

ASPECTOS FISCAIS E CONTÁBEIS DA CLÁUSULA DE *EARN-OUT*

Fabio Pereira da Silva

Doutorando e Mestre em Controladoria e Contabilidade (PPGCC) pela FEA/USP. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getulio Vargas e em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduado em Business Management com ênfase em finanças na UCSD University of California, San Diego (2011).

Michell Przepiorka Vieira

Mestre em Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Pós-graduando no MBA IFRS da Fipecafi. Pós-graduado em Direito Tributário e Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Artigo recebido em 16.08.2024 e aprovado em 18.09.2024.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 A cláusula de *earn-out* e sua natureza jurídica 3 Tratamento contábil do *earn-out* 4 As consequências tributárias da mensuração contábil do *earn-out* 5 Conclusões 6 Referências.

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar o escopo da cláusula de *earn-out*, sua correta conceituação jurídica, bem como avaliar o tratamento contábil exigido pelo Pronunciamento Técnico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) 15, que trata de combinações de negócios, e, finalmente, abordar as consequências tributárias advindas do processo de reconhecimento e mensuração contábil. Ao final, conclui-se que a partir da implementação da condição prevista na cláusula de *earn-out*, o montante adicional deve ser ajustado positivamente ao custo de aquisição, compondo assim o *goodwill*, a ser amortizado na forma do art. 433 do RIR 2018, haja vista que a dedutibilidade imediata da parcela adicional vai de encontro ao princípio da capacidade contributiva, por ocasionar tratamento distinto para contribuinte em situação patrimonial equivalente. Adotou-se como metodologia a revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Prestações contingentes. *Earn-out*. Fusões e aquisições. Controvérsias jurídico-contábeis. Dedutibilidade.

TAX AND ACCOUNTING ASPECTS OF THE EARN-OUT CLAUSE

CONTENTS: 1 Introduction 2 The earn-out clause and its legal nature 3 Accounting treatment of earn-out 4 Tax consequences of the accounting measurement of earn-out 5 Conclusions 6 References.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the scope of earn-out clause and their correct legal conceptualization, as well as to evaluate the accounting treatment required by the Technical Pronouncement of the Accounting Pronouncements Committee (CPC)15, which deals with business combinations and, finally, to address the tax consequences arising from the process of accounting recognition and measurement. In the end, it is concluded that from the implementation of the condition provided for in the earn-out clause, the additional amount must be positively adjusted to the acquisition cost, thus composing the goodwill to be amortized by article 433 of the RIR 2018, given that the immediate deductibility of the additional installment goes against the principle of ability to pay, for causing different treatment for taxpayers in an equivalent patrimonial situation. The methodology adopted is the bibliographic review.

KEYWORDS: Contingent benefits. Earn-out. Mergers and acquisitions. Legal-accounting controversies. Deductibility.

1 INTRODUÇÃO

A estrutura contábil brasileira passou por uma transformação significativa com o início do processo de convergência aos padrões internacionais de contabilidade, especificamente as *International Financial Reporting Standards* (IFRS). Esse processo foi formalizado no Brasil com a promulgação da Lei n. 11.638/2007, que trouxe mudanças substanciais à Lei n. 6.404/1976, responsável pela regulamentação das sociedades por ações.

Esse processo gerou diversas controvérsias jurídico-contábeis, especialmente em operações de M&A (fusões e aquisições). Nessas operações, a estrutura escolhida para o negócio impacta significativamente os registros contábeis e, conseqüentemente, a incidência tributária.

Um desses formatos negociais refere-se ao fato de ser usual condicionar o pagamento ou reembolso de parte do preço a eventos futuros de ocorrência incerta, conhecida como cláusula de *earn-out*, cuja forma como é registrada pela contabilidade suscita diversas dúvidas sobre o impacto no campo do direito.

É exatamente o que se almeja no presente trabalho, cujo objetivo geral é abordar operações de M&A nas quais as partes concordam com a inclusão da cláusula de *earn-out* no contrato de compra e venda de participação societária. É indiscutível que essa figura jurídica tem sido cada vez mais utilizada na prática comercial brasileira, tendo por objetivo aproximar os interesses e as expectativas das partes, dissipando as incertezas em relação ao preço da transação, contribuindo para a conclusão do negócio (PIVA, 2019, p. 29).

Pretende-se, portanto, analisar o escopo da cláusula de *earn-out*, permitindo sua correta conceituação jurídica, bem como avaliar o tratamento contábil exigido pelo Pronunciamento Técnico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) 15, que trata de combinações de negócios, e, finalmente, abordar as consequências tributárias advindas do processo de reconhecimento e mensuração contábil.

2 A CLÁUSULA DE *EARN-OUT* E SUA NATUREZA JURÍDICA

No contexto de operações de fusões e aquisições, a assimetria de informações existente entre os envolvidos e a impossibilidade de resolvê-la completamente antes da conclusão do negócio jurídico geram um ambiente de incerteza, principalmente, para o adquirente. É incontroverso que os potenciais vendedores possuem acesso às informações internas da empresa, ao passo que os potenciais compradores se deparam com acesso restrito, muitas vezes compreendendo detalhes sensíveis do negócio, o que pode impactar diretamente na percepção de risco envolvido na operação e, conseqüentemente, na formulação do preço.

Iso decorre do fato da disposição da parte compradora em ofertar um preço considerado justo para a parte vendedora conforme sua percepção de risco sobre o negócio. É assente na economia a noção de que, quanto maior a percepção de risco do investidor, maior será o prêmio por ele exigido por assumir tal risco¹.

Nesse sentido, adotando como premissa a racionalidade dos indivíduos, George Arthur Akerlof sustenta que diante de decisões de riscos, eles tenderiam a sempre selecionar escolhas objetivando maximizar os seus retornos e mitigar as suas exposições, esclarecendo ainda que a percepção de qualidade dos bens comercializados em um determinado mercado é prejudicada na presença de assimetria de informações entre os agentes envolvidos na negociação (1970, p. 488-500).

Em outras palavras, espera-se de um ativo um retorno condizente com o seu risco (ROSTAGNO; SOARES; SOARES, 2006, p. 7). Em termos práticos, quanto maior a desconfiança do comprador, maior será sua tendência em reduzir o valor da oferta, adequando o preço a sua percepção de risco, por vezes relacionada com sua compreensão do conjunto informacional disponível. É dizer: à medida que vai obtendo mais informações sobre o ativo, suas potencialidades e nuances, a percepção de risco do comprador varia, o que retroalimenta sua função de preço, de modo a incrementá-lo ou reduzi-lo a depender do processamento dessas novas informações.

1. O conhecido modelo de precificação de ativos CAPM (*Capital Asset Pricing Model*) confirma essa tese ao incluir o risco no cálculo do preço dos ativos.

Feita essa ressalva, é correto assumir que a assimetria informacional tem potencial de gerar divergência sobre o preço do negócio, em razão de expectativas dissonantes entre os envolvidos, especialmente em relação às estimativas dos retornos financeiros da sociedade objeto da negociação (DE PAULA, 2019, p. 235). A tendência é de o vendedor supervalorizar a empresa, ao passo que o comprador tende a adotar visão mais cética em relação aos futuros resultados (BOTREL, 2017, p. 292), o que é natural, considerando ser a parte ativa que empregará recursos para assumir o negócio, o que sempre envolve riscos.

Visando a aumentar a eficiência desse tipo de transação, reduzindo a desconfiança entre os participantes, tornou-se popular o emprego das chamadas "contraprestações contingentes"², objetivando compartilhar os riscos em relação ao negócio ou em razão da falta de consenso sobre o preço da transação, servindo para alinhar os interesses das partes (VIEIRA, 2018, p. 600).

Nessa linha, Zilveti e Nocetti afirmam que o preço contingente serve de ponte entre o vendedor e o comprador, alinhando as expectativas acerca do preço da participação societária. Arrematam dizendo que esse preço contingente atenua a desconfiança do adquirente em relação à transação, na medida em que fica dispensado do pagamento adicional caso não se confirme a expectativa original de rentabilidade do negócio (2019, p. 130-131).

