

A Tributação das Operações com Créditos de Carbono

André Ricardo Passos de Souza

Advogado em São Paulo. LLM em Direito do Mercado Financeiro e de Capitais pelo IBMEC/SP. MBA em Finanças e Mercado de Capitais pela MP/FGV. Professor do Curso de Gestão Estratégica do *Agribusiness* do PENSA-FEA-USP/RP.

1. Tema em debate

Procuraremos neste trabalho traçar algumas linhas em torno da sistemática de tributação da renda gerada a partir das operações de circulação (negociação) de Certificados de Emissão Reduzida – CER (denominados comumente por “Créditos de Carbono”), mormente levando em conta a natureza jurídica dos referidos créditos diante do ordenamento jurídico pátrio e internacional, e os princípios que norteiam a sua emissão e circulação nos mercados nacional e internacional.

2. Contexto Histórico

A constante preocupação com os problemas climáticos que estamos enfrentando e a mobilização internacional em torno do tema “meio-ambiente” levou as nações, a partir da década de 70, a buscarem um mecanismo eficiente e supranacional de resolução dos problemas ambientais e de redução das emissões de gases que causam o denominado “efeito estufa”.

Referido efeito causado pela emissão dos denominados GEEs (Gases do Efeito Estufa) foi identificado pela comunidade científica internacional como o principal agente causador das nefastas mudanças climáticas em curso no planeta.

Dessa forma, em 1972, em Estocolmo, na Suécia, foi realizada a primeira grande conferência internacional sobre o tema. Essa conferência representou um marco da conscientização e esforços

internacionais em torno do assunto “meio-ambiente” e traçou as linhas iniciais das políticas supranacionais de proteção ambiental mundial.

Tal fato levou a Organização das Nações Unidas – ONU, já na década de 90, a convocar uma reunião dos países membros (RIO-92) para elaborarem uma convenção que regulasse o tema entre os países signatários, onde fossem postos os princípios e objetivos basilares de redução da emissão de GEEs pelos países membros da comunidade internacional, conforme se verifica das palavras de Marcelo Abelha Rodrigues em conferência realizada sobre o tema, *verbis*:

Tal convenção foi criada tendo por objetivo “a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático” (artigo 2). A Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças no Clima, nada mais é do que um Tratado, mas um pouco diferente dos modelos que estudávamos nos bancos da faculdade, nas aulas de direito internacional. É que tal espécie de Tratado (Quadro) caracteriza-se por um objetivo bem sedimentado – verdadeiro norte a ser cumprido -, mas o modo de implementá-lo é amorfo, isto é, como se fosse uma ameiba, a convenção quadro caminha em direção ao seu objetivo, mas assumindo um perfil variável, que constantemente pode ser alterado em prol do objetivo, que continua petrificado. Essa alteração e mutação de perfil é o reconhecimento de que ao longo do tempo os caminhos eleitos para se alcançar o objetivo podem se mostrar inadequados ou obsoletos, de forma que mantê-los poderia por em risco o alcance do indestrutível objetivo. Assim, esse mimetismo dos caminhos que podem ser adotados em direção ao objetivo, permite que os países signatários possam escolher remédios e soluções que acompanhem as evoluções que a seu tempo existirem. Por isso, a implementação e concretização da Convenção Quadro é feita mediante a realização periódica de Convenções subseqüentes (conferências partes – COP), onde, por intermédio de tratados específicos, se criam, desenvolvem e implementam técnicas para alcance do objetivo esculpido na Conferência Quadro. É como se disse.... A Conferência Quadro é a mãe, onde se fixa e petrifica o objetivo, e, a partir daí, realizam-se outras convenções, Convenções “filhas”, cuja finalidade é encontrar e implementar meios de se alcançar aqueles objetivos previstos na Convenção “Mãe”.¹

Com efeito, após a realização da referida conferência internacional e da assinatura da Convenção Quadro passamos a ter um marco jurídico internacional sobre o assunto com a diretriz de

¹ Palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direito Público, realizado em São Paulo-SP, no dia 07.11.2003.

regular as concentrações dos gases do “efeito estufa”. A Convenção Quadro, apesar de assinada em 1.992, somente entrou em vigor em 1.994.

Tal marco jurídico representado pela Convenção Quadro levou a Comunidade Internacional a firmar, em 1.997, o Protocolo de Quioto com o objetivo de regular a redução e/ou limitação das emissões de GEEs entre os Estados signatários.

3. Da Sistemática de Compensação de Créditos Introduzida pelo Protocolo de Kyoto

O referido protocolo, em suma, controla a emissão de 06 (seis) GEEs conforme Anexo A do protocolo, são eles: (i) Dióxido de Carbono – CO₂, (ii) metano – CH₄, (iii) óxido nítrico – N₂O, (iv) hidrofluorcarbonos – HFCs, (v) perfluorcarbonos – PFCs e (vi) hexafluoreto de enxofre – SF₆. Os gases em referência, em razão de sua composição química, possuem diferentes potenciais de aquecimento global.

Os GEEs com maior poder calorífico causam maior dano ambiental e, portanto, as emissões de CERs guardam correlação com o poder calorífico destes gases (projetos de redução de emissão que envolvam gases mais caloríficos gerarão mais CERs). Essa é a sistemática do Protocolo de Quioto. Para ilustrar as emissões e a correlação com os GEEs vale citar trabalho sobre o tema que assim alude à correlação em comento. As CERs são unidades de redução decorrentes de atividades de projeto MDL, utilizadas como uma moeda no mercado de créditos de carbono, cujo valor é calculado através da conversão do potencial de aquecimento global do GEE em 1 (uma) tonelada métrica equivalente de dióxido de carbono. Logo, se o metano (CH₄) tem potencial de aquecimento global 23, 1(uma) tonelada de CH₄ corresponde a 23 toneladas de CO₂ equivalente (23 t CO₂e), e assim sucessivamente para cada um dos gases previstos no Protocolo:

<i>GASES</i>	<i>Potencial de Aquecimento Global</i>	<i>Reduções Certificadas de Emissões (créditos de carbono) / tonelada de CO₂ equivalente (t CO₂e)</i>
<i>CO₂</i>	<i>1</i>	<i>1</i>
<i>CH₄</i>	<i>21</i>	<i>21</i>
<i>N₂O</i>	<i>310</i>	<i>310</i>
<i>HFCs</i>	<i>Entre 150 até 11.700</i>	<i>Entre 150 até 11.700</i>

<i>PFCs</i>	<i>Entre 6.500 até 9.200</i>	<i>Entre 6.500 até 9.200</i>
<i>SF₆</i>	<i>23.900</i>	<i>23.900</i>

*Fonte: Carbono Brasil*²

No mecanismo estabelecido no Protocolo de Kyoto, os países signatários (desenvolvidos e em desenvolvimento) concordaram em trabalhar em conjunto para a redução global das emissões de GEEs através da implantação de projetos MDL (“Mecanismo de Desenvolvimento Limpo”), projetos através dos quais os países em desenvolvimento poderão financiar e assistir os países em desenvolvimento na implantação de projetos “sustentáveis” sob o ponto de vista ambiental e que, portanto, são projetos que terão capacidade de geração de CERs para serem utilizados pelos países desenvolvidos dentro das metas de redução de emissões a que estarão submetidos pela sistemática do protocolo.

Em outras palavras, o mecanismo de MDL previsto no Protocolo permite aos agentes causadores de poluição (geralmente estabelecidos nos países desenvolvidos) a continuarem poluindo através da compra do “direito de poluir” consubstanciado por CERs gerados a partir de projetos MDL estabelecidos nos países em desenvolvimento. Os CERs gerados a partir destes projetos são vendidos aos agentes causadores de poluição no âmbito da sistemática prevista no Protocolo de Kyoto.

