

A TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES COM CRÉDITOS DE CARBONO

André Ricardo Passos de Souza

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) dos Certificados de Emissão Reduzida (CERs), denominados comumente por “créditos de carbono”, mormente levando-se 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 1970, a buscar 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 Gases do Efeito Estufa (GEEs) 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 1990, a convocar uma reunião dos países membros (RIO-92) para elaborar uma convenção que regulasse o tema entre os países signatários, na qual fossem postos os princípios e objetivos basilares de redução da emissão de Gases do Efeito Estufa pelos países membros da comunidade internacional, conforme se verifica das palavras de Marcelo Abelha Rodrigues em conferência realizada sobre o tema, *in 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” (art. 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 regular as concentrações dos gases do Efeito Estufa. A convenção quadro, apesar de assinada em 1992, somente entrou em vigor em 1994.

Tal marco jurídico, representado pela Convenção-Quadro, levou a comunidade internacional a firmar, em 1997, o Protocolo de Quioto, com o objetivo de regular a redução e/ou limitação das emissões de Gases do Efeito Estufa entre os Estados signatários.

3. Da sistemática de compensação de créditos introduzida pelo Protocolo de Quioto

O referido protocolo, em suma, controla a emissão de seis GEEs de acordo com o Anexo A do documento; são eles: (i)

1. Palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direito Público, realizado em São Paulo - SP, no dia 07 de novembro de 2003.

dióxido de carbono - CO_2 ; (ii) metano - CH_4 ; (iii) óxido nítrico - N_2O ; (iv) hidrofluorcarbonos - HFCs; (v) perfluorcarbonos - PFCs; e (vi) hexafluoreto de enxofre - SF_6 . Os gases em referência, em razão de sua composição química, possuem diferentes potenciais, que determinam ou que influenciam no aquecimento global.

Os gases com maior poder calorífico causam maior dano ambiental, e, portanto, as emissões de Certificados de Emissão Reduzida guardam correlação com o poder calorífico desses gases (projetos de redução de emissão que envolvam gases mais caloríficos gerarão mais certificados). Essa é a sistemática do Protocolo de Quioto. Para ilustrar as emissões e a correlação com os Gases do Efeito Estufa, vale citar trabalho sobre o tema que assim alude à correlação em comento. Os Certificados de Emissão Reduzida são unidades de redução decorrentes de atividades de projeto Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), utilizadas como uma moeda no mercado de créditos de carbono, cujo valor é calculado por meio da conversão do potencial de aquecimento global do Gás de Efeito Estufa (GEE) em uma tonelada métrica equivalente de dióxido de carbono. Logo, se o metano (CH_4) tem potencial de aquecimento global 21, uma tonelada de metano corresponde a 21 toneladas de CO_2 equivalente (21 t CO_2), e assim sucessivamente para cada um dos gases previstos no protocolo:

GASES	Potencial de aquecimento global	Reduções certificadas de emissões (créditos de carbono)/tonelada de CO₂ equivalente (t CO₂ e)
CO ₂	1	1
CH ₄	21	21
N ₂ O	310	310
HFCs	Entre 150 até 11.700	Entre 150 até 11.700
PFCs	Entre 6.500 até 9.200	Entre 6.500 até 9.200
SF ₆	23.900	23.900

Fonte: Carbono Brasil?

No mecanismo estabelecido no Protocolo de Quioto, os países signatários (desenvolvidos e em desenvolvimento) concordaram em trabalhar em conjunto para a redução global das emissões de Gases do Efeito Estufa mediante a implantação de projetos de mecanismo de desenvolvimento limpo, projetos por meio dos quais os países desenvolvidos poderão financiar e assistir os países em desenvolvimento na implantação de projetos “sustentáveis” sob o ponto de vista ambiental

2. Disponível em: <<http://www.carbonobrasil.com/glossario.htm#lettersp>>.

e que, portanto, são projetos que terão capacidade de geração de Certificados de Emissão Reduzida para ser 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 desenvolvimento limpo previsto no protocolo permite aos agentes causadores de poluição (geralmente estabelecidos nos países desenvolvidos) a continuar poluindo mediante a compra do “direito de poluir”, consubstanciado por Certificados de Emissão Reduzida gerados a partir de projetos mecanismo de desenvolvimento limpo estabelecidos nos países em desenvolvimento. Os certificados gerados a partir desses projetos são vendidos aos agentes causadores de poluição no âmbito da sistemática prevista no Protocolo de Quioto.