Segundo Ramon Tomazela Santos (2020, p. 135) esse artifício negocial serve justamente para proteger os envolvidos de riscos e incertezas futuras, por meio de cláusulas que garantem contraprestação adicional ao vendedor ou o reembolso de parte da contraprestação inicial, no caso de certas condições serem ou não confirmadas no futuro.

Entre as contraprestações contingentes insere-se o *earn-out*, objeto do presente estudo, que pode se caracterizar como uma cláusula de determinação ou preço contingente, cuja função, segundo Luciano Zordan Piva, é justamente alinhar as expectativas das partes em relação ao valor da transação, permitindo que os envolvidos estabeleçam que parte do preço será paga somente após confirmadas certas condições estabelecidas previamente.

Dessa forma, se as expectativas acerca do desempenho financeiro da empresa forem confirmadas, os vendedores receberão preço adicional, ao passo que os compradores estarão em posição confortável para realizar o pagamento, visto o sucesso financeiro do negócio. Se, por outro lado, as expectativas não se

2. Luciano Zordan Piva conta-nos que uma das primeiras notícias de que se têm ciência sobre o uso da cláusula de *earn-out* refere-se à aquisição da Cypress Electronics pela Brajdas Corp, ocorrida em 1985 nos Estados Unidos. O mecanismo permitiu às partes chegarem ao consenso sobre o preço e a transação foi efetivada com sucesso (2019, p. 76).

confirmarem, os compradores estarão dispensados de realizar o pagamento adicional, o que lhes dá garantias sobre o real valor justo da participação societária adquirida (PIVA, 2019, p. 76-77).

No mesmo sentido, Daniel Rodrigues Alves (2016, p. 11) afirma que o objetivo do *earn-out* é prorrogar o pagamento de parcela do preço para momento futuro, posterior à aquisição, na hipótese de que certos requisitos anuidos pelas partes sejam confirmados. Segundo o autor (2016, p. 35), regra geral, essas condições envolvem metas vinculadas ao desempenho financeiro da empresa adquirida. Convém alertar, dissipando confusões, que o *earn-out* não se assemelha com a concessão de prazo de pagamento de preço certo e previamente definido (BENTO, 2015, p. 144). Com efeito, o *earn-out* tem escopo mais abrangente, não servindo para prorrogação da data do pagamento, mas sim como meio de alinhar os interesses das partes, reduzindo os riscos sobre a oferta.

Judith Martins-Costa (2014, p. 154), por sua vez, define o *earn-out* como uma forma de pagamento em que parte do preço é transferida para momento futuro. No caso de operações societárias, conforme indica a autora, o "gatilho" do preço contingente são metas predefinidas pelas partes, em geral envolvendo questões financeiras, estratégicas e operacionais e cujo objetivo primordial é permitir a finalização da transação. Luís Flávio Neto e Victor Borges Polizelli (2020, p. 524) reverberam essa opinião sobre o objetivo do *earn-out*, mencionando que serve para "permitir a conclusão da negociação e a implementação da compra".

Por essa razão, é precisa a definição de Luciano Zordan Piva (2019, p. 73) ao afirmar que o *earn-out* parece ser o mecanismo mais hábil na aproximação dos interesses das partes em torno do objetivo comum, especialmente no que se refere à qualidade das promessas do vendedor em relação ao desempenho financeiro da empresa. Isso permite às partes estipular um valor justo para a transação, de modo que o vendedor receba o montante desejado e o comprador pague o preço que inicialmente estava disposto a oferecer, ainda que parte seja diferida para o momento da ocorrência de eventos específicos no futuro.

Imperioso notar que a cláusula de *earn-out* pode assumir feição positiva ou negativa, conforme seja o conteúdo estipulado pelos contratantes³. Assim, caso o dispositivo contratual preveja que, atingidas certas metas, a consequência é o pagamento de parte do preço pela aquisição societária, a cláusula assume caráter positivo. De outro lado, na hipótese de as partes estabelecerem que, não

3. O Apêndice A do Pronunciamento Técnico CPC n. 15 expressamente menciona os aspectos positivos ou negativos ao definir prestação contingente.

ocorrendo o evento contingente, cabe ao vendedor devolver parte do preço, então estaremos diante do *earn-out* com feição negativa (PIVA, 2019, p. 86).

Em síntese, o *earn-out* pode ser definido como uma estratégia contratual cujo objetivo é equilibrar a relação entre vendedor e comprador, conquanto as expectativas em relação ao preço da participação societária negociada possam variar em razão das incertezas que permeiam a transação.

Quanto à natureza jurídica, Mariana Monte Alegre Paiva (2017, p. 60) esclarece que, em sua forma mais tradicional, o *earn-out* é um mecanismo de diferimento de preço condicionado a eventos futuros, definidos pelas partes. Nessa concepção, portanto, a natureza jurídica do *earn-out* é de preço. Contudo, a autora vai além, expondo que a natureza jurídica da cláusula pode variar conforme a intenção das partes. Assim, por exemplo, se as partes definirem que o ex-acionista receberá valor adicional atrelado a prestação de serviços em favor da sociedade, então estaremos diante de remuneração, e não preço relacionado a compra e venda de participação societária (DE PAULA, 2019, p. 238).

Em escólio semelhante, Luciano Zordan Paiva (2019, p.74) alerta que a definição da natureza jurídica do *earn-out* depende do estudo de suas funcionalidades. A despeito dessa miríade de possibilidades, interessa ao presente trabalho a definição da cláusula de *earn-out* cuja natureza jurídica é de preço.

Com efeito, no âmbito das operações de fusões e aquisições, a aquisição de participação societária se enquadra no conceito de compra e venda previsto no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no art. 481 do Código Civil de 2002 (CC/2002). Concordando com a posição adotada pelo autor, extrai-se do Código Civil que o aperfeiçoamento do contrato de compra e venda depende do acordo de vontade das partes em relação ao seu objeto e preço. Por sua vez, o preço é definido livremente pelas partes de acordo com as leis de mercado, sendo chamado pela doutrina de "preço convencional"⁴ (GONÇALVES, 2019, p. 227).

4. Nota-se que a definição de preço convencional consubstanciado de acordo com as leis de mercado se assemelha ao conceito de valor justo empregado pelo CPC - 46 (Avaliação ao Valor Justo). Segundo o normativo contábil, valor justo é o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração (Item 09). Portanto, para o direito civil, preço é o valor em dinheiro ou título conversível em moeda, pago em troca de aquisição da coisa, convencionalizado pelas partes livremente, assumindo-se não haver dolo, fraude ou simulação que macule o negócio jurídico. Em síntese, preço, regra geral, é o valor justo definido pelas partes no momento da transação.

Por óbvio que a regra comporta exceção, sendo impreciso dizer que nem todo o preço se iguala ao valor justo na forma definida na contabilidade. Existem hipóteses, por exemplo, em que uma parte deseja fazer o negócio em razão de premente necessidade financeira, ocasião em que o preço não necessariamente se equivalerá ao valor justo do bem transacionado. Ernesto Rubens

Finalmente, a lei autoriza que parte do preço seja fixada em função de metas, desde que seja possível sua determinação objetiva.

Em face do exposto, é plausível concluir que o aperfeiçoamento do contrato ocorre a partir do momento em que as partes chegam ao consenso acerca do objeto e do preço, conforme ensina Ramon Tomazela Santos (2020, p. 137). No caso do *earn-out*, tão somente parte do preço fica condicionada aos eventos posteriores, permanecendo a eficácia do negócio jurídico, que, para o direito, estará integralmente aperfeiçoado (2020, p. 138).

Raciocínio semelhante é empregado por Fernando Aurelio Zilveti e Daniel Azevedo Nocetti (2020, p. 131) ao aduzirem que a incerteza do preço contingente não torna o contrato condicional a um evento futuro, apenas afetando o preço do negócio como um todo. Inclusive, os autores são enfáticos ao definir o *earn-out* como um meio de determinação do preço do negócio, e não como uma condição para seu aperfeiçoamento (2020, p. 137).

