

O DIREITO ADQUIRIDO DIANTE DO FUTURO CÓDIGO CIVIL SUJEITOS DE DIREITO. PESSOAS FÍSICAS (*)

PAULO HENRIQUE DE ARRUDA GONÇALVES ()**

"Le leggi non possono essere retroattive in modo di violare diritto acquisito". (GABBA, Teoria della Retroattività delle Leggi, 3.^a ed., Unione Tipografica — Editrice, Milão-Roma-Nápoles, 1891, vol. I, pág. 44).

1. Introdução. 2. A pessoa física como sujeito de direito. 3. Os pontos de conflito entre as normas do Código Civil e as do Projeto. 4. A proteção do direito adquirido. 5. As soluções dos conflitos de normas encontrados.

1. O tema objeto deste estudo ganha oportunidade diante da proximidade da alteração da nossa legislação civil básica, caso se converta em lei o Projeto n.º 634, de 1975, de autoria do Poder Executivo e que se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

Não obstante a preocupação da Comissão Elaboradora e Revisora do Anteprojeto de Código Civil em manter a estrutura do diploma vigente, várias inovações são submetidas à apreciação do Poder Legislativo.

A entrada em vigor das novas normas provocará inúmeros conflitos com as então vigentes, a exigirem do aplicador perfeito conhecimento das regras de direito intertemporal, para que não se viole o princípio da intangibilidade do direito adquirido, insculpido no art. 153, § 3.º, da Constituição Federal.

2. Escapa do âmbito deste trabalho a análise de todos os pontos de conflito entre as duas leis, a velha e a nova, restringindo-

(*) Estudo apresentado em junho de 1977, na disciplina de Direito Intertemporal, do Curso de Mestrado em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. RUBENS LIMONGI FRANÇA.

(**) Professor de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná.

se, à confrontação das normas que disciplinam a capacidade e a legitimação das **pessoas físicas** como **sujeitos de direito**.

Na síntese feliz de PONTES DE MIRANDA, a personalidade é a possibilidade de ser sujeito de direito ¹.

Ser pessoa é ter o gozo dos chamados direitos inatos da personalidade (direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra e alguns outros) e, imediatamente, a faculdade de ser titular de direitos de outra natureza.

O estado jurídico da pessoa singular não é o conjunto dos seus poderes ou deveres ou duma forma mais genérica, das relações que lhe dizem respeito, mas antes o **pressuposto** duma esfera de capacidade e por isso duma serie indefinida de poderes e deveres, ou de relações, que podem variar, e variam, sem que por isso o estado se modifique ².

A personalidade é atribuída, por lei, ao ser humano ou a outros entes por ela expressamente referidos.

O homem, no mundo jurídico, recebe a designação de pessoa natural segundo o Código Civil ou de pessoa física, de acordo com o Projeto.

As demais entidades, cuja personalização é construção técnica destinada a possibilitar e favorecer-lhes a atividade³, são denominadas pessoas jurídicas.

Estas últimas não serão abrangidas por este estudo.

No atual estágio evolutivo da civilização, com raras exceções, reconhecem os sistemas jurídicos personalidade a todos os seres humanos.

Somente nos países em que perdura a escravidão ou em que se admite a morte civil pode o homem ser despojado daquele atributo.

No nosso país, a todo homem concede a lei personalidade.

Da personalidade, como pressuposto, irradia-se a aptidão para se obter a titularidade de direitos, a que se dá o nome de capacidade.

1. PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, 3.^a ed., Borsoi, Rio, 1970, tomo I pág. 153.

2. SANTORO-PASSARELLI, Teoria Geral do Direito Civil, trad. port. de MANUEL DE ALARCÃO, Atlântida Ed.tora, Coimbra, 1967, pág. 5.

3. ORLANDO GOMES, Introdução ao Direito Civil, 3.^o ed., Forense, Rio, 1971, pág. 174.

É neste sentido que se compreende a norma do art. 2.º do Código Civil, reproduzida pelo art. 1.º do Projeto, onde se lê que "todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil".

Distingue-se a capacidade de direito ou de gozo, referida naquele texto, da capacidade de fato ou de exercício.

A capacidade de direito é a aptidão de todo homem para ter direitos, seja ele nacional seja estrangeiro, como refere o art. 3.º do Código Civil, não reproduzido no Projeto.

Apesar de se encontrar, em alguns autores, a afirmativa de que todos os homens, por serem pessoas, gozam, na ordem privada de capacidade total, irrestrita, de direito, na realidade isso não ocorre.

Ao estrangeiro é vedada a aquisição de muitos direitos. (Ver, a respeito, a relação preparada pelo Prof. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO⁴).

Várias restrições à capacidade de direito se impõem, da mesma maneira, ao nacional, como, p. ex., a do ascendente que não pode vender bens a um descendente sem o consentimento dos demais, a do tutor que não pode adquirir bem do seu pupilo, e outras mais.

Essas restrições não constituem, contudo, casos de incapacidade de direito, mas de **falta de legitimação** para determinados atos.

Esta posição é adotada pelo Prof. SÍLVIO RODRIGUES, ao explicar que "o problema não é de incapacidade, **mas de falta de legitimação**. A incapacidade envolve uma inaptidão interna, um defeito de ordem física ou psíquica que impede o menor pela sua imaturidade, o amental pela escassez de siso, ou o silvícola pela falta de tiracínio, de julgarem de maneira adequada. Enquanto que a falta de legitimação ocorre quando a lei, tendo em vista a posição peculiar de determinadas pessoas em face de um negócio, lhes proíbe de atuar em uma dada relação jurídica. A idéia de legitimação, que o direito civil foi colher no processual, justifica soluções legais que o conceito de incapacidade é impotente para explicar. Atos há cuja prática é vedada a determinadas pessoas, embora sejam elas sábias, maduras e sadias"⁵.