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

O funcionamento do mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL) dá-se através da seguinte forma. Os países do anexo I, que juntos, são responsáveis por 96% dos Gases do Efeito Estufa (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 gás de efeito estufa (GEE) nos níveis exigidos pelo Protocolo de Quioto. Fosse só isso, realmente o mecanismo de desenvolvimento limpo 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 mecanismo de desenvolvimento limpo passou a ser um “negócio interessante”. É que, uma vez financiado o projeto de mecanismo de desenvolvimento limpo nos países em desenvolvimento, e caso realmente o projeto tenha logrado êxito (redução concreta do gás de efeito estufa ou inibição de sua liberação), essa redução ou

vantagem resultante da implementação de projetos de mecanismo de desenvolvimento limpo resultarão na geração de créditos (títulos negociáveis), denominados certificados de emissões reduzidas (CERs), que servirão para compensar (quitar) as obrigações de redução assumidas no Protocolo de Quioto (aos níveis de 1990).

Isso mesmo que vocês 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 Quioto (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 mecanismo de desenvolvimento limpo 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 esta 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 desse 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

3. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Protocolo de Quioto e Mecanismo de Desenvolvimento Limpo - uma análise jurídico-ambiental. Disponível em: <<http://www.aprodab.org.br/biblioteca/doutrina/marO1.do>>.

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 dito protocolo reflete uma visão muito particular sobre a temática do aquecimento global e da poluição atmosférica, que consagra uma fórmula de mercado para solução do problema do aquecimento global. É como se as nações do globo terrestre se ajustassem para, por meio do mecanismo de compra e venda de créditos, criar um 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 um pensamento essencialmente liberal de que o “mercado”, como entidade acéfala e incorpórea, teria o condão *áe,persi*, 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.

Ainda nesse sentido, vale citar a lição de Paulo Caliendo, que explicitou com maestria o princípio geral que se encontra

4. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 130.

na base da sistemática que norteou a criação do mecanismo jurídico introduzido pelo Protocolo de Quioto; *in verbis*.

A grande contribuição para o Direito Ambiental, decorrente do Protocolo de Quioto, 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

Em outras palavras, visou o protocolo minimizar os efeitos advindos das externalidades negativas (poluição) causadas pelos agentes do mercado mediante a criação de um mecanismo pelo 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 (exter-

5. Tributação e mercado de carbono. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.) *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 880.

6. *Ibidem*, p. 892.

nalidades negativas) possam vir a auferir benefícios junto aos indivíduos menos eficientes na redução dessas externalidades, absorvendo parte das externalidades negativas dos indivíduos menos eficientes na negociação dos Certificados de Emissão Reduzida.

Assim, a resposta à primeira pergunta que fizemos se torna mais simples. Os Certificados de Emissão Reduzida 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. Esses indivíduos, com a emissão e negociação dos Certificados de Emissão Reduzida (CERs), 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.

Portanto, dentro os princípios norteadores do Protocolo de Quioto, cabe-nos, na qualidade de formuladores da ciência jurídica, buscar compreender a natureza específica dos Certificados de Emissão Reduzida dentro do sistema jurídico internacional em que estão inseridos e diante das normas que regem o Direito pátrio.

