

TRIBUTAÇÃO DE CRIPTOATIVOS E OS LIMITES JURÍDICOS DO PODER ECONÔMICO

MARIANA BARBOZA BAETA NEVES MATSUSHITA¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A DISCIPLINA JURÍDICA DOS CRIPTOATIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2. A TRIBUTAÇÃO DOS CRIPTOATIVOS NA VISÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. 3. A TRIBUTAÇÃO DOS CRIPTOATIVOS NA DOGMÁTICA TRIBUTÁRIA. 4. A TRIBUTAÇÃO DOS CRIPTOATIVOS E OS LIMITES JURÍDICOS DO PODER ECONÔMICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: o presente artigo tem por objeto a análise da tributação de criptoativos e os limites jurídicos do poder econômicos. A proposta do texto consiste em apontar as principais questões que circundam a problemática, com vistas a apontar como a ausência de regulamentação dos criptoativos pode minar a segurança jurídica, a legalidade, a neutralidade e a igualdade tributária. Para tanto, no primeiro tópico fez-se um apanhado sobre as manifestações de agências reguladores, órgãos do Ministério da Economia e do Banco Central acerca do conteúdo jurídico, apontando a existência, no direito brasileiro, de definições concretas e objetivas. No segundo tópico, realizou-se uma exposição do entendimento da Receita Federal do Brasil sobre o tema, apontando que, a despeito da inexistência de regulamentação, os criptoativos têm um tratamento tributário já definido pelo referido órgão do Ministério da Economia. No terceiro tópico, abordou-se duas manifestações acadêmicas sobre a tributação de criptoativos, demonstrando a discrepância entre o entendimento dogmático e o

¹ Professora e Coordenadora de Educação Continuada da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie- UPM - São Paulo/SP; Doutora e Mestre pela PUC/SP ambos com bolsa de estudos, pela CAPES e CNPq respectivamente; DEA - Diploma de Estudios Avanzados pela Universidad de Barcelona - España; Posgrado en Derecho Tributario Internacional - Universidad de Barcelona - España ; MILE - Master in International Law and Economics - World Trade Institut - Bern Universität - Switzerland; Advogada.

entendimento da Receita Federal do Brasil. Por fim, no quarto tópico, demonstrou-se como a ausência de definições legais adequadas sobre os criptoativos podem prejudicar tanto o Estado quanto os contribuintes.

PALAVRAS-CHAVE: criptoativos, tributação, limites-jurídicos-do-poder-econômico.

TAXATION OF CRYPTO ASSETS AND THE LEGAL LIMITS OF ECONOMIC POWER

ABSTRACT: this article aims to analyze the taxation of cryptoactive assets and the legal limits of economic power. The purpose of the text is to point out the main issues surrounding the problem, in order to show how the lack of regulation of cryptoactive products can undermine legal certainty, legality, neutrality and tax equality. To this end, in the first topic, a review was made of the manifestations of regulatory agencies, agencies of the Ministry of Economy and the Central Bank about the legal content of cryptoactive products, pointing out the existence, in Brazilian law, of concrete and objective definitions. In the second topic, an exposition of the understanding of the Federal Revenue of Brazil on the subject was made, pointing out that, despite the lack of regulation, cryptoactive products have a tax treatment already defined by that body of the Ministry of Economy. In the third topic, we addressed two academic manifestations on the taxation of cryptoactive assets, demonstrating the discrepancy between the dogmatic understanding and the understanding of the Federal Revenue of Brazil. Finally, in the fourth topic, it was demonstrated how the absence of adequate legal definitions about cryptoactive products can harm both the State and the taxpayers.

KEYWORDS: cryptoactive, taxation, legal-limits-of-economic-power.

INTRODUÇÃO

Para se saber a correta tributação dos criptoativos, é premente a delimitação precisa de sua respectiva natureza jurídica. Ora, a delimitação jurídica de criptoativos deve levar em conta a forma pela qual o ordenamento jurídico brasileiro endereça o tema. É salutar destacar, desde já, que há escassa legislação que trate especificamente sobre o tema, de forma que a doutrina, a

jurisprudência, e a Administração Pública, dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, por vezes, encaixam os criptoativos em conceitos existentes.

O presente artigo, neste contexto, tem exatamente a finalidade de situar a discussão no âmbito do direito tributário, indicando como a legislação tributária atualmente posta incide sobre operações envolvendo este novo fenômeno econômico. Veja-se que a intenção é delimitar quais são os limites jurídicos do poder econômico, com especial ênfase aos ativos ou moedas virtuais, tendo em vista que se observa, hodiernamente, a utilização completamente desmedida deste novo fenômeno no mercado nacional, prejudicando agentes econômicos e minando garantias de um Estado Democrático de Direito calcado na segurança jurídica e na isonomia.

No primeiro tópico, o texto abordará a disciplina jurídica dos criptoativos no ordenamento jurídico brasileiro, momento em que serão apontados a forma pela qual órgãos regulatórios tratam o tema. Também será analisada a escassa legislação que prevê alguma disciplina dos criptoativos.

No segundo tópico, já adentrando ao direito tributário, serão apresentados os entendimentos exarados pela Administração Tributária (em todas as esferas federativas) sobre a tributação dos criptoativos. Tal análise é fundamental para cotejar as linhas gerais traçadas pela doutrina com a regulamentação administrativa do tema, expondo os pontos de concordância e discordância entre a produção acadêmica e a prática tributária.

