

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

**RENATA DANIELA DUARTE BREGALDA**

**REFLEXOS TRIBUTÁRIOS DO PREÇO CONTINGENTE *EARN OUT***

**SÃO PAULO**

**2020**

RENATA DANIELA DUARTE BREGALDA

**REFLEXOS TRIBUTÁRIOS DO PREÇO CONTINGENTE *EARN OUT***

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo de conhecimento: Direito Tributário

Orientador: Professor Doutor Flávio Rubinstein

SÃO PAULO

2020

Bregalda, Renata Daniela Duarte.

Reflexos tributários do preço contingente *earn out* / Renata Daniela Duarte Bregalda. - 2020.

104 f.

Orientador: Flávio Rubinstein.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Direito tributário. 2. Empresas - Fusão e incorporação. 3. Preços. 4. Negociação. 5. Boa-fé (Direito). I. Rubinstein, Flávio. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 34::336.2

Ficha Catalográfica elaborada por: Isabele Oliveira dos Santos Garcia CRB SP-010191/O

Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas - SP

RENATA DANIELA DUARTE BREGALDA

**REFLEXOS TRIBUTÁRIOS DO PREÇO CONTINGENTE *EARN OUT***

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo de conhecimento: Direito Tributário

Data da aprovação: 06/10/2020

Banca Examinadora:

---

Professor Doutor Flávio Rubinstein (Orientador)  
FGV

---

Professora Doutora Elídie Palma Bífano  
FGV

---

Professor Doutor Victor Polizelli  
IBDT

---

Professor Doutor Roberto França de Vasconcellos  
FGV

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os reflexos tributários decorrentes da aplicação do preço contingente *earn out* no âmbito de operações de fusão e aquisição.

A adoção de tal preço contingente é muito comum em operações de fusão e aquisição. Tal mecanismo pode determinar a estipulação de pagamento de valores vinculados à lucratividade da empresa alvo ou a outras variáveis futuras e incertas, sendo que a efetiva transferência de valores às partes ocorre após da data do fechamento do negócio ou data da aquisição.

Entretanto, a utilização de tal preço contingente pode trazer efeitos tributários relevantes e diversos tanto para os compradores quanto para os vendedores, pelo que é extremamente importante a análise de tais efeitos antes mesmo de sua avença. Para fins de delimitação de seus efeitos tributários, é preciso considerar que os preços contingentes podem ser vinculados a condições suspensivas ou condições resolutórias, reguladas pelo Direito Civil.

Entretanto, a legislação tributária não trata com a mesma clareza dos efeitos tributários de tais mecanismos, sendo que, em última análise, a regulamentação de tais efeitos está prevista em norma infralegal, qual seja, a Instrução Normativa RFB nº 1.700, de 14 de março de 2017. Paralelamente, ainda é escassa a jurisprudência que trata da matéria, principalmente no que se refere aos tribunais judiciais.

Diante disso, surgem inúmeros impasses quanto aos efeitos tributários decorrentes dos preços contingentes, tais como a possibilidade de consideração de valores no custo de aquisição para fins de determinação do *goodwill*, o alinhamento entre as regras contábeis e as regras tributárias, e o momento da tributação de tais valores por parte do vendedor.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende avaliar os impactos tributários decorrentes da adoção do preço contingente *earn out*, bem como tecer reflexões de ordem teórica e prática sobre os aspectos tributários vinculados à tais preços, apontando considerações relevantes e pontuais de tais mecanismos de determinação de preço.

Palavras-Chave: Tributário. Preço contingente. Contraprestações contingentes. Condição suspensiva. Condição resolutiva. Custo de aquisição. Preço de Aquisição. *Earn out*. *Goodwill*. Impactos tributários.

## **ABSTRACT**

This work has as its purpose the analysis of the potential tax impacts derived from contingent price clauses in the context of M&A (mergers and acquisitions) transactions, namely earn out, since such clause is widely used in share/quota purchase agreements. Its mechanism may result in the release of certain amount in accordance with metrics associated with future and uncertain conditions, being the release of any retained portion usually triggered after the closing of the transaction.

Such clause, however, is relevant not only because it is widely used, but also because of the discussions around the potential tax impacts, to sellers and/or buyers, associated with its use. When assessing the potential tax impacts derived from contingent price clauses, it is of importance to consider that these clauses may be associated with precedent condition or to a resolutive condition, ruled by Civil Law.

Nonetheless, it is possible to say that tax legislation lacks clear guidance in regards to the potential tax impacts connected to conditions precedent and resolutive conditions and the issuance of a Normative Instruction, currently, Normative Instruction 1,700 from March 14th, 2017. In time, there is not much jurisprudence in respect to the effects of these conditions in the context of M&A transactions.

In this respect, considering the creativity of the parties involved in M&A deals, de lack of clarity by tax legislation, poor jurisprudence in this respect and how accounting tax and civil law interplay, there are several complex issues that must be dealt with by stakeholders (for instance, if and how contingent clauses have any impact to the recognition of the goodwill). In this context, this work focuses on assessing the potential tax impacts associated with the adoption of contingent price clause – earn out – as well as in the context of M&A deals, taking into account not only the applicable legislation (civil and tax) and accounting rules, but also the doctrine, with the purpose of contributing to facilitate future discussions on this matter.

Keywords: Tax. Contingent price. Purchase price. Precedent condition. Resolutive condition. Purchase price. Earn out. Goodwill. Tax impacts.



## SUMÁRIO

<b>I.</b>	<b>INTRODUÇÃO AO TEMA E ASPECTOS METODOLÓGICOS</b>	
I.1	Introdução ao tema	9
I.2	Aspectos metodológicos	12
<b>II.</b>	<b>DELIMITAÇÃO DO MARCO TEÓRICO</b>	
II.1	O contexto de aplicação dos preços contingentes e a normatização de regência	15
II.2	Preceitos normativos e conceitos determinantes para a análise das cláusulas de preços contingentes	20
II.3	Aspectos contábeis das contraprestações contingentes	30
<b>III.</b>	<b>ASPECTOS JURÍDICOS E PRÁTICOS DO EARN OUT</b>	43
<b>IV.</b>	<b>ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO EARN OUT</b>	
V.1	Tributação do <i>earn out</i> - ponto de vista do comprador	50
V.2	Da tributação do <i>earn out</i> do ponto de vista do vendedor	68
V.3	O pagamento de <i>earn out</i> vinculado à prestação de serviços	80
V.4	A compensação do <i>earn out</i> com valores devidos a título de indenização pelo vendedor	86
<b>V.</b>	<b>CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES</b>	
VI.1	Conclusões teóricas	91
VI.2	Recomendações práticas	94
<b>VI.</b>	<b>BIBLIOGRAFIA</b>	98

## I. INTRODUÇÃO AO TEMA E ASPECTOS METODOLÓGICOS

### I.1 Introdução ao tema

Em um mercado globalizado extremamente dinâmico e competitivo no qual é priorizada a maximização da riqueza dos proprietários, as operações de fusões e aquisições, bem como as movimentações negociais entre as empresas são extremamente relevantes. No Brasil, após a abertura e modernização de sua economia, tem sido comum a adoção de medidas de crescimento de empresas, sendo que, nesse cenário, tais operações ganharam força. Nesse contexto, nas últimas décadas, o País vivenciou grande volume de operações de fusão e aquisição que geraram movimentação financeira relevante.

De acordo com o relatório<sup>1</sup> apresentado pela empresa de auditoria KPMG, com 830 transações concretizadas, o número de fusões e aquisições bateu seu recorde histórico<sup>2</sup> em 2017, sendo 12% maior quando comparado ao resultado de 2016, no qual 740 operações foram realizadas.

A expressão “fusões e aquisições”, tradução da expressão anglo-saxônica *mergers and acquisitions*, de natureza eminentemente econômica, abrange os contratos associativos entre empresas que consolidam combinações de negócios ou reorganizações societárias. Tais operações de fusão e aquisição determinam o envolvimento de diferentes áreas do conhecimento – financeira, contábil, jurídica e áreas técnicas relacionadas às atividades da empresa, e são realizadas em diferentes etapas.

Em que pese as operações de fusão e aquisição não possuírem regulamentação específica no Brasil, pela análise das práticas de mercado atuais, é possível se verificar uma padronização de procedimentos e condutas adotadas para sua operacionalização. Tal padronização decorre, em grande parte, da experiência já alcançada pelos profissionais que lidam diariamente com tais operações, assim como pelas empresas que, reiteradamente, figuram

---

<sup>1</sup> Disponível em: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2018/01/br-fusoes-e-aquisicoes-4o-trim-2017.pdf>

<sup>2</sup> Nos termos do relatório preparado pela KPMG, dois principais fatores ajudaram a alavancar o número de fusões e aquisições: (i) as transações domésticas, que englobam apenas empresas brasileiras, tiveram um dos melhores resultados da história com 378 operações realizadas, atrás apenas de 2011 (410 operações) e 2008 (379 operações).

como parte em processos de fusão e aquisição. Além disso, essa padronização de condutas e procedimentos sofreu forte influência de países de tradução jurídica de *Common Law*, destacando-se os Estados Unidos e a Inglaterra.

Nesse sentido, conforme determina a melhor prática, em uma operação de fusão e aquisição, em um primeiro momento, é realizada a *due diligence* (auditoria legal, contábil, financeira e técnica em geral), que visa a levantar informações de maneira a delinear o perfil e o estado técnico, jurídico, patrimonial e financeiro da empresa alvo, de forma a nortear as negociações e a tomada de decisões pelas partes. No âmbito da diligência legal, são confirmados os ativos, apurados eventuais passivos, identificados riscos e verificadas potenciais superveniências ativas, superveniências passivas e insuficiências ativas. Além disso, em uma primeira fase da operação de fusão e aquisição, ocorre a redação de instrumentos preliminares, pactos paralelos com terceiros e contratos de confidencialidade.

Nesse momento inicial, as partes envolvidas na operação podem assinar carta de intenções que formalizam a intenção de compra de modo a determinar as linhas gerais do contrato principal. Entretanto, em termos gerais, a carta de intenções não tem o condão de vincular as partes e não cria vínculos obrigacionais, a não ser no que se refira a cláusulas de exclusividade e confidencialidade.

Superada a fase inicial, passa-se para a fase obrigacional, que abrange a celebração do contrato de transmissão da sociedade ou de cessão de participação. Nesse momento, podem ser estabelecidas condições para o fechamento da operação. Tais condições podem estar vinculadas à aprovação de órgãos regulatórios, à definição de obrigações de fazer ou não fazer (*convenants*), como regras sobre a condução dos negócios no lapso temporal entre a assinatura do contrato e o fechamento, assim como uma lista de declarações do vendedor (*representations and warranties*) sobre o estado econômico, jurídico e financeiro do objeto transacionado, indenizações por violação de obrigações, passivos ocultos e conhecidos, performance da adquirida e, até mesmo, a imposição de garantias em relação a passivos materializados e não materializados da adquirida.

Por fim, existe a fase executória, iniciada uma vez que são obtidas todas as aprovações necessárias, formalizada no documento de fechamento – *closing document*, sendo então

assinados os documentos de transferência dos ativos e realizado o pagamento do preço, nos termos contratualmente pactuados.

Entretanto, a consolidação de uma operação de fusão e aquisição não é tarefa simples, traduzindo-se, muitas vezes, em meses ou até mesmo anos de negociação para que sejam satisfeitos os objetivos das partes envolvidas, estabelecendo-se um preço e a divisão do risco da operação entre as partes. A divisão do risco é justamente determinada pela extensão com que o adquirente assume os passivos da empresa alvo.

Quando o vendedor e o comprador não entram em um consenso quanto à determinação do preço e quanto à divisão dos riscos a serem assumidos por cada uma das partes, podem ser utilizadas cláusulas que preveem a imposição de preços contingentes como *escrow account*, *earn out*, *holdback* e ajustes de preços.

Em linhas gerais, as cláusulas de preços contingentes vinculam parcela do preço a evento futuro e incerto, como no caso *earn out* em que o pagamento de parcela do preço passa a ser atrelada ao atingimento de metas de lucratividade da empresa alvo. Já no caso do *escrow account* e do *holdback*, parte do preço é depositada ou retida como forma de garantia contra a ocorrência de determinado evento, como, por exemplo, a materialização de contingências. Por fim, os mecanismos de ajustes de preços, em linhas gerais, são comumente empregados visando à operacionalização de alterações no preço previamente vislumbrado diante de oscilações nas demonstrações financeiras da empresa até a efetiva data de fechamento da operação.

O presente trabalho cuidará de tratar dos efeitos tributários do preço contingente *earn out*, cuja utilização pode determinar efeitos tributários diversos tanto para os compradores quanto para os vendedores, sendo de extrema importância a análise de tais efeitos antes mesmo de sua avença.

No entanto, a legislação tributária que trata do tema pode estar sujeita a diferentes interpretações, inclusive, trazendo conclusões aparentemente contraditórias.

Diante disso, surgem inúmeros impasses quanto aos efeitos tributários decorrentes da adoção das cláusulas *earn out*, tais como a possibilidade de consideração de valores no custo de

aquisição para fins de determinação do *goodwill*, o alinhamento entre as regras contábeis e as regras tributárias e o momento da tributação dos valores recebidos a título de preços contingentes pelo vendedor.

Em face do acima exposto, a verificação dos potenciais impactos tributários das cláusulas *earn out* é extremamente relevante no âmbito das operações de fusões e aquisições. Diante disso, o propósito do presente trabalho é analisar os principais impasses tributários das cláusulas contratuais que estabelecem o *earn out*, comparando o seu tratamento tributário com o tratamento delineado pelas normas contábeis, bem como analisando a posição adotada pela jurisprudência administrativa e judicial.

Não obstante as possíveis discussões a respeito do tratamento tributário atribuído às cláusulas de *earn out*, conforme será discorrido no presente trabalho, entende-se que os dispositivos legais e infralegais sobre o tema são perfeitamente aplicáveis de forma harmônica entre si.

Note-se que Daniel Rodrigues Alves<sup>3</sup> e Mariana Monte Alegre<sup>4</sup> já trataram do tema anteriormente, em obras que são tomadas como referência para o presente trabalho.

## **I.2 Aspectos metodológicos**

O presente trabalho pretende avaliar os impactos tributários decorrentes da adoção do preço contingente *earn out*, bem como tecer reflexões de ordem teórica e prática sobre os aspectos tributários vinculados a tais preços, apontando considerações relevantes e pontuais de tais mecanismos de determinação de preço.

Para tanto, o presente estudo demandou a investigação e análise de casos disponíveis no mercado, a pesquisa de doutrina aplicável, a realização de entrevistas com profissionais que

---

<sup>3</sup> Daniel Rodrigues Alves. *Determinabilidade, negociação e elaboração das 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*. 17.10.2016. Orientadora Lie Uema do Carmo. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. p. 19.

<sup>4</sup> PAIVA, Mariana Monte Alegre. *Controvérsias tributárias dos mecanismos contratuais de ajustes de preços em operações de fusões e aquisições*. 18.12.2017. Orientador Flávio Rubinstein. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. p. 83.

<sup>4</sup> Artigo 178, parágrafo 12.

lidam diretamente com a redação de contratos de fusão e aquisição, a análise de julgados sobre o tema, bem como a análise da legislação de regência, universo de informações esse essencial à delimitação da tributação do preço contingente em estudo.

O problema de pesquisa enfrentado pelo presente estudo pode ser sintetizado através da enumeração dos seguintes questionamentos:

- Do ponto de vista do comprador, os valores referentes aos preços contingentes pactuados no âmbito de cláusulas *earn out* devem ser considerados no cômputo do custo de aquisição para fins de determinação do *goodwill*? Caso contrário, qual seria o devido tratamento tributário que lhes seriam aplicáveis (e.g., despesas dedutíveis)?
- Do ponto de vista do vendedor, quais são os efeitos tributários decorrentes da adoção de cláusulas de preços contingentes *earn out*? Qual seria a natureza jurídica dos valores recebidos a esse título?

Dessa forma, o objetivo do presente estudo é delinear respostas aos questionamentos acima propostos, considerando os direcionamentos do Direito Tributário, e sua interface com os ditames contábeis e do direito privado.

Uma vez adotado o caráter exploratório para fins de elaboração do presente trabalho, conforme delimita Mário Engler, quatro etapas serão cumpridas<sup>5</sup>, quais sejam: (i) apreensão da realidade e contextualização fática; (ii) reflexão sobre as práticas verificadas, através da identificação do regime jurídico aplicável, dos aspectos controversos sobre o tema, bem como da posição doutrinária e jurisprudencial sobre a questão; (iii) análise e avaliação crítica da prática verificada e tratada juridicamente; e, por fim, (iv) a fixação de proposições de ações aos profissionais do Direito.

As hipóteses, ou as soluções possíveis a serem testadas em relação ao objeto da pesquisa, são as de que: os preços contingentes fixados em cláusulas *earn out* devem ser considerados pelo comprador no cômputo do custo de aquisição para fins de determinação do *goodwill*,

---

<sup>5</sup> ENGLER, Mário. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. In: Revista Direto GV. Volume 14. JAN-ABR 2018. São Paulo: FGV Direito São Paulo.

bem como que o vendedor deve tributar os valores recebidos a título de *earn out* como ganho de capital, desde que reste configurada a disponibilidade jurídica ou econômica no caso concreto.

A elaboração de tais conclusões, demandou a análise de questionamentos periféricos, quais sejam: (i) como são conceituadas as cláusulas *earn out*?; (ii) em que contexto são aplicados os preços contingentes previstos em cláusulas *earn out*?; (iii) como os preços contingentes são tratados pelo direito privado? (iv) qual é o tratamento contábil dos preços contingentes? (v) existem inconsistências entre o tratamento contábil e o tratamento tributário dos preços contingentes e, em caso positivo, qual é o fundamento para existirem tais inconsistências?; (vi) qual é o tratamento tributário conferido ao *earn out* vinculado à permanência do sócio vendedor na gestão da empresa alvo?; e (vii) qual é o tratamento tributário cabível caso ocorra compensação entre os valores referentes ao *earn out* e indenizações devidas pelo vendedor?

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é responder aos questionamentos centrais propostos, de forma a confirmar ou infirmar as hipóteses sugeridas, abordando também os questionamentos periféricos e, paralelamente, tecer recomendações, alertas e sugestões referentes a questões práticas do tema, que podem influenciar na prática dos profissionais que com ele lidam, sem, contudo, pretender esgotar as discussões que o tangenciam.

## **II. DELIMITAÇÃO DO MARCO TEÓRICO**

O objetivo do presente capítulo é a delimitação do marco teórico utilizado na realização da pesquisa, de forma a explorar o conjunto de conceitos envolvidos que fundamentaram a investigação e todos os seus elementos. Nesse sentido, serão tratados os seguintes aspectos que servem como ponto de partida da investigação: o contexto de aplicação dos preços contingentes e as normas e conceitos jurídicos que permeiam o tema.

### **II.1 O contexto de aplicação dos preços contingentes e a normatização de regência**

Para a delimitação do conceito e dos efeitos tributários dos preços contingentes é necessário avaliar o contexto no qual eles estão inseridos. Dessa forma, é preciso esclarecer que o *earn out*, enquanto cláusula de preço contingente, é aplicada no âmbito de operações de fusão e aquisição, nas quais são firmados contratos que devem observar a normatização vigente.

Conforme já mencionado, as operações de fusões e aquisições abrangem os contratos associativos entre empresas que consolidam a combinação de negócios ou simples reorganizações societárias.

Existem vários motivos que alavancam a realização de operações de fusão e aquisição, sendo que um motivo comum é a expansão de negócios. Nesse sentido, Arthur Ridolfo Neto<sup>6</sup> enumera, de forma clara, motivos considerados para a realização de operações de fusão e aquisição, mencionando a possibilidade de redirecionamento estratégico da empresa, através da identificação de novos nichos a serem explorados; a necessidade de crescimento que pode ser viabilizado pela aquisição de um concorrente, por exemplo; a existência de concorrência que pode, por sua vez, determinar a necessidade de aquisição de uma empresa para aumento da capacidade de concorrer no mercado; a obtenção de conhecimento tecnológico; e, por fim, a possibilidade de combinação de recursos complementares, ou seja uma operação de fusão e aquisição pode viabilizar a unificação de atributos de uma empresa com as qualidades de uma outra empresa.

---

<sup>6</sup> NETO, Arthur Ridolfo. Direito Societário: Sociedades Anônimas. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 21.



Assim, a aquisição de uma empresa que detenha uma determinada linha de negócios ou que já esteja bem estabelecida em uma determinada área geográfica, no âmbito da qual a empresa adquirente almeje se desenvolver, pode ser uma alternativa mais eficaz se comparada à expansão vertical interna da entidade, por exemplo. Ainda, uma operação de aquisição pode gerar sinergia à adquirente, permitindo que uma determinada linha de negócios do investimento adquirido complemente outra linha de negócios já existente na adquirente, contribuindo para o crescimento e lucratividade da empresa.

Entretanto, ainda que tais transações confirmem maior sinergia e estructure os negócios de uma maneira mais eficiente, é inquestionável que o envolvimento em operações de fusão e aquisição expõe os envolvidos a fatores de risco de naturezas diversas, vinculados ao modo de condução do negócio adquirido, bem como pelas atividades desenvolvidas pela empresa. Além da exposição a tais fatores de risco, o fechamento de um negócio pode demandar intenso debate negocial, exigir a dedicação de inúmeras horas das partes envolvidas, o dispêndio de recursos com assessores jurídicos, contábeis, financeiros e de outras áreas do conhecimento, sendo que, ao final, nem sempre é realizado o negócio.

Nesse sentido, a operação de compra e venda representa um verdadeiro processo, abrangendo diferentes fases, tratativas, *due diligence*, redação de instrumento preliminares carta de intenções, seguidas da celebração de contrato de compra e venda, marcada pelo comumente chamado no ambiente de fusões e aquisições “*signing*”. No entanto, tão somente após o “*closing*” é realizada a transferência de controle para o comprador. Via de regra, este evento apenas ocorre uma vez transcorridas todas as fases preliminares que lhe antecedem, consolidando as premissas negociais do negócio e o amadurecimento do entendimento entre as partes. Há, ainda, a fase conhecida como “*pós closing*”, em que são verificadas as implementações de determinadas obrigações e condições previstas no contrato, dentre as quais aquelas vinculadas ao *earn out*.

Evidentemente, em termos práticos, nem sempre todo o trâmite do processo segue essa ordem, contudo, tendo em vista a relevância de tais operações bem como a experiência de mercado, tais passos acabaram se consolidando a fim de promover o melhor alinhamento dos interesses das partes, minimizar os potenciais desacordos e desavenças e mitigar os riscos envolvidos.

No entanto, inúmeras vezes, as negociações não são consolidadas porque as partes não conseguiram chegar a um denominador comum no que se refere ao preço da operação ou a divisão de riscos a ela atrelados. Isso porque nem sempre é possível ter visibilidade, no momento da determinação do preço, quanto ao desempenho financeiro da adquirida para fins de realização de uma valoração segura, ou mesmo porque, no âmbito do processo de auditorias legais, contábeis e financeiras, foram apontadas contingências materializadas ou não materializadas em nome da empresa alvo, ou mesmo a existência de fatores de riscos de diversas naturezas que não foram equacionados no âmbito das negociações.

Nesse contexto, as cláusulas que preceituam os preços contingentes, dentre as quais está incluído o *earn out*, surgem para auxiliar as partes a chegarem a um denominador comum, favorecendo o fechamento de operações, uma vez que representam garantias de que eventuais riscos atrelados à empresa alvo serão financeiramente suportados pelo vendedor, ou mesmo que impasses na determinação do preço por impossibilidade de sua correta determinação, em um dado momento, serão equacionados. Assim, é justamente nesse contexto, no âmbito de contratos firmados em operações de fusão e aquisição, é que são firmadas as cláusulas de preços contingentes *earn out*.

A avença de tais cláusulas é possível porque a ordem jurídica assegura aos indivíduos a liberdade de contratar. Dessa forma, em primeiro lugar, vigora a faculdade de contratar ou não contratar, o arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um se, e quando, se estabelecerá com outrem um negócio jurídico contratual. A liberdade de contratar determina a escolha da pessoa com quem fazê-lo, do tipo de negócio a realizar, bem como o poder de fixar o conteúdo do contrato, sendo que as cláusulas contratuais são redigidas ao sabor do livre jogo de conveniência das partes<sup>7</sup>.

Assim, o contrato é originado pela declaração de vontade das partes, segundo o princípio da autonomia da vontade, tem força obrigatória, deve atender à sua função social e observar o princípio da boa-fé. Nesse contexto, uma vez concluído o contrato, ele passa a constituir fonte formal de direito, pelo que qualquer uma das partes pode mobilizar o aparelho coator estatal para garantir o seu cumprimento e assegurar a sua execução conforme a vontade que direcionou a sua constituição.

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. I, 20ª ed. São Paulo: Forense, 2004. p. 226.

Os artigos 481 a 532 do Código Civil<sup>8</sup> estabelecem o regramento dos contratos de compra e venda, que podem ser definidos como contratos em que uma pessoa (vendedor) se obriga a transferir a outra pessoa (comprador) o domínio de uma coisa corpórea ou incorpórea, mediante o pagamento de preço em dinheiro ou valor fiduciário correspondente.

No âmbito dos contratos de compra e venda, assim como no âmbito dos contratos firmados em operações de fusão e aquisição, em linha com o disposto no artigo 481 do Código Civil, estão presentes três elementos essenciais: o preço, a coisa e o consentimento.

Conforme leciona Sílvio de Salvo Venosa<sup>9</sup>, a coisa é qualquer elemento suscetível de apreciação econômica, hábil a sair do patrimônio do vendedor para integrar o patrimônio do comprador. Ainda, segundo o autor, o preço corresponde à contrapartida pela entrega da coisa. Nos termos delimitados pelo artigo 482 do Código Civil, uma vez que as partes acordem no objeto e no preço, “a compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita”. Dessa forma, no âmbito de um contrato de compra e venda, é essencial que as partes delimitem a coisa transacionada, o preço correspondente, sob o manto de seu consentimento.

Nesse sentido, nas operações de fusão e aquisição, os contratos necessariamente devem conter tais elementos, sendo que, nesse caso, em linha com a doutrina de Daniel Rodrigues Alves<sup>10</sup>, o objeto pode ser considerado como a participação societária negociada, ações, quotas e ativos da adquirida; o preço corresponde ao montante pago em contrapartida do seu objeto; e o consentimento se resume à declaração expressa de vontade das partes em transacionar o objeto do contrato, pelo preço avençado, nos termos das condições contratuais pactuadas.

O preço, como elemento essencial do contrato, deve ser certo, para que o comprador possa efetuar *a solutio* na forma devida. No entanto, nada impede que o preço não seja prontamente determinado, mas determinável conforme critérios objetivos e pré-fixados. Nessa linha, nos

---

<sup>8</sup> Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>9</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Contratos em Espécie, 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 32.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 19.

termos do artigo 487 do Código Civil, “é lícito às partes fixar o preço em função de índices e parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação”.

Cumpra mencionar que, em seu artigo 488, o Código Civil determinou que, na ausência de fixação do preço ou de critérios para a sua determinação, bem como se não existir um tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor. Entretanto, o dispositivo em referência não seria facilmente aplicável no âmbito de contratos de fusões e aquisição, uma vez que a operação de venda de participação societária, ações, quotas e de ativos, não são corriqueiras às pessoas jurídicas.

Nesse mesmo sentido, Daniel Rodrigues Alves<sup>12</sup> destaca que, em termos de *earn out*, não caberia os conceitos de habitualidade e de preço médio, afirmando que, em se tratando de tal mecanismo de preço, “a valoração depende de uma série de métricas e atingimento de metas por parte do vendedor”. Nessa linha, o autor conclui que, nesse contexto, é bem provável que o disposto no artigo 488 do Código Civil não seja aplicável.

Dessa forma, em se tratando de contratos vinculados a operações de fusão e aquisição, é indispensável que o preço seja determinado ou determinável e, nessa última hipótese, deve ser fixado com base em parâmetros objetivos de forma a ser mensurável. Assim, uma vez que a determinação do preço está sujeita à autonomia de vontade das partes<sup>13</sup>, os termos para sua fixação podem variar, sendo que as partes envolvidas no negócio podem instituir parcelas vinculadas a condições futuras e incertas, de natureza suspensiva ou resolutiva.

Conforme mencionado, a cláusula que trata do preço nas operações de fusão e aquisição, muitas vezes contém um racional específico utilizado para a precificação, tornando o preço determinável, mas não determinado, com a utilização de cláusulas que impõem mecanismos de preços contingentes como o *earn out*.

