



A ECONOMIA DIGITAL, OS CRIPTOATIVOS E O DESAFIO DA TRIBUTAÇÃO

Felipe Kertesz Renault Pinto

Pós-graduado *Lato Sensu* em Direito Fiscal pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ), mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e doutorando em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Professor convidado de Educação Executiva da FGV Rio e do IBMEC/RJ. Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo.

Gustavo da Gama Vital de Oliveira

Professor adjunto de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Doutor e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado.

Tadeu Puretz Iglesias

Pós-graduado *Lato Sensu* em Direito Tributário e Contabilidade Tributária pelo IBMEC/RJ. Mestrando em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar a natureza jurídica dos criptoativos no contexto da economia digital, com intuito de estabelecer os limites e os desafios da tributação desta nova – e disruptiva – forma de exteriorização de riquezas. Para tanto, analisaremos a legislação tributária brasileira em vigor para, em seguida, investigar se e quais são os tributos, a partir do direito positivo posto, passíveis de incidência sobre tais ativos.

Palavras-chave: Criptoativos. Tributação.

Abstract: *This paper seeks to analyze the legal nature of cryptocurrencies in the context of the digital economy, in order to establish the limits and challenges of the taxation of this new – and disruptive – form of economic capacity. To do so, we will analyze the Brazilian tax law in force to then investigate which taxes are, based on positive law, likely to be taxed on such assets.*

Keywords: *Cryptocurrencies. Tax law.*

SUMÁRIO

1	Introdução.....	493
2	Das novas tecnologias, disruptividade e as criptomoedas.....	493
3	Criptomoedas, tecnologia <i>blockchain</i> e o redesenho das transações financeiras no mundo	498
4	Criptoativos como moeda.....	500
5	Criptoativos como valores mobiliários	503
6	Classificação dos criptoativos para a Receita Federal do Brasil	507
7	As possíveis incidências tributárias	508
7.1	IOF	508
7.2	Imposto sobre a renda e ganho de capital	509
7.3	IPI	510
7.4	ICMS	511
7.5	ITCMD	513
7.6	ISS	514
8	Conclusões.....	515
	Referências.....	517

1 INTRODUÇÃO

O cenário internacional enfrenta um dos maiores desafios das últimas décadas: decifrar as novas formas de compatibilizar os novos negócios com os antigos paradigmas da tributação, enfrentando modalidades pioneiras de negócios que exigem o rompimento de fronteiras. A internet e os meios de comunicação dificultaram sobremaneira o controle das transferências de ativos, passando a demandar plena cooperação entre as mais diferentes soberanias no ambiente internacional.

Nesse cenário, o pano de fundo passa a ser a defesa dos interesses arrecadatários de cada ente internacional, a vigilância sobre os seus jurisdicionados para fins fiscais e a segurança nacional, na medida em que as novas tecnologias geraram inúmeras novas rotas para a circulação de riquezas. Interessante o exercício de imaginar a vida em um país que não detém controle sobre as “moedas” que circulam e as atividades econômicas práticas. Na mesma linha, imaginemos esse mesmo Estado sem controle sobre os meios de comunicação. Imaginemos, por fim, que ele, sobretudo, precise enxergar o invisível, isto é, o que não é físico, tangível, para verificar eventuais fatos geradores tributários, condutas delitivas ou até mesmo atentatórias ao sistema financeiro.

O presente estudo busca examinar os criptoativos – de todas as novas tecnologias, a inegavelmente e essencialmente mais disruptiva - analisando as possíveis naturezas jurídicas de tal instrumento econômico, bem como os possíveis cenários à luz do sistema brasileiro de tributação.

2 DAS NOVAS TECNOLOGIAS, DISRUPTIVIDADE E AS CRIPTOMOEDAS

As novas tecnologias passaram a chamar a atenção na década de 1990, com o *boom* dos *softwares* e, principalmente, das vendas remotas, mais conhecidas como vendas *on-line*. Logo o cenário internacional percebeu a quebra das barreiras físicas, a interface dos mais diferentes mercados e a simbiose de economias antes separadas pela tangibilidade. E, exatamente por não serem

físicas, as novas tecnologias levaram as economias a se preocuparem com as vendas sem que o vendedor tivesse qualquer presença física ounexo.¹

Em 1998, a OCDE, em reunião realizada na cidade de Ottawa, elegeu a neutralidade, entendida como a necessária manutenção de uma tributação neutra e equânime, sobre a economia digital que se avizinhava, de modo que toda e qualquer operação econômica deveria observar e ser motivada por considerações econômicas, e não por economia fiscal. A preocupação manifestada visava a garantir que contribuintes que desempenhassem atividades semelhantes deveriam estar submetidos a cargas tributárias semelhantes, mas, sobretudo, garantir que os países não teriam suas bases tributáveis deterioradas por planejamentos tributários tidos pela OCDE como abusivos.

Não à toa, anos depois, quando da divulgação do projeto BEPS – Base Erosion and Profit Shifting –, a OCDE elegeu a equidade como pilar dessa nova fase da economia. Nessa ocasião, tratou-se a equidade no plano horizontal: entre os contribuintes; da equidade no plano vertical: em relação às distribuições de receitas; e, por fim, da equidade entre nações. As palavras de ordem passaram a ser, a partir daquela oportunidade, *tax transparency*.²

Dessas relações – que evoluíram inicialmente das vendas *on-line* e aportaram nas operações com intangíveis de grande espectro econômico causado pelo marketing digital e pela circulação de dados – destaca-se sobremaneira a presença digital em todo o globo das empresas norte-americanas atuantes no setor tecnológico. Em balanço publicado em 2018 pela revista *Fortune*, nota-se essa importância:

- 1 Precedente importante para a construção de um entendimento jurisprudencial sobre o tema foi, indubitavelmente, a decisão da Suprema Corte Norte-Americana (504 U.S. 298) ao analisar, em 1992, *Quill Corporation v. North Dakota*, decidindo ser constitucional a proteção aplicada a vendedores remotos que não possuem o *substantial nexus*, entendido na ocasião como nexo de uma estrutura física. A superação do precedente ocorreu apenas em 2018, no caso *South Dakota v. Wayfair Inc.*
- 2 Sobre o tema, recomenda-se a leitura do *Annual Report* de 2017 da OCDE.