Nesse sentido vale citar novamente a lição de Marcelo Abelha Rodrigues que, sobre o tema, assim se posicionou, *verbis*:

O funcionamento do MDL dá-se através da seguinte forma. Os países do anexo I, que juntos, são responsáveis por 96% dos GEE, devem fazer o financiamento de projetos de mecanismos de desenvolvimento limpo (Projetos de MDL) nos países do Anexo II (países em desenvolvimento) com a finalidade de se obter, em concreto, e a longo prazo, uma redução do GEE nos níveis exigidos pelo Protocolo de Kyoto. Fosse só isso, realmente o MDL teria uma função altruísta e serviria, ainda que de modo secundário, como forma de compensação dos reveses ambientais causados pelos países ricos, que às custas do ambiente socializaram o prejuízo e privatizaram seus lucros, num capitalismo selvagem e opressor. Mas, é aqui que entra a engenhosidade criada pelos países do Anexo I, e, que só por isso, o MDL passou a ser um “negócio interessante”. É que, uma vez financiado o Projeto de MDL nos países em desenvolvimento, e caso realmente o projeto tenha logrado êxito (redução concreta do GEE ou inibição de sua liberação), essa redução ou vantagem resultante da implementação de Projetos de MDL resultarão na geração de créditos (títulos

² Disponível em : <<http://www.carbonobrasil.com/glossario.htm?letter=p>>.

negociáveis), denominados Certificados de Emissões Reduzidas (CER), que servirão para compensar (quitar) as obrigações de redução assumidas no Protocolo de Kyoto (aos níveis de 1990).

*Isso mesmo que vcs entenderam. Os países ricos, que mandam no mundo, que foram responsáveis pelo desequilíbrio climático resultante do efeito estufa, podem cumprir as obrigações previstas no Protocolo de Kyoto (redução de GEE aos níveis de 1990) sem modificar em nada as suas matrizes energéticas, mantendo ou aumentando a sua poluição, desde que use como forma de compensação, os títulos ou certificados de redução de carbono, adquiridos pelo financiamento dos projetos de MDL realizados nos países em desenvolvimento. Compram o direito de poluir, continuar poluindo ou aumentar a poluição.*³

4. Dos Princípios Norteadores do Protocolo de Quioto

A essa altura precisamos nos perguntar quais foram os verdadeiros interesses das partes signatárias do protocolo e o que motivou a sua assinatura? Tal questionamento se faz necessário para buscarmos o sentido de sua instituição e entendermos a que princípios está submetido.

Os princípios de um determinado ordenamento jurídico fazem parte deste ordenamento. Eles são indissociáveis e explicitam a relação de causa e efeito entre as normas jurídicas e os fatos sociais que estão subsumidos às normas jurídicas cunhadas.

No dizer de Eros Roberto Grau *“Importa observarmos, pois, que os princípios que descobrimos no interior de um ordenamento jurídico são princípios deste ordenamento jurídico, deste direito. Por isso não reconheço a existência de princípios gerais do direito, senão apenas de princípios gerais de direito.”*⁴

E quais são os princípios consubstanciados no direito criado pelo Protocolo de Quioto?

Verificamos que o mecanismo instituído pelo Protocolo de Quioto reflete uma visão muito particular sobre a temática do aquecimento global e da poluição atmosférica. Esta visão consagra uma fórmula de mercado para solução do problema do aquecimento global. É como se as nações do globo terrestre se ajustassem para, através do mecanismo de compra e venda de créditos, criarem um

³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Protocolo de Quioto e Mecanismo de Desenvolvimento Limpo – Uma análise Jurídico – Ambiental*, artigo disponível em : <<http://www.aprodab.org.br/biblioteca/doutrina/mar01.doc>>.

⁴ *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*, ed. Malheiros, p. 130.

ambiente propício ao desenvolvimento sustentável e à correção dos equívocos que por gerações e gerações têm prejudicado o meio-ambiente terrestre.

Ora, referida visão é fruto de uma visão essencialmente liberal de que o “mercado” como entidade acéfala e incorpórea teria o condão de, de per si, redimir e ajustar as políticas nacionais e supranacionais poluidoras, ao passo que manteria a correlação de forças entre as nações do globo terrestre no *status quo* já conhecido de divisão internacional do trabalho entre as nações desenvolvidas e em desenvolvimento.

Ela reafirma a crença de que o “mercado internacional” se adequará para evitar a catástrofe climática e se contrapõe à visão de regulação e intervencionismo para fins de se evitarem os danos ao meio-ambiente.

Nesse sentido ainda, vale citar a lição de Paulo Caliendo que assim explicitou com maestria o princípio geral que se encontra na base da sistemática que norteou a criação do mecanismo jurídico introduzido pelo Protocolo de Quioto, *verbis*:

*A grande contribuição para o Direito Ambiental, decorrente do Protocolo de Kyoto, está na noção de que os mecanismos de mercado podem auxiliar na resolução do problema da emissão de carbono e, conseqüentemente, na redução do efeito estufa (CHG). O Protocolo previa um sistema capaz de permitir a redução das emissões de carbono através de dois instrumentos complementares: i) iniciativas nacionais e ii) iniciativas complementares. Cada país deve proceder a um sistema nacional para a estimativa das emissões antrópicas por fontes e das remoções antrópicas por sumidouros de todos os gases de efeito estufa, bem como negociar com os principais emissores para que sejam estabelecidas metas de redução das emissões de carbono.*⁵

E arremata afirmando que:

*Dessa forma, a criação de um mercado de carbono doméstico, com apoio institucional e engajamento empresarial, pode representar um mecanismo relevante na proteção ambiental nacional, além de permitir o ingresso significativo de investimento externo no país. A defesa unilateral de soluções de governo para problemas da sociedade engessa a sociedade civil e sufoca o Estado, incapaz de suprir a todas as demandas sociais.*⁶

⁵ Silveira, Paulo Antônio Caliendo Velloso. *Direito Tributário Ambiental*, p. 880.

⁶ *Idem*, p. 892.

Em outras palavras, visou o protocolo minimizar os efeitos advindos das externalidades negativas (poluição) causadas pelos agentes do mercado através da criação de um mecanismo através do qual o próprio mercado se ajusta e interage de forma a propiciar os meios pelos quais os indivíduos mais eficientes sob o ponto de vista de redução dos efeitos poluentes (externalidades negativas) possam vir a auferir benefícios junto aos indivíduos menos eficientes na redução destas externalidades, absorvendo parte das externalidades negativas dos indivíduos menos eficientes através da negociação dos CERs.

Assim, a resposta à primeira pergunta que fizemos se torna mais simples. Os CERs (a resposta à pergunta) são os instrumentos criados para consubstanciar a “troca” das externalidades entre os indivíduos mais eficientes (vendedores) e os menos eficientes (compradores) sob o ponto de vista da redução da emissão de poluentes. Estes indivíduos interagirão no mercado internacional de forma a se atingirem os objetivos do Protocolo de Quioto e os “objetivos da humanidade” na busca de um meio-ambiente mais equilibrado através da emissão e negociação dos CERs.

Portanto, dentro os princípios norteadores do Protocolo de Quioto, cabe-nos na qualidade de formuladores da ciência jurídica buscar compreender a natureza específica dos CERs dentro do sistema jurídico internacional em que está inserido e diante das normas que regem o direito pátrio.

5. Da Natureza Jurídica dos Créditos de Carbono

Importante para fins de aplicação ao nosso trabalho delimitarmos a natureza jurídica do CERs para definirmos o alcance prático de sua emissão (formação) e circulação (negociação) no patrimônio dos agentes do mercado de créditos de carbono. Os CERs são unidades de redução de emissões decorrentes exclusivamente de atividades MDL, submetidas ao controle e supervisão dos órgãos (ANDs, Conselho Executivo e Conferência das Partes) instituídos pela Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas para essa finalidade.

As convenções são tratados internacionais, logo, estão sujeitas às regras do Direito Internacional Público (“DIP”). Tendo em vista que os créditos de carbono são decorrentes de projetos MDL, mecanismo instituído e regulado por tratados internacionais (Convenção e Protocolo de Quioto), evidente a adequação da normativa de DIP para a análise jurídica dos referidos créditos, conforme realizaremos a seguir.

A Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969, estabelece que o "tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito

Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica” (Art. 1, a). Na atualidade, “o desenvolvimento das relações internacionais e a interdependência cada vez maior entre os Estados têm feito com que os tratados se multipliquem na sociedade internacional”⁷. A terminologia dos tratados é bastante imprecisa, porém, observando-se a praxe internacional, emprega-se o termo Convenção para os tratados que criam normas gerais; e Protocolo, mais especificamente protocolo-acordo, aos tratados que instituem normas jurídicas, sendo utilizados como suplemento a um acordo já existente.

Não obstante, tanto a Convenção quanto o Protocolo de Quioto são tratados internacionais, que criam normas gerais e tem um caráter programático instituindo diretrizes gerais para o controle das mudanças climáticas.

E como definir a natureza jurídica dos Certificados haja vista o mercado já estar em funcionamento e sua qualificação jurídica para uma regulamentação legal posterior? A segurança jurídica é imprescindível às relações de direito e somente se fará absolutamente legítima se perfeitamente compreendida e qualificada em uma ordem regularmente constituída.

A apuração da natureza jurídica das CERs acabará por definir vários aspectos jurídicos em torno das CERs desde o regime legal aplicável à sua originação/negociação até quais os tributos exigíveis nos negócios jurídicos envolvendo as CERs. A definição da natureza das CERs, origina uma discussão complexa, tendo se tornado um dos assuntos mais discutidos pela doutrina jurídica ultimamente.

Apesar de o ‘mercado oficial’ da ONU ainda não estar em funcionamento, ‘mercados paralelos’ surgiram onde os projetos privados são negociados em bolsas de carbono localizadas, principalmente nos Estados Unidos. A CCX – *Chicago Climate Exchange*, a primeira negociadora de créditos de carbono decorrentes de gases do efeito estufa, por mais contraditório que seja, está no país que, primeiramente se recusou a assinar o Protocolo de Quioto, Estados Unidos da América.

No Brasil, a Bolsa de Mercadorias e Futuros – BMF, em parceria com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, lançou, em dezembro de 2005, o Mercado Brasileiro de Redução de Emissões (MBRE), primeiro mercado a ser implantado em um país em desenvolvimento, que deverá negociar ativos gerados por projetos enquadrados como MDL.⁸

Na doutrina, diversos estudos sobre a natureza jurídica das CERs estão sendo desenvolvidos, sendo as principais categorias nas quais podem ser enquadradas: *commodity* ambiental, mercadoria, serviço, valor mobiliário, derivativo e bem intangível puro. Essa discussão tem grande relevância no âmbito da regulação do Banco Central do Brasil (Bacen) quanto à captação de recursos estrangeiros ou mesmo quanto às normas tributárias incidentes sobre o resultado positivo decorrente de suas

⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 211.

⁸ SOUZA, Rafael Pereira de (coord.). *Aquecimento Global e créditos de carbono*, 1ª ed: Quartier Latin, p. 181.

negociações. Nesses casos, é certo que o tratamento do crédito de carbono como ativo, por exemplo, seria diferente do tratamento dispensado ao mesmo se ele fosse um valor mobiliário.

Nessa esteira é necessário buscarmos a definição que mais se enquadra à figura das CERs no Direito Brasileiro para perquirir acerca dos efeitos a elas atinentes.

Primeiro, verifiquemos se tais certificados poderiam ser enquadrados na definição de *comodity*.

Paulo Sardoni, em sua definição, reconhece que se trata do equivalente a mercadoria em nosso idioma e assim esclarece:

*O termo significa literalmente ‘mercadoria’ em inglês. Nas relações comerciais internacionais, o termo designa um tipo particular de mercadoria em estado bruto ou produto primário de importância comercial, como é o caso do café, do chá, da lã, do algodão, da juta, do estanho, do cobre etc. Alguns centros se notabilizaram com importantes mercados destes produtos (comodity exchange). Londres, pela tradição colonial e comercial britânica, é um dos mais antigos centros de compra e venda de commodities, grande parte das quais nem sequer passa por seu porto.*⁹

Por seu turno, a professora Amyra El Khalili define *comodities* ambientais como sendo:

*mercadorias naturais produzidas em condições sustentáveis e que constituem os insumos vitais para a indústria e a agricultura. Obedecem a critérios de exportação, produtividade, padronização diferenciada, classificação, comercialização e investimentos. As commodities ambientais dividem-se em sete matrizes : água, energia, madeira, minérios, biodiversidade, reciclagem e controle de emissão de poluentes (água, solo e ar).*¹⁰

Vejamos o conceito de mercadoria no Direito Brasileiro. Segundo a definição de mercadoria do art. 191 do Código Comercial: "mercadoria é aquilo que está à venda, que constitui objeto do comércio".

Mercadoria, no conceito clássico, são os bens móveis, corpóreos, tangíveis, ou semoventes; ou ainda o papel-moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, ou seja, o termo *commodity* pressupõe reconhecer que o objeto é fungível e também requer

⁹ *Dicionário de Economia do Século XXI*, ed. Revista e atualizada do Novíssimo Dicionário de Economia. Rio de Janeiro: Record, 2005.

¹⁰ KHALILI, *apud* Gonçalves, Fernando Dantas Casillo *et. al.* *Aquecimento Global e Créditos de Carbono*, 1ª ed. São Paulo: *Quartier Latin*, p. 259.

necessariamente a existência de um bem corpóreo sujeito à mercancia. As CERs se enquadram como direitos sem existência material, porém passíveis de negociação, classificando-se assim, como bens de natureza incorpórea. Também não podem ser considerados bens fungíveis, pois derivam de um processo único de aprovação no órgão competente, nunca se dissociando do projeto de MDL que a gerou.

Para Amyra El Khalili, presidente da Organização Não Governamental - ONG CTA (Consultant, Trader and Adviser), o que existe hoje é, na verdade, uma grande confusão entre os conceitos de *commodity* ambiental e crédito de carbono. Segundo ela, um conceito nada tem a ver com o outro, e o cerne da confusão pode estar na junção das palavras ‘*commodity*’ e ‘ambiental’.

*Uma commodity visa o lucro imediato, portanto é algo contrário ao meio ambiente, mais precisamente a sua conservação’ (...). ‘O carbono não é uma commodity porque as suas emissões têm de ser reduzidas. Se fosse uma commodity, o carbono teria de visar o lucro e, para tanto, sua emissão deveria ser incentivada. Quanto mais toneladas de carbono fossem emitidas, maior seria o seu preço de mercado.’*¹¹

Por essas razões, o tal seqüestro de carbono tem de ser entendido como um processo e não como uma *commodity*. Desta feita, em nosso entendimento também, não há que se classificar as CERs como *commodities* ou mercadorias, na medida em que não se enquadram no conceito legal a elas atinente, na medida em que não denotam as características de fungibilidade e de aumento de produção à guisa de lucro.

Passemos, então, ao exame da inserção dos Créditos de Carbono no conceito de títulos de crédito. Título de crédito é o documento criado por lei para representar um determinado crédito, devendo conter certos requisitos que lhe dão total idoneidade. Trata-se de uma obrigação que nasce de uma declaração unilateral de vontade. É forma de exteriorização do crédito, conferindo-lhe a lei certas vantagens para exigir a adimplência da obrigação nele contida.

Ainda, o novo Código Civil adotou o conceito de Cesare Vivante. O art. 887 dispõe sua definição de “Documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei”.

¹¹ KHALILI, Amyra El. *Quem será beneficiado pelos créditos de carbono?* Reportagem disponível em <<http://www.comciencia.br/reportagens/clima/clima04.htm>>.

Nesse ponto vale citar a definição de Cesare Vivante “Título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado”.¹² Este conceito abrange referências aos princípios básicos da disciplina do documento (cartularidade, literalidade e autonomia). Os títulos de crédito são documentos representativos de obrigações pecuniárias; não se confundem com a própria obrigação, mas dela se distinguem porque se limitam a representá-las. Em outros termos, o título prova a existência de uma relação jurídica, especificamente duma relação de crédito, ele constitui a prova de que certa pessoa é credora de outra.

