

Editor: Fernando Aurelio Zilveti
Editor-assistente: Michell Przepiorka Vieira

ISSN 1415-8124

REVISTA DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

RDTA

43

2º Semestre 2019

Current Issues of Tax Law Review

N. 43 – 2019 / 2nd Semester



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

O EARN OUT NA COMPRA DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS E SEUS EFEITOS TRIBUTÁRIOS SOBRE O CUSTO DE AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTOS

THE EARN OUT IN THE PURCHASE OF SHARES AND ITS TAX EFFECTS ON THE INVESTMENT COST

José Arnaldo Godoy Costa de Paula

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-graduado pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogado em São Paulo. E-mail: josearnaldogodoycostadepaula@gmail.com

Recebido em: 30-06-2019

Aprovado em: 22-10-2019

RESUMO

O earn out, como parcela de preço contingente, possui diversos possíveis tratamentos contábeis que decorrem de sua natureza, bem como dos fatos que fundamentam o seu registro. Tal valor poderá (ou não) afetar o custo de aquisição do investimento para fins contábeis, o que inaugura dúvidas sobre seus efeitos tributários. Este artigo pretende estabelecer quais são os possíveis desdobramentos contábeis do earn out, formas de identificação de sua natureza jurídica e seus possíveis efeitos sobre o custo de aquisição do investimento, bem como sobre a apuração do Lucro Real. Ao final do estudo, concluir-se-á que o tratamento jurídico-tributário do earn out dependerá (i) de sua natureza jurídica (se for preço, remuneração ou prêmio vinculado à aquisição de participação societária); e (ii) se houve efetivo sacrifício patrimonial, que não esteja pendente de condição.

PALAVRAS-CHAVE: EARN OUT, CPC 15, CUSTO DE AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO, MAIS-VALIA, GOODWILL, DEDUTIBILIDADE

ABSTRACT

The earn out, as a contingent price, has several accounting possible treatments derived from its nature, as well as the facts that underlie its registration. Such amount may (or may not) affect the acquisition value of the investment for accounting purposes, which opens doubts about its tax effects. This article intends to establish which are the possible accounting effects of the earn out, ways to identify its legal nature and its possible effects on the investment value, as well as on the calculation of the Actual Profit Method. At the end of the article, it will be possible to conclude that the tax treatment of the earn out will depend (i) on its legal nature (price, remuneration or premium); and (ii) if there was effective disbursement, without any pending condition.

KEYWORDS: EARN OUT, CPC 15, INVESTMENT COST, SURPLUS, GOODWILL, DEDUCTIBILITY

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos 10 (dez) anos a legislação societária brasileira sofreu uma série de mudanças para incorporar as normas internacionais de contabilidade – *International Financial Reporting Standards* (“IFRS”). A partir de 2008, com a promulgação da Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007 (“Lei n. 11.638/2007”), estabeleceu-se, de forma clara, que as obrigações tributárias não deveriam afetar as demonstrações contábeis¹. Esta nova legislação significou a independência das normas contábeis brasileiras das normas tributárias, uma vez que, até então, diversos ajustes contábeis eram definidos levando-se em consideração os possíveis impactos que resultariam na apuração do lucro tributário das entidades brasileiras.

Como consequência dessa mudança contábil, o comitê de Pronunciamentos Contábeis, órgão responsável pela adaptação das normas internacionais para a realidade das entidades brasileiras, editou o Pronunciamento Técnico CPC n. 15 – Combinações de Negócios (“CPC 15”), normativo contábil que alterou de maneira significativa a forma de registro e mensuração da aquisição de participações societárias avaliadas pelo Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”)².

1 A Lei n. 11.638/2007 incluiu o § 2º ao art. 177 da Lei n. 6.404/1972, o qual dispôs, de forma definitiva, que a escrituração comercial não sofrerá influência das regras e disposições tributárias. Confirma-se a redação do dispositivo: “§ 2º As disposições da lei tributária ou de legislação especial sobre atividade que constitui o objeto da companhia que conduzem à utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou à elaboração de outras demonstrações não elidem a obrigação de elaborar, para todos os fins desta Lei, demonstrações financeiras em consonância com o disposto no caput deste artigo e deverão ser alternativamente observadas mediante registro:

I – em livros auxiliares, sem modificação da escrituração mercantil; ou

II – no caso da elaboração das demonstrações para fins tributários, na escrituração mercantil, desde que sejam efetuados lançamentos contábeis adicionais que assegurem a preparação e a divulgação de demonstrações financeiras com observância do disposto no caput deste artigo, devendo ser essas demonstrações auditadas por auditor independente registrado na Comissão de Valores Mobiliários.”

2 A Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976) dispõe, em seu art. 248, quais serão os investimentos que deverão ser avaliados pelo MEP.

A partir de 2010 (início do período de vigência do CPC 15³), as sociedades que adquiriram o controle de participações societárias (classificáveis como *negócio*⁴, sob a perspectiva contábil do CPC 15) passaram a “mensurar os ativos identificáveis adquiridos e os passivos assumidos pelos respectivos valores justos da data da aquisição” (item 18 do CPC 15).

Além disso, para fins de registro do investimento⁵ adquirido, as sociedades adquirentes passaram a (i) mensurar a “contraprestação transferida em troca do controle da adquirida em combinações de negócios” a *valor justo* (item 37 do CPC 15); (ii) registrar a contraprestação contingente⁶ “pelo seu valor justo na data da aquisição como parte da contraprestação transferida em troca do controle da adquirida” (item 39 do CPC 15); e (iii) dispor de um período de mensuração de 1 (um) ano para realizar ajustes nos valores provisórios reconhecidos na data da aquisição para “refletir qualquer nova informação obtida relativa a fatos e circunstâncias existentes na data da aquisição” (item 45 do CPC 15).

É nesse contexto contábil que se torna importante a análise de um mecanismo contratual que normalmente é utilizado em operações de fusões e aquisições de empresas⁷: o *earn out*⁸. Tal relevância decorre do fato de que, contabilmente, o referido mecanismo deve ser registrado (a *valor justo*) como uma obrigação do adquirente na data do fechamento da transação (independentemente de ser ou não direito líquido e certo), o que poderá afetar o valor contábil do custo de aquisição do investimento, caso o *earn out* tenha natureza de preço. Neste contexto, o presente artigo busca analisar a seguinte questão: seria possível adotar, sem nenhuma ressalva, o valor registrado na subconta da *mais-valia* e do *goodwill* como passíveis do tratamento tributário previsto nos arts. 20 e 22 da Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014 (“Lei n. 12.973/2014”), independentemente de qualquer materialização do *earn out*?

3 O CPC 15 foi aprovado pela Deliberação da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) n. 580, de 31 de julho de 2009, sendo o início de sua vigência o exercício de 2010.

4 Segundo o CPC 15, Negócio é “um conjunto integrado de atividades e ativos capaz de ser conduzido e gerenciado para gerar retorno, na forma de dividendos, redução de custos ou outros benefícios econômicos, diretamente. A seus investidores ou outros proprietários, membros ou participantes.”

5 Segundo o inciso III do art. 179 da Lei das Sociedades Anônimas, as contas de ativos classificadas como investimentos referem-se “as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou de empresas”.

6 Segundo o CPC 15, Contraprestação Contingente são “obrigações contratuais, assumidas pelo adquirente na operação de combinações de negócios, de transferir ativos adicionais ou participações societárias adicionais aos ex-proprietários da adquirida, caso certos eventos futuros ocorram ou determinadas condições sejam satisfeitas”. Complementa, ainda, o CPC 15 que “uma contraprestação contingente também pode dar ao adquirente o direito de reaver parte da contraprestação previamente transferida ou paga, caso determinadas condições sejam satisfeitas”.

7 Tais transações são comumente denominadas em inglês e no jargão de mercado como Merger and Acquisitions Transactions (“M&A transactions”).

8 Segundo Anshul Sehgal: “an earnout is a contractual provision which creates a contingent payment obligation upon the acquirer. This contingency is payable upon the seller on achieving certain targets, financial or non-financial, during the post closing period of the deal. To consider from the point of view of the buyer and seller the goal of the earnout provision instituted in the contract is to overcome significant valuation differences that might come in between the parties during the process of negotiations and prevent them from reaching an agreement.” (SEHGAL, Anshul. The concept of earnout in merger and acquisition transactions. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2365020>. Acesso em: 25 jun. 2019)

Além desse aspecto contábil, que poderá impactar nos valores de mais-valia e *goodwill* que o adquirente poderá se aproveitar fiscalmente, é possível que o *earn out*, no contexto das operações de aquisição de investimento (“M&A *transactions*”), assumam naturezas jurídicas diferentes de preço: (i) prêmio pelo atingimento de determinadas metas desvinculado do preço; ou (ii) contraprestação pelos serviços prestados pelos antigos acionistas da empresa adquirida (alienantes da participação societária). Caso assumam tais naturezas, o *earn out* seria contraprestação contingente passível de registro contra o custo do investimento? Quais seriam os efeitos tributários dessas obrigações e quando eles se materializariam?

Observe-se que a Lei n. 12.973/2014, ao extinguir o Regime Tributário de Transição (“RTT”)⁹ e conferir tratamento tributário aos novos métodos e critérios contábeis editados a partir da Lei n. 11.638/2007, não trouxe respostas às supramencionadas perguntas, fato que, por si só, justifica a relevância de revisitar a temática para propor um modelo de identificação da natureza jurídica do *earn out*, bem como quais seriam seus possíveis efeitos tributários para fins de apuração do custo de aquisição do investimento.

