XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

JONATHAN BARROS VITA

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito tributário e financeiro II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jonathan Barros Vita; Liane Francisca Hüning Pazinato; Yuri Nathan da Costa Lannes. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-636-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito tributário. 3. Financeiro. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

Apresentação

O XXIX Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em parceria com a UNIVALI, entre os dias 07 e 08 de dezembro de 2022, apresentou como temática central "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities". Esta questão suscitou intensos debates desde o início e, no decorrer do evento, com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados, fóruns e painéis que ocorreram em Balneário Camboriú.

Os trabalhos contidos nesta publicação foram apresentados como artigos no Grupo de Trabalho "DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II", realizado no dia 08 de dezembro de 2022, que passaram previamente por no mínimo dupla avaliação cega por pares. Encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido produzidos na temática central do Grupo de Trabalho.

As temáticas abordadas decorrem de intensas e numerosas discussões que acontecem, com temas que reforçam a diversidade cultural brasileira e as preocupações que abrangem problemas relevantes e interessantes, a exemplo do direito tributário, do direito financeiro e das preocupações que surgem na relação entre fisco e contribuinte no tocante a proteção de dados pessoais, bem como políticas públicas e tributação sob o prisma da solidariedade social.

Espera-se, então, que o leitor possa vivenciar parcela destas discussões por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela sua inestimável contribuição e desejamos uma proveitosa leitura!

Profa. Dr. Jonathan Barros Vita– UNIMAR

Prof. Dra. Liane Francisca Hüning Pazinato - FURG

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes – Mackenzie/FDF

A TRANSFERÊNCIA DE ESTABELECIMENTO POR MEIO DA OPERAÇÃO SOCIETÁRIA DE "DROP DOWN": UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

THE TRANSFER OF ESTABLISHMENT THROUGH THE CORPORATE OPERATION OF DROP DOWN: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF TAX RESPONSIBILITY

Alexandre Naoki Nishioka [1]
Kaio Henrique Zanin Vieira [2]
Flavio Gomes Jacinto Junior [3]

Resumo

A prática empresarial demanda dos agentes econômicos a realização de arranjos societários não previstos em lei. A possibilidade de praticar de negócios atípicos constitui, a um só tempo, um relevante instrumento jurídico de validação da criatividade humana e uma fonte de incertezas no processo de aplicação das normas jurídicas, inclusive em matéria tributária, já que as normas fiscais também costumam empregar uma linguagem em seus enunciados que aludem aos contratos típicos do direito privado. O presente artigo busca analisar, com foco no direito tributário, um desses negócios jurídicos atípicos: a operação societária de "drop down". Mediante uma análise interdisciplinar da matéria, operacionalizada metodologicamente de acordo com os propósitos do presente estudo, a pesquisa realiza uma análise teórica sobre a responsabilidade tributária na transferência de estabelecimento por meio da operação de "drop down", a partir de uma abordagem normativa e estrutural desse mecanismo societário atípico. Ao final, à luz da jurisprudência administrativa produzida no âmbito do CARF e da controversa teoria do propósito negocial, o presente artigo busca realizar um diagnóstico qualitativo do tratamento tributário que tem sido dedicado ao tema.

Palavras-chave: Responsabilidade tributária, Operações societárias, "drop down", Propósito negocial, Atipicidade contratual

Abstract/Resumen/Résumé

Business practice requires economic agents to carry out corporate arrangements not provided for by law. The possibility of carrying out atypical businesses is, at the same time, a relevant legal instrument for validating human creativity and a source of uncertainty in the process of applying legal rules, including in tax matters, since tax rules also tend to use a language in its statements that allude to the typical contracts of private law. This article seeks to analyze,

[1] Professor Doutor de Direito Tributário da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Ex-Conselheiro do CARF. Sócio fundador do Nishioka & Gaban Advogados.

[2] Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Associado do Nishioka & Gaban Advogados.

[3] Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado.

focusing on thax law, one of these atypical legal transactions: the drop down corporate transaction. Through an interdisciplinary analysis of the subject, methodologically operationalized according to the purposes of the present study, the research performs a theoretical analysis on tax responsability in the transfer of establishment through the drop down operation, from a normative and structural approach of this atypical contract. Finally, in the light of the administrative jurisprudence produced within the scope of CARF and the controversial theory of business purpose, this article seeks to carry out a qualitative diagnosis of the tax treatment that has been dedicated to the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Tax responsability, Corporate operations, Drop down, Business purpose, Contractual atypicality

INTRODUÇÃO

Transformação, incorporação, fusão e cisão constituem as quatro tradicionais operações de reorganização societária no direito brasileiro. Por estarem tipificadas, respectivamente, nos artigos 220, 227, 228 e 229 da Lei nº 6.404/1976 (LSA), tais operações tendem a fornecer maior segurança jurídica aos agentes econômicos que optam pela reorganização do patrimônio social por meio delas, haja vista que seu maior grau de positivação no ornamento jurídico brasileiro, alcançado pela figura jurídica do tipo, confere a esses negócios jurídicos uma existência e disciplina preestabelecidas conforme o texto legal que lhes é aplicável (FORGIONI, 2018, p. 50).

