

O SILÊNCIO NO ATO E NO NEGÓCIO JURÍDICO

ÉRICO ANDRADE*

RESUMO

O breve estudo tem por objetivo investigar o silêncio e seus efeitos jurídicos. Parte-se da idéia de que o silêncio puro é o nada, não traduz ação, não traduz ato jurídico, não é manifestação de vontade. O silêncio, para produzir efeito jurídico, para ser valorado juridicamente, deve encontrar previsão legal ou contratual. A confusão que reina na matéria decorre do fato de que muitos autores vêem no silêncio uma forma de declaração tácita ou implícita de vontade. Adota-se, porém, o entendimento de que é preferível separar o silêncio, que é o nada, das declarações implícitas ou tácitas, isolando o silêncio destas outras formas de manifestação de vontade, partindo-se para o entendimento de que ao silêncio, excepcionalmente, em razão de previsão legal (aqui incluídos os usos) ou contratual, ligam-se efeitos jurídicos. Fixado teoricamente o entendimento em torno do silêncio, parte-se para exame do tratamento que o tema encontra no direito positivo brasileiro, mais especificamente do art. 111 do Código Civil de 2002.

* Doutor em direito processual civil pela Faculdade de Direito da UFMG. Ex-Bolsista PDEE-CAPES, na Università degli Studi di Milano (Itália). Mestre em direito administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado.

PALAVRAS-CHAVE: Negócio jurídico - declarações tácitas e implícitas - diferenciação - silêncio - efeitos jurídicos - artigo 111 do Código Civil de 2002.

ABSTRACT

This brief study aims to investigate silence and its legal effects. Initially, pure silence means nothing, means no action, no juridical act, no manifestation of intent. In order to attribute to silence legal effects and consider these effects legally, there must have been an enactment or contractual stipulation. The common misunderstandings concerning the subject are brought about the fact that many authors have described silence as a tacit or implied manifestation of intent. However, we would rather set silence (which means nothing) apart from tacit or implied manifestation of intent, in a way that these other manifestations of intent are isolated from silence. This way, exceptionally, when there has been an enactment or contractual stipulation, legal can be attributed effects to silence. Therefore, once we have established the theoretical understanding concerning silence, we put forward a study on how Brazilian positive Law treats silence, specifically section 111 of the 2002 Brazilian Civil Code.

KEYWORDS: juridical act - tacit and implied manifestation of intent - difference - silence - legal effects - section 111 of the 2002 Brazilian Civil Code.

Sumário: 1. Introdução. 2. O silêncio juridicamente considerado. 3. Silêncio e as figuras jurídicas afins. 4. O silêncio no Código Civil de 2002 (art. 111). 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em direito, toda vontade ou intenção é vontade manifestada. O que se mantém no foro íntimo do agente nada vale. O ato jurídico, para valer como tal, tem de percorrer, necessariamente,

o caminho da exteriorização ou manifestação.¹ A vontade pura, ou *nuda voluntas*, é ato psíquico, existe somente na consciência e pode produzir efeitos apenas morais ou religiosos, nunca efeitos jurídicos.²

É certo que no mundo natural, a intenção vem antes da manifestação. O agente, primeiro, internamente, toma uma decisão e age de determinada forma. Mas o direito, como ciência social, inverte essa ordem e parte da análise dos comportamentos externos³. E assim o faz porque, como ciência social, tem por objetivo maior regular a convivência humana, o convívio em sociedade, o que importa maior destaque para a necessidade de segurança nas relações sociais. Com isso, o direito pode transigir com algumas questões de lógica, razão pela qual parte do dado externo, e não interno (= relativo ao querer íntimo do agente), para extrair consequências ou efeitos jurídicos.

O direito mira a manifestação objetivada. É nesta que se buscam ou valoram os eventuais elementos subjetivos, internos, do agente, que se mostram relevantes para o direito. Como afirma Domingues de Andrade, o sentido do comportamento declarativo se determina de fora, do ponto de vista daquele a quem o comportamento declarativo atinge: o declaratório em face do declarante.⁴

Diante desse quadro conceitual surge o problema proposto neste trabalho: é possível o silêncio traduzir ou configurar ato jurídico *latu sensu*? É possível conferir efeitos jurídicos ao silêncio?

