

MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES

Doutor em Direito e Juiz no Distrito Federal

O silêncio como manifestação da vontade nas obrigações

(2ª edição revista e aumentada)



1944

Livraria Suíça — Walter Roth

Editora

Travessa do Ouvidor, 12 -- 1º andar

RIO DE JANEIRO

PREFÁCIO

*“Eximia est virtus praestare silentia rebus,
— Ovidio, Arte Amatoria. — Virtutem
“primam esse puto compescere linguam —
“non nulli tacuisse nocet, nocet esse lo-
“cutum —*

CATÃO”

A questão do silêncio nas obrigações não é destituída de valor teórico nem, muito menos, de interêsse prático.

A grande controvérsia suscitada, precipuamente na Itália, e os numerosos casos concretos de que a Jurisprudência nos dá notícia, indicam a necessidade de um estudo especializado sôbre êsse ponto do Direito, tão contestado como defendido. A vontade, como fôrça geradora da Obrigação, deve sempre ser revelada, sob uma forma positiva ou também se exterioriza, sob uma forma passiva, negativa, através de um “silêncio” ou de um “non fare?”

Indubitavelmente, a fatalidade do “querêr” pesa, como uma veste de chumbo, sôbre a humanidade.

Resiste-se a todas as contingências do meio; abandona-se um ideal; esmaga-se um sonho; chega-se mesmo ao extremo sacrifício do suicídio pela fome; mas

nunca se paralisa em nosso eu a função constante do “querer”.

A obrigação surge como uma projeção do querer, como uma disposição de nossa vontade.

Esta forma do “querer” exige, pede e reclama uma afirmação.

Uma afirmação, porém, deve afirmar. É-lhe essencial certa exterioridade.

Se não aparece e não se dirige, categórica em sua atitude e firme em seu contôrno, é como se não existisse, é como se nada afirmasse.

Daí a importância da questão do “silêncio” no sentido de ser admitido ou não como forma de declaração indireta nos negócios jurídicos.

As opiniões dividem-se: uns negam-lhe qualquer valor como afirmação de vontade; outros, admitem-no, em havendo o concurso de determinadas circunstâncias.

Contradizem-se aforismos e provérbios.

Enquanto se afirma “quem cala consente”, alega-se, de outra parte, “quem silencia nada diz”.

Saindo do terreno da consciência popular para o jurídico, aparecem, desde logo, duas regras contrárias: “qui tacet non utique fatetur sed tamen verum est non negare”. (L. 142, D. de R. J.); “qui tacet consentire videtur” (I. 43, D. de Reg. Jur. in Sexto).

O caso de “silêncio”, que importa investigar, é o oriundo de um defeito total de expressão, quando não existem palavras nem sinais de expressão, permanecendo purificado em sua própria essência de negatividade e abstenção.

O indivíduo nada disse. Nem por êle os fatos, como órgão de expressão de suas decisões.

Envolto em trevas, o silêncio é como um mistério, um enigma à sociedade e à lei.

Como se interpretar tal atitude no domínio das obrigações ?

Este é o fim a que nos propuzemos no presente trabalho: encontrar a posição racional do problema, depois de estudá-lo, dentro no nosso Direito Brasileiro.

erigir em instituto independente, representando a sua designação a idéia de *convenção* ou *consentimento*. Se, em alguns casos, o Código do Comércio aceita o silêncio para interpretar um contrato já concluído, integrando-o com as conseqüências impostas pela equidade e pelo uso, não se justifica a sua aceitação para formar um contrato não existente ainda.

14 — N. COVIELLO, faz uma apreciação lógica e brilhante sobre a questão (3).

Aceita as duas formas de manifestação de vontade: a expressa e a tácita.

A manifestação expressa opera-se, diz êle, quando os meios sensíveis empregados, segundo a opinião preponderante na vida prática, ou por força de adrede convenção entre as partes se destinam a exteriorizar o querer interno; manifestação tácita, quando os fatos, embora não tendo essa destinação, se realizam de tal maneira que se pode inferir a vontade de quem os conclui.

Assim sendo, a manifestação tácita não se confunde com o silêncio. Êste é o precípua ponto de vista de COVIELLO.

Não sendo afirmação nem negação, o silêncio não pode ser tomado como manifestação de vontade.

O princípio antigo de equivaler o silêncio manifestação de vontade quando o silente podia e devia falar, não o satisfaz.

Mostra as dificuldades geradas por êsse mesmo princípio, tanto no que concerne à natureza dessa obrigação, como no que diz respeito à sua fonte.

Considerada como obrigação moral, seria destituída de efeitos; como obrigação jurídica, muito menos, dada a impossibilidade de se conceber uma obrigação genérica e positiva; poderia ser uma obrigação especificada em relação a determinada pessoa, mas a dificuldade subsistiria quanto a se estabelecer a fonte dessa obrigação.

(3) N. COVIELLO — *Manuale di Diritto Civile Italiano* — § 133, páginas 365-359.

Admiti-la como sendo o contrato, o silêncio passaria a ter o carater de manifestação expressa, quando, mui ao contrário, o que se investiga é justamente si êle equivale ou não a uma manifestação tácita; si se atribuir à lei, então ter-se-á de confessar que o silêncio apenas tem eficácia jurídica nos casos em que haja um motivo legal, préestabelecido.

Qualquer fato positivo ou negativo constituindo inadimplemento de obrigação é, na opinião de COVIELLO, um fato ilícito, acarretando unicamente a consequência do ressurgimento do dano, onde quer que êste venha a ser apurado.

Quanto aos que, com maior exatidão científica, julgam importar o silêncio manifestação de vontade, toda a vez que se apresente "*unívoco*", não sómente segundo um critério *lógico*, como sob um critério "*prático*", acha que o critério da incompatibilidade sòmente é válido para fatos positivos e não para os negativos, por si mesmo equívocos: só as circunstâncias positivas que o acompanhem poderão dar uma interpretação num e noutro sentido; mas então serão êstes últimos fatos os índices da vontade e não o silêncio puro e simples. Em conclusão, na doutrina de COVIELLO, o silêncio não importa em manifestação tácita de vontade.

Em determinados casos, existe, apenas, uma presunção de vontade e não uma vontade efetiva.

15 — BAUDRY LACANTINERIE et BARDE (4), acham que o silêncio, admissível sob forma tácita ou implícita, não pode contudo ser presumido.

A lei não faz distinção relativamente aos fatos indicativos da existência do consentimento, mas claro está ser indispensável a certeza de sua existência.

Daí, dizem os citados escritores, a consequência de não implicar consentimento o silêncio daquele a quem a proposta é endereçada.

(4) BAUDRY LACANTINERIE et a BARDE — *Delle Obligatione* — I, páginas 73 a 80.

Os que, fora da hipótese supra, prosseguem em um caminho tão escorregadio, são arrastados pelo sentimento e não pela razão.

Não vê aí sinão um dêsses impulsos, de aparência nobilíssima, mas que, por ser excessivo, reage prejudicialmente sobre o seu próprio objetivo: garantir a boa fé e a segurança dos contratos.

Assim como no Direito Romano o rescrito imperial e o costume, assim no direito atual a lei e os usos comerciais poderão eventualmente diminuir a forma expressiva da vontade, substituir em algumas hipóteses a reconhecibilidade e a presença do querer pela manifestação em sinais, palavras ou atos.

Mas, conclui BONFANTE, se tudo isso não constar de disposição de Lei e, nada obstante, for estabelecido pela Jurisprudência simplesmente “em homenagem à boa-fé”, pode converter-se em um verdadeiro atentado a esta mesma boa-fé, esteio dos interêsses comerciais.

19 — PLANIOL e RIPPERT (10), depois de enumerarem várias disposições legais em que ao silêncio se atribui determinados efeitos jurídicos, entendem que de tais disposições isoladas não se pode inferir como regra geral o adágio: “Quem cala consente”.

Livre de outras circunstâncias, o silêncio por si só possui um significado equívoco.

Por mais longe que se atire o formalismo, o consentimento carece ser estabelecido.

Na dúvida, não se pode estabelecer presunções, pois que, do contrário, não mais haveria nem liberdade para as pessoas que continuamente recebem múltiplas ofertas, nem segurança nas relações de negócios .

Dizem não corresponder ao direito positivo a idéia de que a vida em sociedade gera para todos os indivíduos uma obrigação jurídica de responder às ofertas que lhes são feitas e

(10) PLANIOL ET RIPPERT — *Traité Pratique de Droit Civil Français*, VI, parte 1.^a n.º 108-109, pág. 131-139.

que o nascimento do vínculo contratual se apresenta, quer como a reparação adequada e normal do prejuízo produzido pelo silêncio do destinatário da oferta, quer como a consagração de uma categoria especial de atos, em que uma pessoa seria reputada ter consentido, salvo oposição de sua parte.

Mas PLANIOL e RIPPERT não levam essas idéias às suas últimas consequências.

Para êles, toda manifestação indireta de vontade, mesmo sendo positiva, exige um raciocínio, estabelecendo a incompatibilidade da atitude do destinatário da oferta com a hipótese de uma recusa ou de uma hesitação e a necessidade de explicar esta como sendo uma aceitação.

Não negam, porém, valor ao silêncio quando êste, unido a outras circunstâncias soberanamente apreciadas pelo juiz, faculta a êste último, mercê de um conjunto de presunções graves, precisas e concludentes, nos casos em que êste modo de prova é permitido, interpretar a atitude do destinatário da oferta como uma adesão.

E' o que se chama silêncio circunstanciado.

20 — Ossilia e F. Carnelutti. Também devem ser incluídos no primeiro grupo os pontos de vista de Ossilia e F. Carnelutti.

O primeiro (11) critica os autores que se firmam na teoria do *affidamento* (crença) e da responsabilidade, como substitutivo da vontade, pois, afirma, além de incorrerem no defeito lógico de considerarem possível a substituição da vontade, como elemento essencial à formação do contrato, um elemento diverso, qual o da responsabilidade, acabam por desmentir que o silêncio não se inclua entre os meios normais e sociais da manifestação da vontade. E friza: o interessado não pode razoavelmente ter a manifestação e atribuir ao silêncio o sentido, que não existe para ninguém, de uma declaração, correspondente à uma conformidade com a vontade,

(11) OSSILIA — *Sul silenzio come dichiarazione di volontà*, Riv. di Diritto Commerciale, 1925, II, pág. 1 e seguintes.

a menos que preexistam relações especiais. Na opinião de Ossilia, o silêncio não pode gerar aquela crença no destinatário de boa fé; falta o declarante, de vez que falta a declaração, não podendo ser certa a existência de um querer interno. Se possível não é excluir do silente uma vontade, é de vantagem reconhecer ser êle possuidor de uma vontade oculta em si mesmo, qual a de não comunicar o seu querer efetivo em relação ao fato sôbre o qual poderia falar ou interessarai o seu pronunciamento. No que concerne às circunstâncias de cada caso, é de parecer que ou elas são tais a ponto de comunicarem à atitude do silente um significado de manifestação tácita, indireta de vontade, e nêsse caso se está fora do silêncio, ou não trazem tal atributo, e, dêste modo, nada acrescentam nem prejudicam. Assim conclui, então, o seu notavel estudo:

“O silêncio não pode mais valer como consentimento, porque se tenha bem presente — para afastar equívocos — que o ponto de partida tem de ser “uma concepção *subjetiva* do silêncio (é silêncio a “atitude que *para as partes* não manifesta nenhuma “vontade), não um aconcepção *objetiva social* (é silêncio a atitude que *normalmente* não tem o modo “de manifestar algum querer). E, como temos advertido, quem quizer fazer valer uma atitude socialmente de silêncio como implicando a expressão de “um querer, deverá dar a prova específica do significado que afirma, baseada numa prática, por força “da qual aquela atitude, entre aquelas partes, determine a assunção do significado de uma declaração”.

Carnelutti (12) estabelece os seus princípios sôbre a matéria, do seguinte modo:

“Consinto de fato na equação: *silêncio não de-
claração de vontade.*

(12) F. CARNELUTTI — *Sulla efficacia delle clausole non accetate contenute nelle fatture commerciali*, Rivista di Diritto Comm., 1915, II, pág. 1.

As regras de convicção devem inspirar o juízo sobre a conclusão, e no apreciar um comportamento requer-se o conhecimento da origem dêle e uma ação racional e honesta do agente.

O que praticou um ato, que em gênero na vida, ou em espécie nas relações comerciais, é reputado como portador de um determinado querer, não pode, sem ofensa à boa-fé existente de outra parte, recusar a interpretação dada pela convicção comum.

