

# PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO – TESTAMENTO

---

*Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2/11 – Sucessão e transmissão da herança; 12/13 – Tipos de testamento; 14/29 – Cláusulas tradicionais e disposições testamentárias; 30/32 – Considerações tributárias; 33/34 – Considerações finais; Bibliografia.

1- Este artigo decorre de anotações para aulas e se destina a jovens advogados, aos quais busca incentivar o estudo do planejamento vis a vis vantagens tanto do Direito das Sucessões quanto do Direito Tributário. Daí seu caráter despojado, sem citações.

2- Cumpre esclarecer, primeiramente, que a sucessão, quanto à sua fonte, pode ser: a) testamentária (quando resulta de testamento ou disposição de última vontade); ou b) legítima (quando decorre da lei).

3- Se o falecido não deixa testamento, a herança é transmitida aos herdeiros legítimos; se há testamento, será observada a vontade do testador, atribuindo-se a herança às pessoas que ele indicar, podendo dispor de metade daquela na hipótese de existirem herdeiros necessários.

4- Aos herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), quais sejam, aqueles que não podem ser afastados da herança quando não excluídos nem deserdados, é assegurada a legítima, ou seja, a porção da herança de que o testador não pode dispor<sup>1</sup>, conforme mencionado no item precedente. Salienta-se que, de acordo com o artigo 1829 do novo Código Civil, o cônjuge sobrevivente é também herdeiro necessário, concorrendo com os ascendentes e descendentes, não sendo mais excluído por essa cláusula.

5- Para suceder, é necessário que o herdeiro esteja vivo por ocasião do falecimento do “de cujus”, seja capaz e não indigno. Ressalte-se que a incapacidade sucessória não se confunde com a civil, constituindo aquela impedimento legal para receber a herança, determinada no momento em que se abre a sucessão.

6- O novo Código Civil, em seu artigo 1814, enumera taxativamente os que não podem suceder, quais sejam os indignos:

---

\* Professor Titular de Direito Civil I e Diretor da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Doutor pela Universidade Complutense de Madrid. Advogado.

<sup>1</sup> Vide item 27, infra, para maiores esclarecimentos sobre disponível e legítima.

a) os que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

b) os que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; e

c) os que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

7- Dessa forma, do sucessor em geral requer-se que tenha personalidade e que se legitime pela dignidade. O requisito da personalidade concerne à existência da pessoa do sucessor ao tempo da abertura da sucessão e o da dignidade já aclarado no item “6” supra.

8- O novo Código Civil, em seu artigo 1859, estipula um prazo decadencial de 5 anos para que seja impugnada a validade do testamento a contar da data de seu registro. Igualmente, o mesmo Código, no artigo 1863, veda o testamento conjunto de marido e mulher.

9- Falecendo o autor da herança sem testamento, ou se este for julgado nulo, a lei intervém indicando as pessoas que receberão a herança, na seguinte ordem (art. 1829):

a) os descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens,<sup>2</sup> ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

b) os ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

c) o cônjuge sobrevivente (cônjuge supérstite); e

d) os colaterais.

10- Não se deve confundir a meação do cônjuge supérstite com o direito à herança; aquela resulta do regime da comunhão de bens (se for o caso) e termina com a morte, independentemente do direito sucessório.

11- Por outro lado, a vontade do falecido pode constituir a causa necessária e suficiente da sucessão, apresentando-se assim, a sucessão testamentária, a qual se distingue da sucessão legítima, uma vez que, nesta última não existe a vontade do “de cujus” (o testador), operando-se a transmissão do patrimônio exclusivamente por força da lei.

---

<sup>2</sup> “Art. 1641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

...

II – da pessoa maior de sessenta anos”.

12- O novo Código Civil (artigo 1862), admite três tipos de testamentos ordinários:

a) Testamento Público: é aquele feito perante tabelião e qualquer pessoa poderá tomar conhecimento de seus termos. Em verdade, se se souber o tabelionato no qual foi realizado o testamento, poder-se-á vê-lo mas, a pesquisa de testamentos públicos no Colégio Notarial para averiguar se determinada pessoa testou é feita mediante procuração do testador, apresentação de sua certidão de óbito ou autorização judicial.

b) Testamento Cerrado: é aquele escrito e assinado pelo testador que, uma vez pronto, o entrega a um tabelião. Este, a seu turno, perante duas testemunhas, indaga ao testador se o instrumento entregue é o seu testamento e se quer que seja aprovado. Inicia então o auto de aprovação que, concluído, será lido e assinado por todos os presentes, devendo, ao final, ser cerrado e cosido pelo tabelião que o devolverá ao testador ou o conservará depositado em seu cartório, mediante a entrega do respectivo recibo.

c) Testamento Particular: é aquele escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico e assinado pelo testador, que o lerá diante de três testemunhas que também assinarão o instrumento.

