

38. DESAFIO DO DIREITO TRIBUTÁRIO NA ERA DIGITAL: tributação de criptomoedas no Brasil

Elizabeth Rosa de Mello¹
Victor Henriques Guimarães Taranto²

Resumo

Palavras chaves: Criptomoedas; Direito Tributário; Moedas Virtuais.

Keywords: *Crypto Currencies; Tax Law; Virtual Currency.*

Introdução

O advento da internet e das tecnologias que dela derivam, proporcionou a alteração e o desenvolvimento de muitos elementos de nossa sociedade. No âmbito econômico e financeiro destaca-se a criação de moedas virtuais, que funcionam como alternativa ao dinheiro físico, possuindo alta fluidez, velocidade e valorização. Essas moedas possuem como característica elementar a criptografia, sistema de segurança que permite a proteção no armazenamento e na comunicação de dados confidenciais, além disso dispensam um terceiro de confiança para validar a operação, figura comumente presente nos serviços financeiros tradicionais.

As moedas virtuais, não são emitidas por bancos centrais e não estão apoiadas financeiramente em moedas nacionais, dessa forma, como a maioria das inovações disruptivas, encontram-se lacunas no ordenamento jurídico que impedem uma devida regulação, representando uma ameaça de enfraquecimento ao poder de cobrança coercitiva de tributos pelo Estado. Em um cenário onde existem mais brasileiros investindo em moedas virtuais, do que na própria Bolsa de Valores (Brasil Bolsa Balcão), justifica-se cada vez mais a necessidade de compreender e analisar essa novidade tecnológica.

Assim sendo, o presente artigo pretende analisar o recente fenômeno das moedas virtuais sob a ótica do Direito Tributário e do Sistema Tributário Nacional abordando, principalmente, a possibilidade de tributação da atividade. Para alcançar esse objetivo, o artigo se estrutura da seguinte forma: o primeiro item do artigo apresenta uma síntese acerca da evolução da moeda na sociedade, afim de compreender esse fundamental elemento de conveniência social. O segundo item traz uma exposição acerca da diferenciação entre moedas virtuais, digitais e criptomoedas. No terceiro item, discute-se a polêmica natureza jurídica das criptomoedas no ordenamento brasileiro. O quinto item busca analisar as possibilidades de incidência de tributos em fatos comumente ocorrentes na utilização de criptomoedas. O último item por sua vez, sintetiza as principais conclusões da pesquisa realizada.

O marco teórico adotado é o neoconstitucionalismo, com objetivo de analisar a compatibilidade de uma possível tributação de moedas virtuais com a legislação brasileira. O neoconstitucionalismo é um sistema fundado na Carta Magna Brasileira de 1988, centro de todo

¹ Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá, Especialista em Direito Público e Direito Privado pela mesma Universidade e Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), graduada pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Atualmente é Professora das Disciplinas de Direito Tributário e Direito Administrativo II da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

² Advogado, pós-graduando em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)..

o ordenamento jurídico pátrio, onde o diploma constitucional passa a ter força normativa capaz de exigir a aplicação de todos os preceitos, princípios e garantias nele contidos.

Contemplando os objetivos da presente pesquisa, o método científico utilizado é bibliográfico, crítico e dialógico, partindo de uma revisão da doutrina, de textos legais e infralegais sobre o assunto. A conclusão atingida no presente artigo é pessoal e fundamentada no material investigatório compilado para realização do estudo.

1. Breve resgate histórico sobre a evolução da moeda na sociedade

Desde a organização humana em sociedade, diversos objetos cumpriram a função de moeda, de forma que configuram um elemento de conveniência social muito antigo, intrinsecamente relacionado ao desenvolvimento e consolidação do capitalismo. Entretanto, mesmo existindo por mais de quatro mil anos, suas características de segurança e aceitação plena foram moldadas em um curto período, correspondente aos últimos duzentos anos (BAROSSO-FILHO, SZTAJN, 2005).

Nas civilizações mais antigas, os sujeitos que conseguissem excedentes de determinada coisa podiam trocá-la por algo que precisasse, essa prática foi denominada de escambo. Animais, grãos e manufaturados podiam ser objeto de permuta, intentando realizar troca de bens cujo valores são equivalentes (ASSUMPCÃO ALVES; DA SILVA, 2018). Posteriormente, durante o século XIX as principais moedas tinham o seu valor atrelado a metais preciosos, como por exemplo o ouro, fundando o padrão-ouro internacional: “[...] o que especifica o ‘padrão-ouro internacional’ não é o fato de que nele o ouro tenha sido utilizado pela primeira vez como padrão monetário, mas o fato de que, nele, o ouro tornou-se pela primeira vez dinheiro mundial” (GERMER, 1998, p.6).

As Teorias não marxistas compreendem que a função monetária exercida pelo ouro teve o seu fim a partir da I Guerra Mundial, embora Claus Germer (1998) aponte que o ouro continuou exercendo funções monetárias após o conflito, configurando o principal fundamento do sistema monetário advindo dos acordos de Bretton Woods, assim, o valor do dólar, principal moeda mundial passou a se basear no ouro, principal meio de reserva internacional, até 1971 quando o presidente norte-americano Richard Nixon adotou a disjunção do dólar ao ouro, de forma que não possuísse mais nenhum sustentáculo, configurando papel puro, atrelado apenas em sua credibilidade no cenário internacional, consolidando a denominada moeda fiduciária como padrão monetário.

A partir de então, a moeda fiduciária obteve o *status* de moeda de curso forçado, garantida por lei, emitida e controlada por uma autoridade governamental, fundamental para o bom funcionamento do sistema monetário. Desse modo, a moeda fiduciária é padrão, pois representa uma forma de valor (VIDIGAL, 1995) estabelecido por competência exclusiva do Estado sendo que “não cabe aos particulares acordarem utilizar padrão diverso daquele estipulado pelo ordenamento jurídico: os contratos celebrados no Brasil adotam, necessariamente, o padrão monetário brasileiro” (FOBE, 2016, p. 15).

Portanto, há no sistema monetário atual, uma hierarquização dos interesses públicos e dos interesses privados, de forma que se limita a livre iniciativa privada em prol da noção de ordem pública e segurança jurídica e econômica:

Ao longo dessa discussão acerca da evolução histórica dos modelos monetários, dois aspectos de natureza econômica se destacam, principalmente, no modelo atual de moeda fiduciária. Primeiramente em todos os modelos a necessidade de confiança no meio de troca dá espaço a assimetrias de informação que, ao serem reparadas, provocam novas assimetrias. Segundo, o modelo fiduciário de curso forçado dá espaço, além

de assimetrias de informação, a comportamentos oportunistas por parte da autoridade monetária, no sentido de que a gestão monetária não é feita no melhor interesse dos agentes econômicos e sim no melhor interesse do governo ou do Tesouro. Esse tipo de comportamento oportunista é denominado custo de agência. (BAROSSO-FILHO; SZTAJN, 2015)

Os contextos monetários e financeiros atuais possuem forte regulação e controle pelas autoridades nacionais, representadas na maioria das vezes por Bancos Centrais, que atuam como instituições únicas, detendo o monopólio monetário de determinado país, e acabam por estimular ideias de outras fontes de utilização das moedas, sem perder seu lastro e incidência no mercado (ANDRADE, 2017). Esse monopólio além de consolidar o interesse público no controle de instituições e transações financeiras tornou os governos capazes de usar a inflação para impor suas agendas econômicas e políticas (ALBUQUERQUE, CALLADO, 2015). Assim, o setor financeiro é caracterizado por uma presença e intervenção estatal notável:

