

Reforma tributária e criptoativos: das aplicações financeiras localizadas no exterior à PEC 45

Daniel de Paiva Gomes¹

Eduardo de Paiva Gomes²

Introdução

O presente artigo tem como objetivo apresentar os principais impactos das reformas tributárias objeto do Projeto de Lei 4.173/2023 e da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 45 sobre as operações com criptoativos.

A partir de uma análise funcional acerca da natureza jurídica camaleônica dos criptoativos, pretende-se destacar as questões centrais das referidas propostas de reforma, a fim de garantir que a tributação da criptoeconomia seja implementada da forma mais coerente possível, sobretudo diante do caráter distribuído e descentralizado inerente ao fenômeno.

Para tanto, o presente artigo apresentará uma síntese dos aspectos tecnológicos da criptoeconomia. Em seguida, o texto analisará a taxonomia considerada como sendo a mais eficiente para diagramação de políticas fiscais. Então, fixadas tais premissas, apresentaremos as considerações afetas: (i) ao Projeto de Lei 4.173/2023, que disciplina as aplicações financeiras localizadas no exterior e offshores; (ii) à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 45, que introduz o modelo IVA-dual no Sistema Tributário Nacional.

1. Preâmbulo tecnológico

¹ Doutorando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Tributário pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito-SP). MSc em Blockchain e Moedas Digitais pela Universidade de Nicosia. Especialista em Direito Tributário Nacional (PUC-COGEAE) e Internacional (Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT). Advanced Professional Certificate in International Taxation (APCIT) pelo International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD). CIPM/CDPO pelo IAPP (International Association of Privacy Professionals). Sócio de Vieira, Drigo, Vasconcellos e Paiva Gomes Advogados.

² Doutorando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Tributário pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito-SP). MSc em Blockchain e Moedas Digitais pela Universidade de Nicosia. Especialista em Direito Tributário Nacional (PUC-COGEAE). Advanced Professional Certificate in International Taxation (APCIT) pelo International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD). Conselheiro titular da 4ª Câmara Julgadora do Conselho Municipal de Tributos do Município de São Paulo. Juiz Contribuinte suplente do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo – SP. Sócio de Vieira, Drigo, Vasconcellos e Paiva Gomes Advogados.

Para fins do presente artigo,³ trabalhamos com o referencial teórico afeto aos signos linguísticos criptoativos e tokens, assim entendidos como ativos digitais, escriturais, descentralizados e desnacionalizados.

O Bitcoin pode ser considerado como o primeiro criptoativo descentralizado e distribuído, já que solucionou o problema do gasto duplo e o dilema dos generais bizantinos.

Para alcançar tal resultado, Satoshi Nakamoto – o pseudônimo responsável pela criação do Bitcoin – se valeu de um livro-razão público, descentralizado e distribuído, em relação ao qual todos os usuários possuem as mesmas permissões, a fim de que todos possam verificar a cadeia de blocos considerada verdadeira, ou seja, aquela com maior poder computacional acumulado.

Pragmaticamente, o *Bitcoin* é embasado em um livro-razão (*ledger*) digital que é compartilhado por todos os usuários participantes da rede e no bojo do qual as transações realizadas com bitcoins (criptoativos) são registradas e validadas pelos mineradores (verdadeiros validadores que desempenham a atividade de processamento de dados), garantindo-se a segurança da rede e evitando-se o fenômeno do gasto duplo (*double spending*).⁴

O livro-razão digital acima referido é a Blockchain, cujo conceito e metodologia de funcionamento podem ser assim resumidos:

(...) *Blockchain* é um livro-razão *append-only* e descentralizado, cujas transações são organizadas (ou agrupadas) em blocos, os quais, por sua vez, são distribuídos entre os membros da rede, permitindo que qualquer um deles verifique essas transações, sendo certo, ainda, que o problema do gasto duplo e o dilema dos generais bizantinos são solucionados por meio da utilização de esquemas econômicos de participação incentivada, assegurados por criptografia. Sob uma perspectiva estrutural, a *Blockchain* registra uma sequência de blocos como uma lista encadeada invertida (*reversed linked list*), por meio da qual cada um dos blocos aponta para o *hash* do bloco anterior, sendo que o primeiro bloco é denominado bloco gênese (*genesis block*) e cada bloco possui apenas um *parent block*. Os blocos, por sua vez, são formados por *block header* e *block body*. (...) Um sistema de Tecnologia de Registro Distribuído (DLT – *Distributed Ledger Technology*) corresponde a um “sistema de registros eletrônicos que (i) permite que participantes independentes de uma determinada rede estabeleçam o consenso que vigorará

³ As ideias, pesquisas e construções desenvolvidas no presente artigo fazem referência e expandem o entendimento dos autores desenvolvido em diversos capítulos da seguinte obra literária: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva; CONRADO, Paulo Cesar (coord.). **Criptoativos, tokenização, Blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Assim, o presente artigo parte dessas premissas, expandindo-as e aprofundando conclusões acerca dos impactos tributários e regulatórios das operações com criptoativos.