2. O SILÊNCIO JURIDICAMENTE CONSIDERADO

No mundo natural, o silêncio pode ser tido como espécie de comportamento, um tipo de exteriorização: seria um “não falar”.⁵

1 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 36.

2 Luís Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, p. 555/556.

3 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 36.

4 Manuel Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 132.

5 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 37.

Todavia, juridicamente, o silêncio é não só não falar: é não se manifestar.⁶ É não fazer coisa alguma. É um nada, juridicamente falando. Não produz, de regra, qualquer efeito jurídico. O ditado “quem cala consente” não tem nenhuma aplicação no direito.⁷ O princípio é exatamente o inverso: ninguém pode sofrer vinculação em consequência do seu silêncio.⁸

Cabe registrar que silêncio, juridicamente, não é ficar calado. Pode ser que a pessoa se encontre falando, e mesmo assim haverá silêncio. O silêncio, juridicamente, é examinado do prisma negocial em relação a uma manifestação exterior, a fim de apurar se houve ou não a criação de vínculo jurídico.

Oliveira Ascensão dá interessante exemplo de silêncio juridicamente considerado, mas que, no mundo natural, a pessoa não se encontra em silêncio ou calada: Tício conversa com Caio, enquanto Mévio, vendedor ambulante, propõe fotografá-los, mas ambos continuam conversando como se nada tivesse acontecido. Não houve declaração no sentido da contratação do serviço. Houve silêncio no caso, não obstante ambos, Tício e Caio, estarem conversando.

Outro exemplo clássico retratado pelos doutrinadores portugueses: a empresa envia uma revista para determinada pessoa, com a informação de que se não houver recusa expressa ou devolução da revista, considerar-se-á aceito o contrato para assinatura da revista, de modo que a pessoa passaria a receber a publicação mensalente. A pessoa que recebe a revista nada faz. Mantém-se inerte. Houve silêncio.⁹

6 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 37.

7 Guido Alpa, *Manuale di Diritto Privato*, p. 581: *La regola “chi tace acconsente” non ha alcun significato nell’ordinamento. Chi tace non fa alcun atto che sia giuridicamente rilevante.*

8 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 38.

9 Manuel Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 134/135; e José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 38.

Nas duas hipóteses houve silêncio porque não ocorreu manifestação de vontade. Não existiu ação, no sentido de se manifestarem os interessados contra ou a favor da contratação proposta.

Para essas hipóteses de silêncio, três são as soluções sintetizadas por Manuel Domingues de Andrade, a fim de se perquirir se se pode extrair efeito jurídico do silêncio:¹⁰

- a) quem silencia diante de uma proposta de contrato traduz aceitação da proposta;
- b) quem cala, quando podia e devia falar, revela aceitação da proposta;
- c) quem cala, não nega nem confessa, não diz nem que sim nem que não, nem rejeita nem aceita.

Domingues de Andrade aponta que a solução mais aceita é a última, à qual adere. Ou seja, o silêncio é o nada, não traduz aceitação nem negação. E de outra forma não poderia ser, pois as duas primeiras soluções ensejariam que alguém pudesse impor obrigações a outrem mediante a só apresentação da proposta, que se consideraria aceita, e efetivado o negócio jurídico, diante do silêncio da outra parte. Situação que ensejaria toda sorte de abusos em razão, por exemplo, de pessoas simplórias ou recatadas.¹¹

Cabe destacar, com Oliveira Ascensão, que o silêncio não se equipara, juridicamente, à omissão. A omissão significa deixar 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.¹²

10 Manuel Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 135.

11 Manuel Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 135/136.

12 Guido Alpa, *Manuale di Diritto Privato*, p. 58: *Vi sono casi invece in cui il silenzio è comportamento omissivo, e rileva dal punto di vista del danno che arreca.*

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.¹³

O silêncio, como aponta Domingues de Andrade, é *um fato incolor, equívoco, como tal absolutamente insignificativo*.¹⁴