Será, portanto, este o desafio do presente artigo: propor um modelo para se identificar a natureza jurídica do *earn out*, bem como estabelecer *em que medida e quando* o referido mecanismo (i) afetará o custo de aquisição do investimento para fins tributários; (ii) não deverá afetar o custo de aquisição do investimento para fins tributários, devendo-se ser tido, para fins tributários, como uma despesa.

Para estabelecer um modelo operacional que respeite o ordenamento jurídico brasileiro, o presente artigo buscará delinear os limites do diálogo interdisciplinar entre o sistema normativo e a contabilidade para fins de identificação das aproximações e distanciamentos existentes entre o custo do investimento registrado na contabilidade e o custo do investimento a ser considerado para fins tributários.

2. A INTERDISCIPLINARIDADE E O DIREITO TRIBUTÁRIO

2.1. Sistema e ordenamento jurídicos

Para que o estudo seja alçado à condição de científico, é preciso que as premissas sejam postas de forma consistente e que se identifique quais os caminhos escolhidos para a investigação que se propõe¹⁰. É imperioso que se estabeleçam critérios para se identificar o que é jurídico daquilo que não é jurídico, isto porque, em razão da pretensão do direito de

9 O RTT foi um regime inaugurado pela Lei n. 11.941/2009 cujo objetivo precípua era conferir neutralidade aos impactos decorrentes dos novos métodos e critérios contábeis advindos do alinhamento do padrão contábil brasileiro ao padrão internacional (Lei n. 10.637/2007).

10 BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e sistema jurídicos. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); e CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). Construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2014. v. 1, p. 249.

regular condutas intersubjetivas, ele se aproxima a vários campos do conhecimento humano¹¹.

Como bem ensina Paulo de Barros Carvalho, o cientista do direito tem como objeto de estudo o direito positivo, assim compreendido como “o complexo de normas jurídicas válidas num dado país”¹², sendo que as normas jurídicas são os juízos obtidos a partir da leitura dos textos do direito positivo, formalizadas segundo a estrutura hipotético-condicional, na qual há uma hipótese de possível ocorrência no mundo fenomênico que, quando implementada, implica o estabelecimento de uma relação jurídica entre dois ou mais sujeitos¹³.

A existência de *vínculos* entre as normas jurídicas – vínculos horizontais (relações de coordenação) e vínculos verticais (relações de subordinação-hierarquia) – faz com que a noção de “sistema” e “ordenamento jurídico” assumam posição de relevância nesta aproximação. De uma forma geral, as expressões “ordenamento jurídico” e “sistema jurídico” são tidas como equivalentes, refletindo a mesma ideia¹⁴.

Nas palavras de Aurora Tomazini de Carvalho, “o sistema se constitui nesta determinação (unidade), formada pela diferença com seu ambiente. Aquilo que não pertence ao sistema, que não se constitui como elemento (em razão da diferença), compõe seu ambiente”¹⁵.

Por sua vez, Misabel Abreu Machado Derzi, com escólio nos ensinamentos de Niklas Luhmann, que analisa os sistemas normativos sob uma perspectiva funcional de redução das complexidades do ambiente, dispõe que o direito seria um sistema normativo *fechado operacionalmente e aberto cognitivamente*¹⁶. Isto é, cuja operabilidade fecha-se em um sistema codificador próprio, que só “traduz” informações do ambiente como “lícitas” ou “ilícitas” (*fechamento operacional*), mesmo que o que se busca “traduzir” seja obtido do ambiente (o que se encontra fora do sistema) (*abertura cognitiva*)¹⁷.

Além do código próprio do direito, há determinados *programas* que fazem com que as informações do ambiente sejam traduzidas por meio do código do sistema jurídico. Tais programas são compostos por leis, regulamentos, precedentes jurisprudenciais, contratos,

11 BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário – limites normativos. São Paulo: Noeses, 2016, p. 4.

12 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

13 CARVALHO. Op. cit., p. 40 e 41.

14 BARRETO. Op. cit., p. 254.

15 CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2014, p. 144-145.

16 DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: Proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar. São Paulo: Noeses, 2009, p. 26.

17 LUHMANN, Niklas. Law as a social system. Trad. de Klaus A. Ziegart. Oxford: Oxford University, 2004, p. 357-380.

dentre outros veículos normativos que “estabelecem em que hipóteses as comunicações externas são qualificadas como lícitas ou ilícitas”¹⁸.

Sobre esse importante particular, vale ressaltar a observação de Gustavo Sampaio Valverde: “o que não estiver previsto nas normas do sistema, permanecerá como comunicação meramente social, passível de processamento por outro subsistema, porém irrelevante para o direito”¹⁹.

Dessa forma, a partir de uma aproximação funcional do sistema normativo do direito posto, é possível concluir que a linguagem prevista em outros sistemas comunicacionais (como é a contabilidade, por exemplo) só será tida como linguagem jurídica se o próprio sistema, por meio de seu código e programa, lhe conferir esta condição. Esta premissa será importante para identificar em que medida se dá o dialogo interdisciplinar entre o sistema normativo e outros sistemas comunicacionais que compõem seu ambiente.

2.2. A interdisciplinaridade e seus limites

Como muito bem aponta Paulo Ayres Barreto, a análise do direito a partir de uma visão interdisciplinar suscita uma série de reações na comunidade científica. Por um lado, há quem entenda que a análise interdisciplinar é condição do conhecimento, há os que refutam peremptoriamente a possibilidade da análise interdisciplinar no direito e há àqueles que reconhecem na análise interdisciplinar uma profícua possibilidade que, contudo, deverá ser feita respeitando-se determinados limites²⁰.

O postulado da unicidade do sistema do direito (o sistema jurídico seria divisível apenas para fins didáticos) faz com que o fenômeno interdisciplinar, pelo menos na aproximação pretendida neste estudo, somente se dê com outros sistemas comunicacionais (i.e., economia, política, contabilidade).

Marcelo Neves apresenta três possíveis patologias do raciocínio interdisciplinar no direito, quais sejam: (i) o enciclopedismo jurídico (em que a interdisciplinaridade significaria um simples somatório de conhecimentos diversos sob o direito, que implicaria uma análise superficial e generalista); (ii) imperialismo disciplinar (há uma superestimação do diálogo de um sistema com outro de tal forma que se desconsidera o seu código binário, negando, portanto, a função do próprio sistema); e (iii) metadisciplinaridade (negação da comunicação existente entre dois sistemas na busca de uma determinada “pureza”, o que implicaria uma visão holística simplificadora)²¹.

18 DERZI. Op. cit., p. 146.

19 VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 68.

20 BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e sistema jurídicos. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); e CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 261.

21 NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* 227
PAULA, José Arnaldo Godoy Costa de. O Earn Out na Compra de Participações Societárias e seus Efeitos Tributários sobre o Custo de Aquisição de Investimentos. *Revista Direito Tributário Atual*, n.43. ano 37. p. 222-251. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2019.

Para afastar essas possíveis patologias, torna-se essencial identificar nas premissas do próprio ordenamento jurídico quais seriam os limites de *comutação discursiva* da interdisciplinaridade, fato que fortalecerá a própria dogmática jurídica e evitará os problemas mencionados acima. Ainda sobre esse particular, confira-se os ensinamentos de Marcelo Neves²²:

“Em suma, a interdisciplinaridade permite que a linguagem de um campo de saber seja traduzida e, portanto, compreendida em outro campo de saber, tornando-a praticamente relevante campo. Em todo caso, cabe considerar que as fronteiras dos diversos domínios do saber devem estar definidas. Não há interdisciplinaridade sem autonomia disciplinar, mas sim a miscelânea de um ecletismo estéril.”

Por conta do exposto, não se pode negligenciar o estabelecimento dos adequados limites para a relação interdisciplinar entre o Direito Tributário²³ e a Contabilidade, fato que está diretamente relacionada à autonomia conceitual do Direito Tributário. Portanto, para se realizar uma análise interdisciplinar, deve-se inicialmente identificar e analisar as normas já previstas pelo sistema direito para que, numa segunda etapa, seja determinada a forma que as informações do ambiente “Contabilidade” devem ser consideradas pelo sistema jurídico.

2.3. A autonomia conceitual do Direito Tributário

Como é sabido, o Direito Tributário vale-se de fatos jurídicos de conteúdo econômico para exigir tributos, sendo que determinar a exata dimensão e influência de definições existentes em outras áreas do conhecimento humano sobre o Direito Tributário é um desafio, principalmente levando-se em consideração que há regras e princípios específicos que regulam o Sistema Tributário Nacional²⁴.

A doutrina apresenta, basicamente, três diferentes posicionamentos a respeito do relacionamento conceitual entre o Direito Tributário e outros ramos jurídicos didaticamente autônomos: (i) a autonomia conceitual do Direito Tributário; (ii) a subordinação dos conceitos tributários aos conceitos de Direito Privado; e (iii) a incorporação *prima facie*, pelo Direito Tributário, dos Conceitos de Direito Privado²⁵.

n. 1. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003, p. 208 a 210.

22 NEVES. Op. cit., p. 212.

23 As referências ao termo “Direito Tributário” não devem ser consideradas como uma divisão do sistema “direito brasileiro”, mas tão somente como forma de simplificação analítica.

24 BARRETO, Paulo Ayres; e FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Os limites à autonomia conceitual em matéria tributária: uma análise dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Sacha Calmon Navarro (org.). Direito tributário contemporâneo. São Paulo: RT, 2016, p. 285.