---

<sup>12</sup> Daniel Rodrigues Alves. *Determinabilidade, negociação e elaboração das 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*. 17.10.2016. Orientadora Lie Uema do Carmo. *Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas*. p. 27.

<sup>13</sup> Cumpra mencionar que, nos termos do artigo 489 do Código Civil, “nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço”.

Dessa forma, tal mecanismo corresponde a parcela determinável do preço, que não pode ser prontamente definida tendo em vista sua vinculação a certas condições estipuladas pelas partes, sujeitas a eventos futuros e incertos, como por exemplo, o atingimento de metas de resultado financeiro e o desfecho de demandas judiciais. Diante disso, trata-se, antes de tudo, de “preço” e, portando sujeito às regras impostas pelo Código Civil, bem como às demais regras referentes à precificação dos contratos impostas no ordenamento jurídico brasileiro.

## **II.2 Preceitos normativos e conceitos determinantes para a análise das cláusulas de preços contingentes**

A análise dos reflexos tributários das cláusulas condicionais demanda o estudo prévio da normatização civil referente ao tema. Isso porque o Direito Tributário, que atua sobre as relações previstas em outros ramos do Direito, trata de tais institutos regidos pelo direito privado, conferindo-lhes efeitos tributários específicos.

Conforme determina o artigo 121 do Código Civil, considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto<sup>14</sup>. As condições são consideradas elementos acidentais<sup>15</sup>, adicionais ou acessórios dos negócios jurídicos, uma vez que elas poderiam subsistir independentemente de sua inserção.

---

<sup>14</sup> Vale mencionar que a condição, necessariamente, diz respeito a evento futuro, sendo que um fato passado ou um fato presente desconhecidos ou ignorados, não podem ser considerados como condição. Isso porque em relação a um fato passado ou presente, teríamos duas possibilidades: a primeira de que o fato se consumou e a segunda de que o fato não se consumou. Caso o fato tenha se consumado, a proposição deixa de ser condicional tendo em vista se tratar de estipulação pura e simples. No segundo caso, no qual o fato não se consumou, a estipulação é simplesmente ineficaz uma vez que a condição não se implementou. Nesse ponto, cumpre citar um exemplo que Washington Monteiro de Barros de autoria de Sepencer Wampré: “Prometo certa quantia, se premiado meu bilhete de loteria que ontem correu. Neste caso, ou o bilhete está premiado e a condição constantes de minha promessa é pura e simples (e não condicional), ou o bilhete está em branco e, em tal hipótese, a promessa se anulou, tornando-se ineficaz a declaração de vontade”. (Barros, Washington Monteiro de Barros. Curso de Direito Civil. Volume I, Parte Geral, 35ª ed., Editora Saraiva: São Paulo. p 282).

<sup>15</sup> Os elementos acidentais do negócio jurídico correspondem à condição, ao termo e ao encargo. Os elementos considerados “naturais” do negócio jurídico, a coisa o preço e o consentimento, podem ser alterados por elementos acidentais, a título exemplificativo, nas hipóteses em que ocorre a postergação da entrega da coisa ou do pagamento, ou diferindo-os para momento posterior ou mesmo impondo submetendo-lhes a eventos futuros e incertos, encargos ou obrigações. O termo corresponde ao dia no qual deve ter início ou restar extinta a eficácia do negócio jurídico. Termo não se confunde com condição, uma vez que no primeiro caso o acontecimento é futuro e certo, sendo que, no caso da condição, o efeito do negócio jurídico é subordinado a evento futuro e incerto. Conforme elucida de forma clara Washington de Barros, “a fatalidade do termo contrasta, portanto, com a incerteza da condição”. Já o encargo, outro elemento acidental do negócio jurídico, corresponde a cláusula através da qual é imposta uma obrigação a quem se faz uma liberalidade.

Essa característica de accidentalidade das condições é relativizada por Serpa Lopes<sup>16</sup>, que leciona que, a princípio, a condição é accidental uma vez que a sua avença pressupõe a existência de um determinado negócio jurídico. Entretanto, segundo o autor, a partir do momento em que a condição é convencionada, ela perde a sua característica originária de accidentalidade, passando a figurar dentro do contrato como uma de suas peças substanciais. As cláusulas de preços contingentes, no entanto, têm importância determinante no fechamento do negócio, sendo que, muitas vezes viabilizam transações que não seriam pactuadas por força de interesses discrepantes entre as partes, figurando como peças chave do contrato, uma vez que impactam no preço final da negociação.

Em relação aos seus reflexos, as condições podem suspender os efeitos de negócio jurídico específico até a ocorrência de um evento futuro e incerto (condição suspensiva) ou determinar a produção de efeitos imediatos até que a implementação de evento futuro e incerto resolva ou extinga um negócio jurídico (condição resolutiva).

Dessa forma, no caso das condições suspensivas, as partes postergam temporariamente a eficácia do negócio jurídico, até o implemento do evento futuro e incerto, enquanto que, no caso das condições resolutivas, depois do acontecimento futuro e incerto, ocorre a extinção do direito que fora criado pelo negócio jurídico. Assim, como bem elucida Washington de Barros Monteiro, quando do implemento das condições suspensivas, o negócio jurídico passa a ter vida e, quando do implemento das condições resolutivas, o negócio jurídico cessa de tê-la<sup>17</sup>.

Três possíveis estados devem ser considerados para a condição suspensiva: o estado de pendência, vigente enquanto não restar verificado o evento futuro e incerto; o estado de implementação; e o estado de frustração. No estado de pendência, em linha com o disposto no artigo 125 do Código Civil, enquanto a condição não se verificar, o direito a ela referente não será adquirido, sendo que seu titular permanecerá na mera expectativa de direito, sendo-lhe, entretanto, cabível o exercício de medidas preparatórias visando à sua conservação<sup>18</sup>. Já no estado de implementação, no qual resta verificada a condição, o direito é adquirido e o

---

<sup>16</sup> LOPES, Serpa. Curso de Direito Civil. 5ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p.123.

<sup>17</sup> Monteiro, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Volume I, Parte Geral, 35ª ed., Editora Saraiva: São Paulo. p 287.

<sup>18</sup> Conforme dispõe o artigo 130 do Código Civil.

negócio se torna eficaz, como se desde sempre fosse puro e simples, desvinculado de qualquer condição. Por fim, no estado de frustração, no âmbito do qual resta verificado que a condição não será implementada, considera-se como se a estipulação nunca tivesse existido.

Em se tratando dos preços contingentes, as partes podem convencionar a imposição de cláusula *earn out*, quando não se tem visibilidade sobre a lucratividade da empresa alvo, determinando, por exemplo que “caso a empresa alvo atinja resultado superior a R\$ 1.000.000,00, ao final do segundo exercício subsequente ao fechamento da operação, caberá ao adquirente o pagamento de *earn out* de R\$ 100.000,00”. Assim, estamos diante de uma condição suspensiva, vinculada a evento futuro e incerto, que, uma vez implementada determinará a aquisição do direito de receber o ajuste de preço pelo alienante. Contudo, caso no final do segundo do segundo exercício subsequente ao fechamento da operação a empresa alvo atinja o resultado de R\$ 800.000,00, a condição não se implementou, restou frustrada, como se nunca tivesse existido aquela cláusula de ajuste de preço.

No que se refere à condição resolutiva, enquanto não restar implementada a estipulação, o negócio jurídico é plenamente eficaz. Por outro lado, uma vez implementada a condição, extingue-se o direito a que ela se opõe<sup>19</sup>.

No âmbito dos preços contingentes, por exemplo, pode ser pactuada cláusula de ajuste de preço na qual as partes convencionem que “o adquirente pagará R\$ 100.000,00 ao alienante, sendo que caso a empresa alvo não atinja o resultado de R\$ 1.000.000,00 em três anos, o alienante devolverá ao adquirente R\$ 100.000,00”. Dessa forma, nesse exemplo, temos uma cláusula de ajuste de preço vinculada a condição resolutiva<sup>20</sup> por força da qual aquisição do direito pelo alienante opera-se prontamente, cabendo ao adquirente a possibilidade de reaver certa quantia, caso verificada a condição resolutiva, resultando na perda do direito sobre os referidos valores e na obrigação de devolução por parte do alienante.

---

<sup>19</sup> Nos termos do artigo 127 do Código Civil, “se resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido”.

<sup>20</sup> Note-se que o *earn out* é comumente vinculado a condições suspensivas. No entanto, tomamos um exemplo de *earn out* vinculado a condição resolutiva para ilustrar essa possibilidade, e para fins de comparação com o exemplo de *earn out* vinculado a condição suspensiva.

A distinção entre condição resolutiva e condição suspensiva pode demandar esforço do intérprete, isso porque, como bem leciona Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>21</sup>, a diferença entre os efeitos que tais condições produzem não depende da natureza do acontecimento e, tampouco da fórmula adotada, mas da “intenção de quem declarou a vontade sob condição”. Conforme exemplificado pelo autor, “se eu digo ‘te dou cem, se meu filho obtiver o doutorado em Direito aos vinte e um anos’, a condição é indubitavelmente suspensiva”.

Nessa linha, continua o autor “se digo ‘te dou cem, mas se meu filho não chegar a ser doutor aos vinte e um anos, a doação tornar-se-á não feita ou prejudicada’, a condição é resolutiva”. No entanto, em certos casos a determinação da condição não é mais complexa, como por exemplo, em relação à seguinte proposição: “te dou cem se eu não tiver mais filhos”. Ora, não é possível determinar se estamos diante de uma condição resolutiva ou suspensiva nesse caso sem analisar a vontade das partes ao pactuá-la.

O *earn out*, especificamente, está vinculado ao cumprimento de metas futuras e pré-acordadas entre as partes, que devem ser cumpridas pela empresa alvo. Tais metas tem a natureza de condições suspensiva. Nesse sentido, em que pese alguns ajustes de preço possam ser vinculados a condições resolutivas, as metas vinculadas ao *earn out* tem a natureza de condição suspensiva, sendo que, uma vez implementada, determinará a eficácia da cláusula, culminando no pagamento do preço contingente<sup>22</sup>.

A análise e o entendimento das normas de Direito Civil, no que se refere às condições suspensivas e resolutivas que se atrelam aos preços contingentes, é essencial ao estudo e determinação de seus impactos tributários. Isso porque, antes de serem apreendidos pelo Direito Tributário, é certo que os fatos econômicos transcorrem na seara do direito privado<sup>23</sup>,

---

<sup>21</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As Condições no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94

<sup>22</sup> Nesse sentido, Luciano Zordan Piva leciona que “a ligação entre o *earn-out* e a condição suspensiva é bem compreendida porque a condição faz com que o manifestante da vontade como que ajusta o futuro ao presente; obvia a imprevisibilidade; leva em conta fatos que podem vir a acontecer, ou não acontecer”. PIVA, Luciano Zordan. *O Earn-Out na Compra e Venda de Empresas*. Quartier Latin: São Paulo, 2019. P.85.

<sup>23</sup> Tendo em vista que o direito tributário apreende fatos e situações já regulados pelo direito privado, já chegou a ser tratado como “direito de superposição”. Nessa linha, conforme leciona Ricardo Mariz: “a doutrina do direito tributário o apelida de direito de sobreposição ou de superposição, exatamente porque, via de regra, as suas normas atuam sobre situações reguladas por outros setores do direito positivo, principalmente pelo Direito Privado, e as toma, tal como elas são regidas por esses outros ramos, para atuar na regulação das incidências tributárias.” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 52).



sendo que cabe ao Direito Tributário tomar as relações já apreendidas pelo direito privado, de forma a impor a cobrança de tributos por parte do Estado.

Nesse contexto, o Código Tributário Nacional reconhece que o direito privado disciplina os atos da vida civil, conferindo à legislação tributária o propósito de imputar os reflexos tributários cabíveis, nos termos de seu artigo 109, o qual dispõe que “os princípios gerais de direito privado, utilizam-se para pesquisa e definição, do conteúdo e do alcance dos seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”.

Dessa forma, quando os institutos, conceitos e formas de Direito Privado são tomados pelo Direito Tributário, sem expressamente alterar sua definição, seus significados são mantidos assim como a sua natureza jurídica ou substância<sup>24</sup>. Nessa linha, conforme leciona Ricardo Mariz<sup>25</sup>, a identidade jurídica única é de tamanha relevância que o artigo 110 do CTN, que representa norma de simples explicitação do que está implicitamente já disposto na Constituição, determina que “a lei tributária não pode alterar a definição o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias”. Assim, qualquer embate entre direito privado e direito tributário deve ser solucionado à luz da Constituição Federal, considerando que o legislador pode, considerando os limites

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, conforme leciona Fábio Piovesan Bozza: “De todo modo, o fato de a legislação tributária ter utilizado uma expressão consagrada por outro ramo jurídico, sem expressamente alterar a sua definição – e possuindo a prerrogativa legislativa para tanto – constitui circunstância que, a nosso ver, não pode ser desprezada pelo intérprete. Por essa razão, entendemos que, como regra, o sentido que deverá prevalecer é aquele constante da legislação privada. A exceção fica por conta de o texto legislativo, em que a expressão tiver sido empregada, impor conclusão incontestavelmente diferente”. (BOZZA, Fábio Piovesan. Planejamento Tributário e Autonomia Privada. São Paulo: Quartier Latin: 2015, p. 72). Ainda que não seja o objetivo do presente estudo se ater às discussões das correntes que discorrem sobre a interface do direito tributário como o Direito Privado, cumpre mencionar que a chamada corrente autonomista, orientada por dogmas da jurisprudência dos interesses, conforme leciona Heron Charneski, “sugere que o direito tributário é autônomo e insubordinado ao Direito Privado, de modo a poder construir conceitos baseados na substância econômica dos atos praticados”. Da dialética entre as diferentes correntes, continua Heron Charneski, surgiria a corrente teleológica, como uma forma de dirimir eventuais dissídios e legitimar ambas posições. Nesse sentido, conforme a corrente teleológica, o enfoque econômico da norma tributária faz parte da interpretação teleológica da norma, principalmente quando ela apreende fatos econômicos. Por fim, conforme conclui Heron Charneski: “se a qualificação do Direito Civil coincidir ou for preponderante em relação à finalidade da lei tributária, então o Direito Civil prepondera, ao passo que, se a interpretação teleológica da lei conduzir a um conceito jurídico tributário diverso, assim esse conceito deve ser interpretado econômico-teleologicamente”. (CHARNESKI, Heron. Normas Internacionais de Contabilidade e Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin. p. 231).

<sup>25</sup>Ibidem. p. 113.

constitucionais, qualificar institutos, conceitos e formas de direito privado para exercer sua competência material<sup>26</sup>.

Em linha com o acima exposto, os artigos 116, II<sup>27</sup>, e 117<sup>28</sup> do CTN analisados conjuntamente, apreendem os atos ou negócios jurídicos condicionais que já transcorreram a seara do direito privado, para determinar que eles são considerados perfeitos e acabados e, portanto, ocorre o fato gerador da obrigação tributária principal: (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.

Nesse sentido, o artigo 116 do CTN determina que o fato gerador da obrigação tributária é considerado ocorrido e existentes os seus efeitos nas seguintes hipóteses: (i) tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; (ii) tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída.

Dessa forma, em seu artigo 116, o CTN classificou fatos geradores em situação de fato (inciso I), ou seja, situação não classificada como um instituto jurídico, como, por exemplo, ganhar um prêmio no bingo, e em situação jurídica (inciso II), que corresponde a situação já definida juridicamente, como, por exemplo, a transmissão de uma propriedade imobiliária através da transcrição do seu título aquisitivo no registro imobiliário, conforme determinações do Direito Civil.

---

<sup>26</sup> No entanto, conforme leciona Humberto Ávila, quando a legislação tributária fizer referência, sem qualquer ressalva, a um termo definido pelo Direito Privado, deve prevalecer o conceito consagrado pela lei civil. (Ávila, Humberto. Eficácia do novo Código Civil na legislação tributária. In: GRUPENMACHER, Betina Triger (coord.). Direito Tributário e o novo código civil. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p.65).

<sup>27</sup> “Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

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

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

<sup>28</sup> 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”.

Em relação às situações jurídicas tratadas no inciso II do artigo 116, em seu artigo 117, o CTN determina que, quando estas situações se referirem a atos ou negócios jurídicos vinculados a condição suspensiva, a qual impede que o ato ou negócio se torne prontamente perfectível e acabado, enquanto não implementada a condição, não ocorre o fato gerador. Nas palavras de Sacha Calmon<sup>29</sup>, se a condição não restar implementada, o negócio não ocorre e, portanto, a situação jurídica apontada como fato gerador, da mesma forma, não ocorre.

Nesse cenário, uma questão que se coloca é se estaríamos diante de fatos geradores futuros ou mesmo pendentes. Isso porque, fazendo referência direta ao artigo 116 do CTN, o seu artigo 105 determina que “a legislação tributária se aplica imediatamente aos fatos geradores futuros e pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início, mas não esteja completa”. Em primeiro lugar, cumpre afastar a possibilidade de existência do fato gerador pendente. Isso porque, o fato gerador deve possuir todos os requisitos necessários e suficientes para que produza os efeitos que lhe são inerentes.

A ausência de qualquer um desses requisitos afasta a sua condição de fato gerador, ou seja, não existe meio termo. Conforme defendido por Sacha Calmon<sup>30</sup>, não há fato gerador pendente no Direito brasileiro, sendo que “o fato gerador pendente não passa de um fato gerador dependente de situação jurídica ou que depende de uma condição; enquanto ela não ocorrer, não ocorre o fato gerador”. Caso esteja vinculado à condição, não é o fato gerador que está pendente, e sim a implementação da condição.

Por outro lado, o fato gerador sujeito a condição suspensiva, a qual ainda não foi implementada, pode ser considerado como fato gerador futuro, mas potencial, tendo em vista que a condição pode se implementar ou não e, se a condição não for implementada, o negócio não ocorre assim como não ocorre o fato gerador.

De qualquer modo, para fins tributários, os dispositivos legais mencionados se preocuparam em determinar o momento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária vinculada

---

<sup>29</sup> CALMON, Sacha. Conceito, Vigência, Interpretação, Integração e Aplicação da Legislação Tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (coordenador). Interpretação e Aplicação da Lei Tributária. São Paulo: Dialética, 2010, p. 422.

<sup>30</sup> CALMON, Sacha. Periodicidade do Imposto de Renda, II, Mesa de Debates. In: Revista de Direito Tributário nº 63, Editora Malheiros. p. 51.

aos atos ou negócios jurídicos condicionais suspensivos ou resolutivos, em linha com as disposições do direito privado. Nesse sentido, Victor Polizelli<sup>31</sup> leciona que “o momento da aquisição do direito definido segundo os ditames do Direito Civil é o critério que informa preferencialmente a determinação do evento crítico relevante para o reconhecimento de receitas e despesas na órbita do Direito Tributário”.

Na mesma linha, a Instrução Normativa nº 1.700/2017, em seu artigo 196, incisos I e II, define que 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 das disposições do CTN acima enumeradas, (i) sendo suspensiva a condição a partir de seu implemento; e (ii) sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.

O mencionado artigo 196 da Instrução Normativa nº 1.700/2017, ao tratar dos efeitos tributários de obrigações contratuais em operação de combinação de negócios, vinculadas a condições suspensivas ou resolutivas, manteve o mesmo racional preceituado pelo Código Civil e pelo CTN. No entanto, trouxe conceitos novos para o universo das condições pactuadas negocialmente, quais sejam, as chamadas contraprestações contingentes e as operações de combinação de negócios.

A própria Instrução Normativa nº 1.700/2017 cuidou de delimitar os conceitos de contraprestação contingente e combinação de negócios, conceitos esses tomados do CPC 15 (R1), que serão explorados mais adiante. Assim, o artigo 197 do diploma normativo preceitua que as contraprestações contingentes correspondem (i) às 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 (ii) ao direito de o adquirente reaver parte da contraprestação previamente transferida ou paga, caso determinadas condições sejam satisfeitas.

Dessa forma, pela análise do dispositivo normativo à luz da legislação tributária e cível, resta claro que as contraprestações contingentes correspondem a elementos acidentais do negócio

---

<sup>31</sup> POLIZELLI, Victor Borges. O Princípio da realização da renda. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 192.

jurídico, possuindo natureza de preço atrelado a condições suspensivas ou resolutivas. As contraprestações contingentes correspondem, ainda, à parcela das contraprestações transferidas em troca da obtenção de um ou mais negócios. Dessa forma, tal parcela tem claro caráter contraprestacional e incerto, isso porque é concedido em troca de um negócio e está vinculado à condição suspensiva ou resolutória. Ao mesmo tempo, o artigo 178 da Instrução Normativa nº 1.700/2017, determina que as contraprestações contingentes devem compor o custo de aquisição de participações, atribuindo-lhe claro caráter de preço.

Nesse cenário, os preços contingentes previsto em cláusula *earn out* e ajuste de preço, enquanto vinculados a condições suspensivas ou resolutivas, representando contraprestações pela aquisição de um negócio, conforme mencionado, podem ser considerados contraprestações contingentes e preço da operação, assertiva devidamente fundamentada tanto pela legislação civil quanto pela legislação tributária.

O contexto em que tais contraprestações são pactuadas, conforme mencionado, corresponde às combinações de negócios, assim entendidas como operação ou outro evento por meio do qual um adquirente obtém o controle de um ou mais negócios, independentemente da forma jurídica da operação. Dessa forma, o artigo 196 da Instrução Normativa nº 1.700/2017, cuida de um universo mais restrito de operações, sendo que, de qualquer forma, no âmbito de quaisquer operações, sejam elas caracterizadas como combinações de negócios ou não, deve-se considerar os preceitos do artigo 116 e 117 do CTN, bem como os preceitos do Código Civil.

Avançando ainda mais nas discussões acerca do tema e, considerando que o artigo 178 da Instrução Normativa nº 1.700/2017, determina que as contraprestações contingentes devem compor o custo de aquisição de participações societárias, deve-se avaliar, também, o eventual impacto tributário de tais ajustes no *goodwill*, atualmente, apurado de forma residual a partir do custo de aquisição, conforme determina o artigo 20 do Decreto Lei nº 1.598/1977, entendendo-se, em princípio, em princípio, de forma positiva

Nesse sentido, o montante referente ao *goodwill* será calculado residualmente pela diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores alocados como mais-valia de ativos líquidos e o valor do patrimônio líquido na data da aquisição. Para fins fiscais, os valores registrados a título de *goodwill*, somente poderão ser deduzidos após evento de

realização do investimento, seja por meio de alienação ou absorção de patrimônio por incorporação, fusão ou cisão<sup>32</sup>. Neste caso, o *goodwill* será considerado dedutível após tais operações, podendo ser excluído das bases de cálculo do lucro real e do lucro ajustado em, no mínimo 5 anos (i.e., à razão de, no máximo, um sessenta avos por mês<sup>33</sup>).

Dessa forma, caso não seja considerado no cômputo do *goodwill*, poder-se-ia argumentar que os valores referentes aos montantes pagos a título de preço contingente deveriam estar submetidos às regras de dedutibilidade para fins de apuração do lucro real, considerando o disposto no artigo 47 da Lei nº 4.506/1964 e artigo 311 do Decreto nº 9.580/2018. Tais dispositivos permitem a dedução de despesas operacionais não computadas no custo, consideradas necessárias às atividades da empresa e à manutenção da fonte produtora, pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

Por outro lado, em se tratando da tributação do ponto de vista do vendedor, os preços contingentes podem ser considerados no cômputo do ganho de capital ou, ainda, podem ser tributados como outros rendimentos. De qualquer modo, a disponibilidade jurídica ou econômica dos valores repassados a título de preço contingente deve ser avaliada para fins de determinação do momento da tributação dos preços contingentes do ponto de vista do vendedor.

À luz do disposto no artigo 43 do CTN, a aquisição de disponibilidade econômica demanda a verificação da obtenção de fato dos recursos, sendo que a aquisição de disponibilidade jurídica, por sua vez, requer que o seu titular possa fazer uso ou tirar proveitos do direito ou da coisa adquiridos, ainda que não os detenha. Assim, a parte do preço pago na operação, os

---

<sup>32</sup> Artigo 22 da Lei nº 12.973/2014. Sobre esse ponto, cumpre destacar que, como bem delimitado por Sérgio Bento, que as operações de concentração de empresas adquirente e adquirida, promoverão o encontro do custo de aquisição com a fonte produtora da renda e, tendo em vista que no Brasil não é possível uma apuração consolidada de tributos, somente nesse momento dispara a possibilidade de dedução do *goodwill*, a exemplo de outros países. BENTO, Sérgio. “Tratamento tributário do ágio”. In: VIEIRA, Marcelo Lima; e CARMIGNANI, Zabetta Macarini; e BIZARRO, André Renato (coords.) Lei 12.973/2014: Novo Marco Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 142.

<sup>33</sup> O *goodwill* poderá ser excluído da apuração do lucro real desde que cumpridos os seguintes requisitos: (i) ocorra o evento de absorção patrimonial entre investida e investidora, através de fusão incorporação ou cisão; (ii) a amortização do *goodwill* seja realizada observando a razão máxima de um sessenta avos; (iii) seja elaborado laudo por perito independente, protocolado na Receita Federal do Brasil ou registrado seu sumário em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação; (iv) seu valor seja identificável, uma vez registrado em subconta distinta; e (v) seja decorrente de aquisições de participações societárias realizadas entre partes não dependentes.

valores recebidos pelo alienante a título de preço contingente, serão tributados no momento da aquisição de disponibilidade jurídica e econômica, em linha com os ditames do princípio da realização da renda.

Posto isso, é preciso destacar que a aplicação da normatização que trata dos preços contingentes não é simples. Além de demandar a análise da regulação de diferentes ramos do Direito, demanda também a análise da normatização contábil da questão.

Dessa forma, os reflexos tributários dos preços contingentes é um tema que demanda análise cuidadosa, uma vez que, a depender do tratamento eleito, diferentes efeitos tributários recairão sobre as partes envolvidas no negócio.

### **II.3. Aspectos contábeis dos preços contingentes**

A Contabilidade conferiu tratamento específico aos preços contingentes, tratados, nos termos do CPC 15 (R1), como contraprestações contingentes. Tendo em vista que o artigo 178 da Instrução Normativa nº 1.700/2017, determina que os reflexos tributários das contraprestações contingentes observarão o disposto na legislação comercial e, mais do que isso, uma vez que os registros contábeis têm impacto direto no lucro líquido, ponto de partida para a apuração do lucro real, a análise da normatização contábil que trata do tema é essencial para a definição e entendimento dos efeitos tributários dos preços contingentes.

Nesse contexto, é necessária a realização de interface entre noções e regras contábeis e tributárias, análise que, por sua vez, demanda a contextualização das alterações contábeis promovidas com o intuito de padronização das normas brasileiras às internacionais e os seus impactos para fins tributários, nos termos a seguir expostos.

#### **II.4.1 Contabilidade e Direito Tributário**

A Lei nº 11.638/2007 introduziu, no Brasil, os padrões internacionais de contabilidade pautados a partir da noção segundo a qual as demonstrações financeiras devem ser estruturadas com base em práticas internacionalmente aceitas, hábeis a reportar informações contábeis a diferentes usuários ao redor do mundo. Esse movimento de padronização internacional da Contabilidade está alinhado à uma conjuntura econômica globalizada, na

qual investidores e usuários em geral da contabilidade precisam analisar e entender demonstrações financeiras estruturadas em diferentes países do mundo.

Nesse contexto, no ano de 2008 foram introduzidos, no Brasil, novos critérios de contabilidade alinhados aos *International Financial Reporting Standards* – IFRS<sup>34</sup>, nos termos determinados pela *International Accounting Standards Board* (IASB). Nesse cenário, a Lei nº 11.638/2007, conferiu nova redação ao artigo 177 da Lei 6.404/1976<sup>35</sup>, determinando à CVM a observância dos padrões internacionais de contabilidade para a edição de normas contábeis. Diante disso, os enunciados do IASB deveriam pautar a edição de Pronunciamentos, Interpretações e Orientações Técnicas pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), os quais, por sua vez, estabelecem diretrizes e interpretações a serem seguidas para a preparação das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Os IFRS são emitidos pelo IASB. Nos anos 70 foi criado nos Estados Unidos o FASB e, para fazer frente a ele, foi criado na Europa o FASB, correspondente ao atual IASB. O IASB adotou com rigor a filosofia contábil dos países anglo-saxônicos, de uma forma geral, pautada na prevalência da essência sobre a forma, em conceitos econômicos e em normas baseadas em princípios.

<sup>35</sup> “Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de Contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

§ 1º As demonstrações financeiras do exercício em que houver modificação de métodos ou critérios contábeis, de efeitos relevantes, deverão indicá-la em nota e ressaltar esses efeitos.

