

2017 - 02 - 15

## Revista dos Tribunais

2016

RT VOL.968 (JUNHO 2016)

DOCTRINA

DIREITO CIVIL

### Direito Civil

## 1. O silêncio como declaração de vontade e a sistemática do código civil brasileiro

---

### The silence as a statement of will and the systematic o brazilian civil code

(Autor)

MAGNO ALVES

*Mestre e Doutorando em direito civil pela UFRGS. mgnalves@yahoo.com.br*

#### Sumário:

- 1 Introdução
- 2 O silêncio como declaração de vontade na teoria do negócio jurídico
  - 2.1 A teoria do negócio jurídico e o silêncio
  - 2.2 As circunstâncias qualificadoras do silêncio no Código Civil
    - 2.2.1 Circunstâncias aptas a qualificar o silêncio como declaração de vontade
    - 2.2.2 Circunstâncias insuficientes para qualificar o silêncio como declaração de vontade: a questão da responsabilidade pelo interesse negativo
- 3 O silêncio como declaração de vontade na sistemática do Código Civil
  - 3.1 A técnica legislativa, a metodologia jurídica e o silêncio no Código Civil
  - 3.2 A unificação do direito das obrigações e o silêncio no Código Civil
    - 3.2.1 O significado da unificação
    - 3.2.2 A não superação da dualidade entre os contratos civis e mercantis
    - 3.2.3 A unificação e a questão do silêncio
- 4 Conclusão
- 5 Referências bibliográficas

**Área do Direito:** Civil

#### Resumo:

Este artigo trata do silêncio como declaração de vontade na teoria do negócio jurídico, focando especialmente

nas implicações sistemáticas da disciplina do tema no Código Civil, através do seu art. 111, que representa exemplo emblemático da unificação formal e da comercialização do direito privado brasileiro. Ao final, será apresentado brevemente o balanço dessa unificação/comercialização, que poderá ser abreviada caso o projeto de Código Comercial em tramitação tenha êxito.

## Abstract:

This article deals with the silence as a statement of will in the juristic act theory, especially focusing on the systematic implications of the issue of discipline in the Civil Code, through its art. 111, which is emblematic example of formal unification and commercialization of Brazilian private law. At the end, it will be briefly presented the balance of unification / commercialization, which may be abbreviated if the Commercial Code project in progress is successful.

**Palavra Chave:** Teoria do negócio jurídico - Declaração de vontade - Silêncio - Comercialização do direito civil - Unificação do direito privado.

**Keywords:** Juristic act theory - Statement of will - Silence - Commercialization of civil law - Unification of private law.

## 1. Introdução

A questão do silêncio no direito é rica e o seu estudo constitui uma ótima oportunidade para esclarecer aspectos importantes sobre a concepção de negócio jurídico adotada pelo  [Código Civil](#) e sobre a sistemática por este incorporada. Esse o foco do presente estudo, o qual pretende, além de esclarecer a questão específica do silêncio como declaração de vontade, verificar as implicações sistemáticas do modo como a matéria foi disciplinada no Código.

Para adentrar no tema proposto, são pertinentes algumas considerações feitas por Natalino Irti <sup>1</sup> a respeito da desvalorização do acordo - tomada a expressão como o produto de um diálogo, de um perguntar e responder, como produto, enfim, do ato de falar - como base sobre a qual se alicerça o contrato. Tais considerações são interessantes para que se diga algo a respeito da acepção jurídica do termo silêncio e para que se opere o primeiro grande corte na temática que será objeto do presente trabalho.

Irti debruça-se sobre a hipotética jornada de um homem qualquer que pratica alguns atos dotados de relevância jurídica. Inicialmente, tal homem encontra o proprietário de um imóvel cuja aquisição se negocia, ocasião em que discutem com exatidão as condições do negócio. Ato contínuo, vai ao banco de sua preferência e assina alguns formulários, através dos quais passa a manter relações com a instituição financeira. Feito isso, o homem vai a um mercado e adquire alguns bens de consumo, após volta para casa e adquire um produto qualquer através da internet, por meio de alguns cliques no *mouse* do computador.

Analisando juridicamente essa jornada, diz o autor italiano que o pensamento dogmático do jurista, buscando sempre a ordem, não vê dificuldades em enquadrar todas essas hipóteses díspares em um único instituto. Para isso, recorre ao conceito de contrato: através do emprego da noção de vontade, que estaria presente em todas aquelas situações, pois constitutivas sempre de um ato de escolha, consomem-se todas as diferenças existentes nas hipóteses apresentadas, reduzindo-se a multiplicidade à unidade. Ocorre que, para o autor, uma análise fenomenológica não se satisfaz com essa solução. Apenas o primeiro dos exemplos corresponderia ao esquema legislativo do contrato, baseado que é na noção de acordo. <sup>2</sup> Apenas aí estaria presente o diálogo, o perguntar e responder, o falar, sem o que não é possível falar em verdadeiro acordo. Nos contratos standardizados (segundo exemplo citado por Irti), ainda há a palavra, mas ela passa a ser escrita. No terceiro exemplo, o declínio do diálogo chega ao extremo: as trocas refutam a linguagem, permanecendo apenas a *fisicità* mesma das coisas. Não mais o símbolo, mas a coisa mesma. Quanto às relações jurídicas através da internet, por fim, elas nem sequer pressupõem mais o contato interpessoal para ocorrerem.

Enfim, extingue-se o diálogo e reina o silêncio: *il diritto muto*. <sup>3</sup>

A essa altura, pergunta-se qual a relação das hipóteses tratadas por Irti com a noção *jurídica* de silêncio. A

resposta, adianta-se, é que a relação é ínfima. Com efeito, em todas as hipóteses apontadas por Irti, há, no mínimo, um *ato concludente* (assinar um formulário, pegar uma coisa e entregar o dinheiro, apertar uma tecla) constitutivo de uma *declaração tácita* de vontade. Todas são hipóteses de um comportamento material inequívoco, apreciável sensitivamente. A questão do silêncio, juridicamente entendido, é outra. O conceito com o qual se trabalha é o jurídico. Não se trata da ausência de algo perceptível pelo sentido da audição (ausência da palavra falada, do diálogo, base do acordo), conforme a noção comum atribuída ao termo silêncio, mas da ausência total de qualquer ato perceptível pelos sentidos. Em outras palavras, o que se discute não é o nada falar, mas o nada fazer. <sup>4</sup> O silêncio, no seu sentido jurídico, significa uma omissão absoluta, uma ausência total de ação, pelo que, talvez, fosse mais preciso falar em inércia.

Eis aí o tema do presente trabalho, que tem por objeto a declaração de vontade por meio do silêncio, que não se confunde com a declaração de vontade silenciosa ou com o comportamento declarativo silencioso. <sup>5</sup>

Assim entendido, fica flagrante que a questão do silêncio no direito é extremamente ampla. Trata-se, ao fim e ao cabo, da outra face de praticamente todas as situações ativas: nos casos em que se exige a realização de um ato, a sua omissão tem uma consequência jurídica. Necessária, portanto, a realização de severos cortes no tema.

O presente estudo cingir-se-á ao tema dos contratos, enfocando-o apenas na fase de sua formação, muito embora não se desconheça a grande relevância do tema em todas as fases da relação contratual. <sup>6</sup> Além disso, apenas se abordará a questão do silêncio no que diz respeito à aceitação da proposta, pois, tendo em vista que a proposta deve conter todos os elementos necessários para a formação do contrato, é difícil que ela se dê por omissão. A aceitação, pelo contrário, é global, pelo que "basta a resposta 'aceito'". <sup>7</sup>

Ainda quanto à delimitação do tema, é relevante destacar que, no direito brasileiro, o silêncio pode ser efetivamente uma declaração, não se reduzindo a uma equiparação legal. Basta ver que o art. <sup>RTD</sup> 111 do <sup>RTD</sup> CC/2002 <sup>8</sup> não adotou, por exemplo, a terminologia empregada pelo art. <sup>RTD</sup> 218 do <sup>RTD</sup> Código Civil Português, segundo o qual o silêncio *vale* como declaração. Este dispositivo conduz a uma ideia de equiparação: o silêncio não constitui uma declaração, mas pode ser equiparado a ela (valer como ela) por força de lei. Esta, ressalta-se, é a posição doutrinária adotada por muitos juristas portugueses, na esteira do Código Português, e, no Brasil, antes da entrada em vigor do <sup>RTD</sup> Código Civil vigente, por Orlando Gomes, autor para quem somente pode constituir declaração uma manifestação expressa de vontade. <sup>9</sup> Entretanto, é importante reconhecer que a existência do art. <sup>RTD</sup> 111 do <sup>RTD</sup> CC/2002 não exclui a existência de hipóteses em que há apenas uma equiparação legal para fins de determinação dos efeitos jurídicos aplicáveis ao silêncio. <sup>10</sup> Desse modo, constitui problema pertinente o enquadramento dogmático de cada hipótese em uma ou outra das duas categorias. <sup>11</sup> Esse também não constitui, contudo, apesar de sua importância, o objeto do presente estudo. <sup>12</sup> O tema que aqui será tratado refere-se às hipóteses em que o silêncio constitui uma genuína declaração de vontade.