25 BARRETO; e FONSECA. Op. cit., p. 286 a 292.

Os arts. 109 e 110 do CTN estabelecem critérios para se identificar a forma de relacionamento conceitual entre o Direito Tributário e outras áreas do saber jurídico. Como muito bem dispuseram Paulo Ayres Barreto e Fernando Daniel de Moura²⁶, o art. 109 do CTN apresenta uma dupla preocupação:

- i) a de respeitar a unidade do ordenamento jurídico, por meio da determinação de que os conceitos empregados pela legislação tributária devem ter o seu conteúdo pesquisado em conformidade com os princípios de Direito Privado; e
- ii) a de que o legislador tributário pode, a despeito dessa uniformidade conceitual, prescrever efeitos tributários específicos.

Neste sentido, Humberto Ávila assevera que o Direito Tributário, quando se utiliza de expressão existente no Direito Privado ou em seus sub-ramos, realiza uma *remissão* conceitual (e não meramente terminológica), sendo que todas as características daquele instituto, em seu ramo, são apreendidas em sua inteireza pelo Direito Tributário²⁷.

Há doutrinadores, todavia, que refutam a possibilidade de remissão conceitual pelo Direito Tributário, isto porque haveria, nessa técnica legislativa, afronta ao princípio da estrita legalidade tributária, que não permitiria qualquer forma de abertura da lei²⁸.

No entanto, entendemos que a remissão conceitual é uma técnica possível para fins tributários, podendo ser implementada por meio de reenvio externo a conceitos de outras subáreas do saber humano. Sobre este aspecto, Fernando Daniel de Moura Fonseca e Daniel Serra Lima²⁹ apresentam elucidativo exemplo sobre esse tipo de técnica legislativa ao tratar da isenção de imposto sobre a renda prevista no art. 6º da Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988 (“Lei n. 7.713/1988”) a portadores de determinadas moléstias:

“A pergunta que se coloca é quem vai definir o que significa uma ‘hepatopatia grave’? Ou o que se considera como ‘estado avançado da doença de Paget’? Ora, a parte final do próprio dispositivo legal responde que tal definição ficou a cargo da ‘medicina especializada’.”

Portanto, entendemos acertada a conclusão de Fernando Daniel de Moura Fonseca³⁰ de que as normas tributárias e as regras contábeis podem se relacionar de três formas, a depender

26 BARRETO; e FONSECA. Op. cit., p. 296.

27 ÁVILA, Humberto. Eficácia do Novo Código Civil na legislação tributária. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). Direito tributário e o novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 64-65.

28 XAVIER, Alberto. Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001, p. 29.

29 FONSECA, Fernando Daniel de Moura; e LIMA, Daniel Serra. A relação entre os conceitos jurídico e contábil de ágio antes e depois da reforma da Lei das S/A: o problema da interdisciplinaridade no direito tributário. In: MANEIRA, Eduardo; e SANTIAGO, Igor Mauer (coord.). O ágio no direito tributário e societário: questões atuais. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 52.

30 FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Normas tributárias e a convergência das regras contábeis aos padrões internacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 84-85.

da opção do legislador e desde que sejam respeitadas as competências tributárias conferidas pelo legislador constitucional:

“Construção de conceitos autônomos: a lei tributária emprega vocábulos que se referem a institutos contábeis atribuindo a eles sentido diverso (ex.: ágio);
Incorporação de conceitos: a lei tributária positiva o conceito contábil então vigente (de forma expressa ou implícita), podendo atribuir-lhe efeitos tributários diversos (ex.: método de equivalência patrimonial); ou
Reenvio: a lei tributária faz remissão ao fato contábil como referência para a incidência da norma de tributação, tal como regulado na Contabilidade (ex.: patrimônio líquido).”

Apesar de ser possível a utilização da técnica legislativa da remissão para fins tributários, há certos limites que deverão ser levados em consideração, dentre os quais encontra-se a competência para instituir tributos conferida pela CF/1988. É por conta disso que Fernando Daniel de Moura Fonseca e Daniel Serra Lima dispõem que, quando da criação de um tributo, é “imprescindível que a lei dê maior concretude semântica possível ao instituto contábil jurisdicizado, até em nome da segurança jurídica”³¹.

Outro limite à técnica de reenvio, como muito bem destacado por Fernando Daniel de Moura Fonseca e Daniel Serra Lima, é a previsibilidade e a calculabilidade do outro sistema para delimitar o conteúdo do conceito objeto da remissão³². A imprevisibilidade de delimitação do conceito em dado sistema faz com que, automaticamente, ele se torne incompatível com a técnica de remissão, sob pena de afronta ao próprio fechamento operacional do sistema jurídico, bem como, especificamente para fins tributários, ao princípio da legalidade.

Por fim, os dois últimos limites à técnica do reenvio são: (i) respeito à definição das hipóteses de incidência e bases de cálculo previstas nas Leis Complementares; e (ii) prevalência da definição legal existente no próprio ordenamento jurídico.

3. ASPECTOS CONTÁBEIS DA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS

A Lei n. 12.973/2014 incorporou diversos conceitos existentes na contabilidade no que se relaciona ao desdobramento do custo de aquisição de investimentos. Confira-se o trecho da Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 627, de 11 de novembro de 2013, que foi posteriormente convertida na Lei n. 12.973/2014:

“15.9. O art. 20, *com o intuito de alinhá-lo ao novo critério contábil de avaliação dos investimentos pela equivalência patrimonial*, deixando expressa a sua aplicação a

³¹ FONSECA; e LIMA. Op. cit., p. 57.

³² FONSECA; e LIMA. Op. cit., p. 58-59.

outras hipóteses além de investimentos em coligadas e controladas, e registrando separadamente o valor decorrente da avaliação ao valor justo dos ativos líquidos da investida (mais-valia) e a diferença decorrente da rentabilidade futura (*goodwill*). [...]. Outrossim, em consonância com as novas regras contábeis, foi estabelecida a tributação do ganho por compra vantajosa no período de apuração da alienação ou baixa do investimento [...].”

Ocorre que muito se discute sobre a influência dos conceitos incorporados, bem como em que medida as regras contábeis que não obtiveram tratamento normativo específico tiveram seus efeitos integralmente incorporados ao ordenamento jurídico tributário pátrio. Para que se analise este aspecto, principalmente para o desenvolvimento do tema que se propõe no presente artigo, é preciso identificar, no CPC 15, quais são as regras contábeis que regem (i) o desdobramento do custo de aquisição do investimento; (ii) a mensuração da contraprestação; e (iii) possíveis ajustes nos itens (i) e (ii).

Observe-se que o presente artigo analisará situações em que, de fato, há uma combinação de negócios, que exige (i) a aquisição do controle e (ii) que os ativos adquiridos e os passivos assumidos constituam um negócio (conjunto integrado de atividades e ativos capaz de ser conduzido e gerenciado para gerar retorno, na forma de dividendos, redução de custos ou outros benefícios econômicos, diretamente a seus investidores ou outros proprietários, membros ou participantes). Dessa forma, não devem ser consideradas como uma combinação de negócios as transações em que, por exemplo, não ocorra a transferência de controle (compra de participação societária minoritária sem formação de novo controlador) ou de ativos que não consistam num conjunto integrado de atividades.

3.1. O desdobramento do custo de aquisição na Contabilidade

O CPC 15 define que a data de aquisição é a “data em que o controle da adquirida é obtido”. Dessa forma, o adquirente, ao obter o controle da adquirida, deverá mensurar o valor justo dos ativos identificáveis e dos passíveis assumidos, sendo que o *goodwill* (ágio por rentabilidade futura) será o montante da contraprestação que exceder este valor. Confira-se o que dispõe Iudícibus et al³³:

“Pelo disposto no item 32 do CPC 15 (R1) e considerando como base as mensurações realizadas na data da aquisição em conformidade com as exigências do referido pronunciamento, o adquirente deve reconhecer o ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), determinado pela diferença positiva entre:

1) o valor justo da contraprestação transferida em troca do controle da adquirida somado ao valor das participações de não controladores na adquirida e, se houver, ao valor justo de alguma participação preexistente do adquirente na adquirida; e

33 GELBCKE, Ernesto Rubens; SANTOS, Ariovaldo dos; IUDÍCIBUS, Sérgio de; e MARTINS, Eliseu. Manual de contabilidade societária aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1.415.

2) o valor justo líquido dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos.”

Caso a diferença entre o valor justo da contraprestação e o valor justo dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos seja negativa, o adquirente deverá reconhecer um ganho por compra vantajosa em seu resultado contábil.

Observe-se que o art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977 (“DL n. 1.598/1977”), alterado pela Lei n. 12.973/2014, *reconheceu* a metodologia contábil trazida pelo CPC 15, isto porque o contribuinte, por ocasião da aquisição da participação societária, deverá desdobrar seu custo de aquisição em (i) valor de patrimônio líquido adquirido; (ii) mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o “valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação societária adquirida” e seus respectivos valores patrimoniais; e (iii) ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), que corresponde ao valor residual, positivo ou negativo (*ganho por compra vantajosa*), equivalente à diferença entre o valor justo da contraprestação e o valor justo dos ativos e passivos identificáveis.

3.2. A mensuração da contraprestação

O CPC 15 dispõe que a contraprestação transferida em troca do controle da adquirida em combinações de negócios “deve ser mensurada pelo seu valor justo”, o qual deve ser a soma dos valores justos na data da aquisição: (i) dos ativos transferidos pela adquirente; (ii) dos passivos incorridos pelo adquirente junto aos ex-proprietários da adquirida; e (iii) das participações societárias emitidas pelo adquirente. Dentre as possíveis contraprestações encontram-se as *contraprestações contingentes*.