No terceiro tópico, serão expostas linhas gerais sobre a correta aplicação das normas tributárias nas operações envolvendo criptoativos, com fundamento em trabalhos acadêmicos prévios e entendimentos doutrinários sobre a tributação dos criptoativos no Brasil. Naturalmente, o texto não pretende realizar uma revisão bibliográfica exaustiva, uma vez que não é este o objetivo deste artigo, mas apenas apontar direções jurídicas e normativas apontadas pela doutrina tributária brasileira.

Por fim, no quarto tópico, o texto analisará como as normas tributárias podem servir de supedâneo para violações à segurança jurídica e à isonomia, apontando, de um lado, como a utilização desmedida e desregulamentada de criptoativos pode ser altamente lesiva ao Estado Democrático de Direito, e, de outro lado, como a tributação sem substrato normativo prévio afeta diretamente o princípio da legalidade e a segurança jurídica.

Entrementes, fundamental destacar que o termo “criptoativo” abrange tanto as chamadas “criptomoedas”, comumente utilizadas como meio de pagamentos, quanto “*Non-fungible tokens*” (NFT’s), “Stablecoins”, dentre outros. A utilização do termo criptoativo ao longo do texto indica, portanto, que o objetivo é uma análise holística dos criptoativos, tendo em vista que eventuais recortes levariam a conclusões inaplicáveis a outras espécies de criptoativos, conforme será devidamente apontado no primeiro tópico.

1. A DISCIPLINA JURÍDICA DOS CRIPTOATIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os criptoativos têm sua origem no artigo “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, escrito no ano 2008 escrito por Satoshi Nakamoto, cujo conteúdo traçou as linhas gerais deste novo fenômeno econômico. No referido artigo, Nakamoto estruturou detalhadamente o funcionamento do criptoativo “Bitcoin”, que inicialmente tinha a finalidade de substituir as moedas fiduciárias tradicionais emitidas pelos países (2008, p. 01)². Nakamoto, após a crise financeira de 2008, entendeu que o sistema monetário internacional, que é calcado na centralização da emissão das moedas pelos órgãos estatais, estava fadado ao fracasso, tendo em vista que a demanda de papel moeda era controlada pelos governos e não pelas necessidades do mercado. A partir desta constatação, o “Bitcoin” serviria como mecanismo confiável de substituição dos papéis moeda emitidos pelos Estados, especialmente pela sua emissão

²NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em 07 de agosto de 2022.

descentralizada e a sua escassez. O valor do Bitcoin seria livremente estabelecido pelo mercado, sem que qualquer interferência estatal pudesse alterar a sua sistemática de preço.

A criação do “Bitcoin” representou uma ruptura de paradigma na política monetária global, uma vez que a partir de 2008 o mercado percebeu que as moedas fiduciárias tradicionais não eram os únicos meios de pagamento possíveis dentro de uma política monetária.

Desde então, novos criptoativos surgiram, variando o seu formato e funcionamento. Existem criptoativos que se assemelham bastante ao “Bitcoin”, tais como “Ethereum”, “Tether”, “Litecoin” etc. Entretanto, existem criptoativos que visam outras finalidades que não a de servir como meio de pagamento; é o caso, por exemplo, dos NFT’s, que representam bens digitais não fungíveis, cujo valor é intrínseco ao próprio bem e tem um papel econômico mais semelhante a uma obra de arte³.

Conforme supra afirmado, o tratamento jurídico deve considerar a especificidade de cada espécie de criptoativos, tendo em vista que cada tipo age de forma específica no mercado e na sociedade. O mesmo vale para a tributação que incidirá sobre os criptoativos.

Neste contexto, pode-se destacar algumas manifestações de órgãos reguladores que tratam sobre os criptoativos de formas diferentes, levando em consideração o seu funcionamento e a sua estrutura. De acordo com a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por exemplo, a sujeição de uma “Initial Coin Offering” (oferta inicial de criptoativo, em tradução livre) às regras de regulamentação do mercado mobiliário dependerá da natureza do criptoativo a ser oferecido ao mercado. Em 11 de outubro de 2017, emitiu nota sobre “Initial Coin Offering”, afirmando que a oferta pública de criptoativos “a depender do

³ABRUSIO, Juliana; FILHO, Marcelo de Castro Cunha; RODRIGUES, Juliana Martins. Itens colecionáveis no blockchain e as relíquias digitais do futuro. **Exame**. 15 de abril de 2022. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/itens-colecionaveis-no-blockchain-e-as-reliquias-digitais-do-futuro/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

contexto econômico de sua emissão e dos direitos conferidos aos investidores, podem representar valores mobiliários, nos termos do art. 2º, da Lei 6.385/76”⁴.

Segundo a nota, os “Initial Coin Offerings” podem ser compreendidos como as “captações públicas de recursos” que têm “como contrapartida a emissão de ativos virtuais (...) junto ao público investidor”⁵. Ora, a autarquia entende que os criptoativos oferecidos em contrapartida podem, dependendo do contexto econômico e do seu funcionamento no mercado, estar sujeito às regras aplicáveis aos valores imobiliários, conforme o artigo 2º da Lei nº 6.385/1976⁶.

Observa-se, assim, que a CVM, cujo papel é disciplinar e fiscalizar as regras aplicáveis aos valores mobiliários, estabeleceu um entendimento de que os criptoativos podem exercer uma função idêntica aos valores mobiliários, representando certos direitos e garantias para os seus possuidores. Nesse contexto, a CVM esclarece que certas operações de Initial Coin Offering podem se caracterizar como operações com valores mobiliários já sujeitas à legislação e à regulamentação específicas, devendo se conformar às regras aplicáveis. Incorrem na mesma situação companhias (abertas ou não) ou outros emissores que captem recursos por meio de uma Initial Coin Offering, em operações cujo sentido econômico corresponda à emissão e à negociação de valores mobiliários.