Em suma, o silêncio é o nada. E, bem por isso, não se poderia extrair dele, em linha de princípio, nenhum efeito jurídico, porque não há, no silêncio, nenhuma projeção da vontade.¹⁵

Logo, reitere-se, em princípio, do silêncio não se pode extrair qualquer sentido de manifestação de vontade para gerar o negócio jurídico. E o negócio jurídico, para se formar, necessita de uma vontade. Segundo Cabral de Moncada, não existe negócio jurídico sem vontade, seja vontade natural, seja pura vontade jurídica, extraída de determinados sinais exteriores, valorados pela norma.¹⁶

Todavia, **em situações excepcionais**, juridicamente reguladas ou valoradas na **lei** ou no **contrato**, o **simples silêncio pode produzir efeitos jurídicos**.

O silêncio, em si, como regra, não tem valor jurídico. É o nada. Todavia, **por exceção**, somente nas hipóteses previstas na própria **lei**, ou ajustadas ou convencionadas pelas partes em **contrato**, o silêncio pode ganhar relevância jurídica e produzir efeitos jurídicos.¹⁷

13 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 38.

14 Manuel Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 135/136.

15 Tenha-se a perfeita orientação da doutrina italiana, Pietro Trimarchi, *Istituzioni di Diritto Privato*, p. 161: *Il silenzio di regola non costituisce una dichiarazione di volontà. (...) Di regola, nessuno può unilateralmente attribuire un significato particolare al silenzio di altrui.*

16 Luís Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, p. 555.

17 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 40.

O Código Civil português, no art. 218, enuncia que o silêncio vale como declaração negocial quando esse valor lhe for atribuído por lei, uso ou convenção.

Noutros termos, em razão da lei ou do contrato, o silêncio tem valor jurídico. 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.

Segundo a doutrina portuguesa, *v.g.*, Domingues de Andrade e Oliveira Ascensão, para o silêncio ter valor jurídico, para traduzir efeito jurídico, somente mediante previsão legal ou contratual: só se a lei atribuir valor ao silêncio ou se as partes assim estabeleceram em contrato é que se pode atribuir consequência jurídica ao silêncio.¹⁸

Na mesma linha a doutrina italiana: Guido Alpa destaca que para o silêncio ter valor jurídico ou significado jurídico somente quando a lei assim permitir.¹⁹

A idéia fundamental no tema é que não é legítimo, sem disposição de lei, ou cláusula contratual específica, entender como aceitação de uma proposta o puro silêncio ou conferir a este algum efeito jurídico.

O valor jurídico ou eficácia jurídica do silêncio decorre diretamente da lei ou do contrato, ou seja, pode ocorrer por via autônoma ou por via heterônoma.²⁰

Por via autônoma é a estipulação negocial. No contrato, as partes lançam que se a mercadoria for entregue e, após, não for recusada no prazo de 5 dias, considera-se aceita. Nesse contexto,

18 Manuel Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 136; e José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 40/41.

19 Guido Alpa, *Manuale di Diritto Privato*, p. 581.

20 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 40/41.

por via autônoma, por força da vontade das partes, integra-se no negócio jurídico a cláusula conferindo valor ao silêncio. Tal estipulação é plenamente válida. A vontade das partes que cria o negócio jurídico pode valorar o silêncio: as partes já sabem, de antemão, que o silêncio, o “nada”, irá traduzir situação juridicamente relevante ou de eficácia jurídica.

A outra hipótese é o silêncio valorado juridicamente por força de lei: critério heterônomo de relevância do silêncio.

A lei - ou os usos, encampados pela lei - pode atribuir relevância jurídica ao silêncio, equipará-lo a uma declaração de vontade, com o fim de extrair efeitos jurídicos.