É comum, entretanto, que a prática empresarial demande a realização de arranjos societários não previstos em lei. Trata-se das operações societárias atípicas. Validados pelo artigo 425 do Código Civil (CC), esses contratos empresariais podem dar azo a uma maior subjetividade interpretativa, na medida em que se formam à margem dos paradigmas definidos em lei (GOMES, 2007, p. 119), o que impede a sua automática recondução a um ajuste regulatório fixo, definido rigidamente conforme os traços essenciais da "imagem global do tipo" (LARENZ, 1997, p. 666).

A atipicidade dos negócios jurídicos constitui, portanto, um relevante instrumento jurídico de validação da criatividade humana e da sofisticação comercial (TORRES, 2003, p. 158), bem como uma potencial fonte de incertezas na aplicação do direito, inclusive no âmbito do direito tributário, haja vista que as normas fiscais também costumam empregar uma linguagem em seus enunciados que aludem aos contratos típicos do direito privado (POLIZELI, ANDRADE, 2018, p. 476).

É justamente pelo fato de assumir, no ordenamento jurídico brasileiro, a estrutura de um negócio jurídico atípico, que a operação societária de *drop down* suscita diversas controvérsias, que vão desde a sua recepção pelo ornamento jurídico brasileiro até a validade de sua utilização no âmbito do planejamento tributário.

Em meio a essa polêmica, situado na zona fronteiriça entre o direito privado e direito tributário, o presente artigo se propõe a analisar parte das dificuldades que envolvem a transferência de estabelecimento por meio da operação societária de *drop down*. A partir de um exame interdisciplinar desse evento societário atípico, esta pesquisa buscará analisar: *(i)* a estrutura jurídica da operação societária de *drop down* e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro; *(ii)* o tratamento fiscal, sob o prisma da responsabilidade tributária, aplicável à transferência de estabelecimento por meio do *drop down* e *(iii)* a utilização do *drop down* no

âmbito do planejamento tributário, à luz da controversa teoria do propósito negocial, tendo em vista a sua aplicação pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

1 MARCOS TEÓRICOS E PERCURSOS METODOLÓGICOS

O estudo do tratamento tributário dedicado às operações societárias requer, teórica e metodologicamente, uma análise dos pontos de interseção entre o direito privado e o direito tributário. Apesar das controvérsias existentes acerca do grau de autonomia do direito tributário em relação ao direito privado, é inegável que ambos os ramos do direito fazem parte de uma única ordem jurídica, motivo pelo qual o direito tributário não se subordina pode ser indiferente ao direito privado (SCHOUERI, 2019, p. 763).

As manifestações de capacidade contributiva se dão no âmbito das relações econômicas regidas, a princípio, pelo direito privado (i.e. compra e venda, locação, permuta, prestação de serviço etc.), motivo pelo qual a investigação das consequências tributárias decorrentes dessas relações jurídicas não deve prescindir do arcabouço conceitual e analítico que o direito privado oferece (OLIVEIRA, 2021, p. 541).

Essa atenção dedicada à ciência do direito privado não impede, entretanto, que o hermeneuta conclua que determinado termo contido na lei tributária não corresponde especificamente a um conceito de direito privado, mas sim a um sentido jurídico-tributário próprio, à luz do qual os fatos jurídico-tributários devem ser qualificados (GALENDI JÚNIOR, 2020, p. 421).

A partir dessas premissas dogmáticas, por meio das quais é possível reproduzir, no plano teórico, a dinâmica real da prática tributária – renunciando, assim, a todo e qualquer idealismo presente tanto na concepção do direito tributário enquanto "um mero direito de sobreposição" como de uma "disciplina autossuficiente" –, este artigo objetivará, mediante a adoção do método qualitativo de pesquisa, compreender, à luz do ordenamento jurídico vigente, os efeitos ficais da operação societária de *drop down* sob a perspectiva da responsabilidade tributária.

Os marcos teóricos acima expostos assumem no presente estudo, portanto, uma dimensão não apenas dogmática, mas também metodológica, qual seja, a de oferecer uma adequada aproximação do objeto de estudo tal como ele se apresenta na realidade jurídica. Isso decorre do fato de que a correta descrição do fenômeno aqui estudado demanda uma certa abdicação das prévias filiações às escolas "autonomistas" ou "antiautonomistas" do direito tributário (TEODOROVICZ, 2017, p. 454), haja vista que, na prática, ambas produzem suas

respectivas zonas de influência no âmbito das operações societárias.

Ao final, alicerçado nos dados bibliográficos e jurisprudenciais que fundamentam a presente pesquisa, o presente artigo buscará oferecer uma conclusão acerca das operações e inferências realizadas ao longo do estudo, a fim de que o leitor possa avaliar as evidências apresentadas à luz da análise substantiva exposta, de acordo com os preceitos teóricos do método qualitativo de pesquisa em ciências sociais (BECKER, 1993, p. 63-64).

2 A ESTRUTURA JURÍDICA DA OPERAÇÃO SOCIETÁRIA DE *DROP DOWN*

O *drop down* é a operação na qual uma sociedade (conferente) transfere bens de seu estabelecimento comercial a uma subsidiária (receptora), obtendo desta ações representativas do seu capital social (TEPEDINO, 2006, p. 57-83). Trata-se, portanto, de uma operação de reestruturação societária caracterizada, essencialmente, por uma substituição de elementos patrimoniais por participações societárias.

Podemos notar, à primeira vista, certas semelhanças entre o *drop down* e a cisão parcial, operação na qual uma companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, dividindo o seu capital, mediante transferência de quotas ou ações da empresa receptora dos ativos transferidos aos sócios da empresa cindida (PRANDINI JÚNIOR, 2005, p. 373).

