

# **O direito de testar como expressão da autonomia privada - do Direito romano ao direito brasileiro**

## *Right to test as expression of private autonomy - from roman law to brazilian law*

João Luis NOGUEIRA MATIAS\*

### **I. INTRODUÇÃO**

O direito das sucessões tem por objeto a regulação dos efeitos da morte sobre as relações jurídicas do seu antigo titular, estabelecendo o modo e condições para que outras pessoas o substituam.

A construção das regras de direito sucessório no Brasil foi influenciada pelo direito romano, germânico e canônico, diferentes sistemas que com suas características moldaram a atual regência. Pode-se, entretanto, afirmar que há prevalência das regras do direito romano, em que a liberdade de testar assume papel nuclear.

Assim, o objetivo do presente trabalho é demonstrar que no direito brasileiro, como decorrência da influência do direito romano, é assegurada a liberdade de testar, verdadeira expressão da autonomia privada, o que enseja a auto-regulação da vida social pelos particulares, nos termos da lei.

Inicialmente, será definida a definição de autonomia privada, diferenciando-a da autonomia da vontade. Parte da doutrina reconhece sinonímia entre os termos, mas a expressão autonomia privada será tomada como liberdade de auto-regulação, atendidos os regramentos legais. Na sequência, será analisada a evolução da liberdade de testar no direito ro-

---

\* Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e do Centro Universitário 7 de Setembro. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade de Pernambuco.

mano, apontando as suas principais características. No terceiro e último capítulo, a abordagem será sobre a influência de tais normas no direito brasileiro, com a demonstração de que o direito de testar tem origem no direito romano. Ao final, serão apresentadas as conclusões.

## II. A CARACTERIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

Conforme a lição de Amaral, a autonomia privada não se confunde com a autonomia da vontade, embora a sinonímia tenha grande repercussão na doutrina. Esta tem conotação subjetiva, psicológica, enquanto a primeira define o poder da vontade incidindo no direito objetivo<sup>1</sup>.

Também Martins Costa defende a distinção entre os termos, defendendo que autonomia da vontade designa uma construção ideológica, caracterizando-se como a vontade real ou psicológica dos sujeitos para criar normas jurídicas. Já autonomia privada seria o poder dos particulares de auto-regular os seus interesses, nos limites definidos pela ordem jurídica<sup>2</sup>.

Apesar da clara distinção, parte expressiva da doutrina aponta a semelhança entre os termos autonomia da vontade e autonomia privada, como destaca Romano<sup>3</sup>. O que é confirmado pela doutrina de Ubaldino Miranda, que defende que a autonomia privada, mais do que expressão da liberdade individual, é autodeterminação, auto-regulação dos próprios interesses nas relações sociais<sup>4, 5</sup>.

Para os fins do presente trabalho, toma-se a noção de autonomia privada no sentido mais restrito, ou seja, como a faculdade que a ordem jurídica confere ao indivíduo para a criação de normas vinculantes, de conteúdo negocial<sup>6</sup>. É o sentido proposto por Ferri, que a define pelo seu aspecto de limitação ou autolimitação da ordem estatal, por meio da atividade normativa dos particulares<sup>7</sup>.

A autonomia privada implica no reconhecimento de que aos particulares é assegurado ambiente de atuação jurídica exclusiva, poder de definir

<sup>1</sup> F. AMARAL NETO, *Autonomia Privada. Autonomia Privada - Comentários ao Projeto de Código Civil*, Brasília, Série Cadernos do CEJ, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, núm. 20, 2002, p. 80.

<sup>2</sup> J. MARTINS COSTA, «Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa fé nas relações de consumo», em *A reconstrução do direito privado*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, núm. 611-661, pp. 614/615.

<sup>3</sup> S. ROMANO, *Autonomia Privata*, Milano, Giuffré, 1957.

<sup>4</sup> C. da P. UBALDINO MIRANDA, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, São Paulo, Editora Atlas, 1991.

<sup>5</sup> J. L. N. MATIAS, *Regime jurídico privado e publicização - novo paradigma para a velha dicotomia*, Fortaleza, DIM-CE, 2007.

<sup>6</sup> J. ABREU, *O negócio jurídico e sua teoria geral*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1995, p. 41.