São do mesmo pensar o Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁶,

4. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO, Código Civil Brasileiro, 24.ª ed., Saraiva, São Paulo, 1972, págs. 16/18.

5. SÍLVIO RODRIGUES, Direito Civil — Parte Geral, 5.ª ed., Saraiva, São Paulo, 1974, pág. 50.

6. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil, 3.ª ed., Forense, Rio, 1971, vol. I, pág. 163.

embora empregue, em lugar da frase falta de legitimação, a expressão **impedimento** e o Prof. VICENTE RÃO.

Não obstante tenha capacidade de direito e legitimação, pode faltar à pessoa física aptidão para, pessoalmente, praticar os atos satisfatórios dos seus interesses, devendo ser obrigatoriamente representada ou substituída, no seu exercício, pelas pessoas indicadas em lei para esse mister.

Neste caso diz-se que padece ela de incapacidade absoluta de fato ou de exercício.

Nenhum ato que dependa de manifestação de vontade do incapaz pode ser por ele praticado.

Os absolutamente incapazes estão relacionados no art. 5.º do Código Civil e no art. 3.º do Projeto, valendo ressaltar que o ausente não é incapaz.

Em outros casos a incapacidade de fato é relativa a certos atos ou à maneira de os exercer, nos quais o incapaz deve ser assistido ou acompanhado no exercício dos seus direitos pelas pessoas legalmente designadas para esse encargo.

Para outros atos goza ele de plena capacidade de fato como, p.e., para ser mandatário, para fazer testamento. (Arts. 1298 e 1627, inciso I, do Código Civil).

As pessoas relativamente incapazes estão indicadas nos arts. 6.º do Código Civil e 4.º do Projeto.

A incapacidade cessa, para os menores, ao atingirem vinte e um anos de idade ou pela emancipação, nos casos dos arts. 9.º, § 1.º, do Código Civil e 5.º, parágrafo único, do Projeto.

Para os loucos de todo gênero ou melhor dizendo, para os alienados mentais, com a superação da causa natural da sua incapacidade ou pelo levantamento da interdição.

Os surdos-mudos adquirem plena capacidade a partir do momento em que podem exprimir livre e conscientemente a sua vontade.

Os pródigos, readquirido o necessário equilíbrio para a gerência do seu patrimônio ou em caso de inexistência de cônjuge, ascendente ou descendente seu. (Art. 461 do Código Civil).

Os silvícolas, à medida em que se forem adaptando à civilização do país.

A capacidade de direito, somada à legitimação, possibilita ao ser humano ter direitos; a capacidade de fato propicia-lhe exercê-los pessoalmente.

Com exceção dos direitos inatos da personalidade, a capacidade do homem, porsí só, não o investe na posição de sujeito de direitos de outra natureza; é simples pressuposto para tal.

É necessário o aparecimento de outro fato, juridicamente idôneo, para que se opere a aquisição de algum direito, fazendo da pessoa física seu titular ou sujeito.

A pessoa capaz que não contrata não é sujeito de nenhum direito contratual.

Conclui-se, portanto, que a capacidade está para a titularidade de direitos como a faculdade está para o direito adquirido, necessitando somente da atuação da pessoa.

Este esforço mostrou-se necessário para uma melhor compreensão do assunto nuclear do trabalho.

3. Da confrontação das regras sobre a capacidade existentes no Código Civil e no Projeto fêz-se possível a elaboração do seguinte quadro comparativo, no qual se vislumbram muitos dos pontos de conflito a exigirem soluções da parte do aplicador da nova lei.

CÓDIGO CIVIL:

PROJETO:

3.1

Art. 5.º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I. Os menores de dezesseis anos.

II. Os loucos de todo gênero.

III. Pelo exercício de emprego não puderem exprimir a sua vontade.

IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Art. 3.º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

I. Os menores de dezesseis anos.

II. Os que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos.

III. Os que, ainda por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

IV. Os silvícolas, nos termos da legislação especial.

Art. 6.º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. I), ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II. Os pródigos.

III. Os silvícolas.

Parágrafo Único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país.

3.2

Art. 9.º. Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

§ 1.º. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I. Por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos.

II. Pelo casamento.

III. Pelo exercício de emprego público efetivo.

IV. Pela colação de grau científico em curso de ensino superior.

V. Pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria.

Art. 4.º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos.

II. Os fracos da mente, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos.

III. Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

IV. Os pródigos.

Art. 5.º. Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

Parágrafo Único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

a. Por concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento independentemente de homologação judicial, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos.

b. Pelo casamento.

c. Pelo exercício de emprego público efetivo.

d. Pela colação de grau em curso de ensino superior.

e. Pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria, tendo o menor dezoito anos completos.

3.3

Art. 7.º Pode ser declarada a morte presumida sem decretação de ausência:

I. Se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida.

II. Se alguém, desaparecido em campanha, ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo Único. A declaração de morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

3.4

Art. 469. Passando-se dois anos, sem que se saiba do ausente, se não deixou representante, nem procurador, ou, se os deixou, em passando quatro anos, poderão os interessados requerer que se lhes abra provisoriamente a sucessão.

Art. 481. Vinte anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisórias poderão os interessados requerer a definitiva e o levantamento das cauções prestadas.

3.5

Art. 156. O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado.

Art. 25. Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra, provisoriamente, a sucessão.

Art. 36. Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a definitiva e o levantamento das cauções prestadas.

Art. 964. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes.

3.6

Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em alguns dos seguintes motivos:

.....

IV Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Art. 1.609. Qualquer dos cônjuges poderá propor ação de desquite provando impossibilidade de vida em comum.

