

**ANTINOMIAS ENTRE CÓDIGO CIVIL E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL: ANÁLISE DO ART. 221 DO CC/2002 E O ARTIGO 784 DA LEI
13.105/2015¹**

***ANTINOMIES BETWEEN CIVIL CODE AND NEW CIVIL PROCEDURE CODE:
ANALYSIS OF ARTICLE 221 OF THE CC/2002 AND ARTICLE 784 OF THE RULE
13.105/2015***

Andrea Cristina Zanetti

Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora convidada em cursos de especialização em Direito Civil e Contratos, como na Escola Paulista de Direito (EPD) e Universidade Tiradentes (UNIT). Orientadora e avaliadora de trabalhos de conclusão de curso na área de Contratos do Programa de Pós-graduação *Lato Sensu* da FGV Direito SP (GVlaw). Membro do Instituto de Direito Privado (IDP). andreazanetti78@gmail.com

RESUMO: O artigo 221 do CC/2002 trata da forma de prova das obrigações convencionadas entre particulares, asseverando que basta a existência de instrumento assinado pelos interessados, que estejam na livre disposição e administração de seus bens², para que seja comprovada a relação obrigacional entre elas independente do valor da obrigação ajustada. Como se observa, o Código Civil de 2002 não mais exige que o instrumento esteja subscrito por duas testemunhas para atestar sua existência e força vinculante entre as partes. Já o inciso III do artigo 784 da Lei nº 13.105/15 (novo Código de Processo Civil que entrará em vigor em março de 2016), por sua vez, esclarece que apenas

¹Artigo recebido em 20/03/2016 e aprovado em 17/05/2016.

² Art. 221. *O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, acesso em 15.09.2015.

será considerado título executivo extrajudicial o documento particular que for assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas, mantendo a expressão do art.585, inciso II do CPC/1973. Neste sentido, é possível dizer que o art. 784 da Lei nº 13.105/15 estaria contradizendo os termos do art. 221 do Código Civil/2002 ao exigir a presença de duas testemunhas nos documentos particulares de forma geral? Podemos concluir que o art. 784, inciso III do CPC estaria revogando os termos anteriores do Código Civil? Estaríamos diante de uma antinomia? Este artigo, cuida especificamente da análise dessas questões, contribuindo para o estudo das antinomias existentes entre o Código Civil e Novo Código de Processo Civil, sem esgotar toda a temática, sendo certo que ainda existem outras questões sobre antinomias entre os dois diplomas legais que merecerão o acurado exame dos nossos juristas, na busca de futuras soluções.

PALAVRAS-CHAVE: contrato; título extrajudicial; testemunhas; antinomia; conflito de normas.

ABSTRACT: Article 221 of the Brazilian Civil Code defines the form of evidence to prove the obligations between contracting parties, asserting that just the existence of contract signed by the parties, which are in the free disposal of their property, it's enough to be proven the obligatory relationship between them, independent the adjusted value of the obligation. As noted, the Brazilian Civil Code of 2002 no longer requires that the contracts need to be signed by two witnesses to attest their existence and binding force between the parties. However, Article 784, item III, of Rule n. 13.105/15 (new Civil Procedure Code which will come into force in March 2016), makes it clear that it will only be considered extrajudicial title of the execution action the particular document signed by the debtor and two (2) witnesses, keeping the expression of Art.585, item II of the CPC/1973. In this sense, one can say that art. 784 of Rule No. 13.105/15 would be contradicting the terms of Art. 221 of the Civil Code/2002? After all, the new Civil Procedure Code requires the presence of two witnesses in private documents (contracts) in general. We would be facing an antinomy? This academic paper analyzes these issues, contributing to the study of antinomy between the rules of Civil Code and the new Civil Procedure Code, without conclude all the questions related a potential antinomies between these two legislations.

These are issues that need to be carefully reviewed by the jurist, in searches, for the future solutions.

KEYWORDS: Contracts; extrajudicial title; witnesses; antinomy; the conflict rules

1. Antinomias

As antinomias ocorrem quando há incompatibilidade de aplicação entre duas ou mais normas válidas³, sendo que *norma*, no sentido amplo, não se refere apenas às disposições normativas, mas também a princípios conflitantes e até mesmo a conflitos entre uma ou mais normas com um ou mais princípios gerais de direito⁴.

Considerado o tempo, podem originar-se desde o início, no complexo de normas postas em vigor em *uno acto*, ou apenas posteriormente quando o legislador passa a editar várias normas que acabam por gerar contradições com normas anteriores e individuais que já existiam no sistema.⁵

A segunda espécie de contradição é a mais comumente observada no século XX⁶ e XXI, já que o legislador moderno não tem a mesma atenção e preocupação dispensada com a edição de normas, como ocorre no primeiro momento, em que várias normas jurídicas são colocadas em vigor num único ato.

