

# DIREITO INTERTEMPORAL

## COORDENADORES

Fabio Guidi Tabosa Pessoa  
Flávio Luiz Yarshell

## AUTORES

Adriane Haas  
Adriano Camargo Gomes  
Alencar Frederico Margraf  
André Garcia Xerez Silva  
Andre Vasconcelos Roque  
Antonio de Pádua Soubhie Nogueira  
Antonio do Passo Cabral  
Bruno Freire e Silva  
Bruno Lopes Megna  
Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes  
Carlos Alberto de Salles  
Claudio Luiz Bueno de Godoy  
Eduardo Cambi  
Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa  
Eduardo Hoffmann  
Elias Marques de Medeiros Neto

Fabiano Carvalho  
Fabio Guidi Tabosa Pessoa  
Fábio Peixinho Gomes Corrêa  
Fernando da Fonseca Gajardoni  
Fernão Borba Franco  
Flávio Luiz Yarshell  
Fredie Didier Jr.  
Guilherme Setoguti J. Pereira  
Hamid Charaf Bdine Junior  
Igor Bimkowski Rossoni  
João Paulo Hecker da Silva  
José Carlos Baptista Puoli  
Marcelo José Magalhães Bonizzi  
Paulo Henrique dos Santos Lucon  
Paulo Osternack Amaral  
Ricardo de Barros Leonel  
Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo  
Rodrigo Ramina de Lucca  
Tiago Asfor Rocha Lima  
Viviane Siqueira Rodrigues

# Pré-eficácia das normas e a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de *vacatio legis*<sup>1</sup>

Antonio do Passo Cabral<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. *Vacatio legis* e possibilidade de alteração do CPC; 2. Aplicação do Código de Processo Civil antes de sua entrada em vigor?; 3. Pré-eficácia das normas; 4. Eficácia interpretativa. *Topos* argumentativo sem vinculatividade; 5. Os parâmetros usados por Fredie Didier Jr.: a novidade da norma (se efetiva ou ilusória) e seu caráter predominante (se político ou jurídico); 6. Critério proposto: expectativa de incidência; 7. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO. *VACATIO LEGIS* E POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO CPC

Aprovado e publicado o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), começou a correr seu período de *vacatio legis*. Sancionado em 16 de março de 2015, o novo CPC entrará em vigor em 18 de março de 2016. E como disposto nos arts.14 e 1.045, suas disposições normativas serão aplicáveis somente após ultrapassada a *vacatio legis* de 1 (um) ano.

Até a entrada em vigor, em março de 2016, o CPC/2015 é uma lei existente, válida, mas ainda ineficaz.

Embora não tendo eficácia imediata, qualquer lei (e até mesmo um Código), pelo fato de ser uma norma válida, pode ser, p.ex., objeto de ação direta de inconstitucionalidade, vindo a ser declarada inconstitucional; e pode também ser revogada, total ou parcialmente, por outra lei ainda durante o período de *vacatio legis*.

Cabe lembrar que isso já ocorreu na história de nossa legislação. De fato, o Código Penal de 1969 (Decreto-lei 1.004/69), editado na ditadura militar

---

1. Artigo publicado originalmente na Revista de Processo, n.246, 2015, p.33 ss.

2. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UERJ. Doutor em Direito Processual pela UERJ, em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha. Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorando na Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Livre-Docente pela USP. Procurador da República.

(publicado em 21 de outubro de 1969), previa sua entrada em vigor no dia 1º de janeiro de 1970 (art.407), mas sua *vacatio legis* foi prorrogada, tendo sido o Código alterado por inúmeras leis posteriores ainda durante o período de *vacatio*.<sup>3</sup> Por fim, o CP/69 acabou revogado pela Lei 6.578/78, nove anos após sua publicação e sem nunca ter entrado em vigor.<sup>4</sup>

Em relação ao CPC/2015, ainda que sua abrogação seja um resultado improvável, lembremos que foi aprovada recentemente a lei da mediação (Lei nº 13.140/2015), e que prevê expressamente a *facultatividade* do uso daquele mecanismo extrajudicial de solução de controvérsia, o que poderia pelo menos derrogar a disciplina dos art. 334 e seguintes do CPC/2015. Ainda é incerta a interpretação que se possa dar sobre a lei de mediação e seus reflexos no novo CPC, mas ainda que entre em vigor antes do novo Código, certo é que a lei de mediação é posterior a ele e, se for incompatível com o CPC/2015, pode derrogar suas disposições.