Art. 1.610. Considerar-se-á impossível a comunhão de vida tão somente se ocorrer algum dos seguintes motivos:

.....

IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo.

3.7

Art. 1.719. Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários.

.....

III. A concubina do testador casado.

Art. 1.849. Não podem ser nomeados herdeiros, nem legatários:

.....

III. O concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado do fato do cônjuge, há mais de cinco anos.

3.8

Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente dos quais constitui a legítima segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).

Art. 1.896. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1.897. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

3.9

Art. 1.627. São incapazes de testar:

I. Os menores de dezesseis anos.

Art. 1.911. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

- II. Os loucos de todo o gênero. Parágrafo unico. Podem, porém, testar os maiores de dezesseis anos.
- III. Os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo.
- IV. Os surdos-mudos, que não puderem manifestar a sua vontade.

4. Como ensina o Prof. REYNALDO PORCHAT, a "eficácia e o império da lei têm um determinado limite de tempo, que é fixado pelo momento inicial da sua publicação e pelo momento final da sua abrogação. Dentro nesse espaço de tempo, são regulados pela lei vigente todos os atos que nele se realizam produzindo relações jurídicas. Mas, quando uma lei é abrogada por uma outra lei, acontece geralmente que certos atos que foram praticados no domínio da primeira, produzem conseqüências ou efeitos que se projetam pelo tempo posterior à abrogação, e vão efetivar-se ou tornar-se exigíveis quando já se acha em vigor a nova lei revogatória. E se é verdade que a autoridade da lei cessa quando é ela abrogada, parece, à primeira vista, que não pode mais ser invocada para regular quaisquer relações de direito uma vez que pela publicação de uma nova lei começou esta a exercer plenamente a sua autoridade. Entretanto o direito permite que, mesmo dentro no período de tempo em que domina a lei nova, seja invocada a lei antiga para reger certos atos que nasceram sob o seu império, e que ainda não se acham de todo consumados, bem como as conseqüências e os efeitos resultantes desses mesmos atos⁸.

Há fatos jurídicos (em sentido lato) que se perfazem e produzem todos os seus efeitos sob a vigência de uma só lei. Regem-se inteiramente pelas suas normas.

Outros há, porém, geradores de relações jurídicas, que são atingidos por duas ou mais leis que se sucedem no tempo.

A sua formação inicia-se na vigência da lei velha e perfaz-se na da nova ou, então, forma-se inteiramente na vigência da lei velha mas alguns dos seus efeitos ou todos eles se deverão produzir na vigência da lei nova.

Do conflito ou da competição das duas leis nasce a inquietante indagação sobre qual delas é idônea para regular a validade e a eficácia daqueles fatos.

8. REYNALDO PORCHAT, da Retroactividade das Leis Civis, Ed. Duprat, São Paulo, 1909, pág. 3.

A resposta à questão, nas suas múltiplas facetas, é o objeto da parte da Ciência Jurídica que se denomina preferencialmente de direito intertemporal, mas que também tem sido chamada de teoria da retroatividade das leis, teoria da irretroatividade das leis ou de direito transitório.

Na obra de ROUBIER encontram-se os argumentos para que se de à matéria a denominação de direito intertemporal, não obstante tenha ele dado à sua monografia o título de "Le Droit Transitoire (Conflits des lois dans le temps)"⁹.

As regras de exclusão do conflito intertemporal de leis devem objetivar a proteção dos direitos adquiridos na vigência da lei antiga.

O princípio da intangibilidade, pela lei nova, do direito adquirido segundo a lei antiga alcançou no nosso sistema jurídico a categoria de regra constitucional.

A Constituição Federal de 1967 assegura, no seu art. 153, § 3.º, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Não obstante a afirmação do Prof. LIMONGI FRANÇA, no seu valioso e completo Direito Intertemporal Brasileiro, de que aquele texto consagra o princípio da irretroatividade das leis no direito brasileiro¹⁰, parece mais satisfatória a conclusão de que ele enuncia o **princípio da intangibilidade, pela lei nova, do direito adquirido**.

Contém um comando ao legislador para que não edite leis que possam ferir direitos adquiridos.

As Cartas Constitucionais de 1824 e 1891, estas sim, agasalharam o princípio da irretroatividade das leis, ao determinarem, respectivamente nos seus artigos 179 e 11, que as leis não poderiam ser retroativas.

As Constituições de 1934 e 1946 distanciaram-se daqueles princípios ao adotarem, uniformemente, a mesma redação da atual.

A lei nova pode retrotrair os seus efeitos para atingir relações jurídicas constituídas antes da sua vigência, desde que não atinja e prejudique direito adquirido de conformidade com a lei antiga.

Esta posição é assumida pelo Prof. SILVIO RODRIGUES, que assim se expressa a respeito:

9. PAUL ROUBIER, *Le Droit Transitoire*, 2.ª ed., Dalloz et Sirey, 1960, Paris, nota 3 à pág. 4.

10. RUBENS LIMONGI FRANÇA, *Direito Intertemporal Brasileiro*, 2.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, págs. 400/401.

"Entre nós a lei é retroativa, e a supressão do preceito constitucional que, de maneira ampla, proibia leis retroativas constitui um progresso técnico. A lei retroage, apenas não se permite que ela recaia sobre o ato jurídico perfeito, sobre o direito adquirido e sobre a coisa julgada¹¹".

Assim já entendia, nos seus comentários à Constituição de 1946, o Ministro THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI¹².

Errou ele, porém, ao inadmitir como adquirido o direito sujeito a condição ou a evento futuro, quando o próprio art. 6.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o reconhece expressamente como tal.