As antinomias podem ser classificadas em diferentes ângulos, como se observa das anotações de Tércio Sampaio Ferraz Jr⁷:

³ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, trad. Maria Celeste C.J. Santos, 9ª ed., Brasília: UNB, 1997, p. 81.

⁴ Maria Helena Diniz, *Conflito de normas: critérios para sua solução*, curso ministrado no ID-Instituto Internacional de Direito em 11.10.2008.

⁵ Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Batista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 10ª ed, 2008, p. 310

⁶ Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico...ob. cit*, p. 311

⁷ Ferraz Jr. Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª Ed., Atlas, 2003, p.206-211

- i. Quanto à solução, por exemplo, podem ser antinomias *reais* ou *aparentes* (*insolúveis e solúveis*). Antinomias aparentes são aquelas normas que, num primeiro momento se contradizem, todavia, a partir de uma interpretação adequada, com o uso de critérios, é possível distinguir aquela norma que possui precedência sobre a outra.⁸ São antinomias que se resolvem através da simples interpretação, da subsunção, o que não é possível para as antinomias reais.
 - a. As antinomias reais são aquelas que ocorrem entre duas normas: a) jurídicas; b) postas no sistema por autoridade competente; c) prescrevendo ordens ao mesmo sujeito; d) sendo ambas vigentes; e) com disposições que se contradizem entre si, ou seja, seus conteúdos são negação um do outro (uma permite a outra proíbe); e) deixam o intérprete numa posição insustentável.⁹
 - b. Na antinomia real a posição do intérprete se torna insustentável pela inexistência de critérios para solução ou porque os critérios existentes para solução estão em conflito.
- ii. Quanto ao conteúdo, podemos tratá-las como próprias ou impróprias. As primeiras ocorrem por questões formais (enquanto uma norma permite a outra obriga) e as segundas em virtude do conteúdo material das disposições normativas (assim: *antinomias de princípios* em que há valores contrapostos em normas diferentes; *antinomias de valoração*, como a pena mais grave a delito leve; *antinomias teleológicas* cujos meios propostos por uma lei são incompatíveis para chegar ao fim de outra norma). A terminologia “*imprópria*” é utilizada porque o conflito de comando não impede o sujeito de agir em conformidade com a norma, mas isso implicará em desobediência a outra. Ele faz uma opção por uma norma que implica em desobediência da outra. O conflito está, nesse caso, mais entre o comando estabelecido e a consciência do aplicador.

⁸ Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico...* ob cit., p. 313

⁹ Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª Ed., Atlas, 2003, p.205

- iii. Quanto ao âmbito termos as a) antinomias de direito interno – quando ocorrem dentro de um mesmo ordenamento estatal; b) de direito internacional – entre normas internacionais, c) de direito interno e internacional quando há conflito entre normas de direito interno e outras de direito internacional.
- iv. No que se refere à extensão da contradição, Alf Ross¹⁰, classifica as antinomias (*inconsistências*) em: a) Total-Total, se a aplicação da norma significa em conflito com a outra, em qualquer circunstância; b) Total-parcial; quando a aplicação de uma das normas implica necessariamente em conflito com a outra, em qualquer circunstância, mas esta entra em conflito com aquela apenas em parte e c) Parcial-parcial, situação em que ambas as normas conflitantes estão em conflito, uma com a outra, apenas em parte de suas disposições.

2. Critérios para solução

Os critérios clássicos para solução das antinomias no âmbito interno, adotados pelos cientistas do direito¹¹, são o cronológico (*lex posterior derogat priori*- lei posterior revoga a precedente); o hierárquico (*lex superior* prevalece sobre a *lex inferiori*) e o da especialidade (*lex specialis derogat generali*).¹²

Esclarece Maria Helena Diniz que o critério mais sólido é o hierárquico, mas nem sempre por ser o mais potente será, também, o mais justo. Se a antinomia for passível de solução a partir desses critérios temos uma antinomia aparente. Posição insustentável ocorre

¹⁰ Ross, Alf. *Direito e Justiça*. 2ª Ed., Ed. Edipro, 2007, p. 158 e 159

¹¹ Adota-se para este estudo os critérios consagrados por Norberto Bobbio em *Teoria do ordenamento jurídico*, trad. Maria Celeste C.J. Santos, 9ª ed., Brasília: UNB, 1997, pgs. 91 a 110

