive para efeito de reparação de dano. O silêncio só poderia ser equiparado à omissão no que diz respeito à forma de exteriorização: ambos são a não-exteriorização. Só que o silêncio é o nada. Já a omissão é sempre valorada do aspecto jurídico, porque significa certo tipo de atitude jurídica: alguém deixou de agir quando podia agir.”

⁴¹ Flume (1992, p. 95) aponta neste sentido, pois considera que o silêncio somente será um ato de declaração se relacionado com outras declarações, assumindo-se como signo de declaração pelas circunstâncias concorrentes.

⁴² Esclarece Duarte (2012, p. 100), neste sentido: “Não se deve entender o silêncio segundo a noção vulgar, quando a questão for jurídica, pois nesta importa não só o não falar, como o não fazer. Tampouco é possível dar guarida ao dito popular ‘quem cala consente’”. Labora nesta mesma contraposição ao aforisma Oliveira Ascensão (2003, p. 38), afirmando que “ninguém sofre vinculação em consequência do seu silêncio.”

⁴³ Segundo Domingues de Andrade (2003, p. 138): “o silêncio não pode interessar quando isolado de qualquer circunstância anterior ou concomitante – máxime um comportamento da contraparte ou de outrem”.

O que autoriza a norma jurídica é a incidência dos efeitos jurídicos de declaração negocial ao silêncio, porquanto se depreende por sua própria definição, como ausência de declaração negocial, e pela interpretação gramatical da norma, ao utilizar a expressão “vale como”, que emanam os mesmos efeitos de uma manifestação de vontade com conteúdo negocial⁴⁴, colocando-o em *condição análoga à de declaração negocial, sem atribuir-lhe natureza declarativa*.

Esta concessão de valor jurídico somente ocorre em caráter excepcional: “por lei, uso ou convenção”. Acerca deste último elemento (denominado via autônoma), essencial perceber que a criação da convenção que estipule a incidência de valor declarativo ao silêncio não pode ser feita através de uma ausência de declaração. Desta afirmação se retira a conclusão de que, nestes casos, há sempre uma declaração expressa ou tácita precedente, apta a formar a convenção que atribui ao silêncio o correlato valor declarativo⁴⁵.

De outro modo, a lei e os usos (via heterônoma), por gozarem desta prévia constituição valorativa, sendo anteriores à determinada posição de silêncio, prescindem de uma declaração prévia de qualquer das partes para autorizar esta valoração⁴⁶. Quanto aos usos, cumpre observar que é a própria lei que confere este valor, podendo-se, portanto, reduzir a identificação dos casos excepcionais à lei e à convenção⁴⁷.

2.3 O INÍCIO DA REFLEXÃO

Conclui-se, portanto, que o mero silêncio não tem valor declarativo em qualquer hipótese. Não se aplica, aqui, uma presunção absoluta de anuência ou rejeição de determinada

⁴⁴ Como dito por Menezes Cordeiro (2011, p. 545): “Como ponto prévio, deve frisar-se que o artigo 218º não considera o silêncio com uma declaração negocial; ele apenas manda que, ao silêncio, se apliquem regras da declaração negocial, no tocante aos efeitos (“...vale como declaração...”)). Exemplifica Oliveira Ascensão (2003, p. 39) com as hipóteses do art. 1.805º/2 do Código Civil.

⁴⁵ Neste íterim, pontua EwaldHörster (2007, p. 435): “Parece que uma convenção que atribui valor declarativo ao silêncio não pode ser criada, ela própria, pelo silêncio. O silêncio como meio declarativo só deve ser possível no caso de resposta a uma declaração expressa (ou eventualmente tácita) precedente. O silêncio é uma maneira de reagir. Não parece possível tomar uma iniciativa (p. ex., fazer uma proposta) por meio do silêncio.”. Sobre a necessidade da convenção entre as partes, Vieira (2009, p. 18) afirma que “ninguém pode impor a outrem, sem o seu acordo, que o silêncio valha como declaração, qualquer que seja o seu sentido”.

⁴⁶ Destaque-se, neste ponto, a ressalva de Oliveira Ascensão (2003, p. 41): “Mesmo que a lei ou os usos atribuam efeitos negociais ao silêncio, não brota do silêncio um negócio jurídico: apenas se ligam efeitos negociais a um facto não negocial. [...] Apenas, nesse caso extraem-se a partir do silêncio efeitos equivalentes aos que seriam próprios de uma declaração negocial.”. O valor declarativo do silêncio não o transforma em fato negocial, posição com a qual concordamos.

⁴⁷ Na concepção de Érico Andrade (2008, p. 105): “No caso dos usos, é a própria lei que encampa o uso como relevante para imprimir efeito jurídico ao silêncio, de modo que as hipóteses de relevância jurídica do silêncio podem se reduzir a estas duas: lei e contrato.”.

proposta pelo simples fato de inexistir manifestação de vontade acerca de determinada vinculação negocial.

Muito além da chancela do aforisma “quem cala, consente”, o universo jurídico requisita uma análise apurada da reacção silenciosa do agente, retirando-a, *a priori*, qualquer efeito jurídico que se pretenda produzir. Assim, em regra, este *calar em situação de neutralidade* não serve como aceitação ou recusa de uma proposta, traduz uma abstenção quanto à própria manifestação da vontade, estabelecendo um vácuo quanto a um dos pressupostos da perfectibilização do contrato, a resposta. Por isso, não há, a princípio, vinculação contratual enquanto a contraparte optar por silenciar por atos e palavras.