Pode-se afirmar que o texto constitucional veda a **retroatividade injusta** da Lei, aquela que ofende direitos adquiridos, mas não a **retroatividade** em que não há ofensa e esses direitos, valendo-se da linguagem do Prof. PORCHAT¹³.

Na obra clássica de GABBA diz ele que "le leggi non possono essere retroattive in modo di violare diritti acquisiti"¹⁴.

Caso típico de retroatividade justa é o da lei penal que beneficia o réu.

Quer se diga que a Constituição proíbe a retroatividade das leis, quer se afirme que ela só impede a retroatividade injusta, conciliam-se as duas posições quanto ao fundo da questão, ao inadmitirem, veementemente, lesão aos direitos adquiridos.

É desnecessária, porque redundante, a fórmula brasileira de referência ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 153, § 3.º, da Constituição e art. 6.º da atual Lei de Introdução ao Código Civil), podendo, sem prejuízo, dizer que "a lei não prejudicará o direito adquirido".

Como acertadamente conclui o Prof. LIMONGI FRANÇA, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são causas geradoras do direito adquirido; a coisa julgada é "uma variedade do Ato Jurídico Perfeito, de natureza jurisdicional"¹⁵.

Dando-se proteção ao efeito estar-se-á protegendo a causa.

11. SÍLVIO RODRIGUES, ob. cit., pág. 29.

12. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, A Constituição Federal Comentada, 2.ª ed., José Konf. no, Rio, 1952, vol. III, pág. 82.

13. PORCHAT, ob. cit., pág. 6.

14. C.F. GABBA, Teoria della Retroattività delle Leggi, 3.ª ed., Unione Tipografico — Editrice, Milão — Roma — Nápoles, 1891, vol. I, pág. 44.

15. LIMONGI FRANÇA, ob. cit., págs. 436/442.

Já ficou dito que os fatos e as consequentes relações jurídicas que tenham produzido todos os seus efeitos antes da publicação da lei nova não serão afetados por esta; do mesmo modo ficarão regidos inteiramente pela lei nova aqueles que ocorrerem na sua vigência.

Ao direito intertemporal interessam somente os fatos cuja formação se iniciou no império da lei antiga, mas cuja perfeição se dará na vigência da nova ou aqueles constituídos quando da lei revogada, mas cujos efeitos se produzirão na vigência do diploma revogado.

Nestes casos as relações jurídicas perduram durante a vigência de duas leis conflitantes quanto à matéria, que se sucedem, cabendo às regras do direito intertemporal definir qual delas é idônea para regular a constituição ou a eficácia dos fatos nascidos sob a vigência da lei velha, desde que se perfeçam ou se efetivem já na vigência da lei nova.

Conforme o alcance que se dê ao conceito de direito adquirido pode-se aquilatar da retroatividade justa ou injusta, ou da irretroatividade da lei revogadora.

Será irretroativa nos casos em que a lei revogada for chamada a regular inteiramente as conseqüências dos fatos nascidos na sua vigência.

Cabe observar, neste ponto, que a revogação não exclue a lei velha do ordenamento jurídico mas, ao contrário, coexiste ela com a lei nova enquanto tiver que proteger os direitos adquiridos segundo as suas normas.

A esse fenômeno se pode denominar **sobrevivência da lei antiga**, expressão utilizada por ROUBIER¹⁶, mas adaptada à sua teoria das situações jurídicas e do efeito imediato da lei, inaceitável diante do nosso direito positivo.

Será retroativa a lei que regular, a partir da sua vigência, os elementos complementares ainda não produzidos de direitos nascidos na vigência da lei velha ou a sua eficácia futura.

A retroatividade será justa se não ferir direito adquirido e injusta se o fizer, caso em que a lei será inconstitucional.

Toda lei tem efeito imediato. A partir da sua vigência, revogada a lei anterior, passa a reger todas as relações jurídicas que encontrar em curso, só não podendo prejudicar os direitos adquiridos na conformidade da legislação antiquada.

16. ROUBIER, ob. cit., pág. 11.

O conceito de direito adquirido não é dado pelo texto constitucional, mas é insatisfatoriamente formulado pela Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a redação dada pela Lei n.º 3.238, de 1.º de agosto de 1957):

"Art. 6.º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

.....
 § 2.º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem".

Pode parecer, à primeira vista, que o legislador tenha cometido séria confusão ao empregar, conjuntamente, as expressões **efeito imediato** da lei e **direito adquirido** porque, na doutrina, significam as posições antagônicas de dois dos maiores expositores do direito intertemporal.

Entende ROUBIER que "la loi nouvelle respecte tous les effets juridiques produits dans le passé, mais elle gouverne seule et sans partage l'avenir à compter du jour de sa promulgation. Nous parlons ici d'effet immédiat parce que la loi nouvelle ne souffre plus le maintien de la loi ancienne, même pour les situations juridiques nées au temps où celle-ci était en vigueur, du moment qu'il s'agit d'effets juridiques produits par ces situations après sa promulgation¹⁷".

Não admite ele, portanto, a não ser excepcionalmente (no caso dos contratos, p. ex.) que a lei antiga possa proteger os direitos adquiridos resultantes de relações constituídas na sua vigência, mas cujos efeitos se deverão produzir na vigência da lei nova.

Daimetralmente oposta é a posição dos que, naquela hipótese, admitem a sobrevivência da lei antiga para a proteção do que entendem serem direitos adquiridos.