O atual arranjo monetário do Ocidente baseia-se em dois grandes pilares: 1) monopólio da emissão de moeda com leis de curso legal forçado e 2) banco central, responsável por organizar e controlar o sistema bancário. Em grande parte dos países, a tarefa de emissão de moeda é delegada pelo estado ao próprio banco central. É, portanto, patente a interferência governamental no âmbito monetário. Tal arranjo é a antítese de livre mercado; considera-lo um exemplo de capitalismo exige uma boa dose de elasticidade intelectual (ULRICH, 2014, p. 36)

Através do aumento da velocidade nas trocas de informações proporcionado principalmente pelo desenvolvimento e popularização de tecnologias na área da informática, telecomunicações e internet, muitos elementos já consolidados pela sociedade passaram a sofrer modificações e serem superados (LOREDO, 2016). Um dos setores econômicos que mais se modifica devido aos reflexos dessas inovações é o setor financeiro, tamanho é o impacto das novas tecnologias ao setor, que este passou a possuir um termo próprio, qual seja, *FinTech* (junção dos termos financeiro e tecnologia em inglês). A própria Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no combate à erosão da base de cálculo tributária e à transferência indevida de lucros, reconhece a importância da interação entre o sistema tributário e a economia digital. Através do plano de ação 1, denominado *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, dispõe que a economia digital, sobretudo as moedas virtuais, pelo fato de estarem em constante evolução, devem ser incessantemente monitoradas com o intuito de mensurar seu impacto no sistema tributário (OECD, 2015).

Assim, as moedas virtuais (*virtual currency*), em especial as criptomoedas, se consolidam como alternativas ao dinheiro físico, não envolvendo em suas transações bancos centrais e governos e, com sua alta fluidez, velocidade e valorização, essa nova modalidade tem ganhado cada vez mais adeptos, despertando o interesse de grandes corporações à pequenas empresas, como também do governo, uma vez que o *uso massificado das moedas virtuais nas relações intersubjetivas, pode ocasionar a possibilidade de uma reestruturação do sistema financeiro a nível global, representando uma ameaça de enfraquecimento ao poder de cobrança coercitiva de tributos pelos Estados.*

2. Moedas virtuais, digitais e criptomoedas: uma diferenciação necessária

As moedas virtuais são um fenômeno recente na sociedade, a multiplicidade de definições e espécies ainda são objetos de estudo multidisciplinar que vêm sendo desenvolvidos. *A ideia de utilizar o dinheiro na forma digital já é uma realidade, podendo ser verificada desde operações mais simples como o depósito em uma conta bancária por sistemas*

de internet banking, até compras e transações que envolvam o fluxo internacional da moeda (ALMEIDA, 2017). O cuidado na nomenclatura que será neste tópico abordado é fundamental para que se respeite a especificidades das inúmeras moedas virtuais e também evite erros na eventualidade de futuras regulações.

Inicialmente, é necessário pontuar a existência de uma dificuldade terminológica entre as nomenclaturas moedas virtuais, digitais e criptomoedas, visto que, em diversas ocasiões esses termos são usados como sinônimos, sendo o termo moeda virtual o mais empregado por entidades oficiais, para tanto, parte-se do esclarecimento de Nicole Fobe:

Há uma certa confusão terminológica entre as três denominações (digitais, virtuais e criptomoedas) que pode vir a dificultar a apreensão das características específicas de cada uma. Em termos gerais, pode-se identificar uma evolução tecnológica a partir das moedas digitais originalmente concebidas até as criptomoedas, dentre as quais o Bitcoin é apenas um exemplo [...] tanto as moedas virtuais quanto as criptomoedas são exemplos de moeda digital, uma vez que ambas precisam do suporte da rede para garantir sua circulação. Suas transações não ocorrem, portanto, sem que os usuários estejam conectados à internet (FOBE, 2016, p.47).

De acordo com Nicole Fobe (2016), as moedas virtuais seriam um gênero da espécie moedas digitais, estando a maior diferença entre elas no que diz respeito a conversibilidade, segundo a autora as moedas digitais possuem uma conversibilidade implícita, mesmo que em última instância, já as moedas virtuais, independentemente de conversibilidade possuem valor e circulam em uma comunidade específica, desse modo, a conversão em moeda real não é o principal intuito daqueles usuários e detentores de moedas virtuais, ” o objetivo de uma moeda virtual não é possibilitar compras no mundo “físico”, e sim garantir a existência de transações no mundo virtual” (FOBE, 2016, p. 50).

Portanto, é possível vislumbrar que as moedas virtuais são uma generalização, abarcando criptomoedas como o Bitcoin, Litecoin, Ethereum, Dash, Blackcoin entre tantas outras. Ao lado das criptomoedas, também figuram como moedas virtuais os sistemas de pontuação oferecido por lojas que são trocados por produtos do estabelecimento até mesmo valor acumulados em jogos de RPG (FOBE, 2016).

As moedas virtuais também se diferenciam do conceito já cotidiano de dinheiro eletrônico. Uma moeda virtual é como uma moeda real, mas não são emitidas por bancos centrais, além disso não estão apoiadas financeiramente em moedas nacionais, como o dinheiro eletrônico, que corresponde a uma quantia de depósito real da moeda nacional em determinada conta bancária. Portanto, a emissão é descentralizada e não é decidida pelos agentes políticos de determinado país, mas por aspectos técnicos, geralmente bem definidos. Por exemplo, o bitcoin, espécie mais conhecida de moeda virtual, utiliza um algoritmo criptográfico para gerar a moeda, que é elaborada pelos usuários da rede e não por um organismo governamental centralizado (ANDRADE, 2017).

Diversos órgãos ao redor do mundo vêm utilizando a nomenclatura moedas virtuais como sinônimo de criptomoedas, como o Banco Central do Brasil, o *Financial Crimes Enforcement Network* dos Estados Unidos e o Banco Central Europeu. Assim sendo, é necessário que se tenha em mente que as criptomoedas sempre serão moedas virtuais, isso em decorrência de sua total dependência da rede mundial de computadores (internet), entretanto nem todas moedas virtuais serão criptomoedas, como por exemplo os valores acumulados em jogos virtuais e os sistemas de pontuação oferecidos por empresas aéreas e lojas (FOBE, 2016).

À medida que a sociedade contemporânea se torna cada vez mais conectada à rede mundial de computadores e passa a investir cada vez mais em alta tecnologia tem-se uma valorização dos mecanismos de segurança de informações e dados de pessoas, empresas e até

mesmo de governos. Um elemento fundamental de qualquer sistema de segurança de informações é a criptografia, que permite proteção no armazenamento ou na comunicação de dados confidenciais (SAPER, 2013).

Nesse diapasão, foi desenvolvido o termo criptomoedas por Satoshi Nakamoto (2008), pseudônimo do fundador ou grupo de fundadores do *Bitcoin*, na publicação intitulada *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*³, sendo apresentado como uma solução referente as dificuldades de segurança de um sistema de pagamento online, visto que são moedas virtuais descentralizadas, ou seja, independentes de uma autoridade central, seja para sua transação, emissão ou controle, são virtuais no sentido de existirem apenas sob a ótica digital, não correspondendo a nenhum outro bem físico.

O *Bitcoin* foi a primeira e atualmente é a mais comercializada criptomoeda existente, entretanto existem centenas de outras espécies deste tipo que funcionam de modo semelhante, sendo denominadas de *altcoins*, como por exemplo a *Litecoin*, a *Ethereum*, a *Ripple*, a *ZCash*, a *Dash* e a *Monero*. Tendo em vista a escassa produção bibliográfica nesse âmbito e as inúmeras diferenças entre as espécies de criptomoedas, sobretudo referente a tecnologia empregada em cada uma delas, usaremos o *Bitcoin* como modelo afim de descrever seu funcionamento para uma melhor compreensão do tema.