Portanto, considerando a definição de *earn-out* como mecanismo de determinação de parte do preço cujo pagamento é condicionado à ocorrência de eventos futuros⁵, e cotejando com a definição conceitual de preço do Direito Civil, mormente diante da previsão do art. 487 do Código Civil no sentido de ser lícito às partes fixar o preço em função de índices e parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação, podemos concluir que a natureza jurídica do *earn-out*, ao menos em sua forma mais tradicional, é de preço, o que terá implicações contábeis e tributárias, como veremos adiante.

3 TRATAMENTO CONTÁBIL DO *EARN-OUT*

A norma contábil que trata da combinação de negócios⁶ é o Pronunciamento Contábil CPC 15. Referida norma contábil estabelece, em seu item 18, que "o adquirente deve mensurar os ativos identificáveis adquiridos e os passivos

Gelbcke, Ariovaldo dos Santos, Sérgio de Iudicibus e Eliseu Martins esclarecem que o valor justo é uma mensuração baseada no mercado e não específica da entidade (2018, p. 139).

5. O art. 197 da Instrução Normativa n. 1.700, de 14 de março de 2017, confirma essa definição ao expressamente dispor que contraprestações contingentes são: (a) as obrigações contratuais assumidas pelo adquirente de transferir ativos adicionais ou participações societárias adicionais aos ex-proprietários da adquirida, subordinadas a evento futuro e incerto; ou (b) o direito de o adquirente reaver parte da contraprestação previamente transferida ou paga, caso determinadas condições sejam satisfeitas.
6. "Apêndice A: Combinação de negócios é uma operação ou outro evento por meio do qual um adquirente obtém o controle de um ou mais negócios, independentemente da forma jurídica da operação. Neste Pronunciamento, o termo abrange também as fusões que se dão entre partes independentes (inclusive as conhecidas por *true mergers* ou *merger of equals*)."

assumidos pelos respectivos valores justos da data da aquisição⁷. Além disso, ela determina que a composição do preço se subdivide em: valores justos da data da aquisição e *goodwill* ou compra vantajosa.

De sua parte, a contraprestação contingente⁸, conforme determina o item 39 do CPC 15, deve ser reconhecida "pelo seu valor justo na data da aquisição como parte da contraprestação transferida em troca do controle da adquirida". Assim, caso a adquirente, com base em estimativas confiáveis, concluir não ser provável o cumprimento das condições estabelecidas na cláusula de contraprestação contingente, o custo registrado no momento da transação limita-se à parcela fixa do preço.

Se, durante o período de mensuração estipulado pelo item 45 do CPC 15 (com prazo máximo de um ano), a adquirente obtiver novas informações sobre fatos e circunstâncias existentes na data da aquisição, que, se conhecidas naquela ocasião, teriam influenciado a mensuração dos valores reconhecidos – como, por exemplo, uma projeção revisada que indica um resultado operacional maior do que o inicialmente estimado, tornando provável o cumprimento da meta prevista –, então o custo da transação deve ser ajustado para refletir essas novas informações. Nesse caso, a adquirente deve ajustar o custo da transação para incluir a diferença relacionada à parcela contingente que provavelmente será paga, registrando esse ajuste no passivo.

Em tempo, notar que o normatizador contábil foi hábil ao perceber que combinações de negócios são realizadas em ambiente de incertezas. Por isso, previu expressamente um período de mensuração, quando permitiu ajustes no valor justo após a adquirente assumir o controle da adquirida e, portanto, passar a ter acesso às informações da empresa de forma mais ampla.

Um exemplo prático permitirá clarear essa explicação: consideremos a realização de uma combinação de negócios, por meio da qual a pessoa jurídica "A" pretende adquirir 100% da participação societária da pessoa jurídica "B", cujo

7. De forma mais detalhada o item 37 do CPC 15 traz o mesmo conceito. Confira-se: "a contraprestação transferida em troca do controle da adquirida em combinação de negócios deve ser mensurada pelo seu valor justo, o qual deve ser calculado pela soma dos valores justos na data da aquisição: a) dos ativos transferidos pelo adquirente; b) dos passivos incorridos pelo adquirente junto aos ex-proprietários da adquirida; e c) das participações societárias emitidas pelo adquirente".
8. Segundo o Apêndice A do CPC 15, 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. Contudo, uma contraprestação contingente também pode dar ao adquirente o direito de reaver parte da contraprestação previamente transferida ou paga, caso determinadas condições sejam satisfeitas.

patrimônio líquido é de R\$ 150 milhões. Durante as tratativas, as partes divergem sobre o preço do negócio, especialmente em razão de incertezas relacionadas ao potencial de geração de fluxo de caixa da empresa adquirida. Diante do impasse, as partes resolvem estabelecer cláusula de *earn-out*, pela qual a pessoa jurídica "A" se compromete a pagar valor adicional escalonado aos acionistas de "B" caso a margem EBIT⁹ da empresa-alvo atinja determinados percentuais parâmetros estipulados pelas partes, dentro do prazo de 24 meses a contar da data da aquisição. Assim, fica estipulado o seguinte:

- I) R\$ 200 milhões pela aquisição de 100% das ações de B, sendo R\$ 170 milhões relativos ao valor justo dos ativos e passivos líquidos adquiridos e R\$ 30 milhões de ágio (*goodwill*);
- II.a) parcela contingente de R\$ 80 milhões, caso a margem EBIT supere o parâmetro de 20%;
- II.b) parcela contingente de R\$ 120 milhões, caso a margem EBIT supere o parâmetro de 23%¹⁰.

No ato da aquisição, isto é, antes de tomar posse integral das atividades da adquirida "B", a pessoa jurídica "A" conclui não ser provável que a margem EBIT superará, no prazo estipulado, o parâmetro estipulado de 20%.

Nesse cenário, em relação à parcela do preço paga no momento da transação (R\$ 200 milhões), parte dela (R\$ 170 milhões) será considerada como valor justo dos ativos líquidos adquiridos e o montante residual (R\$ 30 milhões) é classificado como ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*).

Durante o primeiro ano como controladora da companhia "B", a empresa "A" tem ciência de informações relativas a fatos e circunstâncias que deveria saber no momento da aquisição e que mudam as suas expectativas a respeito do resultado operacional da adquirida. Com base nessas novas estimativas, a adquirente conclui ser provável que a margem EBIT supere o parâmetro de 20%, o que indica que terá que pagar a parcela contingente de R\$ 80 milhões estipulada em contrato.

Esse fato exige, conforme determina o item 45 do CPC 15, que o custo da transação seja retificado, de forma a considerar as novas informações obtidas.

9. Sigla que representa *Earnings Before Interest and Taxes* ou "lucro antes dos juros e tributos", no vernáculo.

10. Portanto, se a margem EBIT superar o parâmetro de 20%, o vendedor recebe mais 80 milhões; caso supere 23%, além dos 80 milhões por atingir a meta anterior, recebe mais 40 milhões, totalizando 120 milhões.

Como consequência, a adquirente ajusta o custo para adicionar a diferença relacionada à parcela contingente que provavelmente será paga, no valor de R\$ 80 milhões, contabilizando a contrapartida no passivo. Totaliza-se, assim, o custo de R\$ 280 milhões.

Após alguns meses, a adquirente "A" verifica que o faturamento da empresa "B" vem crescendo, em decorrência do aumento da demanda do produto que fabrica, consequência do desenvolvimento de nova técnica de produção que aumentou – significativamente – sua qualidade. Logo, conclui, com base nesses novos fatos, ser provável que a margem EBIT supere o parâmetro de 23% previsto contratualmente.

Nesse caso, a adquirente deve aplicar as diretrizes contidas no item 58 do CPC 15. Assim, atendendo ao disposto nos itens b (i) e b (ii)¹¹, registra o passivo adicional de R\$ 40 milhões e a contrapartida no resultado do período. Note que, nessa hipótese, não há ajuste do custo do ativo, mas sim registro do montante adicional diretamente no resultado, afetando o lucro do período.