Em ambas as operações ocorre a transmissão de bens da sociedade conferente para uma sociedade receptora, que transfere, como moeda de troca, quotas ou ações representativas do capital social. Há, contudo, uma diferença crucial entre ambas. Enquanto, no âmbito da cisão parcial, a transferência das quotas ou ações da sociedade receptora se dá para os sócios da empresa cinda, no *drop down*, essa transferência se destina à própria sociedade conferente. Por consequência, a cisão parcial provoca a divisão do capital social da sociedade cindida, o que não ocorre na operação societária de *drop down*. A diminuição do capital social é, com efeito, o traço distintivo da operação de cisão parcial. Para que se tenha noção da importância desse fato na conformação jurídica cisão parcial, basta lembrar que, antes de sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, a operação era denominada de "redução do capital por cissiparidade" (NUNES, 1989, p. 103).

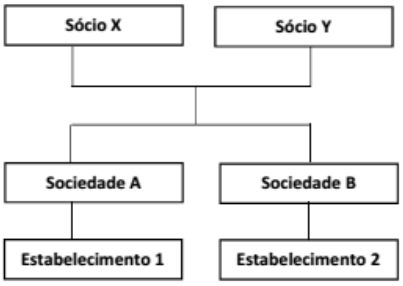
Para melhor compreensão das semelhanças e distinções entre a cisão parcial e o *drop down*, tomemos por base um modelo hipotético, no qual uma sociedade "A", composta pelos sócios "X e "Y", detém o controle de um estabelecimento "1", destinado à geração de energia elétrica, e também de um estabelecimento "2", que se destina à distribuição de energia elétrica.

Vejamos de que modo seria estruturado esse arranjo societário originário:

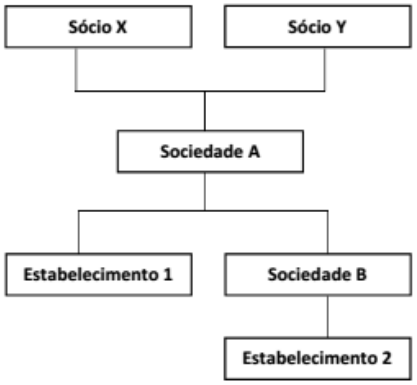


Suponhamos que a sociedade A, controladora de ambos os estabelecimentos, resolva segregar o estabelecimento 2, para que lhe seja dada uma gestão empresarial autônoma, livre dos conflitos de interesses existentes nesse arranjo societário. Vejamos, então, quais seriam os resultados da cisão parcial e do *drop down* no cumprimento desse mesmo propósito:

Cisão parcial



Drop down



Como se vê, tais operações produzem resultados notadamente distintos, os quais, sob uma perspectiva estratégica, não são nada triviais. Por ser capaz de promover divisões estruturais sem que isso provoque uma redução do capital social, o *drop down* constitui um mecanismo societário atrativo para empresas que necessitam da reestruturação patrimonial na mesma medida em que precisam manter o capital social incólume à operação adotada, objetivo esse inalcançável pela cisão parcial.

Por meio *drop down*, é permitido, então, que a sociedade A elimine os conflitos de interesse entre os estabelecimentos 1 e o estabelecimento 2, dando a necessária autonomia a este, sem que ela e seus sócios experimente qualquer espécie de perda, seja ela de natureza financeira, seja em relação ao controle acionário exercido sobre os estabelecimentos comerciais segregados.

Outra vantagem que, no processo de tomada de decisões, pode conduzir o agente

econômico à realização do *drop down*, é o fato de que a operação de cisão demanda uma série de ritos societários que, no âmbito de uma sociedade anônima, por exemplo, podem dificultar a operação. Fazem parte desse conjunto intrincado de ritos: a submissão de justificação à deliberação da assembleia geral, estabelecida pelo artigo 225 da LSA, bem como a avaliação do patrimônio a ser vertido, por meio de perícia técnica, para que seja assegurada a equivalência entre o seu valor e o capital a realizar, conforme determina o artigo 226 da LSA (COELHO, 2011, p. 255). Nesse sentido, o *drop down* se revela atrativo não só sob a perspectiva do resultado, mas também sob a do procedimento que leva ao resultado em questão.

Nesse cenário, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro não obsta a realização de contratos atípicos entre os agentes econômicos (artigo 425 do CC), bem como o fato de que a legislação societária nacional permite a constituição de subsidiárias integrais (art. 251 da LSA), é possível concluir que o *drop down* não é incompatível com o direito brasileiro. Sob o aspecto funcional, há que se destacar que tal operação instrumentaliza objetivos legítimos, como o é a segregação de elementos patrimoniais sem a necessária divisão do capital social. Logo, podemos afirmar que não há óbices juridicamente sustentáveis à incorporação do *drop down* na prática empresarial brasileira.

Mas a questão é: tendo a sociedade A optado pela segregação do estabelecimento 2, por meio do *drop down*, haverá efeitos fiscais, sob o prisma da responsabilidade tributária, decorrentes dessa operação societária atípica? O próximo tópico buscará enfrentar essa questão.