¹² Como este trabalho trata da análise de um possível conflito entre normas internas, não nos deteremos nos critérios de solução para conflitos de âmbito internacional. De qualquer forma, apontamos que os tratados internacionais, tal como descreve Maria Helena Diniz, com base em Salmon, podem ser solucionados a partir das seguintes medidas: a) *Prior in tempore potior in jus* (preferência do primeiro sobre o segundo, desde que não elaborados pelas mesmas partes, privilegiando a primazia da obrigação anteriormente assumida); b) *Lex posterior derogat priori* (que se aplica quando o segundo tratado dita a lei dos Estados signatários do primeiro); c) *Lex specialis derogat generali* (aplicável apenas nos casos de tratados sucessivos entre os mesmos signatários); *Lex superior derogat inferiori* (quando a norma superior liga-se não à natureza da fonte, mas ao valor por ela colimado). Ver em Salmon, Jean. *Les antinomies, in Les antinomies em droit*, Bruxelles, Perelman (publ.) Émile Bruylant, 1965. p.237 e 245 apud Diniz, Maria Helena, *Compêndio de introdução à ciência do direito*. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 484

quanto o aplicador está impossibilitado de verificar qual é a norma mais forte, situação em que aparecerá a antinomia real ou lacuna de colisão solucionada não por mera subsunção, mas por uma interpretação corretiva, empregando princípios gerais para tanto¹³, logo, numa interpretação remediadora, o que veremos mais adiante.

Para solução de conflitos entre normas internas e internacionais, a jurisprudência consagra a superioridade do tratado internacional, se o conflito for submetido ao juízo internacional. Entretanto, no juízo interno, poderá: a) ser dada autoridade relativa ao tratado, reconhecendo que o legislador interno não teve intenção de violar o tratado, com exceção se o legislador o fez explicitamente, situação em que prevalecerá a norma interna; b) superioridade do tratado em relação à norma mais recente em data e c) superioridade do tratado sobre a lei, a partir de um exame de controle jurisdicional da constitucionalidade da lei.

3. Critérios de solução para antinomias de segundo grau

Os critérios de solução de antinomias normativas também podem entrar em conflito. Isso ocorre quando mais de um critério é aplicável ao mesmo conflito normativo. A aplicação de um critério leva à exclusão do outro e também à escolha de norma diferente daquela que seria preferida se fosse aplicado outro critério de solução. Nesta situação estamos diante de uma antinomia de *segundo grau*. Neste caso teremos os seguintes conflitos e metacritérios de solução¹⁴:

- i) *conflito hierárquico e cronológico*: quando há uma das normas anterior e superior e a outra posterior e inferior. Neste critério devemos buscar a meta-regra de que a lei inferior posterior não derroga lei anterior superior. Portanto, prevalece o critério hierárquico sobre o cronológico.

¹³ Diniz, Maria Helena. Compêndio... ob cit., 2008, p. 484

¹⁴ Diniz, Maria Helena. Compêndio... ob cit., 2008, p. 486

- ii) *conflito de especialidade e cronológico*, quando há norma anterior-especial que conflita com norma posterior-geral aplica-se, normalmente, o metacritério que prefere a especialidade ao fator cronológico, mas Maria Helena Diniz alerta que a regra deve ser tomada de forma flexível, podendo ser alterada conforme as condições de cada caso.¹⁵
- iii) *conflito entre hierárquico e de especialidade*, quando envolve norma superior-geral e uma norma inferior-especial. Neste caso, segundo Bobbio, prevaleceria o critério hierárquico, teoricamente, mas na prática não se trata de um valor absoluto¹⁶. Na mesma linha, Maria Helena Diniz¹⁷ que não é possível estabelecer um metacritério geral, elegendo um ou outro critério, sem prejudicar a *adaptabilidade do direito*.¹⁸

Nas antinomias entre os conflitos hierárquico e de especialidade podemos encontrar as *lacunas de colisão*, como definido por Karl Engisch¹⁹, apresentam necessariamente incompatibilidade, indecidibilidade e necessidade de decisão ao mesmo tempo²⁰.

São antinomias reais e de segundo grau, cuja solução transcende a mera interpretação para uma interpretação corretiva, a partir dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas

¹⁵ Diniz, Maria Helena Diniz. *Conflito de Normas*. Saraiva: São Paulo. p. 49

¹⁶ Bobbio, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. UNB:Brasília, 9ª Ed, 1997, p.109

¹⁷ Cf. Noberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, trad. Maria Celeste C.J. Santos, Brasília: UNB, p. 92 e seguintes

¹⁸ Maria Helena Diniz, *Conflito de Normas*, São Paulo: Saraiva, p. 50 – Acrescenta a autora que... segundo Bobbio, *dever-se-à optar, teoricamente, pelo hierárquico, uma lei constitucional geral deverá prevalecer sobre uma lei ordinária especial, pois se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pudesse derogar as normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico estariam destinados a esvaziar-se, rapidamente, de seu conteúdo. Mas na prática, a exigência de se adotarem as normas gerais de uma Constituição a situações novas levaria, às vezes, à aplicação de uma lei especial, ainda que ordinária, sobre a Constituição. A supremacia do critério da especialidade só se justificaria, nessa hipótese, a partir do mais alto princípio da justiça: 'suum cuique tribuere', baseado na interpretação de que 'o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente.' Esse princípio serviria numa certa medida para solucionar a antinomia, tratando igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e valorativamente.*” (ob cit, p. 51)