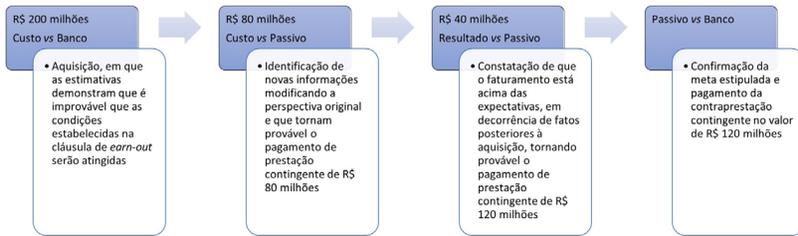
Finalmente, com o encerramento do prazo estipulado de dois anos, é constatado que essa previsão derradeira estava correta, confirmando que a margem EBIT da empresa "B" superou o percentual parâmetro de 23%, de modo que a empresa "A" efetua o pagamento da prestação contingente aos acionistas de "B", no montante total de R\$ 120 milhões. O preço total do negócio, conclui-se, foi de 320 milhões.

Superado o desafio de tratar dos registros contábeis envolvendo o reconhecimento e a mensuração do preço da transação de combinação de negócios, passamos às consequências tributárias decorrentes. Como teremos oportunidade de concluir, as implicações tributárias, como é praxe, são bem mais controversas.

4 AS CONSEQUÊNCIAS TRIBUTÁRIAS DA MENSURAÇÃO CONTÁBIL DO *EARN-OUT*

Para facilitar a visualização dos eventos mencionados no exemplo acima e destacar as considerações tributárias relevantes, propomos a seguinte linha do tempo com quatro etapas. Cada etapa incluirá os valores envolvidos, as contrapartidas contábeis e explicações resumidas sobre o que cada evento representa:

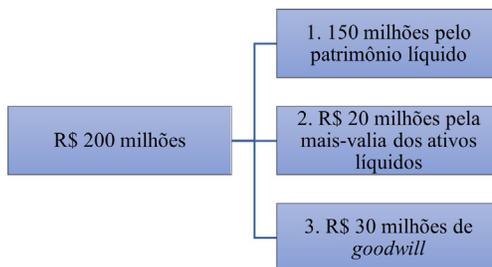
11. Para objetividade didática, não estamos avaliando se a obrigação está no escopo do CPC 48 ou não, mas sim assumindo que a contrapartida é no resultado, conforme itens b (i) e b (ii) do item 58 do CPC 15.



Identificam-se na operação quatro eventos que merecem atenção e avaliação sobre as consequências tributárias. O primeiro deles, relativo à aquisição, não traz grandes controvérsias, e seu tratamento fiscal é bastante consolidado no sistema jurídico pátrio. Com efeito, o art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/1977, que regula o tratamento tributário em operações dessa natureza, dispõe que o custo de aquisição deve ser desdobrado pelo adquirente em:

- I – valor de patrimônio líquido na época da aquisição; 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 item anterior; 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 itens I e II acima.

Objetivamente, no caso do exemplo proposto, no momento da aquisição, a adquirente desdobrará o custo da seguinte forma:



Não é escopo do presente trabalho avaliar a consequência tributária de cada componente do custo, sendo suficiente para nossos propósitos indicar que o valor relativo à equivalência patrimonial tem efeito tributário inicial neutro¹²; o montante referente à mais-valia poderá, na hipótese de incorporação, fusão ou cisão, ser considerado como integrante do custo do bem ou do direito que lhe deu causa e, a partir daí, terá tratamento tributário definido conforme a realização desses bens¹³; e o ágio será dedutível no prazo mínimo de 60 meses no caso de incorporação, fusão ou cisão entre as empresas envolvidas¹⁴.

Superado o registro inicial, em razão de novas informações obtidas no período de mensuração, envolvendo fatos e circunstâncias existentes na data da aquisição, a adquirente ajusta o valor do custo, aumentando o ágio em R\$ 80 milhões, em contrapartida ao reconhecimento da contraprestação contingente por seu valor justo no passivo. As controvérsias começam a surgir a partir desse estágio "02", na medida em que esse registro decorre de estimativas confiáveis da empresa, não havendo certeza de que as condições previstas na cláusula de *earn-out* se efetivarão.

Sobre o tema, Ramon Tomazela Santos (2020, p. 141) é assertivo ao defender que o valor justo da contraprestação contingente não pode ter efeitos tributários, dado seu caráter subjetivo e incerto, o que viola o conceito de renda, o princípio da realização da renda e a capacidade contributiva. Dissertando sobre o assunto, Sergio Bento (2015, p. 145) parece concordar com essa afirmação, mesma posição defendida por José Arnaldo Godoy Costa de Paula (2019, p. 242), ressaltando, por oportuno, que esse autor costura seus argumentos especificamente em relação ao *earn-out*, cujas características são de preço, como é o caso em análise.

Parece precisa essa linha interpretativa. Por ser baseada em estimativas, ainda que confiáveis do ponto de vista econômico, a obrigação de pagamento do preço contingente, conforme previsto na cláusula de *earn-out*, envolve mera expectativa a ser confirmada no futuro. Em outras palavras, não há certeza em relação ao evento e ao direito, até por decorrência do princípio da segurança jurídica, que exige objetividade e concretude em relação aos fatos tributários, inclusive por força dos arts. 116 e 117 do Código Tributário Nacional, conforme alerta José Arnaldo Godoy Costa de Paula (2019, p. 242).

12. Não é exatamente acurado dizer que a equivalência patrimonial tem efeito tributário neutro, daí a inclusão da expressão "inicial". Na medida em que o valor compõe o custo do ativo, afeta eventual ganho de capital para fins tributários no momento de sua alienação, conforme extraímos do art. 507 do RIR 2018.

13. Art. 431 do RIR 2018 (Lei n. 12.973, de 2014, art. 20, *caput*).

14. Art. 433 do RIR 2018 (Lei n. 12.973, de 2014, art. 22, *caput*).

Ademais, a contraprestação contingente refere-se a evento futuro e incerto, e a Instrução Normativa 1.700/2017 parece ter acatado a tese em exposição ao dispor:

Art. 196. Os reflexos tributários decorrentes de obrigações contratuais em operação de combinação de negócios, subordinadas a evento futuro e incerto, inclusive nas operações que envolvam contraprestações contingentes, devem ser reconhecidos na apuração do lucro real e do resultado ajustado nos termos dos incisos I e II do art. 117 da Lei n. 5.172, de 1966:

I – sendo suspensiva a condição, a partir do seu implemento;

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

Perceptível a preocupação normativa no sentido de expressamente indicar que os reflexos tributários subordinados a eventos futuros e incertos, sendo suspensiva a condição, somente deverão ser reconhecidos na apuração do lucro real a partir do seu implemento. É exatamente o caso da contraprestação contingente, que prevê o pagamento de parcela adicional no caso do atingimento de metas financeiras definidas pelas partes.

Em tempo, esclarecer que a condição suspensiva é aquela em que a parcela do preço contingente somente adquire eficácia quando implementada sua condição, ao passo que na condição resolutiva o preço é devido desde o início, ou seja, trata-se de condição concreta, contudo, em razão de eventos previstos contratualmente, pode se tornar indevido (SANTOS, 2020, p. 142). Em termos práticos, diante de condição resolutória, o preço é certo e devido no momento da transação, conquanto possa tornar-se indevido no futuro. Por sua vez, no caso de condição suspensiva, o valor somente se torna exigível por ocasião de eventos futuros predeterminados pelas partes, como o atingimento de metas financeiras, por exemplo.

Logo, no caso que estamos avaliando, podemos concluir que a cláusula de *earn-out* prevê condição suspensiva e, portanto, seus reflexos tributários ocorrem apenas no caso de implemento das condições previstas em contrato, o que não é o caso nas etapas “02” e “03”.

Dizendo de outro modo, o montante de R\$ 80 milhões registrado na contabilidade como custo do ativo (participação societária) não terá efeito tributário enquanto não implementadas as condições que tornem devidos os valores. Até lá, o direito tributário vê a prestação contingente como algo provisório, fruto de estimativas e, portanto, não realizado. Equivale a concluir que, no caso de incorporação, não será possível deduzir na forma de ágio a parcela de R\$ 80 milhões

da prestação contingente, o que acontecerá, contudo, a partir de implementada a condição prevista contratualmente.