5. Da natureza jurídica dos créditos de carbono

É importante para fins de aplicação ao nosso trabalho delimitarmos a natureza jurídica dos Certificados de Emissão Reduzida, tendo em vista a definição do alcance prático de sua emissão (formação) e circulação (negociação) no patri-

mônio dos agentes do mercado de créditos de carbono. Tais certificados são unidades de redução de emissões decorrentes exclusivamente de atividades-mecanismo de desenvolvimento limpo, 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. Tendo em vista que os créditos de carbono são decorrentes de projetos Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), mecanismo instituído e regulado por tratados internacionais (Convenção e Protocolo de Quioto), evidente a adequação da normativa de Direito Internacional Público 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

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

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 têm um caráter programático, instituindo diretrizes gerais para o controle das mudanças climáticas.

E como definir a natureza jurídica dos certificados, considerando-se estar o mercado já em funcionamento e sua qualificação jurídica para uma regulamentação legal ser 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 dos Certificados de Emissão Reduzida acabará por definir vários aspectos jurídicos concernentes — desde o regime legal aplicável à sua origem/negociação até aos tributos exigíveis nos negócios jurídicos em que estão envolvidos. A definição da natureza de tais certificados origina uma discussão complexa, tornando-se ultimamente um dos assuntos mais discutidos pela doutrina.

Isso porque, apesar de o “mercado oficial” da Organização das Nações Unidas ainda não estar em funcionamento, “mercados paralelos” surgiram onde os projetos privados são negociados em bolsas de carbono localizadas principalmente nos Estados Unidos. A *Chicago Climate Exchange* (CCX), 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, os 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 mecanismo de desenvolvimento limpo.⁸

Destarte, tendo em vista a necessidade prática de sua definição na doutrina, diversos estudos sobre a natureza jurídica dos Certificados de Emissão Reduzida estão sendo desenvolvidos, sendo as principais categorias nas quais podem ser enquadradas: *commodity* ambiental, mercadoria, valor mobiliário, derivativo e bem intangível puro. Essa discussão tem grande relevância no âmbito da regulação do Banco Central do Brasil quanto à captação de recursos estrangeiros ou mesmo quanto às normas tributárias incidentes sobre o resultado positivo decorrente de suas 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 dos Certificados de Emissão Reduzida no Direito brasileiro para perquirir acerca dos efeitos deles derivados.

8. In: SOUZA, Rafael Pereira de (Coord.). *Aquecimento global e créditos de carbono*-. Aspectos jurídicos e técnicos. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 181.

Primeiro, verifiquemos se tais certificados poderiam ser enquadrados na definição de *commodity*, que Paulo Sardoni reconhece tratar-se do equivalente a mercadoria em nosso idioma, assim esclarecendo, *in verbis*:

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 (*commodity exchange*)?

Por seu turno, a professora Amyra El EChalili define *commodities* 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).^{9 10}

Vejamos o conceito de “mercadoria” no Direito brasileiro. 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 créditos comerciais. Ou seja, o termo *commodity* pressupõe reconhecer que o objeto é fungível e também requer necessariamente a

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

10. KHALILII, Amyra El. Apud: GONÇALVES, Fernando Dantas Casillo et alii. In: SOUZA, Rafael Pereira de (Coord.). *Aquecimento global e créditos de carbono*-. Aspectos jurídicos e técnicos. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 259.

existência de um bem corpóreo sujeito à mercancia (art. 191 do revogado CCM). Os Certificados de Emissão Reduzida 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 mecanismo de desenvolvimento limpo que a gerou.

Para Amyra El Khalili, presidente da Organização Não Governamental *Consultant, Trader and Adviser* (CTA), 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”, vejamos:

Uma *commodity* visa o lucro imediato, portanto é algo contrário ao Meio Ambiente, mais precisamente à 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."

Por essas razões, o tal seqüestro de carbono tem de ser entendido como um processo e não como uma *commodity*. Em nosso entendimento, também não há que se classificar os Certificados de Emissão Reduzida (CERs) como *commodities* ou mercadorias, na medida em que não se enquadram no concei-

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

to legal a elas atinente, pois 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.¹² O art. 887 define como: “Documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei”.