¹⁹ Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Batista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbernkian, 10ª ed, 2008, p. 309/310

²⁰ Maria Helena Diniz, *Conflito...* ob. cit, pgs. 24

do Direito Brasileiro, buscando o critério *justum*, o princípio supremo da justiça, na escolha da norma mais justa para atender a situação examinada no caso concreto²¹

4. Análise dos termos do art. 221 do CC/2002 e do art. 784, inciso III do Novo CPC

4.1 Presença de testemunhas em contratos particulares

Antes de cuidar precisamente da questão da antinomia, cumpre destacar que o artigo 135 do Código Civil de 1916 previa a obrigatoriedade de duas testemunhas.

A ausência da assinatura de testemunhas em documentos particulares não era causa impeditiva da validade contratual ou eficácia da obrigação, mas normalmente retirava do credor a possibilidade de ingressar diretamente com a ação de execução, tendo que, primeiro, enfrentar a produção de provas numa ação ordinária.

É o que se observa do trecho da decisão a 4ª Turma do STJ, conforme na ementa do Min. Rel. Antônio Carlos Ferreira que assevera: *é pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que a ausência de assinatura de duas testemunhas no contrato lhe retira a força executiva...*²².

Atento às mudanças das relações privadas atuais, com destaque para a área de contratos, o Código Civil de 2002, em seu artigo 221, deixou de exigir a assinatura de 2 (duas) testemunhas, bastando a assinatura do devedor e do credor nos instrumentos particulares, ressalvando que nesta situação os efeitos da avença, bem como da cessão, não operariam perante terceiro, já que o devido registro público faz-se necessário.

Da análise dos termos do artigo 221 do CC/2002 também se observa que a ausência de testemunhas não afeta os elementos de existência, validade ou eficácia do negócio jurídico, ao menos no que concerne aos atos privados de maneira geral, em que não há a exigência legal de forma solene.

²¹ Maria Helena Diniz, *Código Civil ... (ob cit)*, p.1374

²² STJ, AgRg nos EDcl no REsp 860188 / SC, 4ª Turma, Min. Rel. Antônio Carlos Ferreira, j. 25.09.2012, Disponível em www.stj.jus.br, acesso em 10.01.2016

O instrumento particular assinado apenas pelas partes está previsto na norma civil (art.221 do CC/2002). Logo, quando há a declaração de vontade válida das partes, dotada de forma e conteúdo já se pode concluir por sua *existência jurídica*²³.

A *validade jurídica*²⁴, como esclarece Antônio Junqueira de Azevedo, é a *qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas ('ser regular')*, exigindo apenas agente capaz, objeto lícito e possível, além de forma não defesa em lei.²⁵

Num segundo momento, serão verificados seus efeitos jurídicos, ou seja, sua *eficácia jurídica*, segundo o cumprimento dos requisitos normativos referentes àquele ato. Assim, por exemplo, num contrato de compra e venda com cláusula suspensiva, deve-se verificar a capacidade das partes à época do ato, a manutenção dos seus termos e o advento do evento descrito na cláusula suspensiva para a efetivação da obrigação assumida pelas partes.

Portanto, a norma direciona-se para atos particulares escritos, reconhecendo a idoneidade probatória em caráter geral dos instrumentos particulares assinados por particulares, válido e eficaz entre elas e que, dentro dos limites da autodeterminação e autovinculação²⁶, torna o instrumento obrigatório²⁷, cujo cumprimento por ser exigido judicialmente.

²³Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23/24

²⁴Consoante os termos do art. 104 do Código Civil, *a validade do negócio jurídico requer:*

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁵Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.42

²⁶Vale a observação “dentro dos limites”, já que as transformações sociais e sua repercussão no direito contratual empregou um sentido mais solidarista ao contrato, com o ingresso de novos princípios contratuais como a boa-fé objetiva, o princípio do equilíbrio contratual e a função social; crescente intervenção do Estado nas relações econômicas, inclusive com órgãos fiscalizados e a edição de normas cogentes. Cf. San Tiago Dantas. *Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 8

²⁷Assim diferencia San Tiago Dantas, com bases nas lições de Planiol, quanto ao princípio da obrigatoriedade e da autonomia da vontade: *O terceiro princípio – o da obrigatoriedade das convenções- pode ser considerado simples formulação diversa da autonomia da vontade, já que ambos se exprimem na regra de que o contrato faz lei entre as partes. Mas, enquanto o princípio da autonomia da vontade mira essencialmente o momento da estipulação e da conclusão do contrato, o da obrigatoriedade mira os seus efeitos e consequências. O que*