Conforme Guilherme Follador (2017) o *Bitcoin* está fundado em uma tecnologia que possibilita a transação de recursos financeiros de parte a parte, sem a necessidade de um servidor central graças a arquitetura *peer-to-peer*, dessa forma dispensam um terceiro de confiança para validar a operação, figura comumente presente nos serviços financeiros tradicionais. A segurança das operações realizadas com o *Bitcoin* é garantida por um cadastro criptografado das transações de todos os usuários que aderirem a nova moeda, através do *Blockchain*, sofisticado sistema de registro de dados, descentralizado e protegido por ferramentas de validação das informações armazenadas por todos os usuários.

Para Glauco Zerbini Costal e Liziane Angelotti Meira (2017), a utilização do *Bitcoin* não se assemelha ao de uma moeda tradicional, visto que, na maioria das vezes, os usuários não se interessam em realizar pagamentos ou compras, mas sim em especulações financeiras envolvendo a moeda, devido sua rápida valorização:

Resumindo, o alvo do desejo são os movimentos extravagantes de valorização de seu câmbio, já extremamente valorizado, de forma não racional, perante as moedas tradicionais. Observa-se que a cada especulação ou notícia de uma possível regulação ou barreira que essa criptomoeda possa encontrar em algum país relevante, seu câmbio oscila de forma significativa, mostrando o seu alto caráter especulativo. (COSTAL, MEIRA, 2017, p. 488)

Portanto, vislumbra-se que o *Bitcoin* representou a primeira possibilidade técnica de realizar transações financeiras virtuais sem a necessidade de participação de um intermediário, evitando custos e configurando uma importante demonstração da autonomia privada e do avanço tecnológico.

3. Entre complexidades e incertezas: a possível natureza jurídica das criptomoedas no ordenamento pátrio.

As criptomoedas se apresentam como uma alternativa inovadora à utilização do dinheiro em transações financeiras tanto no âmbito virtual quanto no mundo físico. Desse modo, como estabelecer uma natureza jurídica de algo criado para romper e alterar a dinâmica financeira e econômica da sociedade moderna? Sob o aspecto tributário, estabelecer a natureza jurídica das

³ A íntegra do documento pode ser acessada em <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

criptomoedas é fundamental para a definição da possibilidade de sua tributação e delimitação de quais tributos incidirão nas muitas utilidades dessa moeda virtual.

As primeiras discussões sobre a natureza jurídica possuíam o escopo de reconhecer ou não o caráter monetário das criptomoedas. Atualmente, tem-se adotado uma postura mais pragmática, voltada para a regulamentação desses ativos virtuais (VAINZOFF; CUNHA FILHO, 2017).

O fato é que as múltiplas funcionalidades das criptomoedas resultam também em uma multiplicidade de classificações jurídicas. Desse modo, as criptomoedas podem ser consideradas uma moeda⁴, visto que em muitas situações elas podem cumprir as funções características de uma moeda: unidade de conta, reserva de valor e meio de pagamento. Entretanto, as criptomoedas podem apresentar dificuldades para conjugarem algumas dessas funções, em especial a de reserva de valor, devido sua grande volatilidade cambial. Assim, em algumas situações, seria inadequado classificar juridicamente uma criptomoeda como moeda.

Outra classificação que merece atenção seria a de valor mobiliário, especialmente no caso das *Initial Coin Offerings* (ICO's)⁵, devido sua funcionalidade como título ou contrato de investimento coletivo que ocasione direito de participação, parceria ou remuneração sobre empreendimentos cujos vencimentos advêm do esforço de terceiros, em conformidade com a Medida Provisória nº. 10.198/2001 (VAINZOFF; CUNHA FILHO, 2017).

Ainda podem ser classificadas como bens incorpóreos, tendo em vista não possuírem existência material, são meras abstrações virtuais, sendo assim, se encaixam no conceito de bens incorpóreos, que conforme Carlos Roberto Gonçalves são “os que têm existência abstrata ou ideal, mas valor econômico, como direito autoral, crédito, a sucessão aberta, o fundo de comércio etc” (GONÇALVES, 2011, p. 278).

As controvérsias, incertezas e lacunas acerca da natureza jurídica das criptomoedas não é uma questão exclusivamente nacional, estando também presente no restante do mundo. Nos vinte e nove países que se manifestaram sobre a natureza jurídica do *bitcoin* (espécie mais notória de criptomoeda) é possível observar ao menos treze classificações distintas, conforme o gráfico abaixo demonstra (FOBE, 2016, p. 71):

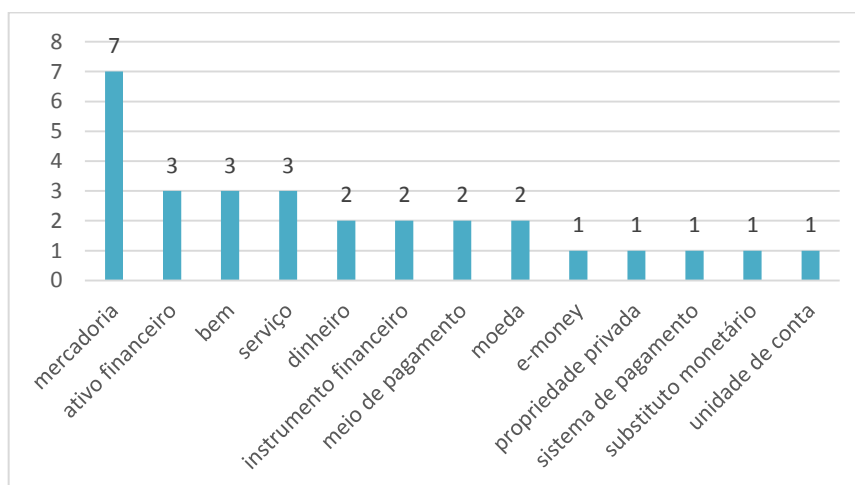


Gráfico 01. Classificações jurídicas atribuídas ao Bitcoin, por número de países.170 Fonte: O bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos.

⁴ Conforme a Teoria Monetária clássica da Economia as três as principais funções da moeda são: intermediação das trocas; unidade de conta ou medida de valor e reserva de valor (VICECONTI; NEVES, 2010, p. 291)

⁵ *Initial Coin Offerings* (ICO) é o evento de lançamento e abertura de uma nova criptomoeda, semelhante a oferta inicial de ações (IPO) praticada no mercado financeiro. Conforme a Comissão de Valores Mobiliários (2017) trata-se de uma captação pública de recursos junto ao público investidor que recebe em contrapartida ativos virtuais, exclusivamente digitais, conhecidos como tokens ou coins.

A perspectiva nacional acerca da natureza jurídica das criptomoedas iniciou-se com o posicionamento institucional do Banco Central do Brasil. Através do comunicado nº 23.306 de 2014, o BACEN esclareceu que as criptomoedas não estão fundadas em nenhuma autoridade central soberana, justamente essa característica impossibilita sua classificação jurídica como moeda (BRASIL, 2014). Já em 2017, através do comunicado nº 31.379 de 2017, a instituição alertou os riscos decorrentes de guarda e negociação das moedas virtuais, entretanto se absteve de definir uma classificação jurídica para essa inovação. O Banco Central do Brasil ainda afirmou que não regula e nem supervisiona operações realizadas com moedas virtuais (BRASIL, 2017).