Em seguida, distinguem a declaração tácita da presunção: enquanto a presunção é a consequência da existência de um ou mais fatos estabelecidos a “*priori*” pelo ordenamento jurídico, a declaração tácita é o resultado de uma argumentação feita com fundamento em circunstâncias particulares inerentes a um dado caso concreto.

Aplicando essas idéias à questão do silêncio, FADDA e BENSA consideram decisivo o critério da boa-fé, o qual serviria menos à sua finalidade se viesse a perder aquêle seu natural elastério que se encontra nas fontes romanas.

O “*debut*” indica uma verdadeira obrigação jurídica de se pronunciar e, em muitos casos, o silêncio deve ser interpretado como consentimento.

Julgam, outrossim, importante a existência de uma relação jurídica entre as partes.

Concluem afirmando que o princípio da boa-fé não inspira tão sómente a execução e interpretação dos contratos, mas exerce o seu império em todo o campo das relações privadas.

29 — PACCHIONI (22) participa dos pontos de vista acima expostos. O silêncio tem para êle eficácia de consentimento, desde que cercado de um conjunto de circunstâncias.

Tal princípio julga defensável, não só em face da tradição como em virtude dos princípios gerais de direito e as necessi-

(22) PACCHIONI — *Il silenzio nelle conclusioni dei contratti* (Riv. di dir. comm., 1906, II, pág. 23).

dades da vida comercial e civil moderna, provada no fogo de profundas e acuradas exegeses dos textos romanos e de disputas inteligentes em tórno de disposições do Código Civil e Código Comercial Italianos. Encara então o problema sob um duplo aspeto: sua posição em face da doutrina da vontade e responsabilidade nos negócios jurídicos; seus aspetos não estritamente jurídicos .

Não se utiliza exclusivamente dos métodos comuns de interpretação, pois que diviza uma importância social.

Dessa importância social vê surgirem para o homem variados deveres em relação aos demais: às vezes um dever de falar, outras o de silenciar.

Para êle, o indivíduo não é senhor nem de si, nem da própria palavra ou silêncio; não lhe é possível, em sociedade, expandir-se como queira nem permanecer em recolhimento, como se o mundo não existisse.

Envolvido na rede das relações sociais e nas engrenagens da vida comercial, não lhe é permitido deleitar-se sempre em ser ou fingir ser uma esfinge.

Não diviza contradição alguma nos dois provérbios “quem cala consente” e “quem cala não diz nada”, pois, na sua opinião, um corrige o outro, e o que entre ambos se deduz com a linguagem do bom senso, é que o silêncio pode ser interpretado como assentimento ou dissentimento, ou ainda como um estado de indiferença de quem silencia.

Entre os dois extremos representados pelos provérbios acima citados, PACCHIONI acha concentrar-se a doutrina verdadeira na que indica o centro de gravidade do pêndulo, oscilante entre os dois pontos opostos.

Este intermediarismo, porém, ainda não encontrou uma fórmula precisa. Por isso, PACCHIONI tudo atribui ao campo da casuística, enquanto no forem lançadas as bases de uma futura fórmula e de um futuro dógma, admitindo o que êle crê firmemente, isto é, que o silêncio pode equivaler consentimento.

Acha um equívoco e um arbítrio nos que afirmam que o silêncio, sendo algo de negativo, não está destinado a contribuir para a formação dos contratos, pois o consentimento das partes é um elemento positivo. Um equívoco, porque a circunstância de ser o consentimento um fato positivo não impede de vir manifestado por um fato negativo, como o silêncio; um arbítrio, porque, negando-se ao silêncio a faculdade de exprimir um consentimento, se nega implicitamente, uma atitude que lhe é inerente na vida real.

Consentir, continua o eminente civilista, é sentir, e sentir é um fato interno, independente de qualquer manifestação.

Se, em face do ordenamento jurídico, há liberdade de forma, a manifestação da vontade pode-se operar de qualquer maneira: palavras, gestos e até o silêncio.

Parece-lhe, mesmo, fora de qualquer dúvida constituir o silêncio, em face de quem fala, na vida social, um fato susceptível de diversas interpretações, um fato, através do qual, é possível deduzir uma vontade positiva de quem cala.

Compara-o a uma imagem firmada sobre uma negativa fotográfica: a negativa, se conservada contra a luz, não reflete a imagem, a qual, porém, surge em toda a evidência sobre um determinado fundo opaco.

Assim o silêncio. Por si mesmo, nada diz; mas, sobre o fundo opaco de um determinado complexo de circunstâncias, pode significar tanto quanto a palavra.

No ponto de vista da boa-fé, é de parecer que o homem de negócios tem uma relativa independência, e o seu silêncio pode exteriormente ter a aparência de consentimento.

Em resumo, diz PACCHIONI, a regra de que o silêncio não pode valer consentimento, corta cerce todas as dificuldades práticas, simplifica a obra do juiz e se obtém a certeza do direito: mas, ao mesmo tempo, são sacrificados os interesses dignos de proteção e a aspiração por uma jurisprudência ampla, é a característica mais forte dos tempos atuais.

A possibilidade de um silêncio-consentimento abre o caminho a uma fecunda casuística e se prepara o terreno para

o advento de uma fórmula de conciliação entre os interesses individuais e as exigências de uma vida social, toda saturada de um espírito de humana solidariedade. (23)

30 — R. DÉMOGUE (24) considera haver silêncio no sentido jurídico quando uma pessoa, no curso desta atividade permanente que é a vida, não manifestou a sua vontade, em relação a um ato jurídico, nem por meio de uma ação especial necessária ao aludido efeito (vontade expressa), nem por meio de ação de que se possa induzir sua vontade. Como PACCHIONI, acha que o homem em sociedade tem certos deveres, e em dadas circunstâncias assiste-lhe a obrigação de falar.

Depois de apontar os vários casos legais em que o silêncio de uma das partes é produtor de efeitos jurídicos, coloca a questão em termos especialíssimos: parte do ponto de vista da utilidade, isto é, para êle o silêncio vale consentimento, quando não implicar em interêsse contrário ao da pessoa silenciosa.

Teoricamente não vê impedimento em que se tome em consideração a vontade não manifestada, pois que a finalidade dos atos jurídicos consiste nos interêsses privados ou públicos conformes ao interêsse geral.

Praticamente, porém, DÉMOGUE conclui que para o silêncio possuir o valor de uma manifestação positiva de vontade é necessário tratar-se de um caso útil à uma pessoa e em que outros não possam gravemente se queixar.

31 — Lisardo Novillo Saraiva. O eminente professor da Universidade de Córdoba — Novillo Saraiva (hijo) — (25)

(23) PACCHIONI — op. cit. loc. cit., pág. 30.

(24) R. DÉMOGUE — *Obligations* n.º 185-190, pág. 298-314.

(25) LISARDO NOVILLO SARAIVA (hijo) — *El Silêncio en La Formación de los Actos Jurídicos*, Córdoba, 1941, n. 50, pág. 84-86. Temos a satisfação de consignar aqui a síntese perfeita do nosso trabalho, a fiel reprodução das nossas concepções no parágrafo em que o ilustre professor de Córdoba tratou especialmente de nosso ponto de vista, frisando: "lo que ilumina toda su construcción son los principios de la buena fe, utilizados como criterio estimativo en la interpretación de los actos jurídicos".

chega à seguinte conclusão: o princípio geral em matéria de atos jurídicos é o de que o silêncio carece de eficácia na formação dos atos jurídicos. Reconhece exceções a êsse princípio, porém em nenhum caso aceita atribuir ao silêncio o caráter de forma de declaração autônoma.

Pretende que são as circunstâncias que circundam o silêncio o ponto merecedor de consideração e do qual se pode deduzir se possível é, em certos casos, decidir que êsse fato corresponde a uma vontade de efeitos jurídicos. Tudo para êle se resume no investigar o silêncio circunstanciado. Admite a possibilidade da lei determinar que o silêncio produza efeitos jurídicos, bem como a obrigação de falar fundada nos usos e costumes. Convém em ser certa a fórmula de que o silêncio vale como declaração de vontade, quando se podia e se devia falar, embora diga-a padecente de grande abstração. Se o que cala sabe que o seu silêncio tem significado especial de um querer jurídico, o seu silêncio é um fato voluntário, realizado para um fim jurídico. O que se torna mistér é saber quando o silente é portador dessa consciência do valor de sua atitude. Para essa apreciativa, Novillo Saraiva apenas invoca um elemento — quando a atitude do silente se vincula a uma conduta anterior.

Apreciando a 1.^a edição do presente trabalho, e após referí-lo como "*un estudio del silencio, que constituye una de las pocas contribuciones americanas a la materia*" (26), palavras que mui nos confortam, afirma sua concordância com as nossas idéias, no ponto fundamental; discrepando, contudo, no fundamento, pretende, diferentemente de nós, que não é necessária uma pesquisa bilateral da boa fé, bastando apreciar "*si según las circunstancias el silente sabia o pudo saber que su silencio sería interpretado como una manifestación de voluntad*".

(26) NOVILLO SARAIVA — ob. cit., pág. 86.

O primeiro deles, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, não admite que o silêncio produza uma manifestação de vontade, fora dos casos em que expressamente a lei lhe confere tal atributo.

Abre, contudo, uma exceção: no caso de se verificar a existência de relações precedentes, mais ou menos prolongadas entre comerciantes sem o costume da aceitação.

E' nesse sentido, diz o citado comercialista, que deve ser interpretado o art. 1.084 do Código Civil, "para que se não condene o público a ser explorado por negociantes que não tenham escrúpulo em remeter, muitas vezes até com avisos cominatórios ("se em 3 dias não recusardes mandaremos cobrar" etc.), mercadorias que se lhes não encomendaram e das quais se não tem necessidade".

M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (12) adota, como regra geral, a doutrina de SAVIGNY: para êle, o consentimento é fato positivo e, por isso, insusceptível de ser presumido. Sòmente quando a lei assim o declarar é que o silêncio induz consentimento.

Quanto à doutrina em contrário, diz tratar-se de uma questão subordinada ao critério da moralidade.

Considera injusto que um indivíduo, mediante uma oferta unilateral, imponha à sociedade uma forma especial de contratar e que o egoísmo ou o interêsse de alguns perturbe os homens ocupados muitas vezes com funções importantíssimas e contínuas, impondo-lhes a deshonesta obrigação de responder a repetidas propostas dêsse gênero.

Passando a examinar a extensão das consequências da doutrina adversa, diz parecer-lhe claro que se o silêncio induzisse aceitação da oferta, o proponente poderia agir em virtude das obrigações resultantes do contrato, ficando a prova da rejeição a cargo do destinatário silencioso, acarretando, portanto, um gravame para aquêle que nenhum interêsse teve com a proposta.

(12) M. I. CARVALHO DE MENDONÇA — op. cit., loc. cit.

Todavia, por fôrça da relatividade de todas as coisas humanas, estabelece exceção ao princípio por êle sustentado de que “calar diante de uma proposta não é aquiescer com os seus termos”.

Tal exceção se verifica no caso de alguém manter com outrem relações de negócios.

Mas, nesmo nessa hipótese, M. I. CARVALHO DE MENDONÇA descobre tão sòmente uma preponderância das relações iniciais preexistentes, não sendo o silêncio mais do que uma espécie de repetição do acôrdo primitivamente dado.

Ora, dêsse caso, “tomar o silêncio como manifestação do consentimento, é uma solução tão absurda, tão repugnante à natureza das coisas como seria sujeitar aos deveres de comodatário ou de depositário aquêle em cujas mãos pudesse o acaso trazer um objeto alheio sem participação alguma de sua vontade ou mesmo na sua ignorância.” (13)

Posteriormente, o problema foi igualmente abordado por dois juristas: o Prof. Ernesto de Moraes Leme (14) e o saudoso e erudito magistrado Batista de Melo (15).

O primeiro, estabelecendo as seguintes conclusões: a) o consenso pode ser manifestado tácitamente, quando a lei não dispuzer o contrário; b) o consenso tácito pode resultar do chamado *silêncio qualificado* como do *silêncio puro*; c) a eficácia jurídica do silêncio puro ocorre nos casos expressos na lei e nos resultantes de usos e costumes”. O segundo, mais radical, afirma que “o silêncio é uma realidade jurídica nos casos em que atua como manifestação virtual da vontade, salvo disposições legais em contrário”. E acrescenta:

“Os seus efeitos se acentuam de preferênciam nas obrigações e nos contratos, porque nestes a vontade deve ressaltar inequivocamente, e o silêncio, desde que não haja obrigação de falar, pode suprir a palavra e o gesto. Ora, como as obrigações se encontram em todos os ramos do direito, não duvi-

(13) M. I. CARVALHO DE MENDONÇA — *ob. cit.*, *loc. cit.*

(14) ERNESTO DE MORAIS LEME — *Da Eficácia Jurídica do Silêncio*.