Contraprestações contingentes são “obrigações contratuais, assumidas pelo adquirente na operação de combinação de negócios, de transferir ativos adicionais ou participações societárias adicionais aos ex-proprietários da adquirida, caso certos eventos futuros ocorram ou determinadas condições sejam satisfeitas”. Também é uma contraprestação contingente aquela que dá direito ao adquirente de “reaver parte da contraprestação previamente transferida ou paga, caso determinadas condições sejam satisfeitas”.

Portanto, o conceito de contraprestações contingentes é bastante abrangente, sendo possível classificar diversas obrigações assumidas pelo adquirente no contexto do contrato de compra e venda de participações societárias.

A contraprestação contingente deverá ser reconhecida na contabilidade “pelo seu valor justo na data da aquisição”, como parte da *contraprestação transferida em troca do controle da adquirida* (item 39 do CPC 15). O valor justo desta contraprestação contingente nada mais será que o valor estimado que a adquirente entende que irá ter que adimplir ao

final do contrato, isto é, parcela de valor vinculado a evento futuro e incerto que a adquirente entende que é provável que ocorra.

Por fim, vale destacar que há determinadas operações que, a despeito de serem caracterizadas como *contraprestações*, não se referem à combinação de negócios, pois não estão atreladas à transferência do controle da sociedade. Dentre tais operações seria possível destacarmos a “operação realizada em essência para remunerar os empregados ou ex-proprietários da adquirida por serviços futuros” (item 52(b) do CPC 15). Tais operações deverão ser registradas como “operações separadas”, sem afetar o custo de aquisição do investimento.

3.3. Ajustes na contraprestação e seus efeitos contábeis

O valor justo da contraprestação pode variar. Determinadas condições que seriam improváveis de ocorrerem, por diversos motivos, podem se tornar de provável ocorrência. Estes fatos poderiam fundamentar ajustes no valor justo da contraprestação contingente. Até mesmo os vícios, não identificados no momento de mensuração inicial e que fundamentariam a liberação de parcela de preço contingente, poderiam implicar ajustes nesta obrigação registrada na contabilidade.

O CPC 15 apresenta o conceito de *período de mensuração*, segundo o qual o adquirente terá prazo de até um ano (12 meses) para realizar ajustes relacionados a “fatos e circunstância existentes na data da aquisição, a qual, se conhecida naquela data, teria afetado a mensuração dos valores reconhecidos” (item 45 do CPC 15). Caso refiram-se a circunstâncias e fatos existentes na data de aquisição e sejam feitos ao longo do período de mensuração, os ajustes na contraprestação deverão ser feitos contra o custo do investimento.

Um exemplo desse tipo de situação poderá deixar mais clara a regra contábil: imagine-se um contrato de compra de participações societárias que estabeleça que eventuais contingências referentes a períodos anteriores à aquisição resultariam em descontos na parcela de preço contingente a ser paga. Assim que identificada a referida contingência e desde que esteja no prazo de mensuração, o adquirente poderá diminuir o valor da contraprestação, o que poderá reduzir o *goodwill* registrado ou até mesmo fazer com que seja reconhecido um ganho por compra vantajosa (caso a redução da contraprestação implique pagamento total inferior ao valor justo dos ativos líquidos).

Ocorre que não são todos os ajustes que se referem a fatos e circunstâncias existentes na data da aquisição. É possível que o contrato de aquisição de participações societárias estabeleça que determinados eventos futuros impliquem *reajustes* na contraprestação. A adquirente também deverá registrar tais contraprestações a valor justo na data de aquisição. Entretanto, eventuais ajustes posteriores que decorram de “eventos ocorridos após a data de aquisição, tais como cumprimento de metas de lucros; o alcance do preço

por ação especificado; ou ainda o alcance de determinado estágio de projeto de pesquisa e desenvolvimento” serão registrados, via de regra, *contra resultado* (item 58 do CPC 15).

Findo o período de mensuração, todo e qualquer ajuste no valor justo da contraprestação deverá ser feito (i) contra patrimônio líquido, se a contraprestação contingente tiver sido ali registrada; ou (ii) contra resultado.

Sobre esse aspecto, confira os ensinamentos de Mariana Monte Alegre Paiva³⁴:

“É importante esclarecer que esses ajustes passíveis de implementação no período de mensuração, contudo, não se referem a alterações na contraprestação contingente resultantes de eventos ocorridos após a data de aquisição, como, por exemplo, a ocorrência do evento futuro e incerto a que o pagamento da contraprestação contingente estava sujeito. É o que determina o item 58.

Alterações no valor justo da contraprestação contingente que se referirem a eventos ocorridos após a data de aquisição devem ser tratados da seguinte forma: (i) a liquidação da contraprestação contingente classificada como item do patrimônio líquido deve ser contabilizada como patrimônio; e (ii) a liquidação da contraprestação contingente classificada como passivo ou ativo deve ser contabilizada como resultado do período.”

Portanto, é possível concluir que, na Contabilidade, (i) as obrigações contratuais assumidas pela adquirente (mesmo dependentes de eventos futuros incertos) e vinculadas à combinação de negócios devem ser registradas na contabilidade a *valo valor justo* no momento de aquisição do investimento, servindo como componente do custo de aquisição contábil do investimento; (ii) as prestações realizadas para remunerar os empregados ou ex-acionistas da adquirida por serviços futuros não serão registradas como custo do investimento; (iii) ao longo de até um ano (12 meses), o adquirente poderá realizar ajustes na contraprestação (inclusive na contraprestação contingente) contra o custo de aquisição contábil do investimento *desde que* o ajuste se refira a fatos e circunstâncias já existentes na data da aquisição; e (iv.1) a partir de um ano da data da aquisição e (iv.2) para eventos ocorridos após a data de aquisição, eventuais ajustes no valor justo da contraprestação (inclusive na contraprestação contingente) se dará, via de regra, *contra resultado*.

A partir dessas considerações sobre o regime contábil aplicável às contraprestações contingentes, é possível analisar a forma que o *earn out* vem sendo desenhado em contratos de M&A, bem como quais seriam seus possíveis registros contábeis.

4. O *EARN OUT*

34 PAIVA, Mariana Monte Alegre. Controvérsias tributárias dos mecanismos contratuais de ajuste de preço em operações de fusões e aquisições. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 79.

Daniel Rodrigues Alves explica que o *earn out* consiste em um mecanismo de diferimento de parcela do preço para momento posterior à aquisição, desde que atendidos determinados condicionantes futuros, geralmente metas vinculadas ao desempenho financeiro da empresa adquirida³⁵.

O mecanismo contratual do *earn out* é uma alternativa para a existência de assimetrias informacionais entre o vendedor e o comprador que, muitas das vezes, superestimam ou subestimam o preço da participação societária negociada por embasarem-se em diferentes formas de estimativa dos retornos financeiros da entidade.

Ocorre que, a depender de como a cláusula contratual do *earn out* é estabelecida, a natureza jurídica do referido valor como preço poderá ser discutível. Confira-se observação de Mariana Monte Alegre Paiva³⁶ a esse respeito:

“Portanto, de forma geral, o *earn out* pode ser definido como um mecanismo de diferimento do pagamento de preço para um momento posterior a depender de determinado evento. Logo, na sua concepção, o *earn out* representa preço de aquisição. Mas será que o *earn out* sempre deveria ser tratado como preço para fins jurídicos? É importante destacar que, na prática, em algumas situações específicas, dependendo da estrutura de pagamento contingente formulada, pode não ser claro o seu tratamento como preço efetivo.”

Nos termos do defendido pela Mariana Monte Alegre Paiva, também entendemos que o *earn out*, classificável como contraprestação contingente, a depender da intenção das partes e de elementos previstos no contrato celebrado, poderá ter três naturezas jurídicas distintas: (i) preço; (ii) contraprestação vinculada à prestação de serviços (remuneração); e (iii) contraprestação *não* vinculada ao preço³⁷.

Em nosso entender, no entanto, além de aspectos fáticos, dever-se-á considerar conceitos existentes no ordenamento jurídico para se entender quando seria possível identificar no *earn out* cada uma dessas possíveis naturezas.

4.1. Natureza jurídica de preço

Não há um *conceito* jurídico tributário autônomo sobre *compra e venda e preço*, o que nos leva a concluir que, nos termos dos ensinamentos de Paulo Ayres Barreto e Fernando Daniel Moura Fonseca, “ao prescrever que institutos, conceitos e formas devem ter o seu

35 ALVES, Daniel Rodrigues. Determinabilidade, negociação e elaboração de cláusulas de preço contingente (*earn-out*) nas operações de compra e venda de participação societária ou de estabelecimento e análise de conflitos à luz do princípio da boa-fé objetiva. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 11.

36 PAIVA. Op. cit., p. 59.

37 PAIVA, Mariana Monte Alegre. Op. cit., p. 62 a 106.

sentido construído com base nos princípios de Direito Privado, o legislador pressupõe que a lei tributária tenha respeitado seu sentido original”³⁸.

O Código Civil de 2002 (“CC/2002”) estabelece, em seu art. 481, que o contrato de compra e venda é o contrato pelo qual um dos contratantes “se obriga a transferir o domínio de certa coisa” e o outro a “pagar-lhe certo preço em dinheiro”. Ainda dispõe o CC/2002 que (i) a “compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e preço” (art. 482); e (ii) “é lícito às partes fixar o preço em função de índices e parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação” (art. 487).

O *preço*, portanto, além da *coisa* e *consentimento*, é “elemento essencial da compra e venda”³⁹. O preço é “determinado, em regra, pelo livre debate entre os contraentes, conforme as leis de mercado, sendo por isso denominado de preço convencional”⁴⁰. Maria Helena Diniz define preço como “soma em dinheiro que o comprador paga ao vendedor em troca da coisa adquirida”⁴¹.