Já o Banco Central d Brasil (BACEN), no “Perguntas e respostas sobre moedas virtuais”⁷, afirma que não emite, regula ou garante qualquer moeda virtual, de forma que não há, no Brasil, qualquer regulamentação sobre o tema do ponto de vista da regulação monetária.

⁴BRASIL. **Nota sobre Initial Coin Offering (ICO)**, de 11 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/initial-coin-offering--ico--a0e4b1d10e5a47aa907191d5b6ce5714>. Acesso em 07 de agosto de 2022.

⁵*Ibid.*

⁶BRASIL. Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em 07 de agosto de 2022.

⁷BRASIL. **Perguntas e respostas do Banco Central – moedas virtuais**. Brasília, DF, março de 2022. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/acesoinformacao/perguntasfrequenterespostas/faq_moedasvirtuais. Acesso em 18 de agosto de 2022.

No caso específico das criptomoedas, o Banco Central do Brasil (BACEN), no “Perguntas e respostas sobre moedas virtuais”, afirma que não emite, regula ou garante qualquer moeda virtual, de forma que não há, no Brasil, qualquer regulamentação sobre o tema do ponto de vista regulatório. O BACEN reitera que

As chamadas "moedas virtuais" ou "moedas criptográficas" são representações digitais de valor, o qual decorre da confiança depositada nas suas regras de funcionamento e na cadeia de participantes.

Não são emitidas por Banco Central, de forma que não se confundem com o padrão monetário do Real, de curso forçado, ou com o padrão de qualquer outra autoridade monetária.

Noutro giro, o Ministério da Economia, por meio do Ofício Circular SEI nº 4081/2020/ME, autorizou a utilização de transferência de criptoativos na integralização de capital social de empresas. Naquela oportunidade, a Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital foi questionada pela Junta Comercial de São Paulo (i) sobre a natureza jurídica das criptomoedas, (ii) se haveria qualquer vedação legal que impedisse a integralização de capital social por meio de criptomoedas, e (iii) quais formalidades a Junta Comercial deveria observar em casos de integralização de capital social com criptomoedas.

De acordo com o Ministério da Economia, a natureza jurídica das criptomoedas é de ativos financeiros, isto é, têm natureza de bem incorpóreo “que possuem avaliação pecuniária, são negociáveis e podem ser usados de diversas formas (investimento, compra de produtos, acesso a serviços etc.)”⁸. Ainda, afirma o Ministério da Economia que não existe qualquer vedação legal à utilização de criptomoedas para integralização de capital social de sociedade limitada, uma vez que o inciso III, do artigo 997, do Código Civil de 2002, prevê

⁸BRASIL. **Ofício Circular SEI nº 4081/2020/ME**. Consulta acerca da integralização de capital com criptomoedas ou moedas digitais. Brasília, DF, 1º de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/drei/legislacao/arquivos/OficioCircular4081criptomoedas.pdf>. Acesso em 18 de agosto de 2022.

a possibilidade de utilização de “qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária”⁹ para a integralização de capital social.

Além destas normas infralegais exaradas por órgãos regulamentadores, o Congresso Nacional tem desenvolvido Projetos de Lei que visam a regular a disciplina dos criptoativos no Brasil. Destacam-se, neste contexto, (i) o Projeto de Lei nº 4.401/2021, cujo escopo tem a intenção de incluir as moedas virtuais e os programas de milhagem aéreas na definição de arranjos de pagamento, submetidos à supervisão do BACEN; (ii) o Projeto de Lei nº 3.825/2019, cuja escopo tem a intenção de regulamentar os serviços relativos às operações com criptoativos em plataformas eletrônicas; e (iii) o Projeto de Lei nº 3.949/2019, cujo escopo tem a intenção de disciplinar as transações com moedas virtuais e o funcionamento das *exchanges* de criptoativos.

Observa-se, assim, que a regulamentação dos criptoativos no Brasil é assaz escassa, havendo apenas normas infralegais, exaradas por órgãos reguladores, e Projetos de Lei. A escassez normativa implica dois efeitos imediatos, quais sejam: (i) ampla liberdade para os agentes econômicos atuarem no mercado por meio dos criptoativos, escapando do controle estatal e adotando estruturas econômicas sem respaldo jurídico, e (ii) forte insegurança jurídica, minando a segurança dos agentes econômicos nas operações com criptoativos e abrindo margem para golpes, fraudes e outras formas de abuso do poder econômico.

Deste feita, verifica-se a necessidade de se incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro, em nível infraconstitucional, mecanismos de controle, fiscalização, disciplina, regulamentação e conceituação sobre os criptoativos.

2. A TRIBUTAÇÃO DOS CRIPTOATIVOS NA VISÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

⁹BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

Ainda que não exista, do ponto de vista regulatório, uma definição precisa sobre a natureza jurídica dos criptoativos, as autoridades tributárias já se manifestaram sobre o tema, fixando algumas balizas fundamentais e criando normas tributárias que incidem diretamente nas operações com criptoativo, a despeito de inexistir qualquer qualificação jurídica sobre estes ativos.