No Brasil, por determinação legal, os elementos essenciais dos títulos de créditos típicos e atípicos são: cartularidade, literalidade e autonomia. A cartularidade é a transcrição de um negócio para um documento, normalmente, uma folha de papel. O documento é necessário para o exercício do direito de crédito. Já, a literalidade significa a descrição nesse documento, de forma mais detalhada possível, daquele negócio. O título é literal porque sua existência se regula pelo teor do seu conteúdo.

No que tange a autonomia, diz-se que o título de crédito é autônomo porque o possuidor de boa-fé exercita um direito próprio, que não pode ser restringido ou destruído em virtude das relações existentes entre os anteriores possuidores e o devedor. No que diz respeito à circulação do crédito, essa é expressa pela possibilidade que tem o portador do cheque de transmiti-lo de forma independente, podendo ter seu valor sacado no banco ou transferido para terceiro, como parte de outro negócio, independente da vontade do emitente.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho:

*Título de crédito é um documento. Como um documento, ele reporta um fato, ele diz que alguma coisa existe. Em outros termos, o título prova a existência de uma relação jurídica, especificamente duma relação de crédito; ele constitui a prova de que certa pessoa é credora de outra; ou de que duas ou mais pessoas são credoras de outras.*¹³

Assim, não se concebe ser um título de crédito documento que não expresse uma operação de crédito em sentido estrito. O crédito importa a devolução do valor transferido (resgate), seja por compensação, ou pagamento em espécie, e ainda, o uso do capital por um lapso de tempo determinado.

¹² Vivante, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. Milão, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, vol. III, p. 163-164. Julgamos conveniente transcrever o original: "Il titolo di credito è un documento necessario per esercitare il diritto letterale ed autonomo che vi è mencionado".

¹³ Curso de Direito Comercial, Volume I, 6ª ed: Saraiva, 2002, p. 369-370.

É certo também que todo direito corresponde uma obrigação, mas nem todas as obrigações são de natureza creditícia.

Com relação às reduções certificadas de emissões, como tradicionalmente estudamos, estes se afastam dos pressupostos obrigatórios aos títulos de créditos caracterizados na cartularidade, na literalidade e na autonomia, apesar de encontrarmos indícios de cartularidade assemelhada aos atuais títulos eletrônicos e da autonomia em alguma dessas formas. Consideramos esses indícios precários pela falta parcial dos elementos característicos aos títulos de crédito, bem como do não efetivo desprendimento do direito representado pelas reduções certificadas daquele mecanismo protocolar que lhe deu origem.

Ou seja, enquanto os títulos mobiliários devem necessariamente corresponder a uma obrigação de natureza pecuniária a ser cumprida pelo emissor, o responsável pela emissão das CERs, quem seja, o Conselho Executivo do MDL, não possui qualquer relação obrigacional pecuniária em relação àquele que deu origem à elas – ou seja, o titular do projeto de MDL.

Existe ainda a possibilidade de as CERs serem consideradas como “derivativo”, que se trata de um contrato definido entre duas partes no qual se definem pagamentos futuros baseados no comportamento dos preços de um ativo de mercado. O derivativo tem a função de troca de resultado financeiro por meio da aplicação da variação do valor de índices ou projeções de poucos, em um determinado período de tempo sobre um montante inicial, alterando a característica do risco de caixa ou da carteira de uma empresa, dada a possibilidade de alteração do valor determinado ativo, seja uma *commodity*, taxa de câmbio, taxa de juros ou um índice de preços.

Derivativos são ativos financeiros que derivam, integral ou parcialmente, do valor de outro ativo financeiro ou mercadoria.

*Um derivativo é um ativo ou instrumento financeiro, cujo preço deriva de um outro ativo ou instrumento financeiro de referência que justifica a sua existência seja com a finalidade de obtenção de um ganho especulativo específico ou principalmente como hedge contra eventuais perdas de um ativo ou instrumento financeiro de referência.*¹⁴

Existem doutrinadores que sustentam a natureza de “derivativo” dos CERs por entenderem que sua negociação em mercados de bolsa ou de balcão são baseadas em contratos que derivam dos próprios CERs, bem como por representarem “proteção” quanto a riscos futuros inerentes à

¹⁴ FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro produtos e serviço*, 16ª ed: Quality Mark , p. 633.

necessidade de redução de metas de poluição que se perpetuam no tempo e de acordo com as tecnologias utilizadas.

Entendemos, todavia, que não. Derivativos são contratos que derivam de outros contratos e, portanto, de outras obrigações que lhe sustentam. As CERs por sua vez derivam de projetos de MDL e não derivam de seu lastro financeiro, ao contrário, apenas incorporificam as reduções certificadas a que faz jus o agente que implantou um projeto MDL, representando uma espécie de “corporificação jurídica” destes projetos e dos seus efeitos jurídicos.

Desta forma, não caracterizando-se como *commodity*, títulos de crédito ou derivativo, o que seriam as CERs para fins de definição da natureza jurídica destes certificados e estabelecimento das conseqüências jurídicas a que estão afetas? A nosso ver, em um primeiro momento, diríamos, em sua emissão “primária”, em benefício do agente que investiu em um projeto de MDL e obteve os CERs perante as autoridades concedentes, os CERs representariam apenas um ativo incorpóreo representado pelos certificados e, qualquer negociação direta destes ativos implicaria em conseqüências jurídicas atinentes a referido tipo de negociação.

Por sua vez, também a nosso ver, caso a negociação do CER seja “secundária”, ou seja, configure a sua segunda etapa de negociação, partindo do comprador que o adquiriu do emissor para um terceiro interessado qualquer, ela poderá possuir duas características diferentes: a primeira, manter-se como ativo incorpóreo, desde que a negociação seja uma negociação privada, ou seja, conduzida diretamente entre as partes e sem oferta ou circulação dos títulos ao público em geral, ou, no segundo caso, na hipótese de negociação secundária pública, caracterizar-se o CER como um valor mobiliário e, portanto, sujeitar-se ao regime de negociação e tributação atinente a esta segunda categoria. Vejamos:

A dita emissão “primária” do CER ou sua negociação privada apesar de representar uma operação complexa, seja sob o ponto de vista da pluralidade de etapas para formação e aprovação dos projetos MDL, seja das relações jurídicas que se entremeiam na formação deste ativo incorpóreo, representa na sua conceituação e conformação jurídica a formação de um verdadeiro direito potestativo do detentor do RCE contra quaisquer terceiros que tenham por obrigação reconhecer-lhes efeitos jurídicos. É dizer que a característica básica do CER é a de conferir ao seu detentor um direito oponível (ou negociável) com terceiros que pretendem deter o direito potestativo de causar níveis de poluição acima dos que lhe são permitidos pela legislação ambiental.

Nesse sentido a lição de Pontes de Miranda que, acerca desta categoria de direitos, observou que “*Há, porém, poderes que existem por si, que são direitos, independentemente de outros*”¹⁵. Este é exatamente o caso do direito conferido ao detentor das CERs que obtém após a aprovação do projeto

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Parte Geral, Tomo V, 2ª ed: Borsoi. Rio de Janeiro, 1955, p. 242.

MDL o poder - direito de poluir acima dos níveis a ele estabelecidos pelo Protocolo de Quioto. Em outras palavras, o CER nasce direito subjetivo do detentor, direito potestativo representado pelo certificado, constituindo-se bem incorpóreo deste detentor conforme bem define Orlando Gomes “segundo a tradição romana, os direitos são bens incorpóreos. Podem ser assim considerados ainda hoje, para certos fins”¹⁶.

Os bens incorpóreos são aqueles que, apesar de não terem existência física, interessam ao mundo jurídico, mormente por apresentarem valor econômico para os seres humanos, sujeitos últimos da incidência jurídica. Dessa forma, por se tratar de bens imateriais, não é possível que sua transmissão se faça através da operação de compra e venda de bens, pois esta se aplica somente aos bens materiais. Logo, estamos diante de uma cessão de bens intangíveis, também comumente chamada de cessão de direitos.

