

A Responsabilidade Tributária por Sucessão nas Operações de *Drop Down*

Tax Liability for Succession in Drop Down Transactions

Cristiano Luzes

Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFPE. Advogado.

E-mail: cristianoluzes@gmail.com.

Gabriel Moreira

Pós-graduado em Direito Tributário pelo IBET. Advogado.

E-mail: gabriel.moreira@serur.com.br.

<https://doi.org/10.46801/2595-6280.57.27.2024.2608>

Resumo

Nas operações de *drop down* ocorre a transferência do patrimônio, ou parte deste, para uma sociedade existente ou criada especificamente para recebê-lo. Geralmente, os ativos objeto da operação são os necessários ao desempenho das atividades operacionais da sociedade que realiza a transferência. A operação é implementada por meio da integralização dos bens no capital social da entidade receptora. As semelhanças desta operação com a cisão e alienação de fundo de comércio suscitam dúvidas acerca da aplicação das hipóteses de responsabilidade tributária previstas nos arts. 132 e 133 do CTN, respectivamente, também para este negócio jurídico. Com base na teoria dualista da relação obrigacional, em que a responsabilidade tributária funciona como garantia, será demonstrado que esta operação não se confunde com aquelas previstas no CTN e não pode, portanto, servir de base para imputação da sujeição passiva à sociedade que tem o seu capital integralizado.

Palavras-chave: *drop down*, responsabilidade tributária, cisão, fundo de comércio.

Abstract

In drop down transactions, the transfer of assets, or part thereof, occurs to an existing company or one specifically created to receive them. Typically, the assets involved in the transaction are necessary for the operational activities of the transferring company. The transaction is implemented through the contribution of assets to the share capital of the receiving entity. The similarities between this transaction and spin-offs and the sale of business assets raise questions about the applicability of the tax liability provisions set forth in Articles 132 and 133 of the Brazilian National Tax Code (CTN) to this type of legal arrangement. Based on the dualist theory of obligations, where tax liability serves as a guarantee, it will be demonstrated that this transaction is distinct from those provided for in the CTN and, therefore, cannot serve as a

basis for imposing tax liability on the company whose capital is being contributed.

Keywords: drop down, tax liability, spin-off, business assets.

1. Introdução

A crise do sistema feudal viabilizou mudanças significativa nos âmbitos político e econômico durante os séculos XI e XII. O ressurgimento do comércio dá espaço ao protagonismo da nova classe de mercadores e permite sua interferência não apenas no âmbito econômico, mas também jurídico. São constituídas as corporações, autorizadas pelo Poder Público e que, por meio de suas próprias estruturas políticas, assumem função dirigente. Como consequência, torna-se necessária a edição de normas específicas. Surge, então, o direito comercial, com o objetivo de conquistar segurança e agilidade nas transações comerciais, ao mesmo tempo que traz maior flexibilidade. O excesso de formalismo e a oposição à usura, características marcantes do direito cível e canônico da época, representavam obstáculos à implementação dos objetivos dos mercadores. Seria preciso então substituir o direito comum nas relações negociais, porque suas práticas enrijeciam as relações comerciais. Essa substituição do *ius civile* por uma nova regulamentação, o *ius mercatorum*, deu origem ao direito comercial, em caráter de exceção¹.

No direito civil contemporâneo, esse mesmo espírito foi incorporado, com várias disposições relativas ao direito comercial e que reconhecem a dinamicidade inerente ao mundo dos negócios. A impossibilidade de prever todos os arranjos possíveis em uma economia de mercado, sempre em mudança, exige autorizações como a prevista no art. 425, segundo o qual é lícito às partes estipular contratos atípicos².

A operação denominada *drop down*, objeto deste artigo, é um exemplo dessa flexibilidade inerente ao direito comercial, bem como ao direito societário. O *drop down* não possui regulamentação específica na legislação, o que não a torna ilegal. A ausência de previsão expressa implica comparações inevitáveis com figuras jurídicas bastante conhecidas, como a cisão. Parte da doutrina a classifica como “cisão branca”, ou cisão *holding*. Este último nome justifica-se por ser comum, no *drop down*, que a sociedade original reparta seu patrimônio e o destine para uma sociedade constituída para esse fim, permanecendo como sociedade *holding*, sem exercer *diretamente* as atividades operacionais³.

¹ PEREIRA, Fábio Queiroz. As origens do direito comercial e a sua formação enquanto espaço de exceção. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 65, p. 206-207, jul./dez. 2014.

² “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

³ BORBA, José Tavares. *Direito societário*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 507-507.

A operação foi inteligentemente traduzida por Tepedino⁴ como *trespasse de estabelecimento para subsidiária integral*. Na operação, a sociedade conferente verte, a título de integralização no capital de uma subsidiária, todo o seu estabelecimento ou alguns de seus estabelecimentos relevantes para o desempenho da atividade transferida, com o recebimento, em contrapartida, das ações ou quotas representativas do capital social da receptora. A similaridade com a cisão é percebida através dos seus resultados práticos: em ambas as operações o patrimônio, ou parte dele, é transferido de uma pessoa jurídica para outra. Assim, em determinados casos, as finalidades desejadas pelos particulares *poderão* ser alcançadas tanto pela cisão quanto pelo *drop down*.