Em resumo, em relação à etapa "02", ainda que diante de ajustes retrospectivos no período de mensuração, em decorrência de novas informações sobre fatos preexistentes à aquisição, nada muda em relação à aplicação do art. 196 da Instrução Normativa (IN) n. 1.700/2017, haja vista tratar-se de mera expectativa (SANTOS, 2020, p. 147).

Passamos, doravante, para o terceiro evento de nossa linha do tempo, ou seja, a constatação por parte da adquirente de que o faturamento da adquirida vem superando as expectativas, tornando provável o atingimento do EBIT de 23% estipulado pelas partes na cláusula de *earn-out*. Note que não estamos diante de novas informações sobre fatos até então desconhecidos, porém presentes no momento da transação. Nesse estágio, as perspectivas se alteram em decorrência de fatos posteriores ao negócio e, em razão disso, a normatização contábil determina que o ajuste seja registrado no resultado, em contrapartida ao passivo da adquirente.

Nesse passo, podem surgir algumas controvérsias sobre a opção dicotômica do normatizador contábil: quando o ajuste se relaciona a fatos desconhecidos, mas presentes no momento da transação, o registro se dá no custo do ativo; quando o ajuste se relaciona a eventos ocorridos após a transação, o ajuste é realizado diretamente em resultado.

Não se trata de uma incoerência ou descuido por parte do normatizador contábil, embora a defesa dessa forma dicotômica de registro da prestação contingente não seja tarefa simples. Registros em resultado denotam a eficiência da administração na condução operacional dos negócios da empresa. Trata-se, portanto, de uma medida de desempenho, conforme, inclusive, podemos extrair do item 4.71 do Pronunciamento Contábil CPC 00. Sobre a tênue diferenciação entre custos e despesas, Endon S. Hendriksen e Michael F. Van Breda assinalam que, quando o uso de bens e serviços não beneficia o período corrente nem se relaciona com uma perda, devemos concluir que beneficiará períodos futuros. Como consequência, atendendo ao regime da competência, registramos um custo a ser transferido para resultado quando o ativo gerar receitas, de forma que ocorra um "pareamento" entre receitas e despesas (2012, p. 237). Como se nota, a diferença entre custo e despesas é de natureza temporal (DE OLIVEIRA, 2020, p. 833).

Retornando ao polêmico ponto, quando o ajuste decorre do conhecimento de informações sobre fatos preexistentes à transação, podemos concluir que não decorre de desempenho da administração, tampouco está relacionado a qualquer sacrifício a beneficiar o período corrente. Na verdade, estamos apenas

reconhecendo que, se todas as informações estivessem disponíveis no momento da transação, o custo seria mensurado de forma diversa. Por essa razão, o normatizador oferece oportunidade ao adquirente de ajustar o valor justo durante o período estipulado de mensuração, pois o acesso às informações pode revelar que o registro inicial destoa do correto valor justo.

Contudo, quando o ajuste decorre de eventos cuja ocorrência é posterior à transação, como o caso de um desempenho excepcional da adquirida que modifica a expectativa da confirmação da condição contingente, então seria possível defender tratar-se de uma medida de desempenho da administração, que, adicionalmente, estaria beneficiando o período corrente, o que justifica seu registro no resultado, e não como custo de aquisição. Ademais, nesse caso, não estaríamos diante de um equívoco na mensuração do valor justo. Muito ao contrário: o valor justo estará perfeitamente mensurado de acordo com os fatos presentes no momento da aquisição e, conseqüentemente, seria incoerente exigir o ajuste retroativo.

De toda forma, fato é que a norma contábil expressamente determina que o registro seja realizado em contrapartida de resultado, de modo que é – ao menos para nossas pretensões neste momento – irrelevante o aprofundamento dessa discussão, que certamente merece novas reflexões. A problemática surge, verdadeiramente, das conseqüências tributárias decorrentes desse registro em resultado. Isso porque o art. 6º do Decreto-lei n. 1.598/1977 dispõe que o lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária. Adicionalmente, o § 1º do dispositivo aduz que o lucro líquido do exercício deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial.

Parte-se, portanto, do lucro contábil para, então, serem realizados os ajustes determinados expressamente pela legislação tributária. Como conseqüência, caso silente a lei, prevalecem os registros realizados na contabilidade. No que se refere ao montante de R\$ 40 milhões registrado no resultado em razão das mudanças de perspectivas sobre o preço contingente, a solução novamente é encontrada no próprio art. 196 da LN n. 1.700/2017, ou seja, os efeitos tributários ficam diferidos para o momento em que implementada a condição suspensiva. Em outras palavras, a adquirente deverá realizar o ajuste (adição) de modo que a redução do lucro contábil não afete o lucro real, ou seja, o ajuste realizado na etapa "03" do exemplo tem efeito fiscal neutro, ao menos enquanto não ocorrer a condição prevista na cláusula contratual de *earn-out*, opinião compartilhada por Jorge Vieira (2018, p. 602).

Não parece haver dúvidas quanto a essa conclusão. Do ponto de vista tributário, apesar da intrínseca relação entre o direito e a contabilidade, não podemos admitir de forma apriorística os efeitos fiscais dos registros contábeis sem uma análise mais detida do ordenamento jurídico, inclusive em razão da necessidade de observância do princípio da realização da renda, que, segundo Victor Borges Polizelli, exige materialidade, objetividade, mensurabilidade e troca de mercado (2012, p. 193-195). Em reforço, é imprescindível ressaltar que a própria Lei n. 12.973/2014 seguiu a linha de não considerar tributável o valor justo por se tratar de mera expectativa que pode não ser confirmada e que, portanto, trata-se de evento não realizado, o que sugere que o princípio da realização da renda, em certa medida, balizou os legisladores (PINTO; SANTO; SILVA, 2019, p. 266). Dizendo de outro modo, ainda que na ausência do art. 196 da IN n. 1.700/2017, esse raciocínio prevaleceria, afinal, como nota Ramon Tomazela Santos (2020, p. 143), esse diploma legal apenas reflete a estipulação genérica do art. 117 do CTN, que, por sua vez, atende aos princípios da realização da renda e da capacidade contributiva.

De se notar, como habilmente o fez Ramon Tomazela Santos (2022, p. 185) que, "por se tratar de (re)mensuração de passivo a valor justo, será aplicável, ao caso, o disposto no art. 14 da Lei n. 12.973/2014, segundo o qual a perda decorrente de avaliação de passivo com base no valor justo somente poderá ser computada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL quando esse passivo for liquidado ou baixado, desde que o respectivo aumento no valor do passivo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada ao passivo".

O problema, afinal, surge na etapa "04", na medida em que nesse momento a condição suspensiva é implementada e, portanto, conforme determina o art. 196 da IN n. 1.700/2017, os reflexos tributários devem ser reconhecidos na apuração do lucro real e do resultado ajustado. A dúvida a ser respondida é: nesse momento, o montante de R\$ 40 milhões que transitou em resultado na etapa "03", mas foi adicionado para apuração do lucro real, deve ser excluído na apuração corrente ou integrado ao custo¹⁵ (*goodwill*) para oportuna amortização fiscal após eventual incorporação? Importante notar que essa questão é muito relevante, haja vista a dedução no período "corrente" ser potencialmente mais favorável ao contribuinte, ao passo que a integração do montante ao ágio, minimamente, difere o aproveitamento fiscal em 60 parcelas mensais, a contar da data do evento societário de incorporação.

15. Ressalte-se que a menção ao custo, nesse particular, refere-se exclusivamente para fins tributários, eis que, contabilmente, não há que se falar em ajuste de custo.

Aqui nos deparamos com o maior dissenso doutrinário envolvendo os aspectos jurídico-contábeis do *earn-out*. Sergio Bento (2015, p. 145-146), por exemplo, adota posição favorável aos contribuintes, defendendo que, diante da inexistência de regra expressa determinando o ajuste, deve prevalecer o valor do resultado contábil. Ramon Tomazela Santos (2020, p. 148), embora discorde desse entendimento, admite que essa posição é reforçada pela sistemática adotada pelo legislador nacional sobre o imposto de renda, na qual as deduções de despesas não dependem de autorização normativa expressa. Em outras palavras, *a priori*, as despesas que compõem o lucro contábil são integralmente dedutíveis para fins fiscais, exceto no caso de determinação expressa em contrário. Cita, inclusive, ensinamentos de Ricardo Mariz de Oliveira nesse sentido (2020, p. 846), embora, conveniente ressaltar, esse autor seja dedicado defensor de que os registros contábeis não podem alterar as obrigações tributárias para mais ou para menos, caso conflitem com regras e princípios jurídicos (DE OLIVEIRA, 2003, p. 80).