Neste contexto, a Receita Federal do Brasil já fixou entendimento sobre a sua natureza tributária e o regime de tributação aplicável, por meio do “Perguntas e Respostas sobre o Imposto de Renda de Pessoa Física”, de 2017, quando, nas respostas 447 e 607, trouxe um escrutínio sobre a forma de declaração das criptomoedas. Na resposta 447, a Receita Federal do Brasil afirmou que as moedas virtuais “devem ser declaradas na ficha Bens e Direitos como “outros bens, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro”. Já na resposta 607, o órgão afirmou que os ganhos obtidos com a venda de moedas virtuais devem ser tributados por meio da sistemática do ganho de capital, desde que a alienação mensal seja superior a R\$ 35.000,00.

Em 2019, foi editada a Instrução Normativa nº 1.888/2019, que institui e disciplina, atualmente, “a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil”. Observa-se, do teor da referida instrução normativa, que a autoridade tributária nacional estabeleceu uma série de conceitos sobre elemento que integram o mercado de criptoativos. Dentre estes conceitos, destaca-se a própria noção de criptoativos, que segundo a Receita Federal do Brasil consiste numa “representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira” e pode ser operado eletronicamente, por meio da criptografia e de registros diversos. Ainda, a Receita Federal do Brasil informou que os criptoativos podem servir de instrumento de investimento, transferência de valores e acesso a serviços, mas não pode ser considerada moeda fiduciária.

Entrementes, esta definição ampla permite uma abertura conceitual dos criptoativos que concede à Receita Federal o poder de tributar pouco

rigorosamente quaisquer operações do mercado de cripto. É dizer, a amplitude semântica dos criptoativos somente é possível pela ausência de regulamentação do tema pela legislação. Ora, a Receita Federal do Brasil não é ente competente para determinar qual o conteúdo jurídico destes ativos, de forma que somente o faz diante da inexistência de quaisquer delimitações legais no âmbito regulatório e do direito privado.

Seguindo, a Instrução Normativa nº 1.888/2019 estatui uma série de obrigações acessórias impostas aos detentores de criptoativos e às “exchanges”, com vistas a possibilitar a transmissão de informações das transações de criptoativos no país. Os itens que devem ser transmitidos à Receita Federal do Brasil são (artigo 7º da Instrução Normativa nº 1.888/2019): (i) data da transação, (ii) tipo da transação, (iii) partes da transação, (iv) a espécie de criptoativo transacionada, (v) a quantidade negociada, até a décima casa decimal, (vi) o valor da transação em reais, excluídas as taxas de serviços para a concretização do negócio, (vii) o valor das taxas a parte, quando for o caso. Ainda, caso a operação tenha ocorrido em “exchange” estrangeira, deverá a parte brasileira informar o nome da “exchange” à Receita Federal do Brasil.

Grosso modo, estes canais (Perguntas e Respostas de 2017 e Instrução Normativa nº 1.888/2019) uniformizaram o tratamento dos criptoativos do ponto de vista de tributação federal, impondo aos operadores do mercado de cripto obrigações principais (imposto de renda sobre o ganho de capital) e acessórias (transmissão de informações de transações).

Em relação ao imposto de renda sobre o ganho de capital, a tributação se dá no seguinte contexto (art. 21 da Lei nº 8.981/95): (i) ganhos apurados de até R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil) são isentos; (ii) 15% sobre a parcela dos ganhos igual ou superior a R\$ 35.000,00 que não ultrapassar R\$ 5.000.000,00; (iii) 17,5% sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 5.000.000,00 e não ultrapassar R\$ 10.000.000,00; (iv) 20% sobre a parcela dos ganhos que exceder R\$ 10.000.000,00 e não ultrapassar R\$ 30.000.000,00; e (v) 22,5% sobre a parcela dos ganhos que ultrapassar R\$ 30.000.000,00.

Já em relação às obrigações acessórias, a Receita Federal do Brasil determinou que as informações envolvendo os criptoativos devem ser transmitidas por meio de certificação digital, a partir de 2020. Caso os contribuintes não cumpram a exigência, estarão sujeitos às imposições previstas no artigo 113 do Código Tributário Nacional, quais sejam auto de infração e pagamento de multa (§ 3º do referido artigo).

É neste contexto normativo que a Receita Federal do Brasil editou duas soluções de consulta que apresentam, de forma sistematizada, seu entendimento acerca do tratamento tributário dos criptoativos. Na Solução de Consulta da Coordenadoria-Geral de Tributação (COSIT) nº 214 de 2021, a autoridade fiscal ressaltou a incidência do imposto de renda na sistemática do ganho de capital para as transações envolvendo criptoativos que tenham valor superior a R\$ 35.000,00. Observa-se, do teor do referido ato normativo, que a incidência do imposto de renda independe da realização, em moeda corrente, do valor atribuído ao criptoativo. Isto porque, a mera permuta de criptoativos diferentes, que gere aumento, ainda que não realizado, de patrimônio será tributada nesta sistemática. Naquela oportunidade, o contribuinte consulente questionou se a utilização de um criptoativo (bitcoin) para a aquisição de outro criptoativo (stablecoin) seria suscetível à tributação por meio do ganho de capital. Neste cenário, a Receita Federal do Brasil entendeu que a utilização de uma criptomoeda na aquisição de outra configura alienação de bem ou direito”, de forma que a transação está sujeita ao imposto de renda sobre ganho de capital, ressaltando que “A não conversão do bem ou direito alienado em moeda fiduciária não altera a incidência do imposto sobre a renda sobre o ganho de capital oriundo da permuta”. A outra solução de consulta que tratou sobre o tema (Solução de Consulta DISIT/SRRF06 nº 6.008/2022) vinculou a resposta dada ao contribuinte consulente à Solução de Consulta COSIT nº 214/2021, repetindo sua argumentação.