⁴ Com isso, evita-se que os usuários gastem saldos de criptoativos que não existem e impede-se que uma mesma bitcoin seja gasta pelo mesmo usuário mais de uma vez. Isso somente é possível graças à Blockchain.

(ii) sobre a ordenação autorizada criptograficamente das transações validadas ('assinadas'). Esses registros são feitos de forma (iii) persistente ao serem replicados os dados em vários nós e (iv) são invioláveis, ligando-se por *hashes* criptográficos. (v) O resultado compartilhado do processo de reconciliação/consenso – o 'livro' – serve como versão oficial para esses registros". Uma DLT é um livro-razão compartilhado por meio de uma série de nós-DLT e cuja sincronização entre referidos nós se dá por meio de um algoritmo de consenso, consoante previsto na norma ISO 22739:2020 (*Blockchain and distributed ledger technologies – Vocabulary*). A literatura utiliza o termo DLT para se referir a ideias diferentes, a saber: "(i) o conjunto de dados mantido por um nó de rede individual, e (ii) o conjunto de dados em comum pela maioria dos nós". Sob essa perspectiva, seriam elementos componentes (necessários e suficientes) de uma DLT: (i) o protocolo; (ii) a rede; (iii) e os dados. Os critérios, entretanto, para que "algo" seja considerado uma DLT são: (i) *shared recordkeeping*; (ii) *multiparty consensus*; (iii) *independent validation*; (iv) *tamper evidence*; e (v) *tamper resistance*.⁵

Por isso, Conrado⁶ assevera que a Blockchain representa o "estado da arte em termos de armazenamento e transmissão de informações em rede, atuando de forma desintermediada, transparente, segura e distribuída".

Criptoativos ou tokens,⁷ portanto, são bits de códigos ou algoritmos que representam logs informacionais (*data*) criptografados, descentralizados e distribuídos por meio de uma DLT (*distributed ledger technology*). Referidos tokens são um instrumento que, utilizado pelo usuário (*token holder*), pode se referir a ativos *on-chain* (no "mundo Web3") ou *off-chain* (no "mundo físico").

As Blockchains dividem-se em: públicas, privadas, permissionadas, não permissionadas, consorciadas. Foge ao escopo do presente artigo o detalhamento de cada um destes tipos. Para além disso, convém assinalar que o conceito de Blockchain pode ser organizado em gerações,⁸ sendo a 2ª geração responsável pelo surgimento da noção

⁵ GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva. Premissas relativas ao criptoativos, algoritmos de consenso e tecnologias de registro distribuído (DLT): conceitos, taxonomia e funcionamento. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva; CONRADO, Paulo Cesar (coord.). **Criptoativos, Tokenização, Blockchain e Metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, pp. 153 e 160-161.

⁶ CONRADO, Paulo Cesar. A linguagem das provas à luz das tecnologias de registro distribuído. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. **Criptoativos, Tokenização, Blockchain e Metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 928.

⁷ Podemos diferenciar criptoativos e tokens da seguinte forma: os primeiros, são os ativos digitais nativos de uma determinada Blockchain, a exemplo de bitcoin e ether; os tokens, por sua vez, não são nativos, não se destinam a manter o funcionamento de uma determinada Blockchain, de modo que, ao invés disso, são construídos "por cima" de uma Blockchain, a exemplo de tokens de criptogames desenvolvidos em Solidity e na Ethereum.

⁸ Com o advento do Bitcoin, foi inaugurada a geração Blockchain 1.0, que teve por foco a resolução do problema do gasto duplo e o dilema dos generais bizantinos sem a existência de intermediários, o que somente foi possível graças ao algoritmo de consenso proof-of-work em ambiente descentralizado e distribuído. A partir disso, tivemos a deflagração da segunda fase ou Blockchain 2.0 (com Blockchains de uso geral programável) com a criação do protocolo Ethereum (uma Blockchain aberta, pública e não permissionada) e a implementação dos famigerados "contratos inteligentes" (smart contracts) – numa

de *smart contract*. Para Antonopoulos e Wood,⁹ sobre a temática dos contratos inteligentes:

The term smart contract has been used over the years to describe a wide variety of different things. In the 1990s, cryptographer Nick Szabo coined the term and defined it as 'a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on the other promises.' Since then, the concept of smart contracts has evolved, especially after the introduction of decentralized blockchain platforms with the invention of Bitcoin in 2009. In the context of Ethereum, the term is actually a bit of a misnomer, given that Ethereum smart contracts are neither smart nor legal contracts, but the term has stuck. In this book, we use the term 'smart contracts' to refer to immutable computer programs that run deterministically in the context of an Ethereum Virtual Machine as part of the Ethereum network protocol—i.e., on the decentralized Ethereum world computer (...).