Note-se, portanto, que as características cíveis do preço em um contrato de compra e venda são: (i) valor em dinheiro ou título conversível em moeda; (ii) é pago em troca da aquisição da coisa; e (iii) é o que as partes convencionam ser. Se no contrato de compra e venda de participação societária o *earn out* atende a essas características fundamentais (assumindo-se que não há qualquer dolo, fraude ou simulação), sua natureza civil será a de *preço*.

Mariana Monte Alegre Paiva⁴² apresenta, em sua obra, um exemplo de cláusula de *earn out* que possui natureza de preço. Trata-se da aquisição de investimento na rede de farmácias Estrela Galdino pela Brasil Pharma:

“O preço da aquisição acordado pelas Partes é *de até* R\$ 18.000.000,00 e será pago da seguinte forma: (i) R\$ 11.000.000,00, em moeda corrente nacional, na data da efetiva transferência dos Estabelecimentos; (ii) R\$ 3.000.000,00, em moeda corrente nacional, na data da efetiva transferência dos Estabelecimentos, os quais serão obrigatoriamente utilizados pelos sócios da Estrela Galdino para a aquisição em bolsas de valores, a valor de mercado, de ações ordinárias da Brazil Pharma (‘Ações’). Tais ações não poderão ser negociadas por seus detentores pelo prazo de 12 meses contados da data de fechamento da Transação 2 (*lock-up*), exceto no caso de Oferta Pública de Aquisição de ações de emissão da Brazil Pharma ou de qualquer outro evento e liquidez que porventura venha a ocorrer neste período; e (iii) a *Brazil*

38 BARRETO; e FONSECA, p. 304.

39 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro 3: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 227.

40 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 227.

41 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico – J-P*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 765.

42 PAIVA. *Op. cit.*, p. 60.

Pharma obriga-se ainda a pagar, sujeito ao atendimento de determinadas metas estabelecidas entre as partes, o limite global máximo de R\$ 4.000.000,00 (earn-out), calculado com base no faturamento mensal médio dos Estabelecimentos nos últimos 3 meses de um período de 12 meses contado da transferência do último Estabelecimento ou da transferência completa das quotas da sociedade detentora dos Estabelecimentos à Brazil Pharma.”

Veja-se que as partes estabeleceram que o preço total para a aquisição da participação societária será “de até”, sendo que o *earn out* seria um elemento (variável) deste montante global. Portanto, restam-se respeitadas todas as características acima mencionadas para caracterizá-lo como *preço*.

4.2. Natureza jurídica de contraprestação por serviços prestados

Caso o *earn out* não atenda as características acima mencionadas (o que somente poderá se dar desde que não identificadas todas as características acima apontadas), ele não remuneraria a aquisição da participação societária em si, consistindo em outro pagamento futuro, adicional e condicionado, caracterizando-se como mera despesa que posteriormente seria incorrida pelo comprador.

Observe-se que o *earn out* poderá ser tido como *remuneração* do ex-acionista da sociedade adquirida, principalmente pelo fato de que, muitas vezes, é interesse dos compradores manter os ex-acionistas administrando a sociedade por conta de seu conhecimento de mercado. Para se identificar se o *earn out* compatibiliza-se como conceito de *remuneração* é preciso buscar no ordenamento jurídico brasileiro se há este *conceito*.

O termo *remuneração* está previsto na legislação trabalhista e na legislação cível. Maria Helena Diniz⁴³ dispõe que, para fins de Direito do Trabalho, remuneração é “pagamento esporádico a que faz jus o empregado, apesar de não estar incluído no salário, por ter sido ajustado no contrato trabalhista”; “salário”; “totalidade dos pagamentos efetuados pelo empregador, periodicamente, ao empregado, incluindo salário, comissão, prêmio, abono, gratificação, diárias para viagem, adicionais, gorjetas etc.”. Observe-se que, para o atendimento desse conceito na esfera trabalhista, é necessário que haja vínculo empregatício, o que normalmente não acontece entre a empresa adquirida e o ex-acionista.

Portanto, para fins de estabelecimento de um modelo teórico funcional, nos parece mais adequado interpretar o termo *remuneração* por sua acepção civil, qual seja: “contraprestação de locação de serviços” ou “renda”⁴⁴. Em outras palavras, montante pago em troca do serviço prestado pelo ex-acionista.

43 DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico – Q-Z. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150.

44 DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico – Q-Z. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150.

Dessa forma, entendemos que o *earn out* será classificado como contraprestação do serviço prestado pelo ex-acionista se e somente se o contrato confira elementos suficientes para se entender que o valor pago está diretamente atrelado à atividade do ex-acionista na empresa adquirida.

Sem a pretensão de exaurir todos os elementos que poderiam levar à conclusão de que o valor pago a título de *earn out* estaria atrelado à atividade do ex-acionista na empresa adquirida, poderíamos citar alguns elementos destacados por Jorge Vieira⁴⁵: (i) condicionar o pagamento à gestão da empresa adquirida; (ii) o fato de a rescisão contratual do ex-acionista implicar a perda de direito ao *earn out*; (iii) o prazo de aquisição coincidir com o prazo de gestão que, por sua vez, está relacionado ao prazo de recebimento do *earn out*; (iv) remuneração “formal” dos ex-acionistas incompatível com o mercado; (v) metodologia de cálculo do *earn out* (i.e., *earn out* calculado segundo as horas incorridas na atividade de gestão).

Note-se que não é a identificação de um dos elementos acima expostos que fará com que o *earn out* guarde imediatamente característica de contraprestação do serviço pago pelo ex-acionista. É imprescindível que esta identificação seja feita de forma conjunta com a análise da cláusula que estabelece o preço da transação, isto porque se as próprias partes classificarem o *earn out* como preço (havendo o respeito de todas as características acima mencionadas) e não houver nenhum indício de dolo, fraude ou simulação, sua natureza jurídica será primordialmente preço contingente.

Caso haja elementos suficientes no contrato para se identificar que a contraprestação efetivamente negociada a título de *earn out* não é *preço* e se volta a remunerar a atividade que o ex-acionista irá prestar para a empresa adquirida, o *earn out* guardará característica de *remuneração*.

4.3. Natureza jurídica de prêmio desvinculado ao preço

Por fim, o *earn out* pode ser tido como um pagamento adicional, certo “prêmio” *desvinculado a preço* e a *remuneração*. Mariana Monte Alegre Paiva⁴⁶ apresenta possíveis argumentos para *não* se classificar o *earn out* como preço. Confira-se trecho:

“O principal argumento para afastar a caracterização do *earn out* como preço seria de que o seu pagamento não representaria propriamente contraprestação pela aquisição da participação societária, que já foi adquirida e transferida ao comprador

45 VIEIRA, Jorge. Transações de M&A e os impactos societários e tributários das IFRSs no Brasil: desafios apresentados aos operadores do direito e aos operadores das IFRSs. 2º Workshop de Contabilidade e Tributação da FEARP/USP, p. 44 a 45.

46 PAIVA, Mariana Monte Alegre. Controvérsias tributárias dos mecanismos contratuais de ajuste de preço em operações de fusões e aquisições. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 88.

no momento do fechamento do negócio. Assim, o *earn out* não seria custo, mas despesa.”

Apesar desses argumentos, entendemos, no entanto, que a natureza do referido pagamento como “prêmio” desvinculado do preço é condição da sua não caracterização como *preço* ou como *remuneração*.

Com efeito, entendemos que o *earn out* guardará natureza jurídica de prêmio caso (i) não haja elementos no contrato que possam caracterizá-lo como preço (o valor não é pago para a aquisição da participação societária e as partes claramente não convencionam ser preço); e (ii) não haja elementos no contrato que possam caracterizá-lo como *remuneração* (não há nenhum indício contratual que vincule a atividade do ex-acionista ao *earn out*).

5. O DIREITO TRIBUTÁRIO – APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS COM O CPC 15

É sabido que a Lei n. 12.973/2014 extinguiu o RTT e trouxe diversos dispositivos específicos que passaram a conferir tratamento tributário a valores originados a partir de regras contábeis advindas do padrão IFRS. De uma forma geral, com a edição da Lei n. 12.973/2014, o art. 6º do DL n. 1.598/1977 passou a ser plenamente eficaz, isto é, o lucro líquido de partida para apuração do lucro real seria àquele efetivamente afetado pelos métodos e critérios contábeis vigentes *após* a Lei n. 11.638/2007.

A partir desta constatação e do fato de a Lei n. 12.973/2014 ter sido, de certa forma, exaustiva em suas disposições sobre os efeitos tributários decorrentes de ajustes advindos dos novos métodos e critérios trazidos por diversos pronunciamentos contábeis específicos, muito se tem defendido sobre a existência de um “novo conceito de patrimônio”⁴⁷. Sob essa perspectiva, seria possível defender que, caso a Lei n. 12.973/2014 *não* tenha conferido tratamento tributário específico a determinado valor advindo dos novos métodos e critérios contábeis até então editados, o Direito Tributário *reconheceria* os efeitos destes valores no lucro líquido e, por consequência, no Lucro Real.

Outro aspecto que corrobora o referido racional é a existência do art. 58 da Lei n. 12.973/2014, que confere neutralidade tributária a todas as novas regras contábeis editadas após a vigência da Lei, o que poderia fundamentar o entendimento de que os normativos já vigentes antes de sua edição *não* seriam neutralizáveis para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ.