Mas há diferenças significativas em diversos outros aspectos dessas operações, e a compreensão dessas distinções é especialmente relevante para o direito tributário.

O presente artigo analisará as implicações em termos de responsabilidade tributária na hipótese em que a sociedade é criada especificamente para o fim de receber o estabelecimento empresarial, ou se anterior à operação, possuía capital e patrimônios meramente simbólicos.

O art. 132 do CTN prevê a responsabilidade tributária da sociedade sucessora, que assume os direitos e obrigações da sociedade extinta, como resultado de fusão, transformação, incorporação ou cisão⁵. A cisão não consta no referido dispositivo, ausência justificada pelo fato de que a figura jurídica somente veio a ser inserida pela Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, em momento posterior à edição do CTN, em 25 de outubro de 1966. Apesar disso, não há dúvidas acerca da aplicação da responsabilidade tributária por sucessão aos casos de cisão⁶. Assim, em virtude do que dispõe o art. 132, cabe a questão sobre se o *drop down*

⁴ TEPEDINO, Ricardo. O *trespasse* para subsidiária (*drop down*). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 64-65.

⁵ “Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.”

⁶ STJ, REsp n. 852.972/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki: “[...] Com efeito, a cisão não consta nesse rol de operações que importam responsabilidade dos sucessores. Tal omissão se explica, no entanto, conforme consignado no aresto recorrido, pelo fato de que, quando editado o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), não haver previsão na legislação comercial para a operação de cisão, o que somente veio a ocorrer com a Lei 6.404/76. Inobstante, não há dúvida de que a norma do CTN incide também na hipótese, porquanto a cisão opera o efeito de sucessão de empresas, eis que há continuidade da atividade da pessoa jurídica primeva pela sociedade dela resultante. Assim, embora não conste de seu rol o instituto da cisão, é certo que também se trata de modalidade de ‘mutação empresarial’, razão pela qual deve receber o mesmo tratamento jurídico dado às demais espécies de sucessão [...]”.

atribui à sociedade que recebe os ativos da sociedade originária a responsabilidade tributária pelos débitos desta, por similaridade à cisão.

A atribuição da responsabilidade tributária poderá, ainda, ser imputada com fundamento no art. 133, também do CTN, que trata da aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, por sociedade que opta por continuar a exploração do negócio, ainda que por meio de outra razão social. A responsabilidade será integral, se o alienante cessar a exploração do negócio, ou subsidiária, na hipótese de o vendedor continuar a desempenhar a atividade, ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da transferência, nova atividade no mesmo ou em outro ramo⁷. Neste caso, a inclusão do *drop down* entre as hipóteses de aplicação do art. 133 do CTN passa pela análise sobre se ativos recebidos são necessários à exploração econômica da atividade.

Conforme será demonstrado nos tópicos seguintes, o *drop down*, apesar das semelhanças com a cisão, ao ponto de ser identificada como uma alternativa à própria cisão, não é hipótese de sucessão e não autoriza, logo, a aplicação do art. 132. De outro lado, tampouco representa a *alienação* de fundo de comércio, apta a viabilizar a incidência do art. 133 do CTN.

No tópico seguinte será demonstrado, a partir da tese da dualidade da obrigação, que a responsabilidade possui função de *garantia*, desnecessária, todavia, no caso do *drop down*, como ficará claro no tópico relativo aos aspectos societários e contábeis desta operação, bem como da sua comparação com os institutos da cisão e da alienação de fundo de comércio.

2. A dualidade da obrigação tributária. A responsabilidade como função de garantia

Toda relação obrigacional é composta de três elementos: o subjetivo, formado pelas partes contratantes, o objetivo, relativo à prestação devida, e, por último, o imaterial, que corresponde ao vínculo jurídico. O vínculo estabelece os poderes outorgados ao credor e os respectivos deveres impostos ao devedor. O vínculo é dual, conforme detalhado pela doutrina germânica, ao realizar uma releitura do direito romano; ou seja, é possível decompor o aspecto imaterial da relação obrigacional na figura da dívida (*schuld*, em alemão), e da responsabilidade (*haftung*, em alemão). *Schuld* representaria o dever legal, a dívida autonomamente considerada; *haftung*, por sua vez, seria a possibilidade, concedida ao credor, de intervir

⁷ “Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II – Subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão [...]”

sobre o patrimônio do devedor, na hipótese de este não cumprir a obrigação legal que lhe cabia⁸. O primeiro aspecto seria o próprio dever jurídico de realizar a prestação estabelecida contratualmente ou legalmente, enquanto o segundo consistiria na sujeição dos bens do devedor, *ou de terceiro*, aos fins próprios da execução. A *haftung* surge, então, como prerrogativa do credor para tomar bens do devedor para adimplemento da dívida. *Schuld e haftung* aparecem, no contexto obrigacional, em momentos distintos. Enquanto a primeira nasce concomitante à formação do negócio jurídico, a segunda prescinde do não cumprimento da prestação devida pelo devedor. Além disso, como o devedor é livre para cumprir ou não a obrigação estabelecida, a *schuld* é desprovida de coatividade, característica central da responsabilidade (*haftung*)⁹.