Vê-se, no particular caso do silêncio, que não se constata um signo comunicativo, apto a notificar a outra parte da vontade que (in)existe na *psiquè* do agente. Por esta razão, não há como configurá-lo como declaração negocial, principalmente por não apresentar qualquer intuito de formação de um negócio jurídico.

De modo excepcional, considera-se possível colocar o silêncio em uma *condição análoga à de declaração negocial*, mas *sem atribuir-lhe natureza declarativa*. Não há como subverter a sua natureza de neutralidade e transforma-lo em meio declarativo, funcionando como manifestação de vontade do agente, que optou por não fazê-lo. Como é cediço, somente alcançará este valor declarativo, ou seja, assumindo efeitos da declaração negocial, quando preestabelecido por lei, pelos usos ou por convenção entre as partes.

Por fim, esta breve análise nos conduz à conclusão do primeiro aspecto desta reflexão incipiente: o silêncio é o nada jurídico, desde que não abastecido pela eficácia da lei, dos usos ou da convenção das partes.

REFERÊNCIAS

ALARCÃO, Rui de. 1959. *Declarações expressas e declarações tácitas: o silêncio – anteprojecto para o novo código civil*. In: Boletim do Ministério da Justiça, n.86 (Maio), pp.233-241, Lisboa, Ministério da Justiça.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. 1992. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II, Coimbra, Almedina.

ANDRADE, Érico.2008. *O Silêncio no Ato e no Negócio Jurídico*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 98, pp. 99-118, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. 2003. *Teoria Geral da Relação Jurídica – facto jurídico, em especial negócio jurídico*, vol. II, Coimbra, Almedina.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 2003. *Direito Civil Teoria Geral– Acções e Factos Jurídicos*, 2. ed. vol. II, Coimbra, Almedina.

BETTI, Emilio. 2000. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Trad. A. Martín Pérez. Granada, Comares.

CASTRO Y BRAVO, Federico. 1967. *El negocio Jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

CORDEIRO, António Menezes. 2011. *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*, Tomo I, 3. ed., Lisboa, Almedina.

DUARTE, Nestor. 2012. *Parte Geral – arts. 1º a 232*. In: Código Civil Comentado – doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002, coord. Ministro Cezar Peluso, 6. ed., pp. 15-178, Barueri-SP, Manole.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. 2007. *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II – fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica. 4. ed., Lisboa, Universidade Católica Editora.

FLUME, Werner. *El negocio jurídico – Parte general del Derecho civil*, Tomo segundo. Trad. José María Miquel González y Esther Gómez Calle. 4. ed. Madrid, Fundación Cultural del Notariado.

GALGANO, Francesco. 1992. *El negocio jurídico*. Trad. Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia, Tirant lo Blanch.

GOMES, Orlando. 2008. *Contratos*, 26. ed., São Paulo, Forense.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. 2007. *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria geral do direito civil*, 4ª reimp., Coimbra, Almedina.

_____. 1983. *Sobre a formação do contrato segundo os arts. 217º e 218º, 224º a 225º e 228º a 235º do Código civil*. In: Separata da Revista de Direito e Economia, n. 9, Coimbra, Universidade, pp.121-157.

JHERING, Rudolf von. 2008. *Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra, Almedina.

JORGE, Fernando Pessoa. 1976. *Lições de direito das obrigações*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María. 2000. *La formación del contrato através de la oferta y la aceptación*. Madrid, Marcial Pons.

MELLO, Marcos Bernardes de. 2012. *Teoria do Fato Jurídico* – Plano da Existência. 18. ed., São Paulo, Saraiva.

MENDES, João de Castro. 1998. *Teoria Geral do Direito Civil*, vol I, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. 2005. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra, Coimbra Editora.

MOTA PINTO, Paulo. 1995. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, Almedina.

PICH, Salvador Durany. 1992. *Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta : el espejo roto*. In: Anuario de derecho civil, t.45, n.3, pp. 1011-1096, Madrid, Ministerio de Justicia.

PINTO, Paulo Mota. 2009. *Falta e vícios da vontade na declaração tácita*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita (Org. Diogo Leite de Campos), vol. II, *Stvdia Iuridica* 96, pp. 515-568, Coimbra, Coimbra Editora.

ROPPO, Enzo. 2009. *O contrato. Trad.* Ana Coimbra e M. Janeiro C. Gomes. Coimbra, Almedina.

SÁNCHEZ, Luis Filipe Ragel. 2002. *A formação dos contratos*. In: Direito da Sociedade da Informação – Associação Portuguesa do Direito Intelectual, vol. III, pp. 69 -93, Lisboa, Coimbra Editora.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. 1961. *Perfeição da declaração de vontade: eficácia da emissão da declaração* – requisitos especiais da conclusão do contrato, Lisboa, [s.n.].

_____. 1958. *Fontes das obrigações – O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes de obrigações*.

In: Boletim do Ministério da Justiça, n. 77, Lisboa, Ministério da Justiça.

TELLES, Inocêncio Galvão. 2002. *Manual dos Contratos em Geral*, 4. ed., Lisboa, Coimbra Editora.

TUTIKIAN, Priscila David Sansone. 2008. *O silêncio na formação dos contratos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.

VARELA, João de Matos Antunes. 2011. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10. ed., 8. reimp., Coimbra, Almedina.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. 2012. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. Coimbra, Almedina.

VIEIRA, José Alberto. 2009. *Negócio Jurídico* – anotação ao regime do Código Civil (artigos 217º a 295º), Lisboa, Coimbra Editora.