Note-se que essa premissa interpretativa, desde que a legislação tributária não possua conceito autônomo já existente e que não haja norma jurídica que regulamente a situação,

47 SCHOUEIRI, Luís Eduardo. Nova contabilidade e tributação da propriedade à beneficial ownership. In: MOSQUEIRA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel (coord.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2014. v. 5, p. 220-221.

está em linha com o fato de que o legislador tributário, ao realizar a remissão a um conceito contábil, o faz em sua inteireza.

Ocorre que, no caso do custo de aquisição do investimento e seus respectivos efeitos decorrentes da “atualização” do valor justo do *earn out*, tal remissão é, no mínimo, discutível, principalmente pelo fato de que há, na lei tributária, regramento específico que trata do *custo de aquisição de investimentos*.

5.1. A nova sistemática de desdobramento do custo de aquisição de investimentos e o conceito de custo de investimento

O art. 20 do DL n. 1.598/1977, apesar de se inspirar no CPC 15, estabelece um *conceito autônomo* de *custo de aquisição de investimento*. Confirma-se o dispositivo:

“Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I – valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II – mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do *caput*; e

III – ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do *caput*.”

Ricardo Mariz de Oliveira⁴⁸, ao diferenciar custos de despesas, dispõe que os custos são incorridos quando a sociedade emprega recursos ou *incorre em dívidas* para a aquisição de um bem ou direito, em outras palavras, há custo quando a sociedade troca “um bem ou direito já existente no seu ativo, ou os recursos de uma dívida, para fazer a aquisição”.

A ideia de custo está atrelada a *sacrifício patrimonial efetivo*, não dependente de evento futuro e incerto. Meras expectativas de saídas de recursos pendentes de eventos ainda não materializados que podem vir a não ocorrer não podem ser tidas como *custo de aquisição de investimento*. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”) já se manifestou no sentido de que, para ser tido como custo, o preço tenha se ser efetivamente dispendido (ou pelo menos, assumido)⁴⁹.

O referido entendimento também é o entendimento da Receita Federal que, apesar de ter analisado a redação antiga do art. 20 do DL n. 1.598/1977 (anterior à Lei n. 12.973/2014),

48 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 671.

49 Confirma-se trecho do Acórdão n. 1402-01.080, de 14 de junho de 2012: “As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º, da Lei nº 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; [...]”

concluiu que “o custo de aquisição da participação societária corresponde ao valor total pago aos Vendedores, devendo ser ajustado caso o preço acordado pelas partes esteja sujeito a condições que alterem seu valor” (Solução de Consulta COSIT n. 3, de 22 de janeiro de 2016 – “SC COSIT n. 3/2016”).

Nos parece que a exigência de que haja efetivo *destaque patrimonial* do comprador para que tal valor seja considerado como *custo do investimento* é uma decorrência do *princípio da realização da renda*, só que em sua manifestação “contrária”. Victor Borges Polizelli⁵⁰ dispõe que o ordenamento pátrio adota o princípio da realização da renda de forma implícita (tanto para as receitas quanto para as despesas), sendo que o reconhecimento das receitas e despesas (e, porque não, dos custos) deve ser feito respeitando-se os seguintes critérios: (i) materialidade (fatos relevantes devem ocorrer); (ii) objetividade (o valor deve ser possível de mensuração); (iii) prudência (deverá ser segura a mensuração); e (iv) deverá haver trocas de mercado.

Veja-se que, quando há uma mera expectativa de saída de recursos vinculada a evento futuro e incerto, não há atendimento dos critérios da materialidade (não ocorre o pagamento ou a identificação de obrigação definitiva); objetividade (o valor ainda não é definitivo); prudência (a mensuração do valor não é segura, podendo ser modificada); e existência de trocas de mercado (o preço não foi efetivamente trocado).

Portanto, a necessidade de que o preço seja efetivamente pago ou *incorrido* (haja obrigação líquida e certa do pagador) para que o custo do investimento seja passível de “desdobramento” é uma decorrência do conceito autônomo tratado no art. 20 do DL n. 1.598/1977 e do princípio da realização da *renda*, na acepção que poderia ser chamada de “princípio da realização do custo”.

Para corroborar o racional mencionado, vale destacar que o próprio Código Tributário Nacional estabelece quando determinados fatos condicionados a eventos futuros estabelecidos em negócios jurídicos devem surtir efeitos para fins tributários.

5.2. Arts. 116 e 117 do CTN e a regulamentação trazida pela IN n. 1.700/2017

Apesar de o art. 116 mencionar que sua aplicação estaria voltada à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, entendemos que o referido dispositivo seria aplicável às normas tributárias que atribuem efeitos a determinadas relações jurídicas que somente serão eficazes no momento de sua *definitiva constituição*. Veja-se que há, aqui, uma valorização do princípio da segurança jurídica, isto porque os aspectos tributários, em

50 POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins de IRPJ. *Série Doutrina Tributária v. VII*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 194.

contratos não totalmente eficazes, somente seriam verificados quando a relação estiver apta a produzir plenamente seus efeitos.

Confira-se o inteiro teor do inciso II do art. 116 e do art. 117:

“Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: [...]

II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável. [...]

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I – sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

II – sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.”

Observe-se que tais dispositivos vinculam os efeitos tributários das normas, quando se relacionam a negócios jurídicos, aos plenos efeitos da negociação, que, no caso de *condições* contratuais, poderão ficar suspensos ou serem desfeitos.

Segundo o art. 125 do CC/2002, condição *suspensiva* é aquela que *subordina a eficácia* (capacidade de produção de efeitos) do negócio jurídico enquanto esta não se verificar. Caso o *earn out* guarde características de *preço*, conforme destacado acima, e esteja condicionado a evento futuro e incerto, estaríamos, então, diante de uma condição *suspensiva*.

Ao revés, a condição *resolutiva*, nos termos do art. 128 do CC/2002, quando sobrevier, faz extinguir o direito a qual ela se sobrepõe. Em outras palavras, o negócio jurídico é plenamente eficaz, produzindo efeitos, inclusive, tributários, enquanto a condição resolutiva não for implementada. Implementando-se a condição resolutiva, o negócio (ou parcela da contraprestação) é desfeito.

Isto posto e apesar de não haver regras jurídicas específicas que dispõem que os efeitos decorrentes de contraprestação contingente se dará somente quando da sua implementação, entendemos que, por força dos arts. 116 e 117 do CTN, quando se tratarem de negócios jurídicos sujeitos a causas suspensivas e resolutivas, seus efeitos deverão respeitar a regulamentação civil destas disposições.

Portanto, nos parece acertada a disposição regulamentar prevista no art. 196 da Instrução Normativa n. 1.700, de 14 de março de 2017 (“IN n. 1.700/2017”) em que “os reflexos tributários decorrentes de obrigações contratuais em operações de aquisições de negócios, subordinadas a evento futuro e incerto, inclusive nas operações que envolvam

contraprestação contingentes, devem ser reconhecidos na apuração do lucro real e do resultado ajustado nos termos do inciso I e II do art. 117 da Lei nº 5.172, de 1996”.

5.3. O *earn out* como preço – efeitos tributários

A partir dos aspectos anteriormente salientados, torna-se possível identificar um primeiro distanciamento entre a regra prevista na contabilidade e o que poderia ser considerado como *preço* e, portanto, *custo do investimento*. Na contabilidade a contraprestação contingente (não vinculada à atividade dos ex-acionistas) dependente de evento futuro deverá ser registrada a valor justo (melhor estimativa) em contrapartida do investimento. Apesar disso, para o Direito Tributário, o negócio jurídico (compra de participações societárias com o pagamento de preço), por se sujeitar a condição suspensiva, não poderá ser considerado como realizado.

Com efeito, é possível sustentar que, apesar de na contabilidade o valor da contraprestação compor o custo do investimento (e, por consequência, a mais-valia e o *goodwill*), os efeitos tributários atribuíveis a esse valor somente poderiam ser percebidos quando implementada a condição, o que faria surgir uma obrigação líquida e certa, efetivo sacrifício patrimonial que poderá ser tido como *custo* para fins tributários.

Dessa forma, a partir da identificação de elementos que caracterizem o *earn out* como *preço*⁵¹, dever-se-á identificar se o referido “direito” do vendedor estaria ou não pendente de uma condição. Caso esteja pendente de condição, a mais-valia e o *goodwill* somente poderiam ser afetados pelo preço contingente assim que a condição tiver sido implementada.

A Lei n. 12.973/2014 estabelece, em seus arts. 20 e 22, quais serão os efeitos tributários da mais-valia e do *goodwill*, respectivamente, qual sejam: (i) a mais-valia paga na data da aquisição, quando da união patrimonial do investimento adquirido e da adquirente, poderá aumentar o custo (tributário) dos ativos que lhe deram fundamento; e (ii) o *goodwill* poderá ser excluído do Lucro Real à razão de 1/60 ao mês.

No entanto, para que haja o referido direito, a referida Lei estabelece como requisito que tais valores estejam *evidenciados em subconta contábil* (inciso II do § 3º do art. 20 e inciso II o § 1º do art. 22). Tal fato poderia ser apresentado pelos defensores da integração total entre o Direito Tributário e a Contabilidade em matéria de custo de investimento, isto porque tais defensores poderiam argumentar que a vinculação do tratamento tributário a uma *subconta contábil* seria indicativa de que tudo aquilo que existisse na contabilidade como mais-valia e *goodwill* seria passível de aproveitamento fiscal (desde que respeitadas

51 Esse aspecto foi analisado de forma detalhada no item 4.1 deste artigo.

todas as outras regras que vedariam o seu aproveitamento – i.e., vedação ao aproveitamento desses valores em aquisições entre partes dependentes⁵²).

