

onde a possibilidade teórica do arbítrio, do capricho e do preconceito não conheça limite.

Em razão, ainda, do princípio da razoabilidade, afigura-se inconstitucional a exigência de limite de altura quando a natureza do cargo oferecido não requer o cumprimento deste requisito. No mesmo sentido, é inconstitucional a exigência de cumprimento desses requisitos no momento da inscrição do candidato, eis que, além de desarrazoada, não se presta também a aferir a sua eficiência. Destarte, essas exigências têm por objetivo apurar a eficiência do candidato para o exercício do cargo e não para a inscrição no concurso, o que não pode ser ignorado sob pena de causar inúmeros prejuízos.

Imagine-se, a título de exemplo, que um edital exija do candidato a comprovação, no mínimo, de dois anos de bacharelado, no momento da inscrição. Diante desta exigência, candidatos que completassem este período alguns dias após o término da inscrição, os quais poderiam estar aptos a ocupar a função, estariam aliçados do certame sem razão lógica.

De resto, não foi por outra razão que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual o momento adequado para cobrança dessas exigências é o da posse, a teor da Súmula 266.

Por fim, oportuno registrar que qualquer atitude tomada pelo Poder Público, no transcorrer dos concursos, que venha atingir direitos dos candidatos deverá vir acompanhada das razões as quais lhe deram origem, sob pena de inconstitucionalidade, não sendo outra a orientação contida na Súmula 687 do STF. Sendo assim, ao contrário do que se poderia imaginar, o candidato, em relação ao preenchimento de vagas em carreiras públicas, não está à mercê dos comandos praticados pelo administrador, encontrando, nos princípios constitucionais, resguardo para as suas aspirações.

Notas:

<sup>1</sup> STF, 2ª Turma, RE 112.676/MG, rel. Min. Francisco Rezek, v. u., j. em 17/11/87, DJU de 18/12/87, p. 977.

## A Antinomia de Segundo Grau e o Novo Código Civil Brasileiro

Vitor F. Kümpel\*

Um dos temas que mais atormentam o estudioso do Direito Civil no novo milênio, em decorrência da entrada em vigor da Lei 10.406/02 (novo Código Civil brasileiro), sem sombra de dúvida, é a aplicação do novo ordenamento em conjunto com as várias leis especiais e extravagantes até então em vigor, por meio do fenômeno chamado: antinomia.

A doutrina conceitua a antinomia jurídica como sendo a oposição que ocorre entre duas ou mais normas (total ou parcialmente contraditórias), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, as quais colocam o destinatário numa posição insustentável devido à ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado<sup>1</sup>. Entre as várias classificações das antinomias, podemos destacar a existência de antinomias reais, isto é, antinomias insolúveis, para as quais não há, no ordenamento, qualquer regra pronta para a solução do caso concreto. Isso não significa que incide o *non liquet* para a hipótese, apenas que cada caso precisa ser decidido de forma particular. As antinomias aparentes, por sua vez, são aquelas para as quais o ordenamento encontra forma sistêmica de solução<sup>2</sup>.

Entre os critérios de solução das antinomias, temos:

- O critério hierárquico, por meio do brocardo *lex superior derogat legi inferiori* (norma superior revoga inferior), de forma a sempre prevalecer a lei superior no conflito.
- O critério cronológico, por intermédio do brocardo *lex posterior derogat legi priori* (norma posterior revoga anterior), conforme expressamente prevê o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.
- O critério da especialidade, por meio do postulado *lex specialis derogat legi generali* (norma especial revoga a geral), visto que o legislador, ao tratar de maneira específica de um determinado tema, faz isso, presumidamente, com maior precisão.

As antinomias aparentes são facilmente solúveis por intermédio dos critérios já enunciados<sup>3</sup>, porém a grande dificuldade está na solução das antinomias reais, entre as quais estão as de segundo grau. Podemos conceituar a antinomia de segundo grau como aquela cujos critérios de solução abaixo enumerados são insuficientes para a solução do conflito, tendo em vista o fato de ele envolver dois critérios simultâneos de solução, como no caso de uma norma superior anterior conflitar com uma norma inferior posterior. O sistema está aparelhado a solucionar prontamente apenas a antinomia simples ou antinomia de primeiro grau, que é aquela cujos critérios são suficientes para a solução do caso concreto. As antinomias de segundo grau, portanto, implicam o conflito entre os três critérios de solução, cabendo, desde já, afirmarmos que o critério hierárquico é soberano no conflito com os demais<sup>4</sup>. Isso significa que a norma superior prevalece sempre. O grande dilema está no caso de uma norma geral posterior conflitando com a norma especial anterior, exatamente o caso do novo Código Civil, o qual, no conflito com as leis especiais, prevalece no critério cronológico, mas não no critério da especialidade.

\*Professor de Hermenêutica da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ)

O problema é tão árido que os estudiosos, normalmente, esquivam-se dele ou procuram ignorar a dúvida. Maria Helena Diniz nos ensina: “Não há uma regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério”<sup>5</sup>.