<sup>7</sup> L. FERRI, *La autonomia Privata*, Tradução de Luis SANCHO MENDIZÁBAL, Granada, Editora Comares, 2001.

por si as regras de sua conduta, que pode ser exercido por meio de dois instrumentos jurídicos, o direito subjetivo e a liberdade negocial<sup>8</sup>.

É no âmbito da liberdade negocial que se insere a liberdade de testar. Deve-se lembrar que o testamento nada mais é do que uma modalidade de negócio jurídico.

Assegura-se a liberdade de testar, nos limites estipulados na lei, ou seja, é conferido aos particulares o poder de definir o destino dos bens com a exclusão dos que são regidos por normas de interesse público, como os que compõem a legítima.

A liberdade de testar, como dito, tem origem no direito romano, como se passa a analisar.

### III. O DIREITO DE TESTAR NO DIREITO ROMANO

Como destacam Martinez e Ennes, os direitos de sucessão, ao longo do período romano, eram regidos por institutos exclusivos que revelam a autonomia e originalidade do direito romano, institutos que se transformam ao longo do tempo, com o fim de atender aos reclamos sociais de cada época<sup>9</sup>.

Um aspecto destacado por Martinez e Ennes é que, apesar das mutações, prevalece a constante vinculação das regras de direito sucessório com as funções e estrutura da família, *«esto se hace patente, por ejemplo, comparando el régimen vigente de las épocas anteriores con el de la época clásica respecto a los poderes del pater familias, o analizando los profundos cambios que introdujo el pretor al establecer el sistema de la bonorum possessio, o al constatar la superación del formalismo del ius civile en la última época republicana y el principado»*<sup>10</sup>.

Como exemplo desta vinculação, pode-se apontar que, no período arcaico, a tarefa de continuidade da família, considerada perpetua, era atribuída aos filhos varões. Mulheres e menores são incapazes e os capazes administram os bens em nome de todos, o que se reflete nas regras de sucessão.

O testamento, definido em Ulpiano 20,1, como manifestação de vontade realizada conforme o direito e de maneira solene, para operar efeitos após a morte, é exemplo flagrante da originalidade dos romanos e, como os demais institutos de direito sucessório romano, segue a vinculação antes destacada<sup>11</sup>. O testamento tinha grande importância ao longo de todo

<sup>8</sup> A. PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Lisboa, Livraria Almedina, 1982, página 15.

<sup>9</sup> J. D. MARTÍNEZ e L. R. ENNES, *Instituciones de Derecho privado romano*, 3.ª ed., Madrid, Closas-Orcoyen, 2001, p. 477.

<sup>10</sup> *Cit.*, p. 478.

<sup>11</sup> A. TORRENTE, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, Sociedade Cooperativa Librería General, 2007.

período romano, especialmente para todos aqueles que possuíam bens, seguindo o princípio da *ultima voluntates, supremum iudicium*<sup>12</sup>.

Na visão de Torrent, podem ser apontadas as características do testamento: i) é um *acto iuris civilis*, ou seja, restrito aos cidadãos; ii) é um ato personalíssimo, a vontade somente pode ser expressa pelo testador, sem representante, intermediário ou mandatário; iii) é um ato formal, submetido a requisitos externos e formais, que variam segundo as épocas; iv) é ato unilateral, cuja eficácia decorre da vontade do testador; v) é ato *causa mortis*, somente operando efeitos após a morte do testador e vi) é revogável, ato de última vontade, o testamento posterior sempre revoga o anterior<sup>13</sup>.

Merece destaque que, com a evolução da sociedade romana, a jurisprudência assume um papel central para adaptar as regras sobre sucessão, especialmente novas formas de testamento, criadas pelo Pretor e adaptadas à nova realidade<sup>14</sup>.

Como indica Vieira da Silva, antes da Lei das XII Tábuas, a regra era a herança *ab intestato*, em que aquele que desejava testar devia declarar qual a sua vontade nos comícios, a fim de que ela fosse sancionada pelo povo reunido, que fazia as vezes de Poder Legislativo<sup>15</sup>. Já na Lei das XII Tábuas estava definida a preponderância da sucessão testamentária e a prevalência da vontade do *de cuius*<sup>16</sup>.

Com o encerramento do período arcaico, três princípios podem ser apontados como centrais no direito das sucessões romano: admissão do testamento como ato privado, que permite a plena disposição *causa mortis* dos bens; estabelecimento de limites formais ao testador e aceitação do antigo regime de sucessão legítima.