A tese da dualidade é a que melhor explica a dinâmica do vínculo obrigacional. No direito romano arcaico, existia a figura do *nexum*, que autorizava o corpo do devedor responder por suas dívidas. O *nexum* consistia em uma alienação, por meio da qual o devedor ou sua família se vendiam ao credor, com o objetivo de autoempenhamento, a fim de garantir o cumprimento da obrigação pactuada. Não se confundiria, portanto, com o contrato de mútuo, pois não estabelecia qualquer prestação de entregar determinada quantia. Esses deveres preexistiam em relação ao *nexum*. Por meio deste instrumento, aplicavam-se os mecanismos coercitivos destinados ao recebimento dos valores, já que o devedor, caso não quitasse a obrigação, poderia ser golpeado pelo credor, além de ser obrigado a trabalhar em benefícios deste, inclusive com a sua manutenção em cárcere privado. Após o devedor ser transferido para o poder do credor, poderia ser acorrentado e, na hipótese de não pagar a dívida no prazo de até sessenta dias, ser morto ou vendido fora de Roma. Este contexto evidencia a existência, no direito romano, de uma distinção entre débito (*schuld*) e responsabilidade (*haftung*). Por meio do *nexum*, o corpo, inclusive de terceiros (família do devedor) respondia por algo já existente. O instrumento cumpria a função, portanto, de garantia¹⁰.

Com a edição da *Lex Poetelia Papiria*, deu-se a perda da força executória do *nexum*. O credor passa a exercer seu direito exclusivamente sobre o patrimônio do devedor, com a impossibilidade de castigá-lo ou forçá-lo a trabalhar em seu proveito. A relação obrigacional assume um caráter *integralmente* patrimonial, isto é, tanto a obrigação quanto a responsabilidade assumiram feições essencialmente patrimoniais, uma sobrepondo-se à outra, mas com claras distinções funcionais. Não obstante essa coincidência quanto à eficácia jurídica que opera sobre o patri-

⁸ SIMÃO, José Fernandes. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. *Revista Jurídica da ESMP-SP*, v. 3, p. 168, 2013.

⁹ SIMÃO, José Fernandes. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. *Revista Jurídica da ESMP-SP*, v. 3, p. 169, 2013.

¹⁰ SIMÃO, José Fernandes. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. *Revista Jurídica da ESMP-SP*, v. 3, p. 172, 2013.

mônio, a teoria dualista é a que melhor explica a dinâmica da relação obrigacional no direito romano, com a clara autonomia entre débito e responsabilidade¹¹.

Em suma, a contribuição da teoria dualista está em demonstrar que a relação obrigacional é composta de uma relação complexa de dois elementos que podem existir, inclusive, de forma autônoma: a dívida e a responsabilidade, somente esta última dotada de coerção¹². São deveres jurídicos, em sentido lato, que se diferenciam pela sua carga de eficácia jurídica.

Há diversos exemplos extraídos do Código Civil vigente em que débito e responsabilidade existem de forma autônoma. São os casos das obrigações imperfeitas, em que o vínculo jurídico é composto por apenas um dos dois elementos. Há, por exemplo, as obrigações naturais, situações em que há a dívida, mas não há a responsabilidade. É o que ocorre nas obrigações cuja pretensão de exigibilidade prescreveu (art. 189), as dívidas decorrentes de aposta (art. 814)¹³ ou os deveres do mutuário menor (art. 588). As dívidas efetivamente existem, mas são inexigíveis. Na hipótese de ser realizado o pagamento, o devedor não poderá pleitear a devolução, já que cumpriu obrigação legalmente existente. Se optar por não adimplir, tampouco poderá o credor utilizar da prerrogativa de fazer o patrimônio do devedor responder pelo débito de forma coativa.

Há, ainda, os casos em que há responsabilidade (*haftung*), mas não há o débito (*schuld*). São as hipóteses em que o sujeito deve responder por dívidas alheias, em razão de disposição legal ou contratual. Exemplo clássico da última modalidade é o fiador em relação ao devedor. A dívida permanece de titularidade de quem contraiu o débito, mas o fiador poderá ser executado, na hipótese de descumprimento contratual. Nesta situação resta configurada apenas a responsabilidade¹⁴. O patrimônio do fiador permanece como potencialmente exigível pelo credor, a fim de garantir que este receberá o valor devido. Não são poucas, também, as hipóteses de garantia legais apontadas pelo autor, como as previstas nos incisos do art. 932 do Código Civil¹⁵.

¹¹ SIMÃO, José Fernandes. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. *Revista Jurídica da ESMP-SP*, v. 3, p. 174, 2013.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation em droit privé*. Paris: Dalloz, 1964, p. 13.

¹³ A redação do art. 814 é bastante didática acerca da segregação entre débito (*schuld*) e responsabilidade (*haftung*): “Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito”.

¹⁴ SIMÃO, José Fernandes. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. *Revista Jurídica da ESMP-SP*, v. 3, p. 177, 2013.