13- Peculiaridade de nosso Direito é a possibilidade de se clausular os bens, mediante disposição testamentária, com inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade e indivisibilidade.

14- Define-se, a seguir, as cláusulas tradicionais que constam da lei, importando resumir o significado de cada uma delas, salientando que com o novo Código Civil não pode mais o testador, salvo se houver justa causa declarada, prescrever tais restrições sobre os bens que compõem a legítima dos herdeiros necessários:

a) Inalienabilidade: é a cláusula pela qual se proíbe aos herdeiros venderem os bens, podendo ser temporária ou vitalícia.

b) Incomunicabilidade: é a cláusula mediante a qual se determina que a herança não entrará na comunhão, em virtude do casamento, qualquer que seja o regime de bens convencionado.

c) Impenhorabilidade: é a cláusula com a qual se impede a constituição de dívidas lastreadas no patrimônio herdado<sup>3</sup>.

d) Indivisibilidade: é a cláusula que visa a manter o patrimônio intacto, impedindo sua divisão. Naturalmente, esta cláusula pode abarcar tanto bens móveis quanto

---

<sup>3</sup> Esta cláusula evita que se faça empréstimo hipotecário ou impede que, em uma ação judicial, a penhora recaia sobre bem clausulado, não elidindo, todavia, a execução de ônus tributário do devedor.

imóveis, a exemplo das anteriores, e pode se referir a certos bens ou a todos eles, temporária ou vitaliciamente<sup>4</sup>.

A cláusula de inalienabilidade implica impenhorabilidade e incomunicabilidade conforme artigo 1911 do Código.

15- A cláusula de incomunicabilidade acarretará a não comunicação dos bens assim herdados com o futuro cônjuge dos herdeiros, mesmo na eventual existência de pacto antenupcial que estabeleça o regime de comunhão de bens. Na verdade, as supramencionadas cláusulas, conforme o item “14” supra, destinam-se precisamente a resguardar o patrimônio de pessoas casadas sob o supracitado regime de bens.

16- Complementando o resumo do texto legal concernente ao direito sucessório e, em especial às disposições de última vontade, esclarece-se que o testamento posterior revoga o anterior, total ou parcialmente, convindo existir naquela cláusula que indique, expressamente, quais as disposições que permanecerão válidas pois, na inexistência desta, o testamento anterior persistirá em tudo quanto não for contrário ao posterior. Ademais, convém frisar que, quando a cláusula testamentária ensejar dúvidas de interpretação, prevalecerá aquela que melhor assegure a vontade do testador.

17- É aconselhável clausular os bens tão-somente com a incomunicabilidade vitalícia extensiva aos frutos e rendimentos, sendo esta cláusula a mais apropriada para os dias atuais, uma vez que, prescrevendo-se a incomunicabilidade dos bens, excluindo-os da comunhão, impedir-se-á que se comuniquem ao cônjuge do herdeiro necessário, e passando apenas este a ter a propriedade exclusiva dos bens herdados, evitando-se, por exemplo, que com a dissolução da sociedade conjugal, tais bens sejam divididos com o consorte.

18- Recomenda-se que um novo testamento seja feito por aqueles que já possuem um testamento cuja escritura foi lavrada na vigência do Código Civil anterior, a fim de adequá-lo às novas determinações legais e evitar a ocorrência de questionamentos futuros, caso haja colisão entre as disposições do antigo testamento e as normas do novo Código Civil.

19- É oportuno alertar ao fato que, por ocasião da formalização do testamento, será conveniente nomear uma ou mais pessoas de confiança para exercer(em) o cargo de testamenteiro(s) que, em conjunto ou separadamente, deverá(ão) dar cumprimento às disposições de última vontade.