Esse conceito abrange referências aos princípios básicos da disciplina do documento (carturalidade, 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 de uma relação de crédito, na qual ele constitui a prova de que certa pessoa é credora de outra.

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 ⁱⁱ

12. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. Milão: E Vallardi, v. 3, p. 163-64; texto do qual julgamos conveniente transcrever: “*Il titolo di credito è un documento necessario per esercitare il diritto letterale ed autonomo che vi è mencionado*”.

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

Com relação às reduções certificadas de emissões, como tradicionalmente estudamos, essas 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 algumas dessas formas. Consideramos tais 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 lhes deu origem.

Existe ainda a possibilidade de os Certificados de Emissão Reduzida serem considerados como “derivativo”, que se trata de um contrato firmado 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

13. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 369-70.

ou projeções de preços 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 de 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.

Existem doutrinadores que sustentam a natureza de “derivativo” dos Certificados de Emissão Reduzida (CERs), por entenderem que sua negociação em mercados de bolsa ou de balcão é baseada em contratos que derivam dos próprios certificados, bem como por representarem “proteção” quanto a riscos futuros inerentes à 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. Os Certificados de Emissão Reduzida, por sua vez, derivam de projetos de mecanismo de desenvolvimento limpo e não derivam de seu lastro financeiro; ao contrário, apenas corporificam as reduções certificadas a que faz jus o agente que implantou um projeto mecanismo de desenvolvimento limpo, representando uma espécie de “corporificação jurídica” desses projetos e dos seus efeitos jurídicos.

Dessa forma, não se caracterizando como *commodity*, títulos de crédito ou derivativo, o que seriam os Certificados de Emissão Reduzida para fins de definição da sua natureza jurídica e estabelecimento das conseqüências jurídicas a que estão afetos? A nosso ver, em um primeiro momento, diríamos, em

sua emissão “primária”, em benefício do agente que investiu em um projeto de mecanismo de desenvolvimento limpo e obteve os certificados perante as autoridades concedentes, representariam eles apenas um ativo incorpóreo, e qualquer negociação direta desses ativos implicaria em conseqüências jurídicas atinentes a referido tipo de negociação.

Por sua vez, também a nosso ver, caso a negociação do certificado 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 certificado como um valor mobiliário e, portanto, sujeitar-se ao regime de negociação e tributação atinente a essa segunda categoria.

Portanto, em nossa perspectiva, seria o Certificado de Emissão Reduzida, no Direito brasileiro, um ativo incorpóreo de natureza jurídica híbrida, a ser caracterizado de uma ou outra forma, a depender de seu ambiente de negociação e das características específicas de cada emissão. Vejamos:

A dita emissão “primária” do Certificado de Emissão Reduzida (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 mecanismo de desenvolvimento limpo, seja das relações jurídicas que se entremesiam na formação deste ativo incorpóreo, representa na sua conceituação e conformação jurídica a formação de um verdadeiro direito potestativo do detentor do Certificado de Emissão Re-

duzida contra quaisquer terceiros que tenham por obrigação reconhecê-los efeitos jurídicos. É dizer que a característica básica do certificado 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”.¹⁴ Este é exatamente o caso do direito conferido ao detentor dos Certificados de Emissão Reduzida que obtém, após a aprovação do projeto mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL), o poder-direito conferido pelo Protocolo de Quioto de poluir acima dos níveis permitidos pelas normas internacionais. Em outras palavras, do Certificado de Emissão Reduzida nasce direito subjetivo do detentor, direito potestativo por ele representado, 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”.¹⁵

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 da norma jurídica. Dessa forma, por se tratar de bens imateriais, não é possível que sua transmissão se faça por meio da operação de compra e venda de bens, pois essa se aplica somente aos bens materiais. Logo, estamos diante de uma cessão de bens intangíveis, também comumente chamada de cessão de direitos.