The 10 Most Valuable Companies on the Fortune 500

While Walmart is king on the Fortune 500, which ranks by revenue, investors see more promise in tech firms—bestowing Silicon Valley with some of the highest market values out there.

Value Rank	Company	Market Value	Sector	Revenues (Bil)	F500 Rank
1	Apple	\$921 bil.	Technology	\$229 bil.	4
2	Amazon.com	\$765 bil.	Retailing	\$178 bil.	8
3	Alphabet	\$750 bil.	Technology	\$111 bil.	22
4	Microsoft	\$746 bil.	Technology	\$90 bil.	30
5	Facebook	\$531 bil.	Technology	\$41 bil.	76
6	Berkshire Hathaway	\$492 bil.	Financials	\$242 bil.	3
7	JPMorgan Chase & Co.	\$388 bil.	Financials	\$114 bil.	20
8	Exxon Mobil	\$349 bil.	Energy	\$244 bil.	2
9	Johnson & Johnson	\$332 bil.	Health Care	\$77 bil.	37
10	Bank of America Corp.	\$315 bil.	Financials	\$100 bil.	24

As of 5/21/2018

SOURCE: [Fortune 500](#)

FORTUNE

Fonte: Fortune (2018).

Outras publicações mostram uma tímida, mas indiscutível importância de empresas chinesas, como se verifica no estudo realizado pelo *site Statista.com* publicado no ano de 2018:

Nome	US\$ bilhões
Apple	926.9
Amazon.com	777.8
Alphabet	766.4
Microsoft	750.6
Facebook	541.5
Alibaba	499.4
Berkshire Hathaway	491.9
Tencent Holdings	491.3
JPMorgan Chase	387.7
ExxonMobil	344.1
Johnson & Johnson	341.3
Samsung Electronics	325.9
Bank of America	313.5
ICBC	311
Royal Dutch Shell	306.5

Fonte: Statista (2018).

Na mesma linha, interessante apontar as lições extraídas dos estudos do professor Yariv Brauner (2014) sobre as principais diretrizes do BEPS, que aponta, de forma resumida, os três pontos centrais do projeto da OCDE/G20. São eles: (i) o aprimoramento da cooperação entre países, e o afastamento da competição fiscal predatória; (ii) a substituição das abordagens pontuais por um plano de ação mais abrangente, que aborde o problema em todas as suas facetas (*holistic approach*); e (iii) liberdade para o desenvolvimento de soluções inovadoras para os novos e complexos problemas tributários internacionais, ainda que, de alguma forma, estas pudessem conflitar com os fundamentos tradicionais do Direito Tributário Internacional.

Ainda no contexto do projeto BEPS, a ação 1, exclusivamente dedicada à economia digital, sofreu duras críticas por supostamente trazer mais dúvidas do que respostas efetivas sobre os problemas postos no bojo da tributação da economia digital.

É certo que para que haja equidade – e harmonização das normas tributárias em ambiente internacional, cujo pilar inexorável consiste na transparência entre as nações – é preciso que se alcance grau mínimo de harmonização e consenso entre os mais de 110 países signatários do projeto BEPS, cujos interesses, cultura e características são inegavelmente distintos. No entanto, a definição dos pontos a serem debatidos, a melhor definição das características do mercado digital, bem amadurecidas no *Interim Report – Tax Challenges Arising from Digitalisation* (OECD, 2018), materializaram importantes pontos de partida, dos quais destacamos os seguintes:

- i) negócios altamente digitalizados (*Highly Digitalised Businesses – HDBs*);
- ii) escala local inter-jurisdicional sem massa (presença física);
- iii) dependência de ativos intangíveis;
- iv) dados, participação do usuário e propriedade intelectual.

A partir da análise da publicação, verifica-se que a OCDE veicula duas principais propostas, cujas bases decorrem da presença digital significativa e da criação de valor, como elementos de conexão e da criação de um tributo sobre operações digitais. São elas:

1ª PROPOSTA:

- i) Desenvolvimento do conceito de Estabelecimento Permanente Digital, viabilizando a tributação sem presença física. Segundo a proposta da OCDE, a caracterização de tal elemento de conexão verificar-se-ia a partir da (i) obtenção de receita anual superior a 7 milhões de euros em determinado Estado membro; (ii) acima de 100 mil utilizadores num Estado membro num ano fiscal; (iii) mais de 3 mil contratos comerciais para serviços digitais criados entre a empresa e os usuários corporativos em um ano fiscal.
- ii) Nova repartição de receitas, por meio da apropriação de lucros aos Estados membros: criação de valor *on-line* (Conflito origem x destino ou residência x fonte)

2ª PROPOSTA:

Criação do Tributo Provisório sobre Atividades Digitais (*Digital Services Tax – DST*), incidente sobre o faturamento, cobrado na fonte, a alíquota de 3%. O referido tributo, todavia, seria cobrado apenas daquelas companhias cujas receitas anuais globais totais superem a marca de 750 milhões de euros e receitas na União Europeia de 50 milhões de euros.

O *Digital Services Tax*, por incidir apenas sobre empresas de faturamento elevado, revela espécie de direcionamento da tributação às gigantes da tecnologia de origem americana, que se mostraram nos últimos anos motivo de grande preocupação das autoridades fiscais globais, especialmente a partir da descoberta de estruturas societárias criadas com o objetivo de afastar a tributação, em evidente encontro com as ideias centrais do projeto BEPS/G20.

No Brasil, em que pese a pouquíssima energia gasta com discussões dessa natureza, o debate sobre novas atividades, como de provimento de internet e desenvolvimento ou comercialização de *softwares*, garantiu-nos algum tempo de pesquisa e decisões dos tribunais superiores. Verifica-se que de todas as novas atividades e desafios decorrentes da digitalização da economia – mesmo se destacando em termos de quebra de paradigmas e redesenho do controle

e da intervenção estatais –, os criptoativos foram objeto de poucos avanços no escopo da Ação 1 do BEPS.

Analisando o espaço dedicado ao tema pela OCDE, tem-se que esta se limitou a apontar a relevância das atividades digitais no cenário internacional, a ausência de “curso legal” e de “emissão governamental”, e a existência de algumas das espécies de criptoativos, tais como aqueles voltados à utilização específica, como ocorre nos jogos *on-line*, bem como na modalidade de compra de bens e serviços no mundo real, destacando, como grande característica e risco, o fato de as transações serem, em sua maioria, anônimas.