Dentro desses lindes, uma das questões pertinentes diz respeito a perquirir se uma omissão total é apta a caracterizar uma declaração de vontade. Vista essa questão, o caminho natural será perquirir sob quais condições o silêncio pode constituir uma declaração negocial. Esses são os temas dos dois primeiros tópicos do trabalho, constitutivos de seu primeiro capítulo.

A primeira questão, embora seja prejudicial à segunda, não é o foco principal deste estudo, de modo que será vista sem grande profundidade no primeiro capítulo. Considerando, contudo, que seu tratamento impõe uma tomada de posição a respeito da teoria do negócio jurídico, esse primeiro tópico, apesar da concisão, constituirá uma oportunidade para a apresentação de indicativos sobre a teoria do negócio jurídico que está subjacente ao <sup>RTD</sup> Código Civil.

Vista a primeira questão proposta, o foco será direcionado para a análise das circunstâncias capazes de qualificar o silêncio como declaração. Será visto que a qualificação do silêncio é feita através da remissão às circunstâncias do caso e aos usos e costumes, ou seja, através do recurso a *standards*. É justamente desse aspecto que serão extraídas as questões relativas à sistemática adotada na legislação civil, o que constitui o

objeto da segunda parte do estudo.

Com efeito, o emprego de cláusulas de conteúdo aberto pelo legislador conduz a questionar o modo de legislar adotado no [RTD Código Civil](#) e a técnica de aplicação de suas normas, culminando a análise na abordagem da diretriz da concreção, essencial para o correto entendimento do tratamento do silêncio no [RTD Código Civil](#).

Relacionado a este tema está o da unificação/comercialização do direito privado - fenômeno do qual a inclusão do art. 111 no [RTD CC/2002](#) é um exemplo emblemático -, cuja análise fechará a segunda parte do estudo.

O problema de pesquisa que se propõe diz respeito, portanto, às implicações sistemáticas da inclusão de um artigo como o 111 no [RTD Código Civil](#), sendo que a sua análise será procedida pelos dois vieses apontados - estudo da técnica de legislar e de aplicar o direito adotada/ensejada pelo [RTD Código Civil](#) e estudo do que se vem chamando de comercialização do direito privado. Trata-se de dois temas que estão implicados, sendo que a ligação entre eles ficará clara por ocasião da conclusão deste estudo.

Uma das questões que se poderia colocar a respeito do tema refere-se a questionar o que se pode esperar dos avanços do projeto de Código Comercial em curso, mais especificamente, qual seria o impacto de sua aprovação para o [RTD Código Civil](#) atual e, de modo mais amplo, para o direito civil, questão a que se dedicará breve referência por ocasião da conclusão.

Ressalta-se que, devido à natureza deste estudo, as questões tratadas não poderão ser desenvolvidas além do necessário para fornecer o devido suporte à conclusão a respeito do problema proposto, pelo que será comum a remissão aos estudos especializados pertinentes, onde poderá ser encontrada ampla bibliografia a respeito.

## 2. O silêncio como declaração de vontade na teoria do negócio jurídico

### 2.1 A teoria do negócio jurídico e o silêncio

Entende-se, hoje, com naturalidade, que o silêncio pode constituir declaração de vontade, até mesmo porque a questão está resolvida pelo direito positivo. Em vista disso, este primeiro tópico cingir-se-á a apresentar a teoria do negócio jurídico capaz de enquadrar dogmaticamente a disciplina legislada e a esclarecer o modo como o silêncio se articula nessa teoria.

Passando ao tema, observa-se que há acordo entre os juristas em relação à acepção do negócio jurídico como ato de autonomia privada. Ocorre que a expressão autonomia privada é utilizada com significados extremamente diversos. Como exemplo, pode-se citar a polêmica, ocorrida no final da primeira metade do século XX, entre Betti e Stolfi. Para este, a autonomia privada é sinônimo de autonomia da vontade e o negócio jurídico é a atuação da força criadora da vontade privada no campo jurídico. Para aquele, a autonomia privada é essencialmente autonomia social, com a consequência de que o negócio jurídico encontra no ordenamento jurídico reconhecimento e tutela apenas quando cumpre uma função socialmente útil. Esta não é, contudo, a oportunidade para adentrar nessa polêmica. <sup>13</sup> Para os restritos objetivos deste estudo, basta desenvolver a afirmação de Antonio Junqueira de Azevedo no sentido de que, embora a parte construtiva da teoria de Betti seja contestável, é irresponsável a crítica incisiva por ele lançada contra as concepções voluntaristas do negócio jurídico. <sup>14</sup>

Segundo Betti, <sup>15</sup> não colhe a essência do negócio jurídico a definição que o caracteriza como manifestação de vontade voltada à produção de efeitos jurídicos, pois essa perspectiva tem o defeito radical de reduzir o negócio a um mero fato psicológico. Para o autor, as teorias tradicionais desconhecem no negócio jurídico a sua natureza de fato social que pertence à vida de relação, de modo que não enxergam a dupla exigência a que deve obedecer ao exercício da autonomia privada. A primeira exigência corresponde a uma necessidade de *despsicologizzare* o ato de autonomia, isentando-o daquele aspecto psicológico individual, não reconhecível socialmente, de modo a submetê-lo a uma interpretação típica, segundo a representação ( *vedute*) social. A segunda é uma exigência de *riconoscibilità* do ato no ambiente social.

A razão comum dessa dupla exigência está em que o que é objeto de interpretação e de valoração no mundo

social não pode ser o mero fato psicológico interno, mas o dado objetivo reconhecível no ambiente social através de formas de comportamento. Desse modo, Betti não nega que aquilo que a pessoa faz ou declara é, normalmente, algo querido. Nega, contudo, que, no negócio jurídico, a vontade esteja em primeiro plano. O que vale não é o fato psicológico interno em relação ao qual a declaração limitar-se-ia a uma simples função representativa ou probatória. A declaração tem uma *função constitutiva*: ela não se limita a representar um dado conteúdo, uma vez que, ao mesmo tempo, o põe em ato, o faz presente como uma estatuição que nela tem existência.

Se assim é, cabe perguntar se é possível a conclusão de um negócio jurídico através do silêncio entendido como inércia. Como visto acima, o negócio jurídico pressupõe um ato que seja reconhecível no ambiente social. Até mesmo para as teorias voluntaristas a questão é problemática, uma vez que, mesmo considerando a vontade como sendo a essência do negócio jurídico, lhe é essencial a exteriorização. O fulcro das concepções voluntaristas não está na dispensa de manifestação externa da vontade, mas em que a declaração, apesar de indispensável, é mero instrumento de expressão dela, devendo haver uma necessária congruência entre o querido e o declarado, prevalecendo sempre aquele sobre este, pelo que a inexistência de vontade implicaria sempre a inexistência do próprio negócio jurídico.

Considerando isso, como conciliar o entendimento de que o negócio jurídico exige uma declaração que seja reconhecível externamente e o entendimento de que o silêncio, entendido como omissão absoluta, pode caracterizar uma declaração? Trata-se de perquirir se a teoria do negócio jurídico é capaz de dar resposta adequada à questão do silêncio, enquadrando previsões legislativas como a do art. 111. O ponto principal do problema está em determinar o que se deve entender por declaração de vontade e qual o seu papel na concepção do negócio jurídico.

A questão é bem explicada pela teoria do negócio jurídico tal qual apresentada por Antonio Junqueira de Azevedo, em obra através da qual o autor tratou de identificar a *estrutura* do negócio jurídico, ou seja, o que ele é. <sup>16</sup> Na conhecida obra, o autor, após rechaçar as teorias que definem o negócio jurídico pela gênese e pela função, diz que o negócio jurídico é uma declaração de vontade, entendida esta como uma manifestação de vontade qualificada por certas circunstâncias que fazem com que ela seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos. Não se trata, portanto, de uma manifestação de vontade qualquer, mas de uma manifestação de vontade qualificada pelas chamadas *circunstâncias negociais*.