Já no âmbito estadual, as Secretarias da Fazenda dos Estados têm considerado que as operações envolvendo criptoativos fogem à tributação por meio do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de

comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (ICMS). Destaca-se, neste sentido, a Resposta à Consulta nº 22.841/2020, editada pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, em que a autoridade estadual afirma

em que pese existir indefinição quanto à natureza jurídica das criptomoedas, o que se pode afirmar é que: (i) não são destinadas ao consumo e, portanto, não são submetidas à mercancia; e (ii) suas transações não representam operações de circulação. Consequentemente, não podem ser consideradas como mercadorias e, sendo as operações relativas a elas meras transações financeiras, não estão sujeitas à tributação pelo ICMS.

Assim, não existem tantas discussões relevantes sobre a incidência de tributos de competência estadual nas operações com criptoativos.

Por fim, no âmbito municipal, destaca-se que diversas atividades-meio que envolvem criptoativos podem se sujeitar ao ISS. Sobre o tema, cumpre ressaltar que os criptoativos envolvem basicamente dois tipos de atividade: (i) a chamada mineração, que ocorre quando computadores são dedicados a calcular a criptografia das transações, remunerando minerador com outros criptoativos; e (ii) e a própria atividade de intermediação de compra e venda desses ativos virtuais.

A rigor, a atividade de mineração pode ser categorizada como prestação de serviço, o que permitiria, em tese, a tributação por imposto incidente sobre a prestação de serviços de qualquer natureza (ISSQN). Fala-se em tese porque, no que diz respeito à atividade de mineração de criptoativos, a lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 não traz qualquer espécie de serviço que possa servir de supedâneo à tributação da mineração. Entretanto, no tocante à intermediação, cumpre ressaltar que o § 4º do artigo 1º da Lei Complementar nº 116/2003 afirma que a incidência do ISSQN independe da denominação dada ao serviço prestado. Ora, esta abertura na textura da tributação poderia permitir

o encaixe da atividade de intermediação de venda de criptoativos no item 10.05 da referida lista anexa.

Nada obstante, sendo uma inovação recente, os serviços de mineração de intermediação por “exchanges” não constam, de forma efetiva, na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003. De fato, constam serviços semelhantes, mas nada que possa ser categorizado com a precisão. Vale dizer, os serviços das “exchanges” são novos e não previstos anteriormente, razão pela qual a extensão da situação prevista no item 10.05 da lista só seria possível por força de analogia, o que é expressamente vedado, pelo § 1º do artigo 108, do Código Tributário Nacional. Neste sentido, não se encontrou qualquer manifestação de autoridades municipais acerca da possibilidade de tributação das “exchanges” por meio do ISSQN.

3. A TRIBUTAÇÃO DOS CRIPTOATIVOS NA DOGMÁTICA TRIBUTÁRIA

A despeito das construções hermenêuticas formuladas pela Receita Federal do Brasil e pelas demais autoridades fiscais, a dogmática tributária desenvolveu algumas considerações acerca da tributação incidente sobre os criptoativos. Tais considerações são de especial importância para delimitarmos o campo de abrangência da temática proposta neste artigo, motivo pelo qual passamos a expor aspectos relevantes da discussão dogmática sobre a questão. Frisa-se, de antemão, que não se pretende esgotar o tema dogmático, muito menos abordar todas as manifestações acerca da tributação dos criptoativos, tendo em vista que esta não é a finalidade do presente estudo. Entretanto, para calibrar a análise sobre a tributação dos criptoativos e limitação jurídica do poder econômico, é fundamental a exposição, ainda que parcial, das manifestações dogmáticas sobre o tema.

Neste contexto, verificou-se a existência de sete artigos ou “papers” publicados em revistas ou anais de eventos que tratam sobre a temática dos criptoativos. Dentre este rol, elegeu-se dois trabalhos que representam

adequadamente as principais questões sobre a dogmática da tributação dos criptoativos. Os trabalhos, além de pioneiros sobre o tema, foram realizados com base em dados concretos e na melhor doutrina, fatos a confirmar a escolha para a análise.

O primeiro trabalho a ser analisado é o artigo “Criptomoedas e os possíveis encaminhamentos tributários à luz da legislação nacional”, da autora Tathiane Piscitelli. O texto faz, inicialmente, uma breve exposição do crescimento do mercado de criptoativos no Brasil e no mundo, com informações sobre dados. Após a delimitação do tema, a autora passa a tratar sobre as formas de aquisição das criptomoedas e ressalta três modalidades: “minerando, trocando um tipo de moeda por outra ou adquirindo-a”¹⁰.

Acerca da primeira modalidade de aquisição de criptoativos (mineração), a autora destaca que o artigo 43 do Código Tributário Nacional especifica que o imposto de renda tem como fato gerador a “aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica” de renda, oriunda de trabalho, capital ou da combinação destes dois fatores econômicos, ou proventos de qualquer natureza, entendidos como quaisquer formas de acréscimo patrimonial que não decorrente de trabalho ou capital¹¹. Sobre a questão, o trabalho assinala que, considerando a inexistência de elementos típicos da remuneração do capital e a inexistência de qualquer trabalho, entendido como esforço humano, a primeira caracterização do fato gerador do imposto de renda seria inaplicável às atividades de mineração de criptoativos. No mesmo sentido, tendo em vista que para a existência de proventos de qualquer natureza,

faz-se necessária a existência de “acrécimos patrimoniais” não compreendidos no conceito de renda. A verificação de acréscimo pressupõe a existência de uma situação patrimonial anterior que se incorpora a uma outra, nova. No presente caso, como as criptomoedas são geradas pelo sistema, não há bem

¹⁰PISCITELLI, Tathiane. Criptomoedas e os possíveis encaminhamentos tributários à luz da legislação nacional. In **Revista Direito Tributário Atual**, n.40, p. 572- 590- 2018. Disponível em: <https://ibdt.org.br/RDTA/wp-content/uploads/2018/11/Tathiane-Piscitelli.pdf>. Acesso em 18 de agosto de 2022.