Da nossa parte, cremos que o critério cronológico prevalece sobre o critério da especialidade por várias razões.

Em primeiro lugar, porque a Lei de Introdução ao Código Civil só previu o critério cronológico. Para essa aferição, basta a simples leitura do art. 2º, o qual apresenta a revogação expressa e tácita no *caput* e no § 1º, estabelecendo no § 2º que, com a ausência de incompatibilidade, a lei nova (qualquer que seja a sua natureza) se harmoniza e não revoga a anterior, passando ambas a incidir no sistema jurídico.

Em segundo lugar, porque as normas gerais, os códigos, tais como o Civil, o Penal, o Processual, por tratarem de ramos do ordenamento, ao entrarem em vigor, não podem nascer esfacelados ante a impossibilidade de revogação de normas especiais já existentes e que petrificariam o sistema. Podemos citar como exemplo um novo Código Penal o qual não pudesse, a não ser de forma expressa, revogar crimes previstos no Código de Trânsito.

Em terceiro lugar, porque, caso houvesse a prevalência da lei especial anterior sobre a geral posterior, obrigaria o legislador a conhecer todas as leis especiais anteriores, para revogá-las expressamente, sob pena de criar letra natimorta de lei.

Em quarto lugar, a presunção segundo a qual o legislador, ao tratar das leis especiais, faz isso com maior acuidade é acadêmica, sem qualquer previsão sistêmica.

Por fim, aplica-se sempre a fórmula “revogam-se as disposições em contrário”. No escólio de Vicente Ráo aprendemos: “Que é que significa revogar disposições em contrário, senão revogar as disposições das leis anteriores, inconciliáveis com a lei posterior? Ora, a revogação tácita não é outra coisa; resulta da incompatibilidade entre a lei antiga e a lei nova. Aquilo que a fórmula diz é, efetivamente, isso e nada mais. Se o não dissesse, o efeito seria idêntico; porque, ainda assim, estariam, na verdade, revogadas todas as disposições em contrário. Em suma, há uma revogação, mas é preciso ir procurar, segundo o critério da incompatibilidade, as disposições revogadas. Por isso, Planiol reputa inteiramente inútil a precaução usual de declarar revogadas as disposições em contrário: ‘*c’est parler pour rien dire*’”<sup>6</sup>.

Solucionando as antinomias de segundo grau do novo Código Civil, podemos concluir:

1º) Prevalecem sempre as regras do novo Código Civil, por ser lei posterior, a não ser que fira alguma norma hierarquicamente superior. Com essa primeira conclusão, por exemplo, não podem casar-se os colaterais em terceiro grau (tio – sobrinha), por força do art. 1.521, IV, do código, por ter revogado os arts. 1º e 2º do Decreto-Lei 3.200/41, que autorizava tal ação mediante laudo médico, contrariando alguns doutrinadores<sup>7</sup>.

2º) O Código Civil não revoga leis especiais compatíveis, por força do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil em seus parágrafos. Podemos citar como exemplo o próprio Decreto Lei 3.200/41 (Lei de Proteção da Família) quando trata de abonos familiares (art. 28), não há revogação por não haver incompatibilidade com o código.

3º) O Código Civil pode expressamente determinar a prevalência de lei especial. Podemos citar como exemplo o art. 1.377, que mantém vigente o direito de superfície, quando constituído por pessoa jurídica de direito público, aplicando não o código, e sim a Lei 10.257/01, para esta hipótese específica. Caso não houvesse a ressalva, estaria revogado o Estatuto da Cidade nesta matéria.

4º) O Código Civil incorporou os institutos civis de leis especiais mistas, por força do seu art. 2.043, como em matéria de adoção, até então regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

5º) As omissões do código em relação ao anterior, por expressa revogação (art. 2.045), implicam não-recepção. Podemos exemplificar ao citar que a omissão do art. 1º do código anterior implica que as normas de Direito Civil não estão mais limitadas quanto ao seu alcance, como ocorria no sistema anterior.

Esperamos ter contribuído, com essas breves considerações, nas diversas discussões sobre a incidência das normas do novo Código Civil no ordenamento jurídico, a fim de gerar a tão almejada pacificação social.

---

Notas:

<sup>1</sup> ANTINOMIA. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coord. Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. v.7, p. 14.

<sup>2</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 212.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 472.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *Des critères pour résoudre les antinomies*. In: PERELMAN, C. *Les antinomies du Droit*. Bruxelles: Editions Bruylant, 1965. p. 250.

<sup>5</sup> Op. cit. p. 475.

<sup>6</sup> *O Direito e a vida dos Direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 340/341.

<sup>7</sup> Vide Maria Helena Diniz: "(...) e, por isso, recepcionada pelo novo Código Civil, apesar de anterior a ele" (*Curso de Direito Civil brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 72).