Quanto às tais circunstâncias negociais, Azevedo esclarece que constituem um esquema/padrão/modelo cultural de atitude jurídica normalmente conhecido e adotado pelos membros de uma comunidade quando querem se vincular juridicamente, de modo que o direito, seguindo a visão social, atribui à declaração os efeitos manifestados como queridos. Considerando que tal modelo de conduta deriva, normalmente, de uma escolha deliberada, tem-se que, em regra, há consciência do seu caráter jurídico. Tal consciência, contudo, não é necessária para a existência do negócio, pois o que importa é a avaliação exterior do ato, o que ele representa segundo as circunstâncias que o qualificam. No mesmo sentido, está o entendimento de Carlos Mota Pinto, ao dizer que a nota essencial do negócio jurídico é o elemento exterior: o valor social da aparência e a cognoscibilidade. <sup>17</sup> Assim, os aspectos voluntaristas somente têm relevância no plano da validade.

Dentro desse contexto, Azevedo chega à conclusão de que a questão do silêncio é de forma, <sup>18</sup> ou seja, do meio através do qual o sujeito expressa a sua vontade. Assim, tratando-se de questão de forma, não há motivo pelo qual o silêncio não possa ser considerado declaração, uma vez que o art. <sup>RTD</sup> 107 do <sup>RTD</sup> CC/2002 é expresso em estabelecer a liberdade de formas nas declarações de vontade, com exceção dos casos em que houver exigência legal expressa em sentido contrário.

Conclui-se que, cercado de circunstâncias que façam com que um ato omissivo seja visto socialmente como destinado a produzir efeitos jurídicos, o silêncio pode ser considerado uma genuína declaração, com o que se dá uma explicação teórica satisfatória ao disposto no art. <sup>RTD</sup> 111 do <sup>RTD</sup> CC/2002.

Visto isso, a questão passa a ser perquirir sob quais circunstâncias o silêncio caracteriza uma genuína declaração de vontade.

## 2.2 As circunstâncias qualificadoras do silêncio no Código Civil

### 2.2.1. Circunstâncias aptas a qualificar o silêncio como declaração de vontade

Salienta-se, desde logo, que o silêncio *puro* apenas tem eficácia nas hipóteses previstas em lei, <sup>19</sup> caso em que o valor do silêncio já está previamente tipificado, sem que seja necessária a sua interpretação a partir das circunstâncias que o cercam visando a definir o seu valor jurídico, o qual está estabelecido de antemão.

Não sendo esse o caso, é o silêncio e suas circunstâncias que estão a atuar, não podendo aquele ser isolado de seus dados contextuais, tal como não o pode ser qualquer declaração de vontade, uma vez que o seu significado somente pode ser apurado com precisão no contexto em que se insere. Com efeito, segundo Pontes de Miranda, o silêncio é apenas um dos elementos para se saber se houve declaração, <sup>20</sup> o que se complementa com o entendimento de Giampiccolo, para quem a conduta omissiva apresenta uma natural opacidade, dependendo sempre das circunstâncias o determinar se o não agir corresponde a um consentir ou refutar. <sup>21</sup> Assim, tem-se que o núcleo tormentoso do problema reside justamente na determinação dos outros elementos que devem estar presentes.

Ocorre que constituiria uma temeridade a concreção legislativa das circunstâncias a partir das quais o silêncio tem relevância jurídica, uma vez que é impossível determinar *a priori* o valor do silêncio. <sup>22</sup> Por outro lado, uma indeterminação absoluta a respeito da matéria seria fonte de grande perigo. <sup>23</sup> Adequada, nesse contexto, uma regulamentação da matéria através de *standards*, tal qual levada a cabo no <sup>RTO</sup> [Código Civil](#) sob a influência do Código Suíço de Obrigações de 1881, com o que o direito brasileiro se alinhou ao entendimento positivado na maioria das legislações atualmente em vigor. <sup>24</sup>

O <sup>RTO</sup> [Código Civil](#) prevê expressamente como circunstâncias qualificadoras do silêncio as circunstâncias do caso, os usos (art. <sup>RTO</sup> [111](#) do <sup>RTO</sup> [CC/2002](#)) e o costume (art. <sup>RTO</sup> [432](#) do <sup>RTO</sup> [CC/2002](#)), todos *standards* que, derivados da realidade social, apresentam a flexibilidade suficiente para abranger todas as hipóteses em que o silêncio é eloquente.

Assim, o <sup>RTO</sup> [Código Civil](#) apresenta uma determinação mínima da questão, mas sem a exclusão de outras fontes de circunstâncias relevantes. São pertinentes todas as circunstâncias que, embora não apontadas expressamente pelo art. <sup>RTO</sup> [111](#) do <sup>RTO</sup> [CC/2002](#), sejam de aplicação geral ao negócio jurídico. <sup>25</sup> Isso vale para a boa-fé, prevista no art. 113 como cânone de interpretação das declarações de vontade. Idem para as circunstâncias derivadas da lógica inerente ao direito privado, como eventuais circunstâncias que sejam decorrências da liberdade contratual.

De qualquer modo, é difícil que alguma hipótese relevante vá fugir à previsão das circunstâncias do caso. Não houve referência expressa, exemplificativamente, à convenção das partes conferindo valor ao silêncio, a qual, contudo, enquadra-se perfeitamente naquele conceito flexível, além de ser decorrência lógica do reconhecimento da autonomia privada, amplamente vigorante no direito das obrigações. <sup>26</sup>

O Código também não fez referência à prática anterior entre as partes como circunstância apta a qualificar o silêncio, o que também não constitui deficiência, pois se trata de outra hipótese enquadrável no conceito de circunstâncias do caso, além de se tratar de decorrência lógica da proteção da confiança. <sup>27</sup> Muito interessante é o fato de que a relação anterior entre as partes está prevista no art. <sup>RTO</sup> [39, VI](#), do <sup>RTO</sup> [CDC](#), configurando uma das hipóteses excepcionais em que o Código do Consumidor atribuiu relevância ao silêncio vinculando o consumidor.

Quanto aos usos, remetem àquilo que normalmente ocorre num específico setor de atividade econômica ou de ambiência cultural na qual concluída e desenvolvida a relação, sendo habitualmente utilizados por aqueles que atuam em tal âmbito. Podem assumir uma função hermenêutica e integrativa, colmatando lacunas, com possibilidade, inclusive, de derogar normas dispositivas. <sup>28</sup>

Os usos são padrões de normalidade vigentes num ambiente ou mesmo em relações específicas entre partes determinadas. Assim, a hipótese abrange os usos gerais do comércio, os usos particulares de certas atividades

ou localidades, além dos que forem apenas interpartes. Não se afasta, portanto, a noção de uso quando se faz referência às práticas anteriores entre indivíduos determinados, mesmo que tais práticas não sejam compartilhadas por outros indivíduos do mesmo círculo.

Sobre a operatividade dos usos, destaca-se que eles atuam a partir de um juízo de coerência operado a partir da visão do meio social e não como uma presunção da intenção daquele que permaneceu inerte.<sup>29</sup> Trata-se de apurar, objetivamente, o valor da inércia segundo as práticas normalmente levadas a cabo em um dado ambiente ou entre as partes nas suas relações anteriores. O juízo não é abstrato, uma vez que deve fazer referência, necessariamente, à situação em que se encontravam as partes em relação às práticas vigorantes no meio ou às relações anteriores entre elas.

Não se confundem com os costumes, regras consuetudinárias dotadas de convicção de obrigatoriedade em um dado âmbito. Mas a distinção não tem maior relevância para o presente tema, pois tanto os usos quanto os costumes podem qualificar o silêncio como declaração, a teor dos arts. 111 e 432, ambos do [RTD CC/2002](#).

Vistos esses aspectos sobre as circunstâncias qualificadoras do silêncio, é importante tratar de algumas circunstâncias que não são suficientes para qualificá-lo como declaração de vontade, apesar da existência de fatores que ensejam dúvidas a respeito.

### 2.2.2. Circunstâncias insuficientes para qualificar o silêncio como declaração de vontade: a questão da responsabilidade pelo interesse negativo

É importante tratar de algumas hipóteses duvidosas quanto à qualificação do silêncio como declaração de vontade, com o que, inclusive, será possível atingir uma maior precisão na compreensão da questão.