Nos períodos seguintes de evolução do direito romano a admissão do testamento como ato privado se consagra e se mantém, tendo ocorrido modificações que se centram em aspectos formais ou na capacidade de testar e de ser instituído.

Assim, o testamento sempre foi considerado como ato de última vontade, expressão da autonomia da vontade<sup>17</sup>. As formas de testamento evoluíram e se diversificavam ao longo dos séculos, como destaca Ducos, mas a própria exigência do testamento revela a importância do ato de testar como ato de vontade<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> «Última vontade, decisão suprema», tradução livre.

<sup>13</sup> A. TORRENTE, *cit.*, pp. 622/623.

<sup>14</sup> A. TABOSA, *Direito Romano*, Fortaleza, Editora FA7, 2007.

<sup>15</sup> L. A. VIEIRA DA SILVA, *História interna do direito romano privado até Justiniano*, Brasília, Edições do Senado Federal, 2008, p. 238.

<sup>16</sup> M. DUCOS, *Rome et le droit*, Paris, Librairie Générale Française, 1996, p. 82.

<sup>17</sup> C. M. da S. PEREIRA, *Instituições de Direito Civil - 6.º Volume - Direito das Sucessões*, 21.ª ed. Atualizado por Carlos Roberto BARBOSA MOREIRA, Rio de Janeiro, Forense, 2014. À página 170, o autor defende que a liberdade de testar é corolário do próprio *pater familias*.

<sup>18</sup> M. DUCOS, *cit.*, Paris, Librairie Générale Française, 1996, p. 86: «*Les formes testamentaire ont pué voluer et se diversifier au cours des siècles; mais l'exigence même du testament révèle l'im-*

Entre os limites ao direito de testar, a capacidade para testar (*testamenti factio activa*) e para ser instituído (*testamenti factio passiva*), para ser contemplado em um testamento como *heres* ou *legatarius*, assume papel central<sup>19</sup>.

Como leciona Santos Justo, a capacidade de fazer testamento apresenta um regime particular: não basta ter capacidade negocial, há também um conjunto de restrições determinadas por motivos particulares<sup>20</sup>.

Não podiam testar todos que não tinham o *jus testamenti factionis*, como os peregrinos propriamente ditos (Gaio II, 25); os peregrinos que fossem dados como reféns, cuja herança cabia ao fisco, caso não obtivessem graça para que pudessem fazer testamento (L.11); os peregrinos que fossem súditos, quer eles pudessem testar quer não, conforme o direito privado de suas nações (Ulpiano XX, 14); os que perdessem a *civitas*, ou pela *interdictio a quae et ignis* ou pela *deportatio in insulam veloasin* (L.8); os libertos que pela Lex Aelia Sentia só eram *dediticii* (Gaio I, 25; Ulpiano XX, 14); os escravos (D. 28,1); os *servi poenae*, condenados à morte a pelejarem com feras (L. 8; D. 28,3), o que foi revogado por Justiniano; os furiosos, que não fizessem testamento nos intervalos lúcidos (Ulpiano XX, 13); os Pródigos (D. 28,1); os surdos mudos de nascimento (L. 10. C); os doentes que não se fizessem compreender (L. 29. C); os menores (L. 5 D; Gaio, II, 103 e Ulpiano, XX, 12).

Como regra, o testador deveria ter a plena capacidade no momento em que testava e deveria mantê-la, de forma ininterrupta, até a morte.

Não podiam ser instituídos, por exemplo, o escravo, com menos de 30 anos (Gaio II, 276); pessoas incertas (Gaio II, 238); Pessoas jurídicas em certo tempo não podiam, mas a Cidade de Roma, na República, foi instituída com frequência, assim também os Templos que tivessem capacidade Após Constantino, as Igrejas Cristãs tiveram capacidade (L. 1C).

A Lex Julia (757) e a Papia Poppaea (762) introduziram muitas causas de incapacidade, os não casados e os que não tinham filhos orbi (Ulpiano XVI, 1).

As mulheres, na antiguidade, tinham a capacidade plena de suceder. A Lex Voconia (169, AC) proibiu que fossem instituídas por homens de primeira classe no censo, ou seja, pelos que tinham patrimônio superior a cem mil sestércios.