¹⁵ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

A função didática da teoria dualista é significativa. Compreender a autonomia entre débito e responsabilidade permite visualizar a dinâmica da obrigação e a função que cumpre cada um dos sujeitos envolvidos (credor e devedor), que compõem o elemento subjetivo da relação.

Essas considerações são integralmente aplicáveis ao direito tributário. Não por se tratar apenas de um direito de superposição, que absorve automaticamente normas e conceitos de direito privado; essa é uma visão demasiadamente simples e incoerente com a atual teoria geral do direito tributário. O direito privado serve ao direito tributário em função de certa economicidade conceitual. As figuras do direito privado permitem que a tributação alcance, de forma simples e objetiva, suas finalidades. Em vez de detalhar as diversas hipóteses de manifestação de riqueza aptas a serem alcançadas pelos impostos, a legislação tributária apenas realiza a referência aos negócios jurídicos, que carregam, de forma subjacente, as realidades econômicas buscadas pela regra impositiva. É o que ocorre com os contratos de doação e compra e venda, por exemplo. No fundo, a relevância desses institutos se limita à exteriorização de capacidade contributiva que eles denotam. Mas sempre que o negócio jurídico empregado for incompatível com o substrato econômico visado, as figuras do direito privado serão afastadas¹⁶.

Apesar da autonomia do direito tributário, é preciso reconhecer que seu desenvolvimento dogmático é recente. Somente após a primeira guerra mundial se torna uma disciplina publicista autônoma em conteúdo e método. Foram determinantes para esta evolução a criação, na Alemanha, de uma Corte Financeira do *Reich* (*reichsfinanzhof-RHF*), a instituição de uma administração fiscal, bem como a publicação de uma legislação codificada e específica para as questões tributárias, o ordenamento tributário do *Reich* (*reichsabgabenordnung*, abr. AO). Essa estrutura institucional justificou a relevância dos estudos doutrinários voltados especificamente para os aspectos jurídicos da tributação¹⁷.

Assim, foi inevitável que uma nova dogmática para a tributação, por sua juventude inerente, carente de institutos consolidados, tenha utilizado, no que for adequado aos seus propósitos, a herança de outras disciplinas, e o direito civil serviu eficazmente a este propósito. Rubens Gomes de Sousa, em seu *Compêndio de legislação tributária*, já reconhecia o caráter obrigacional da relação tributária: a relação é sempre baseada na existência de “pelo menos duas pessoas, o titular do direito, também chamado *sujeito ativo ou credor*, e a pessoa obrigada à presta-

IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”

¹⁶ JARACH, Dino. *O fato imponderável: teoria geral do direito tributário substantivo*. Tradução de Dejalma de Campos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 150-151.

¹⁷ HENSEL, Albert. *Derecho tributario*. Ediciones Olejnik. Traducción de los Drs. Leandro Stok y Francisco M. B. Cejas. 2023, p. 19.

ção que constitui o objeto do direito, e que é o *sujeito passivo* ou *devedor*”; e concluía que: “dadas essas noções básicas do conceito de direito obrigacional, logo se vê que o direito tributário é desta natureza [...]”¹⁸.

É evidente que há diferenças significativas entre a relação obrigacional de direito privado e tributário. Essas divergências fundamentaram, inclusive, críticas direcionadas à importação de conceitos originados do direito civil para explicar a obrigação tributária. Os opositores afirmam que a tributação apresenta características próprias, que impedem sua equiparação aos institutos construídos no âmbito do direito civil. Na perspectiva do direito privado, os direitos e deveres surgem como resultado de convenções particulares, da manifestação de vontade dos sujeitos. O crédito do Estado em face do contribuinte, por sua vez, está sempre baseado na Lei. O elemento volitivo, seja do poder tributante, seja do indivíduo, é irrelevante para a definição das consequências tributárias¹⁹. Essas ressalvas, apesar de corretas no que se refere à identificação da origem, finalidade e interesses próprios das duas áreas jurídicas, não constituem notas distintivas suficientes para colocarmos as obrigações tributária e cível em classes diferentes. Alcides Jorge Costa esclarece que as críticas não são direcionadas às estruturas jurídicas de ambas, elemento sobre o qual a identidade é sustentada. A despeito dos objetivos e funções próprias, a forma como essas obrigações operam são idênticas, de modo que não há qualquer prejuízo na utilização, pelo direito tributário, do esquema tradicional elaborado no contexto do direito privado. Todos os elementos que diferenciam essas obrigações não afetam a estrutura íntima do instituto jurídico da obrigação, tampouco atingem sua unidade conceptual, nas palavras do referido autor²⁰. Essa equiparação estrutural não impede o reconhecimento das particularidades que afetam o regime jurídico de cada obrigação, ou as prerrogativas específicas concedidas ao Estado na qualidade de ente competente para arrecadação de tributos²¹.

