

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCAS PEREZ DOS SANTOS

SIMILARIDADES E CONTROVÉRSIAS ACERCA DO CONCEITO DE DROP DOWN
A PARTIR DA LITERATURA E DE JULGAMENTOS DO CARF



CURITIBA

2024

LUCAS PEREZ DOS SANTOS

SIMILARIDADES E CONTROVÉRSIAS ACERCA DO CONCEITO DE DROP DOWN
A PARTIR DA LITERATURA E DE JULGAMENTOS DO CARF

Relatório Técnico-Científico apresentado ao curso de Especialização/MBA em Gestão Contábil e Tributária, Setor de Contabilidade, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Gestão Contábil e Tributária.

Orientador: Prof. Dr. Alison Martins Meurer.

CURITIBA

2024

AGRADECIMENTOS

Agradecimento, primeiramente, à Deus pela oportunidade de elaboração deste trabalho e à esposa Raquel pelo incansável apoio. Sem sombra de dúvidas, um agradecimento especial ao Professor Alison Meurer que contribuiu grandemente para materialização das ideias deste trabalho. Não se pode esquecer também a Coordenação da Programa de Pós-graduação em Contabilidade da Universidade Federal do Paraná pela organização e todo o apoio necessário para o término deste trabalho.

RESUMO

Este relatório é um documento elaborado com a finalidade de apresentar informações relativas ao conceito *drop down* em processos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, que é a instância superior administrativa de processos tributários. A análise tem como objeto a verificação de como as operações societárias têm sido entendidas a partir do conceito de *drop down*, iniciando pelas contribuições de grandes autores na literatura para se chegar ao posicionamento (ou ao menos os seus principais contornos) dos julgadores do CARF, dos contribuintes e da Receita Federal. A partir de conceitos da literatura, buscou-se, primeiramente, avaliar os principais elementos que caracterizam um *drop down* e as suas variações. Diante disto, a análise dos processos foi realizada com foco na forma com que os conceitos foram aplicados aos casos com a finalidade de fazer um contraponto entre as similaridades e as controvérsias na discussão a respeito do *drop down*. O objetivo deste trabalho é oportunizar uma análise de como o *drop down* tem sido tratado no Brasil e, a partir disto, contribuir para uma reflexão em relação aos caminhos que podem ser traçados para que o *drop down* possa representar uma opção segura, do ponto de vista jurídico, sem desconsiderar os interesses e as preocupações do Fisco.

Palavras-chave: Drop down 1. Trespasse para subsidiária 2. CARF 3. Segurança Jurídica 4. Spin off. 5.

ABSTRACT

This report is a document prepared with the purpose of presenting information relating to the dropdown concept in processes of the Administrative Council of Tax Appeals, in Portuguese denominated Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, which is the highest council linked to Brazilian Federal Revenue Office that judges tax processes. The purpose of the analysis is to verify how drop down has been considered in the corporate transactions by the CARF. Through this work, it will be possible to verify how the judges, taxpayers and the Brazilian Federal Revenue Office have positioned themselves about drop down. Based on concepts from the literature, we first sought to evaluate the main elements that characterize a drop down and its variations. Given this, the analysis of the processes was carried out focusing on the way in which the concepts were applied to the cases with the purpose of making a counterpoint with the similarities and controversies in the discussion regarding drop down. The objective of this work is to provide an opportunity to reflect on how drop down has been treated and how it could be better applied in Brazil.

Keywords: Drop down 1. CARF 2. Legal Certainty 3. Spin off 4.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA.....	6
1.2 OBJETIVO GERAL DO ESTUDO	8
1.3 IMPORTÂNCIA PRÁTICA DO ESTUDO.....	8
1.4 ASPECTOS CONCEITUAIS SOBRE O TEMA	9
2 METODOLOGIA E DESCRIÇÃO DOS RESULTADOS	13
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS	21
REFERÊNCIAS.....	22

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é dividido em três seções, sendo: (1) Introdução; (2) Metodologia e Descrição dos Resultados; e (3) Considerações Finais. Esta seção, denominada de Introdução, apresenta a contextualização do tema, o objetivo geral do estudo, a importância prática do estudo e os aspectos conceituais sobre o tema.

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

A criatividade na busca por soluções e melhorias no ambiente de negócios, mais especificamente em relação às reorganizações societárias, muitas vezes se choca com artifícios do Fisco, também muito criativos, movidos pelo seu intento arrecadatário (Verçosa *et al.*, 2002, p.41).

É neste contexto que se observa de forma crescente no Brasil a opção pelo *drop down* em operações de reorganização societária, mecanismo de origem estadunidense que é utilizado em grande medida há mais tempo no exterior (Calegari *et al.*, 2021, p. 36711).

O *drop down* é caracterizado pelas transferências de bens (ativos) para outra pessoa jurídica que, em troca, concederá uma participação condizente ao valor dos bens (ou do saldo positivo, se acompanhado de obrigações) no capital social.