3 A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NA TRANSFERÊNCIA DE ESTABELECIMENTO POR MEIO DO *DROP DOWN*

O Código Tributário Nacional (CTN), em seu artigo 121, estabelece duas categorias distintas de sujeito passivo: *(i)* o contribuinte e *(ii)* o responsável. Embora a categoria do responsável tributário seja tratada de forma homogênea pelo mencionado dispositivo legal, o CTN cria disciplinas jurídicas distintas para dois diferentes tipos de responsável tributário, de modo que podemos desdobrar esse gênero em duas espécies: *(ii.i)* o substituto e *(ii.ii)* o responsável por transferência.

No que concerne ao *drop down*, importa ao presente artigo o estudo do possível enquadramento da sociedade resultante dessa operação na categoria de responsável por transferência, disciplinada pelos artigos 129 a 133 do CTN, cuja ocorrência demanda a coexistência, simultânea ou não, de dois fatos distintos, ambos descritos pela lei, quais sejam: *(i)* o fato jurídico tributário, que enseja a pretensão tributária em face de um pessoa (o

contribuinte, no mais das vezes, ou até mesmo um substituto) e *(ii)* um outro fato jurídico, que desloca a obrigação tributária para o responsável por transferência, de forma solidária ou não. O surgimento da obrigação tributária para o responsável por transferência, portanto, embora dependa da concretização da norma matriz de incidência tributária, não se realiza apenas com ela. Para tanto, é indispensável que, para além da ocorrência do fato gerador, também seja concretizada a hipótese da regra matriz de responsabilidade tributária (SCHOUERI, 2019, p. 590-591).

Voltemos, então, à estrutura societária hipotética construída no tópico anterior. Tendo a sociedade A optado por realizar a segregação do estabelecimento 2, mediante a operação societária de *drop down*, haveria efeitos tributários, sob o prisma da responsabilidade por transferência, decorrentes desse evento societário atípico? Em outras palavras: seria operacionalizada a transferência do passivo tributário da sociedade A para sociedade B? Se sim, solidaria ou subsidiariamente?

De saída, é preciso mencionar que o artigo 129 do CTN estabelece, em relação à responsabilidade tributária dos sucessores, que é irrelevante, para efeito de sucessão, existir ou não o lançamento tributário quando da data do evento que gerou a transferência. Isso decorre do fato de que referida norma tributária delega um mesmo tratamento aos créditos tributários definitivamente constituídos e àqueles que ainda estão em via de constituição, ou ainda, aos constituídos posteriormente, mas relacionados a obrigações anteriores. O critério relevante para a operacionalização da transferência dos débitos fiscais é, portanto, a data do fato gerador. A adoção desse indicador é de fundamental importância para as operações de reestruturação societária, tendo em vista que a *due dilligence* relativa a esses negócios empresariais não poderá se dar ao luxo de analisar somente aqueles tributos conhecidos e lançados, mas deverá investigar todos os fatos ocorridos até a data da efetiva sucessão empresarial (SCHOUERI, 2019, p. 608).

Logo, nos termos do modelo hipotético proposto no tópico 2, e desde que exista fundamento jurídico para tanto, é possível que se cogite que a sociedade B venha a ser responsabilizada, por sucessão, por obrigações tributárias incorridas pela sociedade A até a data da realização do *drop down*, mesmo que ainda não tivesse sido realizado o lançamento tributário das obrigações tributárias em questão.

Se, por um lado, a inexistência de lançamento prévio do crédito tributário quando da operacionalização do *drop down* não provoca grandes controvérsias em matéria de sucessão tributária, dada a previsão expressa do artigo 129 do CTN, por outro, há inúmeras dúvidas sobre qual dispositivo legal seria aplicável à operação em questão para fins de responsabilidade

tributária por transferência. Como ressaltado anteriormente, é comum que o direito tributário empregue termos em seus enunciados alusivos aos contratos típicos do direito privado (POLIZELI; ANDRADE, 2018, p. 476). Entretanto, por se tratar de uma operação atípica, é incerto o fundamento legal possivelmente aplicável ao *drop down* em matéria de sucessão tributária, o que gera uma boa margem de insegurança jurídica aos agentes econômicos que recorrem a esse evento societário alternativo.

Novamente, também em relação a este ponto, há que se traçar um paralelo entre a operação de *drop down* e a cisão parcial. Conforme exposto anteriormente, guardadas as devidas distinções, a cisão parcial é o mecanismo jurídico que mais se assemelha, sob o aspecto operacional, ao *drop down*. As semelhanças, entretanto, não param por aí. Também sob o prisma da responsabilidade tributária, ambas operações convergem para a falta de previsão específica no CTN.

Se esse silêncio normativo se revela com certa obviedade, em relação ao *drop down*, visto que não se poderia imaginar algo diverso de uma operação atípica, o mesmo não se pode afirmar em relação à cisão parcial, que se encontra positivada no artigo 229 da LSA. A ausência dessa operação no âmbito da referida norma tributária se deve a motivos historicamente justificáveis. Quando da promulgação do CTN, no ano 1966, o ordenamento jurídico-tributário simplesmente desconhecia tal instituto jurídico, que veio a ser positivado somente em 1976, com a inserção da LSA no ordenamento jurídico brasileiro (EJCHEL, 2020, p. 16).

Esse silêncio normativo atinente à cisão, no âmbito CTN, é uma das causas da inconsistência decisória em torno do assunto. A jurisprudência do CARF revela, a propósito dessa operação, entendimentos não só distintos, mas também antagônicos entre si. A título de mera exemplificação, analisemos a *ratio decidendi* dos julgados administrativos a seguir expostos.