A primeira hipótese a ser tratada tem por base a disposição defeituosa do art. [RTD 432](#) do [RTD CC/2002](#); a segunda deriva de uma certa doutrina que tem bastante força na teorização da questão do silêncio, a qual sustenta que o silêncio constitui declaração quando há o dever/ônus de falar e o sujeito se abstém ou quando há violação das legítimas expectativas da outra parte.

Quanto à primeira hipótese, adverte-se que não constitui circunstância válida para que o silêncio tenha significado de declaração, estabelecer uma parte à outra que a não recusa à proposta em um dado período de tempo caracterizará aceitação, embora a interpretação literal da má redação da primeira parte do art. [RTD 432](#) do [RTD CC/2002](#), que é cópia *ipsis litteris* do art. [RTD 1.084](#) do [RTD CC/1916](#), cujo defeito de redação já era apontado na primeira metade do século XX,<sup>30</sup> dê respaldo para esse entendimento.

Com razão Serpa Lopes quando refere que a interpretação literal do dispositivo - no sentido de que o proponente poderia criar o ônus de se manifestar a cargo do destinatário, sob pena de ficar vinculado à proposta - conduz a um resultado antissocial e contrário à tradição, à lógica, à boa-fé e à autonomia privada, uma vez que uma parte poderia valer-se maliciosamente, por exemplo, da distração e da excessiva ocupação da outra para aumentar seus negócios. Fica claro que a hipótese é tão excêntrica que não se justifica maior perda de tempo para demonstrar a sua inadequação.

Visando a extrair algo de útil do dispositivo, podem ser apontadas duas interpretações possíveis.

A primeira restringe a sua aplicação às hipóteses favoráveis ao destinatário da proposta. Tal é a regra do direito italiano (art. 1.333 do *Codice Civile*).<sup>31</sup> Nesse sentido, observa-se que o sistema do Código dá respaldo a essa interpretação, uma vez que admite, em várias hipóteses, a dispensa de aceitação nos casos em que há apenas benefícios para o destinatário. Nesse sentido, a aceitação da herança<sup>32</sup> e, mais incisivamente, a dispensa de aceitação prevista expressamente para os casos de doação sem encargos.<sup>33</sup>

Outra interpretação possível é a de que se trata de mera norma de facilitação da contratação, pois autoriza o destinatário a dar imediato início ao cumprimento do contrato antes mesmo de comunicar a aceitação ao proponente, não o vinculando, contudo, no caso de simples inércia de resposta.<sup>34</sup> Nesse caso, contudo, a hipótese confunde-se com a figura do comportamento concludente.

Seja qual for a melhor hermenêutica para o dispositivo, o importante é ressaltar que não é uma opção aceitável a interpretação de que o proponente pode criar o ônus de falar ao destinatário sob pena de vincular-se.

Passando à segunda hipótese, também não constitui critério de qualificação do silêncio como declaração, a existência de um dever ou ônus de falar a cargo do silente. Alguns dos autores que defendem essa posição são Antonio Junqueira de Azevedo, Enzo Roppo e Serpa Lopes. Tal também parece ser o entendimento de Pontes de Miranda.<sup>35</sup> O mesmo se diga a respeito do entendimento de que o silêncio importa vinculação contratual quando há violação da confiança alheia. Como exemplo de uma posição desse tipo, tem-se a conclusão da tese que Serpa Lopes dedicou ao tema. Diz o autor que:

"O silêncio pode então definir-se: 'uma manifestação de vontade, por meio de um comportamento negativo, deduzida de circunstâncias concludentes, *caracterizadas pelo dever e pela possibilidade de falar quanto ao silente e pela convicção da outra parte*, indicando uma inequívoca direção de vontade incompatível com a expressão de uma vontade oposta'"<sup>36</sup> (grifo não original).

Para Serpa Lopes, as circunstâncias que caracterizam a manifestação são o dever e a possibilidade de falar, de um lado, e a confiança da outra parte, do outro. Não é de se concordar com esse entendimento, pois a questão do silêncio como declaração de vontade não se confunde com a responsabilidade pela violação do dever de falar ou pela frustração da legítima confiança alheia, embora tal violação/frustração não seja juridicamente irrelevante.

A esse respeito, Vivante manifestou-se dizendo que *Io non nego che in taluni casi di frode o di colpa chi non ha risposto possa ser responsabili del danno; ma nego che la colpa, senza la volontà di obbligarsi, possa produrre un contratto*.<sup>37</sup> O voluntarismo presente no trecho é flagrante, uma vez que faz referência à vontade de se obrigar como elemento de existência do contrato. Mas o entendimento do autor é preciso ao destacar que, embora não tenha por consequência o nascimento de um vínculo contratual, o descumprimento culposo de um dever não é juridicamente irrelevante, pois pode ser a fonte de responsabilidade civil extracontratual.

Quanto à violação da confiança, VonTuhr diz que, mesmo que o destinatário da proposta esteja obrigado pela boa-fé a contestar, o seu silêncio não significa aceitação: apenas obriga à reparação do dano *negativo*, pois exigem-se circunstâncias especiais para que o silêncio configure uma declaração.<sup>38</sup>

Em sentido idêntico está Betti, que entende que o silêncio pode ser interpretado como declaração, mas somente quando presentes determinadas circunstâncias, como, por exemplo, nos casos de relações preexistentes entre as partes. Betti também não aceita a posição segundo a qual a simples violação do dever de falar decorrente da boa-fé é capaz de qualificar o silêncio como declaração:

"Questi rilievi valgono a dimostrare viziata di unilateralità tutta quella piú antica dottrina, che tendeva a ricollegare l'efficacia impegnativa del silenzio allá sola responsabilità per aver agito in contrasto com la buona fede, la qual avrebbe imposto invece di parlare. È chiaro che la inosservanza di siffatto dovere può bensì giustificare un obbligo di rissarcimento di danni (...) ma no dar fondamento al diverso criterio di ricollegare al silenzio le conseguenze di un negozio".<sup>39</sup>

Concorda-se com Vivante, Von Tuhr e Betti,<sup>40</sup> uma vez que não parece viável o entendimento de que a violação pura e simples de um dever de falar ou da confiança alheia possam gerar um vínculo contratual. A violação de tal dever ou a frustração das legítimas expectativas criadas na contraparte geram a responsabilidade pelo interesse contratual negativo, não o vínculo contratual.

Uma prova normativa dessa afirmação obtém-se a partir do disposto no art.  430 do  CC/2002, do qual é possível extrair com segurança que, no sistema do Código, a existência do dever de falar não qualifica o silêncio como declaração de vontade, não decorrendo, dessa forma, da violação de tal dever, o nascimento do vínculo. Segundo o dispositivo, caso a aceitação tenha chegado tarde ao conhecimento do proponente, este comunicará imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.

No direito comparado, a solução não é diferente. O estudo comparatista sobre o dano pré-contratual levado a

cabo pela Profa. Véra Fradera <sup>41</sup> concluiu que, nos sistemas jurídicos analisados, <sup>42</sup> todos "acabam por atribuir uma *reparação pelo rompimento injustificado das negociações*". <sup>43</sup> Tem-se, assim, que, não só no direito civil brasileiro, a falta aos deveres que regem a fase de formação do contrato não gera o vínculo contratual, mas a responsabilidade por perdas e danos.

A configuração de uma declaração a partir do silêncio pressupõe, assim, a existência de circunstâncias especiais a demonstrar que, no caso concreto, o silêncio teve um *significado positivo de declaração de vontade*. Relevantes para a questão do silêncio como declaração, portanto, não são as circunstâncias que impõem um dever de falar, mas as que lhe dão o significado e sentido próprio de declaração, sem as quais não há o que falar em vínculo contratual. <sup>44</sup>

Sobre a questão, parece irrefutável a posição adotada por Giampiccolo, invertendo a perspectiva de análise:

"Non è dunque il presupposto del dovere giuridico di agire o di reagire, ad orientare l'illazione; è, come sempre, il criterio dell'esperienza. E il costume, gli usi, la pratica invalsa tra le parti, il canone di buona fede ecc. non rilevano che unicamente su questo piano: cioè come elementi che concorrono a delineare la regola dell'esperienza, (...).

