

AS OPERAÇÕES DE FINANCIAMENTO ISLÂMICO E AS REGRAS DE SUBCAPITALIZAÇÃO

Ramon Tomazela Santos

Doutor e Mestre em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Master of Laws (LL.M.) em Tributação Internacional pela Universidade de Economia e Negócios de Viena, na Áustria. Professor de Direito Tributário no Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT) e em diversos cursos de pós-graduação.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Considerações gerais sobre as operações de financiamento islâmico 3 Aspectos contábeis das operações de financiamento islâmico 4 As operações de financiamento islâmico e as regras de subcapitalização 5 Conclusões 6 Referências.

RESUMO: Este artigo discorrerá sobre as operações de financiamento islâmico, que representam uma alternativa aos produtos financeiros tradicionais, considerados incompatíveis com as leis islâmicas (Sharia), que proíbem usura (cobrança de juros) e especulação (não se pode fazer investimento com risco de perda total). Nesse contexto, tais operações têm recebido a atenção do mercado tradicional de "países não islâmicos", que procuram oportunidades alternativas de investimento e fontes de financiamento flexíveis e customizáveis.

PALAVRAS-CHAVE: Financiamento islâmico. Aspectos contábeis. Subcapitalização.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que as operações de financiamento islâmico estão sendo difundidas com enorme celeridade no mundo não islâmico, para atender a demandas específicas do mercado em diversos segmentos de negócio, como bancário, mercado de capitais, administração de ativos e seguros. Essas operações têm recebido a atenção do mercado tradicional de "países não islâmicos" (*i.e.*, regiões que não seguem a religião islâmica e cujos habitantes não são, em sua maioria, muçulmanos), que procuram oportunidades alternativas de investimento e fontes de financiamento flexíveis e customizáveis.

A maior parte dos países muçulmanos (v.g., Catar, Egito, Emirados Árabes Unidos, Iraque, Marrocos e Turquia), cujos habitantes professam, em sua maioria, a fé islâmica, utiliza as operações de financiamento islâmico como produtos financeiros compatíveis com as leis da Sharia. No entanto, essas operações de financiamento estruturadas estão crescendo exponencialmente em "países não islâmicos", o que recomenda o estudo de suas possíveis repercussões no sistema tributário brasileiro.

Nesse contexto, o presente artigo pretende apresentar breves considerações a respeito da aplicação, ou não, das regras de subcapitalização previstas na Lei n. 12.249/2010 às operações de financiamento islâmico.

Para tanto, será preciso apresentar, inicialmente, considerações gerais sobre as operações de financiamento islâmico, com o objetivo de delimitar as características dos principais tipos de arranjos utilizados no mercado. Na sequência, o artigo abordará os aspectos contábeis envolvidos no reconhecimento, na mensuração e na divulgação das operações de financiamento islâmico, para então seguir para a análise do tema sob o enfoque da Lei n. 12.249/2010, que disciplina o controle da subcapitalização no Direito Tributário brasileiro.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS OPERAÇÕES DE FINANCIAMENTO ISLÂMICO

Em geral, as operações de financiamento islâmico surgem como uma alternativa aos produtos financeiros tradicionais, considerados incompatíveis com as leis islâmicas (Sharia), que proíbem usura (cobrança de juros) e especulação (não se pode fazer investimento com risco de perda total). No **Alcorão**, o livro sagrado do Islã, há excertos que demonstram restrições à usura, nos seguintes termos:

Capítulo II, v. 276: Deus permitiu a venda, proibiu a usura. Aqueles que voltarem para a usura serão entregues ao fogo, onde ficarão eternamente.

Capítulo XXX, v. 38: O dinheiro que dais a juros para o aumentardes com o bem dos outros, não aumentará perante Deus.

Já os investimentos em instrumentos de capital (*equity*) são permitidos pelas leis islâmicas, desde que as atividades exercidas pela sociedade não sejam proibidas (v.g., álcool, apostas, pornografia, armas, produtos derivados de porcos etc.).

Segundo relato de Glauber Moreno Tavalera, a partir da escola do pensamento islâmico desenvolvida no século XIX, houve uma tendência de relativização da proibição, com seu direcionamento para a **usura pura**, que abrangeria os acréscimos de capital provenientes de empréstimos tomados com a finalidade

exclusiva de multiplicar o capital¹. Ainda assim, a interpretação do **Alcorão** continuou ensejando controvérsias, pois menciona genericamente "o dinheiro que dais a juros". Não se trataria, assim, de uma repulsa apenas aos juros extorsivos e imoderados.