¹¹*Ibid.*

anterior que justifique efetivo acréscimo patrimonial e, assim, tributação pelo imposto de renda.¹²

Assim, do ponto de vista do imposto de renda, os criptoativos não estariam dentro do campo de incidência do referido tributo, mormente a ausência de elementos típicos da remuneração de capital, de qualquer relação de trabalho, e situação patrimonial pretérita que sustentasse a existência de aumento patrimonial¹³.

Entretanto, salienta a autora, que se o minerador cobrar taxas para a realização e aceleração da atividade, haverá, sim, incidência do imposto de renda, posto que presente uma relação jurídica contratual (minerador é contratado, por meio de remuneração além da mera aquisição de novos criptoativos, por terceiro interessado). Nesta situação específica, há devidamente caracterizada a remuneração para o exercício da atividade de mineração, fato a ensejar a incidência do imposto de renda¹⁴.

No tocante à incidência do ISSQN sobre a mineração, a autora cita dois itens da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003: (i) 10.02, que traz os serviços de intermediação de valores, e (ii) 1.03, que trata sobre os serviços de processamento de dados¹⁵. Considerando que a intermediação de valores depende, necessariamente, da existência de duas partes interessadas, além do intermediador, quais sejam: (i) o contratante ou comprador, e (ii) contratado ou vendedor, fica evidente que a mineração não pode ser qualificada como o serviço descrito no item 10.02. Ora, na visão da autora, a mineração de novos criptoativos não há duas partes interessadas em realizar uma operação.

Nada obstante, alerta o texto, novamente quando se verifica o pagamento adicional para que o minerador acelere a mineração, a incidência do ISSQN

¹²*Ibid.*

¹³*Ibid.*

¹⁴*Ibid.*

¹⁵*Ibid.*

poderá ser levada a efeito, desde que verificada os critérios essenciais à sua incidência¹⁶.

Acerca da segunda e da terceira modalidade de aquisição de criptoativos (aquisição e troca), o texto ressalta que a mera aquisição de criptoativos por meio do pagamento com moeda fiduciária não ensejaria qualquer questionamento por parte das autoridades fiscais para fins de pagamento de tributo, tendo em vista que é pacífica a definição dos criptoativos como ativos financeiros, que, naturalmente, não são tributados na compra.¹⁷

Já em relação à troca, situação na qual um sujeito detentor de um criptoativo o troca por outro criptoativo de natureza diversa, a autora afirma que estamos diante de uma situação semelhante à permuta. Neste contexto, salienta que a figura da permuta já é há muito conhecida no direito tributário brasileiro, que reconhece a incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital caso os bens permutados possuam valores de aquisição declarados diferentes¹⁸.

Concluída a análise sobre as possíveis formas de tributação dos criptoativos no Brasil, o texto traz um tópico dedicado a identificar caminhos possíveis sobre o tema, oportunidade na qual se afirma que

Outras tantas questões ainda merecem reflexão mais aprofundada, e podem constituir uma agenda de pesquisa da tributação de criptomoedas: como avaliar, com segurança, o valor de aquisição, especialmente quando uma carteira vai sendo aumentada por sucessivas operações? Uma hipótese possível é que as normas relativas à tributação da renda variável forneçam respostas, por analogia. Por outro lado, como apostar nessa alternativa à luz de indefinições do ponto de vista da regulação das moedas virtuais?¹⁹

A autora coloca importantes questões que devem ser enfrentadas pela academia sobre as possibilidades de tributação dos criptoativos. Do texto

¹⁶*Ibid.*

¹⁷*Ibid.*

¹⁸*Ibid.*

¹⁹*Ibid.*

analisado, pode-se concluir que poucas respostas, à época, poderiam ser dadas à pergunta fundamental: como os criptoativos devem ser tributados no Brasil?

Em que pese o hercúleo esforço da autora para tratar sobre o tema, verifica-se que as respostas apresentadas não foram sequer cotejadas para a formação do entendimento fixado pelas autoridades fiscais, em especial a Receita Federal do Brasil.

O segundo trabalho a ser analisado consiste no artigo “Taxation of Investments in Bitcoins and Other Virtual Currencies: International Trends and the Brazilian Approach”, dos autores Flávio Rubinstein e Gustavo Vettori²⁰.

Os autores iniciam o texto com a delimitação do tema a situação do estado da arte da tributação sobre os criptoativos no mundo e no Brasil. Após a breve exposição, o texto se debruça sobre os desafios regulatórios e tributários inerentes ao mercado de criptoativos, com especial enfoque nas tendências internacionais sobre a temática.