A relativa timidez da OCDE em analisar tema de relevância central no direito tributário internacional nos instiga a estudar com maior profundidade o tema, apontando novas perspectivas e desafios no cenário internacional a partir do direito posto, com o intuito de desenvolver e estimular mais estudiosos a colaborarem com o avanço da matéria.

3 CRIPTOMOEDAS, TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* E O REDESENHO DAS TRANSAÇÕES FINANCEIRAS NO MUNDO

A origem da tecnologia *blockchain* e das criptomoedas, por meio da sua mais famosa moeda – o *bitcoin* – confunde-se e se deu em meio à crise das instituições financeiras norte-americanas, especialmente a partir do ano de 2008. A crise dos chamados créditos “*subprime*” levou à quebra de bancos e de gigantes hipotecárias a partir de forte recessão da economia norte-americana e a um sentimento de plena desconfiança com relação ao sistema financeiro daquele país. Nesse cenário, surge uma ideia com viés disruptivo e descentralizador, que permitiu a realização de transações financeiras com múltiplas finalidades, sem a presença de um órgão regulador de uma instituição financeira e cuja informação fosse absolutamente segura. Dessas premissas nascem a tecnologia *blockchain* e o *bitcoin*.

A tecnologia *blockchain* consiste em sistema descentralizado, “ponta a ponta”, em que as informações ficam registradas simultaneamente em todos os seus usuários, de modo que não sejam passíveis de ser corrompidas ou

alteradas. Passou, então, a ser chamado popularmente de “livro-razão”, em que as novas transações são concentradas em blocos e esses blocos são unidos por encadeamentos denominados “hash”. Para que o *hash* seja criado, torna-se necessária a depuração das operações criptografadas e a sua alocação à cadeia de registros do sistema. A essa atividade se convencionou chamar de “mineração”.

Outro participante usual nessa cadeia são as *exchanges*, atividade similar às casas de câmbio, em que o titular de criptoativos oferece suas “moedas” e os compradores as localizam, refletindo verdadeira atividade de intermediação. De todas, talvez a menos complexa e a mais enquadrável nas atividades de todos conhecidas na economia contemporânea.

Logo, quando falamos da tecnologia *blockchain*, estamos tratando de uma plataforma tecnológica passível de utilização por infindáveis modelos de criptoativos, não sendo ela – tecnologia – nosso ponto de partida para o estudo da natureza jurídica dos criptoativos.

É exatamente pela multiplicidade de espécies de criptoativos³ passíveis de serem criados que partimos para a complexa tentativa de definição de sua natureza jurídica, destacando, desde já, que evitaremos o uso da expressão “criptomoeda”, que poderia levar o leitor a, intuitivamente, direcionar-se para a natureza de moeda, atribuição que será melhor analisada a seguir.

Como dito, o mais conhecido das criptoativos é o *bitcoin*, cujo surgimento se confunde com o da própria tecnologia que o suporta, o *blockchain*. O tema em análise, ainda que novo, pode ser considerado verdadeiro marco na história da economia, na medida em que protagoniza o maior fenômeno de volatilidade registrado na história, superando os famosos casos conhecidos como “Mania das Tulipas” e a “Bolha de Mississippi”.⁴

A título de ilustração, pode-se verificar que o *bitcoin*, cujo valor de mercado em julho de 2010 era de aproximadamente USD 0,06, valorizou-se à incrível monta de USD 7.890,00 em março de 2017, refletindo o maior registro de volatilidade

3 Atualmente, há inúmeros criptoativos conhecidos, entre eles o Bitcoin, Ethereum, Ripple, Litecoin, EOS, Cardano, Stellar NEO, IOTA.

4 Sobre as grandes bolhas econômicas, vale a leitura da obra *Crash: uma breve história da economia*, de Alexandre Versignassi (2015).

da história da economia. A questão que se coloca, de início, consiste em investigar se apenas a volatilidade seria elemento suficiente para indicar a insegurança desse ativo virtual. A resposta nos parece negativa. São diversos outros fatores que contribuem para as incertezas acerca dos criptoativos, tais como a ausência de governança, transparência, lastro e possível ligação com atividades ilícitas.

Feitas essas considerações preliminares, a primeira questão que se coloca consiste em investigar se os criptoativos podem ser considerados uma moeda, com base nos critérios econômicos conhecidos.

4 CRIPTOATIVOS COMO MOEDA

O mercado global conceituou moeda como um ativo que possui, simultaneamente, três características: a) seja meio de pagamento ou investimento; b) possua reserva de valor; c) possua unidade de medida ou medida de valor. Para que se possua reconhecida aceitação como meio de pagamento ou investimento é preciso verificar – sem considerar a sua emissão por órgão oficial e previsão legal de instituição como meio oficial – se o mercado o reconhece como tal, não bastando que apenas uma parte dele assim o faça. Mais do que isso: a natureza de moeda demanda que o ativo seja um instrumento seguro de transações, ou seja, que seu valor seja submetido a controles de volatilidade (inflação) que garantam que o valor, no momento da transação, reflita o poder de compra em bases razoáveis.

Nessa esteira, a caracterização de determinado ativo como moeda demanda que a sua reserva de valor possa ser minimamente controlada e previsível. Ademais, deve-se indicar como característica necessária a presença de unidade de valor que viabilize as operações, de tal sorte que seja possível precificar um determinado bem ou serviço por unidades de medidas facilmente identificáveis. Não à toa, as moedas convencionais se utilizam de duas casas decimais.

Em face de tais parâmetros de definição, parece-nos que os criptoativos, no atual cenário, são disruptivos inclusive no que tange à verdadeira essência de uma moeda. Melhor explicarmos: a sua aceitação vem crescendo inegavelmente em todo o mundo, a sua volatilidade poderá ser facilmente gerida caso os criptoativos estejam lastreados e observem *standards* reconhecidos de

governança e transparência. Entretanto, quanto à unidade de medida, como exemplo, o *bitcoin* se utiliza de até 8 (oito) casas decimais, o que poderia levar o observador a pensar que o requisito unidade de medida jamais seria atingido. Imagine comprar uma escova de dente por 0,00000063 BTC? Ou um sabonete por 0,00000057 BTC?