No *drop down*, pode haver transferência parcial do estabelecimento, como parte da clientela, contratos e um conjunto de bens, ou um segmento da sociedade transferente (considerando que seria mais eficiente se transferido para outra pessoa jurídica), recebendo, para tanto, o controle (significativo ou até majoritário) na empresa a que se destinam os ativos mencionados. Ou seja, as nuances da dimensão da reorganização societária, quando utilizado o *drop down*, será construída de acordo com o interesse negocial das partes.

Uma importante distinção do *drop down* para as formas tradicionais de reorganização societária já previstas na Lei de Sociedade Anônimas (Lei 6.404/76), como a fusão, cisão, incorporação e a criação de uma subsidiária integral, é que não haverá a extinção ou criação, ainda que de forma parcial, de pessoas jurídicas.

Outra diferença é que *drop down* ocorre quando há transferência de bens a outra pessoa jurídica sem que haja redução do capital social ou do patrimônio líquido da empresa transferente.

Paralelo a isto, o Fisco observa atentamente a concretização destes negócios e busca emplacar uma interpretação que seja mais favorável aos seus interesses (não necessariamente que esteja equivocado), de acordo com a legislação em vigor, dando lugar a pretensões criativas não restritas ao bojo do negócio entabulado entre as partes.

Exemplo disto é a intenção da Receita Federal do Brasil em considerar como cisões as transações comerciais que se notabilizam como *drop down*, a fim de ser aplicada a responsabilidade da sociedade recebedora dos bens pelos tributos da sociedade transferente, na modalidade de responsabilidade por sucessão, prevista no art. 132 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66).

O Fisco busca uma interpretação por analogia do referido dispositivo legal. Isto, porque muito embora o artigo 132 do CTN tenha previsto a responsabilidade tributária às empresas resultantes de incorporação, fusão e transformação (à época da promulgação da lei, em 1966, não havia grande destaque às cisões), o Judiciário tem estendido a aplicação deste artigo às cisões.

Este é o caminho legal que a Administração Pública Federal tem encontrado, ao equiparar cisão com *drop down*, para que as sociedades recebedoras dos ativos passem a também ser responsabilizadas pelos tributos da empresa transferente.

A pretensão deste trabalho é analisar como estas operações de *drop down* têm sido interpretadas no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, instância julgadora máxima envolvendo tributos federais, vinculada ao Ministério da Fazenda. Para tanto, busca-se a responder a seguinte pergunta de pesquisa:

Quais são as similaridades e controvérsias relacionadas ao entendimento do conceito de *drop down* na literatura e em processos julgados pelo CARF?

1.2 OBJETIVO GERAL DO ESTUDO

Compreender as similaridades e controvérsias relacionadas ao entendimento do conceito de *drop down* na literatura e em processos julgados pelo CARF.

1.3 IMPORTÂNCIA PRÁTICA DO ESTUDO

No ambiente de negócios, a tomada de decisão é, em geral, resultante da análise dos riscos da atividade advindos das escolhas possíveis. Em se tratando de operações societárias, em que um planejamento mal elaborado pode produzir resultados frustrantes, a verificação das consequências jurídicas, sobretudo de ordem tributária, deve ser objeto de análise minuciosa, não apenas a perspectiva de retorno lucrativo ou da redução de custos.

Se as reorganizações societárias que há décadas encontram previsão na legislação, como a incorporação e a fusão, já demandam uma verificação acurada dos efeitos tributários, muito mais em se tratando de operações ainda pouco expressivas, mas em franco crescimento no contexto empresarial brasileiro, como é o caso do *drop down*.

Percebe-se que ainda são poucas as discussões sobre o tema no Brasil, sobretudo do ponto de vista tributário, o que, só por isso, já seria um bom indicativo de sua importância para fins acadêmicos e também para potencializar esta alternativa à reorganização societária e ao planejamento tributário. Veja-se que em 2014, Diego Alves (*et al.*, 2014, p. 54) relatou poucos estudos no Brasil e ao buscar novos trabalhos, nota-se que a incipiência ainda existe.

Mas também já é possível identificar autuações fiscais da Receita Federal pretendendo que seja imposta a responsabilidade tributária, nas operações com *drop down*, às sociedades receptoras dos ativos, em relação a tributos da sociedade transferente até a data do ato de transferência, pela aplicação do artigo 132 do Código Tributário Nacional.

Os contribuintes, por sua vez, ao questionarem as cobranças da Receita, têm levado estas discussões até à instância julgadora máxima do Executivo Federal: o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

A análise destes julgados é relevante, pois as discussões tributárias dirimidas no CARF são, na maioria das vezes, muito mais técnicas do que no Judiciário, apresentando-se não apenas como um elemento interessante para uma indicação dos contornos destas dissonâncias entre Fisco e contribuinte, mas também para que seja possível aferir um mínimo de segurança jurídica nestas operações, determinante até mesmo para a subsistência do *drop down* em terras brasileiras.