GABBA, o mais prestigiado representante da doutrina chamada clássica tem sua posição revelada na definição que dá de direito adquirido:

"È acquisito ogni diritto, che a) è conseguenza di un fatto

17. ROUBIER, ob. cit., pág. 11.

idoneo a produrlo, in virtu della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l'occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell'attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che b) a termini della legge sotto l'impero della quale accade il fatto da cui trae origine entrò immediata, entre a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato".¹⁸

O Prof. LIMONGI FRANÇA, após decantar aquele conceito das suas impurezas e preencher-lhe as lacunas, oferece a seguinte definição de direito adquirido ,segundo o nosso ordenamento jurídico :

"É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que tendo passado a integrar o patrimônio do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto".¹⁹

Observe-se portanto, que a conciliação das expressões efeito imediato e direito adquirido tornou-se possível no texto do art. 6.º da Lei de Introdução porque se retirou ,do efeito imediato, o sentido radical propugnado por ROUBIER.

Direito adquirido é o que já entrou para o patrimônio do sujeito.

A faculdade e a expectativa de direito são anteriores ao direito adquirido e simples meios para o adquirir.²⁰

A faculdade é a possibilidade, reconhecida pelo ordenamento jurídico, de a pessoa adquirir direitos, dependendo a aquisição, tão somente, da sua atuação, como, p. ex., a de contrair matrimônio, a de testar.

A expectativa de direito é a possibilidade, baseada em lei de a pessoa adquirir direitos, dependente de um acontecimento natural ou de um ato alheio, como, p. ex., a do filho que, para tornar-se herdeiro, depende do falecimento do pai.

A expectativa distingue-se da faculdade, porque se transforma em um direito que entrará para o patrimônio da pessoa independentemente de qualquer ato desta²¹.

Como somente o direito adquirido é intocável pela lei nova, pode esta alterar ou frustrar as faculdades e as expectativas de direito sem que se possa afirmá-la inconstitucional.

18. GABB9, ob. cit., pág. 191.

19. LIMONGI FRANÇA, ob. cit., pág. 432.

20. PORCHAT, ob. cit., pág. 30.

21. PORCHAT, ob. cit., pág. 30.

5. Ainda que muito mais se pudesse e se devesse dizer a respeito do tema, não o comporta a natural limitação deste trabalho.

Constatados os conflitos entre as normas do Código Civil e as do Projeto (no item 3.º) faz-se necessário definir qual seja a lei idônea, se a velha ou a nova, para reger cada caso.

5.1 O art. 6.º do Código Civil considera os silvícolas pessoas relativamente incapazes sujeitando-os ao regime tutelar estabelecido em legislação própria, até a sua adaptação à civilização do país.

Pode-se afirmar, portanto, que os silvícolas, ao atingirem os dezesseis anos de idade como as demais pessoas sujeitas ao nosso regime jurídico adquirem relativa capacidade, que somente cessará quando da sua integração na civilização brasileira.

O Decreto n.º 736, de 6 de abril de 1.936, que aprovou o regulamento do Serviço de Proteção aos Índios, admite que os silvícolas, enquanto tais, trabalhem livremente e tenham plenos direitos ao produto integral de seu trabalho e das suas propriedades.

No art. 47, n.º 2, proíbe aos serventuários daquele Serviço, pelo seu papel de fiscalizadores dos atos dos silvícolas, a compra e venda de quaisquer objetos e produtos dos índios.

O índio, como relativamente incapaz, pode celebrar aqueles referidos negócios jurídicos sob a fiscalização do referido serventuário.

O Projeto, pelo seu art. 3.º, reduz o silvícola à condição de pessoa absolutamente incapaz.

Indaga-se: os índios que já tiverem completado dezesseis anos de idade e, portanto, adquirido relativa capacidade, retornarão à situação de absolutamente incapazes quando da entrada em vigor da nova lei?

A resposta é negativa

Segundo o conceito formulado pelo Prof. LIMONGI FRANÇA acima transcrito, que retrata com o necessário aperfeiçoamento a regra do art. 6.º, § 2.º da Lei de Introdução por ter o índio alcançado o estado de relativa capacidade de acordo com a lei vigente no momento em que completou dezesseis anos de idade, integrou-se definitivamente no seu patrimônio a aptidão para a prática daqueles atos, ainda que limitativamente, não podendo ser atingida pelo advento da lei nova.

Aqueles que ainda não houverem completado aquela idade na

data do início da vigência da lei nova gozam de mera expectativa de direito, que vem a se frustrar pela imediata vigência da lei nova.

Permanecerão como pessoas absolutamente incapazes até a sua integração na civilização do país.

Como se disse no início deste estudo, a capacidade não é um direito, mas o pressuposto para a aquisição dos direitos.

Se se protege o direito adquirido, que só pode existir fundado na capacidade do sujeito, com maior razão entende-se coberto pela proteção constitucional esse seu pressuposto.

A solução apontada pela doutrina clássica encontrou eco em quase todos os tratadistas da matéria.

GABBA afirma textualmente que:

"Costono propugnano concordemente il principio generale che um dato grado di capacità personale, acquistato in conformità alla legge ,non può più essere tolto da una legge posteriore".²²

ROUBIER, assentado na sua teoria das situações jurídicas chega à mesma conclusão:

"Une loi décide que la majorité sera fixée désormais à vingt-cinq ans et non plus vingt et un ans. Cette loi ne peut faire retrouver en état de minorité eux qui étaient devenus antérieurement majeurs à vingt et un ans) accomplis, conformément à l'article 488 du Code Civil".²³

SAVIGNY os acompanha na conclusão:

"Però è diverso il caso di coloro, che in virtù dell'antica legge erano già divenuti maggiorenni mentre secondo le disposizioni della legge nuova sarebbero ancora minorenni. Giacchè per queste persone la maggiore età e l'indipendenza, che l'accompagna, è un diritto acquisito, costituito col verificarsi del momento determinato sotto l'impero dell'antica legge".²⁴

O Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, de autoria do Prof. HAROLDO VALLADÃO, contém ,no art. 82, regra expressa:

22. GABBA, *Teoria*, Ed. Nistri, Pisa, 1869, vol. II, pág. 11.

23. ROUBIER, *ob. cit.*, pág. 199.

24. SAVIGNY, *Sistema de Diritto Romano*, trad. ital de SCIALOJA, Unione Tipografico - Editrice, Torino, 1898, vol. VIII, págs. 414/415.