(15) BATISTA DE MELO — *O Silêncio no Direito* — *Arq. Jud.*, vol. 41 (Suplemento), pág. 83 e seguintes.

damos da generalidade do seu valor e eficácia, desde que manifeste uma vontade consciente.

A sua função supletiva, contudo, precisa ser estudada em cada caso ocorrente, porque o silêncio pode ser um meio de esteriorização da vontade, mas não é o seu fim.

O silêncio, finalmente, deve ser qualificado pela lei ou pelas circunstâncias que o cercam, isto é, como manifestação direta ou indireta da vontade”.

CAPÍTULO II

- 46 — *A questão do silêncio em face do Código Civil.*
- 47 — *O momento da formação do contrato e o silêncio de uma parte.*
- 48 — *A aceitação das faturas pelo silêncio, segundo a nossa legislação comercial.*
- 49 — *A questão do silêncio no Mandato e na Gestão de Negócios.*
- 50 — *O Mandato tácito.*
- 51 — *Os direitos facultativos e o silêncio.*
- 52 — *O dolo por omissão e a reticência.*
- 53 — *A questão do silêncio e as sociedades irregulares ou de fato.*
- 54 — *A questão do silêncio e o Projeto do Código das Obrigações.*

46 — Vimos, preliminarmente, a unicidade da questão do silêncio como manifestação da vontade, tanto no Direito Civil como no Comercial, unicidade defluente não somente do art. 121 do Código Comercial, como ainda por se tratar de um dos princípios elementares dos contratos em geral.

Nos termos do art. 1.080 do Código Civil, “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos

têrmos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”

No sistema do Código Comercial, a não ser havendo compromisso de esperar a resposta, a proposta é retratável até o momento em que, pelo que recebe a proposição, é expedida a carta de resposta aceitando sem condição nem reserva.

Estes dois princípios, entretanto, não colidem, pois, igualmente, no n.º IV do art. 1.081 do Cód. Civil, desliga-se o proponente de qualquer obrigação, se antes da proposta ou simultaneamente com ela, chegar ao conhecimento da outra parte a sua retratação.

A diferença observada é a seguinte: no Direito Civil, a proposta é retratável, se a retratação chegar simultaneamente com a proposta; no Direito Comercial, é admissível tão somente até antes da expedição da resposta de aceitação.

De acôrdo com o art. 1.080 do Cód. Civil, além da hipótese do n.º IV, constituem motivos para a cessação da obrigatoriedade da proposta:

- a) se, feita sem prazo a uma pessoa presente não foi imediatamente aceita, considerando-se como presente a pessoa que contrata por meio do telefone;
- b) se, feita sem prazo à pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;
- c) se, feita à pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro no prazo dado.

EDUARDO ESPINOLA entende defluir dêsses dispositivos, em princípio, interpretar-se o silêncio como recusa. (1)

Em princípio, disse-o com acêrto, pois é preciso não olvidar o art. 1.079 do referido código, declarando que “*a manifestação da vontade nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa*”.

(1) E. ESPINOLA — op. cit., loc. cit., pág. 65.

Na verdade, a regra geral é a de que, entre presentes, à proposta deve seguir-se uma imediata aceitação, e que, entre ausentes, a resposta deve surgir no espaço de tempo suficiente ou no estabelecido. Essa situação não impede, contudo, que o silêncio possa significar um consentimento, restando pura e simplesmente investigar se um tal comportamento possui êsse valor jurídico.

Desde que não haja a exigência de um consentimento expresso, desde que não se interponha um obstáculo formal no contrato, os sistemas do Código Civil e do Comercial não entram a discussão da tese, diferentemente do que sucede na legislação italiana, onde VIVANTE e outros juristas apontam uma proibição taxativa. Mui ao contrário. O art. 1.084 do Cód. Civ. dispõe:

“se o negócio for daqueles em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”.

Tal artigo recebeu as críticas incisivas de E. ESPINOLA e JOÃO LUIZ ALVES.

Nada obstante, ambos levaram às últimas conseqüências, a inteligência da disposição incriminada, interpretando-a ligados à rigidez do texto. (2)

E. ESPINOLA divisa no art. 1.084 uma obrigação de falar criada pelo Legislador, e a cargo da pessoa a quem o proponente se dirigiu, obrigação decorrente exclusivamente da declaração unilateral do proponente de que dispensa uma resposta, embora reputando-a, em muitos casos, em antinomia com os usos e práticas comerciais e gerando injustificadamente uma situação contrária aos desejos do que recebeu a proposta.

(2) E. ESPINOLA — op. cit., pág. 87-88. No mesmo sentido J. MARTINS RODRIGUES, op. cit., pág. 117.

Ilustra a sua crítica, figurando a hipótese de um comerciante que tenha feito a alguém uma oferta de mercadorias de grande valor, reputando concluído o negócio, se dentro de 15 dias, prazo necessário para a resposta, esta não venha a ser dada.

E então pergunta: e se, a despeito de ser suficiente o prazo marcado, a outra parte, por acúmulo de correspondência, ou por alguma outra circunstância, só tomar conhecimento da oferta depois de vencido o prazo?

Mas ESPINOLA, depois de indicar o Código das obrigações Suíço e o Código Civil Alemão, como fontes diretas do art. 1.084 do Código Civil, depois de demonstrar que mesmo os mais estrênuos defensores da teoria do silêncio-vontade não foram capazes de levar a questão até onde a colocou a referida disposição, estabelece, apesar disso, a seguinte conclusão:

“Assim, entre nós, por força da lei, está qualquer pessoa obrigada a responder recusando a proposta que se lhes faça, desde que o proponente declare que dispensa a aceitação expressa.”

Se o não fizer, ou se o fizer tardiamente, reputar-se-á concluído o contrato. (3)”

Se essa inteligência está absolutamente certa do ponto de vista literal, o mesmo já não sucede se a encararmos sob o prisma lógico, histórico e racional.

E' preciso não esquecer que, como diz VANDER EICKEN, “a obediência cega aos textos não pode ser senão passageira”, pois (4) “a palavra não passa de um sinal do pensamento contido na lei, a qual, se pode encontrar a sua repressão, mais ou menos exata, nos meios materiais e externos que a linguagem fornece, não cessa de possuir uma existência autônoma que não pode ser inteiramente compreendida numa fórmula,

(3) E. ESPINOLA — op. cit., pág. 87-88. No mesmo sentido J. MARTINS RODRIGUES — op. cit., pág. 117.

(4) VANDER EICKEN — *Méthode Positive de l'Interpretation Juridique*, pág. 23.

mas deve ser examinada em sua realidade objetiva, na própria fonte originária de que procede (5). O art. 1.084 do Código Civil corresponde aos arts. 1.220, 1.234 respectivamente do Projeto Primitivo e Revisto.

Assim estava concebido o art. 1.220 do Projeto Primitivo:

“Quando a aceitação expressa não é de uso em certa classe de negócios, ou quando o proponente a dispensa, reputa-se o contrato concluído, se a oferta não foi recusada em prazo conveniente”.

No Projeto Revisto, tomou a seguinte forma:

“Quando a aceitação expressa não for de uso em certa classe de negócios ou se o proponente a dispensar, o contrato se reputará concluído, se a recusa não for dada em tempo”.

Aferindo-se estas duas disposições com o art. 1.084 do Código Civil, verifica-se haver subsistido o mesmo espírito básico, através de todas essas transmutações puramente literais.

Ora, sobre o art. 1.220 do Projeto Primitivo, manifestou-se DUARTE DE AZEVEDO:

Art. 1.220 — O texto é obscuro. Qual é a classe de negócios em que se não usa da aceitação expressa? Qual o prazo *conveniente para se presumir a aceitação*?

Trata-se da aceitação tácita, que somente se pode induzir de fatos comprobatórios da vontade, como advertem SAVIGNY, GIORGI e outros.

O artigo alude talvez à oferta, entre correspondentes, de gêneros próprios do comércio daquele a quem a proposta é feita.

(5) DEGNI — *L'Interpretazione Della Legge*, pág. 242.

Mas será conveniente transportar para o nosso Código Civil o uso que o nosso Código Comercial, art. 127, não aceitou mesmo para os negócios mercantís?) (6)”

Como se vê, as críticas de DUARTE DE AZEVEDO versaram não sòmente sòbre a obscuridade do art. 1.220, mas alcançaram a sua substância.

Mostrou que o artigo incriminado deveria estar limitado nos têrmos *das doutrinas* de SAVIGNY e GIORGI, e *as doutrinas* dêstes dois juristas, embora diferentes em certos aspetos, não permitem, contudo, a criação de uma obrigação de falar, gerada pelo simples arbítrio do proponente.

Parece-nos assim, pensar igualmente CLOVIS BEVILAQUA.

Depois de oferecer dois exemplos de aceitação tácita, o eminente jurista diz, em comentário ao citado art. 1.084:

“Fora dessas circunstâncias, não se poderá inferir aceitação do silêncio desacompanhado de atos que a pressuponham, ainda que a proposta venha acompanhada de cláusulas cominatórias: considera-se aceito o objeto remetido, se não for devolvido dentro de certo lapso de tempo. Tal exemplo não tem base jurídica. O policitante não pode violentar a vontade daquele a quem propõe a conclusão de um contrato. Contrato é acòrdo de vontades. (7)”

O que não padece a menor dúvida é que o art. 1.084 tem por fonte direta o art. 6 do Código Suíço das Obrigações e o art. 151 do Código Civil Alemão, ajustando-se-lhe a exegese desenvolvida por SCHNEIDER, FICK, SALEILLES, M. OSER e ROSSEL, a que já nos referimos no n.º 36 supra, com as limitações por êle indicadas.

(6) DUARTE DE AZEVEDO — Parecer in “Código Civil Brasileiro” — *Trabalhos relativos à sua Elaboração*, II, 145-146.

(7) CLOVIS BEVILAQUA — *Comentários ao Código Civil* — IV, 246.

Tal é igualmente a opinião de Von Thür (8). Depois de se referir aos vários casos de manifestação tácita, classifica dentre êstes “as declarações de vontade decorrentes de uma atitude concludente, isto é, de atos que uma pessoa realiza afim de comunicar sua vontade à outrem”.

A omissão, para êle, constitui muitas vezes uma atitude concludente. E acrescenta: “o silêncio, precipuamente, pode valer ratificação, mas somente quando o que silenciou teria podido e devia manifestar sua recusa. Assim o fato de não responder a uma oferta não tem, em geral, o efeito de uma aceitação, porque ninguém é obrigado a responder a questionários não provocados.” Mais adiante acentua que excepcionalmente, o fato de deixar uma oferta sem resposta pode ser considerado como aceitação, mas isso no caso somente em que, em virtude de um acôrdo preliminar ou das regras da boa fé, o destinatário da oferta tem o dever de responder; porque, em princípio, ninguém é obrigado a responder a assuntos não provocados” (9).

O Snr. J. MARTINS RODRIGUES (10) concordando com a doutrina de ESPINOLA, desce ao seguinte exemplo:

“Assim, pois, em face do nosso direito positivo, na fase de formação do vínculo contratual, basta que o proponente declare, ao formular a oferta, que dispensa a aceitação expressa para que a outra parte se considere vinculada. Se o livreiro ou editor, p. ex. — para nos servirmos de um caso geralmente discutido pelos autores — remeter livros, revistas ou jornais a alguém, declarando, ao fazer a remessa, que considera vendidos os livros, ou convenciona a assinatura dos periódicos se o recebedor não denunciar o propósito contrário em determinado espaço de tempo — a solução, em face da nossa lei, é que estará

(8) VON THÜR — *Code fédéral des Obligations*, I, § 21, pág. 141.

(9) VON THÜR — ob. cit., I, § 24, pág. 166.

(10) J. MARTINS RODRIGUES — ob. cit.

concluído o contrato, formando-se, a despeito do silêncio de uma das partes, o vínculo obrigacional”.

Mas, como já vimos no n.º 36, as doutrinas suíça e alemã repelem essa forma de obrigação de resposta, exceto o caso em que haja algum ato significativo de apropriação do volume enviado.