¹⁸ Após constatar o caráter obrigacional da relação tributária, Rubens Gomes de Sousa defende ser natural e produtiva a utilização de conceitos alheios ao direito tributário, amplamente utilizados e aplicados em outros setores da ciência jurídica: “Entretanto, o fato de o direito tributário referir-se a tais conceitos alheios explica-se por uma questão de clareza e precisão, isto é, pela necessidade de evitar dúvidas no entendimento da lei tributária por parte de todos aqueles a quem ela dirige: assim, já estando certos conceitos definidos e denominados pelo direito civil, comercial etc., cuja elaboração precedeu à do direito tributário, compreende-se que este último, ao se referir àqueles mesmos conceitos, adote as mesmas denominações e definições já conhecidas” (SOUZA, Rubens Gomes. *Compêndio de legislação tributária: para uso das faculdades de ciências econômicas e administrativas*. 2. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1954, p. 20-27).

¹⁹ Críticas expostas por Alcides Jorge Costa em obra de referência sobre a obrigação tributária: COSTA, Alcides Jorge. *Contribuição ao estudo da obrigação tributária*. São Paulo: IBDT, 2003, p. 40-41.

²⁰ COSTA, Alcides Jorge. *Contribuição ao estudo da obrigação tributária*. São Paulo: IBDT, 2003, p. 42-43.

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Contribuição ao estudo da obrigação tributária: um posfácio*. Tribu-

Para além da questão teórica, a tese dualista é fundamental à compreensão adequada das categorias da sujeição passiva da obrigação tributária. Sem a ideia de obrigação, é difícil justificar como um sujeito, mesmo sem vinculação com o contribuinte, possa ser obrigado, pelo Estado, a cumprir determinada obrigação tributária do contribuinte²², como autoriza o art. 121 do CTN, que realizou efetivação na sujeição passiva ao autorizar a inclusão de um terceiro, que não realiza o fato gerador, no polo passivo da cobrança tributária²³. Para Luís Eduardo Schoueri, a expressão “relação pessoal e direta” com o fato gerador, prevista no art. 121, I, e que identifica a figura do contribuinte, veicularia o débito (*schuld*), pois este é o sujeito que dá causa ao tributo, isto é, que manifesta capacidade contributiva, no caso dos impostos, e frui dos serviços públicos específicos e divisíveis ofertados pelo Estado, na hipótese das taxas, sendo, enfim, o detentor da dívida²⁴. A partir da vinculação entre débito (*schuld*) e a teoria da causa no direito tributário, o autor extrai interessantes reflexões acerca da importância da teoria dualista e das cautelas necessárias para sua aplicação no direito tributário. Argumenta que se determinado indivíduo manifestou capacidade contributiva ao auferir renda, o princípio da igualdade, especialmente relevante em matéria tributária, veda a transferência arbitrária da dívida para um terceiro, que não apresentou o acréscimo patrimonial a ser alcançado pelo imposto.

A teoria dualista, embora suficiente para justificar normativamente um terceiro garantir dívida que não contraiu, deve ser sempre limitada pela recordação de que a garantia não pode ser superior à própria dívida. Inclusive, o responsável tributário dispõe de proteção reforçada, se comparado ao responsável por obrigações particulares. Em matéria privada há razoável liberdade no oferecimento de garantias, enquanto no direito tributário a garantia (responsabilidade, ou *haftung*) exercida pelo terceiro é sempre matéria reservada à Lei e, justamente por isso, deve atender aos estritos limites constitucionais.

O caráter legal da garantia tributária, alcançada por meio da atribuição da sujeição passiva a um terceiro, implica a existência de uma regra matriz de res-

tação brasileira em evolução: estudos em homenagem ao professor Alcides Jorge Costa. São Paulo: IASP, 2015, p. 524-525.

²² SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição ao estudo da obrigação tributária: um posfácio. *Tributação brasileira em evolução*: estudos em homenagem ao professor Alcides Jorge Costa. São Paulo: IASP, 2015, p. 536.

²³ “Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

²⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição ao estudo da obrigação tributária: um posfácio. *Tributação brasileira em evolução*: estudos em homenagem ao professor Alcides Jorge Costa. São Paulo: IASP, 2015, p. 536.

ponsabilidade tributária, que não se confunde com a regra matriz da obrigação tributária. Trata-se de uma norma autônoma, que somente pode operar seus efeitos quando integralmente caracterizados seus pressupostos de fato²⁵. Na qualidade de garantia do cumprimento da obrigação tributária, a responsabilidade possui seus próprios sujeitos e objeto²⁶, de modo que a sua ocorrência depende da efetiva realização do fato previsto como suficiente para frustrar o recebimento do tributo pelo contribuinte, sujeito passivo que efetivamente possui a dívida (*schuld*).

No caso da responsabilidade tributária do art. 132 do CTN, que atribui a sucessão do passivo tributário à pessoa jurídica resultante de cisão, o pressuposto de fato é a *extinção ou redução patrimonial da empresa cindida*. Trata-se de hipótese em que o devedor originário não mais existe, de modo que a única alternativa é cobrar os tributos do sucessor. Há, nesta modalidade, transferência não apenas da responsabilidade (*haftung*), mas também do próprio débito (*schuld*). No art. 133, por sua vez, haverá a transferência apenas da responsabilidade, quando o alienante do estabelecimento continuar a realizar a atividade empresarial. Este poderá, ainda que alienado o fundo de comércio, realizar o pagamento da dívida e extinguir débito próprio, o que liberará o sucessor de qualquer dever de garantia²⁷. Situação que não ocorre se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade, fato que ensejará efeitos idênticos ao do art. 132, com a assunção, pelo sucessor, do débito e da responsabilidade. Na transferência do estabelecimento – unidade operacional do negócio – com a posterior interrupção da exploração econômica, o CTN reconheceu existir contexto semelhante à extinção da pessoa jurídica, o que justificaria a responsabilização do terceiro adquirente como medida de garantia.