O barão de Montesquieu, em sua clássica obra **O espírito das leis**, criticou a condenação dos juros pelas leis maometanas, dizendo que "a lei de Maomé confunde a usura com o empréstimo a juros. A usura aumenta nos países maometanos na proporção da severidade da proibição: aquele que empresta se indeniza pelo período da contravenção. Nesses países do Oriente, a maioria dos homens não tem nada de seguro; quase não existe relação entre a posse atual de uma quantia e a esperança de tê-la de volta depois de havê-la emprestado: a usura aumenta então na proporção do perigo da insolvabilidade"². Assim, desde Montesquieu, sustenta-se que os juros remuneram não apenas o capital, mas também o risco de não receber a devolução da quantia emprestada.

Seja como for, o fato é que, por conta das restrições previstas nas leis da Sharia, houve o desenvolvimento das operações de financiamento islâmico, que são basicamente operações estruturadas, nas quais as partes utilizam a repartição de riscos e benefícios, em conjunto com bens ou direitos (aquisição ou comercialização de ativos), para evitar a caracterização de uma operação típica de financiamento.

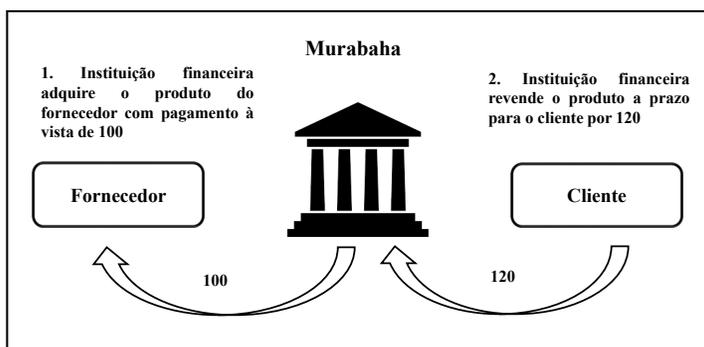
Para ilustrar o funcionamento das operações de financiamento islâmico, tome-se como exemplo a *Murabaha*, que consiste no contrato de compra de mercadorias em que os custos associados à aquisição dos bens e a respectiva margem (custo do capital no tempo) são embutidos no preço de venda.

Nesse modelo, o cliente, em vez de efetuar um empréstimo com uma instituição financeira para efetuar a aquisição de um ativo (operação essa que estaria sujeita ao pagamento de juros), opta por estruturar essa aquisição por intermédio de uma instituição financeira, que será responsável pela aquisição do produto junto ao fornecedor, para sua posterior revenda a prazo para o cliente, com a cobrança de uma margem.

Observe-se que, diferentemente do financiamento tradicional, a instituição financeira adquire a propriedade da mercadoria por tradição real ou ficta, passando a correr eventuais riscos relacionados ao bem adquirido, de tal modo que não há, na essência, mero artifício para evitar a cobrança de juros, mas verdadeira

-
1. TAVALERA, Glauber Moreno. **Aspectos jurídicos controversos dos juros e da comissão de permanência**. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2014. p. 35.
 2. SECONDAT, Charles-Louis de. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 427.

mudança da estrutura negocial e, por consequência, nos direitos e obrigações de cada parte do contrato. A margem da instituição financeira, ainda que possa ter um componente implícito de custo do capital no tempo, tem natureza jurídica de preço (i.e., contraprestação de um contrato de compra e venda), e não de fruto civil do capital. Confira-se a ilustração a seguir:



A partir do exemplo da *Murabaha*, percebe-se que, em geral, as operações de financiamento islâmico são estruturadas com ativos físicos e arranjos negociais, de modo a permitir a obtenção de um retorno econômico, mas sem a cobrança de juros.

3 ASPECTOS CONTÁBEIS DAS OPERAÇÕES DE FINANCIAMENTO ISLÂMICO

A contabilização de operações de financiamento islâmico assumiu tanta relevância no cenário internacional que o *International Accounting Standards Board* (IASB) decidiu estabelecer, em 2011, o *Islamic Finance Consultative Group* (IFCG), que consiste em um fórum consultivo concebido com o objetivo de contribuir para a aplicação rigorosa e consistente das regras contábeis baseadas no padrão IFRS às operações de financiamento islâmico, permitindo, assim, maior alinhamento entre as demonstrações financeiras, e, consequentemente, maior comparabilidade e fidedignidade.

O desafio na aplicação do padrão IFRS às operações de financiamento islâmico reside, primordialmente, na aplicação de critérios contábeis convencionais (*mainstream accounting*) a uma realidade econômica distinta, sem comprometer as leis da Sharia. Assim, ainda que a padronização seja essencial para que grupos globais divulguem seus relatórios financeiros com base em critérios relativamente uniformes, a utilização das regras contábeis convencionais poderia fazer que,

com base na prevalência da essência econômica sobre a natureza jurídica e na necessidade de divulgação do custo do capital no tempo, uma operação como a *Murabaha*, ainda que formalizada juridicamente como uma compra e venda, fosse registrada como um instrumento de dívida para fins contábeis.