No entanto, os meios de pagamento eletrônicos vêm, em velocidade acelerada, tornando-se presentes no dia a dia dos consumidores e o simples toque da tela do celular em um sensor é suficiente para que, eletronicamente, a operação com criptoativos seja realizada, não sendo mais necessária para tanto a utilização de papel-moeda para efetivação de uma operação, tangibilidade essa que, notadamente, fundamenta a ideia de unidade de medida. De fato, criar moedas de centavos ou notas que se desdobrem em oito casas decimais, o que parece pouco prático, foi algo superado pelo avanço da tecnologia que, conforme mencionado, permite transações integralmente digitais.

Por outro lado, em que pese a possibilidade de assim se caracterizar, o atual cenário não pode ser considerado suficiente para afastar a observância do sistema jurídico vigente, razão pela qual, por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, somente a previsão legal poderia atribuir a natureza jurídica de moeda a um criptoativo.

A caracterização do criptoativo como verdadeira moeda, no cenário jurídico atual brasileiro, esbarra em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988:⁵ o artigo 21, VII, estabelece que compete à União “emitir moeda”; o artigo 48 estabelece a competência do Congresso Nacional, com a sanção do presidente da República, para dispor sobre as matérias de competência da União, especialmente sobre “matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações” (inciso XIII); “moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal” (inciso XIV). O artigo 164 estabelece que “a competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central”. Por seu turno, a Lei nº 8.880/94 estabelece o Real como padrão monetário de curso legal e poder liberatório. Na mesma linha o artigo 1º da Lei nº 9.069/95.

5 “Estamos certos, por exemplo, de que a Constituição ofereceu um conceito de ‘moeda’ ao qual as ‘criptomoedas’ não se podem subsumir” (FOLLADOR, 2017).

O Comunicado nº 25.306/14⁶ do Banco Central destaca que as moedas virtuais, como o *bitcoin*, não se confundem com a chamada “moeda eletrônica”, termo utilizado pela Lei nº 12.865/13, que possibilita à instituição de pagamento integrante do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) a conversão de moeda física ou escritural em moeda eletrônica (art. 6º). Em verdade, a moeda eletrônica representa o próprio dinheiro emitido pelo governo (Real) armazenado em sistema eletrônico em instituições financeiras.

Embora não seja moeda no sentido jurídico do termo e à luz das regras de Direito Econômico, é inegável que o criptoativo pode ser entendido como um instrumento que viabiliza relações de troca de bens e serviços entre duas pessoas. Sob tal prisma, o criptoativo, do ponto de vista econômico, cumpre a função de moeda por ser um bem incorpóreo que pode ser oferecido para aquisição de outro bem (corpóreo ou incorpóreo) ou de um serviço. Portanto, poderia restar caracterizada a celebração de um contrato de permuta (art. 533 do Código Civil), no qual o criptoativo funciona como um dos bens que serão trocados.

Superadas essas questões, é importante analisar se os criptoativos podem ser considerados valores mobiliários. O estudo sob essa perspectiva se faz necessário especialmente porque a eventual inserção dos criptoativos nessa categoria atrairia o controle e a fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), refletindo importante medida de regulação por parte do Estado, cujas consequências, outrora mencionadas, seriam relevantes sob o ponto de vista da principal característica dessa espécie de ativo: a regulamentação estatal.

6 “O Banco Central do Brasil esclarece, inicialmente, que as chamadas moedas virtuais não se confundem com a ‘moeda eletrônica’ de que tratam a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação infralegal. Moedas eletrônicas, conforme disciplinadas por esses atos normativos, são recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento denominada em moeda nacional. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais possuem forma própria de denominação, ou seja, são denominadas em unidade de conta distinta das moedas emitidas por governos soberanos, e não se caracterizam dispositivo ou sistema eletrônico para armazenamento em reais.”

5 CRIPTOATIVOS COMO VALORES MOBILIÁRIOS

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no exercício das suas competências regulatórias, mesmo não reconhecendo os criptoativos como valores mobiliários, ocupou-se de regular a atuação dos fundos de investimento. Por meio do Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN, a Superintendência de Relações com Investidores Institucionais (da CVM) assinala, em síntese, que os criptoativos “não podem ser qualificad[o]s como ativos financeiros [...] e por essa razão, sua aquisição direta pelos fundos de investimento ali regulados não é permitida”.

Ato contínuo, a mesma Superintendência de Relações com Investidores Institucionais (SIN) publicou o Ofício Circular nº 11, de 19 de setembro de 2018, autorizando o investimento, por fundos de investimento brasileiros, em fundo no exterior que detenha criptoativos. Dispôs o citado ofício:

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.

Dentre os requisitos consignados pela manifestação em tela, destacam-se a reiterada ênfase na governança dos fundos investidos, bem como a vedação a financiamento de práticas ilegais ou lavagem de dinheiro (CVM 301 e Exchange); o combate à fraude (emissão, gestão, governança e demais características do criptoativo – liquidez, por exemplo); a necessidade de *due diligence* quando se tratar de criptoativos representativos, ou seja, lastreados; a identificação de eventuais valores mobiliários, bem como o valor justo de investimento, sendo este último ponto polêmico à luz dos preceitos contábeis, na medida em que, ao contrário do valor de aquisição – salvo quando originária, como ocorre com os criptoativos adquiridos pela mineração –, considera-se que o valor justo é, essencialmente, o valor de mercado do ativo comercializado ou do passivo liquidado, e não o determinado por um dos contratantes da operação.

Nessa linha, segundo se extrai do CPC 46, valor justo consiste no “preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data da mensuração”. Para se aferir tal valor, as práticas contábeis estabelecem⁷ que o valor justo deverá seguir uma das três técnicas de avaliação, quais sejam, pela abordagem de mercado, de receita ou de custo.

A nota explicativa nº 08/1978 da CVM aborda, de forma didática, as razões para obtenção de preço justo de transferência:

Toda companhia aberta em algum momento captou parcela da poupança popular, utilizando mecanismo de mercado, posto à sua disposição pelo Estado. O investidor ao aplicar a sua poupança na companhia tem a expectativa de que os valores mobiliários por ele recebidos terão negociabilidade no mercado e que a companhia divulgará ao público todas as informações necessárias sobre o seu investimento seja qual for o seu valor. Esta expectativa do investidor não pode ser revertida por simples vontade dos acionistas controladores ou pelos próprios administradores da companhia. É necessário que os acionistas minoritários fiquem protegidos através da opção de vender as suas ações por um preço conveniente ou por mecanismo que dê a uma minoria acionária substancial o poder de impedir o cancelamento do registro.

