A origem romana dos artigos 217^o e 218^o do código civil português: a declaração negocial tácita e o valor do silêncio como meio declarativo

Eduardo Vera-Cruz Pinto

O negócio tem um elemento subjetivo ou interno – a vontade; e outro elemento objetivo ou externo – a declaração. Os dois elementos não se podem dividir ou cindir. Valem como um todo (devem coincidir) na expressão feliz positivada pelo legislador: declaração negocial¹.

O problema surge quando a vontade de negócio específico não é expressa de forma clara, simples e direta (declaração expressa/direta ou específica – um só significado), mas resulta de uma manifestação de vontade indireta² e sujeita a interpretação para lhe ser dado um valor jurídico de declaração negocial (indireta, genérica – pluralidade de significados -, tácita³)⁴.

1 Não dou, por isso, relevância prática, às divergências entre a teoria da vontade (Ihering) e a teoria da declaração (Kohler, Leonhard). Nem importa pender para uma conceção objectivista, como a de Manuel de Andrade, ou subjectivista. O legislador do Código Civil, não tomou posição nesta matéria. Fez bem. Cabe ao aplicador em cada caso interpretar de acordo com a justiça do caso concreto. Tem de levar em conta os princípios da boa-fé; da segurança jurídica; da proteção da confiança; da autonomia privada da vontade; da liberdade e autodeterminação da pessoa.

2 Ver Tullio Ascarelli, *Negócio Jurídico Indirecto*, Jornal do Fôro, Lisboa, 1965, p. 41, quando refere o Trust inglês com origem no negócio indirecto. Ver sobre a origem do Trust, António Barreto Menezes Cordeiro.

3 Ver Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 438 e ss.. Foi este autor o que mais intensamente trabalhou estas normas do Código Civil (artigos 217^o e 218^o).

4 Ver, por exemplo, Enzo Ferrero, “*Dichiarazione espressa*”, “*dichiarazione tacita*” e *autonomia privata*, Turim, 1974.

Eduardo Vera-Cruz Pinto

Em Direito, o silêncio não vale como declaração negocial nem gera compromisso (nem sim; nem não; nada). O silêncio nunca é manifestação de aceitação ou de consentimento. A não ser nos casos em que a lei expressamente o diga⁵. Logo, a o silêncio a valer como declaração não é por regra de direito mas por norma legal. É isso que está expresso na norma do artigo 218º do Código Civil Português.

Mas, ficando em silêncio uma pessoa a quem é dirigida uma declaração negocial (proposta) ou se, em silêncio, os seus comportamentos, atitudes ou palavras integrarem fatos cuja forma corresponde, no seu somatório, a uma declaração de vontade negocial⁶ (aceitação) – então estamos perante uma declaração tácita juridicamente válida (artigo 217º).

Aí não há apenas silêncio, isto é, ausência de qualquer tipo de manifestação (algo de positivo)⁷. Na declaração tácita existe uma manifestação por outros meios que pode corresponder a uma manifestação de vontade.

Logo, no silêncio não há manifestação (exteriorização) de vontade (não quer dizer que não haja vontade, só que ela não é juridicamente relevante para efeitos negociais). Na declaração tácita existe ação (agir) guiada pela vontade do declarante com relevância jurídica para criar um vínculo (compromisso) e ele tem consciência disso.

O negócio jurídico tem de ser voluntário (pode haver vontade e não voluntariedade). O Código Civil não nos dá uma definição legal de negócio jurídico, mas sabemos que o negócio só é válido se houver uma manifestação de vontade

5 Por exemplo: na norma do nº 2 do artigo 923ª – aceitação da proposta de venda a contento; artigo 1163º - aprovação por silêncio; nº 4 do artigo 35º do Regime do Arrendamento Urbano – aceitação do cálculo da renda atualizada; artigo 447º do Código Comercial - conversão dos contratos condicionais em contratos perfeitos; nº 2 do artigo 22º da Lei do Contrato de Agência – ratificação de negócio feito por representante.

6 Não podemos aqui desenvolver o elemento subjetivo ou interno da declaração negocial: vontade de ação; vontade de declaração (consciência); e vontade negocial.

7 Ver Mircea Durma, *La notification de la volonté. Role de la notification dans la formation des actes juridiques*, Paris, 1930; Pierre Godé, *Volonté et manifestations tacites*, Paris, 1977; François Goré, “Les modes non formelles d’expression de la volonté – Rapport general, in AA. VV. *Les modes non formels...*, pp. 9-23.