Conforme preleciona Silvio de Salvo Venosa acerca do tema os bens incorpóreos podem ser objeto de negociação em regime próprio, o da cessão de direitos, *verbis*:

*É necessário, obviamente, que a coisa objeto do contrato de compra e venda esteja no comércio, isto é, seja suscetível de alienação. A idéia leva originalmente em conta as coisas corpóreas; todavia, os bens incorpóreos também podem ser objeto do negócio, embora para este assumam a denominação de cessão.*¹⁷

Corroborando o regime jurídico específico e a natureza peculiar a legislação comercial, notadamente a de regência das sociedades anônimas, introduziu através da reforma perpetrada pela Lei 11.638/2007, com vigência a partir de 01.01.2008, o reconhecimento expresso da natureza dos bens incorpóreos, determinando um regime especial para o seu registro contábil em seu artigo 179, inciso VI, que dispõe que: “As contas serão classificadas do seguinte modo: VI - no intangível: os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido”, dando-lhes tratamento contábil especial que, segundo o FIPECAFI “são agregados de benefícios econômicos futuros sobre os quais uma dada entidade detém o controle e exclusividade na sua exploração. Ocorre que, diferentemente dos ativos tangíveis, que são visivelmente identificados, e contabilmente separados, os intangíveis por vezes não o são”.¹⁸

Entretanto, após nascer direito potestativo de “causar determinados níveis de poluição ambiental” e como tal ser negociado na esfera privada, como vimos, mantendo a sua característica e natureza jurídica originárias, referido direito, em um segundo momento passa a ser regido por outro

¹⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 10ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1990, p. 219

¹⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Contratos em Espécie*; 5ª ed: Atlas Jurídico. São Paulo, 2005, p. 34.

¹⁸ Iudicibus; Martins; Gelbcke: FIPECAFI – Manual de Contabilidade da Sociedade por ações, 7ª ed: Atlas, 2008, p. 228.

ordenamento jurídico ao ser negociado no mercado secundário, dentro da sistemática do mercado de capitais e da oferta pública de valores.

Isto porque, conforme o disposto na Lei nº. 6.385/76, a Lei do Mercado de Capitais, alterada posteriormente pela Lei nº 10.303, de 31.10.01 têm-se como “valores mobiliários” todos aqueles ativos que “*quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros*” (art. 2º, inciso IX, da Lei nº 6.385/76).

Ora, para os fins do disposto na norma acima em destaque, entendemos que as CERs podem ser definidas como “títulos” em sentido genérico (não no conceito de “título de crédito”) que gerem direito de remuneração, por serem valorados e negociados no mercado, e cujos rendimentos obtidos pelo agente emissor advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros envolvidos no projeto de redução de emissões que lhes dá origem.

Nesse sentido cumpre citar a lição de Luiz Gastão Paes de Barros Leães que define os valores mobiliários como sendo:

*Todo investimento em dinheiro ou em bens suscetíveis de avaliação monetária, realizado pelo investidor em razão de uma captação pública de recursos, de modo a fornecer capital de risco a um empreendimento, em que ele, o investidor, não tem ingerência direta, mas do qual espera obter ganho ou benefício futuro.*¹⁹

Na mesma linha de raciocínio, o Projeto de Lei nº 3.552, elaborado com a finalidade de organizar e regular o mercado de carbono na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, de autoria do Deputado Eduardo Paes, foi claro ao atribuir em seu artigo 4º natureza jurídica de valor mobiliário para as CERs. Este projeto também submete as CERs à fiscalização, sanção e regulação por parte da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, ou seja, ao regime da Lei 6.385/76.

Ademais, no primeiro leilão de CERs realizado no Brasil, em 26.09.2007, na Bolsa de Mercadorias e Futuros, foram negociadas mais de oitocentas mil CERs emitidas pela Prefeitura Municipal de São Paulo, pelo valor de Euros 16,20 cada RCE, o que denota o caráter de valor mobiliário sujeito à negociação em bolsa ou fora de bolsa, porém ofertado ao público e sujeito à fiscalização da CVM.

¹⁹ Revista de Direito Mercantil nº 14, 1970.

Destarte, em nosso entendimento as CERs representam ativo intangível enquanto não colocadas à negociação ao público, sendo que após referida colocação ganham natureza jurídica e contornos de “valor mobiliário”, sujeitando-se, portanto, ao plexo de normas jurídicas que regulam as relações atinentes a tais ativos, importando, inclusive, nos efeitos tributários sobre as rendas geradas no âmbito de sua circulação/comercialização, conforme veremos a seguir.

Importante ressaltar, ademais, que referida definição da natureza jurídica dos CERs, a nosso ver, atende aos princípios norteadores do Protocolo de Quioto na medida em que reconhece aos CERs conteúdo e natureza jurídica que lhe inserem no contexto do mercado de capitais brasileiro e internacional, contribuindo assim para o melhor desenvolvimento das trocas destes “direitos” entre os participantes do dito “mercado de carbono”, viabilizando o mecanismo de trocas inserido no ordenamento jurídico nacional e internacional que rege a emissão dos CERs.

6. A Tributação dos Créditos de Carbono

Diante do que restou anteriormente definido acerca da natureza jurídica dos CERs resta-nos a árdua tarefa de tratar dos contornos de sua tributação, de modo a definirmos as incidências tributárias a recaírem sobre a circulação/negociação destes “direitos” entre os participantes do dito “mercado de carbono”.

Em primeira mão, cumpre-nos ressaltar que a nós não parece que o Protocolo de Kyoto, na qualidade de norma internacional a reger a integração das diversas ordens jurídicas nacionais que lhe ratificaram os efeitos no âmbito de seus ordenamentos jurídicos locais (nacionais ou supranacionais), tenha determinado algo ou imposto alguma limitação de competência para tributação das rendas geradas a partir da circulação/negociação dos referidos créditos.

Tampouco nos parece que a norma contida no item 08 do Artigo 12 do Protocolo de Quioto traga em seu bojo uma restrição ao poder de tributar dos Estados signatários da convenção no que concerne à negociação do CERs gerados e/ou adquiridos pelos residentes de cada um dos países signatários.

A uma porque referida norma, a nosso ver, sinaliza apenas com a possibilidade de a Conferência das Partes, definida pelo tratado como a “Conferência das Partes da Convenção”, *“assegurar que uma fração dos fundos advindos de atividades de projetos certificadas seja utilizada para cobrir despesas administrativas, assim como assistir às Partes países em desenvolvimento que sejam particularmente vulneráveis aos efeitos adversos da mudança do clima para fazer face aos*

custos de adaptação”, o que não quer dizer que os Estados signatários do protocolo não tenham competência impositiva para tributar os ganhos decorrentes da circulação/negociação destes créditos, inclusive para o atendimento da finalidade proposta na referida norma internacional.

E a duas, porque os tratados internacionais que versam acerca de tributação internacional das rendas entre dois entes residentes de países distintos em uma determinada negociação internacional, a rigor, exercem uma função repartidora de competências tributárias que lá já estão postas e, na medida em que o Protocolo de Quioto silencia acerca da limitação das competências impositivas dos Estados signatários, não há que se falar em vedação imposta pela referida norma internacional ao exercício das competências impositivas pelos países signatários do protocolo.

Conforme já tivemos a oportunidade de nos manifestar “*uma convenção para evitar a dupla tributação da renda é uma norma de repartição de competências tributárias. Ao celebrá-la, um Estado abre mão de parte de sua soberania em favor de outro Estado Contratante de forma a evitar a dupla tributação dos rendimentos tratados pela Convenção*”²⁰.