## 2. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANTES DE SUA ENTRADA EM VIGOR?

Podem as normas do novo CPC serem aplicadas antes de sua entrada em vigor? Se podem, em que medida e com quais técnicas?

Antes de responder a essas perguntas, devemos primeiramente lembrar que ficou evidente, de um lado, a repercussão que a simples tramitação do CPC no Congresso Nacional gerou na formação de normas na legislação brasileira. Os exemplos mais notáveis são a Lei nº 13.015/2014, que alterou o processo do trabalho, a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, e a Resolução nº 200/2015 do Conselho Nacional de Justiça. Em todas, pode-se ver evidente inspiração no projeto de Código de Processo Civil, desde sua tramitação no parlamento.

A Lei nº 13.015/2014, dentre outras regras, previu o procedimento do recurso de revista repetitivo (art. 896-C da CLT), praticamente reproduzindo o regramento para os recursos extraordinário e especial repetitivos previsto, à época, no projeto de CPC (que na redação final corresponde aos art. 1.036 e seguintes).

A Resolução nº 118/2014 do CNMP, que disciplina o uso das técnicas extrajudiciais e os instrumentos alternativos de solução de controvérsias no âmbito

---

3. Como por exemplo a Lei 6.016/73.

4. Sobre o episódio, afirma Cezar Bitencourt: “O conhecido Projeto Nélson Hungria, de 1963, que pretendia substituir o Código Penal de 1940, devidamente revisado, foi promulgado pelo Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, (...) teve sua vigência sucessivamente postergada, até final revogação pela Lei n. 6.578/78, constituindo o exemplo tragicômico da mais longa *vacatio legis* de que se tem notícias”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, vol. 1., 17ª Ed., 2012, p.97.

do Ministério Público, prevê que o MP pode se valer de convenções processuais para adaptação do procedimento ou disposição sobre situações processuais (direitos, deveres, ônus), podendo inserir cláusulas dessa natureza em termos de ajustamento de conduta (arts. 15 a 17).<sup>5</sup> Nos debates que precederam a aprovação da resolução no Conselho, foi declarada a inspiração no dispositivo que estava previsto no projeto, e que corresponde ao art.190 do texto final do CPC/2015.

Posteriormente, já aprovado e publicado, o CPC/2015 inspirou ainda a Resolução nº 200/2015 do Conselho Nacional de Justiça, que acrescentou hipótese de impedimento do juiz (art.144, VIII), antecipando regra prevista no ordenamento do CPC/2015, mas não prevista no CPC/73 (art.134).

Por todos esses exemplos, pode-se constatar que as disposições do CPC/2015 impactaram e inspiraram a produção de normas, desde quando ainda eram apenas regras projetadas. Mas agora que deixou de ser um mero projeto e virou lei, o CPC pode ser efetivamente aplicado?

Nessa toada, a doutrina já aventou a possibilidade de aplicação do CPC/2015 mesmo durante a *vacatio*. Fredie Didier Jr. publicou interessante texto na Revista de Processo abordando a possibilidade de aplicação imediata das disposições do novo CPC mesmo no período de *vacatio legis*.<sup>6</sup> Para tanto, Didier Jr. formula uma tipologia das normas, dividindo-as em três grupos: a) normas jurídicas novas, aquelas que efetivamente representam uma inovação no ordenamento; b) “pseudonovidades normativas”, que podem ser extraídas do sistema atual, tendo o novo CPC apenas positivado o que já era o entendimento disseminado sob a égide do CPC/73; c) normas de caráter simbólico, que teriam conteúdo político preponderante e indicam políticas públicas definidas pelo legislador.

Segundo o autor, as normas jurídicas efetivamente novas não podem ser aplicadas antes do término da vacância da lei; podem atuar com função persuasiva, como instrumento retórico-argumentativo para que, mesmo antes da entrada em vigor do novo CPC, possa haver mudança do regramento atual à luz do que o novo CPC pretendeu mudar.<sup>7</sup> As pseudonovidades normativas também seriam ineficazes no período de *vacatio legis*, somente podendo ser usadas

---

5. Sobre a resolução, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

6. DIDIER JR., Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. *Revista de Processo*, n.236, out., 2014, p.325 ss. Posteriormente, NUNES, Dierle. Interpretação processual já deveria considerar conceitos do novo CPC, publicado em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-29/dierle-nunes-interpretacao-processual-deveria-considerar-cpc>, acessado em 23.05.2015.