Nesse contexto, ressalte-se que o objetivo de preservar as leis da Sharia, por meio de uma contabilização compatível com a natureza jurídica da operação, pode se contrapor, em alguma medida, à pressão que passou a existir desde a crise financeira de 2008, para que a contabilidade reflita de forma mais fidedigna os riscos relativos às operações financeiras, a fim de que os usuários das demonstrações financeiras tenham elementos para avaliar a condição patrimonial da organização, inclusive a sua capacidade de honrar seus compromissos.

Além disso, ainda há a questão da falta de uniformidade no reconhecimento das operações de financiamento islâmico. Isso porque, mesmo sendo o IFRS o padrão contábil em mais de 100 jurisdições, não há uniformidade na contabilização dessas operações estruturadas, seja porque há uma inegável carga interpretativa na análise da sua essência econômica para fins de qualificação contábil, seja porque parte dos países convive com regras locais de contabilização para os balanços individuais.

Para a classificação de uma operação de financiamento islâmico como um instrumento financeiro na escrituração contábil, é indispensável a verificação pormenorizada das cláusulas contratuais, à luz das definições contábeis de instrumento financeiro e de passivo. Em linhas gerais, entende-se por **instrumento financeiro** qualquer contrato que origina um ativo financeiro em uma entidade e um passivo financeiro ou instrumento patrimonial em outra entidade. O **ativo financeiro** deriva do direito contratual de receber dinheiro ou outro ativo financeiro (v.g., caixa, contas a receber, depósitos bancários, aplicações financeiras, investimentos em títulos de dívida, cotas de fundos de investimento, entre outros). Inversamente, o passivo financeiro corresponde à obrigação contratual de entregar dinheiro ou outro ativo financeiro (v.g., contas a pagar, duplicatas a pagar, fornecedores, empréstimos e financiamentos, títulos de dívida emitidos, entre outros)³.

Contabilmente, o passivo corresponde a uma obrigação legal presente, derivada de eventos já ocorridos, cuja liquidação se espera que resulte em saída de recursos da entidade capazes de gerar benefícios econômicos futuros. No que tange aos passivos financeiros, a mensuração segue, em regra, o método do custo amortizado, considerando a taxa de juros efetiva (v.g., juros, taxas bancárias,

3. Item 11 do Pronunciamento Técnico CPC n. 39.

comissões, custos de transação, prêmios etc.), ou, em certos casos, a avaliação a valor justo, com contrapartida em resultado.

Nesse contexto, um fator relevante a ser considerado na *Murabaha* reside na transferência, ou não, dos riscos do produto pela instituição financeira, antes de sua entrega ao cliente. Em geral, se houver a transferência do risco do produto para a instituição financeira, seria razoável manter o reconhecimento da operação como uma compra e venda a prazo, com o pagamento diferido. Diversamente, caso a instituição financeira não assuma qualquer risco relacionado ao produto na transação, o reconhecimento contábil seria sob a forma de um instrumento financeiro, com base na prevalência da essência econômica sobre a natureza jurídica e na divulgação do custo do capital no tempo⁴⁻⁵.

É interessante notar que, embora se propague a ideia de prevalência da essência econômica sobre a natureza jurídica, a qualificação contábil de uma transação também depende da análise das cláusulas contratuais e dos direitos e obrigações atribuídos a cada uma das partes. A assunção, ou não, de risco do produto pela instituição financeira, como critério relevante para o reconhecimento contábil da *Murabaha*, evidencia a imbricação que existe entre o regime jurídico e a qualificação contábil das transações.

Como exemplo, no âmbito do Direito Civil brasileiro, o domínio relativo às coisas móveis somente se adquire pela tradição. É o que dispõe o art. 1.226 do Código Civil, segundo o qual "os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos, por ato entre vivos, só se adquirem com a tradição". É com a tradição, portanto, que o direito pessoal, que foi criado pelo contrato, ganha foro de direito real, conforme se extrai, ainda, do art. 1.227 do Código Civil, segundo o qual "a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição".

Além de transferir a propriedade sobre a coisa móvel, a tradição implica a transferência dos riscos sobre a coisa do vendedor para o comprador, nos termos dos arts. 481⁶ e 482⁷ do Código Civil. Segundo esses dispositivos, no contrato de compra e venda, a transferência dos riscos do vendedor para o comprador

4. IBRAHIMA, Hasmiene Diocolano; LINGA, Ding Xiao. An appraisal of the financial reporting practices of Islamic banks: the case of Murabahah contract. **Scientific Journal of PPI-UKM**, v. 3, n. 3, p. 113-118, 2016.
5. ROSMAN, Romzie; HAMID, Mohamad Abdul; AMIN, SITI Noraini; AHMED, Mezbah Uddin. Financial Reporting of Murabaha Contracts: IFRS or AAOIFI Accounting Standards? **MEI Insight – Islamic Finance Special**. Singapore: National University of Singapore, 2016. p. 2016.
6. "Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro".
7. "Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador."

ocorre ao momento da tradição da mercadoria⁸. Assim, na sistemática brasileira, a assinatura do contrato de compra e venda não basta para transferir o domínio, de modo que, até o momento da tradição, a mercadoria continua a pertencer ao vendedor. Por conseguinte, até o instante da entrega, os riscos incidentes sobre a coisa, objeto do contrato de compra e venda, pertencem ao devedor⁹.