Dopo ciò, é anche vero che, se il soggetto, in case del genere, vuol del proprio contegno prevenire una falsa interpretazione, avrà l'onere della *contradictio*, ossia appunto l'onere di parlare (agire, o reagire); (...). Ma allora occorre dire che quell'indice non valuta più un presupposto dello schema, costituisce semmai un elemento critico di controllo dell'esattezza dell'interpretazione che al contegno dato le concezioni dominanti nell'ambiente sociale consentono volta a volta di attribuire: si roveschia, cioè la prospettiva e si lavora su di un onere 'di ritorno', che presuppone già risolto (in senso affermativo) il problema del valore espressivo del comportamento nel caso concreto".

Evidente no trecho citado que as circunstâncias do caso não impõem um dever. Antes, qualificam uma conduta, mesmo negativa, como declaração. O contrato, assim, deriva da declaração que se extrai do silêncio e de suas circunstâncias, não podendo ser entendido como imputação a uma omissão. O ônus apenas nasce quando, a partir das circunstâncias, entende-se que o comportamento tem significado de declaração, mas essa ilação é equivocada. Nesse caso, se o entendimento é equivocado, nasce para a parte o ônus de desfazer a aparência criada. O vínculo, contudo, não nasce do descumprimento de tal ônus, mas do significado de declaração que o silêncio adquiriu nas circunstâncias existentes, significado esse que, não desfeito pelo omitente, prevaleceu no ambiente social.

Com isso, tem-se por superada a questão das circunstâncias qualificadoras do silêncio, restando apenas verificar qual a implicação sistemática de sua adoção pelo  [Código Civil](#), o que constitui objeto da segunda parte do estudo.

### 3. O silêncio como declaração de vontade na sistemática do Código Civil

#### 3.1. A técnica legislativa, a metodologia jurídica e o silêncio no Código Civil

Tratando da questão do silêncio, Serpa Lopes esclarece que os estudiosos identificaram, já no direito romano, a distinção entre *patientia* <sup>45</sup> e *consensus*. Apesar disso, encontravam-se nos textos romanos diversas passagens em que *patientia* e *non contradicere*, em circunstâncias determinadas, tinham efeito de *consensus*. Inexistia, contudo, uma regra geral relativa ao silêncio e entendia-se que aquelas hipóteses não eram passíveis de extensão analógica, pois compreendidas como excepcionais. Por isso, resume-se a posição do direito romano acerca do silêncio através da fórmula *qui tacet non utique facetur* (quem silencia nada diz). <sup>46</sup>

A essa fórmula contrapõe-se frontalmente a canônica *qui tacet consentire videtur* (quem cala consente), embora seja de se duvidar que a regra tenha tido aplicação pura, uma vez que, entre os canonistas, existiram diversas correntes buscando precisar o seu valor jurídico, restringindo-o. <sup>47</sup>

Segundo Serpa Lopes, em torno dessas duas regras surgiram correntes opostas, cujos partidários mantiveram-

se em absoluta intransigência. Como não poderia deixar de ser, também nesse tema não tardaram a surgir os ecléticos, julgando-se os portadores da chave do problema. Buscando uma concepção conciliatória entre os dois extremos, sintetizaram sua posição na fórmula *qui tacet cum loqui potuit et debuit consentire videtur*. Ressalta Serpa Lopes que em torno dessas três fórmulas vem girando todos os estudos que se apresentaram sobre o assunto.

O mesmo autor destaca que, com o desenvolvimento das discussões sobre o tema, formaram-se três correntes doutrinárias sobre o silêncio. <sup>48</sup> Para a primeira, a regra é de que o silêncio não vale consentimento, salvo nos casos excepcionais previstos em lei, insuscetíveis de aplicação analógica; para a segunda, os casos em que o silêncio tem consequências não são excepcionais, mas aplicações concretas de um princípio geral suscetível de aplicação analógica; por fim, o terceiro grupo, que nega em absoluto qualquer valor à questão do silêncio, considerando inconcebível que o silêncio possa constituir manifestação de vontade distinta da manifestação tácita.

Quanto ao  [Código Civil](#) brasileiro, as posições sustentadas pelo primeiro e pelo último grupo nem sequer são passíveis de discussão. O segundo grupo, ao contrário, parece adequar-se mais às disposições do Código. Ocorre que, mesmo esta teoria, do modo como exposta por Serpa Lopes e pela doutrina em que o autor se baseou, está em desarmonia com as técnicas de legislar e de aplicar o direito utilizadas pelo Código para disciplinar a questão. Assim, ela apenas pode dar uma direção a seguir.

Com efeito, ao falar em casos não excepcionais que admitem uma aplicação analógica, está-se fazendo referência a um direito positivo no qual as hipóteses em que o silêncio é eloquente são determinadas por lei e a um modo de aplicar o direito que, tentando escapar às amarras apertadas do direito legislado, admite que tais hipóteses podem ser estendidas analogicamente a outras hipóteses que se submetem ao mesmo princípio base. As modernas técnicas de legislar e de aplicar o direito, contudo, encontram-se revolucionadas e trabalham a partir da operabilidade de conceitos abertos, tendo por base a ideia de concreção.

Sobre a primeira questão (técnica legislativa), observa-se que o direito privado deixou de se estruturar como um sistema fechado que se fundamenta sobre si mesmo. É recorrente nos Códigos atuais a adoção de *cláusulas gerais*, o que constitui uma técnica legislativa adequada ao tratamento dos problemas da era contemporânea, contrapondo-se ao modo tradicional de legislar, que é caracterizado pela definição precisa de certos pressupostos e pela correlata indicação pontual e pormenorizada de suas consequências.

Tratando do fenômeno, a Profa. Judith Martins-Costa <sup>49</sup> esclarece que, seja qual for o tipo da cláusula geral, o que fundamentalmente a caracteriza é a sua peculiar estrutura normativa. Por cláusula geral entende-se uma disposição normativa que utiliza, intencionalmente, uma linguagem aberta, fluida ou vaga (através do emprego dos chamados "conceitos jurídicos indeterminados"), havendo uma ampla extensão no seu campo semântico. É devido a essa vagueza semântica que elas permitem a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao direito codificado, o que constitui a base para a construção de um sistema aberto. <sup>50</sup>

Fica claro que as cláusulas gerais não pretendem tudo regular: elas buscam apenas estabelecer diretrizes de atuação aos órgãos aplicadores do direito, fora da qual sua ação é ilegítima. Através delas, os Códigos abrem-se ao influxo de princípios de outras áreas do direito e passam a fazer constantes referências e remissões aos usos, costumes, *standards* de conduta, etc., com o que se reforça a aproximação entre o direito privado e o contexto social. <sup>51</sup>

Evidente que tal estado de coisas tem grandes implicações no modo de aplicação do direito, pois o atual sistema não se deixa manejar adequadamente pelas técnicas tradicionais. Nessa esteira, tem-se que uma das diretrizes básicas comumente identificada no Código vigente é a da concretude, a qual impõe a valorização das circunstâncias do caso no momento da aplicação.

Segundo a Profa. Judith Martins-Costa, <sup>52</sup> a teoria hermenêutica, principalmente a jurídica, está reformulada, não mais se compreendendo a interpretação como a extração de um sentido imanente no texto considerado em abstrato. A interpretação passa a ser vista como o momento normativo-constitutivo da realização do

direito, não mais estando cindida da sua aplicação. Assim, inseparáveis o momento hermenêutico e o normativo, de modo que a interpretação é sempre contextual e a decisão do caso concreto será construída a partir da consideração de elementos derivados do próprio caso, iluminados, por óbvio, pelas diretrizes axiológico-normativas fornecidas pelo sistema jurídico. <sup>53</sup>

Tais considerações são de extrema importância na abordagem da questão do silêncio, uma vez que o tratamento da matéria no <sup>RTD</sup> [Código Civil](#) foi feito através do recurso a *standards* que remetem o intérprete para critérios sociais vigorantes na experiência jurídica, não fornecendo padrões rígidos e bem determinados em que se fiar. Acrescenta-se a isso o fato de que a questão do silêncio pertence ao direito das obrigações, no qual o princípio da tipicidade tem relevância diminuta.

Do exposto, resulta que o ponto principal sobre a questão do silêncio diz respeito às circunstâncias que o cercam e que o qualificam como declaração de vontade, o que torna eloquente a atuação do intérprete, a quem foi transferida parte do problema que antes se pretendia fosse resolvido de antemão pelo legislador, uma vez que tais circunstâncias não foram definidas de uma vez por todas e de modo preciso, como uma premissa que basta aplicar. Ante as questões que a realidade incessantemente lhe impõe e frente a estes *standards* que não lhe dão respostas prontas, deverá o aplicador dominar a técnica da concreção e saber conferir o devido valor aos critérios vigorantes no meio social. Desponta, assim, o problema da metodologia, verdadeira base da renovação do direito privado. <sup>54</sup>

Como se vê, o modo como o silêncio foi disciplinado reflete perfeitamente a técnica da atual codificação. Além disso, representa exemplo de um movimento que também deixou suas marcas no <sup>RTD</sup> [Código Civil](#), qual seja, a unificação do direito das obrigações e dos contratos.