“§ 3.º A lei nova não prejudica a maioridade já completada na vigência da lei anterior”.²⁵

5.2 Ao cuidar da emancipação, como espécie de aquisição da capacidade de fato antes de completados vinte e um anos de idade, apresenta o Projeto duas inovações em face do direito vigente.

Pelo art. 9.º, § 1.º, do Código Civil, a emancipação pode ser obtida por concessão do pai e, se for morto, da mãe, se o menor tiver dezoito anos cumpridos.

O art. 5.º, parágrafo único, alínea a do Projeto exige, para a emancipação do menor, a manifestação de vontade de ambos os pais e só admite a de um deles na falta do outro.

Deve-se entender por falta a absoluta impossibilidade do comparecimento de um dos pais, como p. ex., por estar morto, ausente ou interditado.

Perdura a capacidade da pessoa emancipada, na vigência da lei antiga, por concessão somente do pai,, uma vez que a nova lei está a exigir a concessão por ambos os pais? Retorna ele à incapacidade?

Em um segundo aspecto prevê o Código Civil como causa de emancipação do menor, sem limite de idade, o estabelecimento civil ou comercial com economia própria (art. 9.º § 1.º inciso V).

O Projeto (art. 5.º, parágrafo único, alínea e) cria uma restrição, ao exigir do menor que tenha a idade mínima de dezoito anos.

Permanece a capacidade do menor que se tenha emancipado com menos de dezoito anos, na vigência da lei anterior e que ainda não tenha atingido os dezoito na vigência da nova?

Para a solução destas indagações aplicam-se os mesmos princípios já expostos acima.

Como a capacidade, em ambos os casos, foi obtida na vigência da lei abrogada, atendidos os seus requisitos, está ela definitivamente integrada no patrimônio da pessoa não podendo ser atingida pelas disposições da lei nova.

5.3 O art. 7.º do Projeto transporta para o corpo da lei básica o instituto da morte ficta (que denomina presumida).

Para melhor elucidação deve-se chamar de real à morte inequívoca de presumida à do ausente e de ficta à morte extremamente provável de quem estava em perigo de vida.

25. HAROLDO VALLADÃO, Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, Imprensa Nacional, Rio, 1964, pág. 32.

O art. 99 da Lei n.º 4857 de 9 de novembro de 1939, aperfeiçoado pelo art. 88 da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, ambas concernentes aos registros públicos, contém dispositivos pelos quais ficam os juízes autorizados a admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em circunstâncias que foram presumir o seu falecimento.

Estabeleceu-se conflito entre aquelas normas e as do Código Civil.

O Código Civil somente permitia a dissolução do vínculo conjugal pela morte real (art. 315, parágrafo único).

Com a introdução daquelas novas normas criou-se a possibilidade de dissolução do casamento em caso de morte ficta.

O casamento da esposa de uma pessoa cuja morte seja extremamente provável, celebrado na vigência do Código Civil, poderia se convalidar na vigência de qualquer daquelas leis?

O Código, por inadmitir a morte ficta, condena-o como nulo (arts 183, inciso VI e 207).

Mas, se não se declarar a sua nulidade na vigência da lei antiga e se sob a nova, se fizer a declaração de morte prevista no art. 7.º, parágrafo único do Projeto, pode-se dizer que o casamento se convalidou?

Pela teoria das nulidades os atos nulos não podem ser ratificados nem supridos.

Segundo o direito da época em que se celebrou aquele casamento estava a mulher impedida (não legitimada) de fazê-lo.

GABBA oferece a solução de direito intertemporal para o caso: "Il principio che della validità od invalidità di un matrimonio si deve sempre e esclusivamente giudicare secondo la legge vigente al momento in cui il matrimonio fu concluso, non soffre per noi nessuna eccezione"²⁶.

EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO têm o mesmo parecer:

"A constituição da família é um fato jurídico dependente da lei vigente ao tempo em que se constitui. Essa lei é que determina as condições necessárias para que a família se tenha como juridicamente existente; e é essa mesma lei que atribui, às pessoas que a compõem, o estado de família.

26. GABBA, ob. cit., vol. II, pág. 149.

Assim, o matrimônio quando à validade o uinvalidade, ou se trate de impedimentos ou de forma, obedece exclusivamente à lei vigente quando se celebrou".²⁷

Se o casamento se perfêz na vigência da lei anterior, que não reconhecia nenhum efeito à morte ficta, ele é nulo e assim permanecerá na vigência da lei nova.

A nova lei que interferisse na validade de ato perfeito segundo a lei antiga seria injustamente retroa e, por conseguinte, inconstitucional.

5. Ao tratarem da ausência os arts. 25 e 36 do Projeto reproduzem os arts. 469 e 481 do Código Civil, reduzindo-lhes contudo, os prazos.

Assim é que a abertura da sucessão provisória poderá ser requerida em um ano e não mais em dois se o ausente não tiver deixado representante e em três, ao invés de quatro, se o tiver feito.

A abertura da sucessão definitiva poderá ser pedida passados dez anos e não mais decorridos vinte anos, a contar do trânsito em julgado da sentença que concedeu a abertura da sucessão provisória.

Essas normas criam para os herdeiros e os outros interessados uma ilegitimação temporária ao pedido de abertura da sucessão provisória e da sucessão definitiva, ao mesmo tempo em que reconhecem direito ao ausente de não ver aberta a sua sucessão antes do decurso daqueles prazos.