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea Volume 1

(expressa ou tácita), livre, autónoma e consciente no sentido de querer o efeito jurídico lícito visado com ele⁸. Logo, sem declaração não há negócio⁹.

Porque motivo, o declarante com toda a liberdade de formular uma vontade em declaração expressa e de forma inequívoca no sentido do efeito pretendido, adota formas ínvias ou indiretas de expressar uma vontade que tem no sentido de fazer/querer um negócio?

A resposta mais óbvia é que tem dúvidas, está hesitante, dá a entender que quer uma coisa mas não diz que quer e, assim, cabe à contraparte interpretar uma vontade não expressa com recurso ao senso comum e ao valor dos atos praticados e formalizados como fatos no âmbito de um negócio que ainda não o é.

Não importa se a pessoa deve ou não falar em determinada situação ou quando lhe é dirigida uma declaração. Se fica em silêncio não há manifestação de vontade dela; logo, não há negócio. Importa é saber se antes do silêncio já praticou atos que podem consubstanciar uma declaração tácita.

Não se trata de indagar as causas ou motivos dos atos praticados que podem consubstanciar a declaração tácita. A causalidade ou motivação da sua prática pelo declarante não interessam, estão fora do negócio, não têm relevância jurídica. O porquê da vontade não importa; o quê sim.

Cabe ao Direito formular regras claras que protejam a contraparte da parte que assim se comporta, dando-lhe, em certa altura, a segurança que – depois de tudo o que já foi feito e dito (embora nada feito e dito que corresponda a uma declaração clara, isto é, expressa) – existe ali um negócio, um compromisso.

Para densificarmos que atos de uma pessoa podem, no seu silêncio sobre a intenção negocial relativa àquele negócio (no sentido de o fazer, de o concluir), o legislador diz apenas que devem ser atos com a forma deles. Adianta pouco.

É preciso inseri-los num *iter* probabilístico¹⁰ de causalidade adequada à produção do fim último que é não haver dúvidas que o autor dos atos o que quer é aque-

8 Diferente é as partes quererem um negócio mas não terem seguido a forma adequada para ele e poderem suprir a invalidade desse negócio através da sua conversão, nos termos do disposto no artigo 293º do CC. Ver Luis A. Carvalho Fernandes, *A Conversão dos negócios Jurídicos Cíveis*, Lisboa, 1993

9 No artigo 234º parece que basta uma intenção de aceitar devidamente revelada. Não é aqui o lugar de desenvolver o comentário a este artigo. Mas não deixa de ser “uma coisa” que vale como declaração.

10 Heinrich Ewald Horster, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, (2ª reimpressão da edição de 1992), 2003, p. 434, diz que é uma dedução de factos que com toda a probabilidade indicam no sentido de um “comportamento concludente”.

Eduardo Vera-Cruz Pinto

le negócio (específico). Esse querer pode não ser verbalizado assim (dirigido áquele efeito) mas é o que resulta do conjunto de atos praticados por ele (declarante)¹¹.

A origem romana das normas dos artigos 217º e 218º

Fundada em Werner Flume¹², alguma da doutrina portuguesa mais recente¹³ tem repetido sem consultar as fontes que o conceito de negócio jurídico e de declaração negocial foram elaboradas apenas no século XVIII pela pandectística alemã¹⁴. No início do século XIX, o discípulo de Hugo em Gottinguen, Georg Arnold Heise¹⁵ dá um passo dogmático significativo ao contrapor negócio jurídico a facto ilícito e Savigny¹⁶ fixa a doutrina clássica do negócio jurídico assente na vontade manifestada em declaração.

Nada foi concetualizado até ao trabalho da pandectística alemã que nos legou estes conceitos¹⁷. Só a partir daí, passaram a integrar a doutrina jurídica¹⁸.

11 Esta é a leitura abrangente permitida pela conceção finalista do negócio jurídico adotada entre nós por António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, pp. 494-496.

12 Werner Flume, *El Negocio Juridico, Parte general del Derecho Civil*, tomo II (*Allgemeiner Teil des Burgerlichen Rechts. Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Vierte, unveränderte Auflage, Enzyklopadie der Rechts-und Staatswissenensschaft*, Berlim-Heidelberg-New York (1964), 1992), 4ª ed não modificada, trad. José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 48-73, loc. de ref., pp. 54-57.