A título de ilustração, indica a legislação que, para alcançar o preço justo, a regulamentação da Oferta Pública de Aquisições (OPA) estabelece a necessidade de avaliação, por instituição intermediadora ou empresa especializada com notório conhecimento do tema, do valor justo de cada ação ofertada para compra. Ocorre que os criptoativos são precificados por órgãos não oficiais, que se baseiam em critérios desconhecidos, mas influenciados, sem sombra de dúvidas, pela especulação. Exatamente este fator faz com que a CVM

7 O artigo 46 do CPC em seu parágrafo 61 assevera que: “A entidade deve utilizar técnicas de avaliação que sejam apropriadas nas circunstâncias e para as quais haja dados suficientes disponíveis para mensurar o valor justo, maximizando o uso de dados observáveis relevantes e minimizando o uso de dados não observáveis”.

expresse sua plena preocupação, inclusive, com eventuais operações de *wash trading*, isto é, operações realizadas pelos próprios detentores dos criptoativos, simulando demanda de mercado, fomentando a especulação.

Não à toa, mesmo em meio a ausência de normas expressas sobre os criptoativos, a CVM estabeleceu contínua e incansável fiscalização às práticas de mercado que pudessem configurar crimes contra o mercado, tais como operações com indícios de pirâmide financeira, expedindo, apenas no ano de 2017, 121 ofícios ao Ministério Público.⁸

É importante lembrar que à luz da Lei nº 6.385/76 (Lei do Mercado de Capitais) consideram-se valores mobiliários: i) as ações, debêntures e bônus de subscrição; ii) os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários; iii) os certificados de depósito de valores mobiliários; iv) cédulas de debêntures; v) as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; vi) as notas comerciais; vii) os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos subjacentes sejam valores mobiliários; viii) outros contratos derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; ix) 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.

Nesse sentido, conforme se verifica da análise das espécies acima dispostas e expressamente presentes na redação do artigo 2º da Lei nº 6.385/76, os valores mobiliários se caracterizam pela expressa previsão legal e decorrem, ou de direitos e obrigações sobre patrimônio preexistente, ou sobre participação sobre ativo financeiro em formação, do qual o detentor do direito tenha contribuído para a formação.

Em trabalho dedicado ao tema, Ary Oswaldo Mattos Filho (1985, p. 51) classifica valores mobiliários como ativo que *“simboliza a exteriorização jurídica de um elo econômico, independentemente da existência de uma cártula – o qual surge da relação obrigacional que une o poupador (credor) e o empreendedor (devedor) no investimento comum”*.

8 Vide VALOR ECONÔMICO, 2017.

Na mesma linha, prossegue o autor:

[O] que resulta claro da análise das tentativas classificatórias dos valores mobiliários, que agora se começa a fazer, é que o grau de incertezas é muito superior ao desejável. A incerteza advém da tentativa de compatibilização de duas estruturas distintas. De um lado o conceito e categorização dos títulos de crédito existentes e peculiar ao sistema italiano e por nós copiada e absorvida a partir da segunda metade da década de 1960. (MATTOS FILHO, 1985, p. 26-27) ⁹

Em outras palavras, pode-se assegurar que a classificação dos criptoativos como valores mobiliários demandaria definição como tal por lei ou por manifestação expressa da CVM. Ademais, parece-nos de todo complexo conceituar os criptoativos, sem qualquer distinção, como valores mobiliários. Isso porque, pela simples análise dos disponíveis no mercado, salta aos olhos que não necessariamente guardam similitude para além, quando muito, da tecnologia que utilizam, vide a diferença inegável entre eventuais criptoativos comercializados em ambiente fechado de *gamers*, passando pelos utilizados como meios de obtenção de financiamento por doações (*crowdfunding*), até as “moedas” como o *bitcoin*.

Conhecidas as questões postas, bem como a incerteza acerca da verdadeira natureza jurídica desses ativos como valores mobiliários – ideia que se extrai justamente da ausência de regulação estatal e apoio legal ao tema –, cumpre apresentar como a Receita Federal do Brasil vem se manifestando sobre o tema, com o intuito de traçar, ainda que de forma preliminar, os limites e os desafios da fiscalização nesse cenário absolutamente inovador.

9 Destacamos, também, a opinião de José A. Engrácia Antunes (2008, p. 88): “O termo valor mobiliário consiste em conceito jurídico polissêmico, ao qual não corresponde uma precisa noção legal ou doutrinal universalmente aceita”. Gabriela Cordoniz, Laura Patela e Marina Copola (2015, p. 52, p. 54) alertam para a ausência de padronização dos valores mobiliários e da necessidade de permanente atuação pela CVM: “Permanece, contudo, a ausência de um conceito legal de valor mobiliário, apesar de ser possível destacar algumas características que, a princípio, são comuns a grande parte dos títulos, tais como a captação de poupança popular, a padronização dos direitos inerentes e a qualificação dos títulos em massa” [...] “A adoção de um modelo aberto de valores mobiliários exige que a CVM desempenhe constante exercício de interpretação para responder às demandas que lhe são postas pelo mercado”.

6 CLASSIFICAÇÃO DOS CRIPTOATIVOS PARA A RECEITA FEDERAL DO BRASIL

A Receita Federal publicou em 2018 o “Perguntão”, a fim de esclarecer o entendimento do órgão sobre determinados temas tributários e orientar os contribuintes para a declaração de ajuste do imposto sobre a renda da pessoa física. No que tange aos criptoativos, manifestou-se a RFB, na pergunta 447, que “as moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha de Bens e Direitos como outros bens, *uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro*” (grifos nossos).

Nesse sentido, em que pese não reconhecer os criptoativos como ativos financeiros, as autoridades fiscais parecem equiparar-lhes a tais, dispondo, em observação afixada na supracitada “pergunta 447”, que há a ausência de cotação oficial para fins de conversão dos valores para fins tributários. Na mesma linha, em resposta à pergunta 607, manifestou-se a Receita Federal no sentido de que os ganhos obtidos na alienação de “moedas virtuais”, cujo total alienado seja superior a R\$ 35 mil serão tributados como ganho de capital, à alíquota de 15%, bem como que as operações devem ser consideradas idôneas.