Não podemos admitir uma exegese de um artigo de lei nossa em antinomia com o espírito das normas que lhe serviram de fonte, maximé quando essa interpretação literal conduz a um extremo ilógico e anti-social.

47 — Tratem os agora do momento da formação do contrato e o silêncio de uma das partes. Como tivemos ocasião de examinar, conforme as circunstâncias, o silêncio pode importar consentimento ou não. Daí surgirem duas situações diversas: aquêle a quem a oferta é dirigida poderá, pelo silêncio, ter aceite, como igualmente poderá entender que a recusou. Analisemos essas duas situações.

A) *A oferta foi aceita pelo silêncio.* Em que momento se forma o contrato? Entre presentes, se o silêncio estiver dentro de circunstâncias que possam implicar aceitação, reputa-se o contrato imediatamente constituído. Mas, entre ausentes? O nosso código civil adotou a teoria da expedição, e, salvas exceções especiais, o contrato se forma a partir do momento em que a aceitação é expedida (Cód. Civ. art. 1.086).

Mas, no caso do silêncio, o aceitante não responde. Girault (11), focalizando o problema, sugere considerar-se, como ponto de partida, o momento em que o consentimento do aceitante cessou de estar num *propositum in mente retentum*, por outra, desde que haja da parte do aceitante manifestação exterior da vontade. Mas Girault reconhece ser insatisfatória, do ponto de vista prático, tal solução, pela dificuldade em

(11) GIRAULT — *Contrats por correspondance*, pág. 172-173.

concretizá-la. Preconiza, então, a adoção do preceito do art. 8.º do antigo Código Federal das Obrigações suíço, *in fine*, dispondo: “*Lorsque une acceptation expresse n'est pas nécessaire, les effets du contrat commencent A DATER DE LA RÉCEPTION DE L'OFFRE NON REFUSÉE*”.

O preceito supracitado do código das obrigações suíço foi modificado pelo código das obrigações de 1911. Este dá uma outra solução no art. 10, prescrevendo: “*Si une acceptation expresse n'est pas nécessaire, les effets du contrat remontent au moment de l'acceptation de l'offre*”.

Mas, como se caracteriza a aceitação da oferta? Pelo simples fato da recepção, como estabelecia o art. 8.º do antigo código federal das obrigações? O nosso Projeto do Código das Obrigações oferece uma solução razoável, no art. 92, assim redigido: “*Tratando-se de negócio em que não é usual a aceitação expressa, ou quando o proponente a dispensa, reputa-se concluído o contrato, se não chega a tempo a resposta*”.

B) *Recusa da oferta*. Claro está que, no caso das circunstâncias não permitirem um silêncio criador de obrigações, um silêncio que implique em aceitação da oferta, importa esse mesmo silêncio numa recusa à oferta. São os casos previstos no art. 1.081 do Código Civil que desobriga o policitante da proposta feita: 1.º) se, feita sem prazo à pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; 2.º) se, feita à pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro no prazo dado.

C) *Silêncio do policitante*. Um caso especial existe em que a lei obriga o policitante a falar. Trata-se da hipótese prevista no art. 1.082, do Código Civil, prescrevendo: “*Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, êste comunica-lo-á, imediatamente, ao aceitante, sob pena responder por perdas e danos*”.

Tal disposição pressupõe que a resposta tenha sido expedida dentro no prazo útil, e, mais ainda,, não dá lugar ao nascimento do contrato, mas tão somente a perdas e danos.

SECÇÃO V

POSIÇÃO RACIONAL DO PROBLEMA

CAPÍTULO I

- 59 — Valor do silêncio no ponto de vista psicológico.
60 — Valor do silêncio no ponto de vista sociológico.
61 — Valor do silêncio na ordem jurídica.
-

59 — A palavra “*silêncio*” vem de “*silentium*” e esta de “*sileo*”, “*es*”, “*ui*”, “*ere*”, significando “*calar*”. Formada da letra “*s*”, sibilante, exprime o modo pelo qual se impõe silêncio, chisteando.

Em si mesmo considerado, é um ato negativo em relação ao falar, sendo, conseqüentemente, a abstenção de falar.

Segundo ROSMINI (1), é um ato positivo da vontade e do pensamento, do qual — ao lado da palavra falada e escrita — se pode deduzir, segundo as circunstâncias e caso por caso, contrariedade, oposição e repulsa, ou, ao contrário, *aprovação, consentimento e confirmação*.

Para FERRARI (2), na omissão há um conteúdo de ação, pois a vontade pode ser revelada através de locuções impró-

(1) ROSMINI — *Psicologia* II, 1650.

(2) U. FERRARI — *op. cit.* pág. 159-161.

prias, com a única diferença de que, na *ação*, a vontade se manifesta de si e por si, livre e conscientemente, independente e autônoma, ainda que em face da lei: na *omissão*, (própria e imprópria), ao contrário, é vinculada por um termo de relação, por um ordenamento jurídico, ou pela inobservância daquilo que certamente a constitui, acarretando a realização do evento.

KELSEN estabeleceu uma distinção entre o que êle chama "*la ausencia del querer*" e o "*querer algo negativo*". "En el primeiro caso lo acontecido o non acontecido, no ha sido querido, ni ha dejado de serlo: nignuna relacion tiene con la voluntad *en el segundo en cambio lo no ocurrido ha sido querido en su negatividad*. Ahora bien: cuando el objeto de este querer negativo tenga que ser una omision del sujeto, para que en este caso se pueda hablar de voluntad y non de mero deseo, es preciso que se haya sufocado de modo positivo, in impulso que se oponia a la omision. Asi pues, solo podre afirmar que yo he querido que la lluvia mojara a fulano, cuando em mí ha existido realmente el impulso de dejarle un paraguas y mi voluntad lo ha sufocado. (3)

A ação outra coisa não é senão o reflexo, no mundo exterior, de um estado de consciência, afirmando-se como vontade, em resumo, a manifestação exterior de um ato de vontade.

O momento externo da ação é o fato que deve ser concebido como realização do querer.

Toda ação produz uma alteração no mundo exterior.

Trata-se, pois, de um consciente movimento corpóreo, querido pelo homem, de modo que a omissão constitui perfeita antítese, por se tratar da ausência de um certo movimento corpóreo que se não realiza certamente porque o indivíduo se recusa a levá-lo a efeito (4).

Se a psicologia e a pura razão não conseguem destruir a antítese, na prática da vida e na linguagem jurídica fala-se

(3) HANS KELSEN — in *Recasens Siches — Direcciones Contemporaneas del Pensamiento Jurídico*, pag. 126-127.

(4) OTTORINO VANNINI — *I. Reati Commissivi mediante Omissioni*, pags. 11.

comumente de ação negativa ou omissão, como a que se liga conjuntamente ao ato positivo, ao conceito de ação em gênero.

No seu lado objetivo, a omissão, o silêncio, o “*non fare*” correspondem aquilo que da ação forma o momento material, ausência de atividade, da atividade que foi omitida.

Mas, no ponto de vista nitidamente psicológico, a antítese desaparece, para se compreender ação positiva e negativa, dentro no mais dilatado conceito de “*ação*”.

O ato positivo, como o ato negativo, ambos constituem duas diversas atitudes exteriores de um fenômeno psíquico, em si próprio conceitualmente único.

SIGWART (5) pôs em destaque como a omissão, não menos que a ação, deflui de uma vontade determinada “*ad-hoc*”.

Mas cumpre observar que, enquanto a ação se realiza por si mesma, a omissão, para se caracterizar, necessita ser compreendida como a possibilidade física de agir em sentido oposto. (6)

Por isso, O. VANNINI afirma que a omissão não é uma realidade, nem como fenômeno externo, nem como fenômeno psicológico, pois que “*real unicamente é a representação que da própria omissão o omitente e os terceiros suportam*”.

A omissão não é uma realidade temporal e espacial.

O que não aparece no mundo dos fenômenos não pode comportar limitações de espaço e de tempo.

No mundo dos fenômenos, somente se deve considerar como realidade temporal, e espacial, a atitude positiva que acompanha a omissão. (7)

E' verdade que ALEXANDRE BONUCCI declara que a omissão é uma realidade espacial e temporal por isso que “*là, dove e quando si riscontra uno stato fisico del soggetto, inverso da quell'atto esteriore che si attendeva, è il luogo e il tempo dell'omissione dell'atto stesso*”.

(5) SIGWART — “*Der Begriff des Volles*”, II, pag. 152 *apud* O. Vannini — op. cit. loc. cit.

(6) O. VANNINI — op. cit. pag. 13.

(7) O. VANNINI — op. cit. pag. 17-18.

Mas VANNINI contesta-o, dizendo que a omissão não vale por si mesma, pois não é uma coisa, uma propriedade empiricamente inerente na coisa, mas o resultado do pensamento (8).

Para êle, é uma irreabilidade como fenômeno físico e como fenômeno volitivo, considerado em relação a isto que se omitiu, mas não deixa de considerar uma realidade como:

“conoscenza da parte dell'omittente della libera rinunzia a compiere un determinato atto e come rappresentazione nei terzi di tale conscenza”. (9)

De qualquer modo, sôbre êsse valor psicológico do silêncio, não há a menor dúvida.

60 — Do ponto de vista sociológico, o valor do silêncio, pela mesma razão, é incontestável.

DEL VECCHIO, (10) assinala que o critério jurídico mediante o qual se deverá julgar se um fenômeno está ou não conforme ao direito, no que se referir à vontade de um sujeito e como sua expressão, é aplicável às ações, entendidas essas no seu significado amplo, o modo de ser do sujeito, o seu comportamento, de modo que a abstenção e a atitude negativa entram no conceito geral de ações.

A atividade humana no âmbito social, positiva ou negativamente exercitada, possui um valor inegável, susceptível de ser apreciado, quantitativa e qualitativamente, desde que produza uma modificação no mundo exterior.

No silêncio diante de um ato que me diz respeito, se calo quando razões haviam e ponderosas, dando-me a consciência de um dever de falar, por certo que essa atitude é portadora de conseqüências modificativas das relações ou do objeto a que se prendia o meu silêncio.

(8) O. VANNINI — op. cit. pág. 22.

(9) O. VANNINI — op. cit. pág. 25.

(10) DEL VECCHIO — *Il Concetto del Diritto*, pág. 11.

Em tais casos, não posso pretender uma inocuidade de efeitos no meu comportamento. Não foi simplesmente um “*não dizer nada*” mas um “*não dizer nada*” que implicou em afirmar algo.

Como diz PACCHIONI (11), o indivíduo não é senhor nem de si, nem da própria palavra ou silêncio.

Envolvido na rede relações sociais e nas engrenagens da vida comercial, não lhe é dado repousar tranquilo numa vaidosa indiferença ou deleitar-se em ser ou fingir ser uma esfinge.

Embora apóstolo devotado da liberdade, KANT não a compreendia de modo absoluto: a liberdade de cada um tinha de ser exercitada de maneira a não prejudicar a dos demais.

Nas concepções solidaristas, o homem nasce já onerado por uma dívida em face da sociedade e de seus membros.

DUGUIT escreveu: “Nous ne disons pas: l’homme doit coopérer à la solidarité sociale, parce qu’il est homme, et que comme tel, il ne peut pas vivre que par la solidarité. Nous ne disons pas: l’acte de coopération à la solidarité est bon; nous disons, l’acte de coopération a une valeur et des conséquences sociales.” (12)

Quanto mais intensas, contínuas, e várias forem as relações entre o homem e o homem, afirma-o D’AGUANO (13), tanto maior a corrente ininterrupta a adunar os indivíduos em um só todo, sob um escôpo comum, qual o do bem estar coletivo.

Agir ou não agir, uma vez que essa ação ou omissão, conscientemente levada a efeito, envolva interesses de mais de um indivíduo, deixa de ser um ato indiferente ao ambiente social.

E’ a própria esfinge que ameaça: “*ou tu me decifras, ou eu te devoro*”.

(11) PACCHIONI — op. cit. loc. cit.

(12) DUGUIT — *Droit Constitutionnel*, pág. 16.

(13) D’AGUANO — *Le Geneze e l’Evoluzione del Diritto Civile*, pág. 514.

61 — Um dos reflexos dêsse valor socio-psicológico do silêncio, está na sua consagração dentro na ordem jurídica, em todas as disciplinas do Direito.