Do ponto de vista regulatório, o texto ressalta que o Japão foi o primeiro país a reconhecer o bitcoin e outros criptoativos como moedas fiduciárias (moedas de curso legal), por meio do “Virtual Currency Act” editado em 2017. Em contraponto ao Japão, destacou-se que diversos países baniram ou pretendiam banir as operações envolvendo criptoativos, como Argélia, Bolívia, Quirquístão e Nigéria. O texto ressaltou, ainda, uma tendência dos órgãos reguladores em afastar a natureza de moeda de curso legal dos criptoativos, editando, inclusive, notas oficiais sobre os riscos e as deficiências no uso destes bens como moeda.

Do ponto de vista tributário, o texto também ressalta que diversos países, inclusive o Brasil, conforme demonstrado no tópico dois, possuem guias para elucidar aos contribuintes as formas pelas quais as autoridades fiscais entendem

²⁰RUBISTEIN, Flavio; e VETTORI, Gustavo G. Taxation of investments in Bitcoins and other virtual currencies: international trends and the Brazilian approach. 2018, p. 29. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3135580. Acesso em 15 de agosto de 2022.

a incidência tributária e a correta informação sobre os criptoativos. Ainda sobre a questão, os autores afirmaram que

Tax scholars have even highlighted the risk of virtual currencies replacing tax havens as the weapon of choice for tax evaders. Since their operation is not dependent on traditional financial institutions, such currencies may be used in an attempt to circumvent the international transparency and reporting standards currently in place, such as the Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) and Common Reporting Standard (CRS). This concern has been shared by the US Secretary of Treasury, who stated that his department is working with its G-20 counterparts “in making sure that cryptocurrencies don’t become the modern version of the Swiss numbered bank accounts”.²¹

Após as considerações sobre as tendências internacionais, o texto passou a tratar sobre as formas possíveis de endereçar a tributação dos criptoativos de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, chegando a conclusões idênticas ao texto da Thatiane Piscitelli.

Vê-se, neste contexto, que a dogmática tributária sobre os criptoativos tem adotado uma postura conservadora, a despeito da ousadia hermenêutica levada a efeito pela Receita Federal do Brasil. De fato, conforme se verá o próximo tópico, a tributação dos criptoativos demanda de uma atuação legiferante mais efusiva, sobretudo do ponto de vista regulatório.

4. A TRIBUTAÇÃO DOS CRIPTOATIVOS E OS LIMITES JURÍDICOS DO PODER ECONÔMICO

A arrecadação tributária é o instrumento pelo qual o Estado consegue captar as receitas para manter e gerir a máquina burocrática. O direito tributário, nada obstante, é a forma pela qual o contribuinte se protege da sanha

²¹*Ibid.*

arrecadatória do Estado. É por meio das limitações ao poder de tributar e da repartição de competência entre os entes federados, com a indicação das hipóteses de incidência dos tributos, que a Constituição Federal de 1988 delimita o campo de atuação estatal na esfera tributária. Fundamental, portanto, a afirmação de que não pode o Estado, por meio de expedientes sem fundamento legal, fazer incidir tributo sobre fato econômico não previsto na legislação como ensejador da incidência tributária.

Esta postura é decorrente natural da legalidade, valor constitucionalizado pelo inciso II do artigo 5º e, especificamente em matéria tributária, pelo inciso I do artigo 150, ambos da Constituição Federal de 1988. Sobre o conteúdo da legalidade, Luís Eduardo Schoueri afirma o seguinte:

Eis aí o conteúdo do Princípio da Legalidade: não se contenta o legislador complementar em exigir que o tributo seja genericamente previsto na lei, tampouco lhe basta a definição da hipótese tributária na lei: também o consequente normativo, isto é o *na* e o *quantum debeat*, representados pela definição do sujeito passivo, da base de cálculo e da alíquota, todos devem ser previstos na própria lei. Vale dizer, tanto o antecedente (hipótese) como o consequente jurídico tributário são matérias de lei. Noutras palavras (...), exige-se que toda a *regra matriz de incidência tributária* decorra da lei.²²

Entretanto, o direito tributário deve atender ao princípio da neutralidade tributária, aqui entendida como “neutralidade da tributação em relação à Livre Concorrência, visando a garantir um ambiente de igualdade de condições competitivas, reflexo da neutralidade concorrencial do Estado”²³, bem como ao princípio da isonomia, cujo conteúdo determina o tratamento igual para aqueles que estão em situação de igualdade, e tratamento desigual para aqueles que estão em situação de desigualdade, na medida da sua desigualdade.

Do choque destes três elementos normativos, pode-se inferir que a tributação incidente sobre os criptoativos deve, necessariamente, estar

²²SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 306.

²³*Ibid.* p. 374.

fundamentada em um suporte constitucional e legal e, ao mesmo, não pode permitir que determinadas estruturas econômicas sejam formadas com vistas a escapar da tributação, utilizando os criptoativos como mera forma de subsídio para elisão fiscal.

Ora, o direito tributário, além de sistematizar a forma pela qual o Estado arrecada fundos para a sua manutenção e proteger os contribuintes contra abusos, deve servir, também, como instrumento de limitação ao poder econômico, que assume formas diversas e cada vez mais complexas. Os criptoativos, neste contexto, consistem em mais uma forma de atuação dos agentes econômicos no mercado, motivo pelo qual devem ser regulados pela legislação e tributados pelo Estado, nos exatos termos que prevê a Constituição Federal do 1988.