Atesta-se, pois, o desafio ao qual está submetido o Fisco brasileiro: classificar um ativo que vem gerando acréscimo patrimonial perfaz fatos econômicos que poderiam estar sujeitos à tributação, entretanto, sem base legal que o torne um fato jurídico-econômico que se subsuma a uma hipótese de incidência, é impor uma difícil escolha: (i) não ignorar tais fatos econômicos e vesti-los com alguma materialidade hoje existente; ou (ii) aguardar o Legislativo e ver esvair-se o direito de o Estado tributar os fatos jurídico-econômicos não abrangidos para alguma espécie de limitação constitucional ao poder de tributar.

Como já dissemos, os criptoativos têm em comum apenas o fato de utilizarem a tecnologia *blockchain* e não serem, atualmente, regulados. Por outro lado, cada criptoativo pode possuir uma natureza diametralmente distinta da dos demais, uma vez que seu criador pode lhe atribuir objetivos e características de todo distintas, podendo assumir a natureza de “moeda”, de valor mobiliário, de doação, de ativo financeiro, de compra e venda de um bem ou serviço ou até de permuta.

Nessa linha, buscar conceituação singular para os criptoativos não nos parece a melhor escolha. Ou se opta por vesti-los, individualmente, com a natureza jurídica que mais se aproxima no ordenamento jurídico hoje vigente, o que desde logo assinalamos que nos parece violar a segurança jurídica e a necessária previsibilidade informada pela confiança legítima, ou conformamos tais ativos digitais em *standards* legais a serem editados, mesmo que tais padrões nos levem a múltiplas naturezas jurídicas ou mesmo a uma só, tão inovadora quanto a tecnologia sobre a qual disporá.

7 AS POSSÍVEIS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS

7.1 IOF

As definições sobre as incidências tributárias específicas no caso de operações com criptoativos dependem especialmente de sua caracterização como moeda ou como bem incorpóreo. Com efeito, o nome usualmente utilizado para identificar os criptoativos – moedas virtuais – não revela necessariamente que eles seriam verdadeira moeda no sentido jurídico do termo.

A conclusão de que o criptoativo não caracteriza verdadeira moeda traz consequências relevantes no campo tributário. A operação de aquisição ou alienação de criptoativo não pode assim ser considerada “câmbio” para efeito de incidência do IOF-câmbio (art. 153, V, da CF). Com efeito, a expressão utilizada pelo constituinte deve ser entendida como designando operações envolvendo *moeda estrangeira*. Como o criptoativo, como o *bitcoin*, em regra não constitui uma moeda emitida por nenhum país estrangeiro, a hipótese não encontra subsunção no enunciado de competência constitucional.

Como adverte Ricardo Lobo Torres (2007, p. 193), embora o legislador ordinário possa esmiuçar o fato gerador do IOF previsto na CF, não poderá “se afastar dos conceitos econômicos e jurídicos de câmbio, crédito e seguro”.

Pode ocorrer ainda a hipótese de o criptoativo representar algum valor mobiliário, embora atualmente tal caracterização nos pareça difícil, como já assinalado. Com efeito, considerando a cláusula de abertura do conceito de valor mobiliário constante do artigo 2º, inciso IX, da Lei nº 6.385/76, não se pode excluir

totalmente a referida possibilidade.¹⁰ Havendo tal caracterização, o IOF-valor mobiliário seria cabível em tais operações.

7.2 Imposto sobre a renda e ganho de capital

Atualmente, a posição da Receita Federal do Brasil¹¹ é no sentido de que as moedas virtuais não são consideradas moeda “nos termos do marco regulatório atual”. O criptoativo deve ser, segundo posição daquele órgão, declarada na “Ficha bens e direitos”, reforçando assim a tese de que seria um bem incorpóreo ou ativo financeiro. A RFB esclarece que os criptoativos devem ser declarados pelo seu respectivo valor de aquisição. Sobre o ponto, ressalta:

Como esse tipo de “moeda” não possui cotação oficial, uma vez que não há um órgão responsável pelo controle de sua emissão, não há 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.

A grande dificuldade consiste em saber qual seria a “*documentação hábil e idônea*” mencionada na observação. Em primeiro lugar, caso a aquisição do criptoativo ocorra de forma originária, pelo processo de mineração, qual seria o valor de aquisição? No caso de aquisição derivada de criptoativo, como comprovar com “*documentação hábil e idônea*” uma operação que ocorre integralmente em meio digital? Um *print* da tela do *smartphone* seria suficiente?

No caso de aquisição originária pela técnica da mineração, poderia o proprietário levar em consideração os custos de aquisição que o levaram à aquisição do criptoativo, tal como ocorre no caso de custos na construção de imóveis?

Conforme a regra geral dos bens, os ganhos de capital obtidos com a alienação de criptoativos cujo total alienado no mês seja superior a R\$ 35 mil são tributados

10 “Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: [...] IX - 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.”

11 RFB, *Perguntas e respostas – Imposto de Renda Pessoa Física 2017*. Pergunta 447.

pelo IR, seguindo as alíquotas progressivas em função do lucro com prazo de recolhimento até o último dia do mês seguinte ao da alienação.¹²

Outra questão que precisa ser definida é saber se haveria ganho de capital apenas na hipótese em que a alienação do criptoativo ocorrer com a aquisição de dinheiro pelo vendedor (disponibilidade financeira). Na hipótese de o criptoativo ser objeto de uma permuta com outro bem, haveria ganho de capital na hipótese, caso o valor do bem adquirido seja superior ao custo de aquisição do criptoativo (torna ou reposição)? E na hipótese de a referida permuta ocorrer sem qualquer torna ou reposição?

7.3 IPI

A atividade de mineração de criptoativos estaria sujeita ao IPI? Para responder a tal questionamento, deve-se, em primeiro lugar, analisar se a mineração pode ser equiparada à atividade que resulta em produto industrializado.

O artigo 46, parágrafo único, do CTN considera industrializado o *“produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo”*.