Se a ausência ocorreu na vigência do Código Civil e já tiver decorrido um ano do prazo de dois para a abertura da sucessão provisória quando da entrada em vigor do Projeto que reduz aquele prazo para um ano, que solução de direito intertemporal se dará?

Prevalecerá, até o final, o prazo da lei antiga? Ou o da nova? Estabelecer-se-ia uma proporcionalidade entre ambos?

O direito à abertura da sucessão provisória do ausente é um dos denominados direitos de aquisição sucessiva, que se perfazem mediante o decurso de um certo lapso de tempo.

A retroação total incorreria em se ignorar a patrimonialidade do prazo já decorrido. Por outro lado a aplicação integral da lei antiga implicaria em se considerar adquirido um direito cuja perfeição estava na dependência de elementos ainda não verificados.

27. EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Tratado de Direito Civil Brasileiro, Da Lei e da sua Obrigatoriedade, Do Direito Intertemporal*, Freitas Bastos, 1939, Rio-São Paulo, vol. II, pág. 292.

A solução encontra-se na aplicação imediata da lei, considerando-se válido o lapso já decorrido e computando-se o lapso por escoar de acordo com a lei nova.

Esta lição é do Prof. LIMONGI FRANÇA ²⁸

É importante observar que o encurtamento dos prazos se, de um lado, vem a beneficiar os herdeiros e demais interessados, de outro vem a prejudicar o ausente, que se vê privado de porção do prazo de que dispunha inicialmente para impedir, pelo reaparecimento, a abertura da sua sucessão.

Para que se mantenha o equilíbrio dos direitos em jogo parecerá mais aceitável a posição do Prof. LIMONGI FRANÇA, pelo "estabelecimento de uma proporção entre o prazo anterior e o da lei nova, de tal forma que sempre fosse assegurado à parte contrária um lapso para exercer as suas defesas". ²⁹

Para que se saiba que prazo deverá decorrer sob a vigência da nova lei deve-se estabelecer uma proporcionalidade entre o prazo da lei velha e o já decorrido sob a sua vigência e aplicá-lo ao prazo da lei nova.

Se, do prazo de dois anos da lei velha já tiver decorrido a metade sob a sua vigência, do prazo de um ano da lei nova deverá transcorrer a metade.

A mesma solução se dará a todos os direitos de aquisição sucessiva.

5.5 O art. 156 do Código Civil equipara o menor entre dezesseis e vinte e um anos de idade às pessoas capazes, com o fito de responsabilizá-lo pelos danos resultantes dos atos ilícitos que praticar.

Esta norma não tem correspondente no Projeto.

Querendo eliminar a imputabilidade como pressuposto de responsabilidade civil, editou a regra do art. 964, pela qual se atribui a responsabilidade patrimonial ao incapaz para responder pelos prejuízos que causar, desde que os seus responsáveis não tenham obrigação de o fazer ou não dispunham de bens suficientes.

Na vigência do Código Civil não pode o menor de mais de dezesseis e menos de vinte e um anos eximir-se da responsabilidade sob o pretexto de poder ser executado, previamente, o patrimônio do seu responsável.

28. LIMONGI FRANÇA, ob. cit., pág. 472.

29. LIMONGI FRANÇA, ob. cit., pág. 472.

A vítima do ato ilícito poderá dispensar a vantagem da solidariedade (art. 1518, parágrafo único, do Código Civil) e preferir executar o patrimônio do menor.

A vingar o Projeto poderá o menor demonstrar ter pessoa por ele responsável e ser ela solvente, para livrar-se da responsabilidade direta pelos danos que causar por ato ilícito.

O legislador, se de um lado avançou, de outro retrocedeu.

Ocorrido o ilícito na vigência do Código, mas exigida a reparação sob o império da lei nova, pode o menor alegar aquele verdadeiro benefício de excussão, dizendo-se não legitimado passivamente para a indenização dos danos enquanto não for exaurido o patrimônio da pessoa por ele responsável?

Não poderá fazê-lo porque as regras de capacidade e legitimação são as vigentes segundo a lei do tempo em que se constituir a obrigação — "tempus regit actum".

Na espécie a obrigação nasceu no momento da ocorrência do ato ilícito, sob a vigência do Código Civil, que equipara o menor à pessoa capaz como responsável pelos danos oriundos de ato ilícito.

Integrou-se no patrimônio da vítima o direito de responsabilizar, solidariamente, o pai, a mãe ou o tutor e o menor entre dezesseis e vinte e um anos, enquanto não estiver prescrita a ação de reparação de danos.

"As obrigações são governadas, no seu nascimento, efeitos e extinção, pela lei sob cujo império foram constituídas. Assim, a eficácia dos contratos é regulada pelo direito vigente ao tempo da sua conclusão; as obrigações, que nascem do delito, são regidas pela lei em vigor na época em que foi o delito praticado". (ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO).³⁰

5.6 O Projeto, no seu art. 1610, inciso IV, encurta de dois para um ano contínuo o prazo fixado no art. 317 do Código Civil, de abandono voluntário do lar como causa para a dissolução da sociedade conjugal.

Por se tratar de direito de aquisição sucessiva, dependente do decurso de um certo lapso de tempo, aplicam-se para a solução do conflito, proporcionalmente, os prazos da lei antiga e da nova, como já se demonstrou alhures.

Não é de se esquecer que, da mesma forma que o cônjuge

30. ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, ob. cit., pág. 360.

inocente se beneficia com a redução do prazo, o outro fica prejudicado no seu direito de permanecer ausente do lar dentro de um certo período.

A regra da proporcionalidade atende, equitativamente, a ambas as partes.