Ademais, segundo o art. 476 do Código Civil, "nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro". O dispositivo legal em questão consagra a máxima da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), de modo que, no contrato de compra e venda, o direito definitivo do vendedor ao preço somente passa a existir a partir da tradição da mercadoria, antes da qual ele sequer pode exigir o pagamento, tendo em vista que nenhuma parte pode exigir o cumprimento da obrigação da outra parte antes de cumprir a sua. É por isso que o direito ao recebimento do preço somente surge, definitiva e incondicionalmente, no momento da tradição, tendo em vista que o vendedor não pode exigir a contraprestação do comprador antes de cumprir a sua obrigação de entregar a mercadoria.

Em geral, a tradição opera-se pelo ato material de entrega da coisa em si, ou sua transferência de mão a mão, do vendedor para o comprador. Esse é o ato mais frequente de aquisição do domínio, que pressupõe um acordo de vontades entre o vendedor e o adquirente, anterior ao ato da tradição. Nem sempre, contudo, haverá a entrega da coisa em si. A tradição é real quando envolve a entrega efetiva e material da coisa (*corpus*). Porém, a tradição também pode ser simbólica, quando representada pela entrega de algo que simbolize a coisa. Nesse caso, a coisa em si, objeto da prestação do vendedor, não é materialmente entregue, mas o simbolismo do ato é indicativo do propósito de transmitir a posse, significando que o adquirente passa a ter disponibilidade física sobre a coisa. Por fim, a tradição pode, ainda, ser ficta, assim considerada aquela decorrente de artifício legal ou de convenção das partes como a *traditio brevi manu* e o constituto possessório (cláusula *constituti*).

Essa breve exposição demonstra a importância que a transferência da titularidade e dos riscos e benefícios sobre o produto exerce na contabilização da *Murabaha*.

-
8. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 17. ed. atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 106.
 9. RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p. 145.

4 AS OPERAÇÕES DE FINANCIAMENTO ISLÂMICO E AS REGRAS DE SUBCAPITALIZAÇÃO

Os arts. 24 e 25 da Lei n. 12.249/2010 submetem ao controle da subcapitalização os juros pagos ou creditados a pessoas vinculadas no exterior ou a pessoas residentes em jurisdição com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado. Logo, não havendo o pagamento de juros, as operações de financiamento islâmico ficam fora do escopo normativo das regras de subcapitalização.

Tome-se como exemplo, novamente, a operação conhecida como *Murabaha*, na qual uma pessoa jurídica, em vez de realizar um empréstimo sujeito ao pagamento de juros para comprar um bem, decide adquirir esse bem diretamente de uma parte vinculada no exterior, mediante pagamento parcelado do preço. O preço fixo atribuído ao bem pela parte vinculada para pagamento em parcelas certamente considera o custo do capital no tempo (juros implícitos). Porém, do ponto de vista jurídico, não houve o pagamento de juros, o que afasta a aplicação das regras de subcapitalização.

Contabilmente, o ajuste a valor presente do passivo relativo à aquisição a prazo até pode evidenciar que há um componente implícito de juros. Isso porque, segundo o item 9 do Pronunciamento Técnico CPC n. 12, os passivos monetários com juros implícitos embutidos devem ser mensurados pelo seu valor presente no momento do seu reconhecimento, por ser este o seu custo original sob a perspectiva das avaliações a valor justo. Sob o enfoque contábil, quanto maior a taxa de juros embutida e o prazo de vencimento, maior tende a ser a distorção provocada nas demonstrações financeiras pela falta de reconhecimento do ajuste a valor presente. É por isso que a contabilidade pode reconhecer juros ativos (venda de bens, direitos ou serviços) ou juros passivos (aquisição de bens, direitos ou serviços) nas operações a prazo.

No entanto, o termo "juros", para fins de interpretação dos arts. 24 e 25 da Lei n. 12.249/2010, deve ser compreendido em seu sentido técnico-jurídico, não havendo fundamento para a consideração de juros implícitos. Na ação 4 do Projeto BEPS, a OCDE utiliza o conceito de *payments economically equivalent to interest* para alcançar operações de garantia, contratos derivativos, instrumentos financeiros híbridos, estruturas de financiamento islâmico, entre outras¹⁰. Porém, não foi isso o que fez o legislador nacional, de modo que o conceito de juros deve ser interpretado segundo o direito privado.