20- Assim, escolhido um tipo de testamento, é fundamental não só observar a forma prescrita em lei, pois sua não obediência acarretará a nulidade do testamento, como também atender aos demais requisitos legais, eis que sua transgressão implicará em um ajustamento do excesso ao permissivo legal.

---

<sup>4</sup> A indivisibilidade não é cláusula tradicional de nosso Direito, mas consta do artigo 87 do novo Código Civil, a contrário senso, e do artigo 88, por vontade das partes.

21- Ainda de acordo com o disposto no artigo 1630 do novo Código Civil, os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar. Este, por seu turno, consiste em um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens do(s) filho(s) não emancipado(s). Assim, compete aos pais dirigir a sua criação educação, conceder-lhe(s) ou negar-lhe(s) consentimento para casar(em), tê-lo(s) em sua companhia, representá-lo(s) até os 16 (dezesesseis) anos, em todos os atos da vida civil e assisti-lo(s) após essa idade em atos em que for(em) parte(s), suprindo-lhe(s) o consentimento, bem como cuidar da administração de seus bens.

22- O artigo 1689 do novo Código Civil dispõe que o “pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I – são usufrutuários dos bens dos filhos; II – têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”, consistindo, portanto, um direito irrenunciável em razão de imposição legal. O direito de usufruto está, em regra, associado ao de administração, embora seja possível existir um ou outro. Por último, há, também, bens excluídos tanto do usufruto como da administração familiar, entre os quais se incluem os bens deixados ou doados ao filho, sob condição de não serem usufruídos ou administrados pelos pais (artigo 1693, inciso III), como ocorre no caso de pais separados que testam bens aos filho com a condição de que não sejam administrados pelo genitor sobrevivente.

23- Logo, em princípio, o pai e a mãe são as pessoas competentes para administrar os bens dos herdeiros menores (conforme o artigo 1689 do novo Código Civil). Ocorre, no entanto que, como já visto, pode ser excluído da administração dos bens dos herdeiros menores o pai ou a mãe pois, a doutrina moderna entende que, prioritariamente aos direitos dos pais, sobrepeem-se os direitos dos filhos.

24- Assim, o testador poderá nomear um ou mais administradores para gerir e administrar os bens dos herdeiros menores, excluindo expressamente o pai ou a mãe, não tendo este(a) qualquer direito ao usufruto de tais bens.

25- Tal nomeação deverá estar expressa no testamento público e conterá o nome, qualificação e demais especificações com a relação aos poderes do(s) administrador(es) dos bens do(s) menor(es), o(s) qual(is), em tal ato, comprometer-se-á(ão) a administrá-lo até sua maioridade.

26- Ante o exposto, recomenda-se testar publicamente por razões de garantia, evitando problemas que podem ocorrer tanto no testamento cerrado quanto no particular, mormente neste. Pode-se, também, testar em tabelionato de comarca de outro Estado, para evitar que as disposições de última vontade sejam conhecidas por terceiros<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Nesta circunstância, pode-se esclarecer no testamento público que o fato de fazê-lo em outro Estado é, dentro do possível, manter desconhecidas de terceiros suas disposições de última vontade, resguardando a paz pessoal e familiar, ficando os testamentários cientes e com cópias do testamento.

27- Resumindo: o patrimônio (100%) é do casal no regime de comunhão de bens, sendo 50% do marido e 50% da esposa. Dos 50% de cada um, a metade, ou 25% do patrimônio, é a legítima dos herdeiros necessários e a outra metade, ou 25% do patrimônio, é o disponível, parte passível do testador dispor em testamento como lhe aprouver. Se o regime de bens for da comunhão parcial, nesse caso a parte do testador é 50% daqueles amealhados na constância do casamento e 100% dos bens que lhe pertencem exclusivamente. A isto se aplicará a legítima e o disponível para efeito de testamento.

28- Face às regras do novo Código Civil, com o cônjuge sendo herdeiro necessário (vide item 9, supra), recorda-se que se o casamento houver sido realizado no regime da separação de bens (em decorrência da lei, pelo fato do marido/esposa ser maior de 60 anos na época da convalidação das núpcias)<sup>6</sup>, poder-se-á dispor em testamento a totalidade dos bens que possuir, não existindo razão legal para observar o disponível e resguardar a legítima, naturalmente, desde que não haja herdeiros necessários.