1.4 ASPECTOS CONCEITUAIS SOBRE O TEMA

O *drop down* é uma forma de reorganização societária cujo objetivo principal é a transferência de ativos de uma sociedade empresária a outra, tendo como contrapartida a participação no capital social na pessoa jurídica recebedora dos bens (Verçosa *et al.*, 2002).

Modesto Carvalhosa e Fernando Kuyven (2018) definem como “uma operação vertical de transferência de ativos que provoca a substituição de elementos patrimoniais”, caracterizando-se como uma integralização do capital social por uma sociedade em outra com bens ou conjunto de bens.

Como bem pondera Ricardo Tepedino (2006, p. 65), não há redução do capital da sociedade transferente. Os bens e obrigações contabilizados nesta empresa, em determinado valor, serão transformados em participação no capital social da sociedade recebedora, pelo montante equivalente.

A empresa destinatária experimentará, por outro lado, o aumento do capital social em decorrência da integralização dos bens, concedendo a participação societária à empresa concedente em valor condizente à integralização. Os bens oferecidos podem ter natureza diversa, como estabelecimentos industriais, carteiras de clientes e contratos (Verçosa *et al.*, 2002, p.41).

No que tange à contabilização do *drop down*, Frederico Fonseca e Ana Garcia ensinam que para a sociedade investidora haverá o reconhecimento no ativo permanente do acervo líquido transferido. Na sociedade investida, serão reconhecidos os ativos (e passivos, se acompanhados), tendo como contrapartida a contabilização no patrimônio líquido. Em ambos os casos não serão percebidos efeitos no resultado do exercício (Fonseca *et al*, 2012, p. 404).

Marcelo Nobre bem explica que o *drop down* surgiu como resultado da intenção de se criar uma operação societária com a finalidade de resolver “a insegurança jurídica na aquisição de ativos de uma empresa e que contribuísse para a continuidade das atividades empresariais e a solvência dessas perante os credores, sem necessitar cindir ou transformar a sociedade.” Trata-se de uma “transferência de ativos na reestrutura operações societárias sem comprometer a saúde financeira da empresa” (Nobre, 2021).

A segurança jurídica que o *drop down* proporcionaria aos negócios depende de sua regulamentação e da forma como é regido pela legislação nacional. E neste contexto, Verçosa e Barros (2002, p.41) já alertavam nos idos de 2002 sobre o crescimento da utilização do *drop down* e a falta previsão legal, fazendo com que as partes procurem diferenciá-lo de outras figuras típicas de reorganização societária estabelecidas.

Verçosa e Barros demonstram que o *drop down* não pode ser confundido com as formas societárias previstas no ordenamento jurídico, sobretudo com a cisão, a incorporação e a constituição de uma subsidiária integral (2002, p.44). É bem verdade que o Direito Societário é marcado pela rigidez e formalidade (2002, p.43) e que diante da ausência de normas específicas, o Judiciário e o Fisco têm analisado as operações societárias em comparação com as figuras já estabelecidas na legislação. Contudo, na visão dos autores, o *drop down* poderia ser recebido e regido no Direito brasileiro pelo princípio constitucional da liberdade das convenções, previsto nos artigos 5º, inciso II, e 170 Constituição Federal, “desde que não sejam feridos princípios cogentes” (2002, p.42).

Quanto à distinção com a cisão, Haroldo Verçosa e Zanon Barros ressaltam que em rápida análise pode parecer que o *drop down* seja equiparado à cisão (2002, p.42), considerando que o art. 229 da Lei das S.A. a define como a transferência pela companhia de “parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.” Também é destaque o fato de o aumento do capital social na sociedade resultante da cisão decorrer do recebimento do patrimônio da companhia cindida, o que tem relativa semelhança com o *drop down* (Verçosa *et al.*, 2002, p.42)

Entretanto, a peculiaridade da cisão está na determinação legal de transferência de parcelas do patrimônio, situação que indica, segundo Modesto Carvalhosa, a alocação de elementos de ativo e passivo (1998, p. 293). Os bens transferidos devem constar na assembleia geral da sociedade cindida, “o que não costuma ser feito no *drop down*”, ressaltam Verçosa e Barros (2002, p. 43). Apontam também os autores que deverá ser feito balanço especial e apurado o Imposto de Renda, não havendo como ser feito o aproveitamento de prejuízos fiscais na sociedade recebedora dos ativos. Tais efeitos desestimulam a cisão e incentivam a adoção de alternativas como o *drop down*, mas, diante da ausência de dispositivo que

o regulamente, há o risco deste ser interpretado como uma cisão pelo Fisco, pela aplicação do artigo 116 do Código Tributário Nacional (2002, p. 43). Por fim, a cisão tem como consequência a extinção ou supressão no capital social da sociedade transferente do valor condizente aos bens envolvidos. E este é o grande trunfo do *drop down*: a inexistência de perda para a empresa transferente; a operação é caracterizada pela substituição de elementos patrimoniais.