7. DIDIER JR., Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. *Op. cit.*, p.328.

nesse interregno como argumento de reforço.<sup>8</sup> E as normas simbólicas, estas sim poderiam ser aplicadas desde logo porque o Estado deve se adequar às políticas públicas traçadas pelo legislador.<sup>9</sup>

Procuraremos, neste texto, dialogar com essa reflexão de Fredie Didier Jr., avançando em relação à formulação do autor, como se verá.

### 3. PRÉ-EFICÁCIA DAS NORMAS

Toda essa discussão acerca da aplicabilidade do novo CPC no período de vacância traz à baila o tema da *pré-eficácia das normas*,<sup>10</sup> ou seja, efeitos e condicionamentos causados por uma norma que ainda não entrou em vigor, seja porque ainda está em fase de tramitação no processo legislativo (projetos de lei), ou porque, mesmo tendo sido aprovada e promulgada, ainda está em prazo de *vacatio legis*.

De fato, é inevitável que, de alguma maneira, a mera perspectiva de um novo regramento legislativo possa atingir tanto as condutas individuais como a atividade estatal. Nesse sentido, vimos como as disposições do projeto de novo CPC condicionaram a confecção de normas legislativas e administrativas; por outro lado, uma norma existente mas que ainda não está vigente pode influenciar também os órgãos aplicadores do direito (tanto da Administração, quanto do Judiciário); e pode ainda condicionar o comportamento dos indivíduos.<sup>11</sup>

Claro que não se admite que haja uma aplicação imediata de regra ainda ineficaz. Embora existente e válida, uma lei em período de *vacatio legis* não pode ser considerada direito vigente. Não obstante, a prognose de sua entrada em vigor pode fazer com que a regra legal produza algum efeito. Nesses casos, ao mesmo tempo em que a regra ainda não é eficaz, já se anuncia ou se visualiza o novo regramento, e a simples projeção da norma que se tornará eficaz no futuro pode ter algum papel na atividade estatal de interpretação e aplicação das normas do presente.<sup>12</sup> Para os indivíduos, por exemplo, a expectativa de que o regramento torne-se eficaz pode ser fundamento para proteger condutas que fossem tomadas com base na confiança da futura entrada em vigor da regra legal em período de *vacatio legis*.

8. DIDIER JR., Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. *Op. cit.*, p.330.

9. DIDIER JR., Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. *Op. cit.*, p.330-331.

10. BIRK, Rolf. Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen. Rechtssoziologische und methodologische Bemerkungen zum Urteil des BAG vom 26.10.1973. in *Juristen Zeitung*, 1974, p.739-740. Sobre o tema da pré-eficácia, Cf. KLOEPFER, Michael. *Vorwirkung von Gesetzen*. München: C.H.Beck, 1974, p.10 ss; HESS, Burkhard. *Intertemporales Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p.54-55, 492 ss.

11. KLOEPFER, Michael. *Vorwirkung von Gesetzen*. *Op.cit.*, p.19, 21 ss, 213 ss.

12. NEUNER, Jörg. Die Vorwirkung von Gesetzen im Privatrecht. in *Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung. Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65.Geburtstag*. München: C.H.Beck, 2002, p.85.



O problema é que admitir a pré-eficácia da norma significaria que condutas humanas seriam valoradas com base na lei planejada, projetada, ou na lei aprovada mas que ainda não entrou em vigor. A crítica que se faz é que, conquanto a regra prevista não seja efetivamente aplicada (porque não vigente), sua mera consideração no processo hermenêutico corresponderia a uma espécie de “eficácia normativa sem norma”.<sup>13</sup> Como pensarmos em confiança legítima se esta é baseada em uma incidência apenas possível, já que antes de sua vigência é simplesmente inviável que qualquer fato concreto seja subsumível à regra normativa ainda ineficaz.<sup>14</sup>

#### 4. EFICÁCIA INTERPRETATIVA. TOPOS ARGUMENTATIVO SEM VINCULATIVIDADE

Como vimos no item anterior, não se pode imaginar aplicação de normas ainda ineficazes. Mas o fenômeno da pré-eficácia assemelha-se, de alguma maneira, ao que ocorre na ultratividade das normas (pós-eficácia). Sem embargo, tanto na pré-eficácia quanto na ultratividade, fatos que ocorreram fora do tempo de vigência<sup>15</sup> das leis encontram a aplicação do preceito ou dos princípios subjacentes àquelas normas, ainda que seu conteúdo seja tomado apenas como vetor interpretativo: quando se estuda a ultratividade das leis, trata-se de um exame *ex post*; no campo da pré-eficácia, a atividade interpretativa que considera a norma planejada é um exame *ex ante*.<sup>16</sup>