§ 2º A companhia observará exclusivamente em livros ou registros auxiliares, sem qualquer modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam, conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem registros, lançamentos ou ajustes ou a elaboração de outras demonstrações financeiras.

§ 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados.

§ 4º As demonstrações financeiras serão assinadas pelos administradores e por contabilistas legalmente habilitados.

§ 5º As normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários a que se refere o § 3º deste artigo deverão ser elaboradas em consonância com os padrões internacionais de Contabilidade adotados nos principais mercados de valores mobiliários.

§ 6º As companhias fechadas poderão optar por observar as normas sobre demonstrações financeiras expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários para as companhias abertas”.

<sup>36</sup> O CPC foi criado pela Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 1.055/2005, sendo que seu objetivo é “o estudo, o preparo e a emissão de Pronunciamentos técnicos sobre procedimentos de Contabilidade e a divulgação de informações dessa natureza, para permitir a emissão de normas pela entidade reguladora brasileira, visando à centralização e uniformização do seu processo de produção, levando sempre em conta a convergência da Contabilidade Brasileira aos padrões internacionais”. Ainda, a Lei nº 11.638/2007, introduziu o artigo 10-A na Lei nº 6.385/1976, o qual determina que a Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil e demais órgãos e agências reguladoras, dentre os quais estaria inserida a Receita Federal do Brasil, poderão celebrar convênio com entidade que tenha por objeto o estudo e a divulgação de princípios, normas e padrões de Contabilidade e de auditoria, podendo, no exercício de suas atribuições regulamentares, adotar, no todo ou em parte, os pronunciamentos e demais orientações técnicas emitidas. Conforme mencionado, o



Nesse sentido, nos termos do Pronunciamento Conceitual Básico – Estrutura Conceitual para Elaboração e Divulgação de Relatório Contábil-Financeiro emitido pelo CPC (CPC 00), o objetivo das demonstrações contábeis é justamente fornecer informações sobre a entidade que sejam úteis para a tomada de decisões e avaliação por parte dos usuários em geral.<sup>37</sup>

Além disso, a adoção do padrão IFRS buscou firmar a independência da Contabilidade, uma vez que, nas décadas anteriores à edição da Lei 11.638/2007, a legislação tributária tratou de invadir o campo contábil, de modo que regras fiscais determinassem a representação contábil de fatos econômicos e sociais. De qualquer modo, deve-se considerar que, tendo em vista que o processo contábil é normalmente afetado por forças econômicas e sociais, dentre os quais figura o Direito, a influência legal sobre a contabilidade seria inevitável. No entanto, essa influência foi intensificada em países que adotam o direito romano, a exemplo do Brasil, no qual a Lei nº 6.404/1976 regula a contabilidade das sociedades anônimas. Por outro lado, em países que adotam o direito consuetudinário, a contabilidade sofre menos regulação, e quando sofre, o processo é geralmente regido por órgãos de iniciativa privada.

Nessa linha, conforme destacam Eliseu Martins, Vinícius Martins e Éric Martins<sup>38</sup>, nos países que adotam o direito romano, o processo de normatização contábil sempre partiu da lei, de “cima para baixo”, com pouca participação do profissional contábil e dos usuários da

---

Comitê de Pronunciamentos Contábeis é responsável pela elaboração de Pronunciamentos Técnicos, Orientações e Interpretações em consonância com as normas internacionais de Contabilidade IFRS. Entretanto, o Comitê não tem competência normativa, sendo que suas deliberações passam a ter observância obrigatória quando aprovados pelo Conselho Federal de Contabilidade e pela Comissão de Valores Mobiliários.

<sup>37</sup>Conforme determinar o Pronunciamento Contábil Básico: “O objetivo do relatório contábil-financeiro de propósito geral é fornecer informações contábil-financeiras acerca da entidade que reporta essa informação (*reporting entity*) que sejam úteis a investidores existentes e em potencial, a credores por empréstimos e a outros credores, quando da tomada de decisão ligada ao fornecimento de recurso para a entidade. Essas decisões envolvem comprar, vender ou manter participações em instrumentos patrimoniais e em instrumentos de dívida, e a oferecer ou disponibilizar empréstimos ou outras formas de crédito”.

<sup>38</sup> Nesse contexto, lecionam Eliseu Martins, Vinícius Martins e Éric Martins que, por outro lado, nos países de direito consuetudinário, o processo de normatização contábil parte dos profissionais de Contabilidade, sendo influenciado pelos usuários da norma contábil, de acadêmicos, empresas, privilegiando investidores, bem como o princípio da competência, a prevalência da essência econômica sobre a forma jurídica e a orientação com base em princípios e não em regras. (MARTINS, Eliseu, MARTINS, Vinícius e MARTINS, Éric. Normatização Contábil: ensaio sobre sua evolução e o papel do CPC. Revista de Informação Contábil. Universidade Federal do Pernambuco. Volume I. set/2007. P 7.

informação contábil, em um contexto em que privilegiava credores e autoridades fiscais, através de imposição de inúmeras regras<sup>39</sup>.

Em sentido oposto, afastando a Contabilidade de tamanha dependência, o CPC 00, impõe que as demonstrações financeiras serão elaboradas para usuários externos em geral, tendo em vista suas finalidades distintas e necessidades diversas, sendo que, governos, órgãos reguladores ou autoridades tributárias, podem determinar especificamente exigências para anteder seus interesses. Entretanto, o Pronunciamento determina que eventuais exigências, incluindo aquelas realizadas pelas autoridades fiscais, não devem afetar as demonstrações contábeis. Nesse sentido, como bem destacado por Alexandre Broedel Lopes e Roberto Quiroga Mosquera<sup>40</sup>, passamos a ter uma independência da contabilidade em relação ao tratamento jurídico, sendo que “a contabilidade deixa de ser acessória ao entendimento jurídico e passa a ser independente”.

Nesse contexto de padronização e de independência da Contabilidade, ocorreram alterações substanciais no processo contábil, composto pelas etapas de reconhecimento, mensuração e evidenciação das atividades econômicas<sup>41</sup>. Em linhas gerais e muito longe do esgotamento do assunto, no âmbito do processo de reconhecimento contábil, passou-se a privilegiar a essência econômica das operações em detrimento de sua formalidade jurídica<sup>42</sup>, baseando-

---

<sup>39</sup> Nesse contexto, lecionam os autores que, por outro lado, nos países de direito consuetudinário, o processo de normatização contábil parte dos profissionais de Contabilidade, sendo influenciado pelos usuários da norma contábil, de acadêmicos, empresas, privilegiando investidores, bem como o princípio da competência, a prevalência da essência econômica sobre a forma jurídica e a orientação com base em princípios e não em regras.

<sup>40</sup> LOPES, Alexsandro Broedel e MOSQUERA, Roberto Quiroga. O Direito Contábil – Fundamentos Conceituais, Aspectos da Experiência Brasileira e Implicações. Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos) 1º Volume São Paulo: Editora Dialética. p. 79.

<sup>41</sup> Conforme lecionam Alexsandro Broedel Lopes e Eliseu Martins, o processo contábil, composto pelas fases de reconhecimento mensuração e evidenciação das atividades econômicas, é o resultado de um conjunto de forças econômicas, sociais, institucionais e políticas. Segundo os autores, assim são delineadas as etapas do processo contábil: (i) o reconhecimento envolve o processo de classificação de ação de natureza econômica; (ii) a mensuração envolve a definição da base de mensuração da ação econômica, cuja natureza já foi definida na fase de reconhecimento; e, por fim, (iii) a evidenciação envolve a ação de demonstrar para os usuários externos à organização o processo de reconhecimento e evidenciação realizados. Dessa forma, segundo os autores, “antes de um processo estanque, a Contabilidade é um fenômeno social que responde às demandas do ambiente em sua complexidade”. (LOPES, Alexsandro Broedel e MARTINS, Eliseu. Teoria da Contabilidade, uma Nova Abordagem. São Paulo: Atlas. 2005. p. 52).

<sup>42</sup> No que se refere à primazia da essência econômica, Luís Eduardo Shoueri leciona: “A Contabilidade não nega a natureza jurídica dos contratos celebrados; simplesmente, despreza-a, visto já não importam os negócios jurídicos, mas a relevância econômica”. (SHOUEIRI. Luís Eduardo. Nova contabilidade e tributação da propriedade à *beneficial ownership*. “In: Roberto Quiroga Mosquera e Alexsandro Broedel Lopes (coords.) Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), 5º volume. São Paulo: Dialética, 2014. P.74).

se no poder de julgamento do contador. Já o processo de mensuração passou a ser pautado no valor justo dos ativos, privilegiando a capacidade de geração de fluxos de caixa, deixando a visão norteada pelo custo histórico para fins de determinação de ativos e as regras fiscais para fins de determinação da depreciação. Por fim, em relação ao processo de evidenciação, este passou a ser voltado ao usuário, buscando-se maior nível de evidenciação.

Posto isso, uma questão essencial a ser analisada é a postura do Direito Tributário diante da nova posição contábil, de forma a avaliar em que medida os novos padrões contábeis influenciam a tributação, analisando-se os diplomas legais editados após a Lei nº 11.638/2007. No entanto, antes de se fazer tal análise, cabe refletir sobre o fundamento da discussão das interfaces contábil e tributária.

De certa forma, toda a discussão acerca da aplicação de regramentos contábeis ou tributários a um determinado fato social ou econômico tem como causa a possibilidade de qualificação do fato de maneiras diversas, determinadas conforme a visão do observador, do seu interesse ao apreender aquele fato e do seu objetivo ao representar aquele fato. Dessa forma, ao aplicador do Direito cumpre tomar o fato econômico e social, que possui materialidade do mundo jurídico, conferindo-lhe significado através de arcabouço legislativo próprio. No entanto, aquele mesmo fato pode também ser reconhecido pelo processo contábil, sendo tomado pelo contabilista, a quem cabe interpretar e retratar tal fato através de sua própria lente, de modo a representá-lo nas demonstrações contábeis<sup>43</sup> e atender aos anseios dos destinatários da informação contábil.

Dessa forma, o mesmo fato foi tomado tanto pelo Direito quanto pela Contabilidade para fins de regulação: os preços contingentes vinculados a eventos futuros e incertos. O Direito Tributário regulou os reflexos jurídicos vinculados aos atos e negócios jurídicos relativos a eventos futuros e incertos nos termos dos artigos 116 e 117 do CTN, bem como em dispositivos da Instrução Normativa nº 1.700/2017. Em âmbito contábil, por sua vez, o CPC 15 (R1) cuidou de regular as chamadas contraprestações contingentes, atribuindo-lhes

---

<sup>43</sup> Conforme leciona Fábio Konder Comparato: “O balanço, como de resto toda a Contabilidade, não pode jamais ser um simples reflexo de fatos econômicos, porque se trata de uma interpretação simbólica e, portanto, convencional da realidade. Os fatos econômicos não passam para os livros contábeis no estado bruto, mas são traduzidos, simbolicamente, em conceitos e valores; ou seja, são previamente estimados e valorados, segundo um critério determinado em função de uma realidade específica”. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 32.

tratamento próprio, em linha com os novos ditames contábeis. A essência dos institutos regulados pelo Direito e pela Contabilidade é a mesma, posição que pode ser comprovada pela conceituação conferida pela Instrução Normativa 1.700/2017 às contraprestações contingentes, a qual as reconhece como condições vinculadas suspensivas ou resolutivas, conforme o caso.

Nesse contexto, ao interpretamos, à luz da legislação de regência, fatos, incluindo os atos ou negócios jurídicos condicionais, que foram tomados pelo Direito, mas que também são objeto da Contabilidade, é preciso ter em mente que estamos depositando sobre eles todo o contexto jurídico o qual, muitas vezes, não reflete a interpretação desse mesmo fato sob o ponto de vista contábil. Como muito bem colocou Paulo de Barros Carvalho<sup>44</sup>, “não nos esqueçamos que a camada linguística do Direito está imersa na complexidade do tecido social, cortada apenas para efeito de aproximação cognoscitiva. O real, com a multiplicidade de suas determinações, só é susceptível de uma representação intuitiva, porém aberta para receber inúmeros recortes cognoscitivos”. Feitas tais ponderações, Paulo de Barros concluiu que “torna-se hialina a afirmativa de que de um mesmo evento poderá o jurista construir o fato jurídico; como também o contabilista, o fato contábil; e o economista; o fato econômico; tudo, portanto, sob a dependência do corte que se quer promover daquele evento<sup>45</sup>”.

Dessa forma, a busca pela harmonização ou neutralidade ou mesmo pelo entendimento de divergências entre padrões contábeis e tributários é decorrente da aplicação de visões e objetivos distintos perante o mesmo fato. Ao Direito Tributário, o que interessa é apreender e tributar a capacidade contributiva do sujeito passivo, assim traduzida como os acréscimos patrimoniais efetivos e disponíveis. Por outro lado, a contabilidade, em seus padrões atuais, tem por fim a determinação da capacidade das entidades de gerar fluxos de caixa futuro<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. O Absurdo da Interpretação Econômica do “Fato Gerador”. Direito e sua Autonomia – o Paradoxo da Interdisciplinaridade. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 102. p. 449.

<sup>45</sup> Paulo de Barros Carvalho esclarece que todo o conhecimento de um determinado objeto demanda a realização de cortes e recortes científicos, os quais tem por finalidade simplificar a complexa realidade existência delimitando o conteúdo de análise.

<sup>46</sup> Nesse sentido, Nelson Carvalho leciona: “Demonstrações financeiras não se restringem a oferecer um olhar analítico sobre o passado, e sua talvez mais nobre missão é propor, aos seus leitores e usuários, uma avaliação, na ótica de quem as prepara e de quem as audita, sobre o futuro que espera a entidade, dado o passado que teve. O principal papel – na verdade o mais nobre objetivo – das demonstrações financeiras no mundo corporativo (aí incluídos os operadores de Direito Societário, as autoridades com o poder de coletar impostos, as reguladoras do funcionamento dos mercados, credores, investidores, experts em finanças corporativas, sindicatos de trabalhadores e outros potenciais usuários) é informar sobre o futuro esperado à luz do passado realizado”. (CARVALHO, Nelson. Essência X Forma na Contabilidade. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga;

Como bem elucida Sérgio André Rocha<sup>47</sup>, “enquanto a tributação pelo Imposto de Renda olha para o presente, a “nova contabilidade” olha para o hoje querendo prever o amanhã”.

Diante disso, em alguns casos, a Contabilidade pode tratar de fatos à luz do princípio da essência sobre a forma, ou mensurar suas consequências considerando eventos futuros. Dessa forma, eventualmente, a diferença no tratamento contábil e tributário pode resultar na determinação, no cômputo do lucro líquido, de valores referentes a fatos que não representam disponibilidade de renda ou proventos de qualquer natureza, ou, ainda, na possibilidade de a contabilidade avaliar um ativo ou passivo com base em elementos probabilísticos que traduzem mera expectativa, mas não representam renda realizada.

Como bem leciona Gustavo Lian Haddad<sup>48</sup>, “tornaram-se mais comuns, desde a adoção do padrão contábil internacional, situações em que as determinações do direito contábil capturam ganhos ou perdas potenciais”, para tanto, continua o autor, são tomados elementos que não observam o princípio da realização da renda para a aquisição de direito novo.

Nesse cenário, a tomada de conceitos contábeis para fins tributários demanda cuidado e cautela por parte do operador do Direito, que deve sempre contrapor a essência econômica à essencialidade da causa jurídica, conforme leciona Elidie Bifano<sup>49</sup>, em observância da

---

LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 373.

<sup>47</sup> ROCHA, Sérgio André. *Questões Fundamentais do Imposto de Renda após a Lei nº 12.973/14*. In: ROCHA, Sérgio André (coordenação). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A*, Vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2015. P. 583.

<sup>48</sup> HADDAD, Gustavo Lian. *Realização da renda em reestruturações societárias*. In: ZILVETI, Fernando Aurélio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito (coord.). *Direito Tributário: Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda*. São Paulo: IBDT, 2019. p. 378.

<sup>49</sup> Conforme leciona Elidie Bifano, “a essência, para fins contábeis, há de ser buscada por meio da verificação do que as partes quiseram, sendo irrelevante, para tanto a forma adotada”. Assim, em âmbito contábil, pouco importa o negócio jurídico firmado, sendo que o foco deve ser dado à finalidade econômica vislumbrada pelas partes na operação. Nesse cenário, cabe ao contabilista a função de atribuir a essência à transação, o qual deve fazê-lo com livre exercício de subjetividade. Dessa forma, para a Contabilidade, deve prevalecer a essência econômica sobre a forma jurídica, princípio que antecede qualquer construção. Por outro lado, no Direito, ainda em linha com a lição de Elidie Bifano, a natureza ou a causa jurídica está inserida na função do instituto ou negócio jurídico regulado pelo sistema jurídico, a razão econômico-social que as partes pretendem praticar. Dessa forma, conforme conclui a autora: No Direito não se cogita, sequer, da primazia da essência sobre a forma, uma vez que a forma contém a essência e nenhuma delas tem existência independente e autônoma. No Direito, a busca pela causa jurídica impede o subjetivismo que poderia levar à escolha de um ou outro negócio jurídico. No Direito, a subjetividade somente encontra amparo na interpretação da norma jurídica que define os negócios jurídicos e dos próprios negócios jurídicos, entretanto, a sua desconsideração implica concluir que eles se efetivaram com algum defeito, à margem da lei”. (Ibidem. p. 166).

função do instituto ou negócio jurídico em análise, sob a égide da norma que define os negócios jurídicos e, em última instância, considerando a capacidade contributiva.

Assim, a adoção de novos critérios contábeis depende de avaliação no contexto do ordenamento jurídico, considerando as regras e princípios que norteiam o Direito Tributário e também o Direito Civil. De qualquer modo, aplicam-se, para fins tributários, as novas regras contábeis desde que não sejam incompatíveis com as normas legais e com o Direito Tributário, e desde que previstas em atos normativos contábeis emitidos até 12 de novembro de 2014 (data da publicação da Lei nº 12.973/2014).

Isso porque, no que se refere a modificação ou a adoção de métodos e critérios contábeis futuros, ou seja, posteriores à publicação da Lei nº 12.973/2014, o diploma legal cuidou de conferir neutralidade, determinando, em seu artigo 58, que não terão implicação na apuração dos tributos federais até que lei tributária regule a matéria<sup>50</sup>. O parágrafo único do artigo 58, da Lei nº 12.973/2014 atribuiu à Secretaria da Receita Federal do Brasil a tarefa de identificar os atos administrativos e dispor sobre os procedimentos para anular os efeitos desses atos sobre a apuração de tributos federais.

A Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 627/2013, convertida na lei, fundamenta a inserção do dispositivo legal com o objetivo de “dar segurança ao contribuinte, estabelecendo a neutralidade dos efeitos tributários decorrentes de modificações de métodos e critérios contábeis que sejam introduzidos por ato infralegal até que a matéria seja regulada pela legislação tributária”.

No caso das contraprestações contingentes, cumpre lembrar que seu tratamento contábil foi conferido pelo CPC 15 de 2011. Até a publicação da Lei nº 12.973/2014, eventuais efeitos tributários determinados pelo seu tratamento contábil deveriam ser neutralizados pelo Regime Tributário de Transição. Posteriormente, a partir da publicação da Instrução Normativa nº 1.515, de 24 de novembro de 2014 (revogada pela IN nº 1.700/2017) as contraprestações contingentes passaram a ser reguladas para fins tributários, ainda que de forma passível de divergentes interpretações, conforme demonstrado adiante.

---

<sup>50</sup> O parágrafo único do artigo 58, da Lei nº 12.973/2014 atribuiu à Secretaria da Receita Federal do Brasil a tarefa de identificar os atos administrativos e dispor sobre os procedimentos para anular os efeitos desses atos sobre a apuração de tributos federais.

Posto isso, uma vez que receberam regulação própria da Contabilidade, cumpre analisar o conceito e o tratamento contábil das contraprestações contingentes para que seja possível, mais adiante, analisar o seu tratamento tributário

#### **II.4.2 Conceito e tratamento contábil das contraprestações contingentes**

Nos termos do CPC 15 (R1), a contraprestação contingente corresponde à contraprestação que o adquirente transfere em troca do controle sobre a adquirida, incluindo qualquer ativo ou passivo decorrente de acordo. O adquirente deve reconhecer a contraprestação contingente pelo seu valor justo na data da aquisição, calculado pela soma dos valores justos, na data da aquisição: (i) dos ativos transferidos pelo adquirente; (ii) dos passivos incorridos pelo adquirente junto aos ex-proprietários da adquirida; bem como (iii) das participações societárias emitidas pelo adquirente.

Dessa forma, a contabilidade recorre a elementos probabilísticos de acontecimentos e aplicação de cálculos de melhores estimativas para estimar o melhor valor para a contraprestação contingente na data da aquisição. Isso porque, conforme já mencionado, e muito bem colocado por Sérgio André Rocha<sup>51</sup>, “a “nova contabilidade” olha para o hoje querendo prever o amanhã”. O caráter de mera estimativa do valor justo é reconhecido pelo CPC 46<sup>52</sup>, o qual elucida que a finalidade da mensuração a valor justo é estimar o preço pelo qual uma transação não forçada para a venda do ativo ou para a transferência de um passivo ocorreria entre participantes do mercado, na data da mensuração, sob condições atuais de mercado<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> ROCHA, Sérgio André. Questões Fundamentais do Imposto de Renda após a Lei nº 12.973/14. In: ROCHA, Sérgio André (coordenação). Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A, Vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 583.

<sup>52</sup> Nos termos de seu parágrafo 5, o CPC 46 “é aplicável quando outro pronunciamento requerer ou permitir mensurações do valor justo ou divulgações sobre mensurações do valor justo (e mensurações – tais como valor justo menos despesas para vender – baseadas no valor justo ou divulgações sobre essas mensurações), salvo conforme especificado nos itens 6 e 7”.

<sup>53</sup> Sérgio Iudícibus destaca o grau de subjetividade do valor justo, reafirmando seu caráter de mera estimativa, nos seguintes termos: “a avaliação a Valor Justo, por outro lado, consegue reunir na mesma problemática duas agudas subjetividades, tais como valor, talvez seja o conceito mais subjetivo em economia, e justo (de *fair*, do inglês). Parece que, à avaliação e às leis, o termo *fair* é o que se aplica. De qualquer forma, em Contabilidade, é difícil determinar com certeza o que vem a ser justo. Valor já é extremamente subjetivo, ainda mais, jutos, multiplica as subjetividades”. (IUDÍCIBUS, Sérgio de. “Essência sobre a forma e o valor justo: duas faces da mesma moeda”. In MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel (coord.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos. Vol. 1. São Paulo: Dialética, 2010, p. 464.

Assim, o valor justo da contraprestação contingente é registrado contabilmente em contas patrimoniais de ativo, na hipótese em que o contrato firmado conferir ao adquirente o direito de reaver parte da contraprestação transferida. Por outro lado, a contraprestação contingente deve ser registrada como passivo caso satisfaça a condição de um passivo financeiro ou componente do patrimônio líquido.

Cumprе mencionar que o Pronunciamento Contábil CPC 39 determina que passivo financeiro é qualquer passivo que represente uma obrigação contratual de entregar caixa ou outro ativo financeiro a uma entidade, ou trocar ativos financeiros ou passivos financeiros com outra entidade, bem como passivo financeiro, nesse caso patrimonial, pode representar um contrato que será ou poderá ser liquidado por instrumentos patrimoniais da própria entidade<sup>54</sup>.

O item 58 do CPC 15 (R1) determina que as alterações no valor justo da contraprestação contingente que o adquirente venha a reconhecer após a data da aquisição, podem ser resultantes de informações adicionais que obtiver após a data de aquisição, sobre fatos e circunstâncias já existentes nessa data. Nesse caso, as informações não são vinculadas a novos fatos, ou decorrentes de alteração dos cenários existentes na data da aquisição. Pelo contrário, são informações referentes ao cenário existente na data da aquisição, das quais o adquirente não tinha conhecimento. Tais alterações no valor justo são ajustes, decorrentes de informações adicionais, e são consideradas alterações no período de mensuração e impactam no custo da operação<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup>Nos termos do item 11 do Pronunciamento CPC 11, passivo financeiro é qualquer passivo que seja: (a) uma obrigação contratual de: (i) entregar caixa ou outro ativo financeiro a uma entidade; ou (ii) trocar ativos financeiros ou passivos financeiros com outra entidade sob condições que são potencialmente desfavoráveis para a entidade; ou (b) contrato que será ou poderá ser liquidado por instrumentos patrimoniais da própria entidade, e seja: (i) um não derivativo no qual a entidade é ou pode ser obrigada a entregar um número variável de instrumentos patrimoniais da entidade; ou (ii) um derivativo que será ou poderá ser liquidado de outra forma que não pela troca de um montante fixo em caixa, ou outro ativo financeiro, por um número fixo de instrumentos patrimoniais da própria entidade. Para esse propósito, os instrumentos patrimoniais da entidade não incluem instrumentos financeiros com opção de venda que são classificados como instrumentos patrimoniais de acordo com os itens 16A e 16B, instrumentos que imponham à entidade a obrigação de entregar à outra parte um pro rata de parte dos ativos líquidos da entidade apenas na liquidação e são classificados como instrumentos patrimoniais de acordo com os itens 16C e 16D, ou instrumentos que são contratos para futuro recebimento ou entrega de instrumentos patrimoniais da própria entidade.

<sup>55</sup> Conforme determina o item 48 do CPC 15: “O adquirente deve reconhecer aumento (ou redução) nos valores provisórios reconhecidos para um ativo identificável (ou passivo assumido) por meio de aumento (ou redução) no ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*). Contudo, por vezes, uma nova informação obtida durante o período de mensuração pode resultar em ajuste nos valores provisórios de mais de um ativo ou de um passivo. Por exemplo, o adquirente pode ter assumido um passivo em função do pagamento de perdas e



O período de mensuração corresponde ao período que se segue à data da aquisição e ele termina assim que a adquirente obtiver as informações de que precisa sobre fatos e circunstâncias existentes na data da aquisição, ou quando for concluído que mais informações não podem ser obtidas ou um ano da data da aquisição, o que vier primeiro (item 45 do CPC 15 (R1))<sup>56</sup>. Consequentemente, uma combinação de negócios é inicialmente contabilizada por valores provisórios. Na medida em que as informações de que necessita são obtidas, a adquirente, durante o período de mensuração, pode ajustar retrospectivamente os valores provisórios reconhecidos inicialmente para a combinação de negócios.

Por outro lado, em linha do disposto no item 58 do CPC 15 (R1), as alterações no valor justo das contraprestações contingentes, decorrentes de eventos ocorridos após a data de aquisição, referentes a novas circunstâncias ou fatos não existentes na data da aquisição, tais como o cumprimento de metas de lucros, não são ajustes do período de mensuração. Diante disso, os impactos decorrentes de alterações no valor justo das contraprestações contingentes têm reflexo no resultado. Assim, se o evento futuro e incerto vier a ocorrer depois de concluído o período de mensuração, o ajuste de preço deverá ser tratado como ganho ou perda e registrado em contas do resultado e não serão tratadas como custo.

---

danos relativos a um acidente em uma das instalações fabris da adquirida, o qual é total ou parcialmente coberto pela apólice de seguro da adquirida. Se o adquirente obtém nova informação durante o período de mensuração sobre o valor justo desse passivo na data da aquisição, o ajuste no ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) resultante da mudança no valor provisório do respectivo passivo será compensado (no todo ou em parte) pelo correspondente ajuste no ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) resultante da mudança no valor provisório reconhecido inicialmente para a indenização a ser recebida da seguradora”.

<sup>56</sup> Conforme esclarecem Antônio Couto Silva e Otávio Vieira Brasil, no que se refere ao período de mensuração: “É um período razoável para a adquirente levantar informações necessárias para identificar e mensurar os ativos identificáveis adquiridos, a contrapartida transferida e o ágio resultante ou o ganho em uma compra vantajosa. Se as informações não estiverem disponíveis na data da aquisição, a adquirente deverá determinar e reconhecer valores provisórios até que as informações necessárias se tornem disponíveis. Esse período se encerra a partir do momento em que a adquirente recebe as informações necessárias sobre fatos e circunstâncias existentes na data de aquisição ou tome conhecimento de que as informações não podem ser obtidas. No entanto, esse período não deve exceder uma ano da data de aquisição. Os ajustes ajudam a resolver as preocupações referentes à qualidade e à disponibilidade de informações na data da aquisição quanto aos valores justos. A preocupação é ainda maior quanto a passivos contingentes e à contrapartida contingente, que podem afetar o valor do ágio ou do ganho reconhecido em uma compra vantajosa”. Assim, concluem os autores que: “O objetivo do período de mensuração é proporcionar um período para obtenção de informações necessárias para mensurar o valor justo do ativo na data da aquisição. A determinação de liquidação final de contingência ou de outro item não são essenciais, pois incertezas sobre a época e o valor de fluxos de caixa fazem parte da mensuração de valor justo de ativos e passivos”. (SILVA, Alexandre Couto. BARBI, Otávio Vieira. Combinação de Negócios: o ganho por compra vantajosa. In Direito Tributário, Societário e Reforma da Lei das S/A. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 32).