Esta também é a razão que não se aplica ao *drop down* o mesmo tratamento dado à incorporação, de acordo com Verçosa e Barros, pois nesta haverá a extinção da sociedade incorporada, nos termos do artigo 227 da Lei das S.A. (2002, p. 43). Já em relação à constituição de subsidiária integral, prevista no artigo 251 da Lei das Sociedades Anônimas, que deve ter como controladora somente uma companhia brasileira, dependerá da realização de avaliação dos bens envolvidos, conforme artigo 8º da referida lei. Tal exigência afastaria a subsidiária integral de um *drop down*, na visão de Haroldo Verçosa e Zanon Barros (2002, p. 45).

Há, por outro lado, autores que já enxergam na legislação operações societárias que poderiam ser consideradas como *drop down*. Ricardo Tepedino defende que a constituição de subsidiária integral se assemelha ao *drop down* a ponto de propor a tradução para a língua portuguesa como “trespasse para a subsidiária” (Tepedino, 2006, p. 59). Trespasse é o instituto jurídico que descreve a transferência da titularidade do estabelecimento comercial da empresa, este definido no art. 1.142 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) como o “complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária” (Brasil). Tepedino esclarece que o estabelecimento é composto por “bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, como a marca, a tecnologia, pontos comerciais, etc., que não necessariamente pertencem ao empresário ou à sociedade empresária – bastante que os possa usar ou usufruir” (2006, p. 60). Assim, o autor entende que a transferência do estabelecimento, podendo aqui ser um ramo ou unidade produtiva, para uma subsidiária da sociedade, de modo que o capital social da sociedade transferente em sua subsidiária será composto pelo valor do estabelecimento transferido, seria melhor denominado como trespasse para subsidiária e não *drop down* (2006, p. 64).

Em artigo mais recente, Marcelo Pires Santos de Souza (2024) expressa que até agosto de 2021 o *drop down* poderia ser considerado uma operação atípica na legislação brasileira, no sentido de que não havia regulamentação específica, ainda

que isoladamente para determinado setor ou operações. O autor expõe que com a entrada em vigor da Lei nº 14.193 em 9 de agosto de 2021, que trata da Sociedade Anônima do Futebol – SAF, popularmente conhecida como “Lei das SAFs”, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever o *drop down* como uma forma de constituição de uma SAF. É bem verdade que o art. 2º, inciso II, da Lei da SAF retratada que a Sociedade Anônima de Futebol pode ser criada “pela cisão do departamento de futebol do clube ou pessoa jurídica original e transferência do seu patrimônio relacionado à atividade futebol”. Contudo, Marcelo de Souza ressalta que a cisão mencionada em nada se confunde com a prevista no art. 229 da Lei n. 6.404/1976, pois se refere à “cisão do departamento de futebol – e não cisão do clube ou da pessoa jurídica original”.

Interessante verificar que muito embora o termo *drop down* tenha ganhado destaque nos Estados Unidos, Diandra Cesário (2016, p. 51) expõe que os estadunidenses podem entendê-lo como “uma técnica de para versão de ativos em uma subsidiária e não uma forma de reorganização societária em si”.

Kidder Hafany (2001, p. 199-183) expõe que a legislação estadunidense trata o *drop down* e o *spin-off* como sinônimos. *Spin-off* pode ser entendida como uma “transferência de ativos e passivos no plano vertical da empresa para uma ou mais subsidiárias” (Calegari *et al.*, 2021, p. 36707), sendo observado uma maior utilização *drop down* desta forma por Hafany (2001).

Hafany também ressalta que não há incidência de tributação nesta operação nos Estados Unidos, desde que sejam atendidos requisitos legais prévios, tais como a necessidade “continuidade do negócio e o atendimento à finalidade social”, demonstrando que o propósito do legislador para o *drop down* “consiste em incentivo a expansão econômica, a produtividade, a competitividade e a garantia de prestação de serviço essencial para a sociedade” (2001, p. 199-183).

Um dos exemplos que será adiante discorrido, pelo fato de haver um número relevante de discussões no CARF, é a operação de *drop down* entre a Bertin e a JBS. No caso, a Bertin Ltda. criou uma subsidiária integral que a denominou como Bertin S/A, transferindo ativos e passivos que seriam referentes ao que se denominou “segmento do boi”, de modo que o total dos ativos transferidos corresponderam à participação da Bertin Ltda no capital social da Bertin S/A.

A discussão no CARF, porém, centralizou-se nos efeitos da posterior incorporação da Bertin S/A pela JBS, se também abrangeriam os débitos tributários da Bertin Ltda ou se pelo fato de ter ocorrido anteriormente o *drop down*, a responsabilidade tributária pelo passivo tributário da Bertin Ltda não se estenderia à JBS.