O silêncio, todavia, mesmo nessa hipótese, conforme leciona Oliveira Ascensão, continua a ser um nada. Do silêncio propriamente dito não brota o negócio jurídico. Apenas se ligam efeitos negociais a um fato não-negocial. Nesses casos representa o silêncio como que uma forma de exteriorização, para o efeito de se atribuir determinada consequência jurídica.²¹

Segundo Oliveira Ascensão, mesmo que do silêncio se extraia efeito negocial, não se lhe aplica o regime dos negócios jurídicos, vez que não representa o silêncio, nestas hipóteses, uma declaração de vontade negocial. Apenas, do silêncio, do nada, se extraem efeitos jurídicos ou efeitos equivalentes aos que seriam próprios de uma declaração negocial.²²

O pensamento de Cabral de Moncada é um pouco diverso,²³ e bastante interessante. Assenta, primeiramente, na esteira dos demais doutrinadores, que o silêncio logicamente considerado é o nada. Silêncio é igual a ausência de manifestação de vontade. O silêncio é fato negativo. Todavia, acrescenta que em determinadas

21 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 41.

22 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 41.

23 Luís Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, p. 563/569.

hipóteses excepcionais, admitidas pela lei ou pelo contrato, o silêncio vira fato positivo e dele se extraem conseqüências negociais.

No caso de as partes convencionarem em contrato que o silêncio implica em determinada conseqüência 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 exposto, traduzindo manifestação ou declaração de vontade expressa.

Quando a lei confere valor jurídico ao silêncio não traduz esta manifestação psicológica ou natural da vontade: a própria lei figura como origem da vontade jurídica. A fonte é a lei que prevê efeito jurídico ao silêncio.

Como anota o Cabral de Moncada: a situação, nessa hipótese, se colocaria como uma presunção legal de manifestação de vontade: de um fato conhecido - silêncio - se extrai um desconhecido, manifestação de vontade.²⁴ Seria, portanto, a

24 Eduardo Cambi, *A prova civil*, p. 366: *Presunções são as conseqüências que a lei ou o juiz extraem de um fato conhecido e comprovado para chegar a um fato ignorado*. Cf., ainda, Florivado Dutra de Araújo, *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 55: *Conforme salientam os estudiosos do tema, as presunções legais foram, em sua gênese, presunções comuns, possuindo a mesma estrutura lógica destas. No dizer de COVELLO, são ambas "convencimentos antecipados da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, obtida mediante fato conhecido e conexo"*. Assim, ainda com Eduardo Cambi, *ob. cit.*, p. 363, o fato presumido é uma conseqüência verossímil do fato conhecido. A presunção funciona, pois, como um mecanismo de prova crítica ou lógica, que atua por meio de indução, como explicam Luigi P. Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, v. I, p. 462-463. E, como destaca José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual (primeira série)*, p. 58, a presunção é o ponto de chegada, já que o ponto de partida da equação é o fato certo, provado.

criação de uma vontade jurídica, independente da vontade natural ou psicológica.

Por isso, ainda segundo Cabral de Moncada, tanto num caso como noutro não existir silêncio propriamente dito:

*Não são esses casos - digamos, por outras palavras - casos de silêncio propriamente dito, como meio indirecto e tácito de manifestação da vontade, mas sim casos ou de manifestação expressa, ou duma simples presunção legal, suprimindo a falta de manifestação da vontade psicológica e criando, antes, em seu lugar, uma fictícia vontade jurídica.*²⁵

Sem dúvida que o pensamento de Cabral de Moncada contém interessante ângulo de análise do silêncio juridicamente considerado, diverso daquele usado pelos demais autores citados: estes partem da análise do silêncio em si, enquanto Cabral de Moncada abandona o silêncio e parte da análise dos efeitos jurídicos positivos decorrentes do silêncio.

Feitas essas ponderações, interessante colher, no direito brasileiro, exemplos legais, ou heterônomos, de relevância jurídica do silêncio.

No Código Civil brasileiro vigente, podem-se apontar, exemplificativamente, os seguintes casos:

- a) art. 1.807 proclama que o interessado em que o herdeiro declare se aceita ou não a herança, poderá, 20 dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz que fixe prazo razoável, de não mais de 30 dias, para que o herdeiro se pronuncie, sob pena de se haver a herança por aceita;
- b) art. 1224 considera perdida a posse, para quem não presenciou o esbulho, se, quando tiver notícia deste, se abster de retomar a coisa.