Por sua vez, a Receita Federal do Brasil, atenta aos possíveis ganhos patrimoniais advindo de operações com criptomoedas, atribuiu a definição de análogas à “ativos financeiros” (BRASIL, 2017, p. 183). Contudo, tal posicionamento da Receita Federal do Brasil potencializou inseguranças jurídicas. Isso porque, como ativos financeiros, as criptomoedas estariam aptas a captar aplicações financeiras por parte de fundos de investimentos, regulados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Nesse contexto, mediante o Ofício Circular nº1/2018/CVM/SIN, a CVM vedou a aquisição direta de criptomoedas por fundos de investimentos e a impossibilidade de possuírem a natureza jurídica de ativos financeiros:

Como sabido, tanto no Brasil quanto em outras jurisdições ainda tem se discutido a natureza jurídica e econômica dessas modalidades de investimento, sem que se tenha, em especial no mercado e regulação domésticos, se chegado a uma conclusão sobre tal conceituação. Assim e baseado em dita indefinição, a interpretação desta área técnica é a de que as criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros, para os efeitos do disposto no artigo 2º, V, da Instrução CVM nº 555/14, e por essa razão, sua aquisição direta pelos fundos de investimento ali regulados não é permitida (BRASIL, 2018, p. 1).

Ainda em 2018, a CVM, através do Ofício Circular nº 11/2018/CVM/SIN, admitiu a possibilidade de investimentos indiretos em criptomoedas em fundos no exterior, desde que a jurisdição desse país tenha admitido e regulamentado essas moedas virtuais:

A Instrução CVM nº 555, em seu arts. 98 e seguintes, ao tratar do investimento no exterior, autoriza o investimento indireto em criptoativos por meio, por exemplo, da aquisição de cotas de fundos e derivativos, entre outros ativos negociados em terceiras jurisdições, desde que admitidos e regulamentados naqueles mercados. No entanto, no cumprimento dos deveres que lhe são impostos pela regulamentação, cabe aos administradores, gestores e auditores independentes observar determinadas diligências na aquisição desses ativos (BRASIL, 2018, p. 1).

Com o intuito de aperfeiçoar a cobrança coercitiva de tributos, a Receita Federal do Brasil emitiu a Instrução Normativa nº 1.888 de 3 de maio de 2019 que, além de estabelecer uma série de obrigações tributárias acessórias referentes a operações com criptomoedas, busca conceituar terminologias frequentemente utilizadas nesse contexto. Assim, ao dispor acerca das criptomoedas, denominadas no documento de criptoativos, a RFB determina que:

Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se: I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de

investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal (BRASIL, 2019).

No âmbito legislativo, a primeira tentativa de atribuir natureza jurídica às criptomoedas foi através do Projeto de Lei nº 2.303 de 2015 de autoria do Deputado Federal Áureo Ribeiro (Solidariedade/RJ), o qual intentou incluir conjuntamente moedas virtuais e programas de milhagem aérea na categoria de “arranjos de pagamento”, sob a supervisão do Banco Central do Brasil (BRASIL, 2015). Outra iniciativa legislativa que merece destaque é o Projeto de Lei nº 2.060 de 2019, também de autoria do Deputado Federal Áureo Ribeiro, entretanto, a referida iniciativa apresenta um amadurecimento na concepção da natureza jurídica das criptomoedas. Nesse sentido, o projeto de lei estabelece que:

Art. 2º Para a finalidade desta lei e daquelas por ela modificadas, entende-se por criptoativos: I – Unidades de valor criptografadas mediante a combinação de chaves públicas e privadas de assinatura por meio digital, geradas por um sistema público ou privado e descentralizado de registro, digitalmente transferíveis e que não sejam ou representem moeda de curso legal no Brasil ou em qualquer outro país; II – Unidades virtuais representativas de bens, serviços ou direitos, criptografados mediante a combinação de chaves públicas e privadas de assinatura por meio digital, registrados em sistema público ou privado e descentralizado de registro, digitalmente transferíveis, que não seja ou representem moeda de curso legal no Brasil ou em qualquer outro país; III – Tokens Virtuais que conferem ao seu titular acesso ao sistema de registro que originou o respectivo token de utilidade no âmbito de uma determinada plataforma, projeto ou serviço para a criação de novos registros em referido sistema e que não se enquadram no conceito de valor mobiliário disposto no art. 2º da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976; Parágrafo único. Considera-se intermediador de Criptoativos a pessoa jurídica prestadora de serviços de intermediação, negociação, pós negociação e custódia de Criptoativos (BRASIL, 2019).

A partir da análise das manifestações supracitadas, é possível observar um amadurecimento no entendimento da matéria no âmbito nacional, partindo da polêmica classificação de análogas à ativos financeiros para uma classificação própria, a de criptoativos, presente no Projeto de Lei nº 2.060 de 2019, na Instrução Normativa nº 1.888 de 3 de maio de 2019 e no Ofício Circular nº 11/2018/CVM/SIN da CVM.

Ainda que a categorização jurídica possa ser ineficiente para regular, de uma só vez, todas as possíveis funcionalidades dos criptoativos, verifica-se que o uso da terminologia criptoativos consiste em um conceito aberto, que abarca as categorias de: Unidade de valor criptografada, Unidades virtuais representativas de bens serviços ou direitos e Tokens virtuais. Dessa forma “Percebe-se que estas categorias não são estáticas porquanto delimitam-se pelo elencamento de possíveis predicados do fenômeno a ser regulado, os criptoativos” (COSTA, 2019, p. 35), respeitando, de certo modo, a natureza mutável e inconstante das criptomoedas.

4. A tributação de criptomoedas no direito brasileiro: a incidência de impostos sobre relações jurídico-econômicas intermediadas por criptomoedas.

Conforme elucidado anteriormente, as criptomoedas funcionam como unidade de troca, permitindo que o usuário realize pagamentos e negociações sem a presença de um terceiro que valide a operação, figura comumente presente em instituições financeiras, seus usuários são anônimos e as moedas são armazenadas em endereços eletrônicos, de forma que não se sabe a localização territorial do recurso. Além disso, essas moedas virtuais independem de Bancos

Centrais para sua emissão e regulação, visto que são descentralizadas, não sofrendo qualquer interferência por parte do Poder Público. Toda a complexidade e inovação inerente desta nova tecnologia representa uma possibilidade concreta de uma reestruturação do sistema financeiro, ameaçando também o poder de cobrança coercitiva de tributos pelos Estados.

A análise dos fenômenos fáticos é imprescindível para o Direito Tributário, isso porque, a partir da existência no mundo real de um fato gerador previsto na legislação tributária será possível que ocorra sua tributação. De acordo com Amílcar Falcão: “Fato gerador é, pois, o fato, o conjunto de fatos ou o estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado” (FALCÃO, 1999, p. 2). O presente estudo apresenta como elementos fáticos capazes de se tornarem fatos geradores: o lucro obtido através das criptomoedas e as operações de circulação e a produção da mesma.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consolidou a Teoria Quinquipartite, existindo cinco espécies tributárias: os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria elencados no artigo 145 da CRFB/88 e os empréstimos compulsórios e contribuições especiais dispostas respectivamente nos artigos 148 e 149 da carta constitucional de 1988 (PAULSEN, 2013). Para efeito da tributação das criptomoedas, seria inoportuno o estudo da incidência de taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios ou contribuições sociais, tendo em vista que o legislador brasileiro ainda não ponderou a importância econômica dessas moedas virtuais, para que se justifique tal incidência. Desse modo, este artigo destinará sua análise apenas para as hipóteses de incidência de impostos.