2 METODOLOGIA E DESCRIÇÃO DOS RESULTADOS

Trata-se de estudo qualitativo de caráter descritivo realizado a partir de uma análise documental. Para tanto, as evidências foram coletadas no sítio eletrônico do CARF em uma plataforma de pesquisa de julgados denominada “Acórdãos e Resoluções do CARF – VER” ou também chamada de “Projeto VER do CARF”.

Criado pelo CARF no ano de 2021, a plataforma de pesquisa “Projeto VER” é uma base de dados de pesquisa possuindo mais de meio milhão de documentos em seu banco de dados, estruturada para ser um ambiente de pesquisa organizado em tópicos, categorias, câmaras, seções, matérias, nome do relator, entre outras opções que aprofundam a pesquisa realizada (CARF, 2023).

Para a coleta de dados, fez-se a busca por meio de palavras-chaves que representassem a matéria em análise sendo: “drop down”; “trespasse e subsidiária” e “spin off”.

A coleta e análise dos dados pode ser melhor demonstrada na Tabela 1:

TABELA 1 – PROCESSOS ANALISADOS

Palavras-chaves	Nº de processos retornados	(-) Nº de processos excluídos	(=) Total (nº de processos analisados)
drop down	4	26	29
trespasse e subsidiária	3	101	104
spin off	1	15	16
Total	8	142	149

FONTE: Autor.

Percebe-se que a grande maioria dos casos analisados não foram considerados pertinentes à resposta da pergunta de pesquisa. Os 142 processos excluídos traziam menções breves ou insuficientes dos termos de pesquisa utilizados, impossibilitando uma resposta significativa ao conceito de drop down verificado nos julgados do CARF.

A análise não foi restrita à ementa dos casos, mas procurou-se encontrar na decisão onde foi mencionado o termo “drop down”, “trespasse e subsidiária” e “spin off”. Também foi verificado o contexto em que se aplicava os termos, o relatório fático do caso e as possíveis implicações do raciocínio desenvolvido no julgado para o conceito de *drop down*, com a intenção de se perquirir alguma aplicação por meio de palavras sinônimas.

Percebe-se, ainda, que o mesmo contexto fático é encontrado em repetidos julgados. Isto se deve ao fato de que as autuações fiscais muitas vezes tratam do mesmo contexto fático, mas são segregadas por exercícios fiscais, natureza do tributo ou da obrigação (se principal ou acessória), com o fito de tornar a decisão mais específica e trazer uma resposta mais qualificada pelos julgadores. É por isso, também, que muitos julgados encontrados ocorreram nas mesmas datas ou em sessões de julgamento muito próximas.

Na pesquisa do termo “drop down” e “trespasse e subsidiária”, foram encontrados os Processos Administrativos Fiscais nºs 15868.720125/2011-98 e 15868.720080/2011-51 envolvendo a operações societárias entre as empresas Bertin Ltda, Bertin S/A e JBS S/A que melhor dissecaram a respeito do conceito de *drop down*.

Trata-se de cobrança de tributos originalmente devidos pela empresa Bertin Ltda. que constituiu uma subsidiária integral denominada Bertin S/A, em 27/07/2007, inicialmente integralizando no capital social o montante de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) em dinheiro. Juntamente com a Bertin Ltda, havia participação do Sr. Silmar Roberto Berti, que integralizou apenas R\$ 1,00 (um real) (CARF. PROC 15868.720125/201198. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1º Câmara, 1ª Turma Ordinária, 1ª Seção, 13 fev. 2014, p. 1344).

A autoridade fazendária apontou que os Livros Diários da Bertin S/A demonstram em 01/10/2007 ocorreu a integralização no capital social pela Bertin Ltda por meio de parte de seu patrimônio, destacando “foram vertidas obrigações (em valores relevantes), e não só bens e direitos, ou seja, foi vertido patrimônio, que líquido (ativo menos passivo) foi valorado em R\$ 18.000.000,00.” Um dos elementos determinantes para interpretação de que não se restringiu a um drop down pelo Fisco é de que foram também transferidos “bens, direitos e obrigações desvinculados dos referidos estabelecimentos, o que de novo denota uma operação de maior vulto, como por exemplo investimentos no exterior, todas as marcas da empresa Bertin Ltda., quase todo o passivo da Bertin Ltda.” (Ibidem, 2014, p. 1345).

O Fisco defende que a realização de um *drop down* para a segmentação de das atividades relacionados aos negócios relacionados à pecuária e a indústria referente não foi o único objeto, razão pela qual entende que houve cisão parcial nesta operação (Ibidem, 2014, p. 1345).

Posteriormente, o que ocorreu foi a aquisição da Bertin S/A pela JBS S/A. E nisto chega-se a um dos pontos importantes de toda a discussão: a existência ou não de responsabilidade tributária dos débitos da Bertin Ltda pela JBS S/A, a teor dos artigos 124, I e 132 do Código Tributário Nacional (Ibidem, 2014, p. 1353).