IHERING, (14) estudando a essência do formalismo em face da vontade jurídica e após salientar a necessidade da vontade jurídica ser reconhecida para alcançar uma existência, sendo a manifestação exterior o meio único dêsse reconhecimento, pois, segundo êle,

une volonté sans forme c'est le couteau de Lichtemberg "qui n'a ni lame ni manche",

conclui:

"le droit peut laisser à la volonté, quant aux moyens de s'exprimer dans l'acte juridique, une liberté complète, de telle manière que tout moyen indistinctement, que ce soit le mot, l'action, le signe et même, le cas échéant, le silence, soit propre à produire l'effet visé bien entendu pour autant que le contenu de la volonté puisse être constaté avec certitude".

No Direito Civil e Comercial, no Direito Administrativo, no Direito Penal, no Processo Civil e Penal, na teoria das Provas, o silêncio envolve questões de alta magnitude, estando os seus efeitos determinados em várias disposições de diversos aspectos.

No Direito Civil e Comercial muitos são os casos onde é portador de relevantes efeitos.

No Código Civil destacam-se os seguintes artigos: 94, 161, 522, 548 § único, 683, 1.079, 1.084, 1.166, 1.195, 1.290, 1.292, 1.293, 1.581 § 1.º, 1.584.

No Código Comercial, os que se seguem: 141, 200 n. 3, 56, 212, 219, 135, 219, 305 ns. 3 e 7.

(14) IHERING — *L'Esprit du Droit Romain*, III, § 50, pág. 165.

CAPÍTULO II

- 62 — *Teorias que procuram justificar o fundamento jurídico da responsabilidade pelo silêncio: a teoria do “Abuso do Direito”.*
- 63 — *A teoria da responsabilidade extracontratual.*

62 — O fundamento jurídico do efeito do silêncio, assente na noção de “*Abuso do Direito*”, deve-se a M. RENÉ POPESCO RAMNICEANO que lançou a idéia ao comentar um julgado da Côte de Douai.

Diz ser êsse o único meio de conciliar as duas concepções divergentes: a que não permite a possibilidade de forçar alguém a uma resposta e a que, em certos casos, estabelece a obrigação de falar.

Assim expõe êle as suas idéias:

“Si, en effet, j’ai le droit de ne pas répondre à une offre qui l’on me fait, je n’ai pas le droit d’abuser de mon silence, lorsque en me taisant je nuis sciemment à autrui. Je suis donc tenu parce que, en me taisant, j’ai pu aggraver la situation d’un tiers, alors qu’une simple parole de ma part aurait pu l’éclairer sur mes intentions et lui éviter des dommages inutiles. Il y a abus de droit comme dans le cas de rupture injustifié de pourparlers pré-contractuels. (15)

E conclui:

“En conclusion, il ne faut plus parler “*de silence comme manifestation*” de volonté, mais rattacher “le silence createur d’obligations à la théorie de l’abus

(15) M. RENÉ POPESCO RAMNICEANO — *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1930, pág. 999 a 1.009.

du droit seule capable d'expliquer des hypothèses dissemblables et inexplicables à première vue. (16)

Como se observa do exposto, M. RAMNICEANO é dos que se batem pelo ponto de vista de que o silêncio absoluto nada exprime, e o silêncio circunstanciado não passa de uma forma de manifestação tácita, baseando-se em ERLICH, ao considerar as manifestações de vontade pelo silêncio, na realidade, como casos de manifestação tácita de vontade, decorrendo das circunstâncias, dos usos e dos preliminares de acôrdo.

O silêncio é para êle outra coisa.

A falta de resposta, a ausência de qualquer gesto ante uma proposta de contrato que se recebe, a remessa de um jornal com a cominação de se reputar assinante, se não houver uma resposta, o caso objeto do já referido julgado da Côte de Douai, onde o Tribunal declarou culposo o fato de se não haver prevenido aquele que, considerando um contrato concluído, anuncia uma remessa e faz despesas de transporte, *mesmo que não tenham existido relações anteriores entre as partes*, tudo isso, na doutrina de M. RAMNICEANO, só encontra um fundamento lógico e explicavel juridicamente: *a noção do abuso do direito*.

Entretanto, êsse recurso à noção de “Abuso do Direito”, pôsto seja original, peca pela base.

Para que se divise um “abuso do direito”, fôrça é reconhecer, preliminarmente, a existência de um direito, do qual se abusa, usando-o anormalmente.

E' verdade que RAMNICEANO fala de “um direito de não responder à oferta”.

Ora, êsse *direito de não responder* é tudo quanto há de mais contestavel e constitui, mesmo, o próprio campo de batalha da questão do *silêncio*.

Afirmá-lo, num sentido geral e apriorístico, é procurar resolver a questão por um dos seus pontos extremistas, tor-

(16) M. RENÉ POPESCO RAMNICEANO — op. cit. loc. cit.

nando, assim, remota qualquer possibilidade da conciliação por êle apregoada.

Na questão do “silêncio”, não se cogita do “abuso do direito” *de não responder*, mas da *obrigação de falar*, em dadas circunstâncias, de um dever a cumprir, através de uma ação física positiva.

Surgem duas entidades autônomas: o direito de não responder, de um lado; a obrigação de falar, de outro, emergindo uma ou outra, consoante o império e a natureza das circunstâncias em causa. Uma e outra não se confundem.

Por isso, não há espaço para a noção de “Abuso do Direito”. A questão consiste em interpretar o silêncio como atestação de uma vontade, ou não, conforme exista ou não, uma obrigação de falar. E como cogitar de “abuso do direito”, se uma parte, v. g., sob o fundamento do silêncio-consentimento, exigir da outra uma prestação e esta reconhecer aquela forma indireta de aceitação e cumprir a obrigação ?

Além disso, transportar para a questão do “silêncio” a do “abuso do direito” é sair de um areal moveição para outro.

Se, em geral, há harmonia no reconhecer o princípio de “Abuso do Direito”, no entanto discrepam e dissentem os juristas quanto à fixação do critério regulador dêsse mesmo princípio.

Há os objetivistas que reduzem os direitos a seus efeitos; os subjetivistas, fundando-se, não nos resultados do ato realizado, mas no móvel que os ditou; os que se batem pelo critério da “intenção de prejudicar”; e finalmente, a idéia do “*détournement du droit*” defendida por JOSSERAND. (17)

Se bem que podendo assentar sôbre o princípio de solidariedade social, a questão do silêncio é, contudo, uma questão de pura forma de manifestação do querer.

Não é de se abandonar a hipótese de que, fora do terreno contratual, a noção de culpa venha a lhe servir de funda-

(17) JOSSERAND — *Traité du Droit Positif Français*, II, pág. 208 e seguintes. “*Apud Sentença* por mim proferida no Arq. Judiciário, XXIV, pág. 359 e seguintes, onde também há referência aos notáveis julgados de Galdino Siqueira e Saboya Lima.”

mento, mas, nêsse caso, não defrontamos um abuso do direito de abstenção.

O que ocorre é a violação de um dever de agir ou de falar, dever êsse impôsto por essa mesma solidariedade social.

Todos os juristas e a própria jurisprudência são unânimes em afirmar que a existência da abstenção culposa depende da preexistência da obrigação de agir. Há deveres gerais de fazer. Assim a atitude de um guarda deixando o seu inimigo atravessar um ponto perigoso ser advertí-lo, ou quando se ausenta do seu pôsto, falta com os seus deveres de vigilância e de que resultou um acidente.

63 — Outro fundamento que se procura dar ao silêncio é exclusivamente o da responsabilidade extracontratual.

Não há dúvida que, tanto no Direito Civil como no Direito Penal, a culpa, num sentido lato, é portadora de uma noção comum: consiste numa atitude moral reprovada por lei e manifestada em relação a um ato ilícito ou à violação de um contrato.

Desta unicidade de conceito, participam as duas modalidades de Culpa, no Direito Civil: a culpa contratual e a extracontratual.

Todavia, entre uma e outra se interpõem diferenças sensíveis e ponderosas, de modo a tornar necessário investigar-se se a questão do silêncio deve unicamente fundar-se na culpa extracontratual ou se nesta e na contratual, conforme se tratar ou não de relações contratuais.

Além de outros pontos notáveis, como o do onus da prova, a culpa contratual afasta-se da extracontratual, por isso que, geralmente, é dirigida pela presumida vontade das partes, que é o índice e o aparelho bitolador da conduta de cada uma delas, ao passo que a segunda é dominada integralmente pela sanção de “*não prejudicar a outrem*”, estabelecendo uma responsabilidade, independentemente da gradação da culpa. (18)

(18) CHIRONI — *Colpa Extracontractuale*, I, pág. 53.

Mas o ponto de particular interesse está em que, consoante já o dissemos, a culpa extracontratual compreende tão somente a violação do princípio geral do “*neminem laedere*”, ao passo que, no nosso estudo, procuramos demonstrar os efeitos jurídicos do silêncio, não como violação daquêle princípio, embora não neguemos essa possibilidade, mas como forma de manifestação da vontade.

Nenhuma dúvida temos em afirmar ser o silêncio intencional, em dadas circunstâncias.

Aquele que mantém relações habituais de negócios com outrem e que silencia ante uma nova proposta de contrato, indubitavelmente consentiu nêsse contrato.

A responsabilidade decorrente dêsse fato é a contratual e contratual a culpa.

A prova que quiz contratar (elemento psíquico, intenção) nasce da circunstância de haver calado e querido calar quando tudo indicava implicar necessariamente êsse silêncio em consentimento (elemento material).

Cumpra observar, ainda, que uma doutrina bastante poderosa vê, na obrigação resultante da preparação de um contrato, uma obrigação eminentemente contratual.

Se divergem as opiniões acêrca da explicação do referido fundamento, em princípio todos partem da vontade dos interessados.

Na sua famosa dissertação sôbre a “*Culpa in Contrahendo*”, IHERING mostrou que se a parte entra em conversações preliminares com outra e não emprega maiores diligências, incide em culpa.

Assim, se aquêle que efetua gastos, supondo razoavelmente chegar à efetivação do contrato, sofre um prejuízo, a reparação deve ser dada, tomando-se como base o contrato futuro que os interessados desejavam celebrar.

A culpa *in contrahendo* surge, por êsse modo, como uma forma distinta da culpa extra-contratual.

O que caracteriza a Culpa, o que a distingue do dolo, escreveu F. CARNELUTTI (19), é o “querido” e não o “querer”, pois que, em ambos os casos, o “querer” existe, concentrando-se as diferenças na *direção* da vontade.

Essa mesma distinção da “direção” da vontade pode servir de meio para caracterizar o silêncio no domínio contratual ou não.

No campo do contrato, o silêncio não constitui um simples “*non fare*”, negligente, mas uma atitude “*consciente*”, querida efetivamente, uma vontade que nela encontra uma *direção* destinada a estabelecer uma afirmativa.

O que se registra, então, no domínio das Obrigações, é o mesmo fenômeno do Direito Penal, pôsto em relêvo por U. FERRARI (20).

Tício quer enganar a Caio com estelionato, ou Semprônio com o de bigamia, ou Mario com fraude de comércio.

A prova de que êle quis enganar, temo-la no fato de haver calado e “querido” calar, quando, naquelas circunstâncias, a lei lhe impunha falar.

Contudo, essa face do problema não impede que o silêncio também se funde na culpa extracontratual, toda a vez que a omissão praticada atentar contra o princípio genérico do “*neminem laedere*”, em casos onde não haja nenhum matiz de relação contratual entre as partes.

CAPÍTULO III

- 64 — *O papel da vontade e a necessidade de sua manifestação.*
- 65 — *O conflito entre o querer interno e a manifestação, em face da doutrina francesa, alemã e italiana.*
- 66 — *A questão do silêncio em face dessas 3 teorias.*
- 67 — *A questão do silêncio e os princípios de boa fé, como elemento interpretativo da vontade contratual.*

(19) F. CARNELUTTI — *Teoria General del Reato*, pág. 212.

(20) U. FERRARI — *op. cit.* pág. 247.

- 68 — *Relação entre questão do “silêncio” e a da fonte das obrigações. A lei como fonte única das obrigações.*
69 — *O que se deve entender como conceituação da “Lei”.*
70 — *O silêncio é uma manifestação expressa ou tácita?*
71 — *Princípios assentes, no domínio da prática, quanto aos casos de silêncio com o valor de manifestação da vontade.*
Conclusão.
-

64 — Se, sem dúvida alguma, um dos fatores mais importantes da atividade social é a vontade, contudo, enquanto mergulhada nas profundezas do espírito humano, nenhum interesse desperta no domínio jurídico.

Sòmente o fenômeno exterior importa ao Direito: “*non esse et non apparere, in jure pari passu ambulat*”.