²⁵ Luís Cabral de Moncada, Lições de Direito Civil, p. 565.

Cogita-se, também, do silêncio no direito administrativo: se o cidadão ou interessado apresenta certo pedido à Administração, e esta não diz que nega nem que defere, o silêncio pode ser tido como deferimento ou indeferimento?

Tal como no âmbito do Direito Civil, a doutrina de Direito Administrativo, *v.g.*, Celso Antônio Bandeira de Mello, anota que o silêncio não é ato jurídico, é o nada. Apenas, a lei pode ligar efeito jurídico ao nada, ao silêncio. Mas isto não o torna, em si mesmo, ato jurídico ou ato administrativo, que é modalidade ou espécie de ato jurídico. Por essa razão critica-se o uso da terminologia ato tácito para se referir ao silêncio como ato administrativo.²⁶

Exemplo de silêncio relevante juridicamente no Direito Administrativo: art. 18, § 5º, da Lei 11.079/04, que regula as parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública, ao prever a forma de o parceiro privado executar as garantias dadas no contrato para pagamento da prestação contratual realizada, assim dispõe:

O parceiro privado poderá acionar a garantia relativa a débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, desde que, transcorridos mais de 90 (noventa) dias de seu vencimento, não tenha havido sua rejeição expressa por ato motivado.

Às vezes, em Direito Administrativo, se usa a expressão silêncio eloqüente para significar indeferimento da pretensão: do silêncio se extrairia o indeferimento, e, *v.g.*, o prazo prescricional começa a correr.

É o que se encontra em precedente do Superior Tribunal de Justiça, no qual se concluiu pela impossibilidade de o silêncio significar indeferimento e traduzir marco para o prazo prescricional: em direito administrativo há necessidade de que os atos administrativos sejam motivados:

26 Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 369.

*A teoria do silêncio eloqüente é incompatível com o imperativo de motivação dos atos administrativos. Somente a manifestação expressa da Administração pode marcar o início do prazo prescricional.*²⁷

O precedente é criticável porque, para solução do problema - correta, diga-se de passagem - utilizou argumentação acessória, quando poderia ter ido direto ao seu núcleo: não era preciso, para resolver a questão jurídica, sequer chegar a cogitar da motivação como elemento essencial do ato administrativo, pois o silêncio não é ato. É o nada. Não tem qualquer relevância jurídica. Por conseguinte, o nada não pode traduzir marco inicial para contagem de prazo prescricional, e nem se pode cogitar de motivação para o nada, para aquilo que não é ato jurídico.

No direito administrativo italiano aparece a figura do silêncio juridicamente relevante, denominado silêncio-assentimento:²⁸ a lei 241/1990 prevê que nos casos em que o início de determinada atividade privada é submetida a autorização administrativa, se esta não responde negativamente dentro de termo legislativo pré-fixado, o silêncio significa deferimento.²⁹

Anote-se, entretanto, com a doutrina italiana, que o silêncio não tem relevância para proteção do cidadão quando traduz simples negação. Nesta hipótese, a Administração acaba ficando inerte,

27 STJ, REsp 16.284-PR, DJU 23.03.92, p. 3447, RSTJ 32:416.

28 Guido Corso, *La giustizia amministrativa*, p. 134: *Sulla stessa linea liberalizzante si colloca il meccanismo, già illustrato, del silenzio-assenso. In questo caso l'interessato è pur sempre tenuto a chiedere l'autorizzazione, ma trascorso un certo lasso di tempo (60 giorni, 90 giorni, ecc.) senza che l'amministrazione abbia provveduto, egli potrà esplicitare l'attività come se questa fosse autorizzata.*

29 Alessandro Natalini, *Il tempo delle riforme amministrative*, p. 174: *L'art. 20 della legge n. 241 ha invece disciplinato in via generale il meccanismo del silenzio assenso. Nei casi in cui l'inizio di un'attività è subordinata al rilascio di un'autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato, la domanda si considera accolta qualora non venga comunicato all'interessato un provvedimento di diniego entro un termine prefissato per ciascuna categoria di atti.*

para, com tal comportamento, traduzir indeferimento da pretensão do cidadão. O silêncio-indeferimento incentivaria, na realidade, a omissão administrativa, a não-atuação administrativa.³⁰