A responsabilidade do artigo 124, I do CTN é imputada aos sujeitos que não realizaram o fato gerador do tributo, mas possuem interesse comum na situação que originou a cobrança do gravame. Já o artigo 132 impõe a condição de sujeito passivo na relação tributária às pessoas jurídicas resultantes de fusão, incorporação e transformação, estendendo-se também aplicável às cisões pela interpretação dos tribunais judiciais e administrativos.

A tese do Fisco foi vencedora neste julgamento de 2014, entendendo-se que com a ocorrência da cisão parcial da Bertin Ltda que gerou a Bertin S/A, a responsabilidade pelos débitos até a data do ato é também atribuída à subsidiária, razão pela qual sujeição passiva dos tributos se estenderia à JBS S/A, (Ibidem, 2014, p. 1354).

Merece destaque o voto da Conselheira Cristiane Silva Costa, que muito embora favorável ao recurso voluntário da JBS S/A, afastou a responsabilidade tributária sem fazer menção à literatura, ou seja, não buscou fundamento nos conceitos de *drop down* tais como os apontados nos tópicos anteriores.

A Conselheira Cristiane entendeu que a atribuição de responsabilidade tributária fundamentada no artigo 124 do Código Tributário Nacional não se aplicaria ao caso, pois para que seja configurado o interesse comum que se refere este dispositivo legal, é preciso que as partes envolvidas no negócio estejam no mesmo polo da relação jurídica. É neste contexto que incidiria o artigo 124 do CTN, com amparo nos ensinamentos do respeitado jurista Paulo de Barros Carvalho e em julgados do Superior Tribunal de Justiça. Assim, a Conselheira argumentou que a transação envolvendo a Bertin Ltda e a Bertin S/A (posteriormente denominadas Bracol Ltda e Bracol S/A, respectivamente) não demonstra que ambas estavam no mesmo polo, mas em posições antagônicas na relação, como de um vendedor e de um comprador. E mais, a interpretação da julgadora é de que o Fisco confundiu o interesse comum do artigo 124, I do CTN com o interesse econômico das partes na relação, este, logicamente, existentes (Ibidem, 2014, p. 1375).

Discorre, ainda, que se o artigo 124, II do CTN permite que a responsabilidade recaia à pessoa expressamente designada em lei, ao verificar o artigo 5º, §1º, alínea a,

do Decreto Lei n. 1.598/1977, em que a atribui como responsável às empresas cindidas, o que não seria o caso (Ibidem, 2014, p. 1375).

Quanto ao *drop down*, interessante a Conselheira diverge “da qualificação da operação como cisão, eis que a falta de previsão específica na legislação não altera a liberdade de contratar e a natureza da operação como Drop Down”, ou seja, não seria a ausência de previsão de legal em relação ao *drop down* que faria com que se aplicasse o regramento para outra forma societária, no caso a cisão (Ibidem, 2014, p. 1373).

Com o mesmo contexto fático, no processo 15868.720080/2011-51, julgado em 2023, é relatado que o contribuinte defende o afastamento da responsabilidade ao discorrer que ocorreu, na verdade, um *drop down*, fundamentando-se em grande medida nos conceitos empregados por Verçosa e Barros e Ricardo Tepedino a respeito do tema (CARF. PROC 15868.720080/2011-51. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1º Câmara, 3ª Turma Ordinária, 1ª Seção, 15 mar. 2023, p. 1488).

A versão do contribuinte é de que a Bertin Ltda transferiu ativo e passivo em relação ao “segmento do boi” à Bertin S/A como uma estratégia comercial e que não houve a extinção parcial ou total da Bertin Ltda, mas apenas a transferência de parte de seu patrimônio com a correspondência no capital social de sua subsidiária (Ibidem, 2023, p. 1420).

Daí que a operação de reorganização societária não se traduz em cisão, nem incorporação, mas apenas de *drop down* que não tem correspondente na legislação e não poderia ser entendido como pertencente às hipóteses de responsabilidade por sucessão do artigo 132 do Código Tributário Nacional, como quer o Fisco, tampouco pelo artigo 124, I do CTN, por inexistir interesse comum entre as partes (Ibidem, 2023, p. 1420).

Interessante notar que este julgamento foi favorável ao contribuinte, em que o acórdão proferido foi assim ementado: “embora o artigo 132 do Código Tributário Nacional (“CTN”) estabeleça a hipótese de responsabilidade tributária do sucessor nas hipóteses de cisão parcial, não se admite a sua aplicação para as operações de drop down, cuja natureza jurídica é distinta da cisão.” (Ibidem, 2023, p. 1415).

Tais julgados foram encontrados tanto utilizando o termo “drop down” como “trespasse e subsidiária”.