Acerca do tema, preleciona Silvio de Salvo Venosa que os bens incorpóreos podem ser objeto de negociação em regime próprio, o da cessão de direitos, *in verbis*-

14. MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de direito privado*-, parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 5, p. 242.

15. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 219.

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.¹⁶

Corroborando o regime jurídico específico e a natureza peculiar, a legislação comercial, notadamente a de regência das sociedades anônimas, introduziu, mediante a reforma perpetrada pela Lei n. 11.638/07, com vigência a partir de 01 de janeiro de 2008, o reconhecimento expresso da natureza dos bens incorpóreos, determinando um regime especial para o seu registro contábil no inciso VI de seu art. 179, que dispõe: “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 manual específico, “...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”.¹⁷

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

16. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: Volume 3, contratos em espécie. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 34.

17. IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de contabilidade da sociedade por ações - FIPECAFI*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 228.

característica e natureza jurídica originárias, referido direito, em um segundo momento, passa a ser regido por outro ordenamento jurídico ao ser negociado no mercado secundário, dentro da sistemática do mercado de capitais e da oferta pública de valores.

Isso porque, conforme o disposto na Lei n. 6.385/76, a Lei do Mercado de Capitais, alterada posteriormente pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001, 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.¹⁸

Ora, para os fins do disposto na norma acima em destaque, entendemos que os Certificados de Emissão Reduzida podem ser definidos 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.

Na mesma linha de raciocínio, o Projeto de Lei n. 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 art. 4º natureza jurídica de valor mobiliário para os Certificados

18. Art. 2º, IX, da Lei n. 6.385/76.

de Emissão Reduzida (CERs). Esse projeto também submete tais certificados à fiscalização, sanção e regulação por parte da Comissão de Valores Mobiliários, ou seja, ao regime da Lei do Mercado de Capitais.

Ademais, no primeiro leilão de certificados realizado no Brasil, em 26 de setembro de 2007, na Bolsa de Mercadorias e Futuros (BMF), foram negociadas mais de oitocentas mil deles, emitidos pela Prefeitura do Município de São Paulo, pelo valor de € 16,20 cada Certificado de Emissão Reduzida (CER), o que denota o caráter de valor mobiliário sujeito à negociação em bolsa ou fora dela, porém ofertado ao público e sujeito à fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários.

Destarte, reafirmamos o caráter híbrido dos Certificados de Emissão Reduzida, já que representam ativo intangível enquanto não colocados 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 Certificados de Emissão Reduzida, a nosso ver, atende aos princípios norteadores do Protocolo de Quioto, na medida em que reconhece aos certificados conteúdo e natureza jurídica que lhe inserem no contexto do mercado de capitais brasileiro e internacional, contribuindo assim para o melhor desenvolvimento das trocas desses “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 ditos certificados, objetivo principal do protocolo, que visou, dentro de sua concepção estritamente liberal, a criação de um ambiente econômico propício ao combate, em primeiro lugar, do aumento dos níveis de poluição do Meio Ambiente terrestre sem influir significativamente na correlação das forças econômicas dominantes do mundo globalizado, para somente, em um segundo estágio de desenvolvimento das políticas ambientais, atacar frontalmente as causas da poluição do Meio Ambiente.

6. A tributação dos créditos de carbono

Diante do que restou anteriormente definido acerca da natureza jurídica dos Certificados de Emissão Reduzida, restamos a árdua tarefa de tratar dos contornos de sua tributação, de modo a definirmos as incidências tributárias a recair sobre a circulação/negociação desses “direitos” entre os participantes do dito “mercado de carbono”.

Em primeira mão, cumpre-nos ressaltar que a nós não parece que o Protocolo de Quioto, 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 8 do art. 12 do protocolo traga em seu bojo uma restrição ao po-

der de tributar dos Estados signatários da convenção no que concerne à negociação dos certificados gerados 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.