Declinam ser igualmente favoráveis à dedutibilidade imediata, embora analisando contexto diverso¹⁶, Fernando Aurelio Zilveti e Daniel Azevedo Nocetti (2020, p. 142), sustentando que o direito privado tratou o preço contingente como despesa, ao passo que o direito tributário, por meio da IN n. 1700/2017, teria dado tratamento de componente do custo. Os autores sustentam que o posicionamento contábil sobre o tema é correto e alertam para uma possível inconsistência terminológica trazida pela Instrução Normativa. Como consequência, defendem que, uma vez implementada a condição, estamos diante de despesa dedutível para fins fiscais, mencionando ser defeso ao legislador modificar a natureza de um instituto de direito privado, consagrado na contabilidade, sob pena de afronta ao princípio da capacidade contributiva e da renda líquida (2020, p. 143, 147-149).

Luis Flávio Neto e Victor Borges Polizelli contribuem para a análise, afirmando que a lei tributária silenciou sobre ajustes do lucro contábil em razão do registro da parcela de *earn-out* como despesa, de modo que não se fala em correção mediante emprego do poder normativo conferido à Receita Federal pelo art. 58 da Lei 12.973/2014. Concluem aduzindo que, na falta de dispositivo expresso prevendo qualquer ajuste, o tratamento contábil dever ser mantido na apuração do IRPJ/CSLL (2020, p. 526).

Ramon Tomazela Santos (2022, p. 186), contudo, em posição contrária, defende que não é possível considerar que o resultado contábil, na ausência de

16. Todo o raciocínio se baseia na hipótese de a prestação contingente estar atrelada à *performance* do vendedor, que permanece vinculado ao negócio.

ajuste expresse, prevalece aprioristicamente para fins tributários. Entende o autor que a contabilidade parte de pressupostos distintos do direito, ou seja, o lucro contábil tem por objetivo retratar realidade econômica que não necessariamente está em consonância com os princípios jurídicos. Reforçando seu argumento, cita famoso precedente nesse sentido, referente ao Recurso Extraordinário n. 606.107/RS, de 22.05.2013, no qual a Ministra Rosa Weber aduziu enfaticamente que a tributação não está subordinada à contabilidade.

Sobre esse tema não é incomum, nos calorosos debates envolvendo as controvérsias jurídico-contábeis, surgirem vozes no sentido de que caberia ao legislador, por meio da Lei n. 12.973/2014, ter determinado expressamente os ajustes a serem realizados no lucro contábil em decorrência da aplicação das novas normas contábeis internacionais, adotadas no Brasil a partir da Lei n. 11.638/2007. Caso assim não tenha procedido, então, conclui-se, teria aceitado todos os componentes do lucro contábil para fins fiscais, inclusive por força do art. 6º do Decreto-lei n. 1.598/1977¹⁷.

Com a devida vênia que merecem os precursores dessa tese, admitir que o legislador aceitou o registro contábil quando não determinou expressamente a realização de ajustes por meio da Lei n. 12.973/2014 equivaleria a aceitar sua onisciência acerca de inúmeros e nem sempre conhecidos impactos tributários das novas normas contábeis.

Malgrado o esforço do legislador em regular as mudanças inauguradas pelo novo padrão contábil adotado no Brasil, parece ser uma exigência demasiadamente exagerada presumir que todas as hipóteses tenham sido rigorosamente avaliadas, especialmente considerando que, após mais de uma década do início do processo de convergência contábil, sequer os especialistas contábeis e tributários chegaram ao consenso em relação ao tema. Exigir isso do legislador não soa razoável.

Dentre outros autores cuja opinião se dirige no mesmo sentido, oportuno destacar Sergio André Rocha (2020, p. 351), que disserta sobre a existência de cinco diferentes maneiras em que o legislador cuidou da relação entre o direito e o novo padrão contábil. Segundo o autor, uma dessas maneiras refere-se ao grupo de omissões, ou seja, aquele em que a lei nada prescreve. Em seu ponto de vista, com o qual nos alinhamos, nesses casos não há solução apriorística,

17. José Arnaldo Godoy Costa de Paula afirma que, nessas hipóteses, seria possível defender que o "Direito Tributário reconheceria os efeitos destes valores no lucro líquido e, por consequência, no Lucro Real". Contudo, o Autor é cuidadoso ao esclarecer que esse entendimento cessa caso a legislação tributária possua conceito autônomo tratando do tema (2019, p. 239).

devendo cada caso ser analisado ao lume da sua compatibilidade com as premissas constitucionais.

Alexandre Evaristo Pinto, Fabio Pereira da Silva e Eliseu Martins (2019, p. 32-33) sustentam que os casos omissos podem ter origem em análise detida por parte do legislador, que entendeu despicando a manifestação expressa sobre o tratamento tributário sobre o novo padrão contábil em particular ou pode decorrer de omissão desavisada, hipótese em que o legislador não notou a consequência tributária. Segundo os autores, em ambos os casos, a lei tributária teria convalidado os procedimentos contábeis. Há que se ressaltar, contudo, que essa conclusão não deve prevalecer no caso de os registros contábeis afrontarem princípios jurídicos constitucionais.

Portanto, entendemos que devemos admitir o lucro contábil da maneira como calculado pelas "novas" normas contábeis e aplicados os ajustes determinados pela Lei n. 12.973/2014, em linha com o defendido pelos autores mencionados. Contudo, isso não autoriza ignorarmos as demais regras e princípios presentes em nosso sistema jurídico tributário.

Seguindo essa linha de raciocínio, Ramon Tomazela Santos (2022, p. 187) defende que, do ponto de vista tributário, em vez de o valor da contraprestação contingente registrada como despesa ter dedutibilidade imediata a partir da implementação da condição, o correto seria registrar o preço contingente como ajuste positivo do ágio, ainda que o montante não seja registrado na subconta contábil do investimento. Aduz, adicionalmente, que a parcela contingente compõe o custo do investimento e, nessa medida, não deveria ser deduzida como despesa no momento da implementação da condição suspensiva, por representar uma autêntica inversão de capital.

O entendimento é referendado por José Arnaldo Godoy Costa de Paula, que expressamente afirma que, no caso de implementação da condição suspensiva da contraprestação contingente, a empresa deveria adicionar a despesa registrada na contabilidade e ajustar positivamente o custo do investimento, especificamente nas parcelas da mais-valia e do *goodwill* (2019, p. 249).

Maurício Pereira Faro e Thais de Barros Meira contribuem para a discussão em arrazoado em que analisam a Solução de Consulta Cosit n. 3, de 22 de janeiro de 2016 (2021, p. 365-380). Aduzem que o custo de aquisição deve corresponder ao somatório da totalidade de sacrifício financeiro realizado pelo adquirente, ainda que o pagamento esteja atrelado à condição futura. Nessa medida, os valores pagos em razão de contraprestações contingentes poderiam ser computados no *goodwill*. A conclusão da Solução de Consulta parece deixar pouco espaço para dúvidas ao dispor 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”¹⁸.

Finalmente, Ramon Tomazela Santos apresenta argumento em princípio bastante convincente, ao chamar a atenção para o § 12 do art. 178 da IN n. 1.700/2017, que estabelece que a composição do custo de aquisição respeita a lei comercial e inclui as contraprestações contingentes, sendo o seu tratamento tributário disciplinado no art. 196 do mesmo diploma legal (2022, p. 188). Ao mencionar que a contraprestação contingente está inclusa no custo de aquisição e fazer remissão expressa, na parte final, ao art. 196 que trata da condição suspensiva, parece que a interpretação sistemática nos permitiria concluir que o normatizador vedou a dedutibilidade do preço contingente como despesa, devendo o valor ser integrado ao custo para fins fiscais na presença da hipótese do inciso I do art. 196 da IN.