As hipóteses de responsabilidade tributária previstas nos arts. 132 e 133 do CTN não estão, portanto, relacionadas à mera transferência de ativos de um particular para o outro. O elemento determinante para justificar a responsabilização de um terceiro, que não deu causa à obrigação tributária, é a extinção do devedor, ou esvaziamento do seu patrimônio (no caso da cisão parcial), fatores que podem

²⁵ O destaque acerca da jurisprudência da Corte é feito por Schoueri, no trabalho já citado: “A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com o seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (*dritter personae, terzo* ou *tercero*) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela” (STF, RE n. 562.276/PR, TP, rel. Min. Ellen Gracie, publ. 10-2-2011).

²⁶ PAULSEN, Leandro. Responsabilidade tributária: seu pressuposto de fato específico e as exigências para o redirecionamento da execução fiscal. *Revista da FESDT*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, jan./abr. 2009.

²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição ao estudo da obrigação tributária: um posfácio. *Tributação brasileira em evolução: estudos em homenagem ao professor Alcides Jorge Costa*. São Paulo: IASP, 2015, p. 538-539.

comprometer a capacidade de arcar com o pagamento da dívida originada pelo contribuinte. O resultado prático idêntico, consistente na realocação de bens produtivos, entre o *drop down* e as operações de cisão e alienação de fundo de comércio não é suficiente para viabilizar a equiparação do regime tributário dessas operações. Isto somente seria possível se demonstrado que a reorganização patrimonial obtida por meio do *drop down* acarreta situação de inviabilidade do pagamento pela empresa cedente dos bens, tal como acontece com os institutos comparados (cisão e alienação de fundo de comércio). Conforme será demonstrado no tópico seguinte, isto não ocorre, pois não há qualquer redução patrimonial na empresa contribuinte.

3. *Drop down* x cisão e alienação de fundo de comércio

Primeiro, cumpre analisar as similitudes entre o *drop down* com a figura da cisão, operação que, se caracterizada, atrai a reponsabilidade tributária prevista no art. 132 do CTN. A cisão, conforme estabelece o art. 229 da Lei n. 6.404/1976, é a operação pela qual determinada sociedade transfere parcela do seu patrimônio para uma ou mais sociedades. A operação implica a *extinção da empresa cedente*, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou *divisão do seu capital social*, na hipótese de a versão ser apenas parcial. A literalidade do dispositivo esclarece de forma imediata a natureza de *redução patrimonial* da operação.

Mas é distinta a situação que ocorre no *drop down*, que é implementado sem qualquer impacto no patrimônio líquido da sociedade que transfere os bens; no *drop down*, o acervo líquido é entregue mediante a integralização do capital social da sociedade receptora, que emitirá e entregará o *equivalente* em participações societárias representativas do seu capital social. Há mera substituição de elementos patrimoniais²⁸. Ocorre o fenômeno denominado por Ricardo Mariz de Oliveira de permutação patrimonial. O ingresso de novos direitos no patrimônio não representará, necessariamente, uma mudança da posição econômica da entidade. Por vezes, a alteração de direitos e obrigações possui como premissa a manutenção do valor existente anteriormente à operação. Há mera troca de posições do montante já registrado dentro do mesmo patrimônio. Metaforicamente, é como se ocorresse a mudança de um móvel de um cômodo para outro, mas dentro da mesma casa²⁹. Ilustrativamente, é a hipótese do *drop down*, pois os valores contabilizados nas contas de ativos relacionadas aos bens que compõem o fundo de comércio apenas serão transferidos para a conta, também do ativo, relativa às participações societárias.

²⁸ ASSUMPCÃO, Debora Skibinski; ALVES, Diego Saldo; KRONBAUER, Clovis Antonio. Reorganização societária atípica: impactos contábeis e tributários de reorganizações societárias caracterizadas como *drop down*. *Revista de Contabilidade da UFBA*, Salvador, v. 8, n. 3, p. 55-57.

²⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda (2020)*. São Paulo: IBDT, 2020, v. 1, p. 99-101.

Conforme destaca Ricardo Tepedino, a cisão é em uma operação horizontal, na medida em que a sociedade que recebe o patrimônio não possuirá qualquer vínculo com a sociedade cindida. Haverá, quando muito, identidade com relação ao quadro societário, já que as participações societárias emitidas em decorrência do aumento de capital social na receptora serão entregues aos sócios da empresa que transferiu os ativos. O *drop down*, por sua vez, é uma operação vertical. Após a sua implementação passa a existir uma relação societária entre as companhias envolvidas. Neste caso, as novas participações societárias são emitidas em favor da sociedade conferente, o que reforça a natureza de substituição de valores relativos a bens e direitos, sem impacto no patrimônio líquido³⁰.