4.1. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR)

A Receita Federal do Brasil (RFB) foi a primeira instituição a apresentar manifestação acerca do tema, posicionando-se favoravelmente a tributação dos lucros decorrentes de operações realizadas com criptomoedas, nos termos do artigo 153, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como se pode observar na Informação nº. 4 da Coordenação-Geral de Tributação, órgão da Receita Federal do Brasil:

Sobre a Bitcoin/Litecoin, criptomoedas que permitem transferência não identificada de valores, a Receita Federal informa que o assunto é objeto de estudo no âmbito da instituição. Segundo análises preliminares, a Receita Federal esclarece que, do ponto de vista legal, a Bitcoin não é moeda nos termos do marco regulatório atual. Entretanto, dadas as características identificadas até o momento e à luz da legislação vigente, a moeda alternativa pode ser equiparada a um ativo financeiro. Assim, do ponto de vista tributário, o salvo existente de Bitcoins em 31 de dezembro do ano-calendário deve ser informado na declaração de Imposto de Renda Pessoa Física como “outros bens”. Quando a alienação desses ativos for de valor superior a R\$35 mil reais, o eventual ganho de capital deve ser atribuído à alíquota de 15% e o recolhimento do Imposto de Renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação.

A Receita Federal ressalta ainda que, como é próprio da concepção das moedas virtuais Bitcoin/Litecoin, as cotações divulgadas não são oficiais, uma vez que não há um órgão responsável pelo controle de sua emissão. Por essa razão, não há como se estabelecer uma regra legal de conversão dos valores para fins tributários. Entretanto, essas operações deverão estar comprovadas com documentação hábil e idônea para fins de tributação por até cinco anos (BRASIL, 2017).

Na edição de 2017, a RFB incluiu em sua publicação anual “Perguntas e Respostas Imposto sobre a renda da Pessoa Física” duas orientações acerca da tributação de moedas

virtuais, de forma que, equiparam as criptomoedas a ativos financeiros, devendo ser declarados na ficha “Bens e Direitos”, acrescenta ainda que os valores obtidos através da alienação destas moedas estão sujeitos a tributação a título de ganho de capital. Ademais a Receita Federal dispõe que os ganhos obtidos com a alienação de criptomoedas superior a R\$ 35.000,00 em um mês, deverão ser tributados a título de ganho de capital, possuindo alíquota de 15%, devendo o imposto ser recolhido até o último dia útil do mês seguinte ao da transação:

447 – As moedas virtuais devem ser declaradas? Sim. As moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moedas nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como “outros bens”, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro. Elas devem ser declaradas pelo valor de aquisição.

[...]

607 – Os ganhos com a alienação de moedas “virtuais” são tributados? Os ganhos obtidos com a alienação de moedas virtuais (bitcoins, por exemplo) cujo total seja superior a R\$ 35.000,00 são tributados, a título de ganho de capital, à alíquota de 15%, e o recolhimento do imposto de renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação (BRASIL, 2017).

É inegável que as criptomoedas possuem conteúdo econômico, que podem resultar ganho de capital, a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica desses valores ocasionará a incidência do fato gerador do Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, com fulcro nos artigos 153, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e 43 do Código Tributário Nacional. Portanto, as criptomoedas são aptas a incorporar acréscimo de patrimônio a quem a possui, visto que seu valor oscila constantemente, de forma que, em determinados momentos o valor de uma delas poderá ser superior ao valor de sua aquisição (MORAIS; NETO, 2014). Ressalta-se que o fato de não haver previsão legislativa que regule operações realizadas com criptomoedas, não configura óbice a tributação da mesma, isso porque o Código Tributário Nacional, em seu artigo 118, consagra o princípio do *non olet* disciplinando que é irrelevante a licitude do objeto ou a regularidade jurídica dos atos para fim de incidência de determinado tributo.

Em maio de 2019 foi emitida pela Receita Federal Brasileira a Instrução Normativa nº 1.888, com o intuito de estabelecer uma série de obrigações tributárias acessórias relativas às operações com criptomoedas, não apenas para as *exchanges* domiciliadas em território nacional. Para as pessoas físicas, há dois requisitos: realizar operações de forma direta com outros usuários através da rede *peer-to-peer* ou através de corretoras de criptoativos domiciliadas no exterior e realizar operações cujo valor mensal o valor ultrapasse, isolado ou conjuntamente a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

O §2º do artigo 6º da referida instrução normativa, estabelece que a obrigatoriedade de prestar informações aplica-se as operações de compra e venda, permuta, doação, transferência e retirada de criptoativos das corretoras, cessão temporária, dação em pagamento, emissão e outras operações que impliquem transferência dessas moedas virtuais, devendo ser informado: (i) a data da operação; (ii) o tipo de operação; (iii) os titulares da operação; (iv) os criptoativos utilizados na operação; (v) a sua quantidade, em unidades até a décima casa decimal; (vi) o valor da operação, excluídas as taxas de serviço, quando houver; (vii) o valor das taxas de serviço em reais, quando houver e; (viii) o endereço de remessa e de recebimento. O relatório também deverá conter a identificação dos titulares das operações e incluir nome, nacionalidade, domicílio fiscal, endereço, número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) ou Número de Identificação Fiscal (NIF) no exterior (BRASIL, 2019).

Outro aspecto que merece destaque na Instrução são as penalidades. O sujeito que não

prestar as informações em conformidade às exigências impostas e dentro do prazo apontado deverá arcar com multas que dizem respeito ao descumprimento de prazo; ou materialidade do relatório. No primeiro, a multa varia, em razão do sujeito, de R\$ 100,00 por mês ou fração de mês, a R\$ 1.500,00. Já na inobservância às exigências do relatório, será cobrado a alíquota de 3%, sobre o valor da operação a que se refere a informação omitida, inexata, incorreta ou incompleta, não inferior a R\$ 100,00, em se tratando de pessoa jurídica; ou 1,5% sobre o valor da operação se for pessoa física (BRASIL, 2019).

4.2. Imposto sobre produto industrializado (IPI)

A produção de criptomoedas conforme tratado anteriormente aduz um complexo processo de operações matemáticas geradas por uma rede de computadores através do processo denominado mineração. A produção de criptomoedas pode configurar um lucrativo mercado, como tem-se observado nos recentes anos, levando empreendedores de diversos países a constituírem empresas especializadas na produção de criptomoedas através de “supercomputadores” (MORAIS; BRANDÃO NETO, 2014). Por efeito do surgimento e expansão destas empresas e sob a ótica do Sistema Tributário Nacional, surge o questionamento acerca da possível incidência do imposto sobre produtos industrializados (IPI) na produção de criptomoedas.

O IPI possui fundamentação no artigo 153, inciso IV da Constituição Federal de 1988, sendo um tributo de competência da esfera federal. De acordo com Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo (2012) uma análise conjunta do artigo supracitado em combinação com o seu § 3º e incisos, constata-se que a base econômica tributável do IPI abrange as operações com produtos industrializados, sendo um imposto que deve gravar a produção, alcançando a operação que possui como objeto qualquer produto advindo de processo de industrialização:

Assim, o IPI incide nas operações de que participa o industrial que industrializou o produto, mas não na venda por comerciante ao consumidor. Não basta, portanto, que o produto objeto do negócio jurídico tenha sido industrializado em algum momento, mas que se tribute a própria produção quando ela acontece. Na venda de produto por comerciante, temos apenas o comércio, a circulação de mercadoria. A fase de produção, de industrialização, é anterior. (PAULSEN; MELO. 2012. p. 92)

Ademais, para a incidência do IPI, além da necessidade de o produto decorrer de um processo de industrialização, é preciso que este bem esteja elencado no rol da tabela de incidência do imposto sobre produtos industrializados (TIPI) em observância ao princípio da reserva legal tributária ou legalidade tributária (artigo 150, inciso I, CRFB/88)⁶.