A despeito da força de todos esses argumentos, é indispensável lançar algumas reflexões em contraposição, antes de declinar nossa opinião sobre o tema. Desafiar os raciocínios empreendidos é imperativo para a consolidação do apropriado entendimento de assunto tão complexo, ainda que, ao final, nossa posição seja convergente com qualquer dessas linhas.

Em primeiro lugar, não nos passa despercebido o fato de o art. 20, *caput*, da Lei n. 12.973/2014 dispor expressamente que o valor do *goodwill* a ser dedutível fiscalmente é aquele correspondente ao saldo existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária. Em uma análise preliminar, a conclusão é no sentido de que eventuais ajustes posteriores decorrentes das prestações contingentes não podem ser atribuídos ao custo de aquisição para fins tributários, visto o legislador ter “congelado” o montante dedutível existente na data da aquisição.

Maurício Pereira Faro e Thais de Barros Meira (2021, p. 377) e Ramon Tomazela Santos (2020, p. 150-151), disputam essa conclusão, argumentando que a menção teve por objetivo evitar discussões acerca do montante do *goodwill* amortizável para fins fiscais na hipótese, por exemplo, de registro de *impairment* do ágio na contabilidade. Em outras palavras, o legislador, prevendo possíveis embates entre o fisco e os contribuintes em relação à amortização fiscal de ágio anteriormente “baixado” na contabilidade, expressamente consignou que tais ajustes não podem obstar o direito do contribuinte de deduzir o ágio fiscalmente.

18. BRASIL. Receita Federal. Solução de Consulta Cosit n. 3, de 22 de janeiro de 2016. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 3 fev. 2016, seção 1, p. 12 Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=71323>. Acesso em: 6 abr. 2021.

Embora reconheçamos o brilhantismo dos argumentos, parece-nos que empreender esse caminho interpretativo é delicado, dada a necessidade de avaliar hermeneuticamente a "vontade do texto da lei" (*mens legis*) e cotejar com a "vontade do legislador" (*mens legislatoris*), expressas em lei, o que sempre é terreno arenoso. Gilberto de Ulhôa Canto é preciso ao dizer que não se deve desprezar a busca pelo elemento histórico presente na elaboração das leis, mas deve-se fugir de exageros na ponderação entre tais elementos históricos e a interpretação que resulta da análise do próprio texto da lei (1975, p. 360).

Nessa linha, apenas nas hipóteses em que se possa claramente identificar a vontade do legislador, inclusive por meio de interpretação sistemática das normas do ordenamento, em princípio nos restaria aceitar – especificamente no caso em análise – o texto expresso da lei, no sentido de que a exclusão se limitaria ao "ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária"¹⁹.

Referido raciocínio deve se sobrepor, inclusive, ao § 12 do art. 178 da IN n. 1.700/2017. Primeiro em razão de a IN se tratar de diploma normativo cujo alcance está limitado pelo texto da lei. Segundo porque, ao dispor que a composição do custo de aquisição considera a contraprestação contingente, sendo o seu tratamento tributário disciplinado no art. 196, não se está vedando que seja ele deduzido imediatamente no momento da implementação da condição, mesmo porque o *caput* desse dispositivo expressamente autoriza que o montante seja reconhecido na apuração do lucro real e do resultado ajustado nos termos dos incisos I e II do art. 117 do CTN, sem fazer qualquer ressalva sobre o momento da dedutibilidade.

Diante desse cenário, parece-nos que, embora o legislador mereça encômios por prever que o ágio a ser deduzido é aquele correspondente ao saldo existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, evitando que eventual "baixa" contábil posterior prejudique a dedutibilidade, falhou por não esclarecer que eventuais ajustes decorrentes de prestação contingente, realizados *a posteriori*, inclusive no período de mensuração, integram o custo e são passíveis de dedutibilidade fiscal, não se aplicando a ressalva "na data da aquisição". Nessa linha, atualização legislativa nesse sentido seria muito bem-vinda e traria segurança jurídica aos contribuintes.

Ademais, é indubitável que a Solução de Consulta Cosit n. 3, de 22 de janeiro de 2016, revela a inclinação da Receita Federal em considerar as contraprestações contingentes como integrantes do custo. Contudo, isso não significa dizer

19. Art. 22 da Lei n. 12.973/2014.

que essa posição impede a dedutibilidade da contraprestação contingente cujo montante foi registrado em resultado na contabilidade, a partir do momento em que implementada a condição, mormente diante da previsão contida no art. 196 da IN n. 1.700/2017. Indo adiante, a manifestação da Receita Federal se refere a diploma legislativo anterior à vigência da Lei n. 12.973/2014, que inaugurou em nosso sistema legislativo a incorporação dos novos padrões contábeis para fins fiscais e extinguiu o Regime Tributário de Transição (RTT).

Feitas tais ressalvas, cujas reflexões são oportunas para um debate amplo sobre o tema, entende-se que a contraprestação contingente, registrada contabilmente em resultado, após a implementação da condição, deve ser adicionada positivamente ao *goodwill* para dedutibilidade na forma legal²⁰.

Isto ocorre porque a parcela contingente faz parte do preço de aquisição do negócio, mesmo que esteja sujeita a uma condição suspensiva. Embora a contabilidade possa adotar tratamentos distintos dependendo da probabilidade de que a prestação contingente seja efetivamente paga ou em razão de a estimativa ser alterada em virtude de novos acontecimentos, isso não altera o fato de que o montante contingente integra o custo de aquisição. Portanto, deve receber um tratamento tributário semelhante aos casos em que a estimativa inicial considerou, por exemplo, provável o pagamento de um valor "adicional". Como apontam Abrantes e Moreira (2015, p. 235-236), a forma de contabilização não altera a natureza jurídica do negócio, especialmente em situações em que a contabilização depende de estimativas e julgamentos.

Nunca é demais lembrar que as novas regras contábeis, adotadas a partir da Lei n. 11.638/2007, sempre pressupuseram a neutralidade tributária, o que implica assumir que os efeitos tributários dos eventos econômicos não serão distintos a depender da política contábil adotada pelo contribuinte, tampouco em razão de estimativas e julgamentos necessários para registros das transações.

Em síntese, o custo de aquisição não se altera devido à probabilidade de pagamento do montante adicional; ele apenas fica condicionado a eventos futuros e incertos que, se confirmados, geram efeitos fiscais, conforme o inciso I do art. 117 do CTN.

Tal posicionamento, inclusive, está amparado na própria ideia de capacidade contributiva e no princípio da igualdade. Não nos parece que permitir a dedutibilidade fiscal imediata da parcela contingente encontre finalidade a justificar o tratamento diferenciado que nos permita afastar a capacidade contributiva como medida de comparação.

20. Reitera-se a ressalva de que o ajuste se refere ao aspecto fiscal, não sendo realizado para fins contábeis.

Em outras palavras, admitir essa hipótese significa estabelecer que a estimativa da empresa acerca da probabilidade do pagamento do adicional contingente determinará o tratamento tributário a ser dado ao preço total pago: se considerar provável o pagamento, o montante integrará o custo e será dedutível na forma da lei após implementação da causa suspensiva; caso contrário, será considerada despesa dedutível no momento da implementação da condição acordada pelas partes.

Ressalte-se que não se tem notícia do tema em análise ter sido enfrentado em processos administrativos e judiciais. Foi identificado somente um caso em trâmite no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (Processo n. 16561.720096/2019-29 da 1ª Seção /1ª Câmara/2ª Turma Ordinária) em que o mérito não foi analisado em razão da conversão do julgamento em diligência para esclarecimento de matéria de fato. Entretanto, em análise preliminar, o Conselheiro Relator Fredy José Gomes de Albuquerque assim esclareceu:

[..]

A natureza jurídica do *earn-out* é de mero preço contingente do negócio principal, condicionado suspensivamente à ocorrência de fato futuro previsto na contratação, mas ainda incerto, do qual resulta a obrigação de pagá-lo em parcela adicional.

Não há qualquer diferença entre a natureza do preço pago no início do acordo quanto aquele condicionado a metas de desempenho finais. É o mesmo negócio jurídico, não havendo porque *[sic]* dar tratamento jurídico diverso.