A vontade necessita ser manifestada. Trata-se de um movimento fatal e indispensavel, não sòmente como um meio de prova do ato jurídico, como também para satisfazer as exigências das relações jurídicas.

“E’ a forma social, juridicamente reconhecida para constituir a auto-determinação nas relações do direito”.

Uma opinião mental não comunicada não pode entrar em linha de conta nas relações entre os homens”. (21)

E a realização dessa exteriorização, diz KUNN, opera-se pela desintegração de alguma coisa da parte do agente, adquirindo, por essa razão, uma existência independente.

No ato jurídico, notam-se, assim, dois elementos: o elemento interno, psíquico, firmado pelo querer, e o elemento externo, objetivo, formado pela manifestação desse querer.

(21) MIRCEA DURMA — *La Notification de la Volontá*, pág. 25.

Ambos, conjuntamente, constituem a *vontade jurídica*, e tornar-se-iam ineficazes, se isoladamente concebidos.

Por si só, o querer puramente interno é um fenômeno incompleto. Ao revés, o ato exterior não seria portador de significação alguma, senão pelo pensamento nele contido, pelo processo volitivo que o determinu e o dirige.

Dar um valor exclusivo ao primeiro elemento, importaria em confundir o direito com a moral, transportá-lo em uma região de puro subjetivismo, e tornar difícil, senão impossível, uma segura garantia e certeza nas relações: enquanto que, ao contrário, concedendo-se uma preferência exclusiva ao segundo elemento, reduzir-se-ia o direito a uma consagração do sinal objetivo e do automatismo inconsciente, a uma simples garantia de ordem mecânica e de organismo sem vida (22).

65 — Se quase todos os juristas estão de acôrdo relativamente à necessidade da manifestação da vontade, todavia forte é a oposição entre êles e constante a luta de idéias para decidirem qual dos dois elementos — querer interno e manifestação — deva exercer o predomínio.

Duas doutrinas surgem em disputa: a doutrina clássica (*francesa*) e a doutrina *germânica*.

Na doutrina clássica, são os fatos interiores o que precipuamente interessa no ato jurídico, seus únicos elementos constitutivos.

A manifestação não passa de um simples conteúdo acessório, "*um enveloppe*", na frase expressiva de GENY.

A razão de ser de sua exigibilidade e o seu único valor consistem em servir como meio de prova, motivo pelo qual a vontade interna, sem ela, deixa de ter eficácia.

Na concepção germânica, a diretriz é diametralmente oposta.

(22) MIOELLI (VICENZO) — *Filosofia del Diritto*, III, pág. 282 e seguintes.

O juiz está menos jungido ao respeito à vontade das partes. Um vastíssimo campo estende-se-lhe aos olhos: o do interesse social, da equidade e boa-fé.

O que prevalece é o sistema objetivo. No que concerne à teoria geral dos contratos, a vontade individual é reduzida ao mínimo possível.

Em resumo: aos contratos, aplicam a teoria denominada “*declaração de vontade*”, consoante a qual, a essência do ato jurídico reside somente nos fatos materiais, na declaração e não mais num querer puramente interno. (23)

Ao lado dessas duas teorias, surge uma terceira — a teoria italiana do “*affidamento*”.

E’ uma proposição intermédia entre as duas primeiras.

Firma-se na teoria da declaração, mas tanto quanto haja razão de a considerar coincidente com a vontade interna do declarante (24). O seu fundamento racional é, segundo PACCHIONI (25), o de que, em uma bem ordenada sociedade, se exige de cada um o sentimento da responsabilidade integral de sua própria conduta.

Não poderá, assim, o contraente furtar-se à obrigação em face de terceiro, quando a sua ação seja de tal maneira que inspire nêsse terceiro a convicção de ter querido seriamente obrigar-se.

E’ preciso não olvidarmos, conforme já o doutrinava em 1900 CLOVIS BEVILAQUA, que “não é a vontade individual que determina, por sua confluência, a irrevogabilidade dos contratos, porém um princípio de ordem mais elevada que dirige as atividades individuais a um alvo distante, por êles desconhecido muitas vezes. Êsse princípio é o interesse social, que se traduz por formas diversas, mais ou menos translatas, e é secundado por essas forças diretoras da conduta humana. (26)

(23) DEREUX — in *Riv. di Dir. Comm.*, VII — parte 1.v, pág. 250 e seguintes.

(24) N. STOLFI — op. cit. I, parte 2.z, 342, 663.

(25) PACCHIONI — *Riv. di Dir. Comm.* 1906, II, pág. 28.

(26) *Código Civil Brasileiro — Trabalhos*, I, págs. 82 e 83.

66 — Necessário, pois, esclarecer qual a posição do silêncio-vontade, em face dessas três teorias.

Temos insistido que toda a questão do silêncio se reduz a encará-la na sua aptidão como forma de manifestação da vontade.

Tanto no subjetivismo clássico, como no objetivismo germânico, nenhum obstáculo existe, empecendo a questão, pois que em nada a altera considerar-se tão somente a vontade interna que, nêsse caso, necessitaria aparecer num mundo exterior, como elemento de prova do ato jurídico, ou levar-se em conta simplesmente a declaração da vontade, tomando-a, não como um puro meio de prova, mas como condição integrante do próprio contrato, da mesma maneira que o corpo humano não é simples prova da existência do indivíduo, mas uma parte da sua personalidade. Todavia, a questão do silêncio encontra perfeito acolhimento na teoria do "*affidamento*".

E' essa teoria que explica e dá fundamento jurídico à questão do silêncio, segundo PACCHIONI e com o qual estamos de acôrdo pois que, a atitude de alguém que se cala pode inspirar no terceiro a crença ou o "*affidamento*" de uma vontade, o que pode contribuir a dar a êsse silêncio um valor.

Tanto mais aceitavel é essa doutrina quanto se considere que a mesma possui estreita conexão com a teoria da declaração, onde a missão socializadora e igualitária do Juiz, no tocante à interpretação dos contratos, constitui um postulado irrefragavel (D).

(D) Dispõe o Código Civil no art. 85: "*nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem*".

Interpretando êsse preceito, E. Espinola diz que o nosso Código adotou um conveniente sistema eclético, pressupondo como critério decisivo, a responsabilidade do declarante. Assim, sem deixar de considerar e muito de perto a vontade real combina-a "com o respeito devido aos legítimos interesses, à boa-fé e confiança de terceiros; donde a responsabilidade do declarante ao manifestar a sua vontade." (E. ESPINOLA, *Man. do Cód. Civ. Bras.*, III, parte 1.^a, págs. 184-185).

O citado autor (op. cit. loc. cit. nota 19), estudando os efeitos do silêncio em face dos princípios supracitados, aprecia um caso interessante, divulgado e comentado por GUSTAV HARTMANN, e que é o seguinte: "Apresentou-se, um dia, em certa hospedaria de Berlim, um indivíduo que, logo após a entrada, pede alguma coisa a beber, e, ao mesmo tempo, uma folha de papel de escrever. Satisfeito o pedido, escreve às pressas e com evidentes sinais de perturbação, estas palavras — "perdoai-me o transtorno que vos causo: tomei ve-

Não temos dúvida que a fórmula tradicional “*a comum intenção das partes*” jaz destronada.

A própria teoria dos vícios de vontade, libertando-se das peias de uma igualdade formal, evoluiu no sentido de uma igualdade mais real, para investigar mais de preferência aquilo a que os contratantes se propuzeram, do que mesmo o estado psicológico de cada um dêles (27).

Em traços fulgurantes, GENY dá-nos uma idéia dêsse movimento.

Depois de pôr em relêvo o papel da autonomia da vontade, diz, entretanto que, na ausência de fórmulas nítidas, a vontade deverá ser procurada no fim essencial da operação, es-

veno e sinto aproximar-se o meu fim”, restituindo, em seguida o papel ao hospedeiro.

Este, assustado, manda imediatamente um mensageiro levar o fato ao conhecimento da polícia. Por sua vez, o delegado em serviço diz ao mensageiro que chame o médico mais próximo. Acode o médico a tempo e consegue salvar o envenenado, com perícia e trabalho, depois de pacientemente empregar os vários recursos aconselhados pela ciência. Ao apresentar a conta de seus honorários, recusam-lhe o pagamento. O indivíduo salvo alegava não ter pedido os serviços que, contra a sua vontade, lhe prestaram, obrigando-o a conservar uma vida odiada. O hospedeiro declarava não ter obedecido apenas ao impulso do coração e a um dever de humanidade, mas às próprias determinações do Código policial. O delegado de polícia dizia nada mais ter feito do que cumprir deveres inerentes ao seu cargo. Recorre aos tribunais o médico. Diz HARTMANN que não conhece a decisão de última instância; o juiz inferior, porém, repelira a defesa do hospedeiro. Entretanto, não pode haver dúvida, observa o escritor alemão, quanto à responsabilidade do indivíduo que o médico salvou. Se não houve um contrato de locação de serviços se, contra a vontade de quem os rebebeu, foram os serviços prestados, nem por isso deixaram de visar o seu interesse imediato, não de certo como êle o compreendia, *improbe inverecunde*, mas do modo por que devera compreendê-lo, de acôrdo com a moral, os bons costumes e a conveniência pública. É um dos casos em que, na opinião de HARTMANN, a obrigação contratual não surge da vontade mas de atos praticados pelo devedor. Devemos acrescentar que, comenta ESPINOLA, na hipótese, tinha o envenenado a obrigação de satisfazer as despesas necessárias à reparação do mal, que causara o seu ato contrário à moral e aos interesses públicos. Se é verdade que o homem tem direitos sobre o próprio corpo, e a auto-mutilação e a tentativa do suicídio não constituem crimes, nos termos do Código Penal, também o é que aquêles direitos se não equiparam ao de propriedade, e que os atos apontados, embora não punidos criminalmente, são altamente reprováveis, condenados pela moral e pela própria lei (art. 299 do Código Penal). Se uma obrigação privada de não fazer leva o devedor que praticou o ato defeso, a pagar as despesas necessárias para desfazê-lo (art. 883 do Código Civil), assim também a violação dum dever de abstenção de ordem pública, ainda quando assuma o carater de abuso do direito, leva o autor a destruir às suas custas os efeitos do ato, que não devera praticar. Parece-nos que são êses os elementos duma construção que melhor se adapte à espécie. Demais, como salienta HARTMANN (Wer und Wille cit., pág. 256), devemos dar maior importância ao elemento ético do direito do que ao elemento lógico puramente formal.”

(27) DEMOGUE — op. cit., I, 356, 358.

clarecido, êle próprio, pelas circunstâncias morais, econômicas, psicológicas e sociais que o tiverem acompanhado.

“Seul l'examen de ces circonstances permettra de discerner, par voie de présomption, l'intention obscure des contractantes.”

E' a situação imaginada por UGO FERRARI. Tenhamos claramente diante de nós, figura êle, não uma só, mas duas pessoas que agem em duas posições jurídicas diversas e constrangidas. Em face de uma que age e fala e que aguarda uma resposta, a outra que silencia não pode pretender manifestar o próprio pensamento, sem aquêle mínimo de expressão constitutivo da manifestação tácita da vontade, senão recorrendo à teoria do *affidamento* (*crença*).

A conclusão vale não só para quem responde, como para quem interpela: se pode com a atitude *falar* também sem palavras, para responder; e se pode, agindo, falar também sem palavras.

UGO FERRARI sustenta então ser natural gerar-se, no que opera e fala, a pretensão primeira e a persuasão, pois que, quem cala em face de um tal *falar*, nada opõe em contrário, manifesta antes uma vontade não contrária à explícita e clara vontade própria. Conclui, por êsse modo, achando possível a parte *affidarsi* em tais manifestações, tanto mais se as circunstâncias forem tais que qualquer homem (*normal-bonus*) teria falado, se não estivesse de acôrdo, e teria falado sobretudo para evitar a inspiração de um *affidamento* (*crença, fé*) na outra parte.

De fato assim é. O exame de uma situação, como vem de ser prefigurada, pode conduzir ao Juiz concluir que, num dado comportamento de silêncio, alguém quiz, em sua negatividade, porquanto aquelas mesmas circunstâncias indicavam um dever de falar. E' necessário que se possa crer nas aparências sérias, base do que DÉMOGUE denominou de “segurança dinâmica”; é necessário respeitar a confiança pública e a boa fé de terceiros.

Não se deve deixar que alguém impunemente possa fazer acreditar a um terceiro que uma operação jurídica foi concluída.

67 — Outro aspeto ponderoso da teoria do “*affidamento*” na questão do silêncio consiste no princípio da boa fé (E).