5.7 O art. 1719 do Código Civil afirma a ilegitimação testamentária passiva da concubina do testador casado.

Enquanto perdurar a sociedade conjugal do seu concubino não pode ser ela nomeada herdeira ou legatária.

O Projeto, no art. 1849, abranda o rigor daquele preceito, admitindo possa o concubino do testador casado ser por ele beneficiado em testamento, desde que esteja este último, sem culpa sua, separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos.

Se o testamento for feito na vigência do Código Civil e a abertura da sucessão se der na vigência do Projeto como lei revogadora, e nesta ocasião estiver o testador, sem culpa sua, separado há mais de cinco anos do seu cônjuge, qual das duas normas deverá definir a legitimação testamentária passiva da concubina?

O Prof. LIMONGI FRANÇA classifica o direito à sucessão testamentária como um direito de aquisição por partes, que se aufere mediante a perfeição autônoma de vários fatos conexos.³¹

Assim é que se distinguem dois momentos na aquisição do direito à sucessão testamentária: o da realização do testamento e o da abertura da sucessão pela morte do testador.

A capacidade e a legitimação para testar devem existir ao tempo da disposição testamentária.³²

Feito o testamento por pessoa capaz e legitimada segundo a lei vigente no momento da sua realização, a incapacidade e a ilegitimação superveniente não podem mais afetá-lo, quer ocorram por força da natureza ou por obra de lei nova modificativa dos preceitos então vigentes.

O Projeto contém norma elucidativa a respeito, que reproduz quase à perfeição o texto do art. 1.628 do Código Civil:

“Art. 1912. A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência de capacidade”.

31. LIMONGI FRANÇA, ob. cit., pág. 473.

32. PONTES DE MIRANDA, Tratado, tomo LVI, 1968, pág. 116.

A legitimação testamentária passiva deve ser averiguada de acordo com a lei vigente no momento da abertura da sucessão.

A pessoa beneficiada em testamento tem simples expectativa de direito.

O art. 1.577 do Código Civil afirma que a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor.

Respondendo à indagação, a legitimação testamentária passiva se definirá pela norma vigente à época da morte do testador e, apesar de impedida a concubina do testador casado de ser herdeira ou legatária na vigência do Código Civil em que se elaborou o ato de disposição, não mais o é segundo a nova lei, vigente à data da abertura da sucessão.

A respeito da matéria existe acórdão do Supremo Tribunal Federal, datado de 4 de janeiro de 1922, proferido por maioria de votos nos embargos de n.º 1.275, tendo sido Relator o Ministro PEDRO MIBIELI, em cuja ementa se lê:

"A lei só tem efeito retroativo quando da sua aplicação resulta infração a direitos adquiridos. Na sucessão "ab intestato" direitos adquiridos só surgem com a abertura dela; antes não existe senão uma simples expectativa de direito. A lei que regula a sucessão é a do tempo em que se constatou a sua abertura". ("in" Revista dos Tribunais, 43/292).

O Prof. REYNALDO PORCHAT expende judiciosas considerações em seu parecer sobre a "Investigação da Paternidade — O Código Civil e a Irretroatividade".³³

5.8 O art. 1.896 do Projeto inclui no rol dos herdeiros necessários o cônjuge, ampliando a enumeração contida no art. 1.721 do Código Civil, que se restringe aos descendentes e ascendentes.

Se o testador sem descendentes e ascendentes dispuser, na vigência do Código Civil, da totalidade de seus bens em favor de um amigo e a abertura da sua sucessão se der na vigência da lei nova em que se converterá o Projeto, poderá o seu cônjuge exigir a redução das disposições à metade, para que se resguarde o quinhão que constitui a legítima.

Embora não fosse o cônjuge herdeiro necessário à data do testamento, passou a sê-lo na data da abertura da sucessão, por força da lei nova.

33. Revista dos Tribunais, 39/418 a 420.

5.9 Por fim, o art. 1.627 do Código Civil não inclui entre os incapazes de testar os pródigos.

Para fazer frente à presunção de capacidade das pessoas, a incapacidade deve resultar de expressa disposição legal.

Apesar de ser-lhe vedada a disposição dos seus bens pela norma do art. 459 do Código Civil, tem-se entendido que aquele preceito se restringe aos atos "inter vivos".

CARLOS MAXIMILIANO bem elucida o assunto:

"Pelo Direito anterior, o pródigo estava inibido de fazer disposições "causa mortis". O Projeto BEVILÁQUA não manteve uma tal velharia, que a ciência moderna repele. Tentaram restabelecê-la, no seio da Comissão Revisora presidida pelo Ministro da Justiça; não prevaleceu o esforço retrógrado. Portanto, hoje, embora interdito o perdulário, pode fazer testamento, salvo na hipótese do desbarato dos haveres constituir um sintoma econômico de grave desordem na mente, como sucede no começo da paralisia geral; nesse caso o incapaz é classificado entre os "loucos de todo o gênero".³⁴

PONTES DE MIRANDA, mais delongadamente, chega à mesma conclusão.³⁵

O Projeto veio consagrar a iniquidade condenada pelos dois eminentes juristas, ao retirar, pela fórmula do art. 1.911, a capacidade testamentária ativa do pródigo.

Por estar ele enquadrado na categoria de incapaz pelo art. 4.º, inciso IV, do Projeto, foi-lhe amputada a faculdade de testar.

Será válida, não obstante, a disposição testamentária feita na vigência do Código Civil, mesmo que a abertura da sucessão se dê no regime da lei nova.

A capacidade de testar rege-se pela lei da data do testamento (arts. 1.628 do Código Civil e 1.912 do Projeto).

34. CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, Freitas Bastos, 5.ª ed., 1964, vol. 1, pág. 37.

35. PONTES, vol. LVI, págs. 128/130.