No Estado de Direito contemporâneo, para a realização da segurança jurídica – no paradigma da *continuidade jurídica*, como defendemos em outro estudo<sup>17</sup> – é natural pensar em resolver o problema das expectativas normativas também nos casos de projetos de lei e leis em período de *vacatio legis*. Afinal, a segurança jurídica deve ser analisada numa relação constante entre o antigo e o novo, entre passado, presente e futuro.<sup>18</sup>

Porém, a lei projetada ou em período de *vacatio legis* não pode ser considerada imperativa. Por isso, discordamos de Fredie Didier Jr. quando afirma

13. LEISNER, Walter. Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze, *Op.cit.*, p.296; KLOEPFER, Michael. Vorwirkung von Gesetzen. *Op.cit.*, p.162, 165-167, 173, 203.

14. IPSEN, Jörn. Richterrecht und Verfassung. *Op.cit.*, p.228.

15. Sobre as acepções do tempo no antecedente e no consequente da norma, bem assim as diferenças entre tempo de referência, tempo de vigência e tempo de eficácia, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2014, p.509 ss.

16. NEUNER, Jörg. Die Vorwirkung von Gesetzen im Privatrecht, *Op.cit.*, p.86.

17. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. *Op. cit.*, p.313 ss.

18. KLOEPFER, Michael. Vorwirkung von Gesetzen. *Op.cit.*, p.194-196.

que as normas simbólicas podem incidir desde logo. Não vemos possibilidade de o Estado, p.ex., realizar despesa com base em uma norma que não está em vigor. Beiraria a improbidade administrativa, em nosso sentir, gastos justificados em uma lei que pode nem vir a vigorar.

Por outro lado, é possível alguma aplicação das normas projetadas ou aquelas publicadas mas ainda ineficazes (porquanto ainda no período de *vacatio*) na interpretação e aplicação das normas efetivamente em vigor, uma pré-eficácia interpretativa.

Não obstante, porque ainda não vigente, no processo intelectual de interpretação e aplicação, a norma projetada ou em período de vacância deve ser vista como um *topos* argumentativo não vinculativo, i.e., é um elemento que informa a atividade hermenêutica mas não pode jamais prevalecer sobre as fontes do direito vigente. Pode ser usada como argumento de reforço, para endossar um resultado interpretativo que já possa ser atingido pela análise do sistema jurídico em vigor, independentemente da norma ineficaz. O que não se autoriza é que o intérprete e aplicador, *contra legem*, subverta a lógica do ordenamento vigente em razão de uma norma que, por estar em período de *vacatio legis*, sequer se sabe se realmente entrará em vigor. No Estado de Direito, a judicatura é vinculada à lei existente, válida e aplicável.<sup>19</sup>

E essa experiência foi verificada no Brasil no passado recente. O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião da aprovação do Código Civil de 2002, já se permitiu influenciar pela lei publicada, mas ainda ineficaz, durante o período de *vacatio legis*. Entre janeiro de 2002 e janeiro de 2003, quando o Código Civil entrou em vigor, o STJ por diversas vezes usou o novel regramento civil como fundamento para decidir.<sup>20</sup>

Nesses estritos limites, é possível pensar que a pré-eficácia interpretativa possa, de um lado, sinalizar os rumos da evolução do Direito, um desenvolvimento que pode apontar inclusive para a iminente modificação do direito positivo; e que tenha como efeito, de outro lado, permitir um interessante diálogo interinstitucional entre Legislativo e Judiciário, ou entre o Judiciário e a sociedade, algo imprescindível nos arranjos político-estruturais do Estado contemporâneo.<sup>21</sup> Ao tomar em consideração o projeto de lei ou a lei em período de *vacatio legis*, o aplicador do direito vigente dialoga com a norma projetada ou ineficaz, contribuindo para evidenciar a tendência evolutiva do sistema, ou

19. NEUNER, Jörg. Die Vorwirkung von Gesetzen im Privatrecht, *Op.cit.*, p.93-94.

20. REsp n.326.491-AM, rel. Min. Eliana Calmon, j.06.06.2002; REsp n.266.827-MG, rel.Min. Franciulli Netto, j.17.10.2002.

21. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, *passim*; KLOEPFER, Michael. *Vorwirkung von Gesetzen*. *Op.cit.*, p.193.