3. O SILÊNCIO E AS FIGURAS JURÍDICAS AFINS

Cabe, nesse passo, para identificar precisamente a figura do silêncio no âmbito do direito, diferenciá-lo de outras figuras assemelhadas, e que acabam por gerar certa confusão na matéria: são algumas espécies de declaração de vontade, ou seja, em que há manifestação de vontade, mas esta não é explícita. É inferida de determinados comportamentos.

São as hipóteses que os autores portugueses denominam de manifestação tácita, manifestação presumida e manifestação ficta e outras figuras similares. Como aponta Domingues de Andrade, a declaração de vontade pode fazer-se validamente por quaisquer meios que possam corresponder a um comportamento declarativo.³¹

Logo, é possível se inferir, se extrair, declaração, manifestação de vontade, de determinados comportamentos. Essa situação não configura silêncio: o silêncio é o nada, é a total falta de manifestação. Juridicamente o silêncio só pode ser valorado como situação produtora ou fato produtor de efeito jurídico se previsto na lei ou no contrato.

As classificações são as mais variadas e reina certa confusão. Assim, por exemplo, Oliveira Ascensão, reconhecendo que o tema

30 Guido Corso, *La giustizia amministrativa*, p. 125, por exemplo, aponta a desnaturação, pela Administração, do silêncio-indeferimento: *Lequiparazione, per legge, del silenzio dell'autorità (protratto oltre tre mesi) al rigetto del ricorso gerarchico ha generalizzato l'abitudine delle amministrazioni di non rispondere al privato. È stata interpretata, cioè, come un'autorizzazione all'autorità amministrativa a non decidere il ricorso gerarchico, sebbene fosse diverso l'intento del legislatore (l'intento era quello di non allontanare troppo nel tempo il momento dell'accesso al giudice)*.

31 Manuel Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 129.

é obscuro e controvertido, anota que se pode falar em manifestação expressa e manifestação tácita.³²

Sem embargo das complicações teóricas, é interessante esboçar o tema, ao menos para clarear o silêncio.

A manifestação de vontade pode realizar-se por qualquer meio válido. Não apenas a palavra representa manifestação. Pode ela ser inferida de determinada conduta, *v.g.*, quando o contratante, sabendo que o negócio é viciado, por vício do consentimento, sancionado com a anulabilidade, mesmo assim persiste no cumprimento do avençado. Seu comportamento traduz manifestação de vontade, de continuar vinculado ao negócio, renunciado à sua anulação, nos termos do arts. 174 e 175 do Código Civil de 2002.

A situação importa em declaração ou manifestação de vontade. Ela só não foi expressa em palavras, orais ou escritas. Donde, mais propriamente, a hipótese deveria ser tida como de manifestação expressa.

Todavia, grande parte da doutrina entende que a hipótese seria de manifestação tácita, entendida esta como falta de manifestação por palavras expressas, mas declaração extraída de um comportamento.

De todo modo, essa hipótese de declaração ou manifestação “tácita”, não se confunde nunca com o silêncio, pois na hipótese houve manifestação, houve atuação, houve declaração. Apenas não se exteriorizou em palavras. No silêncio, recorde-se, não há manifestação. O silêncio não é ato. É o nada.

Oliveira Ascensão menciona, ainda, a existência do comportamento concludente³³ e a declaração implícita.³⁴

32 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 51.

33 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 55/56.

34 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 56/57.

O comportamento concludente se equipara à declaração tácita: do comportamento do agente se extrai a manifestação tácita. Ou se se quiser manter a distinção, o comportamento concludente seria o corpo da declaração tácita.