10. OECD. **Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments**. Action 4: 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 29-31.

Os juros são conceituados como os frutos civis do capital, que remuneram o seu titular pela privação voluntária ou involuntária do capital e pelo risco de não o receber de volta. Trata-se, assim, de remuneração pela utilização de capital alheio durante certo lapso temporal, para posterior devolução ao seu titular¹¹.

Na ótica contábil, a operação comercial caracterizada como um financiamento deve ser submetida ao ajuste a valor presente, de modo que o valor consignado na documentação de suporte (contrato, notas fiscais, comprovantes de pagamento) deve ser adequadamente decomposto para efeito contábil. Por meio desse procedimento, os juros embutidos devem ser expurgados do custo de aquisição das mercadorias e devem ser apropriados pela fluência do prazo. É o caso, por exemplo, da aquisição a prazo de estoques ou ativo imobilizado, em relação aos quais os juros imputados nos preços devem ser expurgados na mensuração inicial desses ativos¹².

Ainda que essa aquisição de estoque ou ativo imobilizado tenha sido feita de parte vinculada no exterior, inserida no âmbito subjetivo das regras de subcapitalização, a decomposição do custo de aquisição, com a apropriação de juros pela fluência do prazo, não deveria acarretar alterações para efeito de aplicação do art. 24 da Lei n. 12.249/2010. Afinal, esses valores, ainda que decompostos na escrituração contábil, não constituem juros sob o prisma do direito privado, mas, sim, preço de aquisição de um bem.

Foi justamente por isso que, no art. 5º da Lei n. 12.973/2014, o legislador tributário estabeleceu que os valores decorrentes do ajuste a valor presente de obrigações, encargos e riscos classificados no passivo não circulante somente serão considerados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no período de apuração em que (i) o ativo adquirido a prazo, que deu origem ao correspondente passivo, seja realizado; ou (ii) a despesa ou o custo sejam efetivamente incorridos, quando contabilizados diretamente no resultado. Para tanto, exige-se que os valores decorrentes do ajuste a valor presente sejam evidenciados contabilmente em subconta vinculada ao ativo¹³.

Daí se vê que o legislador tributário procurou neutralizar os efeitos fiscais do ajuste a valor presente, seja por considerar que se trata de mera estimativa do valor atual de um fluxo de caixa, seja por reconhecer que os juros implícitos se afastam da natureza jurídica do negócio segundo o direito privado.

11. MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil: direito das obrigações** – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4, p. 381.

12. Item 32 do Pronunciamento Técnico CPC n. 12.

13. MUNIZ, Ian; MONTEIRO, Marco. **Tributos federais e o novo padrão contábil: comentários à Lei n. 12.973/2014**. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 72-76.

De fato, os juros implícitos reconhecidos pela contabilidade não decorrem de uma causa jurídica de atribuição patrimonial típica dos juros que constituem frutos civis.

Segundo Antonio Junqueira de Azevedo, sempre que há um deslocamento patrimonial de um sujeito de direito em favor de outro, deve-se procurar a causa que justifica essa atribuição¹⁴. O pagamento, em regra, é ato jurídico *stricto sensu* de cumprimento de obrigação que consiste na entrega de dinheiro (direito subjetivo patrimonial que integra o patrimônio de uma pessoa). Assim, a identificação da causa de atribuição patrimonial envolve a análise da causa da transferência de titularidade de direitos subjetivos patrimoniais e de deveres jurídicos patrimoniais. Excepcionalmente, o pagamento poderá dar origem a uma relação jurídica de crédito autônoma, segregada de uma obrigação primitiva. É o que ocorre, por exemplo, no chamado **pagamento com sub-rogação** feito por terceiro¹⁵.

A distinção entre **causa do negócio jurídico** e **causa de atribuição patrimonial** é elucidada por Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, para quem a causa de atribuição patrimonial remonta à origem da obrigação de efetuar o pagamento, que não decorre, necessariamente, de um negócio jurídico. Trata-se da justificativa para determinada atribuição patrimonial, que abrange qualquer benefício suscetível de avaliação pecuniária¹⁶. Desse modo, embora o negócio jurídico possa ser a causa de atribuição patrimonial que justifique determinado pagamento, é certo que o vínculo obrigacional também pode surgir diretamente da lei ou de outros atos jurídicos em sentido estrito. É o que se verifica em relação aos juros, que podem decorrer de estipulação contratual ou de disposição legal.