Certa feita, ao ser examinada uma operação de cisão parcial na qual a autoridade lançadora havia atribuído a responsabilidade tributária por sucessão, em caráter solidário, da sociedade cindenda por tributos devidos pela sociedade cindida, decidiu o CARF que tal responsabilização seria imprópria, pelas seguintes razões: *(i)* referida cisão parcial não deu ensejo ao encerramento das atividades da empresa cindida, de modo que seria inaplicável a regra do artigo 132 do CTN, utilizado pela autoridade fiscal como fundamento da pretensa responsabilização por sucessão, já que a extinção da empresa incorporada ou fusionada seria, no entendimento dos julgadores, condição necessária à aplicação da referida norma tributária; *(ii)* e mesmo na hipótese de extinção da sociedade cindida – fez questão de consignar o CARF –, não seria aplicável a norma do artigo 132 do CTN, tendo em vista que tal dispositivo não

trata da hipótese de cisão, mas sim de "transformação, incorporação e fusão", de modo que seria inapropriada a afetação de responsabilidade tributária com base nesse fundamento jurídico, ante a ausência de previsão relativa à operação societária de cisão parcial; *(iii)* em sede de embargos de declaração, decidiu o CARF que as previsões contidas no artigo 5º, inciso III, e § 1º, alínea b, do Decreto-lei nº 1.598/77 e do artigo 207 do RIR/99 (artigo 196 do RIR/18), que estabelecem a solidariedade pela sucessão tributária da pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida, são incapazes de se sobrepor ou mesmo ultrapassar os limites contidos no art. 132 do CTN, razão pela qual seria impossível a responsabilização tributária por sucessão da empresa que absorver parcela da empresa cindida mas não extinta, como ocorre na hipótese de cisão parcial[1].

Num caso anterior, porém, decidiu o antigo Segundo Conselho de Contribuintes (órgão posteriormente incorporado ao CARF) que a responsabilidade tributária da sociedade cindenda pelos débitos tributários da sociedade cindida é não só viável, como também se realiza solidariamente. Tal conclusão foi embasada nas seguintes premissas: *(i)* o artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.598/77 (que se faz refletir, atualmente, no artigo 196 do RIR/18) teria introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade tributária por sucessão, em caráter solidário, entre as sociedades cindida e cindenda; *(ii)* referida norma tributária encontraria respaldo normativo no artigo 124 do CTN[2].

Como se vê, em que pese o fato de as operações de cisão deterem um grau de positivação relativamente expressivo no ordenamento jurídico brasileiro, seja no âmbito do direito privado (artigo 229 da LSA), seja em relação ao direito tributário (artigo 196 do RIR/18), percebe-se uma evidente inconsistência decisória em relação ao tratamento tributário, sob o prisma da responsabilidade, dedicado à matéria.

Nessa conjuntura, poderíamos pressupor, então, que as operações de *drop down* ocasionariam uma insegurança jurídica ainda maior, em razão do seu menor grau de positivação no ordenamento jurídico brasileiro?

A princípio, não. O núcleo da controvérsia existente sobre a responsabilidade tributária na cisão parcial decorre de uma incongruência que, em última instância, foi instaurada primeiramente no próprio ordenamento jurídico brasileiro. Embora o CTN, por razões

[1] BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 1201001.469**, 2ª Câmara, 1ª T. Ordinária, redatora designada Cons. Eva Maria Los, 10.08.2016, p. 59-60; BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão 1201001.841**, 2ª Câmara, 1ª T. Ordinária, relator Luis Fabiano Alves Penteado, 27.07.2017, p. 3-5.

[2] BRASIL, Segundo Conselho de Contribuintes, **Acórdão nº 204-02.903**, 4ª Câmara, relator Cons. Júlio César Alves Ramos, 27.12.2007, p. 4.

históricas, não tenha elencado a cisão ao lado das demais operações societárias que integram a hipótese de incidência do artigo 132, o Decreto-Lei n.º 1.598/77 (refletido no artigo 207 do RIR/99, bem como no artigo 196 do RIR/18) o fez. Queremos crer, portanto, que a inconsistência decisória sobre a responsabilidade tributária nas operações societárias de cisão parcial reflete, em essência, uma incongruência normativa, cuja solução demanda inferências marcadas por um certo nível de subjetividade, de onde eclode a insegurança jurídica.

O *drop down*, entretanto, é uma operação societária que se forma à margem da LSA, do artigo 132 do CTN e também dos decretos mencionados. Por causa disso, o grau de inferência a ser utilizado para enquadrá-lo nos moldes dos mencionados paradigmas legais é infinitamente maior, o que tende a coibir decisões nesse sentido, haja vista os altos níveis de subjetividade envolvida nesse processo. Nesse contexto, a atipicidade do *drop down*, aferível em diversos níveis do ordenamento jurídico brasileiro, configura uma coerência legislativa inibidora da inconsistência decisória, de modo a produzir maior segurança jurídica aos agentes econômicos que recorrem a ela, a despeito de sua atipicidade legal.

Por se tratar de uma operação cuja prática não é tão difundida no Brasil, ainda não se tem formada uma massa crítica no âmbito da doutrina, tampouco na jurisprudência, que sejam capazes de apontar para uma tendência acerca da responsabilidade tributária no âmbito do *drop down*, daí a relevância de novas pesquisas sobre o tema.