## 3.2. A unificação do direito das obrigações e o silêncio no Código Civil

### 3.2.1. O significado da unificação

Um <sup>55</sup> dos primeiros aspectos a tratar em qualquer análise pertinente ao campo das obrigações no direito brasileiro refere-se à unificação do direito das obrigações e dos contratos promovida pelo <sup>RTD</sup> [Código Civil](#). Com razão, o Prof. Mac-Donald refere que se trata de tema altamente significativo para a compreensão do atual Código. <sup>56</sup>

O tema é interessante para este trabalho, pois a questão do silêncio é tipicamente de direito comercial, tendo sido incluída na parte geral do <sup>RTD</sup> [Código Civil](#) através do seu art. 111, por ocasião da unificação legislativa do direito das obrigações, o que constitui uma decorrência do que se convencionou chamar de comercialização do direito privado. Importante, portanto, uma breve análise do que se entende por comercialização do direito privado, o que será útil para investigar qual a implicação da inclusão do art. 111 na sistemática do <sup>RTD</sup> [Código Civil](#).

Uma doutrina autorizada vem entendendo que não existe diferença de fundo entre direito civil e comercial. A dualidade de regimes justificar-se-ia pela tradição, pelo que estaria relacionada à função historicamente exercida por cada um desses ramos do direito privado.

O direito civil, com suas raízes no direito romano, sempre foi o direito da fruição dos bens, voltado a conferir ao proprietário *segurança na conservação* da propriedade, o que justifica sua estrutura mais formal e legalista.

O direito comercial, ao contrário, construiu-se como instrumento da acumulação capitalista, estando a tônica na busca do lucro, pelo que sempre se voltou a conferir *segurança na transmissão* dos bens, visando a torná-la a mais ampla e rápida possível. Natural que, em tal ramo, atento às exigências do comércio, se tenha firmado muito cedo o princípio da liberdade das formas, com o que o contrato livrou-se da rigidez formal própria do direito romano, a qual continuou por muito tempo influenciando o direito civil.

Isso deu origem, na idade moderna, a uma ordenação formal do direito privado através de dois Códigos, o civil e o comercial.

O primeiro era o Código da burguesia fundiária, voltado à proteção da propriedade, o que explica o seu voluntarismo exacerbado. O contrato era, nesse marco legislativo, mero instrumento de transmissão da propriedade, sendo que a garantia da efetividade do querer conferia grande proteção ao proprietário, que não poderia ser despojado de sua propriedade sem o concurso de sua vontade.

O segundo, Código da burguesia mercantil, era voltado à obtenção do lucro, que será tanto maior quanto maior for o número de operações econômicas realizadas, de modo que o contrato converteu-se, de simples meio de transmissão da propriedade, em instrumento de especulação. Impôs-se, assim, a objetivação em matéria contratual.

Tem-se, com isso, a duplicação de dois sistemas de direito privado distintos e concorrentes, mas voltados à disciplina das mesmas matérias.

Outro aspecto a ser ressaltado diz respeito às fontes do direito civil e do direito comercial. Antes mesmo das codificações, o direito civil era marcado pela criação centralizada de suas regras, ao que se contrapôs a *lex mercatoria*, caracterizada como um direito de formação autônoma, pois criado pelos próprios mercadores para a regência de suas relações. Mesmo com a posterior codificação, o direito mercantil manteve a sua estrutura aberta, o que foi possível, em especial, através da importância atribuída aos usos e costumes pelos Códigos comerciais, o que permitiu a continuidade de um processo descentralizado de criação do direito comercial. Não por acaso, a Prof.a Véra Fradera <sup>57</sup> destaca que o direito civil é tradicionalmente legalista, sendo que os usos tem uma relevância bastante pequena nos contratos civis. O direito comercial, pelo contrário, é mais flexível e autônomo, sendo a utilização dos usos mais corrente e frequente.

Tal situação começou a mudar com a aquisição de poder político pela burguesia mercantil, e, posteriormente, pela burguesia industrial, devido ao fato de que passaram a prevalecer incontestavelmente seus interesses sobre os demais, de modo que a apontada estrutura formal do direito privado, baseada em dois Códigos, deixou de fazer sentido e foi, paulatinamente, sendo superada. Com efeito, ao longo da história recente do direito privado, é possível observar uma tendência expansiva do direito comercial, que começou a estender progressivamente seu campo de atuação e a ter suas normas acolhidas nos Códigos Civis, de modo que normas voltadas anteriormente apenas para comerciantes passaram a ter aplicabilidade geral, o que culminou, em alguns sistemas jurídicos como o italiano, com a extinção formal do direito comercial e sua absorção num  [Código Civil](#) comercializado.

Consequência disso é que princípios típicos às relações comerciais passaram a princípios gerais de direito privado, regendo todas as relações indistintamente, de modo que aquelas regras voltadas à proteção de uma circulação segura e célere foram estendidas a todo o tipo de relação privada de cunho patrimonial, a exemplo do que ocorre com a proteção da confiança do adquirente de boa-fé no caso de aquisição da propriedade mobiliária a *non domino*, o que, no direito italiano, se aplica até mesmo às relações civis. <sup>58</sup> No direito brasileiro, se verifica o mesmo fenômeno, embora o Código não tenha ido tão longe. Basta ver que, no exemplo acima citado, a tradição feita por quem não é proprietário só aliena a propriedade da coisa móvel quando oferecida ao público em leilão ou estabelecimento comercial, tendo-se por base a teoria da aparência (art.  [1.268](#) do  [CC/2002](#)), o que visa a tornar a aquisição em estabelecimentos comerciais mais segura, fomentando, dessa forma, a contratação.

Conclui-se que a unificação promovida pelo Código Civil de 2002 também pode ser citada como um exemplo da comercialização do direito privado, fenômeno que, já ficou saliente, refere-se à generalização dos princípios nascidos e desenvolvidos no seio do direito comercial a todo o ordenamento comum das relações privadas.

Constrói-se, assim, um pano de fundo que fornece alguns elementos úteis para a compreensão da unificação do direito das obrigações levadas a cabo no Brasil através do atual  [Código Civil](#). O Código, pelo menos nessa questão, se filia a tendência atual - a unificação do direito das obrigações é vista como uma tendência universal - sem, contudo, destoar da tradição nacional, pois a doutrina destaca que a unificação é o fecho de uma evolução natural do direito privado brasileiro. <sup>59</sup>

Visto isso, cabe perquirir se a unificação, a nível legislativo, implica uma superação, na atividade de aplicação do direito, das diferenças práticas existentes entre as relações civis e comerciais. Dito em outras palavras, é verificar se o regime jurídico de ambas as espécies de relação passa a ser o mesmo na sistemática do [Código Civil](#). A questão é interessante, principalmente quando se atenta para o fato de que, como ressaltado anteriormente, uma das diretrizes do [Código Civil](#) é a da concreção, o que levaria a uma necessária diversidade de regimes, tendo em vista as peculiaridades próprias das relações civis e comerciais. Além de interessante, o tema é pertinente, pois relacionado com a questão do silêncio, conforme ficará claro em seguida.

### 3.2.2. A não superação da dualidade entre os contratos civis e mercantis

Apesar da unificação formal do direito das obrigações e dos contratos, e apesar do entendimento de eminentes juristas de que não há uma distinção de fundo entre direito civil e comercial, tem-se entendido que tal unificação não pode implicar que se apaguem as distinções entre os contratos civis e os mercantis, o que, nas palavras de Paula Forgioni, seria desprezar a lógica peculiar que rege o direito comercial. <sup>60</sup>

Com efeito, as circunstâncias de enquadramento das relações estabelecidas entre empresários e aquelas nas quais se envolvem pessoas não ligadas à produção e distribuição de bens são extremamente diversas e não se apagam pela publicação de leis, pelo que um mesmo texto normativo requer uma interpretação/aplicação diversa de acordo com o tipo de relação em causa, conforme exige a diretriz da concreção, da qual já se falou. A disciplina dos contratos civis e mercantis não é e não pode ser a mesma.