Podiam nomear herdeiros e dispor dos próprios bens mediante um testamento aquele que era cidadão romano e que tivesse capacidade. Assim, estavam afastados os estrangeiros, os impúberes, os dementes e pródigos<sup>21</sup>.

---

*portance que revêt, dans la mentalité romaine, cet acte de dernière volonté. Il ne suffit pas outefois de respecter un rituel; pour que le testament acquière sa pleine validité, il convient également de respecter de nombreuses conditions de forme».*

<sup>19</sup> A. SANTOS JUSTO, *Breviário de direito privado romano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

<sup>20</sup> *Cit.*, p. 488.

<sup>21</sup> E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, La Sapienza, Editrice, 1986.

Inegável a forte influência das normas de direito romano em diversos sistemas jurídicos, entre os quais o brasileiro, como se verá.

#### IV. O DIREITO DE TESTAR NO DIREITO BRASILEIRO

O direito das sucessões brasileiro foi fortemente influenciado pelo direito romano, principalmente pelo direito clássico e pós-clássico, em que a sucessão testamentária assumia feição nitidamente individualista, mas também recebeu contribuições do direito germânico e canônico, ambos com caráter menos individualizado, tendendo a um espírito comunitário em que havia menos espaço para a autonomia privada<sup>22</sup>.

Como destaca Junqueira, ao longo da evolução do direito das sucessões no Brasil deu-se um processo constante de embates entre as influências romanísticas e do direito germânico, ou seja, entre a maior liberdade assegurada aos particulares e a uma regulação mais centrada no coletivo. Aponta o autor, para exemplificar o conflito, que à liberdade de testar (autonomia da vontade) opõe-se à *legítima* dos herdeiros necessários (proteção à família); à ideia de função econômica, que justificaria a sucessão pela continuidade da *unidade* dos bens, apresenta-se, em contrário, a regra da *partilha*, que impõe divisão; e, principalmente, ao *herdeiro*, muitas vezes visto como continuador do *de cuius*, apresenta-se o *legatário*, mero recebedor de bens<sup>23</sup>.

De fato, o contraste de posições é evidente, a demonstrar a múltipla influência de sistemas na criação das regras de direito sucessório. Contudo, é flagrante a prevalência do direito romano.

Assim, a liberdade de testar é *amplamente aceita* no direito brasileiro, sendo exercida nos moldes definidos na legislação, recaindo a liberdade sobre a disposição de bens e sobre a escolha de sucessores<sup>24</sup>.

Pode-se conceituar a sucessão testamentária como aquela cuja devolução dos bens se regula, no todo ou em parte, conforme a vontade de defunto, expressa em ato jurídico<sup>25</sup>. O ato jurídico é o testamento, conforme já previsto na tradição romana. É expressão da vontade, fundado na lei, a cujos limites deve estar restrito.

Nas Ordenações Filipinas, especificamente no Livro 4, Título 97, patente era a influência das regras romanas sobre as disposições testamentárias, o que também é patente nas Ordenações Manuelinas e Filipinas.

---

<sup>22</sup> E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, Cedam, 1971.

<sup>23</sup> A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, «O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família, herdeiro e legatário», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 95, 2000, pp. 273-284.

<sup>24</sup> P. NADER, *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*, vol. 6, 5.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, p. 211.

<sup>25</sup> O. GOMES, *Sucessões*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1986, p. 91.

O Código Civil de 1916 modernizou o instituto, adaptando aos novos tempos e estabelecendo a sintonia entre o direito brasileiro e diversos ordenamentos estrangeiros<sup>26</sup>, ainda preservada a influência do direito romano. No atual Código, deu-se a adequação das normas à Constituição de 1988.

Trata-se o testamento de negócio jurídico de caráter pessoal, unilateral, gratuito, formal, de última vontade e revogável. Negócio pessoal porque não pode ser feito por representante. Unilateral porque não depende de outra pessoa mas apenas da vontade do testador. Gratuito porque não se vincula a qualquer contrapartida. É formal porque pressupõe solenidades previstas em lei. É *causa mortis* por operar efeitos após a morte do testador. É revogável porque até a morte pode ser modificado.