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

E, a duas, porque os tratados 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 está posta e, na medida em que o protocolo 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.

Como 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.¹⁹

Nesse sentido ensina o professor Alberto Xavier, *in 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.²⁰

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

19. SOUZA, André Ricardo Passos de. *Revista de direito tributário da APET*, São Paulo: MP, a. 2, n. 7, p. 54, set. 2005.

20. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional no Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 96.

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 em 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 inciso III do art. 153 da Constituição Federal dispõe que “Compete à União instituir impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza”. O § 2º do mesmo artigo 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 art. 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 sobre a renda, a ocorrência de um *plus*, uma mais-valia patrimonial, que, necessariamente, esteja disponível²¹ ao contribuinte e seja apurada 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, *in 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.²²

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 esse

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

22. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito empresarial'*, pareceres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 150.

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 desses 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 Código Tributário Nacional como sendo “...o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos” (Lei n. 5.172/66, art. 43,1).

Para efeitos tributários, não há que se falar em um *lucro real* que não seja o decorrente da definição legal.

É o Código Tributário Nacional que introduz os dois tipos de disponibilidade: a *econômica* e a *jurídica*.

A doutrina adverte para a polissemia constitucional do conceito.

A Constituição Federal se utiliza 17 vezes da expressão *renda*, em 6 diferentes sentidos:

- a) “receita pública auferida, arrecadada, de natureza tributária ou não” (arts. 30, III, e 48,1);
- 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, 157,1, 158,1, 159,1 e § 1º);
- f) “somatório de remuneração e ganhos de rendimentos” (arts. 150, VI, *a, c*, §§ 2º, 3º e 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* fim e ao cabo, designa o *acréscimo de valor patrimonial* e não *fluxo de renda*.^{20 *}

23. Trecho do voto proferido pelo ministro Nelson Jobim nos autos da ADIN n. 2.588/DF.

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

[...]

O Código Tributário Nacional 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.²⁴

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

Em suma, o imposto sobre a renda 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.²⁵

24. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda* pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: Justec, 1979, v. 1, p. 175-76.

25. CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47.

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 Certificados de Emissão Reduzida 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:

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.²⁶

Referido raciocínio (tributação das rendas auferidas nas negociações dos Certificados de Emissão Reduzida como direito ou como ativo mobiliário sob a denominação de "ganhos de capital") aplica-se a esses 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 Certificados de Emissão Reduzida como direito (ativo intangível) que são nas negociações

26. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Op. cit., p. 142.

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 sobre a renda define e determina a tributação dos ditos “ganhos de capital”, de forma separada da renda auferida por meio do trabalho ou rendimentos de capital, tributando-os, em regra, mediante o denominado “Carne Leão” ou os separando 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 regulamento do Imposto de Renda (RIR).

Esses 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 RIR). A alíquota será de 15%, na forma do disposto no art. 142 do regulamento.

No caso específico dos Certificados de Emissão Reduzida, 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” de tais certificados 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 Certificados de Emissão Reduzida, 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”.²⁷

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% sobre o lucro real apurado pela pessoa jurídica vendedora.

Essa sistemática está consubstanciada na norma prevista no art. 418 do regulamento do Imposto de Renda, que determina que:

...serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, na desapro-

27. IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. Op. cit., p. 228.

priação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

O § 1º desse artigo, por sua 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 n. 59, de 10 de março de 2008, que:

...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% para fins de apuração da base de cálculo do Imposto de Renda da pessoa jurídica (IRPJ) pela sistemática do lucro presumido.

Ressaltamos, porém, que a referida resposta a consulta denota uma visão, em nosso entender, equivocada das autoridades fiscais acerca da natureza jurídica dos Certificados de Emissão Reduzida, caracterizando-os como uma espécie de “serviço” que comporia a “receita bruta” das pessoas jurídicas tributadas pelo método do lucro presumido, o que, conforme aludimos anteriormente, não se coaduna com o regramento aplicável a tais direitos.