A atividade de mineração, como sabemos, não parece encontrar subsunção na descrição da norma geral tributária, visto que a mineração não modifica a natureza ou a finalidade dos criptoativos, bem como não se destina a aperfeiçoá-los para o consumo. A mineração, a rigor, “cria” o criptoativo.¹³ Pode-se equiparar em certo sentido, por analogia, a referida atividade a uma verdadeira “extração mineral”, não se verificando assim a hipótese de produto industrializado.¹⁴

Conforme destaca Ricardo Lobo Torres (2007, p. 175), embora o conceito constitucional de produto industrializado seja aberto e dependa da atuação do legislador para a sua integração, *“ao legislador é defeso atuar discricionariamente,*

12 Idem, ibidem, pergunta 607.

13 “[A]s criptomonedas são criadas a partir de operações matemáticas geradas em computadores, ou seja, não há transformação material” (MORAIS; BRANDÃO NETO, 2014).

14 Cf. MELO, 2009, p. 74: “[...] não é produto industrializado a produção artística, artesanal, extrativa. Exclui-se, desse conceito, o produto pecuário, agrícola, pesqueiro, os demais produtos extrativos e as obras de arte, à luz de uma conceituação comum”.

atribuindo a qualidade de industrializado aos produtos que a técnica e a experiência não admitem que assim sejam considerados, pois as palavras da Constituição já trazem em si algumas limitações."

Assim, diante dos aspectos traçados pelo legislador complementar sobre o alcance da definição de produto industrializado, a tributação da atividade de mineração de criptoativos pelo IPI não seria possível ainda que houvesse a inclusão expressa de tal hipótese na lei ordinária federal de incidência.

7.4 ICMS

A incidência do ICMS em operações envolvendo criptoativos deve ser compreendida a partir da definição do alcance das principais expressões que compõem a hipótese de incidência constitucional do tributo (art. 155, II, da CF).

Caso seja adotada a tese de que a expressão "mercadoria" abrangeria apenas os bens corpóreos, não haveria a incidência do ICMS em operações envolvendo a alienação de criptoativos. A tese de que o termo "mercadoria", para efeito do ICMS, somente abrangeria bens corpóreos é aceita por parcela significativa da doutrina tributária.¹⁵ Todavia, o STF, em sede de julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 1945, considerou viável cogitar da incidência de ICMS no caso de operações envolvendo *software*, que é bem incorpóreo.¹⁶

15 "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).

16 "[...] ICMS. Incidência sobre softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados (art. 2º, § 1º, item 6, e art. 6º, § 6º, ambos da Lei impugnada). Possibilidade. Inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância. O Tribunal não pode se furtrar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis" (ADI 1945 MC, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2010, DJe-047 DIVULG 11-03-2011 PUBLIC 14-03-2011).

Além disso, a incidência do ICMS em operações envolvendo bens incorpóreos é aceita pelas Fazendas Estaduais, como demonstra o convênio nº 106/2017 do Confaz.¹⁷

Todavia, mesmo admitida a possibilidade de ICMS na circulação de bens incorpóreos, ainda assim seria necessário perquirir o alcance do termo “circulação” para concluir acerca da incidência do imposto em operações envolvendo a alienação de criptoativos.

Nessa linha, cumpre expressar que não é qualquer circulação que caracteriza fato gerador do ICMS, pois é preciso conjugar o aspecto material da hipótese de incidência com o aspecto pessoal do imposto. E nos termos da Lei Complementar nº 87/96, a regra geral é de que contribuinte do ICMS é apenas a pessoa que realiza “*com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial*” operações de circulação de mercadoria (art. 4º). Logo, quando uma pessoa física adquire uma quantidade limitada de criptoativos e a aliena posteriormente, obtendo uma contraprestação em dinheiro, caso não estejam caracterizados tais elementos, não haverá a incidência do ICMS.

A conclusão pela não incidência do ICMS no caso de alienações realizadas sem habitualidade, com contraprestação em dinheiro, parece-nos aplicável seja na hipótese de a operação ocorrer diretamente entre particulares, seja na hipótese de intermediação entre particulares realizada por “corretoras” (*exchanges*).

Caso a alienação de criptoativos ocorra com habitualidade, como no caso de algumas *exchanges* (que não se limitam apenas a servir de intermediárias entre compradores e vendedores interessados), poder-se-ia cogitar, em tese, da incidência do imposto estadual.

Ainda que estivesse caracterizada a habitualidade típica do aspecto pessoal do fato gerador do ICMS, seria preciso verificar se a incidência do referido tributo estaria caracterizada caso o criptoativo não seja alienado com o intuito de obter remuneração em dinheiro, mas seja utilizado como um meio de permuta para aquisição de bens e serviços.

17 “Cláusula primeira – As operações com bens e mercadorias digitais, tais como softwares, programas, jogos eletrônicos, aplicativos, arquivos eletrônicos e congêneres, que sejam padronizados, ainda que tenham sido ou possam ser adaptados, comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados observarão as disposições contidas neste convênio.”

A referida indagação leva à necessidade de definir se a permuta é fato gerador do ICMS, ou seja, se o termo “*circulação de mercadorias*”, adotado pela CF/88 e pela LC nº 87/96, abrange apenas o negócio jurídico compra e venda ou também a permuta de bens.

Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo defendem que a permuta em valores equivalentes renderia ensejo à tributação do ICMS. Caso a troca não fosse de bens de valores equivalentes, o ICMS incidiria no valor em que eles equivalem, sendo que o valor excedente seria caracterizado como ato gratuito, que não é sujeito ao imposto (PAULSEN; MELO, 2013, p. 235).

A conclusão de que não é apenas a compra e venda o negócio jurídico que caracteriza o termo “*circulação*” é reforçada pela Lei Kandir, ao aduzir, no seu artigo 2º, § 2º, que a “*caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua*”.

Todavia, a consideração de que a permuta consistiria em fato gerador do ICMS pressupõe a obediência ao critério pessoal do imposto, já mencionado. Assim, não é qualquer permuta que pode ser tributada pelo ICMS, mas apenas a permuta realizada “*com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial*”.

Logo, se uma empresa de varejo de eletrodomésticos aceita criptoativos como meio de “pagamento”, o fato de a transação restar caracterizada como permuta não afastaria a incidência do ICMS devido pela empresa, pois na hipótese restou caracterizada uma circulação de mercadoria com habitualidade. Na mesma linha de raciocínio, ausente a habitualidade, não se poderia cogitar da incidência do ICMS, como na hipótese de permuta de um livro por um criptoativo, realizada entre duas pessoas físicas, pois nenhuma das partes do negócio jurídico poderia ser caracterizada como comerciante, sujeito passivo do ICMS.