Em nosso entender, todavia, tal racional não poderia prosperar, isto porque ele *desconsidera* que, além de haver um *conceito próprio de custo do investimento*, há regras no CTN que estabelecem quando negócios jurídicos (e seus elementos) serão plenamente eficazes para fins fiscais, dentre os quais destaca-se o pagamento ou a definição do *preço*.

Dessa forma, nos parece que o melhor tratamento tributário seria: considerar apenas como *mais-valia* e *goodwill* aproveitáveis para fins fiscais o valor de *earn out* que *independe* de eventos futuros e incertos (caso o pagamento esteja vinculado a condição resolutiva ou caso a condição suspensiva tenha sido implementada).

Outro ponto importante são os *ajustes* positivos e negativos realizados no *earn out* após a transação que não se refiram a fatos pretéritos a ela, bem como ajustes que se refiram a fatos pretéritos a transação que sejam realizados após um ano contados da data da aquisição. Segundo a contabilidade, tais ajustes deveriam afetar o resultado (como receitas ou despesas). Tal fato poderia gerar dúvidas e divergências interpretativas entre o Fisco e os contribuintes.

Arelados a esse aspecto, há, ainda, possíveis valores de *mais-valia* e *goodwill* que *não estão registrados na contabilidade*, mas que estão relacionados a *earn out* efetivamente incorrido ou até mesmo pago. Nesta hipótese, entendemos que a vedação ao tratamento jurídico-tributário previsto à *mais-valia* e ao *goodwill* constante da ausência de subconta *contábil* afrontaria diversos princípios e definições do ordenamento jurídico (conceito de *renda*, princípio da realização do “custo”, princípio da isonomia – não haveria critério de *discrímen* para diferenciar pagamentos de preço à vista de pagamentos de preço contingentes⁵³ – capacidade contributiva etc.).

Portanto, entendemos que o mais adequado seria *considerar* o *earn out* incorrido (o direito do vendedor já teria surgido) ou pago como ajuste positivo na *mais-valia* e no *goodwill*, independentemente de este valor estar ou não registrado em subconta contábil.

No caso de o *earn out* estar vinculado a condições *resolutivas* (cujo implemento desfaz o pagamento já realizado ou o sacrifício patrimonial incorrido), entendemos que a implementação da condição implicará necessário *desconto* no valor da *mais-valia* ou do *goodwill* aproveitáveis, bem como permitirá que eventual receita reconhecida no lucro líquido contábil decorrente de sua reversão não seja considerada para fins de apuração do Lucro Real.

52 O conceito de partes dependentes está previsto no art. 25 da Lei n. 12.973/2014.

53 ÁVILA, Humberto. Teoria da igualdade tributária. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 191 a 201.

Cumprido destacar que, sobre esse tratamento, o CARF se manifestou em 2016 (Acórdão n. 1402-002.336⁵⁴) quando analisou parcela de preço *retida* como garantia cuja liberação estava atrelada a condição resolutiva. Nesta oportunidade, o CARF dispôs que o implemento da condição resolutiva faria com que o custo original de aquisição fosse modificado (reduzido), fato que reduziria o *goodwill* apurado para fins de IRPJ.

Por fim, em relação ao vendedor, por possuir natureza de *preço*, o *earn out* deverá compor o cálculo do *ganho de capital* por ele auferido, sujeito às alíquotas (i) progressivas de 15% a 22,5%, caso o ex-acionista seja pessoa física; ou (ii) regulares das pessoas jurídicas.

5.4. O *earn out* como contraprestação de serviço prestado – efeitos tributários

Conforme destacado anteriormente (item 4.2), o *earn out* poderá, caso não seja caracterizado como preço e possua determinados elementos contratuais, ter natureza de *remuneração* por serviços prestados pelos ex-acionistas à sociedade adquirida. Para se identificar esta natureza, dever-se-á analisar o contrato de forma detalhada. Identificando-se elementos que demonstrem que a real vontade das partes formalizada seria a de vincular o pagamento à atividade que seria desempenhada pelo ex-acionista em determinado período de tempo e que o *earn out* não seria preço pelas suas próprias vontades, o pagamento guardará características de *remuneração*.

Para fins contábeis, os pagamentos vinculados às atividades dos ex-acionistas não são tidos como *contraprestações* vinculadas à combinação de negócios e, portanto, não afetariam o custo do investimento (item 52(b) do CPC 15). Dessa forma, suas contabilizações iniciais, bem como seus eventuais ajustes, afetarão diretamente o resultado.

Desta feita, as discussões relacionadas a esse tipo de *earn out* não se voltarão à composição da mais-valia ou do *goodwill* e, sim, se (i) a despesa registrada na contabilidade seria dedutível; e (ii) caso seja dedutível, em que momento tal despesa poderia ser deduzida.

A despesa será *dedutível* se atender aos critérios previstos no art. 47 da Lei n. 4.506, de 30 de novembro de 1964 (“Lei n. 4.506/1964”), repetidos no art. 311 do Decreto n. 9.580, de 22 de novembro de 2018 (“RIR/2018”). Tais critérios *decorrem da própria noção de princípio da renda líquida*, sendo que “gastos necessários à obtenção do rendimento não podem ser considerados disponíveis para o pagamento do imposto”⁵⁵.

Ora, se o *earn out* está atrelado à prestação de serviços de um ex-acionista em benefício da entidade adquirida, que é investimento da empresa adquirente e que lhe gerará lucros, o

54 Acórdão n. 1402-002.336, de 5 de outubro de 2016, 4ª Câmara da 2ª Turma Ordinária da 1ª Seção do CARF.

55 SCHOUEIRI, Luís Eduardo; e GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. In: ADAMY, Pedro Augustin; e FERREIRA NETO, Arthur M. (coord.). Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários – IET. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 152.

pagamento é, sim, necessário para a obtenção do rendimento, sendo, portanto, dedutível para fins fiscais.

Para responder o questionamento (ii), é preciso destacar que os efeitos constantes de condições suspensivas são os mesmos que os acima analisados. Portanto, por força do art. 117 do CTN, o efeito tributário de tais valores somente poderá afetar o Lucro Real quando da sua efetiva implementação, fato que fará com que as despesas sejam *incorridas*.

Caso estejamos diante de uma condição *resolutiva*, os efeitos do pagamento serão plenos (a despesa será efetiva e incorrida) até a implementação da condição, momento em que a reversão do passivo também deverá ser considerada para fins tributários (uma vez que a despesa foi tida como efetiva e dedutível).

5.5. O *earn out* como prêmio desvinculado ao preço – efeitos tributários

Caso o *earn out* não seja *preço* e não seja *remuneração* (o que somente ocorrerá se não puder ser identificadas as características mencionadas ao longo desse artigo), será obrigatoriamente um *prêmio*, pago no contexto do contrato de aquisição de participações societárias. Nesta hipótese, para fins contábeis, a referida contraprestação estará *vinculada* à combinação de negócios, isto porque para ser tida como “operação separada” (item 52 do CPC 15) deverá ser uma operação realizada em essência para (i) liquidar uma relação preexistente entre o adquirente e a adquirida; (ii) remunerar os empregados ou ex-proprietários da adquirida por serviços futuros; e (iii) reembolsar a adquirida ou seus ex-proprietários por custos do adquirente relativos à aquisição.

Assumindo que o *earn out* desvinculado do preço não possua tais características, o seu reconhecimento inicial a *valor justo* deverá se dar contra o custo do investimento, bem como seus eventuais ajustes positivos e negativos (i) caso refiram-se a fatos pretéritos a aquisição e se deem até um ano após a aquisição, serão feitos contra o custo do investimento; ou (ii) serão realizados contra o resultado nas demais hipóteses.

Por prescindir de natureza jurídica de *preço*, o referido *earn out*, apesar de compor o custo contábil do investimento, não poderá ser considerado para fins de mais-valia e *goodwill*, independentemente da implementação de evento futuro que ele esteja condicionado.

A implementação de evento futuro que ele esteja condicionado, para fins tributários, fará com que nasça o direito do vendedor de receber esse valor e, portanto, do comprador de considerar tal dispêndio como uma despesa efetiva.

Ocorre, no entanto, que é possível que tal valor não seja reconhecido como *despesa* no resultado (esteja “represado” no custo contábil do investimento), fato que poderia fundamentar eventual argumento do Fisco de que tal valor, apesar de incorrido, não

implicou despesa contábil e, portanto, não afetou o lucro líquido para fins de apuração do Lucro Real.

Apesar de inexistir regra específica que permita a referida exclusão, entendemos que tal valor *não compõe* o custo do investimento para fins tributários e, portanto, quando incorrido, deverá implicar redução patrimonial do contribuinte, que deverá ser considerada no período de apuração para a mensuração de sua *renda*, sob pena de afronta ao princípio da *renda líquida* que, nas palavras de Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino, é verdadeira *limitação à liberdade do legislador (e à liberdade do Fisco) de tributar*⁵⁶:

“Dessa forma, o princípio da renda líquida pode ser visto como verdadeira limitação à liberdade do legislador ordinário de fixar as regras da base de cálculo do Imposto de Renda, especialmente na criação de hipóteses de indedutibilidade. Como o legislador não pode cogitar incidência dessa exação sobre algo que não seja obtido a partir do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ou que não configure acréscimo patrimonial, não há como afastar a dedutibilidade de despesas imprescindíveis à obtenção dessa riqueza. Afinal, nos termos do referido princípio, o espaço deixado ao legislador ordinário subordina-se à essência da hipótese tributária e à definição da base de cálculo do Imposto de Renda estabelecidos pelo CTN e pela Constituição Federal.”