Evidente, portanto, que o *drop down* não afeta em nada a solvência da sociedade que possui o débito tributário (*schuld*). A empresa conferente mantém a sua existência, inclusive com o *mesmo* patrimônio. Esta situação é diametralmente oposta ao pressuposto de fato da regra matriz de responsabilidade tributária prevista no art. 132 do CTN, cuja aplicação está condicionada à existência de um “evento crítico” para o cumprimento total da obrigação tributária, em razão da extinção do devedor originário ou parcial, na hipótese de não ser transferida a integralidade do patrimônio.

Também não é justificável a aplicação da responsabilidade relativa à alienação de fundo de comércio, prevista no art. 133 do CTN. Enfatiza-se, por serem relevantes às conclusões apresentadas adiante, que (i) o dispositivo prevê a responsabilidade quando uma pessoa de direito privado adquire de *outra* o fundo de comércio; e (ii) a responsabilidade tributária integral do adquirente está condicionada à ausência de continuidade da atividade pelo devedor originário.

O fundo de comércio equivale à figura do estabelecimento, que nos termos do art. 1.142 do Código Civil corresponde a todo o complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária. Tepedino, ao comentar sobre a responsabilidade do adquirente com relação aos débitos devidos pelo estabelecimento alienado (detalhada a partir do art. 1.145³¹), defendeu ser inaplicável ao *drop down*. De acordo com o autor, apesar de o termo “alienar” etimologicamente possuir um sentido bastante amplo, a ponto de abarcar diversos atos destinados à transferência de titularidade (venda, permuta e doa-

³⁰ TEPEDINO, Ricardo. O trespasse para subsidiária (*drop down*). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 75 e 76.

³¹ “Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação. Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.”

ção), mais adequado seria interpretar “[...] o vocábulo numa acepção mais restrita de *estranhos* [...]”. Nessa concepção, uma subsidiária integral, tal como é a empresa receptora dos ativos, jamais poderia ser considerada um estranho.

Se é verdade que a sociedade conferente perde o controle sobre cada ativo que compunha o estabelecimento, passa a ser senhora das participações societárias da companhia que os recebeu. Conserva, assim, idêntico poder de estabelecer o destino do negócio, agora mediante controle societário da empresa subsidiária. Os efeitos práticos quase não seriam sentidos, com a continuidade das operações de forma muito semelhante ao formato anterior à operação. Assim, a sociedade mãe consegue realizar uma espécie de desdobramento da sua personalidade jurídica, ao criar verdadeiro *alter ego*³².

Ademais, o art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 autorizou a companhia a ter, como objeto social, a participação em outras sociedades, como forma de realizar o objeto social. Assim, na hipótese de uma empresa operacional trespassar seu estabelecimento para uma subsidiária integral, com a sua conversão em uma sociedade *holding*, não terá, em razão deste fato, deixado de realizar o objeto social originalmente fixado em seu estatuto (a atividade operacional para a qual o estabelecimento transferido é necessário). Essas atividades ainda serão desempenhadas pela sociedade *holding*, mas agora por intermédio da subsidiária integral³³.

Essa relação de controle de uma sociedade em face de outra, com a capacidade de coordenar o exercício da própria atividade operacional, justificou, inclusive, autores clássicos do direito societário a classificar a empresa plurissocietária como uma simulação. Messineo visualiza na sociedade controlada “um mero homem de palha”, já que serviria apenas para ocultar a sociedade que efetivamente realiza a atividade empresarial, sem que para isso precisasse utilizar “laranjas”, o que apresentaria uma série de inconvenientes. Alguns autores, como Cesare Vivante, foram menos radicais e defenderam a simulação apenas no caso de *holding* pura, hipótese em que tal sociedade implicaria risco de abuso, por não exercer nenhuma atividade própria, mas se limitaria a exercer de forma *mediata e indireta* as atividades operacionais desempenhadas por suas controladas. Essas teses, contudo, apesar lúcidas ao perceberem que a *holding* não deixa de realizar a atividade comercial ou industrial, ainda que por meio da direção gerencial e negocial, foram amplamente superadas no que se refere à classificação dessas entidades como estruturas simuladas.

³² TEPEDINO, Ricardo. O trespasso para subsidiária (*drop down*). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 69-70.

³³ TEPEDINO, Ricardo. O trespasso para subsidiária (*drop down*). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 70.

A entidade plurissocietária, conforme esclarece Daniel Vio, não visa encobrir uma realidade jurídica e econômica subjacente. O grupo, constituído pela *holding* e as sociedades operacionais controladas, corresponde a uma unidade econômica, que é abertamente apresentado à sociedade, sem qualquer ocultação. Na verdade, na economia de mercado contemporânea, trata-se de relevante mecanismo para a organização da atividade produtiva. Ninguém ignora, no atual estágio de complexidade da economia, que, ao contratar uma sociedade parte de um conglomerado transnacional, inicia-se uma relação com uma entidade que não está isolada, independente e livre de quaisquer influências externas. É amplamente conhecido que a sociedade contratada, apesar de titular de uma esfera patrimonial própria, tem o exercício de suas atividades condicionado às vontades externas do grupo de controle. Essa estrutura assume relevância, pois permite às empresas a segmentação de risco e de negócios, separação de propriedades e ampla mobilidade de capital³⁴. Aliás, é amplamente reconhecido pela legislação a realização de atividades econômicas por meio de grupos, dada a grande quantidade de normas que tratam da sociedade plurissocietária, como é o caso do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976.