A declaração implícita, segundo Oliveira Ascensão, na realidade não existe como categoria autônoma: numa escritura podem existir declarações expressas e declarações implícitas, mas estas últimas ou traduzem declaração de vontade expressa ou declaração tácita. A declaração implícita, então, não se configura como uma terceira categoria ao lado da declaração expressa e da declaração tácita.³⁵

Já Domingues de Andrade, além da declaração expressa e da declaração tácita, afirma que existe a categoria de declaração presumida e declaração ficta.³⁶

Declaração presumida existe quando a lei atribui a determinado comportamento o significado de declaração de vontade negocial, como é o caso da devolução da coisa empenhada, que vale como remissão do direito ao penhor.

Declaração ficta, explica Domingues de Andrade, é a mesma coisa que declaração presumida, sendo que a diferença entre elas é que na declaração presumida a presunção legal de declaração de vontade é relativa e comporta prova em contrário, enquanto que na declaração ficta a presunção legal é absoluta, não comportando prova em contrário.

35 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 56.

36 Manuel Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 138/140.

4. O SILÊNCIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (ART. 111)

O novo Código Civil brasileiro proclamou, no art. 111, que o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

Será que o dispositivo tem esse imenso alcance, de o silêncio produzir efeito quando as circunstâncias e os usos autorizarem, independentemente de previsão legal ou contratual específica?

Entende-se que não. O silêncio puro e simples é o nada, e o nada não pode ser interpretado de acordo com os usos e costumes ou as circunstâncias. Não se interpreta o silêncio, o nada.

Com efeito, Oliveira Ascensão leciona que o silêncio, como o nada juridicamente falando, não comporta interpretação. O que comporta interpretação são os fatos, as circunstâncias, que rodeiam o silêncio, para se saber se se está realmente diante do silêncio, da ausência de manifestação, ou diante de algum outro tipo de manifestação da vontade (manifestação tácita ou implícita).³⁷ Noutros termos, interpretam-se as circunstâncias, para saber se houve silêncio mesmo ou não. O silêncio em si, como nada traduz, não comportaria interpretação.

O silêncio, portanto, só pode ganhar relevância jurídica em casos excepcionais, quando houver previsão legal ou contratual para que o simples silêncio produza efeito jurídico.

Quando o art. 111 do Código Civil proclama a possibilidade de o silêncio produzir efeito jurídico, não se pode ler ou entender tal dispositivo como lançando uma espécie de regra geral, que permite a extração de efeitos jurídicos do silêncio. Ao contrário, a melhor

³⁷ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. II, p. 40.

interpretação é no sentido de que o silêncio, como regra, não pode produzir efeito jurídico, salvo por exceção, quando as circunstâncias ou os usos autorizarem (leia-se, lei ou contrato prevendo efeito jurídico para o silêncio).

Nessa linha, Caio Mário da Silva Pereira, *v.g.*, aponta que, *por via de regra, o silêncio é a ausência de manifestação de vontade, e, como tal, não produz efeitos. Mas, em determinadas circunstâncias, pode significar atitude ou comportamento, e conseqüentemente, produzir efeitos jurídicos.*³⁸

Também o clássico Vicente Ráo segue na mesma direção:

*Na realidade, o silêncio só produz efeitos jurídicos quando, devido às circunstâncias ou condições de fato que o cercam, a falta de resposta a interpelação, ato ou fatos alheios, ou seja, abstenção, a atitude omissiva e voluntária de quem silencia induz a outra parte, como a qualquer pessoa normalmente induziria, à crença legítima de haver o silente revelado, desse modo, uma vontade seguramente identificada.*³⁹

A regra do art. 111 do Código Civil de 2002, portanto, não cuida de um silêncio simples. Ao silêncio, para ter valor jurídico, é necessário se agregar algo mais, agregar “*determinadas circunstâncias*”, que seriam justamente a previsão legal (aqui incluído os usos) ou previsão contratual, atribuindo efeito jurídico ao silêncio.⁴⁰

38 Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. I, p. 483.