Nesse sentido também ensina o Professor Alberto Xavier, *verbis*:

Dentro das fontes internacionais do Direito Tributário, os tratados ocupam lugar de primordial relevo. De há muito, com efeito, se celebram convenções internacionais que, versando embora essencialmente matérias de outra natureza, contemplam, acidental ou acessoriamente, disposições tributárias: basta pensar nos acordos de comércio, nos que visam a formação de uniões aduaneiras ou zonas de comércio livre, nos que regulam os portos marítimos, os aeroportos, a viação rodoviária, a navegação aérea, o trânsito e baldeação, o serviço postal, a emigração, a proteção de investimentos, a cooperação cultural, científica ou militar, ou as convenções relativas às imunidades diplomáticas e consulares ou ao regime fiscal das organizações internacionais e seus empregados.

Ao lado destes, porém, surgiram tratados de conteúdo especificamente tributário, visando eliminar ou atenuar a dupla tributação e a evasão fiscal, ou ainda procurando disciplinar a colaboração administrativa entre Estados em matéria de impostos.

*Estes tratados são, via de regra, tratados bilaterais. Os tratados coletivos ocupam no Direito Tributário Internacional um lugar decididamente secundário.*²¹

²⁰ SOUZA, André Ricardo Passos. *Revista de Direito Tributário da APET*, Ano II, Edição 07, setembro 2005, MP editora, p. 54.

²¹ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional no Brasil*, 6ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 96.

Destarte, são as normas de direito interno que fornecerão o arcabouço normativo apto a definir as incidências tributárias sobre as negociações dos CERs, o que, no caso brasileiro, está intimamente ligado à tributação da renda gerada a partir destas operações, no enfoque específico deste trabalho.

7. O Conceito de Renda Tributável no Direito Brasileiro

Não há como se tratar de tributação sobre a renda sem, em primeiro lugar, definirmos o que é “renda” no direito brasileiro e como ela é tratada no nosso sistema jurídico para fins de incidência do Imposto sobre a Renda.

O conceito de renda no direito brasileiro tem sede constitucional e se ramifica pela legislação complementar e pela legislação de regência do Imposto sobre a Renda.

O art. 153, inciso III, da Constituição Federal de 1.988, dispõe que “*Compete à União instituir impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza*”.

O parágrafo segundo do artigo 153 da Constituição Federal de 1.988 dispõe que “*O imposto previsto no inciso III será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei*”.

O Código Tributário Nacional, por sua vez, dispõe, em seu artigo 43 e incisos I e II que:

O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Note-se que, fundamental na definição da hipótese de incidência do Imposto sobre a Renda, na forma prevista nas normas acima transcritas, é o auferimento de acréscimo patrimonial por parte do sujeito passivo na forma prescrita em Lei.

Extrai-se daí, uma idéia central, um núcleo básico da hipótese de incidência do Imposto sobre a Renda que é a verificação da ocorrência, em determinado lapso temporal, no patrimônio de um ente jurídico, de acréscimo disponível, conforme previsão contida em Lei.

Em outras palavras, é premissa básica para o nascimento da obrigação de um determinado ente jurídico pagar Imposto de Renda, a ocorrência de um *plus*, uma mais-valia patrimonial, que, necessariamente, esteja disponível²² ao contribuinte, e seja apurado dentro de determinado lapso temporal, cuja previsão de ocorrência deve estar, necessariamente, estabelecida em Lei válida e eficaz a respaldar a cobrança da exação.

Nesse sentido é a valiosa lição do Professor Ives Gandra da Silva Martins que acerca do tema, assim ensina, *verbis*:

*Uma empresa adquire sua disponibilidade econômica ou jurídica no exato momento em que encerra seu balanço, isto é, quando apura o seu lucro. Neste instante, se dá, pois, a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica. Em nenhum outro, nem antes, nem depois.*²³

Ademais, além da ocorrência do acréscimo patrimonial disponível relacionado a uma universalidade de bens e de direitos (patrimônio) pertencente a um ente jurídico em determinado espaço de tempo, é necessário também que este acréscimo patrimonial seja informado pelos critérios da generalidade (todas as rendas), universalidade (todos os indivíduos) e progressividade (aumento da carga proporcional ao aumento da base de incidência).

Pois bem, a partir destes contornos jurídicos a doutrina e a jurisprudência pátrias desenvolveram um conceito do que possa ser definido como “renda” tributável pelo Imposto sobre a Renda.

A jurisprudência recente do Pretório Excelso define “renda” para efeitos tributários como:

O conceito de RENDA, para efeitos tributários, é o legal.

...

Está no CTN como sendo

“... o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos” (L. 5.172/66, art. 43, I).

²² Conforme definiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 172.058-1.

²³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito Empresarial – Pareceres*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª Edição revista e ampliada, 1986, p. 150.

Para efeitos tributários, não há que se falar em um LUCRO REAL que não seja o decorrente da definição legal.

É o CTN que introduz os dois tipos de disponibilidade – a ECONÔMICA e a JURÍDICA.

A doutrina adverte para a polissemia constitucional do conceito.

A CF, redação de 1988, se utiliza 17 vezes da expressão renda, em 06 diferentes sentidos:

- a) “receita pública auferida, arrecadada, de natureza tributária ou não” (arts. 30, III, e 48, I);*
- b) “renda regional” (arts. 43, § 2º, IV; e 192, VII);*
- c) “poder aquisitivo de certa pessoa” (art. 201, II);*
- d) “remuneração de títulos públicos” (art. 151, II);*
- e) “base tributável” (arts. 153, III; 157, I; 158, I; 159, I; 159, § 1º);*
- f) “somatório de remuneração e ganhos de rendimentos” (arts. 150, VI, a, c, § 2º, § 3º, § 4º; 153, § 2º, II).*

O que aqui nos interessa é o conceito de renda como base tributável.

Basta, para o caso, constatar que a expressão RENDA, ao fim e ao cabo, designa o ACRÉSCIMO DE VALOR PATRIMONIAL e não FLUXO DE RENDA.
(grifamos).²⁴

Bulhões Pedreira, em sua clássica obra sobre o tema, assim delimita o conceito de renda posto na legislação complementar, *verbis*:

A definição de renda como produto do capital; do trabalho ou da combinação de ambos é clássica, e já constava da legislação do imposto (DL 5.844/43, art. 10). Produto é aquilo que resulta para a pessoa, respectivamente, do fornecimento de serviços produtivos de capital de sua propriedade, da prestação do seu trabalho ou da organização – no próprio nome – de atividade produtiva (que combina serviços do trabalho e do capital). Esse resultado é dinheiro ou valor em dinheiro de outros direitos patrimoniais adquiridos no processo de repartição da renda. E capital significa – nessa definição – qualquer fonte de renda.

...

²⁴ Trecho do voto proferido pelo Exmo. Ministro Nelson Jobim nos autos da ADIN 2.588/DF.

*O CTN definiu “proventos de qualquer natureza” como acréscimos patrimoniais que não resultam de pagamentos de renda. Na verdade, acréscimo patrimonial é efeito de qualquer modalidade de renda financeira, que é repartida mediante dinheiro e outros direitos patrimoniais que fluem para o patrimônio da pessoa, aumentando o valor de patrimônio líquido.*²⁵

Roque Antônio Carraza, na mesma linha de raciocínio, assim se posiciona diante da questão:

*Em suma, o IR caracteriza-se por : (a) seu aspecto material ser o acréscimo de patrimônio (a disponibilidade de riqueza nova) do contribuinte; e (b) seu aspecto temporal exigir um termo inicial e um termo final. Sobremais, em relação a ele ganham relevo os critérios da progressividade, da universalidade e da generalidade (art. 153, § 2º, I, da CF), que, conjugados, imprimem-lhe caráter pessoal, graduando-o de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes (art. 145, § 1º, da CF) – circunstância que, melhorando a distribuição da carga fiscal entre eles, torna-o mais justo.*²⁶

Destarte, renda, segundo a doutrina e a jurisprudência, pressupõe acréscimo patrimonial tributável na forma do disposto na legislação de regência do Imposto sobre a Renda.

Dentre as modalidades de “renda” tributáveis na forma estabelecida no Código Tributário Nacional, a legislação vigente coloca a renda obtida nas negociações de direitos, dentre os quais podemos incluir os CERs, no âmbito das rendas tributáveis sob a denominação de “ganhos de capital” auferidos nas negociações dos referidos ativos intangíveis.