Diante disso, é essencial ter em mente que, conforme os ditames contábeis, em princípio, o adquirente deve avaliar a contraprestação contingente a valor justo, determinando, nas melhores estimativas, a probabilidade de ocorrência de custos futuros decorrentes da contraprestação contingente. A contraprestação contingente, avaliada a valor justo na data da aquisição e cujo valor pode ser alterado por ajustes do período de mensuração, tem impacto direto no custo de aquisição na determinação do *goodwill*.

Por outro lado, eventuais ajustes realizados após o período de mensuração terão impacto diretamente no resultado, deixando de produzir qualquer efeito para fins de determinação do custo de aquisição e do *goodwill*, sob a ótica contábil.

Contudo, ainda que o CPC 15 (R1) tenha fixado tais critérios temporais e valorativos para fins de determinação dos impactos das contraprestações contingentes, é preciso destacar que, de uma forma geral, a norma contábil não afastou a possibilidade de se considerar os valores registrados a título de contraprestações contingentes como preço. Dessa forma, em linhas gerais, a natureza conferida pela norma contábil às contraprestações contingentes ou preços contingentes e pelas legislações civil e tributária é a mesma, qual seja, natureza de preço.

No entanto, deve-se também considerar que o CPC 15 (R1) tratou também de circunstância na qual o pagamento da contraprestação contingente está vinculado à prestação de serviços. Nessa hipótese, o CPC 15 (R 1) enumerou circunstâncias em que os pagamentos contingentes devem ser considerados como remuneração. Dessa forma, nos termos do CPC 15 (R1) (i) quando o período exigido de permanência como empregado coincidir, ou mesmo exceder, o período do pagamento contingente; (ii) quando a remuneração dos empregados, exceto pelos pagamentos contingentes, guardar razoabilidade em relação à de outros empregados da entidade; por fim, (iii) o fato de o valor por ação dos pagamentos contingentes dos sócios vendedores, que não permaneceram como empregados da entidade combinada, pode indicar que o valor adicional dos pagamentos contingentes dos sócios vendedores que permaneceram como empregados, constitui, em verdade, remuneração por serviços prestados.

Nesse contexto, nos termos do CPC 15 (R1), os acordos para pagamentos contingentes a empregados ou sócios vendedores, no âmbito dos quais se inserem os pagamentos efetuados

a título de *earn out*, constituem contraprestação contingente da combinação de negócios ou podem constituir operações desvinculadas, conforme a natureza dos acordos firmados.

Em qualquer hipótese, conforme já explicado, a ciência contábil e o Direito Tributário se pautam em objetivos e premissas completamente distintos. Nesse sentido, uma qualificação realizada segundo as normas contábeis, que prioriza a essência econômica das operações em contraposição à sua forma jurídica, não deve ser necessariamente transplantada para fins jurídicos. Posto isso, cumpre avaliar os principais aspectos jurídicos vinculados ao *earn out*.

### III. ASPECTOS JURÍDICOS E PRÁTICOS DO EARN OUT

As chamadas cláusulas *earn out* representam mecanismos negociais de definição de preços aplicados no âmbito das operações de fusão e aquisição, fixados em função do desempenho e lucratividade do negócio, considerando-se determinado lapso temporal. Trata-se de criação dos *players* do mercado, nascendo da necessidade de se dirimir diferenças para o fechamento de negócios.

A expressão *earn out* foi aplicada a partir da década de 1970, época em que já foi apresentado como “uma ponte para dirimir diferenças entre o vendedor que acredita que o seu negócio vale mais do que os ganhos históricos apontam e o comprador do Missouri”<sup>57</sup>.

Já em meados dos anos 80, quando a Brajdas, uma holding americana, estava negociando a compra da Cypress Electronics, uma distribuidora de componentes eletrônicos, surgim uma diferença significativa entre o que o potencial adquirente acreditava que seria o valor da empresa alvo e o valor que os vendedores lhe imputavam<sup>58</sup>. No entanto, o negócio prosperou por força da pactuação do pagamento de *earn out* que poderia compensar dois dos três proprietários originais da Cypress, caso a empresa performasse conforme esperado. Além disso, foi pactuado entre a Brajdas e a Cypress que o então diretor-presidente permaneceria na gestão da empresa alvo.

Tendo em vista a performance da Cypress, os valores a título de *earn out* foram pagos aos vendedores com tranquilidade pelos compradores. Isso porque, tendo em vista a lucratividade da Cypress, os compradores puderam arcar tranquilamente com o valor pactuado a título de preço contingente. Nesse ponto, conforme bem observado por Luciano Zordan Piva<sup>59</sup>, é possível aferir uma face muito interessante do *earn out* e um dos principais motivos para que as partes recorram à sua pactuação: o *earn out* permite que os compradores paguem o preço com os lucros obtidos pela empresa alvo, viabilizando o financiamento para o pagamento do preço contingente.

---

<sup>57</sup> FREUND, James. *Anatomy of a Merger*. New York: Law Journal Seminar, 1975. P. 205.

<sup>58</sup> FRASER, Jill Andresky. *Using Earn-Out Agreements*. Inc: outubro de 1991. Disponível em: [www.inc.com/magazine/19911001/4908.html](http://www.inc.com/magazine/19911001/4908.html). Acessado em 15 de julho de 2019.

<sup>59</sup> PIVA, Luciano Zordan. *O Earn-Out na Compra e Venda de Empresas*. Quartier Latin: São Paulo, 2019. P.77.

Assim, em linhas gerais, o *earn out* pode ser definido como um componente variável do preço de aquisição que está diretamente vinculado ao cumprimento de metas de resultados futuros do negócio transacionado, comumente aplicada quando as partes não chegam a um consenso no que se refere à definição do preço do negócio, ou mesmo quando, na data do fechamento do negócio, não é possível ter uma certa visibilidade quanto a tais resultados<sup>60</sup>.

Nesses termos, na falta de um consenso entre o adquirente e o alienante, o *earn out* pode ser aplicado como uma forma de equacionar seus interesses. Por exemplo, na hipótese em que alienante requer o pagamento do preço de R\$ 12 milhões, mas o adquirente acredita que a empresa alvo valeria apenas R\$ 10 milhões, as partes podem determinar o pagamento do preço fixo de R\$ 10 milhões no fechamento e inserir no contrato cláusula de pagamento de *earn out* de R\$ 2 milhões vinculado à performance da empresa baseada em métricas pré-estabelecidas.

Assim, através da aplicação de cláusulas *earn out*, o comprador e o vendedor podem postergar a decisão final quanto à valoração da transação para um período posterior, de forma a avaliar e considerar a performance do negócio, a venda de produtos e serviços pela empresa alvo, dentre outros fatores que revelam mais informações sobre o valor do negócio transacionado, fixando, contudo, estimativas objetivas para a determinação do preço final.

O uso das cláusulas *earn out* pode ser extremamente importante no caso de empresas que estão em estágio inicial, em empresas cujos produtos e tecnologias não foram devidamente comprovados, ou em empresas cujos resultados históricos não seriam bons indicadores de valores futuros<sup>61</sup>, tendo em vista que, nesses casos, existe grande possibilidade de o cenário

---

<sup>60</sup> Nessa mesma linha, conforme leciona Daniel Alves Rodrigues, “o *earn out* é uma ferramenta utilizada por vendedores e compradores em operações de compra e venda de participação societária ou de estabelecimento. Assim, continua o Autor, o *earn out* se presta para “diferir o pagamento de uma parcela do preço de aquisição e condicioná-la a certos eventos futuros ou ao atingimento de metas de performance ou crescimento após o fechamento da operação”. Nesse mesmo sentido, Mariana Monte Alegre<sup>60</sup> define “o *earn out* como mecanismo de diferimento do pagamento de preço para um momento posterior, a depender de determinado evento”.

<sup>61</sup> Nesse sentido, cumpre transcrever a doutrina de William J. Carney: “*Earn-outs serve several purposes. First, the valuation of a privately-held business involves a considerable uncertainty, and buyer and seller may find that they both want to do this transaction, but have quiet difference (and firmly held) views about the future prospects of the business. Young entrepreneurs with a growing high tech business that needs the cash support of a larger company may believe that they have found a market niche that will allow the business to grow rapidly and profitably for many years, while a buyer may be less bullish on the long-term prospects of the business. If the buyer is willing to pay seller’s asking price if things turn out to be as rosy as the seller projects, there is a ground for a deal. The buyer can agree to pay more if earnings increase as much as the seller projects. After all, the prospect of the future earnings that the buyer is purchasing, so if they turn to be much higher, a higher price is still a good deal.* CARNEY, William J. *Mergers and Acquisitions, Cases and Materials*. Third edition. Foundation Press. 2011. Thomson Reuters. Nova York. p. 193.

de lucratividade das empresas ser alterado, de forma relevante, em poucos anos. Assim a adoção de cláusulas *earn out* permitiria ao vendedor a fixação de um valor de venda mais elevado e condizente com os resultados apurados pela empresa alvo.

Uma outra função do *earn out* seria a de viabilizar que o vendedor permaneça vinculado à administração da empresa alvo, de modo a dar continuidade à gestão já performada<sup>62</sup>. Nessa linha, além de eventualmente remunerar os vendedores com um determinado montante, os compradores podem estimular os vendedores a buscarem uma boa performance de lucros na empresa alvo, com a possibilidade de uma recompensa maior de acordo com o sucesso e a lucratividade dos negócios.

O *earn out* pode ser determinado caso reste alcançada determinada performance financeira ou pode ser vinculado a performances médias apuradas em determinado lapso temporal, podendo, ainda, culminar no pagamento de valores periodicamente. De uma forma geral, o pagamento de *earn out* é limitado a um montante pré-fixado, sendo que, em alguns casos, o vendedor tem a opção contratual de recomprar a empresa a um determinado percentual do valor de compra original, caso o comprador não efetue o pagamento do *earn out* no vencimento.

Em linhas gerais, as metas comumente aplicadas pelas partes no âmbito de um *earn out* são: (i) metas baseadas em limites financeiros, tais como vendas e Ebitda; (ii) metas vinculadas a marcos empresariais ou mesmo gerenciais, tais como a permanência de gestores na empresa alvo, a obtenção de licenças ambientais e regulatórias; e (iii) metas de performance de desempenho no mercado<sup>63</sup>.

Em termos práticos, o *earn out* pode ser estruturado nos formatos a seguir enumerados: (i) pagamento em uma única parcela; (ii) pagamento em parcelas; (iii) pagamento condicionado à participação do vendedor no negócio adquirido (*earn out* serviços); e (iv) pagamento viabilizado através da compensação com indenizações previstas contratualmente.

---

<sup>62</sup> Nesse caso, a possibilidade de pagamento do *earn out* represente um incentivo para que o vendedor, que já geria a empresa alvo, permaneça na administração de forma a garantir a sua lucratividade. A prática internacional denomina esse acordo em que o vendedor administrador permanece vinculado à gestão da empresa adquirida como “*golden handcuffs*”.

<sup>63</sup> PIVA, Luciano Zordan. O Earn-Out na Compra e Venda de Empresas. Quartier Latin: São Paulo, 2019. P.87.

No âmbito de tais estruturas, diferentes métricas para a mensuração do *earn out* podem ser consideradas. Nesse contexto, ainda que possa ser convencionado de acordo com a vontade das partes, os critérios para a determinação do montante a ser pago a título de *earn out*, idealmente, deve estar alinhado em métricas financeiras que melhor capturam o valor que se pretende apreender, sejam receitas, vendas, EBITDA ou quaisquer outros critérios. Nesse contexto, é muito comum que a determinação do montante a ser pago a título de *earn out* esteja vinculado ao valor das receitas auferidas ou do EBITDA.

De todo modo, as partes devem buscar a fixação de métrica que não seja facilmente manipulável pelas partes. A título exemplificativo, cumpre mencionar o caso *Vista Outdoor Inc. v. Reeves Family Trust*. Nesse caso, a Vista comprou a Jimmy Sticks, uma empresa de pranchas de remo, por USD 40 milhões. No contexto da transação, as partes pactuaram o pagamento de *earn out* baseado nos lucros, considerando o prazo de dois e três anos, no montante máximo de USD 10 milhões para o primeiro ano e USD 15 milhões para o segundo.

Logo no primeiro ano pós-fechamento do negócio já foi possível verificar que os lucros não seriam suficientes para determinar o pagamento do *earn out* máximo no valor de USD 10 milhões. Diante disso, os fundadores da Jimmy Sticks estruturaram um plano com base no qual comprariam USD 4 milhões em produtos da empresa, de modo a que fosse atingido os lucros necessários ao pagamento do *earn out* máximo. No entanto, a Vista tomou ciência de tal plano e acionou a justiça dos Estados Unidos para impedir a compra de produtos pelos fundadores da Jimmy Sticks. Os Tribunais americanos se posicionaram a favor da Vista, de forma a impedir qualquer transação que implicasse no aumento do valor a ser pago a título de *earn out* por força de manipulação de resultados.

O caso ilustrativo demonstra que as partes devem ter cuidado ao determinar os critérios para o pagamento de *earn out*. Além disso, conforme se verá adiante, as métricas para determinação do *earn out* devem ser claras e objetivas também para afastar qualquer questionamento para fins tributários.

De toda forma, diferentes métricas de mensuração do preço contingente podem ser aplicadas. Nesse ponto, cumpre mencionar exemplo de cláusula *earn out* firmada no âmbito da

aquisição de parques eólicos, em que o *earn out* foi expressamente considerado pelas partes como preço:

Preço Contingente. O Preço de Aquisição foi determinado considerando uma projeção de geração e produção de energia de 50 MW/h pelos Projetos Eólicos durante o período inicial de 3 (três) anos contados a partir da Data do Fechamento. No último dia do mês correspondente ao 3º (terceiro) aniversário da Data do Fechamento as Partes apurarão a efetiva geração acumulada consolidada de energia dos Projetos nos 3 (três) anos anteriores conforme medido no ponto de conexão e contabilizado no relatório de medição consolidada. Caso a Geração Efetiva verificada na Data de Verificação seja superior à Geração Base, a Compradora pagará ao Vendedor, em até 60 (sessenta) dias contados da Data de Verificação, uma parcela adicional do Preço de Aquisição, de acordo com os termos indicados abaixo (“Parcela Contingente de Geração”):

Cálculo do valor da Parcela Contingente de Geração. O valor da Parcela Contingente de Geração a ser eventualmente devida pela Compradora será calculado da seguinte forma:

Caso a Geração Efetiva seja igual ou superior a 50 MW/h (“Geração Alvo”), o valor da Parcela Contingente de Geração devido pela Compradora ao Vendedor será de R\$ 10.000.000,00, (“Valor Limite da Parcela Contingente de Geração”).

Nesse caso, as partes estabeleceram contratualmente a possibilidade de pagamento de valores a título de *earn out*, vinculado ao atingimento de metas de produção de energia, tendo em vista que as empresas adquiridas têm por objeto a produção de energia elétrica. Ainda, foi estabelecido um valor limite de pagamento da parcela contingente, de R\$ 10.000.000,00.

No exemplo abaixo, os vendedores e compradores acordaram o pagamento de *earn out* em decorrência de repactuações contratuais da empresa adquirida, bem como em decorrência da entrada antecipada em operação da adquirida, a qual, à época da aquisição, estava em fase pré-operacional. Cumpre destacar que o *earn out* foi tratado pelas partes como pagamento adicional à operação de aquisição, ao contrário do exemplo acima, no qual o *earn out* foi tratado originalmente como preço de aquisição, nos seguintes termos:

Earn-out. As Partes desde já concordam que, caso ocorra a antecipação da Data Prevista da Entrada em Operação da Usina, com o consequente recebimento da receita anual permitida nos termos do Contrato de Concessão, os Vendedores farão jus a um pagamento adicional ao Preço de Aquisição correspondente à metade do EBITDA da Companhia apurado em bases mensais (“Earn-out”), sendo que o Earn-out apenas será devido pela Compradora aos Vendedores pelo período de até 3 (três) meses consecutivos anteriores à Data Prevista da Entrada em Operação. Pagamento do Earn-out. Observado o período de até 3 (três) meses consecutivos anteriores à Data Prevista da Entrada em Operação, a Compradora deverá pagar aos Vendedores o montante apurado nos termos da Cláusula acima, até o 5º quinto Dia Útil de cada mês subsequente à entrada em operação da Subestação, mediante envio da TED para as contas correntes dos Vendedores, na proporção de 99% (noventa e nove por cento) para a Empresa A e 1% (um por cento) para a Empresa B.



A cláusula contratual abaixo transcrita, por exemplo, constante de contrato de aquisição de participação firmado entre a Gerdau S/A e a Multisteel Business Holding Corp.<sup>64</sup>, determinou o pagamento de preço de compra contingente calculado com base na lucratividade futura do investimento adquirido, nos seguintes termos:

O valor total da aquisição desta participação foi US\$42 milhões. Pelo contrato de compra, concordamos em pagar o preço de compra contingente baseado nos lucros futuros do investimento adquirido. Tais cláusulas *earn-out* estabelecem um pagamento adicional, dependente dos resultados consolidados da Multisteel Business Holdings Corp. durante os exercícios fiscais compreendidos nos 48 meses seguintes a 1º de abril de 2007, baseado no excesso de EBITDA atingido nos períodos de *earn-out* (definido no contrato). O *earn out* será pago da seguinte forma: um valor igual a 49% do excesso do EBITDA consolidado sobre US\$43.106.250,00 em 2007 e US\$14.368.750 por ano de 2008 à 2011. O *earn-out* não poderá ser superior a US\$9.996.000,00 e nem inferior a zero, proporcionalmente ao período do ano, de acordo com o contrato. Tal preço de compra contingente será incluído no ágio, quando este for considerado como um passivo de nossa Companhia.

Note-se, que na cláusula contratual foi especificado o prazo para apuração dos lucros que embasariam o pagamento de *earn out* (48 meses), bem como valores mínimo e máximo da contraprestação. A cláusula, no entanto, aponta para a realização de “pagamento adicional” a título de *earn out* e, por outro lado, também denomina o valor a ser pago a tal título como “preço de compra contingente”, especificando, inclusive, que o montante será considerado para fins de determinação de ágio.

Como bem delimita Mariana Monte Alegre<sup>65</sup>, “o tratamento tributário varia consideravelmente se a natureza jurídica do *earn out* for preço ou pagamento adicional”. Nesses termos, em linha com a autora, o tratamento do *earn out* como preço ou pagamento adicional é determinante para a definição dos seus impactos tributários, na medida em que, do ponto de vista do adquirente, uma vez tratado como preço, o *earn out* passaria a compor o custo de aquisição, tendo reflexo na mensuração do *goodwill*. Por outro lado, uma vez tratado como preço ou pagamento adicional, como fizeram as partes do contrato cuja cláusula foi acima colacionada, teria como contrapartida de lançamento contábil, contas de resultado, passando, então, a se sujeitar as regras gerais de dedutibilidade para fins de IRPJ e CSLL.

Do ponto de vista do vendedor, o enquadramento do *earn out* como preço de aquisição determinaria a tributação dos valores recebidos como ganho de capital tanto na pessoa física

<sup>64</sup> Disponível em: [http://www.gerdau.com.br/updatetool/DownloadCenter/fls/dwn/1507\\_1.pdf](http://www.gerdau.com.br/updatetool/DownloadCenter/fls/dwn/1507_1.pdf).

<sup>65</sup> Ibidem, p. 62

quanto na pessoa jurídica. Nesse caso, a pessoa física deveria aplicar as alíquotas progressivas de 15% a 22,5% para fins de tributação do ganho de capital auferido em decorrência da alienação da participação societária. Já as pessoas jurídicas estariam sujeitas à tributação pela alíquota combinada de 34%<sup>67</sup> para fins de apuração de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital. Por outro lado, ainda do ponto de vista do vendedor, conforme também destacado por Mariana Monte Alegre<sup>68</sup>, caso os valores pagos a título de *earn out* sejam enquadrados como pagamento adicional, tais montantes devem ser tributados como outros rendimentos pelas pessoas físicas, sujeitos à tributação do IRPF à alíquota de até 27,5%, sendo que, no caso das pessoas jurídicas, os valores recebidos a título de pagamento adicional estariam não somente sujeitos ao IRPJ e CSLL à alíquota de 34%, como também às contribuições PIS e COFINS, como regra, às alíquotas combinadas de 3,65% no regime cumulativo ou de 9,25% no regime não cumulativo.

A clara delimitação do *earn out* como preço da operação tem impacto direto nos seus reflexos tributários, os quais precisam ser analisados tanto do ponto de vista do vendedor, quanto do ponto de vista do comprador. Tal análise deve avaliar as seguintes principais questões, sem prejuízo do estudo de questões periféricas durante o trabalho: (i) do ponto de vista do comprador, o *earn out* deve ser considerado no cômputo do *goodwill* ou registrado como despesa, sujeitando-se à análise de dedutibilidade?; e (ii) do ponto de vista do vendedor, como e quando os valores recebidos a título de *earn out* devem ser tributados? Delineadas as principais questões referentes à tributação do *earn out*, passa-se a analisá-las.

---

<sup>67</sup> Ibidem, p. 62

<sup>68</sup> Ibidem, p. 62

## IV. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO EARN OUT

Conforme mencionado, em linhas gerais, o *earn out* pode ser estruturado nos seguintes moldes: (i) pagamento em uma única parcela; (ii) pagamento em parcelas; (iii) pagamento condicionado à participação do vendedor no negócio adquirido (*earn out* serviços); e (iv) pagamento viabilizado através da compensação com indenizações previstas contratualmente.

Para fins de análise da tributação incidente, serão tratadas tais possibilidades de pactuação do *earn out*, sob o ponto de vista do comprador e do vendedor.

### IV.1 Tributação do *earn out* do ponto de vista do comprador

Do ponto de vista do comprador, o principal impasse referente à tributação do *earn out*, e das contraprestações contingentes em geral, consiste na discussão a respeito da natureza jurídica que lhes seria atribuída. Em outras palavras, pondera-se se tais valores seriam considerados como (i) preço de aquisição e, portanto, relevante na determinação do *goodwill*; ou (ii) despesa incorrida no âmbito do contrato de aquisição de participação societária ou mesmo despesa vinculada a eventual posterior relação contratada com o alienante (e.g., comercial).

Preliminarmente, cumpre contextualizar os conceitos e regras tributárias atinentes ao *goodwill* para fins de delimitação do panorama teórico em que se encaixam as possíveis discussões vinculadas ao *earn out*.

O ágio (posteriormente disciplinado pelas atuais regras tributárias como mais-valia e *goodwill*), que nada mais representa do que um “sobrepço” pago na aquisição de participação societária relevante, foi originalmente disciplinado pelo Decreto nº 1.598/1977 com alterações promovidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Esta norma foi editada no contexto histórico brasileiro de importantes privatizações de empresas públicas e estabeleceu as condições para e as consequências da amortização do ágio para fins de dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL apurados conforme o lucro real. O texto legal dispunha que “a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio”

deverá alocar o correspondente valor em contrapartida do fundamento econômico que lhe deu causa, conforme as hipóteses previstas na antiga redação do art. 20, parágrafo 2º, do Decreto nº 1.598/1977, quais sejam: (i) valor de mercado superior ao custo contábil de bem ou direito da investida; (ii) valor de rentabilidade futura da atividade da investida; ou (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Em resumo, as referidas normas, por um lado, expressamente autorizaram a dedução fiscal do ágio vinculado a determinadas fundamentações econômicas (e.g., diferença de valor de mercado e rentabilidade futura); e, por outro, condicionou e postergou a amortização fiscal de tais valores.

Com a edição do CPC 15 (R1) no contexto de entrada em vigor das novas normas contábeis brasileiras baseadas no IFRS, as regras contábeis aplicáveis às operações de combinações de negócios e o registro de “*goodwill*” foram alteradas. Consequentemente, em razão da interface entre as novas regras contábeis e das regras tributárias, conforme já explicada, o Direito Tributário teve que adaptar e disciplinar, especificamente, o novo panorama legislativo que seria aplicável a tais operações e ao ágio.

Nesse contexto, a Lei 12.973/2014 alterou a redação do art. 20 do Decreto nº 1.598/1977, dispondo que o contribuinte que realizar a aquisição de participação societária avaliada pelo método de equivalência patrimonial deverá desdobrar o custo de aquisição dentre as seguintes contas:

- valor proporcional do patrimônio líquido adquirido;
- mais-valia ou menos-valia, conforme o caso, correspondente à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida, e o valor proporcional do patrimônio líquido adquirido (descrito no item anterior); e
- *goodwill* ou ganho por compra vantajosa, conforme o caso, correspondente à diferença entre o valor do custo de aquisição e o valor justo dos ativos líquidos adquiridos (conforme a soma dos valores descritos nos itens anteriores).

A princípio, a alocação do preço de aquisição nas contas acima e os tratamentos contábeis subsequentes (e.g., amortização e depreciação) são neutros para fins tributários, enquanto o investimento adquirido não for realizado. Ou seja, as receitas e despesas deles resultantes

não devem ser computados na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, devendo ser ajustados e neutralizados nos livros fiscais.

Assim, os efeitos tributários aplicáveis à mais ou menos valia, bem como ao *goodwill* ou ganho por compra vantajosa, foram diferidos para o momento em que o investimento na participação societária cuja aquisição deu origem aos referidos valores for realizado. Tal realização inclui, por exemplo, a alienação ou a incorporação societária da empresa investida.

No caso de alienação, os valores acima mencionados são imediatamente realizados para fins fiscais, afetando o custo de aquisição do investimento na determinação do ganho ou perda de capital. A mais-valia e o *goodwill* são adicionais ao custo do investimento, reduzindo o valor do ganho de capital tributável, ao passo que a menos-valia e a compra vantajosa produzem o efeito oposto.

No caso de incorporação societária<sup>69</sup>, por outro lado, os artigos 20 a 23 da Lei 12.973/2014 previram os seguintes efeitos jurídicos:

- a mais ou menos valia seria considerada como integrante do custo do bem ou direito que lhe deu causa, inclusive para efeito de determinação de ganho ou perda de capital, depreciação, amortização ou exaustão; e
- goodwill ou ganho por compra vantajosa seria computado na determinação do lucro real ao longo de um prazo-base de 5 anos (i.e., à razão de um sessenta avos por mês).

Para que a mais-valia e o *goodwill* possam ser aproveitados para fins tributários, a operações deve atender a determinados critérios e requisitos previstos na Lei 12.973/2014, tais como o

---

<sup>69</sup> Artigo 22 da Lei nº 12.973/2014. Sobre esse ponto, cumpre destacar que, como bem delimitado por Sérgio Bento, que as operações de concentração de empresas adquirente e adquirida, promoverão o encontro do custo de aquisição com a fonte produtora da renda e, tendo em vista que no Brasil não é possível uma apuração consolidada de tributos, somente nesse momento dispara a possibilidade de dedução do *goodwill*, racional também seguido por outros países. (BENTO, Sérgio. “Tratamento tributário do ágio”. In: VIEIRA, Marcelo Lima; e CARMIGNANI, Zabetta Macarini; e BIZARRO, André Renato (coords.) Lei 12.973/2014: Novo Marco Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 142).

protocolo de laudo de avaliação elaborado por perito independente e a operação não ser realizada entre partes dependentes<sup>70</sup>.

Uma vez delimitado o panorama legislativo referente ao aproveitamento fiscal do *goodwill*, bem como a importância de tais valores no contexto das operações de fusões e aquisições, passa-se a abordar as possíveis discussões vinculadas ao *earn out*.

De imediato, importa notar que o *earn out* pode ou não afetar a composição do custo de aquisição de participação societária, podendo, de igual modo, alterar o valor do *goodwill* a ser gerado.

Conforme mencionado anteriormente, aplicando a autorização prevista no artigo 116 da Lei 12.973/2014<sup>71</sup>, a Secretaria da Receita Federal dispôs sobre os efeitos tributários das contraprestações contingentes, no âmbito das quais estão inseridas as cláusulas *earn out*, na Instrução Normativa nº 1.700/2017.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que a legislação tributária não prevê um conceito específico do que seria considerado “custo de aquisição”, devendo este conceito ser aferido e interpretado das demais normas legais e infralegais.

