

Doação com encargo: ITCMD ou ITBI?

Kiyoshi Harada*

Doação é um contrato pelo qual uma pessoa – o doador – por liberalidade condicionada, ou não, e com a concordância de outra – o donatário – transfere-lhe bens ou vantagens de seu patrimônio.

Quando se tratar de doação pura ou incondicionada nenhuma dúvida paira quanto a incidência do ITCMD. Entretanto, surge a dúvida em se tratando de doação com encargo. No caso, incide o ITCMD ou o ITBI?

Algumas leis estaduais incluem expressamente a doação com encargo no âmbito de incidência do ITCMD. É o caso da lei do Estado de São Paulo, Lei nº 10.705/2000 que no § 3º, do art. 2º incluiu a doação com encargo no campo de abrangência do fato gerador do ITCMD. É claro que esse fato, por si só, não significa que a competência impositiva estadual, no caso, é indiscutível.

Por outro lado, existem inúmeras leis municipais de diferentes Municípios autorizando o Executivo a doar terrenos com encargos (para construção de creches, de conjuntos habitacionais etc.), com a dispensa do ITBI, o que dá a entender que esse tipo de doação estaria abrangida pelo fato gerador do ITBI.

Não há posicionamento doutrinário definitivo a respeito. Mauro Luis Rocha Lopes entende que na doação com encargo somente incidirá o ITBI se o ônus atinente ao encargo for proporcional ao valor do bem transmitido, caso em que o contrato respectivo será bilateral e oneroso¹.

No nosso entender na doação com encargo haverá apenas incidência do ITCMD, porque o caráter de liberalidade permanece ainda que de forma restritiva. O certo é que no caso de doação de terreno com a condição de construir uma creche, por exemplo, o donatário adquire a

¹ *Direito tributário brasileiro*. Niterói: Impetus, 2009, p. 324.

propriedade do terreno de forma gratuita. A edificação é fator que vem acrescer o valor do patrimônio transferido pelo doador.

SP, 22-1-10.

* Jurista e sócio fundador do escritório Harada Advogados Associados.

Site: www.haradaadvogados.com.br

E-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br