Conforme a Profa. Judith Martins-Costa, <sup>61</sup> a pluralização da subjetividade jurídica é fenômeno que marca a época atual, pelo que é preciso que se operem com rigor as distinções técnicas necessárias para que não se ponha em uma vala comum a obrigação contraída por um consumidor, a ajustada entre grandes empresas, as relações cotidianas levadas a cabo por sujeitos em relativa igualdade e a relação enucleada numa complexa rede contratual. Segundo a Professora, o [Código Civil](#) faz frente a tal necessidade justamente através do apelo a noções vagas, que possibilitam ao juiz, na atividade de concreção, a consideração das peculiares circunstâncias de cada caso.

Pelo que se vê, a doutrina tem razão quando entende que a unificação legislativa não implicou - pois não poderia implicar - a superação da distinção normativa e científica dos dois ramos do direito privado, nem pode desconsiderar as diferenças práticas entre eles.

A questão, contudo, deve ser mais bem estudada, pois, posta nesses termos, soa estranha e contraditória: conforme ressalta Gerson Branco, parece contraditório unificar e manter autônomo. <sup>62</sup> O mesmo autor, contudo, dá a chave para a superação do impasse:

"não obstante seja verdadeira a afirmação da autonomia científica do direito empresarial, não é essa autonomia o ponto mais importante da unificação, pois consequência de maior relevo foi uma transformação substancial do direito civil, que foi aproximado do direito comercial, mediante a transformação na forma de criação de regras jurídicas, em especial pela ampliação dos 'usos e costumes no processo obrigacional'". <sup>63</sup>

Conclui-se que a questão em foco não trata propriamente de pôr em causa a autonomia do direito comercial e do direito civil. O que se busca com a unificação é uma mudança de estrutura do direito civil. Nessa esteira, a pretensão com a unificação seria uma aproximação metodológica entre a estrutura normativa do direito civil e a estrutura normativa do direito comercial, especialmente no que diz respeito à constituição hermenêutica de suas normas. Isso é buscado, principalmente, através da generalização de regras que fazem remissão aos usos, costumes e circunstâncias do caso, antes regras próprias de direito mercantil. Desse modo, a comercialização do direito civil significaria a mudança daquela mentalidade legalista e conservadora tradicional aos civilistas, pelo que não implicaria a superação das diferenças materiais dos regimes a que cada ramo deve ser submetido. É nesse sentido que cabe falar em unificação.

Assim, direito civil e comercial passam a ter um mesmo regime no que diz respeito ao modo de constituição e de aplicação das suas normas, pois ambos estão mais abertos a influxos externos ao direito legislado. O

conteúdo das soluções, contudo, continua dependendo das circunstâncias peculiares à relação de que se trata, de acordo com seu enquadramento em cada um daqueles âmbitos. Com efeito, embora os parâmetros normativos sejam os mesmos (usos, costumes, circunstâncias do caso), cada um desses parâmetros fará referência a situações extremamente diversas.

Exemplificando, direito civil e direito comercial fazem referência aos usos. Ocorre que os usos comerciais não são ou nem sempre são os mesmos vigorantes nas relações civis. Assim, embora a estrutura de mentalidade passe a ser a mesma e embora se parta, em ambos os casos, de um mesmo referencial normativo de base (usos), as soluções dependerão do contexto em que cada tipo de relação se enquadra, devido à diretriz da concreção, pelo que não se apagam as diferenças de regimes entre direito civil e comercial.

Fazendo referência à teoria dos modelos de Reale, Gerson Branco <sup>64</sup> explica a questão dizendo que, embora o regime legal seja comum, permanece a possibilidade de construção de diferentes modelos jurídicos com características peculiares de acordo com as díspares exigências decorrentes da vida econômica, exigências essas que determinam modelos com conteúdo normativos diferenciados, conforme sejam realizados para instrumentar uma relação civil ou empresarial.

Assim, tem-se que a pretensão visada com a unificação é a retomada do <sup>RTD</sup> [Código Civil](#) como *eixo metodológico*, o que significa que uma mesma disciplina codificada, necessariamente flexível, não formal e abstrata, seja capaz de dar conta de realidades díspares.

Visto isso, fica por esclarecer a relação deste estado de coisas com a questão do silêncio.

### 3.2.3. A unificação e a questão do silêncio

Como exemplo das inovações decorrentes da chamada comercialização do direito privado, comumente apontam-se o art. <sup>RTD</sup> [113](#) do <sup>RTD</sup> [CC/2002](#), que faz referência à boa-fé e aos usos como parâmetro de interpretação dos negócios jurídicos; o art. 138, que passou a exigir a perceptibilidade do erro para a anulação do negócio jurídico; e o art. 110, que dispõe que a reserva mental não macula o negócio. O art. <sup>RTD</sup> [111](#) do <sup>RTD</sup> [CC/2002](#), ao referir que o silêncio importa anuência nos casos em que os usos ou as circunstâncias do caso o autorizarem, também constitui um ótimo exemplo.

Nesse sentido, a Prof.a Vera Fradera destaca que o art. 111 foi influenciado pelo Código Suíço de Obrigações de 1.881, o que se deve, entre outras razões, à originalidade do recurso aos conceitos indeterminados das circunstâncias e dos usos e ao tratamento unitário das obrigações civis e comerciais pelos Suíços, ideia pioneira de Teixeira de Freitas incorporada ao <sup>RTD</sup> [Código Civil](#). <sup>65</sup>

Com a introdução do art. 111 no <sup>RTD</sup> [CC/2002](#), tem-se a inclusão de uma regra de cunho flagrantemente comercialista no regime comum, não só pela referência aos usos e circunstâncias do caso (padrões flexíveis que até bem pouco tempo soavam estranhos aos civilistas), mas também pelo fato de que a própria questão do silêncio é uma questão tradicionalmente discutida no direito comercial.

É fato reconhecido o de que a questão do silêncio como força capaz de gerar obrigações está relacionada umbilicalmente com a seara comercial. Precisa, a respeito, a assertiva de Baptista de Mello, no sentido de que a questão do silêncio liga-se com a rapidez das relações comerciais. <sup>66</sup> Sobre o ponto, Paulo Mota Pinto <sup>67</sup> assevera que não foi por acaso que a questão do silêncio adquiriu força na Idade Média. No direito canônico, foi construída a máxima *qui tacet consentire videtur*. Paralelamente a isso, impulso decisivo para a valorização do silêncio no direito decorreu da organização do comércio, devido aos vínculos de solidariedade de classe existentes entre os mercadores, os quais fundariam deveres de resposta. Muitas vezes, inclusive, o dever de responder positivamente, salvo a existência de razão plausível. No mesmo sentido, Vivante, <sup>68</sup> ao destacar que amplíssima era a força obrigatória que se atribuía ao silêncio nas relações entre comerciantes no direito intermédio.

O art. <sup>RTD</sup> [111](#) do <sup>RTD</sup> [CC/2002](#) é, não restam dúvidas, um artigo para comerciantes. Qual será o seu impacto prático sobre as relações civis, tendo em vista a sua inclusão como norma pertencente ao regime comum do

direito privado é um mistério. O [RTD Código Civil](#) é ainda bastante novo e suas potencialidades aplicativas são muitas e amplas. De qualquer modo, parece pouco provável que, *em se tratando da questão do silêncio*, essas normas típicas do direito comercial possam ter grande influência nas relações civis. Não parece que direito civil e comercial possam dialogar muito a respeito da matéria. Mesmo com a inclusão de artigo expresso no direito comum, não parece que a questão do silêncio passará a ter alguma relevância considerável nos contratos civis.

Não que se possa sustentar categoricamente que exista um problema distinto do silêncio no direito civil e no direito comercial. Ao contrário: Serpa Lopes esclarece que o que existe é a maior frequência de oportunidades de silêncio circunstanciado entre comerciantes, dado o curso contínuo e regular de negócios entre eles, o que é diferente da existência de um princípio geral. <sup>69</sup>

#### 4. Conclusão

Conforme destacado na introdução, a questão do silêncio, tal qual recepcionada no [RTD Código Civil](#), diz respeito a duas questões implicadas entre si, as quais foram tratadas ao longo do texto: a abertura da estrutura do [RTD Código Civil](#), que passou a exigir uma renovação metodológica, e a questão da unificação do direito das obrigações e dos contratos, o que se relaciona com a chamada comercialização do direito privado.