Dentre outros dispositivos da Instrução Normativa nº 1.700/2017, o artigo 178, parágrafo 12, determina que a composição do custo de aquisição deve considerar as contraprestações contingentes. Dessa forma, conforme leciona Natanael Martins<sup>72</sup>, “não temos dúvidas de que o que se pretendeu esclarecer é que as contraprestações contingentes pactuadas pelo

---

<sup>70</sup> O *goodwill* poderá ser excluído da apuração do lucro real desde que cumpridos os seguintes requisitos: (i) ocorra o evento de absorção patrimonial entre investida e investidora, através de fusão incorporação ou cisão; (ii) a amortização do *goodwill* seja realizada observando a razão máxima de um sessenta avos; (iii) seja elaborado laudo por perito independente, protocolado na Receita Federal do Brasil ou registrado seu sumário em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação; (iv) seu valor seja identificável, uma vez registrado em subconta distinta; e (v) seja decorrente de aquisições de participações societárias realizadas entre partes não dependentes.

<sup>71</sup> A Lei 12.973/2014, em seu artigo 116, determinou que a Secretaria da Receita Federal do Brasil editará os atos necessários a sua aplicação. Destaque-se o referido diploma legal trata da composição do custo de aquisição, tendo alterado a redação do Decreto-Lei 1.598/1977.

<sup>72</sup> MARTINS, Natanael. “A Lei 12.973/2014 e o Novo Tratamento Tributário dado às operações de Combinação de Negócios – Pronunciamento Técnico CPC 15”. In: Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coords.) Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), 6º volume. São Paulo: Dialética, 2015, p. 476.

adquirente com os ex-proprietários da adquirida, também compõem o custo de aquisição para efeitos do seu desdobramento”.

De uma forma geral, o custo de aquisição representa a contrapartida entregue para a aquisição de participação, resultante da avaliação do adquirente que, em termos práticos, deve estar em linha com as expectativas do alienante. Conforme leciona José Luiz Bulhões Pedreira<sup>73</sup>, “o custo de aquisição da participação societária, livremente negociada no mercado, resulta de um juízo da pessoa jurídica investidora sobre o valor econômico da participação que, em regra, não coincide com seu valor de patrimônio líquido contábil, pois este é o valor histórico, e não contemporâneo, do capital próprio existente no patrimônio”.

Na Solução de Consulta Cosit nº 3, de 22 de janeiro de 2016, as autoridades fiscais consignaram que o custo de aquisição da participação societária corresponde ao valor total efetivamente pago pelo comprador ao vendedor, esclarecendo que o custo de aquisição “é aquele estipulado no contrato, mas, deve-se sempre observar o que foi acordado entre as partes, a fim de verificar se o preço consignado em contrato equivale àquele que será efetivamente pago aos vendedores ao final da transação”.

Conforme já mencionado, o conceito de custo de aquisição é relevante para a determinação do valor do *goodwill* ou ganho por compra vantajosa, conforme previsto no artigo 20 do Decreto nº 1.598/1977.

Assim, o custo de aquisição é tomado como ponto de partida para a determinação do valor do *goodwill*, que será calculado residualmente pela diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores alocados como mais-valia de ativos líquidos e o valor do patrimônio líquido na data da aquisição. Para fins fiscais, os valores registrados a título de *goodwill*, somente poderão ser deduzidos após evento de realização do investimento, sendo que, no caso de absorção de patrimônio por incorporação, fusão ou cisão, o *goodwill* será considerado dedutível após tais operações, podendo ser excluído das bases de cálculo do lucro real, em no mínimo 5 anos (i.e., à razão de, no máximo, um sessenta avos por mês).

---

<sup>73</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Imposto sobre a Renda: Pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: Justec Editora, 1978. p. 270.

De qualquer forma, uma vez que os valores pagos a título de *earn out* têm impacto no custo de aquisição, tais contraprestações terão, consequentemente, reflexo na determinação do valor do *goodwill*. Esse racional, determinado pelo artigo 178, parágrafo 12, da Instrução Normativa nº 1.700/2017, é o mais acertado tendo em vista a natureza jurídica do *earn out*, que corresponde à parcela do preço firmado no âmbito de operações de fusão e aquisição.

Avançando na análise do tema, cumpre avaliar qual é o valor do *earn out* que impactará no custo de aquisição e, via de consequência no *goodwill* e, mais do que isso, quando esse impacto deve ser considerado.

Seguindo o racional contábil, a composição do custo de aquisição abrangeria as contraprestações contingentes da forma como prevista no CPC 15 (R1), ou seja, mensurando-as pelo seu valor justo na data da operação, considerando a sua probabilidade de ocorrência, sem possibilidade de alteração posterior ao período de mensuração.

Conforme mencionado anteriormente, nos termos do CPC 15 (R1), a contraprestação contingente corresponde à contraprestação que o adquirente transfere em troca do controle sobre a adquirida, incluindo qualquer ativo ou passivo decorrente do acordo, a qual é vinculada a condição futura e incerta. O *earn out*, assim como outros preços contingentes, alinham-se à definição de contraprestação contingente prevista na norma contábil.

Em relação à valoração da contraprestação contingente, o CPC 15 (R1) determina que o adquirente deve reconhecer seu montante pelo valor justo na data da aquisição. A determinação do CPC está alinhada aos novos padrões contábeis que apontam para a utilização de elementos probabilísticos de acontecimentos e aplicação de cálculos de melhores estimativas para fixar o valor do *earn out*.

Após ter seu valor justo mensurado conforme as regras contábeis, o *earn out* será registrado em contas de passivo pelo comprador, tendo em vista que o preço contingente representa a obrigação contratual de entregar valores ao comprador, determinados em razão da rentabilidade futura da empresa alvo.

Eventuais alterações no valor justo do *earn out* decorrentes de fatos e circunstâncias contemporâneas à combinação de negócios, e não posteriores, serão considerados como



fatores de incremento ou redução do *goodwill*. Por outro lado, as alterações decorrentes de eventos ocorridos após a data de aquisição, tais como o cumprimento de metas de lucros, não representam ajustes ao período de mensuração, e serão tratados como ganhos ou perdas registradas em resultado, sem determinar qualquer impacto no *goodwill* e, portanto, sem se sujeitar às regras de amortização.

O racional contábil aplicado para tais ajustes do valor justo das contraprestações contingentes está bem alinhado aos novos padrões contábeis, que preceituam a vinculação de reflexos de circunstâncias que a contabilidade não pode mensurar em determinado momento, atrelados a risco e a condições futuras que extrapolam condições de mensurabilidade e medidas de desempenho, a lançamentos em resultado.

Contudo, pela interpretação sistemática da legislação, e também considerando o artigo 196 da Instrução Normativa 1.700/2017, os reflexos tributários decorrentes de obrigações contratuais em operação de combinação de negócios, subordinadas a evento futuro e incerto, que envolvam contraprestações contingentes, devem ser reconhecidos na apuração do lucro real e do resultado ajustado, em linha com o disposto no artigo 117 CTN, nos seguintes termos: (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.

Ainda, referido dispositivo infralegal determina que o tratamento tributário das contraprestações contingentes, independe da denominação atribuída à operação ou da forma contábil adotada pelas partes envolvidas. Ora, ao dispor que o tratamento tributário das contraprestações contingentes independe da denominação conferida à operação, a norma infralegal privilegiou a vontade das partes, em detrimento da forma adotada, privilegiando a essência jurídica da operação.

Além disso, a Instrução Normativa preceitua que os reflexos tributários das contraprestações contingentes assim apurados, devem ser considerados para a determinação do lucro real, sendo que eventuais ajustes devem ser controlados no e-Lalur e no e-Lacs, o que denota que o legislador pode ter vislumbrado a possibilidade de existirem diferenças entre os valores das contraprestações apurados contabilmente, daqueles determinados para fins fiscais, ou seja, parece que o legislador admitiu a aplicação de tratamento diverso em âmbito fiscal e contábil.

Note-se que a norma contábil reconhece o valor do *earn out* como preço que deve ser refletido no custo de aquisição e, via de consequência, no *goodwill*, mas tão somente em relação ao valor do *earn out* determinado pelo valor justo no momento da aquisição, considerando tão somente os ajustes do período de mensuração. Dessa forma, a norma contábil diverge da norma tributária no aspecto valorativo e no temporal, tendo em vista que com base nos dispositivos do CTN e da Instrução Normativa nº 1.700/2017, o valor do preço contingente a impactar o *goodwill* corresponderia ao valor efetivamente transferido e no momento do implemento da condição.

De igual modo, conforme lecionam Raquel de Novais e Bruna Martinez, as normas contábeis e as normas fiscais estabelecem momentos e formas distintas para o reconhecimento dos impactos relativos à contraprestação contingente, inclusive do *earn out*: “enquanto as primeiras determinam efeitos imediatos na determinação do custo de aquisição (contraprestação transferida) e na valoração do *goodwill*, as últimas diferem o efeito na apuração do lucro real para o momento em que o pagamento se torna devido, se sujeito à condição suspensiva, ou disciplinam efeito imediato, se sujeito à condição resolutória”<sup>77</sup>.

Antes da adoção dos novos padrões contábeis no Brasil, tais divergências entre as normas contábeis e tributárias não existiam, sendo que o *earn out*, atrelado a condição suspensiva, era reconhecido contabilmente no momento do pagamento. No entanto, com as novas normas contábeis, o procedimento contábil foi revisto de forma a refletir o seu novo racional no sentido de que para o reconhecimento de fatos atuais, a contabilidade recorre a formas de mensuração para prever a melhor estimativa possível de ocorrência de eventos futuros e incertos e os reconhece desde já, ao contrário do Direito, que apenas reconhece a produção dos efeitos da condição suspensiva no momento do seu efetivo implemento, no momento em que o *earn out* se torna líquido e certo.

Para fins didáticos, cumpre analisar a possibilidade de aplicação do racional contábil para fins de tributação das contraprestações contingentes. Nesse cenário, o *earn out* comporia o preço de aquisição, assim como quaisquer ajustes decorrentes de informações adicionais contemporâneas à combinação de negócios, e ocorridas durante o período de mensuração.

---

<sup>77</sup> NOVAIS, Raquel, MARTINEZ, Bruna Marrara. “Lei 12.973/2014, a Empresa-veículo e Outros Temas”. In: Roberto Quiroga; e LOPES, Alessandro Broedel (coords.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), 6º volume. São Paulo: Dialética, 2015, p. 510.

No entanto, cumpre destacar que o valor do *earn out* que comporia o custo de aquisição e, via de consequência, impactaria na determinação do *goodwill*, seria o seu valor justo apurado conforme melhores estimativas, quando da data de aquisição, considerando os ajustes do período de mensuração.

Nesse sentido, qualquer ajuste ao *earn out* posterior ao período de mensuração, seria registrado em conta passiva a título de provisão, com contrapartida em resultado, sendo que qualquer efeito tributário apenas deve ser reconhecido quando do implemento da condição prevista contratualmente. Nessa mesma linha, Sérgio Bento<sup>79</sup> se posiciona no sentido de que “o ajuste da melhor estimativa pode variar com o tempo, uma probabilidade remota pode tornar-se praticamente certas com novas situações de mercado”. Assim, segundo o autor, tais ajustes, mesmo que vinculados a condição suspensiva ainda não implementada, não devem ser registrados contabilmente em contrapartida do ágio, como ocorria no passado, mas em contas de resultado.

Assim, até a implementação da condição, para fins tributários, seria conferida a neutralidade de tais ajustes pela adição ou exclusão dos valores, respectivamente registrados a débito ou crédito no resultado. Dessa forma, tais ajustes seriam controlados no e-Lalur e no e-Lacs, conforme determina o parágrafo 2º, do artigo 196, da Instrução Normativa 1.700/2017. Uma vez implementada a condição prevista contratualmente, tais valores poderão ser considerados dedutíveis para fins de apuração do IRPJ e da CSLL. Nesse sentido, conforme concluiu Sérgio Bento, tais valores não estarão sujeitos às restrições para fins de dedução do ágio, uma vez que não são elementos considerados na constituição da mais-valia de ativos ou do *goodwill*.

Os valores referentes aos ajustes do *earn out* que não estejam vinculados ao período de mensuração, não entrariam no cômputo do custo de aquisição para fins de determinação do *goodwill*. Logo, uma vez que o entendimento ora exposto determina a consideração do racional adotado pela contabilidade para fins de *earn out*, para fins tributários, os valores

---

<sup>79</sup> BENTO, Sérgio. Tratamento tributário do ágio. In: VIEIRA, Marcelo Lima; e CARMIGNANI, Zabetta Macarini; e BIZARRO, André Renato (coords.) Lei 12.973/2014: Novo Marco Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 145.

dos ajustes realizados após o período de mensuração estariam sujeitos à análise das condições gerais de dedutibilidade para fins de tributação pelo IRPJ e da CSLL.

No âmbito das normas que regem as condições de dedutibilidade das despesas, o artigo 47 da Lei nº 4.506/1964 permite a dedução de despesas operacionais não computadas no custo, consideradas necessárias às atividades da empresa e à manutenção da fonte produtora, pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa. As despesas operacionais admitidas, para fins de dedutibilidade, são as usuais ou normais no tipo de transações operações ou atividades da empresa. Logo, para ser considerada dedutível, a despesa deve ser necessária, usual e normal, conforme o preceito normativo.

Dessa forma, a despesa dedutível precisa ser necessária à produção de renda, sendo que o critério de usualidade foi muito bem definido por Bulhões Pedreira<sup>80</sup>, segundo o qual “despesa normal é a costumeira ou ordinária no tipo de negócio do contribuinte”. Dessa forma, o autor esclarece que a despesa usual “pode ser excepcional ou esporádica na experiência do contribuinte, desde que possa ser considerada usual ou normal do tipo de seus negócios, operações ou atividades”.

Nesse sentido, tendo em vista que estamos diante de despesa referente ao cumprimento de cláusula contratual firmada no âmbito de transação que tem por fim o aumento da lucratividade da empresa pela obtenção de um ou mais negócios<sup>81</sup>, ressalvadas as especificidades do caso concreto, não se poderia negar a sua dedutibilidade. Nesse sentido, vale mencionar que o Conselho Superior de Recursos Fiscais já se posicionou no sentido de

---

<sup>80</sup> Ibidem. p. 270.

<sup>81</sup> Conforme destacado por Marcelo Magalhães Peixoto<sup>81</sup>, cumpre analisar também a teoria da causalidade para fins de determinação da dedutibilidade das despesas. Segundo a teoria da causalidade, a qual fora desenvolvida na Alemanha por Klaus Tipke e Joachim Lang, as despesas podem ser dedutíveis desde que figurem como causa para o aumento de receita ou, ainda, caso tenham por objetivo a promoção do desenvolvimento da atividade da empresa. Dessa forma, o autor conclui que caso a despesa operacional determine o incremento dos ingressos de receitas e, por conseguinte, do próprio montante futuro a recolher do imposto, deverá ser considerada dedutível. Assim, à luz da teoria da causalidade, os valores referentes aos ajustes de *earn out*, apurados fora do período de mensuração, poderiam ser considerados dedutíveis, desde que vinculados à operação que tenha por finalidade o incremento dos resultados da empresa. (PEIXOTO, Marcelo Magalhães. Direito Tributário Brasileiro: temas relevantes. São Paulo: MP Editora, 2014, p. 49).

considerar dedutíveis os pagamentos justificados em cláusulas contratuais relacionadas às condições negociais do caso concreto<sup>82</sup>.

Entretanto, em se tratado de *earn out*, o adquirente deve comprovar que existem métricas objetivas e pré-determinadas para o pagamento dos valores ao vendedor, em troca da aquisição do negócio. Ainda, para fundamentar a dedução de tais despesas, o adquirente deve estar apto a apresentar documentos regularmente formalizados comprovando a previsão contratual do pagamento do *earn out*, os documentos que formalizem o cumprimento das metas determinantes para tal pagamento, de uma forma geral, a comprovação de que tal pagamento é decorrente de uma negociação no âmbito de uma combinação de negócios e não se trata de mera liberalidade do comprador.

A aplicação de tal racional para fins de tributação, implica na imputação de efeitos tributários sobre meras expectativas de valor baseadas em critérios de mensurabilidade aceitos contabilmente. Ora, estaríamos diante de tributação com base em presunção, baseada na estimativa de um resultado ainda não conhecido, realidade que, embora aceita em termos contábeis, não pode gerar efeitos tributários<sup>83</sup>. Tal assertiva é válida tanto para as circunstâncias em que ocorrem o ingresso de recursos, tanto para aquelas marcadas pelo egresso de recursos.

Além disso, o Código Civil, em seu artigo 125, determina que se a eficácia do negócio jurídico é subordinada à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito a que ele visa. Paralelamente, o já mencionado artigo 117 do CTN, determina que em relação às condições suspensivas, seus reflexos tributários devem ser reconhecidos desde o implemento da condição.

Dessa forma, em se tratando dos efeitos, é inquestionável que esse entendimento contraria a legislação civil e tributária, tendo em vista que confere eficácia imediata à condição

---

82 Publicado em 15.07.2016. Acórdão nº 1401-001.672, proferido pela 4ª Câmara/1ª Turma. Publicado em 15 de julho de 2016.

83 A impossibilidade de tributação com base em presunção é claramente defendida por Sergio André Rocha, segundo o qual “em direito, a técnica de se estimar um resultado desconhecido com base em fatos conhecidos em nome próprio se chama presunção. Obviamente, não é possível construir um sistema de tributação da renda sobre uma base presumida. As presunções, quando autorizadas em direito tributário, ou são relativas, ou são objeto de opção pelo sujeito passivo, ou são regras que se orientam pelo princípio da praticabilidade. Contudo, em nenhuma hipótese, a regra geral será a presunção”. Ibidem. p. 584.

suspensiva, independentemente de seu implemento, desvirtuando a natureza jurídica das condições. Nesse sentido, a contabilidade requalifica o *earn out* vinculado à condição suspensiva, antecipando seus efeitos.

Importa notar que essa discussão é determinante não apenas para a definição do momento da tomada de dedutibilidade dos valores pagos a título de *earn out*, mas também de sua qualificação para fins tributários (i.e., *goodwill* ou despesa corrente). Nesse sentido, o efeito da adoção de um ou outro critério traria diferenças temporais na determinação do IRPJ e da CSLL, como também em relação aos critérios aplicáveis para verificação de sua dedutibilidade.

De qualquer forma, a aplicação dos ditames contábeis, não parece ser o mais acertado para fins de tributação, tendo em vista que infringe o disposto na legislação tributária e civil.

À luz dos argumentos acima, propõe-se analisar a segunda possibilidade, que parece ser a mais acertada. Por esta interpretação, o *earn out* vinculado a condição suspensiva deve ser considerado integralmente, incluindo os ajustes realizados fora do período de mensuração, como custo de aquisição e adicionado ao *goodwill* tão somente quando da implementação da condição e de seu respectivo pagamento. No caso de condição resolutiva, desde a celebração do negócio, o valor da parcela do ajuste de preço já seria considerado como custo de aquisição para fins de determinação do *goodwill*, sendo que eventuais ajustes realizados fora do período de mensuração seriam refletidos no valor do *goodwill*, o qual, seria então revisto.

Tal entendimento está alinhado aos preceitos da legislação civil e ao CTN, segundo os quais, a condição suspensiva apenas produz efeitos quando do seu implemento, e a condição resolutiva desde a celebração do negócio.

Nesse sentido, cumpre reiterar que o artigo 117, inciso I, do CTN é claro ao determinar que, caso a situação jurídica esteja sujeita a condição suspensiva, não há que se falar em fato gerador da obrigação tributária enquanto a condição não restar implementada. Nesse sentido conforme bem descreve Ricardo Mariz<sup>84</sup>, no âmbito da condição suspensiva existe um fato

---

<sup>84</sup>Ibidem. p. 136.

futuro falível no caminho para a aquisição do direito, sendo que, enquanto esse fato não se verificar, não ocorre a aquisição do direito. Dessa forma, em linha com o disposto no artigo 117, inciso I e 116, inciso II, do CTN, “nas situações pendentes, não se pode considerar existente qualquer fato gerador de obrigação tributária porque, tratando-se de situação jurídica de que decorram efeitos tributários, o fato gerador somente ocorrerá quando essa situação estiver definitivamente constituída de acordo com o direito aplicável”.

Nesse cenário, somente com aquisição do direito ocorre a mutação do patrimônio, ou o acréscimo decorrente da integração da receita ao patrimônio do contribuinte, questão que será analisada em maiores detalhes quando da análise da tributação do ponto de vista do alienante.

Por ora, tendo em vista que o presente estudo está voltado à análise da tributação do ponto de vista do adquirente, é necessário avaliar se o racional dos artigos 116 e 117 do CTN, bem delineado por Ricardo Mariz, é aplicável para fins tributários. Isso porque ao adquirente, caso reste implementada a condição, não caberá o registro de uma receita e a determinação de acréscimo patrimonial. Ao contrário, ao adquirente caberá o registro e reconhecimento, para fins de tributação, da obrigação definitiva de pagamento do *earn out* ao alienante, e a consideração de eventual reflexo do *earn out* pago no custo de aquisição e no *goodwill*, cuja amortização determinará a redução da base de cálculo tributável.

No entanto, uma vez que as obrigações se integram ao patrimônio assim como as receitas, tão somente quando incondicionais e definitivas, o mesmo racional dos dispositivos legais em referência é sim aplicável para o caso do reconhecimento tributário dos decréscimos patrimoniais representados pelo pagamento de valores a título de *earn out*<sup>85</sup>.

Nesse sentido, apenas podem ser registrados na apuração do resultado do exercício, “custos, despesas, encargos e perdas”<sup>86</sup>, efetivamente pagos ou incorridos, ou seja, aqueles que

---

<sup>85</sup> Cumpre mencionar que o CARF já se posicionou no sentido de que “as despesas relativas a tributos com exigibilidade suspensa em função de questionamento judicial constituem-se em meras provisões e, por estarem sujeitas a evento futuro e incerto, somente poderão ser consideradas dedutíveis, para efeito de apuração da base de cálculo dessa contribuição, por ocasião do trânsito em julgado de decisão definitiva do julgamento da lide ou, no caso de desistência da ação, a partir da homologação do pedido de renúncia”. (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1ª Turma, 1ª Seção. Acórdão 1401-001.284, data da publicação: 04.09.2015). Ainda, o Parecer Normativo CST nº 7/76, consignou que as despesas vinculadas a evento futuro não são incorridas, sendo, portanto, indedutíveis.

<sup>86</sup> Conforme o disposto no artigo 187, parágrafo 1º, alínea “b”, da Lei nº 6.404/1974.

constituem obrigações definitivas e incondicionais, já capazes de produzir utilidades a que se propõem para a formação do lucro<sup>87</sup>. Esse racional está alinhado ao princípio da realização da renda, que será tratado adiante, aplicável para receitas e despesas.

Nessa linha, enquanto pendentes o atingimento das metas de lucratividade impostas e determinantes para o pagamento do *earn out*, o alienante não terá adquirido o direito de recebê-lo e, paralelamente, ao adquirente não caberia registrar o valor do *earn out* como custo de aquisição, tampouco computando-o no valor do *goodwill* e, somente quando cabível, efetuando sua dedução para fins tributários. Da mesma forma, devem ser tratados os ajustes não vinculados ao período de mensuração, tendo em vista que impactarão no preço e, via de consequência, no custo de aquisição.

De todo modo, sustenta-se que o valor integral do *earn out* deve ser qualificado como componente do custo de aquisição (e não como despesa corrente, por exemplo), independentemente do momento em que ele deva ser considerado para fins de determinação do *goodwill*. Isso porque tais valores guardam vínculo direto com a obrigação assumida pelo adquirente em contrapartida da transferência da participação societária transferida. A materialidade de sua condição decorre unicamente de incertezas vinculadas à valoração do objeto de transação, não estando vinculado, neste caso, a qualquer outra causa jurídica (e.g., custos e despesas incorridos em contraprestação de serviços ou de gastos vinculados à própria transação).

Cumprir destacar que esse entendimento, além de estar em linha com as disposições do CTN e do Código Civil, está igualmente alinhado ao disposto no artigo 196 da Instrução Normativa nº 1.700/2017. Vale lembrar que o dispositivo infralegal determina que os reflexos tributários das contraprestações contingentes, devem observar ao disposto no artigo 117, incisos I e II do CTN.

Dessa forma, caso reste implementada a condição suspensiva, o valor do *goodwill* deve ser ajustado de forma a considerar o *earn out* pago em decorrência da implementação da condição, assim com quaisquer ajustes apurados no valor do *earn out*.

---

<sup>87</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P 140.



Esse mesmo racional é também defendido por Natanael Martins<sup>88</sup>, que esclarece que, com base na Instrução Normativa 1.700/2017, as contraprestações contingentes compõem o custo de aquisição para efeitos do seu desdobramento. Segundo o autor, “parece-nos que a leitura correta que devemos ter é considerar que tais contraprestações contingentes, verificáveis após a aquisição e, no mais das vezes, após o período de mensuração, são componentes do preço e, portanto, devem influenciar o custo de aquisição, daí a razão dos ajustes no *Lalur*” (tratados pelo artigo 196, parágrafo 2º, da Instrução Normativa nº 1.700/2017). Dessa forma, Natanael defende que tendo em vista a existência de uma parcela do preço determinável, sujeita a evento futuro e incerto, seria necessário o ajuste no custo de aquisição, aumentando ou diminuindo o valor do *goodwill*.

Apesar de o *earn out* ser vinculado à condição suspensiva, cumpre mencionar que, no que se refere ao ajuste de preço vinculado à condição resolutiva, o seu valor deve ser considerado no cálculo do custo de aquisição desde a celebração do negócio, sendo que, qualquer ajuste realizado fora do período de mensuração, deve determinar a alteração do custo de aquisição e, conseqüentemente, do *goodwill*.

Nesse ponto, cumpre mencionar que, Mariana Monte Alegre<sup>89</sup>, em aprofundado estudo que é referência sobre o tema, concluiu que “parece plausível, com fundamento nas normas infralegais da IN RFB nº 1.700/2017, tratar o *earn out* cujo pagamento está sujeito à condição resolutiva como preço desde o início e o *earn out* cujo o pagamento está sujeito a condição suspensiva como preço a partir do efetivo pagamento (implemento da condição), inclusive para fins de apuração de eventual *goodwill* dedutível”.

Em relação às conclusões da autora, vale ressaltar que o *earn out* é, em linhas gerais, vinculado à condição suspensiva<sup>90</sup>. No entanto, a presente trabalho se alinha ao posicionamento defendido pela autora se consideramos que o *earn out* vinculado a metas que representam condições suspensivas deve ser tratado como preço quando do implemento

---

<sup>88</sup> MARTINS, Natanael. “A Lei 12.973/2014 e o Novo Tratamento Tributário dado às operações de Combinação de Negócios – Pronunciamento Técnico CPC 15”. In: Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coords.) Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), 6º volume. São Paulo: Dialética, 2015, p. 476.

<sup>89</sup> PAIVA, Mariana Monte Alegre. Controvérsias tributárias dos mecanismos contratuais de ajustes de preços em operações de fusões e aquisições. 18.12.2017. Orientador Flávio Rubinstein. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. p. 83.

<sup>90</sup> Nesse sentido,

da condição e que os ajustes de preço vinculados a condições resolutivas devem ser prontamente considerados como preço. Além disso, cumpre destacar que o principal fundamento para sustentar tal racional, estaria vinculado à natureza jurídica de preço do *earn out*, bem como ao disposto nos artigos 125 do Código Civil, bem como nos artigos 43, 116 e 117 do CTN. Nesse ponto, cumpre destacar que os ditames da Instrução Normativa nº 1.700/2017 seriam até mesmo desnecessários para a delimitação do tratamento tributário do *earn out*, considerando as disposições do Código Civil e do CTN, bem como à aplicação do princípio da realização da renda, aplicável tanto aos ingressos quanto aos egressos de recursos.

De qualquer modo, cumpre mencionar que a aplicação dos ditames do CPC 15 (R1), para fins de tributação do *earn out* seriam até mais benéficos para os contribuintes de uma forma geral. Isso porque a aplicação do racional do CPC 15 (R1), conforme acima reportado, permitiria a tomada da dedutibilidade do custo de aquisição de uma só vez, sem a observância das regras de amortização do *goodwill*. A aplicação do racional contábil para fins de tributação poderia ser desinteressante caso o contribuinte esteja em cenário de prejuízo fiscal, uma vez que os valores registrados diretamente como despesas apenas elevariam seu saldo de prejuízo e, em eventual apuração de lucro em exercícios posteriores, o seu aproveitamento deveria observar a trava de 30% legalmente imposta para fins de aproveitamento de prejuízo fiscal.