7.5 ITCMD

Uma vez caracterizado como bem, a transmissão gratuita (doação) de um criptoativo está sujeita ao ITCMD. Note-se que a locução constitucional alude à doação de “*quaisquer bens ou direitos*” (art. 155, I, CF/88), o que abrange os bens incorpóreos.

Na mesma linha, a transmissão *causa mortis* de criptoativos está abrangida pela hipótese de incidência do imposto, apesar de ser difícil caracterizar, pelas peculiaridades que envolvem o processo de utilização de criptoativos, quais os instrumentos práticos que poderiam viabilizar a transmissão *causa mortis* de tais bens.

7.6 ISS

Na hipótese de um criptoativo ser utilizado como meio de “pagamento” de uma prestação de serviço constante da lista da Lei Complementar nº 116/03, está caracterizado o fato gerador do ISS.¹⁸

Com efeito, o fato gerador do imposto é a prestação de serviços, “*ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestado*” (art. 1º da Lei Complementar nº 116/03). Logo, se a remuneração do prestador ocorrer mediante a entrega de uma criptomoeda, tal circunstância é irrelevante para a incidência do imposto. Ademais, a própria jurisprudência do STF ressalta que o ISS pode ser exigido mesmo antes do pagamento do preço ao prestador do serviço.¹⁹

Em relação às atividades desenvolvidas pelas *exchanges*, que oferecem plataformas aptas para a aproximação de pessoas interessadas na compra e venda de criptoativos, está caracterizada a hipótese de “*serviços de intermediação e congêneres*” prevista no item 10 da lista de serviços da Lei Complementar nº 116/03, sendo possível enquadrá-las em algum dos subitens. O subitem 10.02 destaca a incidência do ISS no agenciamento, corretagem ou intermediação de “*títulos em geral, valores mobiliários e contratos quaisquer*” e o subitem 10.05

18 Cf. MORAIS; BRANDÃO NETO, 2014: “Sobre o ISS, ocorre a incidência sobre a prestação de serviço, mesmo que o serviço seja pago com moeda virtual, tendo a base de cálculo o valor do serviço”.

19 “DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ISS. EXIGÊNCIA DO TRIBUTO ANTES DO PAGAMENTO DO PREÇO AO PRESTADOR DO SERVIÇO. POSSIBILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a exigibilidade do ISS, uma vez ocorrido o fato gerador – que é a prestação do serviço –, não está condicionada ao adimplemento da obrigação de pagar-lhe o preço, assumida pelo tomador dele. [...]” (ARE 936067 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 06-10-2016 PUBLIC 07-10-2016).

menciona o agenciamento, corretagem ou intermediação de “bens móveis ou imóveis, não abrangidos em outros itens ou subitens”.

8 CONCLUSÕES

A análise do cenário global demonstra evidente avanço tecnológico, revelando cenário absolutamente disruptivo, tendo em vista a crescente evolução da economia digital. Nesse contexto, o direito, pautado em uma realidade fincada na economia de bens materiais, tangíveis, passou a encontrar dificuldades em regular a economia digital, cuja inovação e capacidade de transformação podem ser consideradas características marcantes.

Na mesma linha, a partir do cenário de crise econômica observada em 2008, com início nos Estados Unidos e posterior repercussão no resto do mundo, passou-se a conhecer a figura dos criptoativos, formas de realizar transferências de recursos inovadoras, que em poucos anos causaram grandes questionamentos das autoridades econômicas globais.

O primeiro desafio enfrentado no presente estudo buscou investigar a compatibilidade dos criptoativos na natureza de moeda, com base nos critérios tradicionalmente adotados pela economia e pela legislação brasileira. Concluímos, sobre o tema, que nada obstante sejam os criptoativos passíveis de troca por mercadorias e serviços, estariam, por ausência de regulamentação estatal – especialmente por ser a moeda, no direito brasileiro, descrita em lei – afastados de tal natureza.

O segundo desafio enfrentado consistiu em verificar se os criptoativos poderiam ser considerados valores mobiliários, o que atrairia a necessidade de regulamentação, revelando avanços importantes no que se refere à principal crítica a tais espécies de bens: a ausência de regras claras que gerem segurança ao usuário das “moedas virtuais”. A CVM, preocupada com a popularização dos criptoativos no Brasil, manifestou-se em dois comunicados oficiais, demonstrando, gradualmente, maior abertura e aproximação com esses tipos de transação. Na última manifestação a agência passou a permitir que fundos de investimentos brasileiros operem ativos virtuais.

No teste da natureza jurídica desse tipo de ativo, a ausência de previsão legal também foi determinante para afastar a natureza de valores mobiliários aos criptoativos. Nessa linha, mencionamos que a busca de conceituação singular para os criptoativos não nos parece a melhor escolha. Alertamos para a dificuldade de vesti-los, individualmente, com a natureza jurídica que mais se aproxima deles no ordenamento jurídico hoje vigente, assinalando a possível violação da segurança jurídica que reflete a necessária previsibilidade informada pela confiança legítima. Outra possibilidade é considerar que tais ativos digitais nos levem a múltiplas naturezas jurídicas ou mesmo a uma só, tão inovadora quanto a tecnologia sobre a qual disporá.

No que se refere aos aspectos eminentemente fiscais, analisamos o tema por duas perspectivas: a primeira delas verificando o tratamento dado atualmente pela Receita Federal aos criptoativos e a segunda apresentando nossas impressões acerca da incidência de cada um dos tributos previstos em nosso ordenamento jurídico.

Em que pese o esforço que vêm fazendo os governos no sentido de aproximar as novas tecnologias da realidade da regulamentação seja louvável, deve-se alertar que ainda estamos diante de atuação incipiente, em face da importância que a economia digital vem alcançando no mundo moderno.

A alegação posta, em relação aos criptoativos, revela-se ainda mais importante, na medida em que diante do avanço tecnológico dos meios de pagamentos digitais, estaremos, em pouquíssimos anos, diante de realidade em que serão raras as formas de pagamentos por meios físicos, cenário em que a ausência de regulamentação e atuação estatal ensejará insegurança jurídica – e econômica – no contexto nacional e internacional.