Na busca de jurisprudência para o presente estudo, foi encontrado julgado do CARF no qual uma empresa arrolada solidariamente no processo, em virtude da aquisição de sociedade resultante do *drop down*, requereu o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva. Foram utilizados, para tanto, os seguintes argumentos: *(i)* não seria aplicável ao caso concreto o artigo 132 do CTN, cuja hipótese de incidência demandaria a extinção da empresa cindida, o que não teria ocorrido no caso, razão pela qual inexistiria fundamento para a solidariedade atribuída pela autoridade fiscal, com base no Decreto-lei nº 1.598/77; *(ii)* a operação de *drop down*, que antecedeu a aquisição, ensejaria a responsabilidade subsidiária prevista no artigo 133, inciso II, do CTN, não a responsabilidade solidária atribuída pela autoridade fiscal.

Entretanto, por maioria de votos, decidiu o CARF por manter a responsabilidade tributária da empresa adquirente da sociedade "*dropped down*", sob os seguintes argumentos: *(i)* a operação teria sido estruturada com o propósito de que fossem contornadas dívidas tributárias, pois não teria ficado clara "a causa, a origem e justificativa primária" da operação; *(ii)* estariam presentes os pressupostos necessários à aplicação dos artigos 124 do CTN, por ter havido interesse comum entre "cindida e cindenda", do 132 do CTN, pois a operação teria sido realizada apenas para afastar a responsabilidade solidária da cisão parcial, bem como,

consequentemente, do artigo 5º, § 1º, alínea "b", do Decreto nº 1.598/77; *(iii)* tratou-se de uma operação de maior vulto que um simples trespasse, na medida em que teriam sido transferidos ativos e passivos à empresa resultante do *drop down*, motivo pelo qual não seria aplicável o artigo 133, inciso II, do CTN[3].

Abstraídos os casuísmos do mencionado processo, não é possível encontrar, no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentos sólidos para a manutenção das conclusões obtidas no caso em questão, tendo em vista que, sob o prisma da teoria jurídica, são evidentes as distinções entre o *drop down* e a cisão parcial.

Em relação à causa da operação, foi exposto no tópico 2 do presente artigo que o *drop down* produz resultados distintos da cisão parcial, sendo o mais evidente deles a manutenção do capital social, o que é impossível no âmbito de uma cisão parcial, razão pela qual – insista-se: excluídos os casuísmos eventualmente presentes, que não integram o escopo deste nem de qualquer outro artigo científico – a escolha de uma operação em detrimento de outra é totalmente justificável, podendo ser demonstrada inclusive objetivamente, sem quaisquer investigações ligadas à motivação pessoal de quem a pratica.

A atribuição de responsabilidade tributária solidária no âmbito de uma operação societária de *drop down* também se revela desacertada, tendo em vista que: *(i)* esse negócio jurídico atípico, que não enseja divisões no capital social, não integra a hipótese de incidência de qualquer um dos dispositivos usualmente invocados em face das operações de cisão parcial para a atribuição da responsabilidade tributária solidária (i.e. artigo 132 do CTN, Decreto-lei nº 1.598/77, artigo 196 do RIR/18, artigo 233 da LSA); *(ii)* a solidariedade estabelecida pelo artigo 124 do CTN, por interesse comum, se restringe à hipótese de diferentes sujeitos no mesmo polo da situação que constitui o fato jurídico tributário (SCHOUERI, 219, p. 588), o que, a princípio, foge do escopo de eventual responsabilidade por transferência decorrente da operação de *drop down*, que, repita-se, se forma completamente à margem do conjunto de normas usualmente aplicadas à cisão parcial para o propósito de responsabilização solidária.

Por fim, no que diz respeito à responsabilidade tributária subsidiária do artigo 133, inciso II, do CTN, é possível dizer que foi acertado o entendimento no sentido da sua inaplicabilidade na operação de *drop down*, mas não pelas razões utilizadas no caso em apreço. Naquela oportunidade, restou decidido que o escopo do negócio jurídico possuía dimensões muito maiores do que a de um simples trespasse, motivo pelo qual referida norma tributária não

[3] BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 1101-001.046**, 1ª Câmara, 1ª T. Ordinária, redatora designada Cons. Edeli Pereira Bessa, 13.02.2014, pp. 24-27.

poderia ser aplicada. Ocorre que a complexidade do trespasse varia conforme o seu objeto, qual seja, o estabelecimento comercial, que é compreendido no direito positivo brasileiro justamente como um "todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária", nos termos do artigo 1.142 do CC.

Logo, não deriva da complexidade da operação de *drop down* a inaplicabilidade do artigo 133, inciso II, do CTN, mas sim do fato de que a aplicação do referido artigo se condiciona à alienação de "fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional", tendo em vista a utilização do verbo "adquirir" no *caput* do dispositivo legal, o que não ocorre nas operações de *drop down*. Conforme exposto no tópico anterior, a operação atípica de *drop down* não enseja a aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, mas uma simples troca de elementos patrimoniais de uma sociedade conferente por ações da sociedade receptora. Por se tratar de pura reorganização societária, sem uma efetivo acréscimo ou decréscimo patrimonial, a operação de *drop down* é por si só incapaz de atrair a hipótese de incidência do 133, inciso II, do CTN, haja vista a ausência de "aquisição", elemento constitutivo da hipótese de incidência do referido dispositivo legal.