13 Cfr. Luis A. Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, Lisboa, 1993, p. 27, nota 1 e pp. 28 e ss.; Heinrich Ewald Horster, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, (2ª reimpressão da edição de 1992), 2003, pp. 419 e ss..

14 Tinha sido esta a lição de Schlossmann, *Willenerklärung und Rechtsgeschäft*, Festgabe Hanel (1907), pp. 1 e ss e 48 e ss (ver a bibliografia).

15 Georg Arnold Heise, *Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandekten-Vorlesungen*, 1807 (*Compêndio de um Sistema de Direito Civil Comum para um Curso de Pandectas*). Ver a referência elogiosa a este estudo feita por G. Higo, *Beytrage zur civilistischen Bucherkennntnis*, I, 518, N. 1.

16 Savigny, *System des Heutigen Romischen Rechts (Sistema de Direito Romano Atual)*, tomo III,

17 Ver DABELOW, *System des gesamten heutigen Zivilrechts*, 1ª edição, 1794, I, &329; 2ª edição, 1796, I, & 366.

18 Para os autores que seguem esta linha narrativa foi Nettelbladt, *Systema Elementare universae iurisprudentiae positivae*, 1ª edição, 1748, 2ª edição 1762, T. I, && 63 e ss., que os introduziu na literatura jurídica. Ver também C.F. Harprecht, *De eo quod iustum est circa conversionem actuum negotiorum iuridicorum iamiam peractorum*, Tubingen, 1747.

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea Volume 1

Teriam sido os alemães a fixar a regra *nullum negotium sine lege*¹⁹ para expressar que a autonomia das partes na manifestação de uma vontade negocial está limitada pelo que dispõe a lei para o efeito. A declaração só é válida se a lei assim o disser²⁰.

O termo *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico) normaliza-se²¹ substituindo o *negotium juridicum* das fontes originais²². WINDSCHEID²³ pode declarar que o *negócio jurídico* é uma declaração de vontade querida pelo seu autor.

Os romanos não teriam conceptualizado o *negotium* (*negotia jurídica*) e o *actus* (*actus juridici*). Os jurisperitos romanos não formularam conceitos gerais, universais e abstratos só lidavam com casos concretos. Só davam soluções a negócios não havia “o negócio jurídico” e assim foi, na tradição romanística do ocidente europeu, até à pandectística germânica.

Esse mito germanístico²⁴, depois de estudadas as fontes romanas com rigor, está completamente ultrapassado²⁵. Sabemos hoje que os jurisperitos romanos criavam conceitos e teorias com base em generalizações e abstrações fundadas na casuística que trabalhavam. Só que tinha consciência dos perigos da abstração conceptualizadora para a desjuridicização do “Direito” e o perigo para a justiça do caso concreto.

A organização do Direito Privado a partir de uma Parte geral e de Partes especiais pela pandectística foi fundamental na fundação - pelo método siste-

19 Brinz, *Pandekten*, 2ª ed. Ao cuidado de Lotmar, Tomo IV, & 522, n. 12; Gerhard, *Entw. Allgem. Tel* (1881), II, 2, *Das Rechtsgeschäft*, Einleitung.

20 A primeira manifestação normativa deste conceito de negócio jurídico está na *Allgemeinen Landrecht* da Prússia de 1794, I, 4, &1 e & 5 (não passou nem para o *Code napoleón* de 1804, nem para o *Código Austríaco* de 1811. Passou para o Código da Saxónia de 1863, & 88.

21 Ver Nettelbladt, *Jurisprudentiam Positam Germanorum Communem*, 1772, “Nova Introductio”.

22 Ver Hofacker, *Principia Iuris Civilis Romano-Germanici*, I, cap. IV, “de negotiis iuridicis”.

23 WINDSCHEID, *Tratado de pandectas*, I, & 68, n. 1 (edição de ENNECCERUS-NIPPERDEY, & 145, II.

24 Difundido por Schulz e repetido por Emilio Betti, “Diritto Romano e dogmática hodierna”, in AG, 99, 1968, pp. 135 e ss.; e “Methode und Wert des heutigen Stuiums des romischen rechts”, in TJ, 15, 1937, pp. 9 e ss..