Destarte, podemos concluir que o Certificado de Emissão Reduzida 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 dessa natureza.

9. Tributação da renda gerada nas negociações de Certificados de Emissão Reduzida em bolsas (valor mobiliário)

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 desse mercado, podemos citar uma emissão de debêntures por meio 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”.²⁸

28. João Francisco Bianco, in *Tributação internacional e dos mercados financeiros e de capitais*, coord. por Eurico Marcos Diniz de Sanei, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 197.

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, *in 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 ns. 4.595/64 e 4.728/65, seguidas das resoluções do Conselho Monetário Nacional, antes e depois da promulgação da Lei n. 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.²⁹

Destarte, em se realizando operações (negócios jurídicos) que venham a ser disciplinadas pelo referido plexo de normas componentes desse 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 esses títulos.

A legislação do imposto sobre a renda, por seu turno, em sintonia com a organicidade das normas que compõem esse sistema, disciplina mediante normas específicas a tributação

29. SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *O contrato futuro*. São Paulo: Editora de Cultura, 2000, p. 29.

das rendas auferidas pelos aplicadores de recursos financeiros nas operações realizadas no âmbito desse mercado.

Nesse sentido, a legislação do imposto sobre a renda trata os rendimentos auferidos no âmbito do mercado de 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 essa renda como decorrente de operação de “renda fixa” e a trata dentro da sistemática própria desse rendimento, qual seja, a sistemática de tributação das aplicações financeiras de renda fixa.

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, como sendo de renda decorrente de operação financeira de renda variável.

A respeito, sintetiza Renato A. Gomes de Souza que “... para fins de Imposto de Renda, a lei divide as aplicações finan-

ceiras (e cria um sistema de normas distinto para cada qual em de renda fixa e de renda variável”.³⁰

Dentro da lógica acima exposta, serão analisados os aspectos em torno da sistemática vigente da tributação das operações de alienação de Certificados de Emissão Reduzida no âmbito da sistemática aplicável à tributação das operações de renda variável realizadas com “valores mobiliários” representativos de tais certificados no âmbito do mercado de capitais.

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, conforme exposição a seguir.

Nas ditas “operações de renda variável”, a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda está adstrita ao fato de o contribuinte auferir ganhos líquidos (ganhos de capital) em tais operações, ganhos esses 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 n. 8.981/95 e legislação posterior.

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

30. SOUZA, Renato A. Gomes de. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Tributação nos mercados financeiro e de capitais e na previdência privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 285.

- a) operações praticadas por fundos de investimento, clubes de investimento e semelhantes, que investem em ações (abrangidos mútuos, fundos de privatização, fundo de garantia por tempo de serviço, 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 Certificados de Emissão Reduzida se enquadrariam nessa terceira modalidade de “operações de renda variável”.

A base de cálculo do imposto incidente nessas 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, nas quais, 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).

Após o advento da Lei n. 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%, 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 n. 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 IN/SRF n. 208/02), o que entendemos aplicável às operações com Certificados de Emissão Reduzida.

Os ganhos auferidos em quaisquer outras aplicações realizadas no mercado de balcão ou em bolsa serão tributados à alíquota de 15%, mesma alíquota aplicável aos rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa obtidos por não residentes (art. 29 da IN/SRF n. 208/02). Tais alíquotas benéficas, entretanto, somente se aplicam aos investimentos

realizados por meio da sistemática estabelecida na Resolução/CMN n. 2.689, de 26 de janeiro de 2000.

Nas operações efetuadas fora desse 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 n. 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, I, da Lei n. 8.981/95), esses sendo tributados 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 (RIR), 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 Certificados de Emissão Reduzida são direitos potestativos de “poluir” regrados pela ordem jurídica internacional que emana do Protocolo de Quioto e refletem o princípio adotado pelos países signatários de que o “mercado internacional” compensará os danos ambientais, preservando o Meio Ambiente. Tais direitos serão regulados em cada país signatário pelas normas de Direito Interno que obedecerão, ao fim e ao cabo, os princípios insculpidos nas normas internacionais que trazem a concepção do “mercado internacional de carbono”.