Contudo, ressalva, Humberto Theodoro Junior que:

Isso não transforma o instrumento particular numa super prova capaz de instrumentalizar qualquer direito obrigacional. A regra do art. 221 aplica-se ao comum das obrigações convencionais abarcando todos os atos e negócios do campo do direito das obrigações para os quais não haja previsão de formas ou solenidades especiais.²⁸

O artigo 784, inciso III do Novo Código de Processo Civil²⁹ que entrou em vigor em 2016 manteve a obrigatoriedade da assinatura de duas testemunhas para que o instrumento particular tenha força executiva.

as partes, por mútuo acordo estipularam e aceitam deverá ser cumprido (pacta sunt servanda) sob pena de execução patrimonial. Em Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 6

²⁸Humberto Teodoro Júnior. In *Comentários ao novo código civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Vol. III, Tomo II, 4ª edição. Forense; Rio de Janeiro, 2008p. 546

²⁹Conforme a íntegra do artigo art. 784 “São títulos executivos extrajudiciais:

I – a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;

III – o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

V – o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução;

VI – o contrato de seguro de vida em caso de morte;

VII – o crédito decorrente de foro e laudêmio;

VIII – o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

IX – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

X – o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;

XI – a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;

XII – todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

§ 1º A propositura de qualquer ação relativa a débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

§ 2º Os títulos executivos extrajudiciais oriundos de país estrangeiro não dependem de homologação para serem executados.

§ 3º O título estrangeiro só terá eficácia executiva quando satisfeitos os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e quando o Brasil for indicado como o lugar de cumprimento da obrigação.”

Como proceder? Como pondera Ricardo Lorenzetti, o apego excessivo às regras formais pode gerar injustiças graves, mas basear-se unicamente em princípios também acarreta questões que consideram valorações pessoais dos julgadores e insegurança jurídica.³⁰

A despeito da questão antinômica, abaixo analisada, em matéria de Direito Civil e Processual propriamente dito, as testemunhas podem se tornar importantes no momento da lide porque podem facilitar a prova.

Além disso, quando exigível por expressa disposição legal, as assinaturas das testemunhas no documento garantem o adimplemento forçado da obrigação pela via executiva de forma imediata.

Neste sentido, como se observa da maioria das decisões do Superior tribunal de Justiça (STJ), os julgados direcionam-se pela exigência de testemunhas para que o instrumento particular tenha força de título executivo e, portanto, não necessitem de ação de conhecimento prévio.

Nessa senda, o AgRg no AREsp 83779/PR, a Quarta Turma, tendo como relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 23.02.2016, DJe 02.03.2016, decidiu, consoante ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO CONFISSÃO DE DÍVIDA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS. TÍTULO EXECUTIVO. INEXISTÊNCIA.

1. O instrumento particular de acordo, reconhecimento e confissão de dívida, sem assinatura de duas testemunhas, não atende o requisito do art. 585, II, do CPC, ainda que a origem do crédito relacione-se com contrato de locação.

³⁰ Ricardo Luis Lorenzetti. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Ed. RT: São Paulo, 2009, p.33

2. Agravo regimental a que se nega provimento.³¹

Portanto, ainda que o Código Civil dispense a assinatura de testemunhas no instrumento³², é aconselhável, sempre que possível, a assinatura das testemunhas, podendo ser estas pessoas capazes, maiores de 16 anos, que não tenham interesse direto no negócio ou não sejam parentes das partes contratantes (art. 228 do CC).

Evidentemente, saliente-se que o instrumento particular não deixará de ter força obrigatória entre as partes que o assinaram pelo simples fato da ausência de assinatura das testemunhas, todavia, o documento em questão não será reconhecido como título executivo, perdendo a possibilidade de ser, empregado em ação de execução.

4.2. Do alcance hermenêutico para negociações preliminares

Em uma sociedade na qual a agilidade das tratativas e a simplicidade dos contratos são essenciais, sobretudo para acompanhar o movimento do aumento massivo de circulação de bens e serviços, impulsionado por contratos de adesão e eletrônicos, a exigência da essencialidade da forma física do contrato³³ - ou mesmo a imprescindibilidade de testemunhas para que a obrigação entre as partes assinantes seja devida - encontra-se em dissonância com a realidade social.