Carlos Yuri Araújo de Moraes e João Batista Brandão Neto (2014), partindo de uma possível inclusão das criptomoedas nos produtos constantes na tabela de incidência do imposto sobre produtos industrializados, afirmam que mesmo que houvesse tal inclusão, a incidência seria inconstitucional na medida em que a produção de criptomoedas não advém de um processo industrializado, ou seja, de um conjunto de procedimentos mecânicos e/ou químicos, que transformam matéria prima em produto, ou produtos em outros. A criação de criptomoedas ocorre através de um processo virtual com operações matemáticas criptografadas realizadas por

⁶ Conforme o princípio da reserva legal tributária o poder de cobrança coercitiva de tributos pelo Estado não pode ser discricionário, devendo obediência aos direitos fundamentais do Contribuinte. Para Ricardo Lobo Torres (2004) o princípio da legalidade encontra-se expresso em dois dispositivos constitucionais: o art. 5º, II, da CR/88, que dispõe: “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; e (2) art. 150, I, CR/88 que dispõe acerca das limitações ao poder de tributar, que evidencia a vedação aos entes públicos de exigir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça previamente.

computadores, em síntese:

A emissão de uma criptomoeda é feita quando da criação do seu código principal – o código que dá origem ao sistema daquela criptomoeda específica. A sua monetização, ou seja, o ato de colocá-la em circulação, é conduzida de forma totalmente virtual e é denominada “mineração” – como se houvesse “veios” de metal precioso escondidos em alguma caverna virtual e cada um dos usuários fosse, por meio de senhas, códigos ou tentativas “resgatando”, “minerando” cada uma de suas unidades. Criptomoedas são, assim, códigos criptográficos a serem identificados em um sistema maior e mais amplo (FOBE, 2016, p. 53-54).

Portanto, pode-se concluir que não incide IPI sobre as operações na qual um indivíduo adquirir criptomoedas perante aquele que a produz, devido ao fato de não estar listada na TIPI, e sua produção não decorrer de um processo de industrialização. Portanto a incidência seria uma afronta o Princípio da reserva legal tributária. Todavia, na compra dos computadores para o processo de mineração irão incidir outras espécies tributárias tais como IPI e ICMS.

4.3. imposto sobre operações financeiras (IOF)

Conforme visto anteriormente, as criptomoedas podem ser utilizadas em operações de transações, seja no recebimento ou no pagamento realizado com utilização dessas moedas virtuais. Diante dessa realidade, o imposto que primeiro se apresenta cabível a situação é o imposto sobre operações financeiras (IOF), tal imposto possui previsão constitucional e incide em operações de crédito, câmbio, seguro e relativas a títulos de valores mobiliários, conforme disposição do artigo 153, inciso V da carta constitucional pátria.

O próprio papel que vem sendo desempenhado pelas criptomoedas permitem desde logo excluir sua utilização nas operações de crédito e de seguro, sendo objeto de estudo apenas as hipóteses relativas às operações de câmbio e títulos de valores mobiliários.

Conforme o artigo 63, inciso II do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), o IOF câmbio tem fato gerador na sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, além de sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este. De acordo com o Regulamento da Câmara de Registro, Compensação e Liquidação de Operações de Câmbio da BM&F – Bovespa, atual Brasil Bolsa Balcão - B3 dispõe em seu artigo 1º, item 40, Operações de Câmbio como: “Operações de compra e venda de Moedas Estrangeiras, passíveis de Registro, Compensação e Liquidação pelos Sistemas da Câmara” (BMF & BOVESPA, 2014, p. 5).

Até o presente momento, o Brasil e nenhum outro país instituíram criptomoedas como moedas nacionais, apesar de alguns países como a Irlanda e os Estados Unidos da América considerarem as criptomoedas como moedas, embora não oficiais (FOBE, 2016), ademais, o próprio Banco Central brasileiro reconheceu no Comunicado 25.306 que as moedas virtuais, aqui incluindo as criptomoedas, não se assemelham a moedas emitidas por governos soberanos, descartando a possibilidade de considerá-la moeda estrangeira (MORAIS; BRANDÃO NETO, 2014). Dessa forma não há como incidir o IOF câmbio sobre as operações que comercializam criptomoedas.

Já o fato gerador do IOF relativo a títulos de valores mobiliários reside em sua emissão, transmissão, pagamento ou resgate, na forma da lei aplicável, conforme disposição do artigo 63, inciso IV do CTN (BRASIL, 1966). A legislação brasileira que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários, possui um rol taxativo acerca do que é considerado títulos de valores mobiliários, dispostos no artigo 2º, incisos I a VIII da Lei nº. 6.385 (BRASIL, 1976) não

abarcando, até o momento, nenhuma moeda virtual. Ademais a Bolsa de valores brasileira (B3) não possui qualquer entendimento que classifique criptomoedas como valores mobiliários. Caso haja uma abertura do mercado de capitais no país, passando a considerar que o valor em criptomoedas pode estar representado em algum título mobiliário, como ocorre com as commodities, não haveria entraves para a incidência do IOF títulos e valores mobiliários.

4.4. Imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN)

O artigo 156, inciso III da CFRB de 1988, traz a competência dos municípios brasileiros a instituição de impostos sobre serviços de qualquer natureza, não elencados no artigo 155, inciso II do mesmo diploma. Trata-se do ISSQN, autores como Bruno Morassuti e Alexander Cardoso (2017) chamam a atenção para a incidência deste imposto nos pagamentos realizados com moedas virtuais de quaisquer serviços, onde não haveria óbice qualquer, bastando que a receita federal efetivasse a cobrança, possuindo como base de cálculo o valor em moeda nacional equivalente a quantidade de criptomoedas recebidas a título de pagamento.

As corretoras de criptomoedas, conhecidas como *exchanges*, são empresas que atuam na intermediação de compra e venda de moedas virtuais e troca por moeda nacional (FOLLADOR, 2017). Essa atividade possui compatibilidade com o item 10 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116 (BRASIL, 2003) que dispõe acerca da incidência do ISSQN sobre “[...] serviços de intermediação e congêneres” especificamente no que se refere ao item 10.5: “[...] agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis ou imóveis, não abrangidos em outros itens ou subitens, inclusive aqueles realizados no âmbito de Bolsas de Mercadorias e Futuros, por quaisquer meios”. Portanto, a própria legislação atinente a este imposto, tendo em vista a sua abrangência, não descarta a incidência do ISSQN nas atividades realizadas pelas *exchanges*.

Ademais, a própria atividade de mineração poderia se encaixar nas atividades descritas no item 1 “[...] serviços de informática e congêneres” especialmente nos itens 1.3 e 1.7 da mesma lista, quais sejam: “[...] processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres” e “suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados”:

Realmente, sem se aprofundar na questão, parece que a atividade de mineração, a qual consiste no *download* e subsequente manutenção da base de dados do *blockchain* mediante computação do protocolo de prova de trabalho, parece se encaixar no conceito do item 1.07. Além disso, e ainda numa análise perfunctória, o item 1.03, ao se referir ao processamento e armazenamento de dados, também se aproxima conceitualmente do funcionamento do *blockchain*. De toda maneira [...] essa situação muito provavelmente acarretará a necessidade de maior definição estatal sobre o assunto, seja por via judicial ou legislativa (MORASSUTTI; CARDOSO, 2017).

4.5. Imposto sobre circulação de mercadoria e serviços (ICMS)

O art. 155, inciso II da Constituição Federal (BRASIL, 1988) atribui competência aos Estados e ao Distrito Federal a instituição de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior, denominado ICMS.

Para Aliomar Baleeiro o ICMS incide “sobre qualquer operação realizada com a mercadoria, isto é, qualquer negócio jurídico, ato jurídico relevante ou operação econômica,

que ocasione a saída” (BALEEIRO, 2008, p. 385). Quanto ao termo mercadoria, que é o núcleo central dessa espécie tributária, Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo entendem que:

É o bem corpóreo da atividade profissional do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, como é o caso do ativo permanente (PAULSEN; MELO, 2013, p. 237-238).