25 Ver Alejandrino Fernandez Barreiro, *Presupuestos de una Concepcion Jurisprudencial del Derecho Romano*, Santiago de Compostela, 1976, pp. 85 e ss. “A ciência alemã do Direito no âmbito da cultura europeia” e pp. 8 e ss.; Alvarez Suarez, *Jurisprudencia*, Hernandez Gil, *Metodologia*, Garcia Garrido, *Jurisprudencia romana*; Casuismo, ; Puig Brutau, *Jurisprudencia*,

Eduardo Vera-Cruz Pinto

mático e pela concetualização, institucionalização e categorização operadas - de uma ciência jurídica²⁶.

A sua base criadora e legitimante foi o *ius romanum*, sobretudo o labor dos jurisperitos de Roma imortalizado no Digesto²⁷; e a sua perdição foi a especulação filosófica e a deriva teórica como quadro de criação e aplicação de regras de Direito.

Partir de conceções apriorísticas e fundadas em juízos anacrónicos sobre a *iurisprudencia* romana e a sua incapacidade de abstração para conceptualizar por causa do casuismo²⁸, para negar a existência de conceitos jurídicos elaborados pelos jurisperitos de Roma, foi um exercício arriscado da pandectística que, no caso, é contrariado pelas fontes.

O sentido jurídico de *declarare* nos textos dos jurisperitos romanos relativos a negócios²⁹ e da expressão *declarare voluntatem*³⁰ revela o esforço de conceptualização já aí feito.

Conclusão

O conceito de negócio jurídico de criação jurisprudencial resultante de uma generalização abstrativa de um conjunto de soluções idênticas para casos parecidos como base de uma teorização do negócio jurídico útil para interpretar as regras e as aplicar a cada conflito com o intuito de fazer justiça – é importante.

Esse conceito deve permanecer no âmbito da doutrina e na atividade jurisprudencial com essa finalidade específica. Não deve integrar uma norma legal com pretensão de ser uma definição.

26 Cfr. António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil, Relatório*, separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1988, pp.215 e ss..

27 Cfr., por todos, António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil, Relatório*, separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1988, pp. 37 e ss. “Do *ius romanum* ao pandectismo”.

28 Excelentemente referidas por Perozzi, “Di alcune censure ai giuriconsulti romani”, in *Scrit. Giur.*, III, 1968, pp. 563 e ss. Ver, por exemplo, Manuel Jesús Garcia Garrido, *Casuismo y Jurisprudencia Romana, II. Acciones y Casos*, 4ª edición, Ediciones Académicas, 2008, pp. 21 e ss. “Casuismo y jurisprudencia romana”.

29 Piero Schlesinger, “Dichiarazione (teoria generale)”, in *ED*, XII, 1964, pp. 371 e ss.; A. Falzea, “Manifestazione (teoria generale)”, in *ED*, XXV, pp. 442-475.

30 Cfr. Emilio Betti, “Declarare voluntatem nella dogmática bizantina”, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. II, Milão, 1953, pp. 421-461.

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea Volume 1

Essa opção do legislador de definir o negócio jurídico em norma positivada no Código Civil, muitas vezes envergonhada porque está lá embora de forma não expressa e assumida, tem levado a um exercício inglório dos aplicadores com resultados negativos para a justiça do caso concreto.

A utilidade de normas como as dos artigos 217º e 218º do nosso Código Civil está na necessidade, por imposição política, de recorrer a normas legais para fazer aplicar nos tribunais conceitos e institutos que são jurisprudenciais, não legislativos³¹. Não existe aí nenhuma criatividade jurídica ou acréscimo de possibilidades de equidade.

O negócio jurídico, desde o *ius romanum*, começa com uma comunicação voluntária e livre (expressa ou tácita) de que se quer realizar um negócio. Diga o Código Civil o que disser³².

Os meios que o declarante usa para expressar a vontade são valorizados (não por si próprio: a intenção que tinha ao praticar tais atos) por critérios jurídicos em virtude da sua possível interpretação por terceiro, no contexto em que ocorrem, como manifestação de uma vontade com o efeito de fazer o negócio. A palavra chave é aqui *idoneidade objetiva* desses *atos concludentes* para aquele fim.

31 Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 455 e ss. vê a utilidade da norma do artigo 217º na consagração dos princípios da liberdade declarativo e da equivalência entre as duas formas de declaração, a que se junta o critério de delimitação entre as duas.

32 Ver Rui Alarcão, “Reserva mental e declarações não-sérias. Declarações expressas e declarações tácitas – o silêncio”, in *BMJ*, nº 86, Lisboa, 1959.