Portanto, entendemos que (i) se o *earn out* desvinculado do preço estiver sujeito a condição suspensiva, a despesa será, de fato, incorrida quando do seu implemento, podendo ser dedutível imediatamente da base de cálculo do IRPJ; (ii) se o *earn out* desvinculado do preço estiver sujeito a condição resolutiva, a despesa será, de fato, incorrida desde o fechamento da transação, podendo ser revertida (com o reconhecimento de uma receita) em momento posterior, que deverá ser neutralizada (tributável) para fins de IRPJ; e (iii) o *earn out* desvinculado do preço não deverá afetar o custo de aquisição do investimento para fins tributários, inclusive para fins de registro da mais-valia e *goodwill*.

6. CONCLUSÕES

A linguagem prevista em outros sistemas comunicacionais (i.e., Contabilidade) só será tida como linguagem jurídica se o próprio sistema, por meio de seu código e programa, lhe conferir esta condição. Sendo assim, torna-se importante que o cientista estabeleça quais são as formas possíveis de relacionamento (comutatividade discursiva) entre o sistema jurídico-tributário e o sistema contábil.

O legislador tributário, quando define elementos constituidores da hipótese de incidência normativa, pode (i) criar um conceito autônomo; (ii) incorporar conceitos já existentes em outros ramos do saber; e (iii) assumir o conceito pelo significado atribuído em sua própria área do saber (técnica do reenvio). Apesar desta possibilidade, limites deverão ser

56 SCHOUERI; e GALDINO. Op. cit., p. 151.

respeitados, tais como (i) a competência tributária conferida pela CF/1988; (ii) a previsibilidade e calculabilidade do conceito em sua área de origem; (iii) a definição da hipótese de incidência e base de cálculo prevista na legislação complementar; e (iv) se há definição legal já existente no ordenamento jurídico.

O *earn out* estabelecido em um contrato de compra e venda de participações societárias é caracterizável, para fins contábeis, como uma *contraprestação contingente*. Em linha com as obrigações existentes no CPC 15, (i) as obrigações contratuais assumidas pela adquirente (mesmo dependente de eventos futuros e incertos) e vinculadas a combinação de negócios devem ser registradas a *valor justo* no momento da aquisição do investimento, servindo como componente do custo de aquisição contábil do investimento; (ii) as prestações realizadas para remunerar os empregados ou ex-acionistas da adquirida por serviços futuros não serão registradas como custo do investimento contábil; (iii) ao longo de até um ano (12 meses), o adquirente poderá realizar ajustes na contraprestação (inclusive na contraprestação contingente) contra o custo de aquisição contábil do investimento *desde que* o ajuste se refira a fatos e circunstâncias já existentes na data da aquisição; e (iv.1) a partir de um ano da datada da aquisição e (iv.2) para eventos ocorridos após a data de aquisição, eventuais ajustes no valor justo da contraprestação (inclusive na contraprestação contingente) se dará, via de regra, contra resultado.

O *earn out* (contraprestação contingente) poderá ter três naturezas jurídicas: (i) preço; (ii) contraprestação vinculada à prestação de serviços (remuneração); e (iii) contraprestação desvinculada do preço e não vinculada à prestação de serviços (remuneração).

O *earn out* terá natureza jurídica de *preço* quando (i) referir-se à contraprestação em dinheiro ou título conversível em moeda; (ii) for assumido ou pago em troca da aquisição da coisa; e (iii) as partes assim convencionarem.

O *earn out* terá natureza jurídica de *remuneração* quando não for caracterizável como preço e guardar características (identificáveis no contrato) de contraprestação por serviços prestados pelo ex-acionista (alienante da participação societária). Para identificar tal natureza, será preciso analisar, em cada contrato, se (i) *não* há elementos suficientes para classificar o *earn out* como preço; e (ii) há elementos suficientes para se entender que o valor pago está *diretamente* vinculado à atividade do ex-acionista na empresa adquirida.

O *earn out* terá natureza de prêmio desvinculado ao preço quando (i) não haja elementos no contrato que possam caracterizá-lo como preço (o valor não é pago para a aquisição da participação societária e as partes claramente não convencionam ser preço); e (ii) não haja elementos no contrato que possam caracterizá-lo como *remuneração* (não há nenhum indício contratual que vincule a atividade do ex-acionista ao *earn out*).

A necessidade de o preço ser efetivamente *pago* ou *incorrido* para que o custo do investimento seja passível de consideração para fins tributários é decorrência (i) do

conceito autônomo de custo do investimento previsto no art. 20 do DL n. 1.598/1977; e (ii) do princípio da realização da *renda*, na acepção que poderia ser chamada de “princípio da realização do custo”.

A partir da identificação dos elementos que caracterizam o *earn out* como preço, dever-se-á identificar se o referido “direito” do vendedor estaria ou não pendente de condição. Caso esteja pendente de condição, a *mais-valia* e o *goodwill* somente poderiam ser afetados pelo preço contingente assim que a condição tiver sido implementada. Caso a condição seja resolutiva, o *earn out* com características de preço afetaria o custo de aquisição (*mais-valia* e *goodwill*) até que a condição seja implementada, hipótese em que o contribuinte deverá estornar a referida parcela do custo de aquisição do investimento.

Caso a condição resolutiva relacionada ao *earn out* seja implementada e o ajuste do valor da contraprestação seja reconhecido no resultado como uma receita, entendemos que o contribuinte deveria (i) excluir tal receita da apuração do Lucro Real; e (ii) considerar o ajuste como elemento negativo no custo do investimento, afetando o valor tributário da *mais-valia* e do *goodwill*. O racional seria o mesmo no caso da implementação de uma condição suspensiva que afetou o resultado como uma despesa: (i) a sociedade deveria adicionar tal despesa; e (ii) considerar o ajuste como elemento positivo no custo do investimento, afetando o valor tributário da *mais-valia* e do *goodwill*.

Para fins contábeis, os pagamentos vinculados às atividades dos ex-acionistas não são tidos como *contraprestações* vinculadas à combinação de negócios e, portanto, não afetariam o custo do investimento. Dessa forma, suas contabilizações iniciais, bem como seus eventuais ajustes, afetarão diretamente o resultado.

O *earn out* com natureza de remuneração será (i) dedutível para fins fiscais; e (ii) somente poderá ser deduzido se não houver condição para a eficácia de seu pagamento (o direito do vendedor é líquido e certo).

Por fim, o *earn out* com natureza de prêmio desvinculado ao preço da transação (i) não será tido como “operação separada”, devendo-se seu valor justo inicial ser contabilizado em contrapartida da conta de custo de investimento; (ii) os seus eventuais ajustes positivos e negativos (ii.1) caso refiram-se a fatos pretéritos a aquisição e se deem até um ano após a aquisição, serão feitos contra o custo do investimento; ou (ii.2) serão realizados contra resultado nas demais hipóteses; (iii) para fins tributários, não poderá ser considerado como elemento do custo de aquisição do investimento, por estar desvinculado do preço; (iv) se estiver vinculado a condição suspensiva, poderá ser dedutível quando do seu implemento; e (v) se estiver sujeito a condição resolutiva, poderá ser imediatamente dedutível, devendo-se ser tributável quando do implemento da condição resolutiva.

7. BIBLIOGRAFIA

ALVES, Daniel Rodrigues. Determinabilidade, negociação e elaboração de cláusulas de preço contingente (*earn-out*) nas operações de compra e venda de participação societária ou de estabelecimento e análise de conflitos à luz do princípio da boa-fé objetiva. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Eficácia do Novo Código Civil na legislação tributária. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). *Direito tributário e o Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

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

_____. Ordenamento e sistema jurídicos. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); e CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). *Construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014. v. 1.

_____; e FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Os limites à autonomia conceitual em matéria tributária: uma análise dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; e COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (org.). *Direito tributário contemporâneo*. São Paulo: RT, 2016.

CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico – J-P*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Dicionário jurídico – Q-Z*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Normas tributárias e a convergência das regras contábeis aos padrões internacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____; e LIMA, Daniel Serra. A relação entre os conceitos jurídico e contábil de ágio antes e depois da reforma da Lei das S/A: o problema da interdisciplinaridade no direito tributário. In: MANEIRA, Eduardo; e SANTIAGO, Igor Mauer (coord.). *O ágio no direito tributário e societário: questões atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

GELBCKE, Ernesto Rubens; SANTOS, Ariovaldo dos; IUDÍCIBUS, Sérgio de; e MARTINS, Eliseu. *Manual de contabilidade societária aplicável a todas as sociedades*. de acordo com as normas internacionais e do CPC. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro 3: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2019.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Trad. de Klaus A. Ziegart. Oxford: Oxford University, 2004.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PAIVA, Mariana Monte Alegre. Controvérsias tributárias dos mecanismos contratuais de ajuste de preço em operações de fusões e aquisições. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2017.

POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins de IRPJ. *Série Doutrina Tributária v. VII*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Nova contabilidade e tributação da propriedade à *beneficial ownership*. In: MOSQUEIRA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 5.

_____; e GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. In: ADAMY, Pedro Augustin; e FERREIRA NETO, Arthur M. (coord.). *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários – IET*. São Paulo: Malheiros, 2018.

SEHGAL, Anshul. *The concept of earnout in merger and acquisition transactions*. New Delhi: Amity Law School, 2014.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

VIEIRA, Jorge. Transações de M&A e os impactos societários e tributários das IFRSs no Brasil: desafios apresentados aos operadores do direito e aos operadores das IFRSs. *2º Workshop de Contabilidade e Tributação da FEARP/USP*, 2016.

XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001.