Sendo as mercadorias bens corpóreos, é possível concluir *a priori* que as criptomoedas não se encaixam nas hipóteses de incidência do tributado estudado, o que tornaria inconstitucional a incidência de ICMS nas operações em que ocorra a transferências delas a um terceiro. No entanto, tal definição de mercadoria demonstra-se ultrapassada, já que, com o avanço da tecnologia nas últimas décadas, o mercado de produtos virtuais que são disponibilizados em meio eletrônico cresceu exponencialmente. Atualmente são disponibilizados virtualmente filmes, músicas, livros, aplicativos com as mais diversas funções e que, embora não se coadunam com o antigo conceito de bens incorpóreos, podem ser tributadas (MORAIS; NETO, 2014).

O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945242, reconheceu preliminarmente que para a incidência do ICMS é irrelevante a distinção entre bens corpóreos e incorpóreos, de forma a reconhecer que “os impostos devem ser dotados de flexibilidade para que possam captar as mudanças que ocorrem no mundo sócio-econômico sem que haja necessidade de alterar a sua estrutura” (MIGUEL, 2019, p. 187).

Entretanto, mesmo superada a questão acerca da flexibilização do conceito, outros pontos peculiares acerca das criptomoedas devem ser ressaltados.

O artigo 4º da Lei Complementar nº 87/96 estabelece que, para fins de incidência do ICMS, o contribuinte é “é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria” (BRASIL, 1996). Portanto, a habitualidade e o intuito comercial são elementos indispensáveis ao conceito de mercadoria. Assim, vislumbra-se que as criptomoedas não são mercadorias, ainda que sejam bens incorpóreos, está ausente o caráter mercantil, considerando que, em sua essência, são utilizadas como meio de pagamento para aquisição de bens e serviços ou como investimentos, faltando-lhes a destinação ao consumo (GOMES, 2019).

Todavia, conforme leciona Daniel de Paiva Gomes (2019) o texto constitucional admite a incidência do ICMS sobre bens não destinados ao comércio, ou seja, que não são mercadorias. Isso ocorre por via da Emenda Constitucional nº 33/2001, que dispõe que o ICMS também incidirá “sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço” (artigo 155, §2º, inciso IX, alínea “a” da CF/88). Desse modo:

[...] se foi necessária a edição da EC nº 33/2001 para incluir, dentro do aspecto material do ICMS, a importação de bens e mercadorias realizada por não-contribuinte do imposto, independente de sua finalidade, havemos de concluir que, para operações internas, inexistindo disposição semelhante, ainda é indispensável o respeito ao intuito comercial (finalidade ou caráter mercantil) da operação (GOMES, 2019, p. 86).

Assim, para Daniel de Paiva Gomes (2019), é possível concluir que bens intangíveis e inconsumíveis, como as criptomoedas, utilizados como meio de pagamento ou investimento

não são mercadoria, haja vista a ausência do caráter mercantil e a destinação ao consumo daquele que o adquire, sendo meros bens, não tributáveis pelo ICMS. Portanto é inconstitucional a incidência do ICMS sobre a comercialização de criptomoedas realizadas no Brasil, pois esse tributo pressupõe a ocorrência da transferência de titularidade de uma mercadoria e criptomoedas não podem ser incluídas no conceito de mercadoria.

Entretanto, conforme explicitado acima, a Emenda Constitucional nº 33/2001 ampliou a incidência do ICMS importação sobre bens incorpóreos, quaisquer que forem suas finalidades. Desse modo, seria possível a aplicabilidade do referido imposto nos casos de importação de criptomoedas. Contudo, tendo em vista que essas moedas virtuais operam através da tecnologia *P2P*, não seria possível identificar a efetiva entrada da criptomoeda em território brasileiro, isso porque “as criptomoedas estão, ao mesmo tempo, em todos os lugares e em lugar nenhum” (GOMES, 2019, p. 89).

Portanto, conclui-se que não incide ICMS sobre as criptomoedas, por não se enquadrarem no conceito de mercadorias e por serem bens não destinados ao consumo. Ressalta-se a possibilidade de incidência do ICMS-importação, graças a Emenda Constitucional nº 33/2001, entretanto, haveria enorme imbróglio para aferir a entrada das criptomoedas em território nacional, o que torna a aplicabilidade do referido imposto quase impossível.

5.6. Imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD)

A Carta Constitucional de 1988, conforme disposição expressa no artigo 155, inciso I, atribui competência aos Estados e ao Distrito Federal para a instituição do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos (BRASIL, 1988).

O fato gerador do ITCMD é a transmissão feita através da sucessão, e a doação, ato praticado entre vivos, de quaisquer bens ou direitos, ressalta-se a utilização pelo legislador de vocábulos com significados amplos, de tal forma que o ITCMD abrange uma grande quantidade de relações jurídicas, de acordo com Marisa Lucas de Carvalho, Roberto de Paula e Rossiana Deniele Gomes Nicolodi:

Quanto ao vocábulo bens é de significação polissêmica, abrangendo coisas corpóreas e incorpóreas, coisas materiais ou imponderáveis. Os bens jurídicos são os suscetíveis de apreciação pecuniária, ou seja, os de natureza patrimonial. São os bens econômicos. [...] O complemento verbal, além do vocábulo bens, é composto pela palavra direitos. Os direitos integram o patrimônio, sendo este o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente. E nessa qualidade, fazem parte da categoria de bens. Não se confundem, entretanto, com o próprio objeto, seja uma coisa material, seja uma prestação; é o próprio direito que se objetiva (CARVALHO; PAULA; NICOLODI. 2008, p. 197-198).

Tendo em vista a amplitude da expressão “quaisquer bens ou direitos” a incidência do ITCMD sobre a doação de criptomoedas, ou transmissão sucessória é pacífica entre os pesquisadores do tema, tendo em vista sua classificação como bens incorpóreos e a prática do fato gerador do ITCMD ao realizar qualquer uma das relações jurídicas citadas acima. De acordo com Carlos Yury Araújo de Moraes e João Batista Brandão Neto:

Sobre o ITCMD, não deve causar maiores dúvidas a sua tributação, pois, estabelecendo que as moedas digitais são bens, então, no momento de sua doação ou na transmissão do patrimônio do de cujus que elas façam parte, ocorrerá o fato gerador deste tributo. (BRANDÃO NETO; MORAIS, 2014 p.54).

Desse modo, levando em consideração que as criptomoedas possuem conteúdo econômico e integram o patrimônio do indivíduo que a possui, é perfeitamente cabível a aplicabilidade do ITCMD sobre as criptomoedas no caso de morte do proprietário e transferência dessas moedas virtuais para seus herdeiros e na hipótese de doação, todavia, deverá ser feita uma avaliação a valor de mercado acerca desses bens, a exemplo do procedimento que é realizado com ações cotadas em bolsas de valores.

Conclusão

O presente artigo foi desenvolvido com o intuito de analisar o recente fenômeno econômico e tecnológico das criptomoedas sob a perspectiva do direito tributário.

Desde os primórdios da vida em sociedade até os dias mais recentes, a humanidade transformou o ambiente em que vive e seus instrumentos para melhor lhe satisfazer, no âmbito monetário muitos foram os avanços até a consolidação da moeda utilizada atualmente. O desenvolvimento da internet e das novas tecnologias comprovam que essas transformações não cessaram, pelo contrário, estão cada vez mais presentes em nosso cotidiano e avançam de forma célere. Assim sendo, as criptomoedas representam um grande e recente marco destas transformações.

Verifica-se que as criptomoedas, objeto de estudo deste trabalho, encontra-se envolto em uma confusão terminológica juntamente com as moedas digitais e virtuais. Entretanto, é possível observar que as criptomoedas são espécies da categoria moedas virtuais, que por sua vez configuram gênero da espécie moedas digitais, ou seja, das moedas que necessitam da internet para sua circulação.