[..]

Como se observa, embora seja um caso isolado que não permite deduzir uma tendência do CARF sobre o tema, o entendimento mencionado está alinhado com a interpretação que defendemos até o momento e parece estar mais de acordo com as regras e os princípios do direito tributário.

Em resumo, esses são os motivos pelos quais nos alinhamos à corrente que entende que o ajuste do preço contingente que transitou em resultado, após a implementação da condição suspensiva, terá reflexos tributários concernentes à sua integração ao montante do ágio a ser dedutível após a incorporação na forma do art. 433 do RIR 2018.

5 CONCLUSÕES

O *earn-out* consiste em espécie de prestação contingente, pelo qual o vendedor se compromete ao pagamento de prestação adicional caso sejam atingidas algumas metas previamente estabelecidas, geralmente abrangendo questões

de natureza financeira, permitindo que partes contrapostas – vendedor e comprador – alinhem seus interesses, desanuviando o tenso ambiente comum em operações de aquisição de controle, especialmente em decorrência da assimetria de informações presente entre ambos os lados.

Após apresentarmos o conceito jurídico do *earn-out*, verificou-se a operacionalização dos registros contábeis decorrentes de uma operação de M&A em que as partes estabeleceram preço inicial e contraprestação contingente escalonada, conforme o atingimento de metas previamente acordadas pelas partes.

Para além de outras questões relevantes, a principal controvérsia discutida ao longo deste trabalho se relaciona à consequência tributária em razão de o CPC 15 determinar o registro em conta de resultado de eventual ajuste no valor justo da contraprestação contingente decorrente de eventos ocorridos após a aquisição e, portanto, não relacionados a informações adicionais que o adquirente obtém após a data da aquisição, mas sobre fatos e circunstâncias anteriormente existentes.

Como visto, há duas posições acerca do assunto: uma que defende que deve ser prestigiado o registro contábil, e, portanto, a partir da implementação da condição prevista na cláusula de *earn-out*, o montante adicional é imediatamente dedutível na apuração do lucro real; outra que, ao contrário, entende que esse montante deve ser ajustado positivamente ao custo de aquisição, compondo assim o *goodwill*, a ser amortizado na forma do art. 433 do RIR 2018.

Neste trabalho, defendeu-se que a dedutibilidade imediata da parcela adicional não se justifica em razão de esse montante compor o preço de aquisição, custo do negócio para fins jurídicos, devendo ter o mesmo tratamento tributário independentemente do registro contábil, que pode ser distinto, de acordo com as probabilidades e estimativas presentes na conclusão da transação. Ademais, a dedução imediata vai de encontro ao princípio da capacidade contributiva, por ocasionar tratamento distinto para contribuintes em situações patrimoniais equivalentes.

6 REFERÊNCIAS

ABRANTES, Emmanuel Garcia; MOREIRA, Francisco Lisboa. O aproveitamento fiscal do ágio fundamentado na rentabilidade futura (*goodwill*) nas hipóteses de contraprestações contingente. In: ROCHA, Sergio André (coord.). **Direito tributário, societário e a reforma da Lei das S/A**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. 4

AKERLOF, George A. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

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**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2016.

BENTO, Sergio. Tratamento tributário do ágio. *In*: VIEIRA, Marcelo Lima; CARMIGNANI, Zabetta Macarini; BIZARRO, André Renato (coord.). **Lei 12.973/14 – novo marco tributário: padrões internacionais de contabilidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 123-156.

BOTREL, Sérgio. **Fusões e aquisições**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. **Estudos e pareceres de direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

DE OLIVEIRA, Ricardo Mariz. A problemática das receitas de terceiros perante as bases de cálculo da contribuição ao PIS e COFINS. *In*: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (coord.). **Direito Tributário Atual**, São Paulo, v. 17, p. 65-94, 2003.

DE OLIVEIRA, Ricardo Mariz. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: IBDT, 2020. v. 2.

DE PAULA, José Arnaldo Godoy Costa. O *earn out* na compra de participações societárias e seus efeitos tributários sobre o custo de aquisição de investimentos. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, v. 37, n. 43, p. 222-251, 2. sem. 2019.

FARO, Maurício Pereira; MEIRA, Thais de Barros. Possibilidade do cômputo do valor integral de contraprestações contingentes no *goodwill* para fins fiscais. *In*: SILVA, Fabio Pereira da; MURCIA, Fernando Dal-Ri; VETTORI, Gustavo Gonçalves (org.). **Controvérsias jurídico-contábeis**. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2, p. 365-380.

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

HENDRIKSEN, Endon S.; BREDA Michael F. van. **Teoria da contabilidade**. Tradução: Antonio Zoratto Sanvicente. 10. reimpr. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de cessão e transferência de quotas. Acordo de sócios. Pactuação de parcela variável do preço contratual denominada *earn out*. Características e função (causa objetiva) do *earn out*. Parecer. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 42, p. 153-188, jul. 2014.

MONTE ALEGRE, Mariana. **Controvérsias tributárias dos mecanismos contratuais de ajuste de preço em operações de fusões e aquisições**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2017, p. 60.

NETO, Luis Flávio; POLIZELLI, Victor Borges. *Escrow accounts* e *earn-out* em combinações de negócios: contraprestações contingentes, apuração de ágio para fins tributários e a Solução de Consulta Cosit n. 3/2016. *In*: SILVA, Fabio Pereira da; MURCIA, Fernando Dal-Ri; VETTORI, Gustavo Gonçalves (org.). **Controvérsias jurídico-contábeis**. São Paulo: Atlas, 2020. v. 2, p. 517-535.

PINTO, Alexandre Evaristo; SANTOS, Ariovaldo dos; SILVA, Fabio Pereira da. Dos métodos e critérios contábeis introduzidos pelas Leis ns. 11.638/2007 e 11.941/2009. *In: DONIAK JR., Jimir (coord.). Novo RIR – aspectos jurídicos relevantes do Regulamento do Imposto de Renda.* São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 253-284.

PINTO, Alexandre Evaristo; SILVA, Fabio Pereira da; MARTINS, Eliseu. O *enforcement* das normas contábeis e o alcance do artigo 58 da Lei n. 12.973/2014. p. 32-33. **Revista de Direito Contábil Fiscal**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 15-41, jan./jun. 2019.

PIVA, Luciano Zordan. **O *earn-out* na compra e venda de empresas.** São Paulo: Quartier Latin, 2019.

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

ROCHA, Sergio André. Neutralidade fiscal do padrão IFRS pós-Lei n. 12.973/2014. *In: SILVA, Fabio Pereira da; MURCIA, Fernando Dal-Ri; VETTORI, Gustavo Gonçalves (org.). Controvérsias jurídico-contábeis.* São Paulo: Atlas, 2020. v. 2, p. 341-361.

ROSTAGNO, Luciano; SOARES, Rodrigo Oliveira; SOARES, Karina Talamini Costa. Estratégias de valor e de crescimento em ações na Bovespa: uma análise de sete indicadores relacionados ao risco. **Revista Contabilidade & Finanças**, São Paulo, v. 17, n. 42, p. 7-21, dez. 2006

SANTOS, Ramon Tomazela. **Ágio na Lei n. 12.973/2014:** aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANTOS, Ramon Tomazela. As contraprestações contingentes nas combinações de negócios. **Revista de Direito Contábil Fiscal**, São Paulo, v. 4, n. 8, p. 173-193, jul./dez. 2022.

VIEIRA, Jorge. Combinação de negócios e os impactos societários e tributários das IFRSs no Brasil: desafios apresentados aos operadores do Direito e aos operadores das IFRSs. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 557-617, ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0557.pdf>.

ZILVETI, Fernando Aurelio; NOCETTI, Daniel Azevedo. *Earnout* – aproximação interdisciplinar e a IN n. 1.700/2017. *In: SILVA, Fabio Pereira da; MURCIA, Fernando Dal-Ri; VETTORI, Gustavo Gonçalves (org.). Controvérsias jurídico-contábeis.* São Paulo: Atlas, 2020. v. 2, p. 129-151.