³¹Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=testemunhas+duas+assinatura+contrato&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>

³²Evidentemente, também encontramos julgados mitigando a exigência da assinatura de testemunhas, mas esses, pelo menos até a data de fechamento deste artigo, ainda são vistos como exceção a regra. Veja: *AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS. MITIGAÇÃO. VALIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO.*

1.- *Excepcionalmente, a certeza quanto à existência do ajuste celebrado pode ser obtida por outro meio idôneo, ou no próprio contexto do autos, caso em que a exigência da assinatura de duas testemunhas no documento particular - in casu, contrato de confissão de dívida - pode ser mitigada. Precedente.*

2.- *Agravo Regimental improvido.* (STJ, Terceira Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1183496, Ministro Sidnei Beneti, DJe 05/09/2013, Decisão em 13/08/2013, disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=testemunhas+duas+assinatura+contrato&b=ACOR&p=true&l=10&i=6>

³³ Nesta linha, Judith Martins Costa completa, “... *sem falar da expansão em escala mundial das relações obrigacionais que se desenvolvem em um meio-ambiente cultural inteiramente novo- o mundo dos e-mails, dos relacionamentos on line, do telemarketing, da TV a cabo, dos home-bankings, etc.-, que estão a exigir dos juristas não apenas uma reconstrução conceitual, mas verdadeiramente, uma nova gramática.* (Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. V, t. II, p. 8/9)

Aliás, neste quadro, podemos inserir também as negociações preliminares que, a depender da postura de cada parte, dos custos de negociação e do quanto compromissado, também poderá gerar obrigações para as partes, mesmo que das tratativas não resulte contrato final.

Sobre o tema Enzo Roppo:

(...) o problema da formação do contrato é frequentemente encarado como se se tratasse de verificar a existência física de uma coisa: a questão de saber se um contrato se formou ou não, fica reduzida à questão de verificar se determinados fatos da esfera psicológica do homem (as ‘vontades’ dos contraentes, devidamente manifestadas e fundidas numa unidade) geraram causalmente certo fenômeno (o ‘consenso’ contratual), do qual o contrato constituiria justamente o produto mecânico. Esta é uma concepção que radica na concepção jusnaturalista e novecentista da vontade como fonte exclusiva dos efeitos jurídicos (‘mística da vontade’), e ao mesmo tempo numa certa tendência de feição positiva – mas mais ingênua do que errônea – para interpretar e reconstituir os fenômenos jurídicos com as mesmas categorias conceituais com que se interpretam e reconstróem os fenômenos da realidade natural. Mas trata-se de uma concepção deturpada, que impede uma abordagem correcta do fenômeno jurídico da formação do contrato, e dos problemas reais que aí se colocam³⁴.

O artigo 221 do CC/2002 ao prever *que o instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público*, deu um importante passo para atender as exigências modernas das relações privadas.

³⁴Enzo Roppo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 5.

Assim, a prova das obrigações particulares convencionadas, em regra, se dará com a simples assinatura de ambas as partes, ou mesmo pela assinatura de uma delas, sem a necessidade de testemunhas. O ato obriga as partes, mas se limita às mesmas, já que os efeitos (como a cessão) que transcendam os contratantes, atingindo terceiros, requerem registro público. Tal limite está, inclusive, em consonância com o princípio da boa fé objetiva e função social do contrato.

A redação do dispositivo, em nosso sentir, deve ser interpretada para alcançar situações de negociações preliminares, ainda que não exista um contrato propriamente dito. Logo, a nosso ver, também se torna desnecessária a presença de testemunhas para sua exigibilidade, bastando que haja outros meios de prova e indícios materiais das tratativas realizadas (como cartas de compromisso, passagens aéreas, aluguel de salas de reunião, contratação de profissionais direcionados à realização das negociações, etc).

Nessa circunstância, salientamos que também não há título executivo extrajudicial, como indicado no art. 784, inciso III do Novo Código de Processo Civil, mas a parte prejudicada poderá valer-se de outras ações como a ação monitória (art. 700 do NCPC) ou a ação comum para cobrança, ou ainda reconhecimento do seu direito (que poderá servir para comprovar a existência do negócio jurídico, do contrato propriamente dito ou para obter indenização diante do prejuízo ocorrido com tratativas conduzidas de forma desleal, violando o princípio da boa fé objetiva, por exemplo)³⁵.

Da mesma forma, entendemos que interpretação do artigo 221 do CC/2002 deve ser ampliada para abarcar a assinatura digital dos contratos eletrônicos, já que o próprio artigo

³⁵Nessa linha, Ana Prata esclarece que “a conclusão do contrato é, como se sabe, frequentemente precedida de um período, mais ou menos prolongado, de preparação, discussão, acordos parcelares, as mais das vezes destituídos de autonomia negocial: é aquilo que a doutrina designa por fase negociatória. Nessa fase preliminar, gozam as partes de uma ampla liberdade de discussão, coessencial à função que ela desempenha na preparação da vontade contratual: aquelas são, por isso, livres de alterar os seus pontos de vista, ajustar suas posições, reformular os seus projectos, com grande amplitude. Tal liberdade vai, porém, sendo progressivamente restringida, à medida e na medida em que, pelos seus comportamentos (positivos e omissivos), cada uma das partes cria, na respectiva contraparte, uma convicção crescente de confiança na iminência da celebração do contrato, Realizam-se despesas, estudos, orçamentos, consultas a técnicos, viagens, testes, renunciam-se a outras hipóteses contratuais, e etc. A confiança vai progressivamente ganhando corpo e consistência, pondo-se então o problema da injustiça da sua desprotegida frustração quando uma das partes, inesperada e arbitrariamente, rompe as negociações. Ana Prata. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 17

não limita a espécie de assinatura ou o meio pelo qual o contrato deve ocorrer.³⁶ Trata-se de interpretação que visa atingir a finalidade normativa, a partir de uma interpretação extensiva e sistemática.