É no dizer de Bulhões Pedreira, *in verbis*:

*A rigor, esses ganhos não constituem propriamente categoria de rendimentos, pois a lei não os define como tal, mas apenas os considera como parcelas do lucro da pessoa jurídica domiciliada no País.*²⁷

²⁵ PEDREIRA, Bulhões. *Imposto sobre a Renda – Pessoas Jurídicas – Volume I*. Justec Editora Ltda., Rio de Janeiro, 1979. p. 175-6.

²⁶ CARRAZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a Renda – Perfil Constitucional e Temas Específicos*. Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 47.

²⁷ PEDREIRA, Bulhões. *Imposto sobre a Renda*. Justec Editora Ltda., Rio de Janeiro, 1971, p. 142.

Referido raciocínio (tributação das rendas auferidas nas negociações dos CERs como direito ou como ativo mobiliário sob a denominação de “ganhos de capital”) aplica-se a estes direitos, seja enquanto negociados na esfera privada, seja enquanto negociados ao público e ofertados ao mercado, conforme veremos a seguir.

8. Tributação da Renda Gerada nas Negociações Privadas de CERs (Ativo Intangível)

De fato, em se entendendo os CERs como direito (ativo intangível) que são nas negociações a serem realizadas na esfera privada, cabe-nos perquirir a sistemática de tributação dos “ganhos de capital” decorrentes de sua negociação/circulação vis à vis os fatores econômicos utilizados na “produção/geração” e a receita obtida com a sua alienação.

Com efeito, no que pertine às rendas auferidas pelos contribuintes pessoas físicas, a legislação do Imposto de Renda define e determina a tributação dos ditos “ganhos de capital”, de forma separada da renda auferida através do trabalho ou rendimentos de capital, tributando-os, em regra, através do denominado “carne-leão” ou separando-os em cédula específica na declaração de rendimentos.

Os denominados “ganhos de capital” da pessoa física são aqueles obtidos nas alienações de bens ou direitos de qualquer natureza, na forma do disposto no art. 117 do Decreto 3.000/99, o Regulamento do Imposto de Renda.

Estes ganhos são apurados no mês em que são auferidos e tributados em separado, não integrando a base de cálculo do imposto na declaração de rendimentos. Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

O ganho de capital será determinado pela diferença positiva, entre o valor de alienação e o custo de aquisição dos bens (art. 138, *caput*, do Decreto 3.000/99). A alíquota será de 15% (quinze por cento), na forma do disposto no art. 142 do Decreto 3.000/99.

No caso específico dos CERs deverão, a nosso ver, ser deduzidos do montante recebido pela alienação dos mesmos todos os custos relacionados ao projeto de que se originaram, sem limitação quanto aos gastos na medida em que formadores do “custo de aquisição” dos CERs para o vendedor dos créditos.

O mesmo raciocínio se aplica às pessoas jurídicas que deverão controlar em conta de “ativo intangível” o valor gasto na formação dos CERs conforme descreve o FIPECAFI “*o subgrupo intangível, regra geral, abriga, ainda, os gastos com pesquisa e desenvolvimento, que atualmente são tratados, no grupo de ativo diferido*”.²⁸

No que concerne às pessoas jurídicas, apesar de os ditos “ganhos de capital” na alienação de ativos ou direitos, em regra, não-operacionais (não vinculados ao objeto social da pessoa jurídica), serem reconhecidos e tratados como modalidade específica de renda pela legislação vigente, o legislador optou por, em regra, tributá-los no balanço da pessoa jurídica juntamente com os lucros derivados de suas atividades operacionais (aquelas atividades que compõe o objeto social das pessoas jurídicas) à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o lucro real apurado pela pessoa jurídica vendedora.

Esta sistemática está consubstanciada na norma prevista no art. 418 do Decreto 3.000/99 que determina que “*serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente*”. O parágrafo primeiro deste artigo, por suas vez, determina que “*ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada*”.

Para as pessoas jurídicas tributadas na modalidade do lucro presumido a Receita Federal do Brasil já se manifestou na Solução de Consulta nº. 59, de 10 de março de 2.008, que a “*receita relativa à cessão para o exterior de direitos relativos a créditos de carbono (Protocolo de Quioto) está sujeita ao percentual de presunção de 32% (trinta e dois por cento) para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ pela sistemática do lucro presumido*”.

Destarte, podemos concluir que o CER como direito (ativo intangível) em uma negociação privada derivada de uma operação primária gerará para o recebedor dos recursos de sua venda um resultado (ganho de capital) sujeito à tributação na forma prevista na legislação já existente para a tributação de bens ou direitos desta natureza.

9. Tributação da Renda Gerada nas Negociações de CERs em Bolsas (Valor Mobiliário)

²⁸ Iudícibus; Martins; Gelbcke: FIPECAFI – Manual de Contabilidade da Sociedade por ações, 7ª ed: Atlas, 2008, p. 228.

Por outro lado, os negócios realizados com valores mobiliários e em ambientes bursáteis (bolsas de valores) são bons exemplos de operações típicas dos mercados de capitais. Nelas, o tomador emite papéis representativos de valores em dinheiro e recebe, diretamente do aplicador, os recursos necessários ao giro de seus negócios.

O mercado de capitais divide-se em primário e secundário.

Mercado primário é aquele em que o tomador de recursos financeiros coloca-se diretamente diante do aplicador dos recursos financeiros na realização da operação. Como exemplo deste mercado, podemos citar uma emissão de debêntures através da qual uma pessoa jurídica capta recursos dos compradores das debêntures emitidas para financiamento de suas necessidades de investimento.

Como conceitua João Francisco Bianco, o mercado primário “*abrange as operações de subscrição dos títulos emitidos pelas companhias. Trata-se da primeira negociação ocorrida com o título, ou seja, sua colocação inicial no mercado*”.²⁹

No denominado “mercado secundário”, por sua vez, realizam-se as operações de compra e venda dos títulos que foram objeto da emissão primária por parte do tomador de recursos.

Nesse sentido, vale citar a lição de Marcos Paulo de Almeida Salles que discorre também sobre o aparecimento do mercado secundário e sua origem nas operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, *verbis*:

*Os mercados organizados sob a forma de bolsa dão nascimento a uma série de contratos que complementam aqueles originados da compra e venda, cuja regulação porém é fruto de uma participação conjunta do Poder Público e das entidades bursáteis, estando sua regulação específica a dar-se pelas Leis 4.595/64 e Lei 4.728/65, seguidas das Resoluções do Conselho Monetário Nacional, antes e depois da promulgação da Lei 6.385/76, criadora da Comissão de Valores Mobiliários e reguladora do mercado de valores mobiliários, que passou a delimitar a atual área de atuação das bolsas de valores, dividindo o mercado entre estas e o mercado de balcão.*³⁰

²⁹ BIANCO, João Francisco. *Tributação Internacional e dos Mercados Financeiros e de Capitais*. Coordenação: Eurico Marcos Diniz de Santi, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera. Editora Quartier Latin. São Paulo, primavera de 2.005, p. 197.

³⁰ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Op. cit. p. 29.

Destarte, em se realizando operações (negócios jurídicos) que venham a ser disciplinadas pelo referido plexo de normas componentes deste sistema, tais operações estarão sendo praticadas no âmbito do mercado de capitais e estarão sujeitas, portanto, à regulação jurídica e tributária das normas que compõem este sistema, não importando que modalidade/tipo de ativos estejam representados por estes títulos.

A legislação do Imposto sobre a Renda, por seu turno, em sintonia com a organicidade das normas que compõem esse sistema, disciplina através de normas específicas a tributação das rendas auferidas pelos aplicadores de recursos financeiros nas operações realizadas no âmbito deste mercado.

Nesse sentido, a legislação do Imposto sobre a Renda trata os rendimentos auferidos no âmbito do mercado capitais pelo resultado decorrente do investimento realizado. O tratamento conferido ao referido resultado pela legislação tributária está adstrito, ademais, à natureza da operação financeira realizada, se de renda fixa ou de renda variável.