4 O USO DA OPERAÇÃO DE *DROP DOWN* NO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO À LUZ DA TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL

Houvesse uma relação de imediata coincidência entre a manifestação da capacidade contributiva e o fato gerador, seriam bastante estreitos os limites do planejamento tributário. A prática de negócios jurídicos licitamente estruturados para a economia de tributos decorre, em grande medida, do fato de que a manifestação da capacidade contributiva é uma condição necessária, porém não suficiente para a ocorrência do fato gerador do tributo.

Além da verificação da presença dos signos presuntivos de capacidade contributiva, é necessário que o aplicador da norma tributária verifique se a situação fática – definida, por exemplo, por uma forma jurídica específica – também foi contemplada pelo legislador. Caso a situação analisada não integre a hipótese de incidência da norma tributária, será inadmissível a aplicação do seu consequente normativo, ainda que o requisito da capacidade contributiva se faça presente nessa conjuntura (SCHOUERI, 2010, p. 14), tendo em vista que a legalidade é o traço distintivo do direito tributário, isto é, aquilo que difere a tributação do puro e simples arbítrio estatal (ROTHMANN, 1972, p. 11).

Os limites da atuação não só dos contribuintes, na elaboração do planejamento tributário, mas também do Fisco, na desconsideração dos atos e negócios jurídicos voltados à

economia de tributos, constituem um campo de pesquisa jurídica marcado por inúmeras controvérsias, seja porque os interesses entre ambos são antagônicos, seja porque a linguagem empregada nos textos normativos é fonte de múltiplas ambiguidades, a partir das quais são construídas interpretações dissonantes entre si, conforme os interesses subjacentes a cada uma delas (NISHIOKA, 2010, p. 9).

No universo das controvérsias jurídicas em matéria de planejamento tributário, merece especial atenção o uso da "teoria do propósito negocial" (*business purpose test*), utilizada como pedra de toque na aferição da legitimidade do planejamento tributário. Referida teoria foi trazida para o Brasil em razão de um certo mimetismo do direito americano, ante a inexistência de norma de lei complementar definidora dos limites do planejamento tributário (OLIVEIRA, 2021, p. 624).

A teoria do propósito negocial se liga basicamente à ideia de que a validade do planejamento tributário deve ser condicionada à prévia verificação de um propósito negocial no ato ou negócio jurídico praticados, isto é, de algo que seja capaz de justificá-los para além da mera economia tributária (ROCHA, 2019, p. 101). Aceitas como válidas essas premissas teóricas, um arranjo tributário voltado exclusivamente à redução da carga tributária não seria capaz de revelar um propósito negocial, motivo pela qual seria facultado à Administração Fiscal, à luz dessa controversa teoria, desconsiderar a validade dos atos e negócios jurídicos praticados segundo esse único propósito.

Há forte oposição de parte expressiva da doutrina tributária nacional à teoria do propósito negocial. Os principais argumentos elaborados contra a sua aplicação costumam apontar para o fato de que o instituto jurídico em questão foi gestado num sistema jurídico completamente alheio ao direito positivo brasileiro, motivo pelo qual inexiste enunciado prescritivo em vigor apto a legitimar a cobrança de tributos com base no critério do propósito negocial (BARRETO, 216, p. 247). Esse silêncio normativo, além do mais, poderia ocasionar um uso completamente arbitrário do *business purpose test*, pois os juízos de validade e invalidade envolveriam um alto nível de subjetividade, em detrimento da segurança jurídica dos cidadãos (SCHOUERI, 2010, p. 18-19).

Nessa mesma linha de raciocínio, argumenta-se que o empréstimo de institutos jurídicos do estrangeiro poderia até mesmo servir de modelo ao legislador para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro em matéria de planejamento tributário, mas em hipótese alguma de fundamento para decisões administrativas e judiciais, dada a ausência de norma positivada para tanto (NETO, 2011, p. 248). Além disso, há que se destacar que inexiste mandamento legal, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que impeça o

contribuinte de realizar negócios jurídicos da forma mais econômica possível, sob o aspecto tributário (XAVIER, 2002, p. 105-109).

Nessa conjuntura, marcada por um debate acalorado de ideias, indaga-se: ainda que aceitas acriticamente as premissas da controversa teoria do propósito negocial, de que maneira a operação societária do *drop down* passaria pelo seu crivo?

Sob o aspecto societário, conforme exposto no tópico 2, a operação societária do *drop down* cumpre o propósito nada trivial de realizar segregações empresariais sem que isso provoque divisões no capital social ou perda do controle acionário da sociedade conferente. Logo, mesmo que não existissem fortes controvérsias acerca do uso da teoria do propósito negocial no direito brasileiro, mesmo tomando como válidas as premissas desta, seria extremamente difícil negar os propósitos societários da operação em questão, tendo em vista que esse negócio jurídico atípico produz resultados inatingíveis por outros meios, os quais eliminam o pressuposto elementar da invalidação do planejamento tributário pelo *business purpose test*, que é o da inexistência de um ato ou negócio jurídico sem nenhum outro propósito que não o da economia tributária.