Feita essas considerações, voltemos ao nosso objeto de estudo, que é a relação do art.784, inciso III do CPC e o artigo 221 do CC/2002. Existe ou não de antinomia normativa?

5. Solução proposta

Inicialmente cumpre esclarecer que tanto o Código Civil de 2002 quanto o Novo Código Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016, são leis ordinárias. Portanto, o critério hierárquico não será empregado.

Ainda, pelos termos do art.221 do CC/2002 observa-se que se trata de uma *norma geral*, pois estabelece a desnecessidade de testemunhas para comprovar a existência de obrigações assumidas pelas partes em documentos particulares de forma ampla.

Já o art. 784, inciso III, do Novo CPC, trata especialmente de instrumentos particulares que, mediante a assinatura de testemunhas, são caracterizados como título executivo extrajudicial, aptos a amparar a propositura de execuções. Portanto, o artigo se

³⁶Em complemento, no aspecto processual, anota Rosana Ribeiro da Silva: *para Chiovenda, documento, em sentido amplo, compreende toda a representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente (Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, vol. 3, São Paulo, 1945). Assim sendo, o documento é produto da atividade humana, destinado a preservar, ao longo do tempo, um fato ocorrido no mundo fenomenológico. No que concerne aos documentos eletrônicos, podem eles ser entendidos como representação material de uma dada manifestação do pensamento, fixada, contudo, em um suporte eletrônico. Em decorrência disto, fica dificultada uma interpretação ampliativa das normas processuais referentes aos documentos, posto que para elas, em sua maioria, documento é sinônimo obrigatório de escrito. A validade e a eficácia dos documentos eletrônicos como meio de prova em muito diferem da validade e eficácia dos documentos comuns, isto porque apresentam eles uma série de peculiaridades técnico-informáticas que lhe são próprias. Em sede de Direito comparado, a saída encontrada foi a elaboração de normas específicas sobre o tema que atendessem àquelas peculiaridades. Nos Estados Unidos, por exemplo, foi abandonada qualquer tentativa de utilização de processos interpretativos das normas vigentes, tendo vários estados elaborado legislação específica para a legitimação dos documentos eletrônicos. Assim sendo, em nossa legislação, por faltarem normas específicas aplicáveis ao caso, os documentos eletrônicos podem ser admitidos como meio de prova com fundamento no art. 332, do CPC (LGL\1973\5), que determina que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa". Deste artigo se depreende que o rol existente no código processual é meramente exemplificativo, sendo admitido qualquer meio de prova desde que legítimo. Ai, indubitavelmente, podem ser incluídos os documentos eletrônicos.Cf. A teoria geral dos contratos e os contratos eletrônicos. in Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. vol. 8, Out 2011, p. 1235 – 1248*

traduz em norma especial que estabelece elementos específicos e restritos para o processo de execução extrajudicial.

O artigo 784, inciso III do NCPC é norma especial porque de sua interpretação extrai-se os elementos que estão contidos na definição geral, prevista no artigo 221 do CC/2002, mas aos quais são acrescentados elementos típicos que vão além da definição legal geral, no caso, a *assinatura de testemunhas*.³⁷

Assim, a norma civil, fala do negócio jurídico de forma geral, enquanto que a norma processual limita-se ao título executivo, ao negócio jurídico que requer a observação de certos requisitos formais mínimos para que possa alicerçar o processo execução.

Outro elemento a ser considerado é o cronológico. A partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil, em 2016, o artigo 221 do CC/2002 se tornará norma anterior ao art. 784, inciso III do Novo CPC.

Pois bem, da análise do conjunto desses elementos podemos entender que estamos diante de uma antinomia interna, própria e aparente porque ambas as leis são internas, de mesma hierarquia, e, num primeiro momento, a norma processual parece realmente contradizer os termos da norma civil ao exigir a presença de testemunhas no documento particular, mas a solução para a questão é dada pelo próprio ordenamento jurídico.

Podemos dizer ainda que a extensão da aparente contradição é *total-parcial*, já que o art.221 do CC pode ser aplicado em situações distintas daquela prevista para a via executiva sem contradizer o artigo 784, inciso III do Novo CPC (logo, *parcial*); contudo a relação contrária, vista a partir das situações normatizadas no artigo 784, inciso III do Novo CPC, levará à contradição total em relação ao artigo 221 do CC/2002.