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 esses direitos, a depender de seu âmbito de negociação - se privado (entre duas partes definidas) ou público (mercado).

Os efeitos tributários não diferem dos demais, devendo a legislação, para efeitos da tributação da renda gerada a partir da circulação/negociação desses direitos, tratá-los na forma das previsões já contidas nos respectivos plexos normativos, que determinam a tributação de ativos semelhantes negocia-

dos no âmbito privado ou no mercado de capitais, refletindo, em suma, os princípios norteadores da instituição da sistemática dos Certificados de Emissão Reduzida ao emprestar-lhes exequibilidade dentro das normas que regem a tributação no âmbito do mercado de capitais. Ademais, apesar de a tributação da renda na sistemática acima narrada se amoldar perfeitamente aos conceitos que inspiraram a formação das normas do Protocolo de Quioto enquanto solução de “mercado” para a minimização, em um primeiro momento, dos efeitos nefastos da poluição do meio ambiente do planeta, cabe-nos perquirir, também dentro dos princípios que norteiam as normas internacionais que regem o Meio Ambiente, acerca do papel dos Estados nacionais no que é pertinente à defesa do bem jurídico “Meio Ambiente” em suas esferas de poder e jurisdição.

Nesse sentido, em nossa visão, cabe ao Estado, como ente regulador das atividades econômicas, intervir e, ao mesmo tempo, fomentar os mecanismos de proteção ao Meio Ambiente para, por meio da extrafiscalidade e do atendimento aos princípios que regem a tributação e a proteção ao Meio Ambiente, gerar as condições para a sociedade avançar no sentido de implementar de modo mais efetivo os mecanismos supranacionais previstos no Protocolo de Quioto visando a proteção ambiental.

Em nosso entender, somente mediante a utilização dos mecanismos supranacionais engendrados com a finalidade de criar um “ambiente” econômico internacional favorável à proteção do Meio Ambiente, mediante o estabelecimento de um sistema de compensações entre Estados poluidores e Estados em desenvolvimento e, ao mesmo tempo, de extrafiscalidade

que atenda aos princípios norteadores da tributação insculpidos no Direito Tributário Internacional e no ordenamento jurídico brasileiro, os Estados poderão utilizar o poder econômico exercido pelos mercados (numa esfera ampla e global) na proteção ao Meio Ambiente.

Na prática, o Estado, nesse processo, deve participar de forma ativa por meio da criação de um ambiente regulatório favorável à troca dos Certificados de Emissão Reduzida, bem como do estabelecimento de mecanismos extrafiscais que visem incentivar a circulação dos créditos de carbono como moeda dotada de poder liberatório de obrigação de pagar espécie de “tributo ambiental”, o qual, por sua vez, deverá ser cobrado com base na poluição causada pelos indivíduos que, por outro lado, poderão escolher entre serem tributados em virtude de poluírem ou de não poluírem e gerarem créditos de carbono para venda aos indivíduos poluidores, com a finalidade específica de quitar suas obrigações tributárias decorrentes do “tributo ambiental” que deverão pagar em razão da atividade poluente praticada.

Sob esse aspecto, o poder regulatório do Estado se defrontará e se alimentará de sua própria política extrafiscal, a qual, por outro lado, deverá atentar e obedecer às normas limitadoras do poder de tributar emanados desse Estado e dos demais princípios que regulam suas respectivas atividades econômicas. Em outras palavras, a nosso ver, os Estados devem utilizar o Direito Tributário como ferramenta para a implementação e irradiação dos efeitos e princípios contidos no Protocolo de Quioto, na sua função de reguladores das relações jurídicas entre indivíduos poluidores e o Meio Ambiente.