A partir da análise das múltiplas funcionalidades e amplo *modus operandi* das criptomoedas pode-se aferir a impossibilidade de imputar a essa tecnologia disruptiva uma natureza jurídica estática, daí nasce a necessidade de estabelecer um conceito aberto, capaz de, dentro de suas limitações, respeitar a natureza mutável e inconstante das criptomoedas.

Toda a discussão que envolve a natureza jurídica das criptomoedas reflete diretamente nas hipóteses de tributação das mesmas. Embora pacificada pela Receita Federal do Brasil a incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR), é possível verificar incertezas quanto a (in)constitucionalidade de outros impostos. Conclui-se que a tributação da produção de criptomoedas pelo imposto sobre produto industrializado (IPI) não é devida, pelo fato das mesmas não decorrerem de um processo de industrialização, e sim de um processo virtual. Ademais, seria necessário a inclusão das criptomoedas no rol da tabela de incidência do imposto sobre produtos industrializados, a TIPI, em observância ao princípio da reserva legal.

Quanto a incidência do imposto sobre operações financeiras (IOF) vislumbra-se *a priori* a possibilidade de incidência nas hipóteses relativas às operações de câmbio e títulos de valores mobiliários. Contudo, não há posicionamento do BACEN e da CVM, no sentido de atribuírem as criptomoedas a natureza jurídica de moeda e título de valor mobiliário respectivamente. Portanto, seria inconstitucional a incidência de tal tributo. No tocante ao imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) não há óbice para aplicação de tal tributo, haja vista a compatibilidade das relações jurídico-econômicas intermediadas por criptomoedas com atividade elencadas na lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116 de 2003, cabendo ao fisco brasileiro operacionalizar e efetivar a cobrança do mesmo.

O fato das criptomoedas não poderem ser consideradas mercadorias afasta a incidência do imposto sobre circulação de mercadoria e serviço (ICMS), apesar do avanço na conceituação de mercadorias para abarcar novos objetos decorrentes do avanço tecnológico da sociedade o caráter mercantil não está presente nas criptomoedas, que em sua essência são utilizadas como meio de pagamento para aquisição de bens e serviços ou como investimentos. Entretanto, em virtude da Emenda Constitucional nº 33 de 2001, tem-se a possibilidade de incidência do ICMS-

importação, pelo fato das criptomoedas configurarem bens incorpóreos, não importando sua finalidade. Quanto a incidência do imposto sobre doação e transmissão *causa mortis* (ITCMD), embora não conste na jurisprudência atual casos concretos, não há empecilhos para sua aplicação, sendo a temática pacífica nos estudos acerca da tributação de criptomoedas.

Muitos são os desafios regulatórios e fiscais frente as criptomoedas. Atualmente, o ordenamento jurídico pátrio constitucional e tributário não se encontram aptos para tributar todas as funcionalidades das criptomoedas. Contudo, há que se ressaltar que o poder público, sobretudo a Receita Federal do Brasil, não tem se furtado de enfrentar o tema, promovendo posicionamentos basilares para a compreensão da tributação de criptomoedas. Ademais, é imprescindível que os avanços fiscais, fundamentais para a consolidação das novas tecnologias, sejam acompanhados de diálogo com os diversos setores da sociedade, afim de se construir uma legislação tributária eficaz e juridicamente segura, proporcionando o desenvolvimento e a inovação.

Referências

ALBUQUERQUE, Bruno Saboia de, CALLADO, Marcelo de Castro. Understanding Bitcoins: Facts and Questions. In: Revista Brasileira de Economia. v. 69, n. 1, Jan-Mar 2015. p. 3-16.

ANDRADE, Mariana Dionísio de. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos Bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília – DF. v. 7, n. 3, 2017. p. 43 -59.

BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BAROSSO-FILHO, Milton; SZTAJN, Rachel. Natureza jurídica da moeda e os desafios da moeda virtual. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, n. 1, p. 1669-1690, 2015.

BRASIL. [Constituição(1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. Projeto de Lei nº 2303 de 08 de julho de 2015. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central. Brasília: Câmara dos Deputados, [2018]. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracodteor=1358969&filename=PL+2303/2015. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. Projeto de Lei nº 2060 de 04 de abril de 2019. Dispõe sobre o regime jurídico de Criptoativos. Brasília: Câmara dos Deputados, [2019]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1728497&filename=PL+2060/2019. Acesso em: 7 jun. 2019.

_____. [Código Tributário Nacional(1966)]. Lei nº5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 18 mai. 2019.

_____. Ministério da Economia. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1.888, DE 3 DE MAIO DE 2019. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos

à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/instru%C3%87%C3%83o-normativa-n%C2%BA-1.888-de3-de-maio-de-2019-87070039>. Acesso em: 07 jun. 2019.

_____. Ministério da Economia. Comissão de Valores Mobiliários. Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN de 12 de janeiro de 2018. Dispões sobre Investimento, pelos fundos de investimento regulados pela Instrução CVM nº 555/14, em criptomoedas. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin0118.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

_____. Ministério da Economia. Comissão de Valores Mobiliários. Ofício Circular nº 11/2018/CVM/SIN de 19 de setembro de 2018. Dispões sobre investimento indireto em criptoativos pelos fundos de investimento. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin1118.pdf> Acesso em: 07 jun. 2019.

_____. Ministério da Economia. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. PERGUNTAS E RESPOSTAS: IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA, 2019. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2019/perguntao/perguntas-e-respostasirpf-2019.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

BM&FBOVESPA. Regulamento da Câmara de Registro, Compensação e Liquidação de Operações de Câmbio da BM&FBOVESPA. São Paulo, Março de 2014. Disponível em: . Acessado em: 01 de Novembro de 2014.

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Initial Coin Offerings (ICOs). FAQ da CVM a respeito do tema. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171116-1.html>. Publicado em 16 nov. 2017. Acesso em 17 mar. 2019.

GERMER, Claus Magno. O conceito de “padrão-ouro” e os equívocos da economia política. In: III Encontro Nacional de Economia Política, 1998, Niterói - RJ. Anais do III Encontro Nacional de Economia Política. Niterói - RJ: Sociedade Brasileira de Economia Política - SEP, v. 1, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Diogo de Castro. As criptomoedas e os desafios regulatórios e fiscais. Inovação e produção de direito/organizadores Edgar Fuentes Contreras, Klever Filho, Monique Falcão Lima., p. 297-314, Rio de Janeiro: Ágora21, 2018.

FOBE, Nicole Julie. O bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15986/2016.03.22_Disserta%C3%A7%C3%A3o_Nicole_Fobe_Vers%C3%A3o%20Protocolo.pdf?sequence=3. Acesso em: 31 mai. 2019

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. Bitcoin Project. [S.I.],

2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MIGUEL, Luciano Garcia. O ICMS e os conceitos de mercadoria e serviço de comunicação. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2019, pp. 187.

MORAIS, Carlos Yuri Araújo; BRANDÃO NETO, João Batista. Tributação das operações com criptomoedas. Arquivo Jurídico, Teresina, v. 1, n. 7, p. 41-60, jul./dez. 2014. Disponível em: . Acesso em: 07 jun. 2020.

OECD (2015), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-em>

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. Impostos federais, estaduais e municipais. 8. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. A legalidade tributária e os seus subprincípios constitucionais. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 58, 2004, pp.193-219.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

VICECONTI, Paulo E. V. e Silvério das Neves. **Introdução à Economia**. 10 ed. São Paulo: Frase Editora, 2010.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Direito Monetário. São Paulo: IBCB, 1995.