Uma vez que o conteúdo do art. 784, inciso III do NCPC especializa-se, portanto, norma posterior especial; diante dos termos gerais do artigo 221 do CC/2002, norma geral

³⁷ Cf. Nesse mesmo sentido Maria Helena Diniz, *Conflito de Normas*, São Paulo: Saraiva p. 39

anterior³⁸, a antinomia é aparente, de primeiro grau, sendo suficiente para sua solução a interpretação desenvolvida com o auxílio do critério da *especialidade*.

Como esclarece Noberto Bobbio, a lei especial subtrai parte da matéria regulada pela lei geral para regulamentá-la de forma diferente, numa ideia de exigência fundamental de justiça, a partir do tratamento desigual aos desiguais e tratamento igual aos iguais (*suum cuique tribuere* - dar a cada um o que é seu)³⁹.

Claro, na hipótese tratada, a análise está circunscrita ao conteúdo e interpretação dos termos artigos 784, inciso III do NCPC e artigo 221 do CC, dando o legislador tratamento diferenciado e, portanto, desigual, para o negócio jurídico feito entre particulares que apresente a assinatura de testemunhas em relação ao documento particular que esteja desprovido desse requisito, possibilitando àquele o uso da via executiva, inicialmente via processual mais célere.

Isso significa que há, sim, a necessidade da assinatura de duas testemunhas para negócios jurídicos ou contratos que pretendam funcionar como título executivo extrajudicial, mas esses mesmos documentos não deixam de ser prova da existência de obrigações assumidas pelas partes, ainda que não haja assinatura de testemunhas.

Assim, documentos provenientes de negociações preliminares, instrumento com assinatura unilateral ou contratos assinados por ambos os contratantes, mas sem a assinatura de testemunhas, podem ser usados pelas partes como provas da existência do ato negocial e as obrigações ali contidas possuem amparo judicial, por exemplo, para uma ação monitória (procedimento especial)e outras ações de procedimento comum, como indenização e cobrança.

³⁸ Essa também é a linha de entendimento seguida pelo professor Flávio Tartuce, com a exceção de que à época o autor analisava o artigo 585, inciso II do CPC/1973, que guarda os mesmos termos do atual artigo 784, inciso III do NCPC: *Confira: Na realidade, a nossa posição sempre foi no sentido de que o art. 221 do CC/2002 constitui uma norma geral posterior, se comparada com o art. 585, II, do CPC/1973, norma especial anterior. A primeira constitui norma geral porque não trata especificamente do processo de execução, mas da prova do negócio jurídico de maneira genérica. Aliás, esse é o posicionamento sempre defendido em relação a todo o tratamento previsto no Código Civil quanto à prova do negócio jurídico, conforme se depreende da leitura do presente capítulo, desde o seu início.* (O Novo CPC e o Direito Civil: Impacto, Diálogos e interações. São Paulo: Método, 2015 p.198)

³⁹ Noberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico.... ob. cit.*, p. 96

Contudo, para os sujeitos que desejem valer-se da via específica da execução extrajudicial (procedimento mais simples e ágil), deve-se atentar para os requisitos do inciso III do art. 784 do NCPC, ou seja, para que seja possível utilizá-los como título extrajudicial os documentos particulares necessitam da assinatura de duas testemunhas.

Vale ressaltar, uma vez mais, que o instrumento particular não tem força probante absoluta, admitindo prova em sentido contrário, e nem é oponível a terceiros (*erga omnes*), como ocorre com o documento público, mas é suficiente para gerar efeitos entre os particulares (*inter partes*), nos termos do art. 221 do CC/2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010
- BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C.J. Santos, Brasília: UNB, 9ª ed., 1997
- DANTAS, San Tiago. *Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense. 2004
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo: Saraiva, 19ª ed., 2008
- _____ *Código Civil Anotado*, São Paulo: Saraiva, 13ª ed., 2008
- _____ *Conflito de normas*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1996
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 10ª ed, 2008
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 4ª Ed., 2003
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Ed. RT: São Paulo, 2009
- MARTINS-COSTA. Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. V, t. II.

- PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini, Bauru-SP:Ed. Edipro, 2ª Ed., 2007
- TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil: Impacto, Diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. In *Comentários ao novo código civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Vol. III, Tomo II, 4ª edição. Forense; Rio de Janeiro, 2008
- SALMON, Jean. *Les antinomies*, em *Les antinomies em droit*. Perelman (publ.) Bruxelles: Émile Bruylant, 1965
- SILVA, Rosana Ribeiro da. A teoria geral dos contratos e os contratos eletrônicos. in *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. vol. 8, Out 2011, p. 1235 – 1248.