Tratando-se o testamento de modalidade de negócio jurídico, são pressupostos da sucessão testamentária a pessoa capaz para dispor dos seus bens; a pessoa capaz para recebê-los; a declaração de vontade na forma da lei e a observância dos limites de dispor.

*É certo que a lei vigente na data do testamento regula a capacidade do testador e a forma extrínseca do testamento. Pode testar aquele que tiver 16 anos e que, no ato de testar, esteja em pleno discernimento.*

No direito romano, de regra, a capacidade deveria existir no momento em que era feito o testamento e permanecer ininterrupta até a morte. No direito brasileiro, na forma do artigo 1.861, do Código Civil, a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade<sup>27</sup>.

Já a capacidade para ser testado, ou seja, para adquirir por testamento, é regulada pela lei do momento da abertura da sucessão<sup>28</sup>. Assim, se faltava capacidade na data da elaboração mas não da morte, pode adquirir, o que não é permitido se se incapacitar na data do óbito. Na hipótese de testamento condicional, a capacidade deve ser aferida ao tempo do implemento da condição.

Podem ser testadas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, assim como os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; as pessoas jurídicas e as pessoas físicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação, na forma dos artigos 1.798 e 1.799, do Código Civil. Não se admite testamento a favor de coisas e animais.

No que se refere ao conteúdo, não é possível incluir a legítima dos herdeiros no testamento. No direito anterior ao Código Civil de 1916, so-

<sup>26</sup> P. NADER, *cit.*, p. 215.

<sup>27</sup> «Art. 1.861. A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade».

<sup>28</sup> C. M. da S. PEREIRA, *Instituições de Direito Civil - 6.º Volume - Direito das Sucessões*, 21.ª ed. Atualizado por Carlos Roberto BARBOSA MOREIRA, Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 171.

mente era possível testar sobre um terço dos bens. Com o Código, passou a vigorar a regra de metade dos bens, mantida no Código Civil de 2002<sup>29</sup>. Deve ser lembrado, contudo, que nos termos do artigo 1.848, do Código Civil, admite-se a imposição de gravames de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sobre bens da legítima, por meio de cláusula de testamentária<sup>30</sup>.

São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Nos termos do artigo 1.900, do Código Civil, é nula a disposição que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro; que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar; que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro; que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado; que favoreça a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; as testemunhas do testamento; o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento; em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa<sup>31</sup>.

Não há restrição quanto ao número de herdeiros instituídos<sup>32</sup>.

Sobre as formas, as normas testamentárias se revestem de caráter público, escapando à liberdade de testar crescer ou modificar o que por lei é definido. Compete ao testador eleger uma entre as formas dispostas na legislação, não sendo possível a escolha de modelo não previsto no Código Civil.

Os testamentos podem ser ordinários (público, cerrado e particular) ou especiais (marítimo, aeronáutico e militar), atendendo à situação peculiar de cada disponente. Uma vez realizada a escolha, devem ser cumpridos os requisitos estipulados na legislação, sob pena de nulidade do ato.

<sup>29</sup> C. M. da S. PEREIRA, *cit.*, p. 171.

<sup>30</sup> P. NADER, *Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões*, vol. 6, 5.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 222.

<sup>31</sup> «Art. 1.900. É nula a disposição:

I. Que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;

II. Que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;

III. Que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;

IV. Que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;

V. Que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802».

<sup>32</sup> S. de S. VENOSA, *Direito Civil - Direito das Sucessões*, 14.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Atlas, 2014, p. 260.



## V. CONCLUSÃO

Após a exposição, podem ser apontadas as seguintes conclusões:

1. Autonomia privada pode ser conceituada como o poder assegurado aos particulares de auto-regulação da vida privada, nos termos da legislação.
2. O direito sucessório brasileiro foi influenciado pelo direito romano, germânico e canônico, entretanto a prevalência é do direito romano.
3. No direito romano, havia forte relação entre as regras de direito de família e de sucessões, com ampla repercussão na autonomia de testar.
4. A liberdade de testar era assegurada no direito romano, nos termos da lei, cujos parâmetros centravam-se em aspectos formais e na capacidade de testar e de ser testado.
5. No direito brasileiro prevalece a mesma regra, a liberdade de testar, submetida aos limites legais. Muitas das regras têm origem no direito romano, mas foram adaptadas às *peculiaridades da vida contemporânea e da cultura nacional*.