No processo nº 16561.720127/2015-18, a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção julgou, em 17/10/2020, um caso tendo como autuada a empresa Vialco

Concessões Rodoviárias SPE Ltda que alienou a sua participação (6,19%) na capital social da Rodovias Integradas do Oeste S.A. (SP Vias Concessionárias) para a empresa Companhia de Participações em Concessões (CPC) em 03/08/2010 (CARF. PROC 16561.720127/2015-18. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 2ª Turma Ordinária, 4ª Câmara, 2ª Seção, 17 out. 2020, p. 868).

Esclarece o Fisco que isto fazia parte da estratégia da CPC, com investidas iniciadas em 2009, para adquirir o controle acionário da SP Vias (Ibidem, 2020, p. 869).

A CPC tem como acionista majoritária a CCR. E foi por meio desta última que foi proposta a oferta aos acionistas da SP Vias para a aquisição da Rodovias Integradas do Oeste S.A., tendo sido aceita a proposta, 03/08/2010, após negociações, com a assinatura do Contrato de Compra e Venda de Ações e Quotas e outras Avenças (Ibidem, 2020, p. 868).

Paralelo a isto, a Vialco SPE que detinha a participação majoritária na Vialco Construções e Participações Ltda., no total de 4.951.763 (quatro milhões novecentos e cinquenta e um mil setecentos e sessenta e três) quotas, cedeu gratuitamente, em 11/06/2010, a totalidade das quotas à Interban Sociedad Anónima, sediada no Uruguai, que até então detinha apenas uma quota na Vialco Construções e Participações Ltda (Ibidem, 2020, p. 869).

Posteriormente, a Interban Sociedad Anónima cedeu uma quota ao Sr. Luis Emilio Prassolo, cidadão argentino (Ibidem, 202, p. 869).

Para o Fisco ocorreu um planejamento abusivo visando a evitar o pagamento de 34% (25% de IRPJ e 9% da CSLL) pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil para que pudesse ser recolhido apenas 15% de Imposto de Renda sobre ganho de capital na transferência de quotas para a pessoa jurídica domiciliada no exterior (Ibidem, 202, p. 869).

No Voto Vencido, o Conselheiro Relator Caio Cesar Nader Quintella menciona que no caso ocorreu uma operação de *drop down*. O Relator cita a definição de Verçosa e Barros para o qual o *drop down* “é uma uma operação de transferência de ativos, no plano vertical, neles incluídos bens tangíveis e intangíveis, utilizando-se do mecanismo de aumento de capital na sociedade receptora” (Ibidem, 2020, p. 884).

Prossegue o Conselheiro Relator aduzindo que a operação tem como objetivo a proteção de um ativo de “contaminações de riscos e danos que a pessoa jurídica operacional, originalmente detentora, está sujeita nas suas demais

atividades”. Sendo provável a sua alienação, o *drop down* auxilia na proteção deste ativo, uma blindagem (Ibidem, 2020, p. 885).

Menciona, ainda, o Parecer PGFN/CAT nº 21/2015, que muito embora trate sobre *drawback*, é reconhecido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que o *drop down* é uma operação atípica, ou seja, sem previsão na legislação, mas que é comum nos negócios empresariais (Ibidem, 2020, p. 884).

O Conselheiro observa, então, que este seria o propósito negocial, “que não só é totalmente legal, como também corriqueiro, compondo as prerrogativas da plena liberdade organizacional de qualquer empresa ou grupo empresarial”. Desta forma, o Conselheiro não entende abusiva a criação da Vialco SPE especificamente para esta operação, pois entende que isto contempla a finalidade do *drop down* (Ibidem, 2020, p. 884).

Reforça que o *drop down* tem como escopo uma proteção abstrata e geral para evitar a contaminação com outras ocorrências relacionadas às atividades da empresa, caracterizando-se por ser uma “decisão técnica, estratégica, comum e dentro da praxis do mercado, e não uma medida casuística” (Ibidem, 2020, p. 885).

O voto vencedor, contudo, foi proferido pelo Conselheiro Leonardo de Andrade Couto em que aduz ser a cessão gratuita da participação da Vialco Construções e Participações Ltda para a Interban Sociedade Anonima Participações Ltda o fato que gerou a irregularidade e não propriamente a criação da Vialco SPE. Fundamentou-se que essa cessão não onerosa representa um favor tributário, pois ao invés da Vialco SPE ter arcado com a alienação das cotas e recolhido o IRPJ e a CSLL no total de 34%, houve a tributação de 15% sobre o ganho de capital com a utilização da Interban (Ibidem, 2020, p. 899).

Este caso também foi encontrado na pesquisa dos termos “drop down” e “trespasse e subsidiária”.