Os juros implícitos reconhecidos pela contabilidade não decorrem, por óbvio, de uma causa de atribuição patrimonial. As partes da relação jurídica não pactuaram o pagamento de juros, tendo havido o seu reconhecimento porque a contabilidade, com base no primado da essência econômica, entende que essa forma

14. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação de declaração negocial. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986. p. 124. O tema foi abordado de forma detida no texto: SANTOS, Ramon Tomazela. A dedutibilidade de despesas com o pagamento de propina à luz das leis internas e das convenções internacionais celebradas pelo Brasil. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 48, p. 727-728, 2021.

15. Eis a precisa lição de Orlando Gomes: "Não é possível qualificar uniformemente o pagamento. Sua natureza depende da qualidade da prestação e de quem o efetua. Feito por terceiro é um negócio jurídico e, igualmente, se, além de extinguir a obrigação, importa transferência de propriedade da coisa dada pelo *solvens ao accipiens*, admitida em algumas legislações. Em outras modalidades, é ato jurídico *stricto sensu*" (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 92).

16. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 156.

de reconhecimento, mensuração e divulgação é a mais adequada para que os usuários das informações contábeis tenham uma interpretação mais adequada das demonstrações financeiras. Esses supostos juros não apresentam, porém, os elementos típicos dos juros enquanto frutos civis. Como ensina Orlando Gomes, os juros apresentam os seguintes traços característicos: (i) vinculação necessária a uma dívida de capital; (ii) nascimento coetâneo; (iii) equivalência a uma fração de capital devido¹⁷. Esses elementos não constam dos juros implícitos eventualmente reconhecidos com base nas regras contábeis.

Outra questão que pode surgir diz respeito ao argumento de prevalência da essência econômica sobre a natureza jurídica na contabilidade, o que poderia levar ao reconhecimento das operações de financiamento islâmico como operações de financiamento (com registro do endividamento e das despesas de juros).

De fato, sabe-se que as regras contábeis baseadas no padrão IFRS (*International Financial Reporting Standards*), adotadas pelo legislador com o objetivo de fortalecer o mercado de capitais brasileiro, passam a privilegiar uma representação fidedigna da substância econômica dos eventos retratados nas demonstrações financeiras, independentemente da forma do ato ou do negócio jurídico praticado pela pessoa jurídica. Esse distanciamento entre a contabilidade e o direito é comumente chamado, pelos contadores, de "primazia da substância econômica sobre a forma jurídica", que basicamente permite que, para fins de registro contábil, determinado ato ou negócio jurídico seja reconhecido, mensurado e divulgado com base nos seus efeitos econômicos, independentemente da estrutura jurídica utilizada.

Essa perspectiva adotada pela contabilidade foi explicada no Parecer de Orientação CVM n. 37/2011, que trata da adoção dos conceitos de representação verdadeira e apropriada (*true and fair view*) e da primazia da essência econômica sobre a forma jurídica na contabilidade brasileira. Segundo esse parecer, a nova contabilidade quebra "um paradigma cultural há muito presente em nosso ambiente econômico-financeiro, segundo o qual os eventos econômicos eram interpretados e, conseqüentemente, registrados e mensurados predominantemente conforme sua forma jurídica". Na sequência de sua exposição, a CVM aponta que a "contabilidade somente cumprirá sua função essencial de fornecer informações úteis ao processo de tomada de decisão de seus usuários se refletir verdadeiramente a realidade econômica subjacente. Para que essa representação apropriada (*true and fair view*) possa ser alcançada, é importante observar a primazia da essência econômica sobre a forma jurídica dos eventos econômicos".

17. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 52.

Tecnicamente, a passagem transcrita confunde **forma jurídica** com **natureza jurídica**. A **forma jurídica** se refere à conformação necessária para a exteriorização do negócio jurídico, tal como a escritura pública exigida para a transferência de direitos reais sobre bens imóveis. Diversamente, a **natureza jurídica** refere-se aos elementos fundamentais que permitem explicar e classificar institutos jurídicos, por exemplo, o contrato de compra e venda para a transferência do direito de propriedade sobre bem imóvel. Logo, no exemplo mencionado, a **natureza jurídica** do negócio praticado é de compra e venda e a **forma jurídica** é a escritura pública¹⁸. Por essa razão, a expressão mais correta, do ponto de vista técnico, seria "primazia da substância econômica sobre a natureza jurídica"¹⁹.

Deixando de lado a questão terminológica, cabe insistir que essa noção de prevalência da substância econômica sobre a forma jurídica, que orienta a nova contabilidade, não afasta a aplicação de conceitos basilares do direito privado, que permanecem aplicáveis sob a égide da Lei n. 12.973/2014. É o caso do conceito de "juros", que deve ser interpretado à luz do Direito Civil, uma vez que a realidade fática subjacente deve ser aquela reconhecida e institucionalizada pelo direito.