Aplicando-se o entendimento fundamento na interpretação sistemática da legislação, para fins de tributação, o comprador deve observar que, após o período de mensuração, no caso de implemento das condições contratualmente previstas e pagamento de valores a título de contraprestações contingentes, deve ser realizado o ajuste do custo de aquisição e via de consequência, do valor do *goodwill*.

No entanto, cumpre analisar como operacionalizar o diferimento do reconhecimento dos valores a serem pagos a título de *earn out* no ágio a ser amortizado pela pessoa jurídica. Nesse ponto, cumpre relembrar que o art. 196, § 2º, dispõe que as diferenças dos efeitos temporais oriundos de cláusulas suspensivas devem ser controladas e ajustadas por meio de lançamentos nos livros fiscais.

A viabilidade prática de tal posição foi explicada de forma clara pelo Professor Jorge Vieira<sup>92</sup>, que apontou a possibilidade de o *goodwill* ser segregado em dois montantes para fins tributários (i) uma parte dedutível e, portanto, passível de amortização para fins de determinação do lucro real, desde que observados os requisitos legais para amortização do *goodwill*; e (ii) uma parte indedutível por estar atrelada a uma condição suspensiva, correspondente à contraprestação contingente, que deve ser controlada na parte B do Lalur, para ser deduzida fiscalmente quando da liquidação da contraprestação contingente.

Por outro lado, caso a condição suspensiva não seja satisfeita, a contraprestação contingente registrada no passivo, conforme determinações do CPC 15 (R1), deve ser baixada contra resultado, determinando, assim, o registro de um crédito correspondente ao seu valor. No entanto, cumpre esclarecer que esse crédito não seria tributável para fins de IRPJ e CSLL, tendo em vista que o registro contábil não determinou a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica sobre o valor e, tampouco para fins de PIS e COFINS, tendo em vista que o crédito não equivale a receita para o contribuinte.

Em se tratando de ajuste de preço sujeito à condição resolutiva, a contraprestação contingente tem efeito imediato no custo de aquisição e no *goodwill*, sendo que, uma vez cumpridos os requisitos legais para a amortização, o *goodwill* correspondente a tal contraprestação poderá ser amortizado para fins tributários. Contudo, caso a condição resolutiva reste satisfeita, e aquela parcela concernente ao pagamento do ajuste de preço do negócio seja desfeita, os montantes eventualmente deduzidos a título de *goodwill*, que se refiram ao cômputo do ajuste de preço em seu montante total deverão ser submetidos à tributação.

Em relação aos dois entendimentos acima expostos, sustenta-se que a prevalência da segunda interpretação tem como base a interpretação sistemática e harmônica da legislação, especificamente, do disposto no Código Civil, em seu artigo 125, bem como dos artigos 116 e 117 do CTN, bem como a impossibilidade de imposição de tributação com base em presunção.

---

<sup>92</sup> 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 da FEARP-USP, 20.10.2016.

Por fim, importa analisar as diferenças de tratamento tributário aplicável ao *earn out* pago à vista ou de forma parcelada. Para fins contábeis, uma vez implementada a condição suspensiva subjacente e sendo devido o pagamento, o comprador deve reconhecer os reflexos contábeis da sua obrigação contraprestacional, por exemplo: desembolso de caixa e, no caso de pagamento a prazo, obrigação de pagamento futuro.

Importa notar que, mesmo no caso de pagamento parcelado, o comprador deve reconhecer integralmente sua obrigação de contraprestação segundo o regime de competência. Como consequência, sendo o valor do *earn out* juridicamente devido, embora com pagamento diferido para o futuro, ele deve já compor o custo de aquisição da operação e, de igual modo, do *goodwill*.

Vale notar que, nos casos de obrigações assumidas registradas em passivo não circulante, o comprador deverá reconhecer o ajuste a valor presente da referida obrigação, conforme dispõe o art. 184, III, da Lei das Sociedades por Ações<sup>93</sup>. Os valores dos ajustes correspondentes à despesa financeira embutida nos pagamentos a prazo deverão ser registrados em subconta do passivo e somente serão considerados na determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL no lucro real quando o ativo subjacente (i.e., investimento na entidade investida) for realizado, inclusive por meio de alienação, incorporação societária ou baixa, conforme dispõe o art. 5º, III, e § 2º, da Lei 12.973/2014<sup>94</sup>.

Uma possível interpretação do dispositivo poderia levar à conclusão de que a despesa vinculada ao ajuste a valor presente poderia ser, assim que realizado o investimento na sociedade adquirida por meio de incorporação, imediatamente deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL no lucro real, não respeitando o prazo mínimo de 5 anos para realização

---

<sup>93</sup> “Art. 184. No balanço, os elementos do passivo serão avaliados de acordo com os seguintes critérios: (...)

III – as obrigações, os encargos e os riscos classificados no passivo não circulante serão ajustados ao seu valor presente, sendo os demais ajustados quando houver efeito relevante.”

<sup>94</sup> “Art. 5º Os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso III do caput do art. 184 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, relativos a cada operação, somente serão considerados na determinação do lucro real no período de apuração em que:

(...)

III - o ativo for realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, no caso de aquisição a prazo de ativo não classificável nos incisos I e II do caput;

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I, II e III do caput, os valores decorrentes do ajuste a valor presente deverão ser evidenciados contabilmente em subconta vinculada ao ativo.”

do *goodwill*. Contudo, entende-se que a interpretação conjunta e harmônica do referido dispositivo com as hipóteses de realização do *goodwill* levariam à conclusão de que a despesa vinculada ao ajuste a valor presente deve seguir o tratamento de realização do *goodwill* segundo as normas aplicáveis a tais valores.

Assim, em resumo, a legislação tributária atribuiu a natureza neutra e acessória ao ajuste a valor presente, ficando sujeito ao mesmo tratamento tributário aplicável ao ativo a que a obrigação de longo prazo se refere – no caso, investimento na participação adquirida com realização mediante alienação, incorporação societária ou baixa, e conforme as regras aplicáveis à dedutibilidade do *goodwill*.

#### **IV.2 Tributação do *earn out* do ponto de vista do vendedor**

Avançando no estudo do tema, cumpre identificar os efeitos tributários que a adoção de cláusulas *earn out* pode determinar do ponto de vista do alienante. Para tanto, é necessária a análise dos aspectos atrelados à tributação do ganho de capital e da verificação do momento do fato gerador da obrigação tributária, a partir da disponibilidade da renda.

No entanto, é importante esclarecer que não é objetivo do presente estudo aprofundar a análise de discussões teóricas e doutrinárias sobre os conceitos de renda e disponibilidades jurídica e econômica, amplamente discutidos pela doutrina pátria. Tal postura, alinhada aos moldes de pesquisa estruturada no âmbito do Mestrado Profissional, não afastará, contudo, a adoção de uma posição fundamentada e o posterior apontamento de soluções práticas para mitigar eventuais controvérsias tributárias decorrentes da avença de cláusulas *earn out*.

Conforme mencionado anteriormente, a avença de cláusulas de *earn out* e o consequente pagamento de valores a esse título, ocorre no âmbito de operações de fusão e aquisição, nas quais, por sua vez, se dá a alienação de participações societárias. Como previamente explicado, sustenta-se pela segunda interpretação que o *earn out* compõe, em sua integralidade, o custo de aquisição numa operação de aquisição de participação societária (embora seus efeitos sejam diferidos para fins tributários).

Nos termos da legislação vigente, a alienação de bens e direitos localizados no Brasil, inclusive de participações societárias, está sujeita à tributação pelo ganho de capital. Diante

disso, uma vez que os valores pagos a título de *earn out* devem ser considerados como preço, tais valores devem entrar no cômputo do ganho de capital auferido pelo alienante, sujeitando-se, via de consequência, à tributação prevista na legislação de regência.

Nesse sentido, os ganhos de capital, considerando, inclusive, os valores recebidos a título de *earn out*, auferidos por pessoas físicas em decorrência da alienação de bens e direitos são tributados pelo imposto de renda considerando as alíquotas progressivas de 15% a 22,5%, conforme o caso<sup>95</sup>: 15% sobre a parcela dos ganhos que não ultrapassar R\$ 5 milhões; 17,5% sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 5 milhões e não ultrapassar R\$ 10 milhões; 20% sobre a parcela de ganhos que exceder 10 milhões e não ultrapassar 30 milhões; e 22,5% sobre a parcela que ultrapassar R\$ 30 milhões.

A base de cálculo para fins de tributação do ganho de capital auferido por pessoas físicas domiciliadas no Brasil<sup>96</sup> corresponde à diferença positiva entre o valor de alienação do bem ou direito e respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente<sup>97</sup>.

Caso o alienante seja pessoa jurídica, conforme a legislação vigente<sup>98</sup>, os ganhos de capital, inclusive os valores recebidos a título de *earn out*, apurados em decorrência de alienação de bens e direitos classificados como investimento ou intangível, correspondentes à diferença positiva verificada entre o valor de alienação e o respectivo valor contábil, serão acrescidos

---

<sup>95</sup> Conforme determinado pelo artigo 21, da Lei nº 8.981/1995, nos seguintes termos: “Artigo 21. O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeita-se à incidência do imposto de renda, com as seguintes alíquotas:

I - 15% (quinze por cento) sobre a parcela dos ganhos que não ultrapassar R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

II - 17,5% (dezessete inteiros e cinco décimos por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) e não ultrapassar R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

III - 20% (vinte por cento) sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e não ultrapassar R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais); e

IV - 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) sobre a parcela dos ganhos que ultrapassar R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). (...)”

<sup>96</sup> No que se refere às pessoas físicas domiciliadas no exterior, o racional de tributação é o mesmo, devendo ser aplicado, caso cabível, os dispositivos específicos previstos em tratado para evitar a dupla tributação firmado entre o país de residência da pessoa física e o Brasil, em linha com o disposto no artigo 18 da Lei nº 9.249/1995. Ainda, em se tratando de pessoa física residente no exterior, nos termos do artigo 26, da Lei nº 10.833/2003, o seu procurador ficará responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital.

<sup>97</sup> Conforme o disposto na Lei nº 7.713/1988, artigo 1º, parágrafo 2º.

<sup>98</sup> Artigo 32, parágrafo 2º da Lei nº 8.981/1995.

às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, e tributados considerando a alíquota combinada de 34%. Cumpre mencionar que Mariana Monte Alegre<sup>99</sup> compartilha do mesmo entendimento.

Importante ressaltar que a incidência do IRPJ e da CSLL à alíquota de 34% sobre o ganho de capital auferido em razão da alienação de participação societária é aplicável tanto às pessoas jurídicas sujeitas ao regime do lucro real como às sujeitas ao regime do lucro presumido. Isso porque, neste regime, a apuração de ganho de capital deve ser diretamente adicionada à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, não se submetendo, como regra, à aplicação dos percentuais de presunção do referido regime, nos termos do art. 25, II, da Lei nº 9.430/1996<sup>100</sup>.

Em termos gerais, o valor recebido pelo vendedor a título de *earn out* não estaria sujeito à tributação pelas contribuições PIS e COFINS, uma vez que tal valor não corresponderia à receita decorrente de sua atividade principal, bem como estaria abrangido por isenção específica, nos termos da legislação vigente<sup>101</sup>.

Entretanto, caso a pessoa jurídica tenha por objeto a compra e venda de participações societárias, o resultado obtido na alienação de participação societária de caráter não permanente, deve ser computada como receita bruta para fins de determinação das bases de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS<sup>102</sup>, bem como do IRPJ e da CSLL no

---

<sup>99</sup> Ibidem, p. 96.

<sup>100</sup> “Art. 25. O lucro presumido será o montante determinado pela soma das seguintes parcelas: (...)

*II - os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas, os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pela inciso I, com os respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e demais valores determinados nesta Lei, auferidos naquele mesmo período”.*

<sup>101</sup> Nos termos do artigo 2º da Lei no 9.718/1998, as contribuições para o PIS e a COFINS, serão calculadas com base no faturamento da pessoa jurídica, sendo que o faturamento, corresponde à receita bruta apurada nos termos da legislação vigente. O 3º, parágrafo 2º, inciso IV, do mesmo diploma legal, exclui do cômputo da receita bruta, para fins de apuração das bases de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS, os valores referentes às vendas de bens do ativo não circulante, classificado como investimento, imobilizado ou intangível.

<sup>102</sup> Conforme o disposto nos artigos 8º, inciso XIII da Lei no 10.637/2002 e 10, inciso XXX da Lei nº 10.833/2003, as receitas decorrentes da alienação de participações societárias permanecem sujeitas às normas da legislação das contribuições para o PIS e para a COFINS, vigentes anteriormente aos referidos diplomas legais, sendo que as alíquotas aplicáveis seriam de 0,65% (PIS) e 4% (COFINS), conforme o disposto no artigo 8º-B DA Lei nº 9.718/1998. Ainda nos termos do mencionado artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, especificamente conforme o disposto em seu parágrafo 14, a pessoa jurídica poderá excluir da base de cálculo das contribuições em comento incidentes sobre a receita decorrente de alienação de participação societária, o valor dispendido para a aquisição de tal participação, desde que a receita de alienação não tenha sido excluída da base de cálculo, na linha do preceituado pelo parágrafo 2º, inciso IV, do mesmo dispositivo legal.

regime do lucro presumido<sup>103</sup>. Mais uma vez, cumpre mencionar que Mariana Monte Alegre<sup>104</sup> compartilha do mesmo entendimento.

Isso posto, avançando na análise do tema, deve-se atentar para a verificação do momento da ocorrência do fato gerador para fins de tributação dos valores recebidos a título de *earn out* pelo alienante. Para tanto, é preciso ter em mente que, apesar da tributação do ganho de capital ser comumente analisada de forma isolada, não se pode desconsiderar o fato de que o ganho de capital não prescinde da percepção de renda, devendo-se observar o seu conceito constitucional, o qual requer, para fins de tributação, a efetivação de acréscimo patrimonial regularmente disponível e realizado<sup>105</sup>.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal<sup>106</sup>, em relevante decisão proferida em 3.10.1978, esclareceu que “por mais variado que seja o conceito de renda, todos os economistas, financistas e juristas se unem em um ponto: renda é acréscimo do patrimônio”.

Esse é o racional delineado pelo artigo 43 do CTN, que define o fato gerador do imposto de renda, nos termos da competência e exigências preceituadas no artigo 146, III, “a”, da Constituição da República<sup>107</sup>. Nessa linha o artigo 43 do CTN estabelece, em seus incisos I e II, como fato gerador do imposto de renda a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica: (i) de renda, entendida como o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; ou (ii) de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos em (i).

---

<sup>103</sup> Segundo a Solução de Consulta Cosit nº 347/2017, a Receita Federal do Brasil entendeu que, no caso de atividade de alienação de participação societária de caráter não permanente, a receita auferida pelo contribuinte estaria sujeita ao percentual de presunção de 32% para fins de apuração do IRPJ e da CSLL no regime do lucro presumido.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>105</sup> Nesse sentido, André Mendes Moreira e Fernando Daniel de Moura Fonseca lecionam que “ganho de capital também é renda e assim deve ser considerado”. André Mendes Moreira e Fernando Daniel de Moura Fonseca. Imposto de Renda sobre Ganho de Capital. Necessidade de Realização e Disponibilidade do Acréscimo Patrimonial. In Revista Dialética de Direito Tributário. Volume 238. São Paulo: Dialética, 2015. p. 29.

<sup>106</sup> Recurso Extraordinário nº 89.791/RJ, julgado pelo 1ª Turma.

<sup>107</sup> Nos termos delineados pelo artigo 146, III, “a”, da Constituição Federal, cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Sobre o tema, Henry Tilbery leciona que o CTN figura como lei complementar à Constituição, sendo que “apenas para fins de discriminação de rendas, estabelece os limites, dentro dos quais o legislador ordinário pode estabelecer o fato gerador. O CTN como lei sobre as leis tributárias, apenas marca os contornos do campo de incidência para diversos impostos”. (TILBERY, Henry. Comentários ao Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 341).



Note-se que, uma vez que o dispositivo legal determina que renda é o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos (inciso I), bem como que os proventos são acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso I (inciso II), conclui-se que os elementos constantes dos dois incisos representam acréscimos patrimoniais<sup>108</sup>. Logo, para fins de delimitação do fato gerador do imposto de renda, renda corresponde ao acréscimo patrimonial decorrente do capital, do trabalho ou da combinação de ambos.

Nesse mesmo sentido, Ives Gandra Martins<sup>109</sup> leciona que “ao determinar, o legislador, que os proventos são acréscimos não compreendidos na renda, definiu, tanto para o inciso I, quanto para o inciso II do artigo 43, o acréscimo patrimonial é que determina o que seja aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica e provoca a concretização da hipótese de imposição do imposto de renda”.

Assim, eventual percepção de renda ou proventos, ou seja, eventuais acréscimos ao patrimônio<sup>110</sup>, assim considerado o complexo de relações jurídicas dotadas de conteúdo econômico, determinarão novos direitos ou novas obrigações. Para tanto, tais acréscimos precisam restar caracterizados como definitivos e incondicionais, não podendo representar mera expectativa de direito para fins de tributação.

Nesse sentido, para fins de configuração do fato gerador do imposto de renda, o artigo 43 do CTN exige a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou dos proventos. Dessa forma, conforme aponta Victor Polizelli<sup>111</sup> em relevante estudo do tema, uma vez

---

<sup>108</sup> A partir de tal constatação, Ricardo Mariz se posiciona no sentido de que o CTN adotou o conceito de renda-acréscimo, deixando de aplicar o conceito de renda-produto, posição também adotada no âmbito do presente estudo.

<sup>109</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Fato Gerador do Imposto sobre a Renda e a Aquisição de Disponibilidade Econômica ou Jurídica que implique Acréscimo Patrimonial – Inteligência do artigo 43 do Código Tributário Nacional – Ilegalidade de Pretendida Incidência sem Ocorrência de Acréscimo. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 137. São Paulo: Dialética, 2007. p. 111.

<sup>110</sup> Para fins do presente trabalho, adotaremos o conceito de patrimônio delineado por Ricardo Mariz, segundo o qual patrimônio corresponde ao “conjunto de direitos e de deveres de uma mesma pessoa”, ou “o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, que lhe atribuam direitos e obrigações com conteúdo econômico”. Ricardo Mariz sintetizou de forma clara o conceito de patrimônio: “é um bem universal instituído pelo direito, composto por uma multidão de direitos referentes a bens físicos, outros direitos relativos a bens imateriais, obrigações pendentes de cumprimento, enfim, direitos e deveres de toda ordem, sempre com expressão econômica, os quais não teriam qualquer associação natural entre si, mas que passam a ter uma adesão ideal porque agrupados segundo uma norma jurídica e em razão de um mesmo sujeito de direito, que é o titular ou o devedor de cada um desses componentes”. *Ibidem*. p. 71

<sup>111</sup> POLIZELLI, Victor Borges. *O Princípio da realização da renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 174.

verificado que os elementos renda e proventos representam acréscimo patrimonial, tem-se que “a realização da renda acontece no tempo da aquisição de tais disponibilidades de acréscimo patrimonial”. Logo, o CTN estabeleceu como o momento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda, a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica de renda.

De uma forma geral, a doutrina pátria entende que a aquisição de disponibilidade jurídica resta configurada quando da aquisição do direito à renda, sem ter ocorrido a sua percepção em dinheiro ou mesmo em valores suscetíveis de avaliação em dinheiro. Por outro lado, a disponibilidade econômica se verificaria quando da percepção do dinheiro, da sua disponibilização em caixa. Nesse mesmo sentido, Mariana Monte Alegre<sup>112</sup> leciona: “a disponibilidade econômica ocorre quando há efetiva percepção do valor em dinheiro”, sendo que, “a disponibilidade jurídica se verifica quando o direito ingressa no patrimônio do contribuinte”.

Entanto, a diferenciação entre a disponibilidade jurídica e a econômica é questão tormentosa e está longe de ser pacificada pela doutrina. Longe de pretender esgotar o tema, um dos principais impasses decorrentes da delimitação de tais conceitos consiste no fato de que parte da doutrina leciona que a diferença entre a disponibilidade econômica e jurídica advém tão somente da determinação do momento da disponibilidade, nos termos acima delineados, uma vez que qualquer disponibilidade teria natureza jurídica, podendo também ter natureza econômica desde que verificado determinado evento econômico relevante, como, por exemplo, o pagamento<sup>113</sup>. Dessa forma, inexistiria distinção relevante entre a disponibilidade e a jurídica, conforme defende a chamada corrente unificadora.

Por outro lado, parte da doutrina, no âmbito da corrente dicotômica, entende haver distinção entre tais disponibilidades. Nesse universo estão inseridos Ricardo Mariz e José Eduardo Soares de Mello, os quais entendem que o racional de distinção entre a disponibilidade jurídica e econômica está relacionado ao fato de que a primeira advém de atos lícitos, sendo que a segunda seria decorrente de atos ilícitos e, portanto, não abrangidos pelo Direito.

Contudo, de uma forma prática, não parece ser o melhor racional a ser seguido, tendo em vista que, caso o direito não assegure a disponibilidade jurídica ao resultado do ilícito, não

---

<sup>112</sup> Ibidem. p. 87.

<sup>113</sup> Ibidem. p. 175.

há que se falar em acréscimo patrimonial e, via de consequência, exigência do imposto de renda<sup>114</sup>. Em outras palavras, como bem esclareceu Victor Polizelli, aceitar a diferenciação das disponibilidades jurídica e econômica pela relação de atos lícitos e ilícitos, implicaria em negar que o fato gerador do imposto de renda seja o acréscimo de direitos, sendo que “não sendo o fruto de um roubo um direito, não haveria a incidência do imposto<sup>115</sup>. Nessa linha, parece ser acertada a adoção do entendimento segundo o qual não existe disponibilidade econômica que não seja jurídica, tendo em vista que, do contrário, não estaria no mundo do Direito, conforme leciona Ives Gandra<sup>116</sup>.

Assim, a aquisição de disponibilidade econômica corresponderia à disponibilidade real ou à obtenção de fato dos recursos e a aquisição de disponibilidade jurídica, por sua vez, restaria configurada quando o seu titular puder fazer uso ou tirar proveitos do direito ou da coisa adquiridos, ainda que não os detenha.

De qualquer forma, o fato é que tanto a disponibilidade econômica quanto a jurídica agregam uma nova disponibilidade ao patrimônio, sendo que, em sentido contrário, a mera expectativa de direito não determina a aquisição da disponibilidade delineada pelo artigo 43 do CTN para fins de determinação do fato gerador do imposto de renda. Trata-se de mera

---

<sup>114</sup> Nesse sentido, conforme observou Luís Eduardo Shoueri em prefácio à obra de Ricardo Mariz de Oliveira: “Não obstante sobre o assunto haja bastante divergência doutrinária, bem apontada pelo autor, este traz sólida argumentação para sustentar que a disponibilidade jurídica apenas se dá quando se agrega (por consequência, juridicamente) ao patrimônio do contribuinte (acréscimo patrimonial); a expressão “disponibilidade econômica” é reservada pelo autor para os casos em que mesmo ao arripio do direito (e, portanto, sem que o direito proteja tal situação) riqueza nova é acrescida ao patrimônio do contribuinte (como o caso do fruto de atividades ilícitas). Não é este o espaço para o exame crítico desta tese, mas deve ser mencionado que se o fruto da atividade ilícita não for protegido pelo direito, i.e., se o direito não assegurar aquela disponibilidade, então não parece correto falar em acréscimo patrimonial e, portanto, não parece certo cogitar do imposto de renda. Luís Eduardo Shoueri. Prefácio. In: Oliveira, Ricardo Mariz. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 5).

<sup>115</sup> Ibidem, p. 178

<sup>116</sup> Nesse sentido, continua o autor: “Por essa razão, explicita o legislador complementar que a renda e os proventos implicam, necessariamente, uma aquisição. A aquisição correspondente a algo que se acrescenta, que aumenta a patrimonialidade anterior, embora outros fatores possam diminuí-las. Por isto, o aumento, como sinônimo de fluxo, lhe é pertinente. Por outro lado, o legislador complementar aclara que tipo de aquisição seria de fato impositivo do tributo questionado, ou seja, daquele das disponibilidades econômicas e jurídicas. O discurso corresponde, por decorrência, a uma limitação. Não a qualquer tipo de aquisição, mas àquele correspondente à ostentação de disponibilidade econômica ou jurídica, refere-se o comando intermediário. Os intérpretes têm, algumas vezes, tido dificuldades em esclarecer o que seria disponibilidade jurídica, mormente ao se levar em consideração o simples fato de uma disponibilidade econômica ter tratamento legal, tal como a transforma também em uma disponibilidade jurídica. Temos nos insurgido contra a impropriedade redacional, a partir da concepção de que não há objeto ajurídico no direito. E, no Direito, distinguir Direito, situações a partir da adjetivação ‘jurídica’ é tornar gênero, espécie”. (MARTINS, Ives Gandra. Caderno de Pesquisas Tributárias – O Fato Gerador do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária: São Paulo, 1986. p. 166).

expectativa ou esperança de vir a adquirir um direito e não pode ser considerada, para fins de tributação, direito adquirido. Nesse sentido, Ricardo Mariz<sup>117</sup> se posicionou no sentido de que não há lugar no patrimônio para supostos créditos que, na sua essência, representam meras expectativas de direito, subordinados à condição suspensiva, tais como aqueles vinculados às cláusulas de *earn out*, ou seja, meras potencialidades econômicas e jurídicas, ainda não confirmadas em definitivo, porquanto dependentes de evento futuro e incerto quanto à sua existência ou ao seu conteúdo.

Nesse sentido, o STJ<sup>118</sup> já se posicionou no sentido de que “a disponibilidade econômica ou jurídica da renda só ocorre quando houver real acréscimo patrimonial, não cabendo a tributação sobre mera expectativa de ganho futuro em potencial”. Logo, a renda é passível de tributação desde que os eventos que a deflagraram possam ser considerados completos e permanentes, conforme os ditames do princípio da realização da renda, o qual decorre do princípio da capacidade contributiva. À luz do princípio da realização, deve-se apurar a renda realizada, de forma a impedir a tributação de eventos econômicos incompletos e incertos, afastando-se, via de consequência, o comprometimento indevido do patrimônio do sujeito passivo.

Aliás, esse é o racional preceituado pelos artigos 116 e 117 do CTN. Isso porque, a leitura combinada dos dispositivos legais esclarece, no que se refere a situações jurídicas, que o fato gerador restará configurado tão somente quando a situação estiver definitivamente constituída conforme a legislação de regência, afastando a possibilidade de sua configuração em situações pendentes.

No que se refere à situação jurídica sujeita à condição suspensiva, o fato gerador da obrigação tributária apenas ocorre quando do implemento da condição. Por fim, no que se refere à situação de fato, ocorre o fato gerador quando configuradas as circunstâncias materiais necessárias a que produzam efeitos, em se tratando de fatos definitivos e efetivos. Tais dispositivos do CTN estão perfeitamente alinhados aos ditames do artigo 125 do Código Civil, segundo o qual se considera adquirido o direito quando definitivamente incorporado ao patrimônio de seu titular, afastada eventual pendência de condição suspensiva. Nesse sentido, o momento da aquisição da renda é também orientado pelas regras do Direito Civil.

---

<sup>117</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>118</sup> 1ª Turma do STJ, 07.06.2001, Recurso Especial nº 320455/RJ.

Nesse contexto, na pendência do implemento da condição suspensiva determinante para o eventual pagamento de *earn out*, não há que se falar em tributação tendo em vista a ausência de disponibilidade jurídica ou econômica da renda vinculada, inexistindo os elementos de mensurabilidade, liquidez e certeza que, dentre outros, regem o princípio da realização da renda.

Conforme leciona Bulhões Pedreira, mencionado por Victor Polizelli<sup>119</sup>, o princípio da realização da renda é caracterizado pelos seguintes elementos: (i) a conversão em direitos que acresçam ao patrimônio da empresa; (ii) o processamento de tal conversão mediante troca no mercado; (iii) o cumprimento, pela empresa, das obrigações que decorrem de tal troca; e, por fim, (iv) a mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos na troca.

No caso do *earn out*, enquanto pendente o implemento da condição, há mera expectativa de seu recebimento, à luz da doutrina de Victor Polizelli<sup>120</sup>, estão ausentes os elementos do princípio da realização da renda: não ocorreu acréscimo patrimonial de forma incondicional e definitiva; não ocorreu transação de mercado, no sentido de “negócio jurídico que tenha como objeto o cumprimento de uma obrigação de sentido econômico”<sup>121</sup>, uma vez que o *earn out* não foi pago; não estão presentes os elementos mensuração e liquidez, tendo em vista a incerteza quanto ao pagamento de *earn out* e quanto ao valor a ser pago.