Chamou a atenção no processo de nº 10600.720017/201728, com sessão realizada em 11 de dezembro de 2018, que o esclarecimento do recorrente Aperam Inox América Do Sul S.A., no relatório fático, a ocorrência da operação societária denominada spin off consubstanciada na aprovação por meio assembleia de acionistas em Luxemburgo, na sede da controladora AcerlorMittal S/A, caracterizada pela “separação (spin off) do segmento de aço inox das demais operações do conglomerado siderúrgico mundial, fazendo surgir a APERAM S.A”

(CARF. PROC 10600.720017/2017-28. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 2ª Turma Ordinária, 4ª Câmara, 1ª Seção, 11 dez. 2018, p. 1822).

Por mais que não tenha ocorrido o julgamento com base neste conceito, é interessante observar que a forma como se demonstra o spin off se assemelha a um drop down ou trespasse para subsidiária.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que são ainda muito escassas as discussões envolvendo *drop down* no CARF, muito embora nos processos tenha havido o reconhecimento de que são operações corriqueiras no contexto brasileiro.

Há que se verificar que a ausência de dispositivos legais específicos para o *drop down* faz com que a construção do raciocínio do Fisco, na ânsia de obter mais arrecadação, seja pontuada nas estruturas societárias já existentes na legislação, com o intuito de atribuir a responsabilidade tributária a outras empresas, sobretudo àquelas em que realizam a atividade empresarial na atualidade.

Não há como se obter um diagnóstico preciso do posicionamento do CARF sobre as operações de *drop down*, mas já é possível diagnosticar a forma como o Fisco analisa tais formas de reorganização societária, entendendo como sendo cisões para o fim de atrair a responsabilidade tributária dos artigos 124, I e 132 do Código Tributário Nacional ao receptor dos bens.

É observável também que muito embora as discussões sejam escassas, os conceitos referentes ao *drop down* bem dissecados pela literatura já se encontram em julgados do CARF, o que aponta para uma esperança de que a análise desta operação tende a ser feita com substratos sólidos e não em meras construções teóricas desprovidas de uma análise mais acurada.

Percebe-se, portanto, que há insegurança jurídica na aplicação do *drop down*, o que se traduz em um desestímulo aos negócios que poderiam ser realizados por meio desta forma de reorganização societária, que de fato não se confunde com a cisão e a incorporação.

Há ainda um longo caminho a ser trilhado e certamente a edição de lei específica para o *drop down*, que seja decorrente de um debate proveitoso entre as organizações representativas das empresas e o Fisco, em que se obtenha um ponto de convergência poderia estimular a realização de tais negócios, aumentar a atividade econômica no país, incrementar a arrecadação e trazer segurança jurídica não apenas aos investidores, mas também ao próprio Fisco Federal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Diego Saldo; ASSUMPÇÃO, Debora Skibinski; KRONBAUER, Clovis Antonio. reorganização societária atípica: impactos contábeis e tributários de reorganizações societárias caracterizadas como drop down **Revista de Contabilidade da UFBA**, Salvador-Ba, v. 8, n. 3, p. 52-74, set-dez 2014.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, v. 4., t. 1, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 293 in VERÇOSA, H.; BARROS, Z. Recepção do “drop down” no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 125, p. 41-47, jan./mar. 2002.

CARVALHOSA, Modesto e KUYVEN, Fernando. Sociedades Anônimas, Coleção Tratado de Direito Empresarial. Vol. 3. Coordenação Modesto Carvalhosa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. In: FERRAZ, Felipe Coube; CORRÊA, Falco Laís. Drop Down. **Revista de Direito Societário e M&A**, São Paulo, jun. 2021.

CESÁRIO, Diandra Domingues. A Operação Societária de Drop Down como Remédio Antitruste no Controle dos Atos de Concentração. In: Revista de Defesa da Concorrência, v. 4, n. 2, nov. 2016. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.7, n.4, p. 36699-36720 apr 2021.

FONSECA, Frederico de Almeida; GARCIA, Ana Carolina Moreira. Versão de Ativo Intangível (Ágio) em Operações Societárias de Drop Down. In.: BOTREL, Sérgio (Coord.). **Direito Societário: análise crítica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 402-415.

HANAFY, Karim H. Section 335 Spin-off + Section 368 Reorganization ≠ Section 355 (E). It's Simple Math: The Anti-Morris Trust Bill Simply Does Not Add Up. In: Houston Business and Tax Law Journal, Houston, v. 1, p. 119-183, 2001. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.7, n.4, p. 36699-36720, apr 2021.

NOBRE, Marcelo. Drop down, a operação societária do século 21. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/marcelo-nobre-drop-down-operacao-societaria-seculo-21/>. Acesso em 30/09/2024.

SOUZA, Marcos Pires Santos. Drop down para constituição de sociedade anônima do futebol (saf): tratamento contábil e tributário da versão do “patrimônio relacionado à atividade futebol”. **Revista de Direito Contábil Fiscal**. Abr. 2024.

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.

VERÇOSA, H.; BARROS, Z. Recepção do “drop down” no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 125, p. 41-47, jan./mar. 2002.