Digna de proteção incontestavelmente é a boa-fé dos que confiaram nêsse “*non fare*” ou nêsse “*non contradicere*”, agindo em consequência dessa mesma confiança.

Outra não é a razão pela qual a vontade, base do ato jurídico, vem a se tornar definitiva e irrevogavel, pois, como o afirma DÉMOGUE (28) “*les actes juridiques ont donc pour base la volonté qui se présente dans des conditions telles que des tiers en ont pris acte et ont escompté sa stabilité*”.

Ora, um dos três principais característicos da boa-fé é o de servir como critério estimativo e, por conseguinte, como critério de interpretação dos atos jurídicos.

Está destinada a exercer uma influência inerente à própria formação dos contratos, e é, sob esta forma, que mais se aproxima da noção de equidade, da qual decorre.

Entretanto, impõe-se distinguir duas categorias de atos: os em que se revela preponderantemente a individualidade do agente, como as relações de família e as disposições de última vontade; e os em que existe o entrelaçamento de interesse os mais opostos, aos quais se prendem as expectativas mais diversas, apresentando para todos os interessados um interesse objetivo.

E' na relações dessa segunda categoria, acentua F. GORPHE (29), que a boa fé assume uma configuração mais obje-

(E) Todas as tentativas feitas para se definir com exatidão o princípio da boa-fé, principalmente os vastos e profundos trabalhos de STAMMLER (*Wirtschaft und Recht* 1896, *Lehre, com richtiger Recht* 1902) não produziram senão resultados de pura forma. “En effet, diz VON THÜR, la bonne foi n'est pas le produit d'un raisonnement logique, elle n'est pas non plus l'objet du savoir, mais une question d'expérience de la vie et de sens pratique”. (A. VON THÜR — *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, I, pág. 47, 2.^a ed. Louzanne — 1933).

(28) DÉMOGUE — op. cit. II, pág. 131.

(29) F. GORPHE — *Le principe de la bonne foi*, pág. 23 e seguintes.

tiva, qual a da *confiança recíproca*, completando uma outra, — a da *intenção*.

Assim, para êle, o postulado da boa-fé consiste em que sempre, na pesquisa da vontade jurídica, se parte da suposição de que os homens são animados de uma intenção sincera e leal, agindo com consciência, lisura e honestidade, e que, segundo MICELI (30), constitui o critério que dá sua forma à relação jurídica, por meio da qual o direito regula e organiza as cooperações e a solidariedade humana.

Ora, consoante F. GORPHE, justamente nos atos da segunda categoria o valor da boa-fé tem um efeito preferentemente exercido em favor do que recebe a declaração do ato, e isso porque "*la volonté du destinataire entre en cause, e, pour qu'il puisse reposer sa confiance sur la déclaration, il faut qu'elle soit considérée comme sincère, qu'il ait le profit de l'entendre de bonne foi, telle qu'elle est présentée et qu'elle peut être normalement évolué*" (31).

Somos, entretanto, forçados a confessar que a noção de boa-fé, se bem que apreciável do ponto de vista doutrinário, envolve sérias dificuldades no domínio da aplicação prática, por isso que sua natureza filosófica a coloca num plano bastante elevado para baixar à prática do comércio jurídico (32).

Mas dificuldade de um problema não quer dizer impossibilidade.

Já vimos que VON THUR reputou a boa-fé uma questão de experiência da vida e de sentido prático (33), e CARNELUTTI, ao considerar a questão das aquisições "*a non domino*", vai mais além, afirmando que, em gênero, a noção fundamental da boa-fé não é difícil de formular.

Apresenta-se, então, como um composto de dois elementos substanciais: o subjetivo e o objetivo.

(30) MICELI — op. cit. loc. cit.

(31) F. GORPHE — op. cit., pág. 26.

(32) ARTHUR HILSENRAD — *Las Obligaciones Precontractuales* — trad. de Menéndez Pindal, § 63, pág. 80.

(33) Cfr. — nota "b", § 61.

O primeiro consiste na *ipinio juris*; na *fides* que deve ser *bona*.

O segundo, caracteriza-se por exigir, além do *credere*, *ter motivos para crer*, isto é, *crer razoavelmente*; não a opinião de um homem qualquer, mas a opinião de um homem *razoavel* ou *prudente*; não havendo mal algum, diz êle, em recordar a gloriosa figura do *diligens pater familias* (34).

Assim deve ser interpretada a boa-fé na sua aplicação à questão do “silêncio”.

Nem se diga que, por ser uma noção delicada, sutil e psicológica, possa pôr em perigo o Direito Positivo, dada a feição dêste eminentemente determinadora e atento o seu caráter de segurança.

Compreendida a noção de boa-fé nos termos propostos por CANELUTTI, perfeitamente viavel é a sua realização prática, mau grado todas as suas complicações teóricas.

Por isso, não temos dúvida em afirmar com HARTMANN (35) que a obrigação de falar ou de responder depende da configuração objetiva das coisas e quando esta cria na outra parte uma confiante esperança relativamente ao consentimento de quem cala, segundo a interpretação dada por uma mente sã e humana.

68 — A dificuldade do problema do “silêncio-vontade” também se aplaina, colocada nos seus devidos termos a questão das fontes das obrigações.

A vontade não se realiza no campo jurídico, mediante simples efeito de um ato volitivo do homem.

A vontade soberana, que substitui a razão, faculdade escrava que se intitula de senhora, faculdade cega que afasta a luz da razão, não passaria de um princípio de todas as anarquias, seja na organização interior da vida moral, seja na organização da vida social (36).

(34) F. CANELUTTI — *Teoria Giuridica della Circolazione*, n. 58, pág. 160.

(35) HARTMANN — *apud Diego* — “*El Silencio en el Derecho*”, pág. 79.

(36) RENARD — “*La Valeur de la Loi*”, pág. 18.

No domínio interno, a vontade deve ser governada pela razão; no campo social, pelo ordenamento jurídico.

Se, no meio social, algum efeito deflui da vontade, deve-se à regra jurídica. E', por meio dela, que a vontade recebe os contornos precisos; sua forma exterior necessária ou facultativa e a determinação do objeto ou conjunto de objetos capazes daquele efeito.

Vai cada vez mais perdendo de importância a primitiva classificação romana dividindo as fontes das obrigações em contratos e delitos (Gaio III, 88), depois, em "*aut ex-contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodan iure ex variis causarum figuris*" (Gaio fr. I, pr. D. 44,7), e finalmente, "*aut ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex-maleficio.*" (§ 2.º, Inst. 3, 13).

O conflito estabelece-se entre êsses dois elementos: a lei e o ato humano. O que se procura saber é se basta a primeira como fonte única das obrigações.

Se, para alguns, o conjunto de elementos necessários a uma mudança jurídica, não é causa única, pois apenas condiciona a produção do efeito de direito, partilhando com a lei o papel de causa, para outros, como KARLOVA, TOULLIER e ZITELMAN, simplesmente a lei, a vontade da lei é a causa e fonte da obrigação, embora o mesmo ZITELMANN considere a lei como elemento que faz com que a causa seja uma causa e o efeito um efeito, atribuindo-lhe a função de determinar o laço necessário entre as duas causas; e, assim como na natureza, para a realização de certas circunstâncias e acontecimentos, um efeito é ligado pela lei natural, assim também a lei jurídica liga a certas causas os efeitos jurídicos com que surgem (37).

Inegavel, portanto, a preponderância da lei como fonte das obrigações, dirigindo, coordenando e marcando os limites à vontade humana, hieràrquicamente dela dependente.

(37) KARLOVA, ZITELMANN — *apud Mircea Durnea*, op. cit. pág. 5

Assinalou DEGNI (38) não ser a vontade, por si mesma, portadora de efeitos jurídicos, nem elemento bastante para fazer surgir um “vinculum juris”, de vez que tais efeitos se produzem só e enquanto o ordenamento jurídico reconhecer aquela vontade e outorgar-lhe o prestígio de sua tutela.

Disse-o muito bem PONTES DE MIRANDA: “nada surge *ex nihilo*: a vontade unilateral gera direitos porque ela se exerceu no mundo jurídico dentro da lei, que é a entranha fecunda do direito. *Dois vontades sem a lei não fazem um direito, tão pouco os atos de vontade unilateral*” (39).

Basta considerarmos a possibilidade de um individuo poder encontrar-se obrigado, a despeito de sua própria vontade em contrário: é o caso previsto no art. 1.506 do Cód. Civil, onde se dispõe que “a obrigação do emissor subsiste, ainda que o título tenha entrada em circulação *contra a sua vontade*”, disposição essa que tem plena eficácia para os portadores de boa-fé.

Por outro lado, a função da lei não se desmerece nem se entibia, sob formas variáveis, no campo das obrigações: nem é menor quando dá eficácia à vontade humana de um modo indireto, nem maior no momento em que, agindo diretamente, liga determinadas obrigações a certos fatos, sem nenhuma atenção à existência ou não de uma vontade.

A lei age de duas maneiras, ensina P. DE MIRANDA: com um caráter normativo e outro vinculativo.

Em qualquer das duas modalidades, porém, a vontade é sempre regida por ela.

Todavia, como o que acabamos de afirmar não quer dizer que a lei faça surgir, por ato próprio, uma relação contratual, sem se ater à vontade das partes contratantes, o que seria absurdo. Acentuamos, apenas, a nossa contradita a que somente a vontade positivamente manifestada constitua modo indicativo de um “querer jurídico”, pois que a lei, fonte das

(38) DEGNI — *Studi sul Diritto Delle Obligationi*, pág. 9.

(39) PONTES DE MIRANDA — *Manual do Código Civil Brasileiro*, XVI, parte 1.^a, pág. 154.

obrigações, considera o “silêncio”, ou não o recusa, como um dos meios aptos à essa mesma expressão.

Se tão alta é essa função da lei, claro está não ser possível a solução de qualquer problema fora do seu alcance.

69 — Com o que ficou dito no parágrafo anterior, não significa uma adesão à teoria de SAVIGNY, segundo a qual, fora dos casos expressamente determinados em lei, o silêncio nenhum efeito pode ter.

Quando nos referimos à lei, como fonte das obrigações, encaramos o respectivo conceito como sendo não somente “a expressão da razão pública formulada de modo jurídico e solene pelo poder competente para servir de norma socialmente obrigatória”, mas, num significado amplo e segundo o pensamento do mesmo Montesquieu, “*como a relação necessária decorrente da natureza das coisas*”.

Lei, entenda-se, *positiva*, como diz PONTES DE MIRANDA, fundado na lição de CATHREIN, isto é, a lei positiva derivada da lei natural *por demonstração próxima*, (ações ou omissões prescritas ou proibidas por lei) e derivada da lei natural *por conclusão* (não rebelar, não lesar etc.) (40).

Não foi debaixo desse mesmo princípio que a Jurisprudência conseguiu dar formas definidas à teoria do abuso de direito ?

Não é sob o mesmo critério, que a teoria do enriquecimento sem causa vai inpondo-se, mesmo nas legislações que lhe não dedicam disposição de lei expressa ?

Não é esse o fenômeno que se observa na doutrina e Jurisprudência alemã, relativamente à questão da omissão no Direito Penal ?

Não se acha ali, *perfeitamente vencedora*, a *consagração* de um dever de agir, nascido implícita e explicitamente das circunstâncias, de um contrato ou das situações de parentesco, sem que se torne necessário mencionar, de um modo especial,

(40) PONTES DE MIRANDA — op. cit. nota “5”, loc. cit.

o delito de omissão, por ser considerado uma emanção direta do fato de existir uma obrigação de fazer? (41)

Seria mesmo anti-social entrar-se a marcha evolutiva da Jurisprudência, a espera da ação movimentadora do Poder Legislativo, como condição “sine qua non” para se introduzir, nos livres espaços da lei, uma nova disposição, destinada a preencher-lhe as lacunas ou a completar-lhe o sistema, sem contrariar suas normas.

Trata-se de um movimento destinado a assegurar a função social do Direito, de vez que, como brilhantemente doutrina GENY, “il s’agit’ alors, d’introduire, dans l’organisation juridique, des éléments, qui, sans atteindre les grandes lignes de l’édifice établi, le complètent par de précieux aménagements, que suggèrent les besoins sociaux eux-mêmes, et souvent d’une importance capitale pour la pratique”. (42)

O problema do silêncio tem por fundamento a lei — fonte das obrigações — tomada a palavra “lei” na acepção de “uma relação necessária decorrente da natureza das coisas”.