No mesmo sentido, conforme leciona Gustavo Lian Haddad<sup>122</sup>, “a exigência da realização da renda, e consequente não tributação de lucros potenciais, baseia-se na ideia de que são as trocas de mercado que melhor refletem, com segurança e confiabilidade, a manifestação da capacidade contributiva”.

Assim, em relação às cláusulas *earn out*, no âmbito das quais a certeza do evento que determinará a obrigação do pagamento, bem como a mensurabilidade da obrigação são incertos, não há que se falar em disponibilidade econômica ou jurídica, apta a determinar acréscimos ao patrimônio do vendedor, enquanto não restar implementada a condição

---

<sup>119</sup> Ibidem. p. 158.

<sup>120</sup> Ibidem. P. 158.

<sup>121</sup> Ibidem. p. 158.

<sup>122</sup> Ibidem. p. 370

avencada pelas partes. Dessa forma, qualquer imposição de tributação antes do implemento da condição viola o princípio da capacidade contributiva.

Esse mesmo racional foi aplicado no Parecer Normativo nº 11/1976<sup>123</sup>, que trata da apropriação de receitas originadas do arrendamento de terras a longo prazo, destinadas ao reflorestamento. No âmbito do contrato de arrendamento a longo prazo, restou pactuado o pagamento do prazo nos seguintes termos: (i) prestações periódicas, vencíveis no curso dos dois primeiros anos do prazo contratual, corrigidas monetariamente por semestre; e (ii) parcelas variáveis, determinadas mediante participação percentual de 5% nos resultados líquidos da exploração da área objeto do arrendamento, devidas a partir do quinto ano. Note-se, que parcela do preço foi pactuada em termos fixos, atrelada à retribuição pela cessão de direito de uso, sendo a parcela remanescente determinável, vinculada aos resultados da operação, em linha com o que é geralmente pactuado no âmbito das cláusulas *earn out*.

Nesse caso, em relação às parcelas vinculadas a evento futuro, o Parecer Normativo nº 11/1976 consignou que “as receitas variáveis que dependem de evento futuro, por sua natureza aleatória, deverão ser contabilizadas no período-base de sua disponibilidade jurídica”. Apontando para a necessidade de liquidez e mensurabilidade, o Parecer conclui que “outra maneira de se proceder não seria viável, tendo em vista a impossibilidade de, previamente, serem determinados os fixados seus valores e por não se encontrarem juridicamente disponíveis em tal momento”.

Tal entendimento foi reiterado pela Secretaria da Receita Federal no âmbito das “Perguntas e Respostas”, em que, na questão de nº 555, restou consignado que, em se tratando de resultados obtidos na alienação de participações societárias em que o preço não pode ser predeterminado, “o ganho de capital deve ser tributado na medida em que o preço for determinado e as parcelas forem pagas”.

---

<sup>123</sup> Parecer Normativo nº 11, de 28 de janeiro de 1976: “As receitas de arrendamento de bens imóveis contratado a preço certo e a longo prazo, realizadas em período inferior ao do contrato, podem ser diferidas para os exercícios de sua competência, assim considerados aqueles que estejam perfeitamente identificados. A receita que depende de evento futuro, de resultado incerto, deverá ser apropriada no exercício em que se tornar juridicamente disponível”.

Esse também foi o entendimento consignado pela Divisão de Tributação da 8ª Região Fiscal na Decisão nº 75, de 29 de abril de 1998<sup>124</sup>, segundo o qual na impossibilidade de determinação do preço de alienação de participação societária no momento da realização da operação, a apuração do ganho de capital deverá ser efetuada quando for determinado tal preço.

Entretanto, em posicionamento exarado pela Superintendência Regional da 9ª Região Fiscal na Solução de Consulta nº 70/2009<sup>125</sup>, restou consignado que, na alienação de bens comum parcela do preço variável sujeito ao implemento de condições, o ganho de capital deve ser apurado considerando como valor de alienação apenas a parcela fixa do preço, sendo que a parcela variável deve ser tributada em separado do ganho de capital como se rendimento fosse. Dessa forma, a posição adotada na Solução de Consulta nº 70/2009, afastou a característica de preço da parcela variável, para tratá-la, para fins tributários, como rendimento.

Ora, não parece ser acertada tal posição. Isso porque, os pagamentos condicionados a evento futuro e incerto, assim como os valores pactuados a título de *earn out*, não são enquadráveis como rendimentos. Nesse sentido, cumpre esclarecer que rendimentos<sup>126</sup> correspondem a valores que constituam remuneração do capital aplicado, inclusive aquela produzida por títulos de renda variável, tais como juros e prêmios, bem como os resultados positivos auferidos em aplicações em fundos e clubes de investimentos. Assim, o rendimento é, na verdade, um produto do capital aplicado, distinguindo-se do ganho de capital na medida em que este é obtido pela alienação do bem objeto da aplicação<sup>127</sup>. Logo, descabida a imposição de tratamento tributário próprio de rendimentos aos valores pagos a título de preço indeterminado, condicionado a evento futuro e incerto, tal como o *earn out*.

---

<sup>124</sup> No caso analisado, ocorreu a alienação de participação societária, restando pactuado o pagamento de preço em duas parcelas, quais sejam: (i) a primeira parcela fixa, de valor certo e determinado; e (ii) a segunda parcela variável equivalente a percentual da receita bruta anual da pessoa jurídica adquirida, apurada nos 60 meses posteriores à venda. A Consulente se posicionou no sentido de que o ganho de capital somente poderia ser apurado e tributado ao final do período de 60 meses. Em resposta, a Divisão de Tributação da 8ª Região Fiscal confirmou a posição da Consulente, consignando que: “A apuração do ganho de capital deverá ser realizada quando for determinado o preço de alienação das ações, ou seja, ao final de 60 meses contados do mês de agosto de 1997, quando será conhecido o valor da parte variável do preço de venda das ações calculado com base na ‘receita bruta média anual dos primeiros sessenta meses’ que, adicionado ao valor da parte fixa, se determinará o preço de alienação das ações”

<sup>125</sup> Nesse mesmo sentido se posicionou a RFB nas Soluções de Consulta nº 73, de 11 de março de 2009 e nº 146, de 14 de maio de 2008.

<sup>126</sup> Conforme o disposto na Lei nº 8.981/1995, artigo 81, parágrafo 2º.

<sup>127</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p 205.

A reforçar tal assertiva, cumpre reiterar que os valores pagos a título de *earn out* têm natureza de preço, tendo em vista que correspondem aos valores recebidos pelo alienante quando da celebração do contrato de compra e venda, representando, portanto, contrapartida do bem ou direito que está deixando a sua esfera patrimonial. A tributação de valores pagos a título de *earn out* como se rendimentos fossem desvirtua a natureza jurídica do ajuste de preço, fundamentada na legislação tributária e civil.

Ademais, cumpre destacar que, no caso de ajuste de preço vinculado a condição resolutiva, em linha oposta às conclusões vinculadas ao *earn out*, provocam efeitos tributários imediatos e, portanto, já seriam passíveis de tributação. Isso porque, enquanto não implementada a condição resolutiva, resta configurada de pronto a disponibilidade da renda.

Por fim, importante ressaltar que o diferimento da tributação sobre o *earn out* para o momento em que seja implementada a condição suspensiva, sendo este o momento em que o contribuinte percebe um acréscimo patrimonial, não deve ser confundido com os regimes de reconhecimento de receita: competência ou caixa.

Nesse sentido, uma vez implementada a condição suspensiva a que se refere o *earn out*, devem os correspondentes valores serem imediatamente reconhecidos pelo vendedor com base no regime de competência, mediante registros contábeis de ganho e ativos correspondentes à contraprestação a receber junto ao vendedor (e.g., caixa ou recebível).

Esta análise é particularmente relevante para os casos de *earn out* pago de forma parcelada, uma vez que, nesses casos, o correspondente ganho já deve ser reconhecido quando da implementação de sua condição suspensiva, ainda que parte de seu valor somente seja efetivamente recebido em momento futuro.

Nesses casos, embora o ganho deva ser imediatamente reconhecido pelo vendedor, a conclusão não é a mesma em relação ao momento de tributação sobre o ganho de capital. Isso porque, nos casos de pagamento parcelado, a legislação tributária permite o diferimento da tributação sobre o ganho de capital para o momento em que recebidas as correspondentes



parcelas do preço, conforme o art. 21 da Lei nº 7.713/1988<sup>129</sup> (para as pessoas físicas) e conforme o art. 31, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977<sup>130</sup> (para as pessoas jurídicas).

Assim como explicado em relação ao comprador, o reconhecimento de ativo recebível a longo prazo por pessoas jurídicas estará sujeito ao ajuste a valor presente, nos termos do art. 183, VIII, da Lei das Sociedades por Ações<sup>131</sup>. Assim, para fins contábeis e societários, parte do valor a ser recebido pelo vendedor possui um componente de receita financeira que, nos termos do art. 4º da Lei 12.973/2014<sup>132</sup>, estará sujeita à tributação somente quando a receita ou resultado da operação subjacente (i.e., alienação de participação societária) deva ser oferecido à tributação (i.e., efetivo recebimento das parcelas de pagamento).

Diante disso, como parte do preço pago na operação, os valores recebidos pelo alienante a título de *earn out*, serão tributados como ganho de capital, no momento da aquisição de disponibilidade, em linha com o disposto no artigo 43 do CTN.

#### **IV.3 O pagamento de *earn out* vinculado ao pagamento pela atuação do vendedor na gestão da empresa alvo**

No âmbito das operações de fusão e aquisição, pode ser pactuado entre as partes que, por determinado lapso temporal, o vendedor continue a gerenciar os negócios na empresa alvo. Tal avença faz sentido na medida em que os vendedores, principalmente aqueles que sempre se envolveram diretamente na gestão da empresa alvo, acumulam todo o histórico

---

<sup>129</sup> “Art. 21. Nas alienações a prazo, o ganho de capital será tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês, considerando-se a respectiva atualização monetária, se houver.”

<sup>130</sup> “Art. 31. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4o), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, imobilizado ou intangível.

(...)

§ 2o Nas vendas de bens do ativo não circulante classificados como investimentos, imobilizado ou intangível, para recebimento do preço, no todo ou em parte, após o término do exercício social seguinte ao da contratação, o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, reconhecer o lucro na proporção da parcela do preço recebida em cada período de apuração”.

<sup>131</sup> “Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios:

(...)

VIII – os elementos do ativo decorrentes de operações de longo prazo serão ajustados a valor presente, sendo os demais ajustados quando houver efeito relevante.”

<sup>132</sup> “Art. 4º Os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, relativos a cada operação, somente serão considerados na determinação do lucro real no mesmo período de apuração em que a receita ou resultado da operação deva ser oferecido à tributação.”

administrativo, contábil, jurídico e operacional da adquirida, podendo, portanto, contribuir para uma transição bem sucedida da administração da empresa e para manutenção de seus resultados. De forma a garantir a permanência dos vendedores na gestão da empresa alvo, as partes podem fixar o pagamento de *earn out* como forma de incentivo à performance ao vendedor.

Paralelamente, conforme esclarece Edwin Miller<sup>134</sup>, caso o vendedor permaneça como responsável pela gestão da empresa alvo ou, ao menos participe ativamente em tal tarefa, sendo sua permanência vinculada ao pagamento de valores a título de *earn out*, ele passaria a ter um interesse econômico na geração de resultados positivos pela empresa alvo, uma vez que a sua lucratividade determinaria o pagamento do *earn out* em seu benefício.

Do contrário, caso o próprio comprador atue isoladamente na gestão da empresa alvo no pós-fechamento, ele não teria tamanho interesse na geração de lucratividade hábil a fundamentar o pagamento de *earn out* ao vendedor, passando a atuar e direcionar as atividades da empresa alvo ao atingimento de metas de seu próprio interesse. Dessa forma, a pactuação de cláusula de pagamento vinculada à lucratividade da empresa para fins de manutenção do vendedor na gestão da empresa alvo, parece atender aos interesses tanto do vendedor, como do comprador.

Nesse ponto, vamos imaginar, para fins didáticos, uma empresa familiar que se estruturou ao longo dos anos na gestão direta de seus proprietários e cresceu sem a manutenção de controles contábeis e financeiros satisfatórios, como acontece com muitas empresas de *middle market* o Brasil. Nesse cenário, o histórico contábil e financeiro de tais gestores é extremamente valioso para a transição administrativa da entidade. Como convencer tais gestores a continuar por determinado lapso temporal na empresa e engajá-los na manutenção de resultados financeiros positivos? Nesse caso, o *earn out* surge como alternativa interessante para ambas as partes: mantém os antigos gestores na empresa por determinado período, garantindo-lhes a percepção de recursos caso se empenhem para a sua lucratividade.

---

<sup>134</sup> MILLER, Edwin. *Mergers and Acquisitions: A Step-by-Step Legal and Practical Guide*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2008. p. 113.

No entanto, como bem alerta Mariana Monte Alegre<sup>135</sup>, em estudo aprofundado do tema, “é preciso tomar cuidado com os casos em que o vendedor pessoa física continua desempenhando funções na empresa alvo no período pós-fechamento. Isso porque, continua a autora, “nessa situação, o *earn out* talvez não se configure juridicamente como preço nem como despesa ou custo do comprador, mas como remuneração do vendedor”.

Nos termos da legislação trabalhista<sup>136</sup>, a remuneração corresponde à totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma. A eventual configuração de vínculo empregatício seria pautada pelos elementos de habitualidade, pessoalidade, subordinação, onerosidade, nos termos do artigo 3º da CLT e artigo 12, I, “a” da Lei nº 8.212/1991<sup>137</sup>, conforme o caso concreto<sup>138</sup>.

O CPC 15 (R1) aponta hipóteses em que o pagamento de *earn out* não está vinculado ao pagamento pela obtenção de controle da adquirida, representando remuneração por serviços prestados e não como preço, quais sejam: (i) quando o período exigido de permanência como empregado coincidir, ou mesmo exceder, o período do pagamento contingente; (ii) quando

---

<sup>135</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>136</sup> Artigo 28, I, da Lei nº 8.212/1998: “Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: (...) I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97) (...)”. Ainda, o artigo 457 da XXX, determina que a remuneração corresponde o salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação dos serviços prestados.

<sup>137</sup> Conforme o disposto no artigo 12, I, “a” da Lei nº 8.212/1991, considera-se “empregado pessoa física aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado”. Ainda, nos termos do *caput* do artigo 3º da CLT “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

<sup>138</sup> A configuração do *earn out* como remuneração do vendedor determinaria alteração relevante em seus reflexos tributários, sendo que os valores recebidos pelo vendedor atuante na empresa alvo seria considerado como rendimento ordinário e passaria a ser submetido à tributação pelo IRPF, com base na tabela progressiva, cuja alíquota máxima corresponde a 27,5%. Nesse caso, o IRPF seria retido pela fonte pagadora, ou seja, o comprador, sendo considerado como antecipação do imposto devido no ano-calendário. Ainda do ponto de vista do vendedor, a remuneração estaria sujeita à incidência da contribuição previdenciária, a qual também seria retida pelo comprador. Do ponto de vista do comprador, o valor pago a título de remuneração seria submetido à tributação pelas contribuições previdenciárias e pelo FGTS. Ainda, o valor pago aos sócios como remuneração seriam considerados despesas dedutíveis para fins de IRPJ e CSLL no momento do pagamento. Cumpre lembrar que, caso os valores correspondessem a *earn out* pago para obtenção de controle, eles entrariam no *cômputo* do goodwill e poderia ser utilizado, para fins tributários, tão somente após a incorporação da empresa alvo, em linha com as determinações da Lei nº 12.973/2014.

a remuneração dos empregados, exceto pelos pagamentos contingentes, guardar razoabilidade em relação à de outros empregados da entidade; por fim, (iii) o fato de o valor por ação dos pagamentos contingentes dos sócios vendedores, que não permaneceram como empregados da entidade combinada, pode indicar que o valor adicional dos pagamentos contingentes dos sócios vendedores que permaneceram como empregados, constitui, em verdade, remuneração por serviços prestados.

Nessa mesma linha, nos termos do CPC 15 (R1), os acordos para pagamentos contingentes a empregados ou sócios vendedores, no âmbito dos quais se inserem os pagamentos efetuados a título de *earn out*, constituem contraprestação contingente da combinação de negócios ou podem constituir operações desvinculadas, conforme a natureza dos acordos firmados. Dessa forma, a determinação da natureza do acordo depende da análise do contexto no qual contrato prevê o pagamento tais parcelas contingentes.

Não obstante a previsão de critérios, no CPC 15 (R1), que auxiliem na qualificação do *earn out* como parte do preço ou como remuneração por serviços prestados pelo vendedor, é importante ressaltar que a referida análise e qualificação estão vinculadas somente à esfera contábil. É dizer, qualquer conclusão no sentido de que os valores pagos a título de *earn out* sejam qualificados, para fins contábeis, como remuneração por serviços prestados não deve ser automática ou necessariamente acatada para fins tributários.

Conforme já explicado, a ciência contábil e o Direito Tributário se pautam em objetivos e premissas distintos. Nesse sentido, vale ressaltar que não é qualquer valor que é reconhecido pela contabilidade que é passível de gerar efeitos tributários, haja vista, por exemplo, os princípios e conceitos jurídicos de patrimônio e renda. De igual modo, uma qualificação realizada segundo as normas contábeis, que prioriza a essência econômica das operações em contraposição à sua forma jurídica, não deve ser necessariamente transplantada para fins jurídicos.

Por exemplo, os resultados oriundos de ajustes a valor justo, embora representem riqueza segundo as ciências contábeis, não poderiam estar sujeitos à tributação porquanto representem mera expectativa de acréscimo patrimonial.

No mesmo sentido, as operações com planos de opções de ações (*stock option plans*) são tratadas pela empresa outorgante, para fins contábeis, como remuneração em contrapartida por serviços prestados por seus colaboradores. Tal tratamento é, inclusive, abordado especificamente pelos artigos 33 e 34 da Lei 12.973/2014, que dispõem sobre os aspectos e condições para dedutibilidade dos custos e despesas incorridos mediante entrega de ações ou opções. Contudo, tal qualificação contábil não deveria afetar, ao menos não de forma necessária, a discussão a respeito da tributação de tais planos de opções de ações, como operações mercantis ou remuneração trabalhista, atualmente travadas nos tribunais administrativos e judiciais.

De todo modo, embora se sustente que eventual qualificação contábil do *earn out* como preço de aquisição ou como remuneração não deva ser automática ou necessariamente aceita para fins tributários, a qualificação de tais valores, no plano jurídico, dependerá de uma análise detida dos aspectos fáticos e jurídicos de cada operação.

Nesse sentido, pela análise do contexto fático do acordo firmado entre o adquirente e o antigo sócio, seria possível constatar se o *earn out* pactuado tem realmente a natureza de preço ou, pelo contrário, foi desvirtuado, devendo ser considerado rendimento do trabalho ou mesmo honorários pela prestação de serviços. Assim, conforme aponta Mariana Monte Alegre<sup>139</sup>, a consideração do valor pago a título de *earn out* como remuneração depende da análise do caso concreto.

Nesse sentido também se manifestou José Arnaldo Godoy Costa de Paula, que pontuou que a identificação do *earn out* enquanto contraprestação do serviço pago pelo ex-acionista depende “da análise da cláusula que estabelece o preço da transação, isto porque se as próprias partes classificarem o *earn out* como preço e não houver nenhum indício de dolo, fraude ou simulação, sua natureza será primordialmente preço contingente”.

Nesse ponto, cumpre delinear, para fins didáticos, situação em que o vendedor permanece na gestão da empresa, prestando serviços com habitualidade, com subordinação à nova presidência da entidade, cumprindo horários, recebendo, em contrapartida, valores similares aos seus pares na entidade, sendo seus serviços diretamente vinculados ao pagamento do

---

<sup>139</sup> Ibidem, p. 101.

*earn out*. Nessa situação, não há como afastar o risco de o *earn out* ser considerado como remuneração e, via de consequência, ser exigido, por parte das autoridades fiscais, os tributos incidentes.

No entanto, as partes podem adotar medidas para mitigar o risco de o *earn out* pago em decorrência da manutenção de sócio pessoa física na gestão da empresa alvo, restar configurado como remuneração pelo trabalho. Nesse sentido, em linha com a doutrina de Jorge Vieira<sup>140</sup> seria recomendável que as partes não vinculassem o pagamento do *earn out* ao cumprimento do contrato firmado entre o sócio e nova administração da empresa alvo, bem como não incluíssem cláusula em tal contrato determinando que a rescisão unilateral do contrato por parte do sócio implica na perda do direito ao recebimento do *earn out*.

Ainda, deve-se determinar que o nível de remuneração dos sócios vendedores não esteja alinhado com o nível dos outros executivos da empresa adquirida. Por fim, deve-se, na medida do possível, evitar que os valores pagos aos sócios que permanecerão prestando serviços à empresa adquirida sejam muito superiores aos valores pagos aos demais sócios, sob pena de que os valores excedentes pagos aos sócios que permanecerão na adquirida, restem configurados como remuneração por serviços prestados.

Caso sejam enquadrados como remuneração pelos serviços prestados pelo antigo sócio, em posição compartilhada com José Arnaldo Godoy Costa de Paula<sup>141</sup> e Mariana Monte Alegre<sup>142</sup>, os montantes pagos não afetam o custo de aquisição, uma vez que não são enquadrados como contraprestações vinculadas à combinação de negócios. Dessa forma, os valores pagos a título de remuneração pelos serviços prestados pelo antigo sócio, serão registrados contabilmente em contas de resultado.

Nesses termos, ainda em linha com a doutrina do autor<sup>143</sup>, o impasse em relação ao pagamento da remuneração estaria vinculado à sua dedutibilidade e não à composição do custo de aquisição para fins de determinação do *goodwill*. Nesse contexto, nos termos do disposto no artigo 47 da Lei nº 4.506/1964 e artigo 311 do Decreto nº 9.580/2018, é

---

<sup>140</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>141</sup> Ibidem, p. 245.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 107.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 245.

autorizada a dedução de despesas operacionais não computadas no custo, consideradas necessárias às atividades da empresa e à manutenção da fonte produtora, pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

Nesse cenário, as despesas atreladas à prestação de serviços de gestão, administração ou outros serviços pelo ex-acionista, necessários às atividades da adquirida, seriam considerados dedutíveis. Nesse mesmo sentido, José Arnaldo Godoy Costa de Paula<sup>144</sup> destacou que “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 pagamento é, sim, necessário para a obtenção do rendimento, sendo portanto, dedutível para fins fiscais”.

Dessa forma, o *earn out* poderá não ser configurado como preço, mas sim enquadrado como remuneração pelo serviço prestado pelo antigo sócio, sendo que, nesse caso, as despesas registradas pela compradora serão consideradas dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. De toda forma, conforme pontuado, a determinação da natureza de remuneração do *earn out* está vinculada à análise do contrato e a verificação da inexistência de elementos hábeis a enquadrá-lo como preço.

#### **IV.4 A compensação do *earn out* com valores devidos a título de indenização pelo vendedor**

Na estruturação do preço de uma transação, é comum a inserção de cláusula contratual no âmbito da qual reste pactuado que eventual indenização devida pelo vendedor ao comprador poderá ser compensada com valores ainda não pagos a título de preço de aquisição, inclusive valores devidos a título de *earn out*. O estudo *ABA Private Target Deal Study*<sup>145</sup>, que analisou o universo de 139 transações realizadas em 2016 e durante o primeiro semestre de 2017, com preços fixados entre USD \$ 30 milhões e USD \$ 500 milhões, demonstrou que 51% dos contratos que fixaram o pagamento de valores a título de *earn out*, determinaram a

---

<sup>144</sup> Ibidem, p. 245.

<sup>145</sup> WEINSTEOM, Gail e MANGINO, Brian. A Tale of Two Earn Outs. In Harvard Law School Forum on Corporate Governance. p. 1. Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/10/02/a-tale-of-two-earnouts/>).

possibilidade de o comprador compensar os valores devidos pelo vendedor a título de indenizações com os valores a pagar a título de *earn out*.

Nesse sentido, tais cláusulas determinam que o comprador terá o direito de compensar contra pagamentos devidos a título de *earn out* aos vendedores, os montantes de indenização por estes devidos. Nesse contexto, as partes podem fixar ou não um valor ou um percentual máximo a ser compensado por força de indenização do *earn out*.

Tal possibilidade foi apontada por Daniel Alves Rodrigues<sup>146</sup>, que asseverou que, como garantia do adimplemento da obrigação de indenização por parte do vendedor, “as partes comumente estipulam que eventuais parcelas em aberto do preço de aquisição serão utilizadas para garantia do ressarcimento da perda sofrida, dentre as quais inclui-se o *earn out*”.

Note-se que, nesse caso, duas obrigações são contratualmente bem delineadas: a primeira, assumida pelo comprador, referente ao dever de pagar valores a título de *earn out*, condicionada a evento futuro e incerto, vinculado ao atingimento de metas de lucratividade; a segunda obrigação, assumida por parte do vendedor, de ressarcir o comprador por dano sofrido em decorrência de sua atuação.

No caso de contrato de compra e venda de ações firmado entre a Itaúsa Itaú Investimentos Itaú S.A. com o Fundo de Investimentos Kilimanjaro Brasil Partners<sup>147</sup>, por exemplo, as partes convencionaram que a compradora teria o direito de compensar eventuais indenizações, sem qualquer limitação de valor, com os valores devidos ao vendedor por força das cláusulas de *earn out* pactuadas, nos seguintes termos:

Direito de Compensação. As Partes desde já concordam que a Compradora terá o direito de compensar qualquer Prejuízo contra qualquer valor devido à Vendedora nos termos deste Contrato, incluindo, sem limitação, os pagamentos relacionados ao Earn-Out, observado que o direito à compensação de que trata esta Cláusula 9.15 somente poderá ser exercido pela Compradora no momento em que existir uma obrigação de pagamento de indenização por parte da Vendedora à Compradora, nos termos da Cláusula 9.10 (Obrigação de Indenização).

---

<sup>146</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>147</sup> Disponível em [http://sistemas.cvm.gov.br/dados/LaudEditOpa/RJ-2018-04437/20180807\\_Contrato\\_de\\_Compra\\_e\\_Venda\\_de\\_A%C3%A7%C3%B5es.pdf](http://sistemas.cvm.gov.br/dados/LaudEditOpa/RJ-2018-04437/20180807_Contrato_de_Compra_e_Venda_de_A%C3%A7%C3%B5es.pdf)



Em linha com a doutrina de Mariana Monte Alegre<sup>148</sup>, avença de cláusula nesse sentido atende aos interesses do comprador, na medida em que é uma garantia adicional de que eventual indenização será regularmente adimplida, sendo que, do ponto de vista do vendedor, a sua aplicação afasta a necessidade de desembolso de recursos caso reste configurado o seu dever de indenizar no âmbito da transação.

Essa possibilidade de compensação do *earn out* com valores devidos a título de indenização é embasada no disposto no artigo 368 do Código Civil, o qual determina que, se duas partes – no caso comprador e vendedor, da relação obrigacional, são, reciprocamente credora e devedora, as obrigações se extinguem até quanto se compensar. Para que a compensação seja efetuada, é preciso, além da reciprocidade subjetiva, que as dívidas sejam líquidas<sup>149</sup>, vencidas e fungíveis<sup>150</sup>. Diante disso, para que o *earn out* seja compensado com o valor da indenização, é preciso que o débito (indenização) e o crédito (*earn out*) estejam certos quanto à sua existência e determinadas quanto ao seu valor, bem como que já sejam prontamente exigíveis, ou seja, já se encontrem vencidas.