Não por acaso, Heleno Torres adverte que a substância do negócio jurídico advém da interpretação da lei e do fato negocial, sem qualquer recurso à interpretação econômica, pois o intérprete deve laborar exclusivamente com base nas categorias jurídicas. Segundo o autor, "será esta interpretação do texto e do fato negocial que permitirá ao intérprete da norma tributária conhecer, juridicamente, a substância do negócio jurídico e sua compatibilidade com a forma adotada, sem qualquer recurso à 'interpretação econômica' e quejandos, laborando exclusivamente com categorias jurídicas [...]"²⁰.

Essa advertência é relevante porque não há substância econômica fora do direito e da realidade jurídico-civil. É o que ensina Humberto Ávila, para quem a realidade econômica é aquela reconhecida e institucionalizada pelo Direito Civil, pois não há substância econômica fora do patrimônio regulado pelo direito positivo. Não se pode trocar ou comprar qualquer bem ou direito sem a observância das regras jurídicas em vigor, motivo pelo qual a forma e a substância das operações decorrem do Direito Civil²¹.

18. BIANCO, João Francisco. Aparência econômica e natureza jurídica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2010. p. 175-176.

19. *Ibidem*.

20. TORRES, Heleno Taveira. **Direito tributário e direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 141.

21. Veja-se o entendimento do autor: "O problema é que não existe uma realidade econômica que não seja aquela reconhecida e institucionalizada pelo Direito Civil. É preciso esclarecer: não há

Essa visão é reforçada pelo tradicional alerta de Eros Grau no sentido de que “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso de que projeta a partir dele – do texto – até a Constituição”²². Disso decorre que o intérprete deve considerar as regras tributárias no contexto do ordenamento jurídico e da realidade jurídico-civil e que a abertura do Direito Tributário para a ciência contábil deve observar os pressupostos extraídos da teoria dos sistemas. A noção de prevalência da essência econômica sobre a natureza jurídica, que orienta a nova contabilidade, reflete apenas o seu objetivo de oferecer informações úteis, comparáveis e compreensíveis aos seus usuários²³, não tendo o condão de afastar conceitos basilares do direito privado.

É bem verdade que a essência econômica a ser refletida na contabilidade é extraída a partir do exame das cláusulas contratuais e das circunstâncias envolvidas no negócio jurídico, e não de maneira abstrata e arbitrária pelo contador²⁴. Não se trata, portanto, de um processo de reconhecimento, mensuração e divulgação integralmente subjetivo. No entanto, a contabilidade não está vinculada à natureza jurídica e pode, no intuito de refletir de forma mais fidedigna determinados eventos, levar em consideração elementos estranhos à conformação jurídica dos atos ou negócios. Ocorre que essa forma de processamento de dados extraídos da realidade fenomênica, que visa a atingir propósitos contábeis, não pode subverter a realidade jurídico-institucional.

Diante disso, não parece ser possível, com base na visão contábil de prevalência da substância econômica sobre a natureza jurídica na contabilidade, requalificar as operações de financiamento islâmico, sem que haja qualquer vício de existência ou de validade no negócio jurídico praticado pelas partes.

No campo do Direito Tributário, o princípio da legalidade tributária exige que o fato gerador do tributo e os seus elementos sejam veiculados, com clareza e exaustividade, por meio de lei em sentido estrito. Assim, a legalidade tributária

substância econômica fora do direito que regula o patrimônio. Não existe riqueza, se ela não gera nenhum poder de disponibilização, de troca, de compra. Que riqueza seria esta que não poderia ser cobrada, trocada, segundo o Direito Civil? A forma e a substância, nesse sentido, são dadas pelo Direito Civil” (ÁVILA, Humberto. **Contribuições e imposto sobre a renda: estudos e pareceres**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 269).

22. GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 86.
23. FARRIS, Pedro Gasparetto. O objetivo da contabilidade e a sua validade para o direito. **Revista de Direito Contábil Fiscal**, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 166, 2021.
24. FERNANDES, Edison Carlos. Convergências jurídico-contábeis: as demonstrações financeiras como base da tributação. In: MURCIA, Fernando Dal-Ri et al. (org.). **Controvérsias jurídico-contábeis**. São Paulo: Altas, 2022. v. 2, p. 173.

requer que todos os aspectos do fato gerador da obrigação tributária sejam estabelecidos por meio de lei formal, enquanto ato normativo emanado por órgão com competência legislativa²⁵.

Daí não se concordar com a ideia de que uma noção contábil possa alterar a qualificação jurídica das operações de financiamento islâmico, transformando, por exemplo, uma compra e venda a prazo em financiamento corporativo, como se competisse à contabilidade qualificar os fatos ocorridos na realidade social, não apenas para fins contábeis, mas também para fins fiscais.