No direito tributário, o art. 133, *caput*, do CTN, ao tratar da responsabilidade tributária decorrente da transferência de fundo de comércio, não emprega, como faz a legislação privada (arts. 1.145 e 1.146 do Código Civil), o termo “alienação”. Utiliza a expressão “adquirir de outra”, o que reforça, talvez de forma mais enfática se comparada à norma de direito civil, a necessidade de a aquisição ser realizada por um *estranho*, completamente alheio à coordenação e controle da empresa que transfere o estabelecimento. Este pressuposto de fato, sem o qual não pode ocorrer a imputação da responsabilidade tributária, não está presente na operação realizada por meio de *drop down*, hipótese em que o contribuinte que possui o débito (*schuld*) mantém o exercício da atividade empresarial, ainda que de forma indireta. Este permanece integralmente com a capacidade financeira para adimplir os débitos tributários, razão pela qual é indevida, além de desnecessária, a utilização da garantia de um terceiro (*haftung* por meio da responsabilidade tributária por sucessão).

4. Conclusão

A operação de *drop down*, apesar de não prevista expressamente pelo ordenamento jurídico, é amplamente utilizada. A ausência de regulamentação estimu-

³⁴ VIO, Daniel de Avila. *Ensaio sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 168-173. O panorama histórico da doutrina societária, com referência a Messineo e Vivante que viam no grupo empresarial um simulacro, também foi extraído da referida tese.

la sua comparação com institutos jurídicos já conhecidos, como a cisão e a alienação de fundo de comércio. Há, de fato, semelhanças entre essas operações, sobretudo com relação aos resultados práticos (realocação de ativos produtivos). A consideração dessas semelhanças, válidas para propósitos didáticos, se torna perigosa quando se tenta aplicar consequências jurídicas idênticas para as operações em questão. No direito tributário, este equívoco pode implicar a atribuição de responsabilidade tributária por sucessão à empresa receptora dos ativos, com fundamento nos arts. 132 e 133 do CTN.

Com base nos aportes teóricos da teoria dualista da obrigação, demonstrou-se que a responsabilidade tributária tem a função de garantia (*haftung*). Sua aplicação está condicionada à ocorrência de um pressuposto de fato relacionado à impossibilidade de recebimento do crédito tributário pelo contribuinte, sujeito passivo devedor do débito (*schuld*), o que, no caso da responsabilidade por sucessão dos arts. 132 e 133 do CTN, ocorre em razão da extinção da empresa devedora, sua redução patrimonial ou encerramento das atividades operacionais. Todos esses fatos não acontecem na operação de *drop down*, em que a sociedade devedora mantém a sua existência, continua a desenvolver atividades, ainda que indiretamente, e não experimenta qualquer redução do seu patrimônio líquido.

5. Referências

- ASSUMPCÃO, Debora Skibinski; ALVES, Diego Saldo; KRONBAUER, Clovis Antonio. Reorganização societária atípica: impactos contábeis e tributários de reorganizações societárias caracterizadas como *drop down*. *Revista de Contabilidade da UFBA*, Salvador, v. 8, n. 3.
- BORBA, José Tavares. *Direito societário*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation em droit prive*. Paris: Dalloz, 1964.
- COSTA, Alcides Jorge. *Contribuição ao estudo da obrigação tributária*. São Paulo: IBDT, 2003.
- HENSEL, Albert. *Derecho tributario*. Ediciones Olejnik. Traducción de los Drs. Leandro Stok y Francisco M. B. Cejas, 2023.
- JARACH, Dino. *O fato impositivo: teoria geral do direito tributário substantivo*. Tradução de Dejalma de Campos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda (2020)*. São Paulo: IBDT, 2020, v. 1.
- PAULSEN, Leandro. Responsabilidade tributária: seu pressuposto de fato específico e as exigências para o redirecionamento da execução fiscal. *Revista da FESDT*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, jan./abr. 2009.
- PEREIRA, Fábio Queiroz. As origens do direito comercial e a sua formação enquanto espaço de exceção. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 65, jul./dez. 2014.

- SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição ao estudo da obrigação tributária: um posfácio. *Tributação brasileira em evolução: estudos em homenagem ao professor Alcides Jorge Costa*. São Paulo: IASP, 2015.
- SIMÃO, José Fernandes. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. *Revista Jurídica da ESMP-SP*, v. 3, 2013.
- SOUSA, Rubens Gomes. *Compêndio de legislação tributária: para uso das faculdades de ciências econômicas e administrativas*. 2. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1954.
- TEPEDINO, Ricardo. O trespasse para subsidiária (*drop down*). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- VIO, Daniel de Avila. *Ensaio sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.