Em que pese a ocorrência da compensação de débitos provenientes do dever de indenizar do vendedor com créditos decorrentes do *earn out* devido pelo comprador, não se pode desconsiderar a ocorrência de duas operações distintas, desde que a redação contratual esteja clara nesse sentido: (i) pagamento de montante a título de preço contingente referente ao *earn out* pactuado pelas partes; (ii) pagamento de indenização em decorrência de perda sofrida pelo comprador. Isso porque a compensação corresponde a forma de extinção de obrigações distintas que não desnatura suas respectivas naturezas. Note-se que analisando

---

<sup>148</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>149</sup> Em relação ao requisito da liquidez para fins de compensação, Fábio Ulhoa Coelho assim leciona: “se um dos sujeitos das relações obrigacionais deve uma quantia claramente estabelecida em contrato e é credor por indenização em valor ainda discutível e não apurado, descabe a compensação por faltar ao crédito liquidez. Enquanto não for certa a obrigação de indenizar (por decisão judicial condenatória ou por negócio jurídico) ou mesmo enquanto não se quantificar o valor do ressarcimento indenizatório (por liquidação judicial ou negócio jurídico), não se verifica a extinção da outra obrigação, que deve ser cumprida. Claro que, uma vez tornada certa e quantificada, a prestação que era ilíquida e se liquida, passa a ser compensável”. (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 167). No entanto, tal racional é aplicável para a chamada compensação legal, regulada pelo Código Civil, sendo que a compensação pode também ser realizada por mútuo acordo entre as partes, hipótese em que os requisitos de liquidez e fungibilidade podem ser afastados. Nesse sentido, conforme leciona Fran Martins, “uma vez convencionalizada, pode a compensação se efetuar entre dívidas ilíquidas ou de outras coisas infungíveis, contrariando, desse modo, o disposto no artigo 369 do Código Civil, que exige esses requisitos para que possa haver a compensação legal”. (MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações. Comerciais. Forense: Rio de Janeiro, 2010. 16ª ed. Atualizada por Osmar Brina Corrêa-Lima. p. 31).

<sup>150</sup> A exigência está prevista no artigo 369 do Código Civil.

caso similar, Mariana Monte Alegre<sup>151</sup> pontua que existem dois negócios jurídicos distintos que, “analisados individualmente, geram reflexos tributários distintos”.

Caso não sejam atingidas as metas de lucratividade pré-determinadas para o pagamento do *earn out*, a outra obrigação, concernente ao pagamento de indenizações pelo vendedor ao comprador, não será afetada, sendo alterada tão somente a forma de sua extinção, ou seja, as indenizações serão pagas por outros meios que não a compensação com créditos de *earn out*.

Ainda, enquanto obrigações acessórias do contrato de aquisição, o pagamento de *earn out* e o pagamento de indenizações devem ser interpretadas no contexto contratual, considerando a sua finalidade negocial, para fins de delimitação de seus efeitos. Nesse sentido, devem ser sopesadas as causas jurídicas do contrato, levando-se em conta a liberdade das partes e a forma adotada.

Dessa forma, caso a análise do contrato demonstre de forma clara que a intenção das partes foi fixar cláusula de indenização<sup>152</sup> para reparação de dano causado pelo vendedor ao comprador, sendo que, diante da existência de eventual crédito do vendedor perante o comprador, em termos práticos, seria mais eficiente operacionalizar a compensação da obrigação de indenizar com tal crédito, para fins tributários, as transações devem ser tratadas distintamente, conforme pontuado por Mariana Monte Alegre<sup>153</sup>.

Diante disso, para fins tributários, o valor pago a título de *earn out* pelo comprador deve ser considerado como custo de aquisição, sendo seu impacto considerado para fins de definição do montante do *goodwill*. Ainda, deve ser considerado o recebimento de indenização cujo impacto tributário dependerá da natureza do dano reparado, uma vez que é justamente esse fator que determinará a ocorrência ou não de acréscimo patrimonial.

Dessa forma, a indenização por dano patrimonial pode representar ou não um acréscimo patrimonial a depender do critério de sua fixação<sup>154</sup>: caso seja fixada indenização mediante

---

<sup>151</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>152</sup> Nesse caso, as partes devem ter pactuado cláusula de pagamento de indenização visando a reparação de dano causado ao patrimônio do comprador, por parte do vendedor, a quem cabe a responsabilidade do ato ou fato que o ocasionou.

<sup>153</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>154</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Regime Tributário das Indenizações. Dialética: São Paulo, 2000. p. 108.

reparação do dano, não há que se falar em acréscimo patrimonial e, via de consequência, em tributação do montante indenizado<sup>155</sup>; caso seja fixada indenização em contrato, resultante do acordo de vontades, pode restar configurado o acréscimo patrimonial e, via de consequência, a tributação de tal acréscimo. Nesse cenário, no caso de pagamento de indenização por lucros cessantes, tendo em vista se tratarem de acréscimos patrimoniais, os valores recebidos a esse título deverão ser regularmente tributados<sup>156</sup> pelo IRPJ e pela CSLL. O mesmo racional é aplicado para fins de incidência das contribuições PIS e COFINS<sup>157</sup>.

Do ponto de vista do vendedor, o valor do *earn out* deve ser considerado no cômputo do ganho de capital e assim considerado para fins de tributação, nos termos reportados anteriormente.

---

<sup>155</sup> Nesse mesmo sentido, a Receita Federal se manifestou na Solução de Consulta Cosit nº 455, de 20 de setembro de 2017, determinando que “não se sujeita à incidência do Imposto de Renda a indenização destinada a reparar danos até o montante da efetiva perda patrimonial”. No entanto, as autoridades fiscais esclareceram que “o valor recebido excedente do objeto da indenização é acréscimo patrimonial e deve ser computado na base de cálculo do imposto.” O racional aplicado, alinhado ao disposto no artigo 43 do CTN, também foi aplicado para fins de tributação pela CSLL. A tributação pelas contribuições PIS e COFINS também foi afastada.

<sup>156</sup> Nesse sentido, a Corte Especial do STJ se manifestou em julgamento – acórdão nº 1.138.695, publicado em 2 de setembro de 2015, bem como o CARF nos seguintes casos: acórdão nº 1302-001.784, proferido pela 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária, na sessão de 4 de fevereiro de 2016; acórdão nº 2401-004.269, proferido pela 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária, na sessão de 13 de abril de 2016; acórdão nº 2301-004.660, proferido pela 3ª Câmara/1ª Turma Ordinária, na sessão de 10 de maio de 2016; acórdão nº 2301-004.758, proferido pela 3ª Câmara/1ª Turma, na sessão de 12 de julho de 2016.

<sup>157</sup> Nesse sentido, assim se manifestou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no processo nº 0000199-11.2015.4.03.6100, publicado em 8 de junho de 2017, em relação à incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre montantes recebidos a título de indenização: “Para fins tributários referentes à incidência ou não de imposto de renda sobre indenizações, o STJ faz distinção entre as duas modalidades de danos materiais previstas no artigo 402 do CC/2002, destacando que a indenização por danos emergentes (o que efetivamente se perdeu), representa apenas uma reparação econômica e, por isso, não é fato gerador dos tributos voltados para a oneração da renda como riqueza nova, enquanto que os lucros cessantes (o que razoavelmente se deixou de lucrar) configuram acréscimo patrimonial e, consequentemente são fato gerador de tributo”.

## V. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS

### V.1 Conclusões teóricas

Conforme exposto ao longo do presente estudo, com base na interpretação do disposto na legislação civil e tributária, é possível concluir que o *earn out* tem natureza jurídica de preço, uma vez que corresponde à parte do valor oferecido em contrapartida ao objeto de um contrato de fusão e aquisição, entendimento esse compartilhado pelas normas contábeis, especificamente pelo CPC 15 (R1).

Enquanto preço contingente do negócio atrelado a condições suspensivas, a aplicação do *earn out* deve observar a legislação civil e tributária, especificamente os artigos 121 e 125 a 126 do Código Civil, assim como os artigos 116 e 117 do CTN, bem como o artigo 196 da Instrução Normativa 1.700/2017, os quais determinam que, em se tratando de condições suspensivas, seus efeitos serão observados quando do implemento da condição, ao passo que, em se tratando de condições resolutivas, seus efeitos devem ser reconhecidos desde a celebração do negócio.

Feitas tais considerações fundamentais, é preciso pontuar que, ao longo do presente estudo, buscou-se confirmar ou infirmar duas hipóteses, quais sejam: (i) o preço contingente fixado em cláusulas *earn out* deve ser considerado pelo comprador no cômputo do custo de aquisição para fins de determinação do *goodwill*, bem como que (ii) o vendedor deve tributar os valores recebidos a título de *earn out* como ganho de capital, desde que reste configurada a disponibilidade jurídica ou econômica no caso concreto.

A confirmação da primeira hipótese, de que o preço contingente em questão deve ser considerado no custo de aquisição e, via de consequência, no valor do *goodwill*, está estreitamente vinculada à definição da natureza jurídica de “preço” dos preços contingentes. Assim, uma vez que constituem preço da operação, não seria possível afastar a possibilidade de consideração de tais valores no custo de aquisição e, via de consequência, seu impacto na determinação do *goodwill*.

No entanto, a determinação do momento em que o valor dos preços contingentes pode impactar no custo de aquisição e, ainda, do valor que será considerado para tal impacto, também merecem análise. Isso porque, a normatização contábil, especificamente o CPC 15 (R1) considera que o valor da contraprestação contingente deve ser considerado, para fins de determinação do custo de aquisição, na data da operação, sendo seu montante correspondente ao seu valor justo apurado em tal oportunidade, autorizados ajustes em tal montante tão somente vinculados ao período de mensuração.

No entanto, a aplicação de tal racional para fins de tributação, implica na imputação de efeitos tributários sobre meras expectativas de valor baseadas em critérios de mensurabilidade aceitos contabilmente, em afronta ao princípio da realização da renda, aplicado para receitas e despesas. Estaríamos, portanto, diante de tributação com base em presunção, fundamentada na estimativa de um resultado ainda não conhecido, realidade que, embora aceita em termos contábeis e alinhada aos seus novos padrões, não pode gerar efeitos tributários com base no princípio da realização da renda e, em última instância, no princípio da capacidade contributiva.

Assim, ao considerar o valor do *earn out*, vinculado a condição suspensiva, avaliado a valor justo na data da aquisição como elemento determinante do *goodwill*, o valor referente ao preço contingente, considerando já satisfeitos os requisitos para a amortização do *goodwill*, produzirá efeitos redutores imediatos no lucro real. Dessa forma, o lucro seria impactado por valor estimado conforme critérios probabilísticos aplicados contabilmente sobre o qual ainda paira a incerteza de efetivação, tendo em vista que a condição suspensiva ainda não se implementou.

Dessa forma, o tratamento tributário delineado conforme a norma contábil não pode prevalecer sob pena de tributação com base em mera presunção.

Nesse caso, o Direito Civil determinou o momento em que o negócio deve ser considerado eficaz, qual seja, tão somente no momento do implemento da condição suspensiva e a partir daí poderíamos considerar qualquer impacto tributário decorrente da operação, em linha com o preceituado pelos artigos 116 e 117 do CTN. Dessa forma, caso reste implementada a condição suspensiva, o valor do *goodwill* deve ser ajustado de forma a considerar o *earn out*

pago em decorrência da implementação da condição, assim com quaisquer ajustes apurados em seu valor.

Em se tratando de ajuste de preço sujeito à condição resolutiva, com base no disposto nos artigos 125 e 127 do Código Civil, nos artigos 116 e 117 do CTN, bem como no artigo 196, II, da Instrução Normativa nº 1.700/2017, o preço contingente tem efeito imediato no custo de aquisição e no *goodwill*, sendo que, uma vez cumpridos os requisitos legais para a amortização, o *goodwill* que considera tal contraprestação poderá ser amortizado. Contudo, caso a condição resolutiva reste satisfeita, e aquela parcela concernente ao pagamento do preço contingente do negócio seja desfeita, os montantes eventualmente deduzidos a título de *goodwill* que se refiram à parcela do preço contingente deverão ser submetidos à tributação.

Em relação à tributação do ponto de vista do vendedor, resta confirmada a segunda hipótese segundo a qual o alienante deve tributar os valores recebidos a título de *earn out* como ganho de capital. Nessa linha, como parte do preço pago de alienação do negócio, os valores recebidos pelo alienante a título de *earn out*, serão tributados como ganho de capital, no momento da aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica, em linha com o disposto no artigo 43 do CTN.

Ainda, durante o presente estudo foram tratados pontos correlatos às principais questões referentes à tributação dos preços contingentes.

Ainda, no âmbito das operações de fusão e aquisição, pode ser pactuado entre as partes que, por determinado lapso temporal, o vendedor continue a gerenciar os negócios na empresa alvo. De forma a garantir a permanência dos vendedores na gestão da empresa alvo, as partes podem fixar o pagamento de *earn out* como forma de incentivo ao vendedor. Entretanto, caso reste configurado vínculo empregatício entre o sócio vendedor e a empresa adquirida, os valores que seriam pagos a título de *earn out* podem ser tratados como remuneração para fins tributários e trabalhistas. No entanto, em se tratando de operações de aquisição de participação societária ou estabelecimentos, é mais comum que, em contraprestação pelos serviços do antigo sócio, os valores sejam pagos a título de contraprestação por serviços prestados.

Nesse contexto, as partes podem tomar medidas práticas para afastar o risco de configuração de tais pagamentos como remuneração, tais como a vinculação dos valores pagos ao sócio vendedor à performance da empresa adquirida, bem como a redação clara e concisa do contrato firmado entre as partes, conforme tratado de forma pormenorizada no próximo item do presente capítulo.

Ainda, cumpre apontar a possibilidade de que seja avençado pelo comprador e vendedor que eventual indenização devida pelo alienante ao adquirente poderá ser compensada com valores devidos a título de *earn out*, com base no disposto no artigo 368 do Código Civil. Nesse caso, em que pese a ocorrência da compensação de débitos provenientes do dever de indenizar do vendedor com créditos decorrentes do *earn out* devido pelo comprador, não se pode desconsiderar a ocorrência de duas operações distintas para fins tributários.

Dessa forma, para fins tributários, o valor pago a título de *earn out* pelo comprador deve ser considerado como custo de aquisição, sendo seu impacto considerado para fins de definição do montante do *goodwill*. Do ponto de vista do vendedor, o valor do *earn out* deve ser considerado no cômputo do ganho de capital e assim considerado para fins de tributação. Paralelamente, deve ser considerado, também pelo comprador, o recebimento de indenização cujo impacto tributário dependerá da natureza do dano reparado, uma vez que é justamente esse fator que determinará a ocorrência ou não de acréscimo patrimonial.

## **V.2 Recomendações práticas**

A vontade das partes deve estar refletida na redação das cláusulas contratuais de preços contingentes e devem traduzir a finalidade negocial vislumbrada tanto pelo comprador quanto pelo vendedor. Nesse sentido, é preciso que as partes estejam atentas à redação das cláusulas de preços contingentes, cientes dos impactos que podem causar, pelo que são cabíveis algumas recomendações de ordem prática.

Primeiramente, no que se refere ao *earn out*, caso seja essa a vontade das partes, para que o preço contingente receba o tratamento de preço para fins tributários, é essencial que o contrato firmado assim identifique os valores atrelados ao pagamento de *earn out*, evitando-se sempre o uso da expressão “pagamento adicional”. Nessa linha, é preciso deixar claro que

o *earn out* corresponde à parcela do preço condicionada à performance futura da empresa alvo.

Nesse caso, é necessário estabelecer métricas e parâmetros claros de aferição de desempenho da empresa alvo<sup>158</sup>, em respeito ao artigo 487 do Código Civil, segundo o qual “é lícito às partes fixar o preço em função de índices e parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação”. Dessa forma, é preciso estruturar fórmulas matematicamente viáveis para fins de determinação dos valores a serem pagos a título de *earn out*.

Assim, é preciso que toda a sistemática adotada para os cálculos dos valores a serem pagos a título de *earn out* seja pautada em critérios objetivos e claramente determináveis, conforme vontade das partes. Ainda, as partes devem estar aptas a demonstrar o racional determinado para o pagamento dos valores de *earn out* de maneira objetiva, mantendo toda a documentação necessária para suportar tal demonstração em caso de fiscalização. Em última instância, é preciso comprovar que, sob o ponto de vista financeiro, existe um racional claro para que os valores do *earn out* sejam considerados como componentes do preço.

Além disso, em se tratando de metas financeiras, as partes devem previamente convencionar os parâmetros contábeis que serão utilizados para a verificação do cumprimento de tais metas.

No entanto, o pagamento do *earn out* pode ser embasado em outros parâmetros, destituídos de natureza financeira, tais como a obtenção de licenças ambiental e regulatória, o cumprimento de metas para o lançamento de um novo produto, captação de novos clientes, expansão dos negócios através da abertura de novas unidades de vendas. Também nesses casos, devem restar estabelecidos contratualmente, de forma clara, os elementos e eventuais exceções que constituem tais métricas não financeiras. Para fins de comprovação, devem ser arquivadas e mantidas as pesquisas de mercado e financeiras, preferencialmente realizadas por assessores financeiros terceiros e independentes, que embasam o pagamento do *earn out* como parte do preço da operação.

---

<sup>158</sup> Cumpre mencionar que, em entrevista realizado com profissional responsável pela elaboração de laudos de alocação de preço, os chamados “PPAs” (*Purchase Price Allocation*), foi reportado que uma das principais dificuldades encontradas na alocação do preço, consiste justamente na viabilização das fórmulas desenhadas pelos profissionais das áreas jurídicas das empresas para fins de determinação dos preços contingentes.



Em qualquer hipótese, é recomendado que as partes elejam um prestador de serviços independente, como uma empresa de auditoria, para a verificação do cumprimento das metas vinculadas ao *earn out*.

Ainda, em relação ao *earn out*, existem pontos de atenção vinculados à natureza da condição atrelada ao preço contingente. Conforme reportado anteriormente, a identificação de uma condição enquanto suspensiva ou resolutiva nem sempre é simples, sendo, portanto, essencial delinear de forma clara os elementos característicos da condição avençada pelas partes.

Em relação à condição suspensiva, é preciso prever de forma clara, que o adquirente apenas fará jus ao pagamento do *earn out*, caso determinada condição reste implementada, vinculando claramente o implemento da condição aos critérios objetivos pactuados pelas partes para sua verificação. Em outras palavras, é preciso reportar no contrato de forma clara, o evento futuro e incerto que determinará o implemento da condição. Na medida do possível, deve-se procurar apontar que o vendedor não terá disponibilidade jurídica ou econômica sobre os valores apurados a título de *earn out*, até o implemento efetivo do evento contratualmente previsto e necessário ao implemento da condição suspensiva.

Já no caso de avença do preço contingente atrelado à condição resolutiva, da mesma forma, é essencial a previsão do evento futuro e incerto que determinará a resolução do negócio, bem como a limitação do lapso temporal máximo necessário para a verificação do implemento de tal evento.

No que se refere ao pagamento de *earn out* vinculado à manutenção de sócio pessoa física da adquirida na gestão da empresa alvo, cumpre reiterar que, em termos contratuais, as partes devem evitar a vinculação do pagamento de *earn out* ao efetivo cumprimento do contrato firmado entre o sócio e a nova administração da empresa alvo. Nesse caso, seria recomendável vincular os pagamentos ao sócio vendedor a métricas de performance da empresa adquirida. Ainda, as partes devem evitar a inclusão de cláusula contratual que determine que a rescisão unilateral do contrato pelo sócio pessoa física implica na perda do direito ao recebimento do *earn out*.

Além disso, as partes devem assegurar que os pagamentos realizados aos sócios vendedores não sejam equivalentes àqueles pagos aos executivos da empresa adquirida, de forma a se evitar que tais pagamentos sejam configurados como remuneração.

Cumpre destacar que é de extrema importância é a segregação e esclarecimento dos poderes que os vendedores terão na gestão da empresa alvo. Dessa forma, deve-se apontar as áreas da empresa que ainda permanecerão sob a gestão dos vendedores, de modo a facilitar e viabilizar sua atuação para o atingimento de metas relacionadas ao *earn out*, bem como de forma a evitar que os compradores efetuem grandes modificações na empresa alvo durante o período de *earn out*, prejudicando o cumprimento de tais metas.

Por outro lado, as partes devem buscar certa uniformidade entre os valores pagos aos sócios que permanecerão prestando serviços à empresa adquirida e os valores pagos aos demais sócios da adquirida, evitando, assim, que eventuais valores pagos a maior para os sócios que permanecerão na empresa sejam configurados como remuneração por serviços prestados.

## **VI. BIBLIOGRAFIA**

Alexander Nurk. Drafting Purchase Price Adjustment Clauses in M&A. Hamburgo: Diplomica Verlag, 2011.

Alexsandro Broedel Lopes e Eliseu Martins. Teoria da Contabilidade, uma Nova Abordagem. São Paulo: Atlas, 2005.

Alexsandro Broedel Lopes e Roberto Quiroga Mosquera. O Direito Contábil – Fundamentos Conceituais, Aspectos da Experiência Brasileira e Implicações. Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos) 1º Volume. São Paulo: Editora Dialética, 2010.

Alexandre Couto Silva e Otávio Vieira Barbi. Combinação de Negócios: o ganho por compra vantajosa. In Direito Tributário, Societário e Reforma da Lei das S/A. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

Amílcar de Araújo Falcão. O fato gerador da obrigação tributária. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

André Mendes Moreira e Fernando Daniel de Moura Fonseca. Imposto de Renda sobre Ganho de Capital. Necessidade de Realização e Disponibilidade do Acréscimo Patrimonial. In Revista Dialética de Direito Tributário. Volume 238. São Paulo: Dialética, 2015.

Antônio Lopo Martinez. Limites dos Conceitos Contábeis no Fato Gerador do Imposto de Renda In Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos) 6º Volume São Paulo: Editora Dialética, 2015.

Arthur Ridolfo Neto. Direito Societário: Sociedades Anônimas. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

Brandão Machado. Breve exame crítico do artigo 43 do CTN. In Martins, Ives Gandra (Coord.). Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery). São Paulo: Resenha tributária, 1994.

Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil, vol. I, 20ª ed. São Paulo: Forense, 2004.

Carlos Alberto Dabus Maluf. As Condições no Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

Daniel Rodrigues Alves. Determinabilidade, negociação e elaboração das 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. 17.10.2016. Orientadora Lie Uema do Carmo. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

Edwin Miller. Mergers and Acquisitions: A Step-by-Step Legal and Practical Guide. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2008.

Elídie Palma Bifano. A incidência do Imposto sobre a Renda sob o Regime Introduzido pela Lei nº 12.973/14. In: ROCHA, Sérgio André (coordenação). Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A, Vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

\_\_\_\_\_. O mercado financeiro e o imposto sobre a renda. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Eliseu Martins, Vinícius Martins e Éric Martins. Normatização Contábil: ensaio sobre sua evolução e o papel do CPC. Revista de Informação Contábil. Universidade Federal do Pernambuco. Volume I. set/2007.

Fábio Konder Comparato, Ensaaios e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense. 1977.

Fábio Piovezan Bozza. Planejamento Tributário e Autonomia Privada. São Paulo: Quartier Latin: 2015.

Fran Martins. Contratos e Obrigações Comerciais. Forense: Rio de Janeiro, 2010. 16ª ed.

Helena Taveira Tôres. Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária. São Paulo: RT, 2003.

Henry Tilbery. Comentários ao Código Tributário Nacional. Ives Gandra da Silva Martins (coord.). São Paulo: Saraiva, 1998.

Heron Charneski. Normas Internacionais de Contabilidade e Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

Humberto Ávila. “Eficácia do novo Código Civil na legislação tributária”. In: Betina Triger Grupenmacher (coord.). Direito Tributário e o novo código civil. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

Ives Gandra da Silva Martins. O Fato Gerador do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária: São Paulo, 1986.

\_\_\_\_\_. O Fato Gerador do Imposto sobre a Renda e a Aquisição de Disponibilidade Econômica ou Jurídica que implique Acréscimo Patrimonial – Inteligência do artigo 43 do Código Tributário Nacional – Ilegalidade de Pretendida Incidência sem Ocorrência de Acréscimo. In Revista Dialética de Direito Tributário, nº 137. São Paulo: Dialética, 2007.

Jill Andresky Fraser. Using Earn-Out Agreements. Inc: outubro de 1991. Disponível em: [www.inc.com/magazine/19911001/4908.html](http://www.inc.com/magazine/19911001/4908.html).

Jorge Vieira. 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 da FEARP-USP, 2016.

José Luiz Bulhões Pedreira. Imposto sobre a Renda: Pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: Justec Editora, 1978.

José Arthur Lima Gonçalves. Equivalência Patrimonial e o Imposto sobre a Renda”. Revista de Direito Tributário nº 100, 2008.

Luciano Zordan Piva. O Earn-Out na Compra e Venda de Empresas. Quartier Latin: São Paulo, 2019. P.77.

Luís Eduardo Shoueri. Nova contabilidade e tributação da propriedade à beneficial ownership. “In: Roberto Quiroga Mosquera e Alexsandro Broedel Lopes (coords.) Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), 5º volume. São Paulo: Dialética, 2014.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: Oliveira, Ricardo Mariz. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Marco Aurélio Greco. Planejamento tributário. São Paulo: Dialética, 2011.

Mariana Monte Alegre Paiva. Controvérsias tributárias dos mecanismos contratuais de ajustes de preços em operações de fusões e aquisições. 18.12.2017. Orientador Flávio Rubinstein. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

Mário Engler Pinto Junior. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. In Revista Direto GV. Volume 14. JAN-ABR 2018. São Paulo: FGV Direito São Paulo.

Fábio Ulhoa Coelho. Curso de Direito Civil. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Gail Weinstem e Brian Magino. A Tale of Two Earn Outs. In Harvard Law School Forum on Corporate Governance. Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/10/02/a-tale-of-two-earnouts/>

Gisele Lemke. Regime Tributário das Indenizações. In Regime Tributário das Indenizações. Hugo de Brito Machado (coord.) Dialética: São Paulo, 2000.

Henry Tilbery. Comentários ao Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2006.

Hugo de Brito Machado. Regime Tributário das Indenizações. Dialética: São Paulo, 2000.

James Freund. Anatomy of a Merger. New York: Law Journal Seminar, 1975.

Marcelo Magalhães Peixoto. Direito Tributário Brasileiro: temas relevantes. São Paulo: MP Editora, 2014.

Marcelo Shima Luize. Cláusulas de Indenização e Resolução Contratual em Operações de Fusão e Aquisição: Necessidade ou Mera Reprodução do Modelo Anglo-Saxão. In Estudos Aplicados de Direito Empresarial. Ana Cristina Kleindienst (coord.). São Paulo: Almedina, 2016.

Natanael Martins. A Lei 12.973/2014 e o Novo Tratamento Tributário dado às operações de Combinação de Negócios – Pronunciamento Técnico CPC 15. In: Roberto Quiroga; e Alexsandro Broedel Lopes (coords.) Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), 6º volume. São Paulo: Dialética, 2015.

Nelson Carvalho. Essência x Forma na Contabilidade. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; Alexsandro Broedel Lopes (Coords.). Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). 1º Volume. São Paulo: Dialética, 2010.

Orlando Gomes. Contratos. 18ª edição atual. Por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Paulo de Barros Carvalho. O Absurdo da Interpretação Econômica do “Fato Gerador”. Direito e sua Autonomia – o Paradoxo da Interdisciplinariedade. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 102. São Paulo, 2007.

Raquel Novais e Bruna Marrara Martinez. “Lei 12.973/2014, a Empresa-veículo e Outros Temas”. In: Roberto Quiroga; e Alexsandro Broedel Lopes (coords.) Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), 6º volume. São Paulo: Dialética, 2015.

Renato Romeu Renck. Imposto de Renda da Pessoa jurídica: critérios constitucionais de apuração da base de cálculo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.973/2014: efeitos tributários das modificações contábeis (escrituração x realismo jurídico). In O Direito Tributário entre a forma e o conteúdo. São Paulo: Noeses em coedição com o IBET, 2014.

\_\_\_\_\_. Incorporação de ações no direito tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

Sacha Calmon. Periodicidade do Imposto de Renda, II, Mesa de Debates, em Revista de Direito Tributário nº 63. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. Conceito, Vigência, Interpretação, Integração e Aplicação da Legislação Tributária. In Hugo de Brito Machado (coord.). Interpretação e Aplicação da Lei Tributária. São Paulo: Dialética, 2010.

Sérgio André Rocha. Questões Fundamentais do Imposto de Renda após a Lei nº 12.973/14. In: Sérgio André Rocha (coordenação). Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A, Vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

Sérgio Bento. Tratamento tributário do ágio. In Marcelo Lima Vieira; e Zabetta Macarini; e André Renato Bizarro (coords.) Lei 12.973/2014: Novo Marco Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

Sérgio Botrel. Fusões e Aquisições. São Paulo: Saraiva, 2010.

Sérgio Iudícibus *et. al.* Manual de Contabilidade Societária. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.



\_\_\_\_\_. Essência sobre a forma e o valor justo: duas faces da mesma moeda. In Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes (coord.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). Vol. 1. São Paulo: Dialética, 2010.

Serpa Lopes. Curso de Direito Civil. 5ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

Sílvio de Salvo Venosa. Contratos em Espécie, 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Victor Borges Polizzeli. O Princípio da realização da renda. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

Washington Monteiro de Barros. Curso de Direito Civil. Volume I, Parte Geral, 35ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

William J. Carney. Mergers and Acquisitions, Cases and Materials. Third edition. Nova York: Thomson Reuters, 2011.