70 — Se o silêncio, como temos procurado demonstrar, é uma forma de manifestação da vontade, como poderemos classificar essa mesma forma? Será uma manifestação tácita ou expressa?

Essa indagação não deixa de ter a sua importância (43), por isso que geralmente se afirma que as manifestações tácitas não podem ser formais.

A controvérsia inicia-se com a própria terminologia: “expressa” e “tácita”.

Critica-se essa designação de manifestação “tácita”, porquanto, nesta última categoria, pode ser compreendida a manifestação realizada por meio de palavras e por escrito, (44) pelo que M. DURMA, apoiado em SALEILLES e BRINZ-LOTMAR,

(41) COHIN (MARCO) — *L’Abstention Fautive en Droit Civil et Penal*, página 221.

(42) F. GENY — *Méthode d’Interprétation*, II, 185, 228-229.

(43) L. BARASSI — *La Notificazioni Necessaria nelle Dichiarazioni stragiudiziali*, pág. 250.

(44) MIRCEA DURMA — *op. cit.* pág. 250.

propõe a designação de manifestação *direta* e *indireta*, considerada esta como a que se compreende pelo *entendimento*.

A realidade é que, na doutrina, pairam as maiores dúvidas sobre essas noções, quer quanto à conceituação, quer quanto ao valor de cada uma das formas de manifestação.

Na Alemanha, em trabalhos recentes, tem preponderado o critério objetivo, isto é, toma-se por base o meio empregado para expressão da vontade.

Desta maneira, se a natureza deste meio for geralmente reconhecida como ápta a comunicar intenções jurídicas, tem-se a manifestação expressa (45).

Ao contrário, a manifestação tácita ocorre quando intervem uma outra ação ou abstenção, de natureza diferente, mas da qual se pode, contudo, tirar uma conclusão válida, no que concerne à vontade.

Essa concepção foi criticada por BEKHER e ISAY, tendo este afirmado que, no critério objetivo, desaparece a possibilidade de manifestação tácita, de vez que seria preciso criar ou inventar meios que não estivessem nos hábitos e capazes de revelar uma intenção.

Maior é o número dos que propugnam por um sistema subjetivo, consoante o qual se considera manifestação expressa a traduzida por meios destinados a levar diretamente a vontade ao conhecimento de terceiros.

E' o fim da ação e não o seu meio de exteriorização.

Outros, ainda, com ISAY, condenam a distinção entre manifestação tácita e expressa, no que em parte foram seguidos por BARASSI, (46) que reputa aquelas duas formas como possuidoras do mesmo conceito, isto é, uma atitude de que se deduz determinada vontade.

Na opinião de BARASSI, o que se identifica é a substância do fenômeno, variando, entretanto, o grau de certeza do resultado, consoante se trate de manifestação *direta* ou *indireta*.

(45) WINDSCHEID — op. cit. I, § 72.

(46) L. BARASSI — op. cit., pág. 185.

Avulta essa questão quando se cogita de saber se a forma “*tácita*” ou “*indireta*” aplica-se à forma receptícia.

Mas, segundo o mesmo BARASSI, nada obsta a que a manifestação tácita receptícia se torne possível e compatível com a notificação necessária.

Ponderoso é o reflexo dessa concepção na questão do silêncio que, segundo BARASSI (47), é uma declaração eminentemente receptícia.

Para êle, declaração é atitude, susceptível de ser materializada por um estado de inação, que o destinatário pode interpretar e perceber, como um meio ápto a manifestar um determinado intento.

O que não padece a menor dúvida é que as expressões “*tácita*” e “*expressa*” para indicarem as duas formas de manifestação da vontade, não são próprias, atenta à possibilidade da manifestação tácita poder realizar-se através de palavras ou mesmo escritos o que representaria uma contradição nos próprios têrmos.

Preferível é a designação de manifestação *direta* e *indireta*, distinguindo-se uma da outra pelo “gráu de certeza na dedução”.

Explica-se que a única diferença assente no gráu de certeza.

A manifestação tácita é a que se compreende pelo entendimento; a compreensão expressa seria direta. Afirma-se então não haver nenhuma diferença substancial entre ambas. A manifestação expressa não dá certeza porque sempre se chega ao conhecimento de uma intenção com o auxilio de um julgamento; a manifestação tácita põe em jôgo uma dedução, um raciocínio. Ora tal processo também é inerente à declaração expressa, pois, como salienta SAVIGNY, assim sucede na cláusula contratual que exige interpretação. A conclusão a que se chega é que, expressa ou tácita, a vontade é sempre deduzida, e assim, a única diferença se localiza, como dissemos, no gráu de certeza.

(47) L. BARASSI — op. cit. nota 2.^a, págs. 10 e 11.

E' fundado nessa idéia que muitos afirmam que uma vontade válida, tanto pode exprimir-se expressa como tácitamente.

A opinião de DURMA é que a manifestação expressa deve entender-se no sentido da certeza. SCIALOJA (48) entende haver manifestação expressa, quando a vontade se manifesta por meio de ato destinado a esta exteriorização, seja por palavras, escrito, ou num aceno qualquer. E este *nutus*, acrescenta, vale como expressa declaração, de modo que muitos outros atos devem ter êsse significado, tanto que o próprio *silêncio*, a própria ausência de qualquer ato podem, em determinadas circunstâncias, considerar-se mais do que tácita e sim expressa declaração de vontade.

Nestas condições, segundo ZITELMANN e BRINZ (49), o silêncio pode vir a ser considerado como manifestação expressa, precipuamente quando outra interpretação não seja possível dar.

U. FERRARI procura estabelecer um critério autônomo, contornando, por essa maneira, a dificuldade do problema.

Estabelece que a vontade nos contratos pode manifestar-se pelos seguintes modos:

- a) — o formalismo solene;
- b) — a declaração expressa;
- c) — a manifestação tácita;
- d) — o silêncio qualificado: a) *pelas circunstâncias*;
b) *pela lei e pela autoridade*. (50)

Não nos parece justificavel essa classificação, porquanto as duas grandes categorias — *direta e indireta* — não comportam desmembramentos em outras tantas categorias distin-

(48) SCIALOJA, LEZZIONI, pág. 135.

(49) BRINZ — LOTMAR — *Lehrbuch du Pandekten*, IV, pág. 273, e ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, pág. 267 in MIRCEA DURMA, op. cit. página 256.

(50) U. FERRARI — op. cit. pág. 287.

tas. Nem a lei nem a doutrina oferecem fundamentos para essa heteróclita concepção.

71 — De tudo quanto viemos de expor, resulta a possibilidade de se estabelecer, definitivamente, um grupo de casos nos quais, no domínio da prática e como pontos pacíficos, ao silêncio se tem reconhecido o valor de manifestação da vontade, sem prejuízo de que, pelo jôgo de variegadas e proteiformes circunstâncias, outras situações análogas venham a emergir, segundo a interpretação que lhes possa dar o Juiz, tomado bilateralmente em consideração o elemento boa-fé.

Tais casos são os seguintes:

1.º — Quando um comerciante, já em relação de negócios com outra pessoa e recebendo desta um pedido de expedição, silencia prolongadamente. Ditas relações de negócios tanto podem ter sido preestabelecidas especialmente para um determinado caso, como consistirem em idênticas e usuais convenções anteriores, de maneira que o proponente, em face dos precedentes, teria motivos para acreditar na aceitação por parte do comerciante silencioso, o qual, por seu turno, igualmente somente razões tinha para crer e consciente estava de que a sua conduta acarretaria aquela confiança do proponente.

2.º — Quando a proposta for provocada por aquêle que a recebeu.

Nêsse caso, dizem BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, se, provocando a proposta, o que a houver recebido já tiver fixado todas as condições, deixa de haver um consentimento resultante do silêncio, uma vez que o autor da oferta se tenha manifestado absolutamente conforme.

A manifestação pelo silêncio somente surge, explicam os citados autores, quando aquêle que tiver tomado a iniciativa da convenção, simplesmente haja indicado o objeto, deixando de lado as particularidades (51).

(51) BAUDRY LACANTINERIE ET BAARDE — op. cit. I, n. 45, pág. 76.

Assim sendo, bastará que a proposta se refira ao objeto previsto, para os juizes reconhecerem um valor de aceitação no silêncio daquêle que houver recebido a oferta.

3.º) — Quando a pessoa a quem é endereçada a oferta não tiver, de modo nenhum, razão para a recusar, quer do ponto de vista do seu próprio interêsse, quer do ponto de vista do contrato.

4.º) — Quando, após a conclusão do contrato, um dos contraentes propuzer ao outro modificações, ou comunicar havê-las feito, por fôrça de novas circunstâncias, e a outra parte, recebendo a comunicação, nada disser.

Este último ponto foi objeto de uma decisão nossa (Arp. Judiciário, XXV, págs. 165-168), fundamentada no princípio de que

“estabelecida uma relação contratual, o dever de “cooperação recíproca entre os contratantes atribui ao silêncio o efeito de aceitação”.

Em linhas gerais, o caso *sub-judice* era o seguinte: A. contratou com B. uma venda por navio designado, devendo êste sair do pôrto de embarque em data prefixada. O navio sofreu, porém, uma avaria. Comunicando a B. o ocorrido, A. notifica-o por carta de que o embarque se efetuará por outro navio, a sair em outra data. Recebida a comunicação, B. nada disse, para alegar, depois, em sua defesa, que o seu silêncio não tinha implicado aceitação da modificação de uma das condições do contrato, modificação que alterava sensivelmente o prazo da entrega.

Sentenciámos no sentido da aceitação da modificação pelo silêncio.

Êste julgado, reformado não unânimemente pela 5.ª Câmara da C. de Apelação (Ac. de 28 de Julho de 1933 na Ap. n. 3.512), foi restaurado em Embargos, por Ac. de 29 de Ou-

tubro de 1934 das 3.^a e 4.^a Câmaras da C. de Apelação, (in J. do Comércio de 23-8-935), onde ficou estabelecido:

“o silêncio do comprador avisado do adiamento, por
“fôrça maior, do embarque da coisa vendida, importa
“em aceitação, desde que se trata de alteração em re-
“lação contratual”.

CONCLUSÃO

Depois de têmos analizado o valor do silêncio, no tríplice ponto de vista da psicologia, sociologia e do Direito, depois de havermos assinalado que o princípio de solidariedade social impõe ao homem, em dadas circunstâncias, o dever de agir e de falar, de modo que, o silêncio, em tais momentos, implica necessariamente na produção de efeitos ponderosos; depois de termos visto que êsse dever de falar constitui uma obrigação jurídica decorrente da lei, tomada esta na acepção de “*uma relação necessária decorrente da natureza das coisas*”: não trepidamos em asseverar que o “*silêncio*” constitui um elemento capaz de aquisição, modificação e extinção de direitos, como o é, igualmente, para a formação dos contratos.

Ao Juiz incumbirá examiná-lo, através das circunstâncias que o acompanhem, estudando-as e interpretando-as segundo um critério igualitário e socializador.

Tais circunstâncias devem ser complexivamente apuradas, isto é, devem ser tomadas em consideração não sòmente as que caracterizam o fato interno, psicológico e abstrato daquele que silencia, como também o fato externo — social e concreto — relativamente àquêle que fala.

Os elementos integrantes dessas circunstâncias não se cingem ao “*potuit*” do silente, como o pretendem SCHMID, CENNI, PERSICO e RANELLETTI, ou do “*potuit*” e “*debet*” de WINTER, BUCHARD e STOSSEL.

E' preciso tomar-se em conta a convicção inspirada na outra parte de que a ação negativa do silente foi no sentido de ter querido sèriamente obrigar-se.

Nesta base, fica perfeitamente acautelado o princípio da boa-fé, tanto em relação ao silente, como ao que fala.

O silêncio pode então definir-se:

“uma manifestação de vontade, por meio de um comportamento negativo, deduzida de circunstâncias concludentes, caracterizadas pelo dever e possibilidade de falar quanto ao silente e pela convicção da outra parte, indicando uma inequívoca direção da vontade incompatível com a expressão de uma vontade oposta”.

Realidade psicológica e social, o silêncio é igualmente uma realidade jurídica.

Não se trata aqui do silêncio *passivo*, revérbero do sono, da morte ou da inexistência, mas do silêncio *ativo*,

“car les paroles passent entre les homes, mais le silence, s'il a en un moment l'occasion d'être actif, ne s'efface jamais, et la vie veritable, et la seule, qui laisse quelque trace, n'est faite que de silence.”
(52).

(52) M. MAETERLINCK — *Le Trésor des Humbles*, pág. 13.