Não se quer dizer, com isso, que a operação societária de *drop down* seja imune a fraudes. Tal como ocorre com qualquer outro negócio jurídico, é possível que o *drop down* seja empregado para finalidades outras, cujo desvirtuamento poderá se evidenciado pelo confronto entre os efeitos da operação societária, genérica e abstratamente considerada, e aqueles realmente produzidos no caso concreto, bem como por intervalos temporais injustificáveis entre uma operação e outra, que poderão indicar seu uso com intuito fraudulento.

Todavia, a mera economia de tributos eventualmente alcançada pelo *drop down* é insuficiente para que a autoridade fiscal possa desconsiderá-lo, ainda que seja adotada, para tanto, a polêmica teoria do propósito negocial, tendo em vista a enorme aptidão desse mecanismo societário atípico em produzir efeitos jurídicos singulares, inatingíveis mediante o aparato das operações societárias típicas atualmente disponível aos agentes econômicos.

CONCLUSÕES

No Brasil, a operação societária de *drop down* possui a estrutura de um negócio jurídico atípico. A adoção desse mecanismo societário se justifica pelos resultados singulares por ele produzidos, uma vez que o *drop down* viabiliza a transferência de estabelecimento empresarial sem que isso provoque a redução no capital social da sociedade conferente ou perda de controle acionário. Além disso, inexistem óbices normativos, no ordenamento jurídico

brasileiro, capazes de inviabilizar a prática do *drop down*, razão pela qual podemos considerar que esse mecanismo societário atípico é compatível com o direito vigente.

As semelhanças entre o *drop down* e a cisão parcial não resistem a um exame mais profundo. Os resultados produzidos por cada uma delas são visivelmente distintos. Foi verificado, em relação à cisão parcial, que a incongruência normativa em ralação à matéria está na base da inconsistência decisória acerca dela.

Por se formar, em diversos níveis, à margem dos paradigmas legais preestabelecidos, a operação de *drop down* reuniria, em tese, condições mais favoráveis do que a operação de cisão parcial em matéria de segurança jurídica. Todavia, a tentativa de reconduzir essa operação atípica aos moldes predefinidos dos modelos típicos pode corromper, na prática, essa aptidão do instituto jurídico examinado, de modo a produzir, também em relação ao *drop down*, decisões incongruentes.

Devido aos efeitos singulares produzidos, no âmbito societário, pelo *drop down*, ainda que tal operação seja analisada sob o prisma da teoria do propósito negocial – cuja aplicabilidade no direito brasileiro é fortemente questionada por parcela respeitável da doutrina –, difícil seria a sua desconsideração pela autoridade fiscal, tendo em vista que tal operação busca, em essência, resultados que não guardam relação imediata com a economia de tributos.

BIBLIOGRAFIA E REFERÊNCIAS

BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento tributário: limites normativos**. São Paulo: Editora Noeses, 2016.

BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão 1201001.841**, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Relator: Luis Fabiano Alves Penteado, 27 de julho 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 1201001.469**, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Redatora Designada: Eva Maria Los, 10 de agosto de 2016.

BRASIL, Segundo Conselho de Contribuintes, **Acórdão nº 204-02.903**, 4ª Câmara, Relator: Júlio César Alves Ramos, 27 de dezembro de 2007.

BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 1101-001.046**, 1ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Redatora designada: Edeli Pereira Bessa, 13 de fevereiro de 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORREIA, Armênio Lopes**. Responsabilidade tributária por sucessão: uma visão teórica e prática na aquisição de estabelecimento e/ou fundo de comércio**. Tese (mestrado). São Paulo: FGV, 2015.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

HIGUCHI, Hiromi. **Imposto de renda das empresas: interpretação e prática**. São Paulo: Saraiva, 2015.

KNOEPFELMACHER, Marcelo**. Considerações sobre a responsabilidade tributária na cisão parcial**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). Reorganização Societária. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

LARENZ, Karl. **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Trad. por. José Lamego. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NETO, Luís Flávio. Teorias do abuso no planejamento tributário. Tese (mestrado). São Paulo: USP, 2011.

NISHIOKA, Alexandre Naoki. **Planejamento fiscal e elusão tributária na constituição e gestão de sociedades: os limites da requalificação dos atos e negócios jurídicos pela administração**. Tese (doutorado). São Paulo: USP, 2010.

NUNES, Simone Lahorgue. **A cisão parcial e institutos semelhantes**. In: Revista de Ciência Política, v. 32, n. 3, Rio de Janeiro, p. 103-113, 1989.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Incorporação de ações no direito tributário: conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. **Fundamentos do planejamento tributário**. Revista Direito Tributário Atual, n. 47, São Paulo, pp. 614-638, 2021.

PRANDINI JÚNIOR, Alex. **Trespasse e cisão parcial: similitudes**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). Reorganização Societária. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

ROCHA, Sergio André. **O planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROTHMANN, Gerd Willi. **O princípio da legalidade tributária**. In: Revista de Direito Administrativo, São Paulo, v. 109, pp. 11-33, 1972.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **O desafio do planejamento tributário**. In: Luís Eduardo Schoueri. (Org.). Planejamento tributário e o "propósito negocial". 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TEODOROVICZ, Jeferson. **A contribuição italiana na construção da ciência do direito tributário brasileiro**. In: Revista Direito Tributário Atual, n. 37, p.450-476, 2017.

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.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.

WALD, Arnoldo. **Direito civil: contratos em espécie**. vol. 3. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisão**. São Paulo: Dialética, 2002.