A problemática assume contornos preocupantes quando, a despeito de uma regulamentação efetiva do ponto de vista regulatório, a Receita Federal do Brasil estabelece, sem fundamento legal suficiente para tanto, normas gerais sobre direito tributário em instrumentos normativos incompetentes para tratar sobre o tema. Afinal, como bem ressalta os incisos I, II e III do *caput* do artigo 146 da Constituição Federal de 1988, cabe à Lei Complementar tratar sobre os conflitos de competência tributária entre os entes federados, regulando as limitações constitucionais ao poder de tributar e, para tanto, estabelecendo normas gerais em matéria tributária. Essa tríade de competências atribuída à Lei Complementar não, sob pena de violação do texto constitucional, ser desrespeitada.

Neste particular, a ausência de normas de direito bancário, financeiro ou privado que tratem sobre os criptoativos impede que o direito tributário dê o correto direcionamento acerca da questão. Nunca é demais lembrar, conforme a valiosa lição de Mariz de Oliveira, que

Realmente, as relações negociais, sobre as quais repousam as obrigações tributárias, são regidas por normas do direito privado, através das quais se constituem patrimônios e se os alteram por uma infinidade e negócios jurídicos, alguns tipificados pelo

ordenamento jurídico, outros atípicos, mas possíveis por consequência do exercício do direito de liberdade de contratar (Código Civil, art. 412, segundo o qual, “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”).

Por isso mesmo, o Código Tributário Nacional (CTN) preserva a regência do direito privado sobre os atos da vida civil e atribui à lei tributária a função (o objetivo) apenas de disciplinar os respectivos efeitos tributários, preceito este que declara no art. 109 através do claro comando de que “*os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para a definição dos respectivos efeitos tributários*”.

Na fenomenologia das incidências tributárias, este é um dos pilares do nosso ordenamento jurídico, pela razão essencial de que a tributação incide sobre o substrato econômico das atividades da pessoa, ou seja, sobre a capacidade contributiva que ela tenha em decorrência de ser titular de direitos patrimoniais ou de realizar negócios com conteúdo econômico.²⁴
– p. 39.

Ressalte-se que os criptoativos aumentaram drasticamente a complexidade e sofisticação das estruturas de lavagens de capitais, na medida em que permitem a realização de transações sem qualquer comprovação da origem, do destino ou das pessoas envolvidas, de forma que a ausência de tratamento regulatório adequado impede a fiscalização desta atividade de forma efetiva. A atuação da Receita Federal do Brasil, com a exigência da prestação de informações sobre as transações envolvendo criptoativos, se destaca como meio para a coibição de estruturas econômicas visando fins ilícitos, mas é insuficiente e descaracteriza a finalidade do órgão.

CONCLUSÃO

²⁴OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Incorporação de Ações no Direito Tributário**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 39.

Diante das construções teóricas acima elaboradas, pode-se verificar que o Brasil precisa avançar, em termos regulatórios, sobre o correto tratamento dos criptoativos. Neste contexto, a ausência completa de normas que delimitem e conceituam a noção de criptoativos gera, indubitavelmente, uma miscelânea tributária, mormente a inexistência de balizar normativas evidentes para que a Receita Federal do Brasil atue de forma efusiva.

Neste particular, a autoridade fiscal nacional adota uma postura bastante arrojada, tomando os criptoativos como outra forma de investimento qualquer, em que pesem as notáveis peculiaridades deste ativo. Na dogmática, o discurso se reveste de uma total inversão: parte-se uma noção assaz conservadora, desconsiderando o conteúdo econômico das operações envolvendo os criptoativos.

Assim, é premente a regulamentação e o estabelecimento, por meio de lei, em sentido estrito, de normas gerais sobre criptoativos, com vistas a garantir a segurança jurídica, a legalidade, a igualdade e a neutralidade tributária. Ora, para além de instrumento de arrecadação e defesa dos contribuintes, o direito tributário também deve servir como limite jurídico ao poder econômico.

REFERÊNCIAS

ABRUSIO, Juliana; FILHO, Marcelo de Castro Cunha; RODRIGUES, Juliana Martins. Itens colecionáveis no blockchain e as relíquias digitais do futuro. **Exame**. 15 de abril de 2022. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/itens-colecionaveis-no-blockchain-e-as-reliquias-digitais-do-futuro/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em 07 de agosto de 2022.

BRASIL. **Nota sobre Initial Coin Offering (ICO)**, de 11 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/initial-coin-offering>.

offering--ico--a0e4b1d10e5a47aa907191d5b6ce5714. Acesso em 07 de agosto de 2022.

BRASIL. **Ofício Circular SEI nº 4081/2020/ME**. Consulta acerca da integralização de capital com criptomoedas ou moedas digitais. Brasília, DF, 1º de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/drei/legislacao/arquivos/OficioCircular4081criptomoedas.pdf>. Acesso em 18 de agosto de 2022.

BRASIL. **Perguntas e respostas do Banco Central – moedas virtuais**. Brasília, DF, março de 2022. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequentes-respostas/faq_moedasvirtuais. Acesso em 18 de agosto de 2022.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em 07 de agosto de 2022.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Incorporação de Ações no Direito Tributário**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 39.

PISCITELLI, Tathiane. Criptomoedas e os possíveis encaminhamentos tributários à luz da legislação nacional. In **Revista Direito Tributário Atual**, n.40, p. 572- 590- 2018. Disponível em: <https://ibdt.org.br/RDTA/wp-content/uploads/2018/11/Tathiane-Piscitelli.pdf>. Acesso em 18 de agosto de 2022.

]

RUBISTEIN, Flavio; e VETTORI, **Gustavo G. Taxation of investments in Bitcoins and other virtual currencies: international trends and the Brazilian approach**. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3135580. Acesso em 15 de agosto de 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 306.