Como visto, o direito comercial caracteriza-se, tradicionalmente, como um direito de produção autônoma, cujos institutos foram forjados pelos próprios comerciantes como resposta às exigências práticas de ordem econômica que a realidade veio permanentemente lhes apresentando ao longo da história. Natural que seja reconhecido como um direito bandeirante, <sup>70</sup> como um desbravador que vai à frente construindo novas soluções para questões que vão sendo incessantemente colocadas pelo comércio.

Também foi destacado que, mesmo quando o direito mercantil foi atingido pelo poder político, passando a um direito legislado, a sua estrutura autônoma foi substancialmente preservada, o que foi possível através da adoção de normas flexíveis e abertas, tais como a remissão às circunstâncias do caso e aos usos.

Por fim, foi constatado que as soluções produzidas pelo direito comercial tendem a generalizar-se progressivamente, deixando de pertencer ao campo especial em que vigoravam inicialmente, transformando-se em regras de direito privado geral. Assim, a título de exemplo, o que ocorreu com a cláusula da boa-fé, vigorante, inicialmente, apenas nas relações comerciais.

Por outro lado, quando da feitura do atual [RTD Código Civil](#), muito se discutiu sobre a conveniência de um novo Código. Os críticos entendiam que a ideia de Código estava superada, frente à pluralidade infindável de relações a regular, o que impediria pensar em um Código como centro do direito privado. As discussões, contudo, foram superadas sob o argumento de que uma certa ideia de Código estava superada. Mais precisamente, a ideia de Código axiomático, manejável por dedução, típico do séc. XIX. Não estaria superada, contudo, a ideia de Código com uma estrutura flexível, dotado de aberturas de aeração capazes de integrá-lo com outros ramos do direito legislado e com as práticas que se produzem espontaneamente na sociedade. <sup>71</sup> Considerando isso, entendeu-se possível um Código com uma estrutura aberta e manejável através de uma nova metodologia, o que seria possível através da adoção de cláusulas gerais.

Nesse ponto, o pensamento já adquire pernas e anda sozinho, pois essas duas perspectivas convergem irresistivelmente. A estrutura tradicional do direito mercantil é justamente a estrutura de que a ideia de Código necessitava para sobreviver. Assim, é possível concluir que a comercialização do direito privado significa a adoção de um [RTD Código Civil](#) com uma estrutura mais aberta e flexível, justamente aquela estrutura típica do direito criado pelos mercadores.

Isso se deu através da transposição, para dentro do [RTD Código Civil](#), daquelas cláusulas que permitiram que o direito comercial continuasse sendo um direito de criação autônoma, sensível às aspirações da realidade a que se voltava regular.

Não há, portanto, uma comercialização *material* do direito civil: a comercialização é de ser entendida como mudança da estrutura do [RTD Código Civil](#), o que implicará, necessariamente, a mudança da metodologia do direito civil. Direito civil e direito comercial persistem. Ambos estão, contudo, sujeitos a um mesmo Código, o qual incorporou as mudanças necessárias para dar conta de abarcar o direito privado em toda a sua amplitude. Mesmo sujeitos a uma mesma estrutura normativa, ambos continuarão regendo seus âmbitos de abrangência de acordo com as peculiaridades que lhe são próprias, pois tal estrutura tem a flexibilidade suficiente para dar conta de toda a multiplicidade das concretas relações da vida. Em suma, o aspecto mais saliente da chamada comercialização do direito privado é a mudança de estrutura e de metodologia que o fenômeno acarretou para o direito civil através da incorporação dos *standards* referidos no [RTD Código Civil](#).

Eis aí que os dois vieses pelos quais o tema do silêncio foi abordado são complementares e basta, para tê-los diante dos olhos, um apenas, dos 2.046 artigos do [RTD Código Civil](#): o art. 111, que, embora quase passe despercebido pela doutrina, é exemplo paradigmático da nova mentalidade que rege o direito privado. Com efeito, o art. 111 traz em si tanto a comercialização do [RTD Código Civil](#), *através da introdução dentro dele da operatividade das circunstâncias do caso e dos usos*, regras tradicionais de direito mercantil, quanto a mudança de estrutura do Código, *através da introdução dentro dele da operatividade das circunstâncias do caso e dos usos*, cláusulas gerais de abertura do sistema. Flagrante que a questão é uma só, vista por dois ângulos diversos.

Quanto à questão do silêncio, já se referiu, é ainda um mistério qual será o impacto da inclusão do art. 111 para as relações tipicamente civis, tendo em vista que o [RTD Código Civil](#) é ainda bastante novo e suas potencialidades aplicativas são muitas e amplas. Apesar disso, deixou-se registrado que é de se duvidar que possa haver um impacto vigoroso dessas normas típicas de direito comercial nas relações civis em se tratando da questão do silêncio. Considerando isso, tem-se que o art. 111 [RTD CC/2002](#) está muito longe de ser uma mera norma sobre o silêncio no negócio jurídico. Trata-se de uma norma cujo principal efeito é expressar a nova mentalidade que passou a reger o direito privado brasileiro. Desse modo, o que o art. 111 expressa de novo e relevante é a mudança de estrutura e de método operada no direito privado, pelo que parece ser, mais do que uma simples norma voltada a resolver problemas concretos envolvendo sujeitos privados, uma norma principiológica.

Assim, conclui-se este artigo afirmando que, seja qual for a sorte do projeto de Código Comercial em tramitação, o período de unificação formal do direito privado brasileiro promovido pelo [RTD Código Civil](#), mesmo que seja abreviado, deixará marcas indeléveis e positivas para o direito civil pátrio, pois se trata de grande contribuição para que a mentalidade legalista que ainda domina os civilistas brasileiros seja superada.

## 5. Referências bibliográficas

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BETTI, Emilio. *Negoziio Giuridico. Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957. vol. XI.

\_\_\_\_\_. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Primeiras observações sobre os efeitos da unificação das obrigações civis e mercantis do [RTD Código Civil](#) brasileiro. *Revista Forense*. vol. 396. p. 138-158. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o Latino Americano e o Americano do Norte. *Revista de Informação Legislativa*. ano 34. n. 136. p. 169-179. Brasília: Serviço de Informação legislativa, 1997.

\_\_\_\_\_. O valor do silêncio no novo Código Civil. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*. n. 130. p. 7-38. São Paulo: Malheiros, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. São Paulo: Vozes, 1998.

GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*. Bologna: Zanichelli, 1999.

GIAMPICCOLO, Giorgio. Note sul comportamento concludente. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. p. 788-802. Milano: Giuffrè, 1961.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

IRTI, Natalino. Scambi Senza Accordo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. vol. 52 n. 2. p. 347-364. Milano: Giuffrè, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1998.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. A unificação do direito das obrigações no novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. vol. 4. n. 20. p. 27-40. São Paulo: IOB, nov.-dez. 2002.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento. *Revista da EMERJ*. p. 95-113. Rio de Janeiro. Número Especial, 2003, parte I.

\_\_\_\_\_. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do  [Código Civil](#) brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 35. n. 139. p. 5-22. Brasília, Senado Federal jul.-set. 1998.

\_\_\_\_\_. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo  [Código Civil](#). *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005.

MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. *Revista dos Tribunais*. vol. CV. p. 3-20. São Paulo: Ed. RT, 1937.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 50. p. 9. São Paulo: Ed. RT, 2004.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1984. t. I e XXXVIII.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto privato nella società moderna*. Bolonha: Mulino, 1972.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SACCO, Rodolfo. Il diritto muto. *Rivista di Diritto Civile*. vol. 39. p. 689. Padova: Cedam, 1993.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O silêncio como manifestação de vontade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

TUTIKAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação contratual: elementos qualificadores de sua valoração declarativa*. Dissertação de Mestrado em Direito, Porto Alegre, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

VIVANTE, Cesare. *Tratato di diritto commerciale*. Milano: Francesco Vallardi, 1935.

VON TUHR, Andreas. *Teoria general del derecho civil aleman*. Buenos Aires: Depalma, 1947. vol. II.

### **Pesquisas do Editorial**

- O SILENCIO NO DIREITO, de Baptista de Mello - Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos 1/1017
- DO NEGÓCIO JURÍDICO AOS CONTRATOS NO DIREITO PORTUGUÊS APROXIMAÇÕES COM O DIREITO BRASILEIRO, de Roberto Rosas - Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos 1/1347
- O SILÊNCIO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS, de Philomeno J. da Costa - Doutrinas Essenciais de Direito Civil 4/483