39 Vicente Ráo, Ato Jurídico, p. 123/124.

40 Álvaro Villaça Azevedo, Código Civil Comentado, vol. II, p. 70, aponta, a respeito da produção de efeitos jurídicos por parte do silêncio, no âmbito do art. 111 do CC, que é preciso existir um *dever jurídico de manifestação que emane da lei ou de circunstâncias ou de usos, ou, ainda, do contrato*. Outros autores, parecem, implicitamente, chegar à mesma conclusão. É o caso de Silvio Venosa, Direito Civil, vol. I, p. 330, para quem o puro silêncio só vale se a lei assim o determinar ou se vier acompanhado de outros fatores externos, como, *v.g.*, cláusula contratual. E de Rose Melo Venceslau, A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional, p. 196/197, que admite efeito jurídico ao silêncio de acordo com as circunstâncias, citando como exemplo a existência de cláusula contratual.

Pode-se arrematar: o art. 111 do Código Civil só admite valor jurídico ao silêncio quando este se faz acompanhar de outras circunstâncias, quais sejam: previsão legal, aqui incluídos os usos, ou contratual, conferindo efeito jurídico ao silêncio.

5. CONCLUSÕES

Após essas breves considerações se podem ser lançadas as seguintes conclusões:

- a) o silêncio puro é o nada, não traduz ação, não traduz ato jurídico, não é manifestação de vontade;
- b) a confusão que reina na matéria decorre do fato de que muitos autores vêem no silêncio uma forma de declaração tácita ou implícita de vontade, como é o caso de Domingues de Andrade, que aponta que o silêncio pode ser tido como comportamento concludente no sentido da aceitação da proposta. E outros até mesmo vêem nele declaração expressa de vontade, quando a hipótese é prevista contratualmente, como é o caso de Cabral de Moncada;⁴¹
- c) é preferível, todavia, separar o silêncio, que é o nada, das declarações implícitas ou tácitas, isolando o silêncio destas outras formas de manifestação de vontade, partindo-se para o entendimento de que ao silêncio, excepcionalmente, em razão de previsão legal (aqui incluídos os usos) ou contratual, ligam-se efeitos jurídicos. Segundo Oliveira Ascensão, o silêncio, mesmo quando juridicamente valorado na lei ou no contrato, não pode ser tido como ato ou negócio jurídico ou como manifestação de vontade: o silêncio é o nada, mas do nada a lei ou contrato extraem efeitos jurídicos;

41 Vicente Ráo, *Ato Jurídico*, p. 123, nessa linha, anota que *segundo alguns autores, constitui o silêncio uma subespécie da declaração expressa da vontade; entendem outros, no entanto, que a uma subespécie de declaração tácita equivale.*

- d) ainda a respeito da diferença entre silêncio e declarações tácitas, cabe anotar que nestas se inferem, indiretamente, de determinados comportamentos externos, a vontade negocial,⁴² enquanto aquele não traduz nenhum comportamento ou manifestação de vontade. Com isso, o silêncio não se confunde com a declaração tácita, pois nesta há comportamentos, existem determinadas formas de manifestação de vontade, ou usam-se comportamentos para se inferir determinada manifestação de vontade, enquanto o silêncio configura ausência de comportamento ou de manifestação;⁴³
- e) o art. 111 do Código Civil de 2002 não tem a abrangência que sua literalidade parece lhe conferir: o silêncio, como nada, só pode produzir conseqüências jurídicas quando as circunstâncias o autorizarem: leia-se, quando houver previsão contratual ou legal conferindo relevância ao silêncio.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. 5ª ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM, 2007.

ANDRADE, Manuel A Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 9ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, vol. II.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1992.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Teoria Geral*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, vol. II.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, vol. II.

42 Exemplos de declaração ou manifestação tácita da vontade no Código Civil de 2002: art. 191 e art. 1805.

43 Sem embargo, diante das divergências conceituadas entre os autores, tem-se sério problema doutrinário na identificação de quais são as declarações expressas, quais são as tácitas e como se situa o silêncio entre ambas.

- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006. 2 v.
- CORSO, Guido. *La giustizia amministrativa*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 2005.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual (primeira série)*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- NATALINI, Alessandro. *Il tempo delle riforme amministrative*. Bologna: Il Mulino, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, vol. I.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. I.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- TEPEDINO, Gustavo (coord). *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. 19ª edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2007.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2001, vol I.