29- Portanto, verifica-se a importância da realização de um testamento, não apenas como ato de disposição de última vontade mas, principalmente, como meio dos pais precaverem o futuro dos filhos/netos, evitando dissipação do patrimônio.

30- Todavia, o testamento não se resume em precaução da preservação patrimonial mas, existem razões de ordem tributária. É sabido que o lucro na venda de um bem imóvel é tributado pelo Imposto de Renda à alíquota de 15%, a título de ganho de capital. A transmissão hereditária (legítima ou testamentária) é tributada à alíquota de 4%, incidente sobre o patrimônio líquido do falecido (valor dos bens menos as dívidas).

31- Ora, as duas afirmações do item anterior demonstram a necessidade do planejamento pois, um casal que necessite ajudar um filho em dificuldade econômico – financeira, ao invés de alienar um bem imóvel, pagando o Imposto de Renda sobre o ganho de capital, poderá doá-lo ao filho em adiantamento de legítima, pagar o Imposto sobre Transmissão Causa-Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (“ITCMD”)<sup>7</sup> sobre o valor de mercado do bem (a obrigação de pagar é do donatário, o sujeito passivo do imposto) e permitir ao filho aliená-lo pelo valor atribuído, com isenção do Imposto de Renda por inexistência de lucro, economizando a diferença (11%).

32- Depois, para evitar problemas eventuais com os demais filhos, o casal poderá acertar tudo no testamento (o ato de doação é anterior e independe da existência de

---

<sup>6</sup> Atenção, convém não confundir o regime de separação de bens adotado pelos cônjuges em pacto ante-nupcial (arts. 1687 e 1688) e regime da separação legal de bens do artigo 1641, mormente seu inciso II. No primeiro caso, o da separação voluntária de bens, o cônjuge é herdeiro necessário conforme artigo 1.829, I do novo Código Civil. No segundo caso, separação legal obrigatória por um ou ambos os cônjuges terem, ao se casar, mais de 60 anos, o cônjuge não é considerado herdeiro necessário. É necessário atentar à situação específica do caso para não se compreender mal a reservação deste item 28.

<sup>7</sup> No Estado de São Paulo, o ITCMD criado pela Lei nº 10.705, 28.12.2000, está regulamentado pelo Decreto nº 45.837, de 04.06.2001, e tem suas obrigações acessórias e procedimentos administrativos disciplinados pela Portaria CAT/SF nº 72, de 04.09.2001, expedida pelo Coordenador da Administração Tributária.

testamento), dispendo sobre a doação em adiantamento de legítima que sairá do disponível de um ou ambos os cônjuges. Afinal, Rui Barbosa já dizia que “a verdadeira igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam”. A lei não leva em conta essa observação que só será factível, “in casu”, pela realização de doação ou de um testamento.

33- Logo, o planejamento sucessório é importante e o testamento é uma das formas de se fazê-lo e, por óbvio, não se pode esquecer a parte tributária para que este seja, efetivamente, completo. Daí o incentivo ao estudo do planejamento sucessório.

34- O objetivo deste artigo é mostrar aos jovens advogados que, em conhecendo a lei e sabendo interpretá-la, é possível orientar aos clientes sobre os problemas consultados, independentemente de grandes indagações jurídicas que, em surgindo, ficarão para decisão dos mais doutos. Razão tem Eduardo Couture quando, em seu conhecido *Decálogo dos Advogados*, plasma: “O direito se aprende estudando; porém, se exerce pensando” (1º e 2º mandamentos).

## Bibliografia

AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Anotado e Legislação Complementar* – São Paulo, Ed. Atlas, 2004.

BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito Civil*. V.6, Direito das sucessões. São Paulo, Ed. Saraiva, 2003, 35ª ed. revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2002, 8ª ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V.6, Direito das sucessões. São Paulo. Ed. Saraiva, 2002, 16ª ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil.

FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2002, 1ª ed.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2005, 3ª ed. PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. V.6, Direito das Sucessões. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, 15ª ed.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. V.7, Direito das Sucessões. São Paulo. Ed. Saraiva, 2002, 25ª ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. V.7. Direito das Sucessões. São Paulo, Ed. Atlas, 2006, 6ª ed.