Se o resultado positivo decorrer de uma renda pré-determinada (rendimento), estipulada no título ou contrato de que se origina sem importar se derivada de um negócio realizado no mercado de capitais ou de um título emitido por instituição financeira no âmbito do mercado financeiro (mercado caracterizado pela intermediação de uma instituição financeira), a legislação do Imposto sobre a Renda trata esta renda como uma renda decorrente de operação de “renda fixa” e trata esta renda dentro da sistemática própria deste rendimento.

Se, ao contrário, a renda auferida pelo investidor decorrer de ganho que não corresponda a remuneração pré-determinada estipulada em contrato ou título, mas de “mais-valia” obtida pelo investidor em razão de alienação do título, contrato ou de sua “posição” (ativa ou passiva) no negócio jurídico, a legislação do Imposto de Renda trata tal resultado positivo como “renda variável” e lhe outorga tratamento específico no âmbito de sua aplicação.

Conforme sintetiza Renato A. Gomes de Souza, *“para fins de IR, a lei divide as aplicações financeiras (e cria um sistema de normas distinto para cada qual) em de renda fixa e de renda variável”*.³¹

Dentro da lógica acima exposta, trataremos de analisar os aspectos em torno da sistemática vigente da tributação das operações de alienação de CERs no âmbito da sistemática aplicável à tributação das operações de renda variável realizadas com “valores mobiliários” representativos de CERs no âmbito do mercado de capitais.

³¹ SOUZA, Renato A. Gomes. Op. cit. Coordenação: Heleno Taveira Tôrres, p. 285.

Nesse sentido, trataremos então, em primeiro lugar, dos aspectos atinentes à tributação dos resultados positivos considerados de per si, para, ao final da exposição, adentrar nos aspectos relativos à tributação das operações no âmbito do conjunto das rendas auferidas pelas pessoas físicas e jurídicas. Vejamos:

Nas ditas “operações de renda variável” a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda está adstrita ao fato do contribuinte auferir ganhos líquidos (ganhos de capital) nestas operações, ganhos estes, que significam a mais-valia (acréscimo patrimonial) de seu investimento quando da realização (cessão, liquidação ou resgate) em relação ao custo de aquisição do mesmo.

As operações que, segundo a legislação tributária, compõem o mercado de “renda variável”, estão relacionadas na Lei nº. 8.981/95 e legislação posterior.

Assim, são consideradas como operações de “renda variável” pela legislação do Imposto de Renda as seguintes:

- a) Operações praticadas por fundos de investimento, clubes de investimento e semelhantes que investem em ações (abrangidos mútuos, fundos de privatização, FGTS, fundos fechados, investimentos cultural e artístico, financiamento da indústria cinematográfica e fundos de investimento imobiliário);
- b) *Swaps* (de índices, preços, taxas etc...); e
- c) Operações negociadas à vista, a termo ou a futuro realizadas nas bolsas de valores, mercadorias e futuros ou fora de bolsa (mercados à vista, futuro, de opções e a termo, inclusive com ouro, ativo financeiro).

Os negócios realizados com os CERs se enquadrariam nesta terceira modalidade de “operações de renda variável”.

O Imposto de Fonte incidente sobre tais operações é tratado como antecipação do Imposto de Renda incidente sobre os ganhos ou na declaração de rendimentos da pessoa física ou jurídica.

A base de cálculo do imposto incidente nestas operações será sempre o “ganho líquido” que é determinado pela diferença positiva entre o resultado positivo auferido nas operações realizadas em

cada mês diminuído dos custos e despesas incorridas necessários à realização das operações e da compensação de prejuízos ocorridos no mesmo período, em uma ou mais operações.

Entretanto, existem regras específicas de determinação do ganho líquido, base do imposto, para cada uma das modalidades de operações de renda variável. É o caso das operações praticadas nos mercados à vista, onde, por exemplo, a base de cálculo do imposto é o resultado da diferença positiva entre o valor de venda e o valor de aquisição do bem. (art. 761, *caput*, do RIR/99).

Após o advento da Lei nº 11.033/04 (inciso II do art. 2º) os ganhos líquidos auferidos pelos investidores residentes e domiciliados no Brasil nas operações de renda variável realizadas em bolsas de valores, mercadorias, futuros e assemelhadas, passaram a ser tributados à alíquota de 15% (quinze por cento), sendo que nas demais modalidades fora de bolsa (mercado de balcão), os ganhos passaram a ser tributados de acordo com o prazo de resgate das operações, na mesma forma (alíquotas progressivas) que nas operações de “renda fixa”.

A legislação estabelece, no art. 78 da Lei nº. 8.981/95, que os residentes e domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo imposto de renda, previstas para os residentes e domiciliados no país, o que faz exsurgir a obrigação de retenção na fonte do Imposto de Renda sobre os ganhos líquidos auferidos pelos residentes e domiciliados no exterior nas operações realizadas no mercado financeiro e de capitais brasileiro.

Não há incidência do Imposto de Fonte sobre os ganhos de capital apurados pelo investidor não-residente nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas e nas operações com ouro, ativo financeiro, fora de bolsa (art. 30 da Instrução Normativa/SRF nº 208/02), o que entendemos aplicável às operações com CERs.

Os ganhos auferidos em quaisquer outras aplicações realizadas no mercado de balcão ou em bolsa serão tributados à alíquota de 15% (quinze por cento), mesma alíquota aplicável aos rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa obtidos por não-residentes (art. 29 da Instrução Normativa/SRF nº. 208/02).

Tais alíquotas benéficas, entretanto, somente se aplicam aos investimentos realizados através da sistemática estabelecida na Resolução/CMN nº. 2.689, de 26.01.2000.

Nas operações efetuadas fora deste âmbito regulatório (aquelas efetuadas diretamente por pessoas físicas estrangeiras, por exemplo) e nas operações realizadas por residentes e domiciliados em

países considerados como de tributação favorecida (países que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota máxima inferior a vinte por cento), a tributação será a mesma aplicável aos residentes e domiciliados no Brasil.

10. Tratamento Fiscal na Apuração da Renda Tributável das Pessoas Físicas e Jurídicas

Segundo o disposto no art. 76 da Lei nº. 8.981/95, o Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável, ou pago sobre os ganhos líquidos mensais auferidos em aplicações financeiras deverá ser tratado da seguinte forma: (i) deduzido do Imposto sobre a Renda apurado no encerramento do período ou na data da extinção, no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real; e (ii) definitivo (exclusivo de fonte), no caso de pessoa jurídica não submetida à tributação no regime do lucro real, inclusive isenta (e imune), e de pessoa física.

As pessoas jurídicas que desenvolvam atividades financeiras (bancos, seguradoras, corretoras etc.) não estão submetidas à tributação na fonte dos rendimentos e ganhos líquidos apurados em operações de renda fixa e de renda variável (art. 77, inciso I, da Lei nº 8.981/95), tributando-os apenas em seu balanço na modalidade do lucro real.

As perdas apuradas em operações de renda variável, entretanto, de acordo com disposição expressa da norma do art. 772 do Regulamento do Imposto de Renda de 1.999 – Decreto n 3.000/99, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos obtidos pela pessoa jurídica nas operações de mesma natureza.

11. Conclusão

Destarte, podemos concluir, em suma, que os CERs são direitos potestativos de “poluir” regrados pela ordem jurídica internacional que emana do Protocolo de Kyoto. Tais direitos serão regulados em cada país signatário pelas normas de direito interno.

No Brasil, os efeitos de tais direitos nas esferas pública e privada dos entes participantes do denominado “mercado de carbono” deverão ser tratados pelos regramentos aplicáveis a estes direitos a depender de seu âmbito de negociação, se privado ou público.

Os efeitos tributários não diferem dos demais, devendo a legislação, para efeitos da tributação da renda gerada a partir da circulação/negociação destes direitos, tratá-los na forma das previsões já contidas nos respectivos plexos normativos que determinam a tributação de ativos semelhantes negociados no âmbito privado ou no mercado de capitais.