Diante disso, conclui-se que, no âmbito do Direito Tributário brasileiro, a substância do negócio jurídico deve advir da interpretação da lei e do fato negocial, sem qualquer recurso à interpretação econômica, pois o intérprete deve laborar exclusivamente com base nas categorias jurídicas, sendo a realidade econômica aquela reconhecida e institucionalizada pelo Direito Civil. Esse critério de qualificação de atos ou negócios jurídicos deve orientar a definição do tratamento jurídico-tributário aplicável às operações de financiamento islâmico, inclusive para fins de controle da subcapitalização.

5 CONCLUSÕES

As principais ideias expostas neste artigo podem ser assim resumidas:

- as operações de financiamento islâmico representam uma alternativa aos produtos financeiros tradicionais, considerados incompatíveis com as leis islâmicas (Sharia), que proíbem usura (cobrança de juros) e especulação (não se pode fazer investimento com risco de perda total);
- a *Murabaha*, uma das operações de financiamento islâmico mais difundidas no mercado, consiste no contrato de compra de mercadorias em que os custos associados à aquisição dos bens e a respectiva margem (custo do capital no tempo) são embutidos no preço de venda;
- o desafio na aplicação do padrão IFRS às operações de financiamento islâmico reside, primordialmente, na aplicação de critérios contábeis convencionais a uma realidade econômica distinta, sem comprometer as leis da Sharia;
- um fator relevante a ser considerado na *Murabaha* reside na transferência, ou não, dos riscos do produto pela instituição financeira, antes de

25. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O "princípio da tipicidade tributária" e o mandamento de minimização das margens de discricionariedade e de vedação da analogia. In: MANEIRA, Eduardo; TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário e a Constituição**: homenagem ao Professor Sacha Calmon Navarro Coêlho. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 653.

sua entrega ao cliente, o que pode ensejar seu reconhecimento como uma compra e venda a prazo ou como um instrumento financeiro;

- para fins de controle da subcapitalização, o termo "juros" deve ser compreendido em seu sentido técnico-jurídico, que consiste na remuneração pela utilização de capital alheio durante certo lapso temporal, para posterior devolução ao seu titular, não havendo fundamento para a consideração de juros implícitos;
- a noção de prevalência da substância econômica sobre a natureza jurídica, que orienta a nova contabilidade, não afasta a aplicação de conceitos basilares do direito privado, tais como o conceito de "juros", que deve ser interpretado à luz do Direito Civil, uma vez que a realidade fática subjacente deve ser aquela reconhecida e institucionalizada pelo direito;
- no âmbito do Direito Tributário, a substância do negócio jurídico deve advir da interpretação da lei e do fato negocial, sem qualquer recurso à interpretação econômica, pois o intérprete deve laborar exclusivamente com base nas categorias jurídicas, sendo a realidade econômica aquela reconhecida e institucionalizada pelo Direito Civil.

6 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Contribuições e imposto sobre a renda**: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação de declaração negocial. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O "princípio da tipicidade tributária" e o mandamento de minimização das margens de discricionariedade e de vedação da analogia. *In*: MANEIRA, Eduardo; TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário e a Constituição**: homenagem ao Professor Sacha Calmon Navarro Coêlho. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BIANCO, João Francisco. Aparência econômica e natureza jurídica. *In*: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2010.

FARRIS, Pedro Gasparetto. O objetivo da contabilidade e a sua validade para o direito. **Revista de Direito Contábil Fiscal**, São Paulo, v. 3, n. 6, 2021.

FERNANDES, Edison Carlos. Convergências jurídico-contábeis: as demonstrações financeiras como base da tributação. *In*: MURCIA, Fernando Dal-Ri *et al.* (org.). **Controvérsias jurídico-contábeis**. São Paulo: Altas, 2022. v. 2.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

IBRAHIMA, Hasmiene Diocolano; LINGA, Ding Xiao. An appraisal of the financial reporting practices of Islamic banks: the case of Murabahah contract. **Scientific Journal of PPI-UKM**, v. 3, n. 3, p. 113-118, 2016.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil: direito das obrigações – 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4.

MUNIZ, Ian; MONTEIRO, Marco. **Tributos federais e o novo padrão contábil: comentários à Lei n. 12.973/2014**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

OECD. **Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments**. Action 4: 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 17. ed. atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

ROSMAN, Romzie; HAMID, Mohamad Abdul; AMIN, Siti Noraini; AHMED, Mezbah Uddin. Financial Reporting of Murabaha Contracts: IFRS or AAOIFI Accounting Standards? **MEI Insight – Islamic Finance Special**. Singapore: National University of Singapore, 2016. p. 2.016.

SANTOS, Ramon Tomazela. A dedutibilidade de despesas com o pagamento de propina à luz das leis internas e das convenções internacionais celebradas pelo Brasil. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 48, 2021.

SECONDAT, Charles-Louis de. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

TAVALERA, Glauber Moreno. **Aspectos jurídicos controversos dos juros e da comissão de permanência**. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito tributário e direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.