Fato é, entretanto, que a Blockchain é apenas uma dentre outras espécies de Tecnologia de Registro Distribuído (*Distributed Ledger Technology – DLT*). Uma DLT é um livro-razão compartilhado através de uma série de nós-DLT e cuja sincronização entre referidos nós se dá por meio de um algoritmo de consenso.¹⁰

2. Taxonomia e natureza jurídica -dos criptoativos

Uma estrutura taxonômica eficiente para lidar com o tema, a nosso ver, toma o termo criptoativo como gênero responsável por congrega características comuns às moedas, aos ativos financeiros, *commodities* e ativos intangíveis, sendo utilizado para se referir a ativos digitais (financeiros ou não) que se valem de criptografia e tecnologias de registro distribuído (*distributed ledger technology*) como elementos atribuidores de seu valor ínsito.

releitura da noção trazia anteriormente por Nick Szabo, em 1996 – em uma plataforma Turing-complete, o que proporcionou a criação (com base em uma linguagem de programação orientada ao objeto denominada Solidity) de diversas aplicações descentralizadas, dentre as quais se destacam aquelas referentes às finanças descentralizadas (DeFi – decentralized finance). Por fim, a partir de novas abordagens propostas para solucionar o trilema (escalabilidade, segurança e descentralização) da Blockchain, bem como tendo em vista propostas de escalabilidade e interoperabilidade entre diferentes protocolos, tem-se o nascimento da terceira geração de blockchains (Blockchain 3.0).

⁹ ANTONOPOULOS, Andreas M.; WOOD, Gavin. *Mastering Ethereum: Building Smart Contracts and DApps*. Sebastopol (CA): O'Reilly Media, 2019, pp. 413-414 [cap. 7].

¹⁰ Consoante previsto na norma ISO 22739:2020 (Blockchain and distributed ledger technologies – Vocabulary). Disponível em: <https://www.iso.org/standard/73771.html>.

Partindo disso, mostra-se conveniente categorizar o fenômeno sob duas grandes rubricas: (i) BLCA - *Bitcoin Like Crypto Assets*; (ii) Tokens digitais (*digital tokens*) ou *Crypto Assets Other Than BLCA's*.¹¹

Esses criptoativos, então, seriam classificados em: (i) tokens de pagamento;¹² (ii) tokens de utilidade;¹³ (iii) tokens de *equity* e *debt (security tokens)*;¹⁴ e (iv) tokens híbridos.¹⁵

À luz dessa natureza camaleônica, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), editou o Parecer de Orientação 40,¹⁶ por meio do qual identificou a seguinte taxonomia: “(i) Token de Pagamento (*cryptocurrency* ou *payment token*): busca replicar as funções de moeda, notadamente de unidade de conta, meio de troca e reserva de valor; (ii) Token de Utilidade (*utility token*): utilizado para adquirir ou acessar determinados produtos ou serviços; e (iii) Token referenciado a Ativo (*asset-backed token*): representa um ou mais

¹¹ INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). *Treatment of Crypto Assets in Macroeconomic Statistics* (2019), p. 7. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf>. Acesso em: 22 out. 2023.

¹² Os payment tokens são ativos digitais não monetários criptografados, possuidores de unidade de medida própria, negociados via tecnologias de registro distribuídos, mas que possuem um emissor predeterminado, utilizados como meio de troca fazendo “as vezes de uma moeda”.

¹³ Os utility tokens são ativos digitais não monetários criptografados, possuidores de unidade de medida própria, com a existência de um emissor predeterminado, utilizados para viabilizar o acesso (de forma pré-paga) a bens e serviços específicos (v.g.: voucher trocável por bem ou serviço) por meio de aplicações embasadas em tecnologias de registro distribuído.

¹⁴ Os security tokens são ativos financeiros digitais criptografados. São ativos negociados no âmbito de aplicações embasadas em tecnologias de registro distribuído e utilizados para fins de investimento, aproximando-se da noção de ativo financeiro e similares aos valores mobiliários. Os security tokens podem possuir caráter patrimonial (*equity*) ou de dívida (*debt*) e são dotados de um emissor predeterminado em face do qual é oponível o direito ao recebimento de juros ou dividendos.

¹⁵ Sob esta perspectiva taxonômica, a União Europeia orienta-se no seguinte sentido: “*basic taxonomy distinguishes between payment tokens (means of exchange or payment), investment tokens (have profit rights attached) and utility tokens (enable access to a specific product or service)*”. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-europe-fit-for-the-digital-age/file-crypto-assets-1>> Acesso em: 10 out. 2023.

¹⁶ A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) editou o Parecer de Orientação nº 40, por meio do qual evidenciou, de forma acertada, que os “criptoativos costumam ser designados como tokens e podem desempenhar diversas funções”, sendo que a “CVM adotará abordagem funcional para enquadramento dos tokens em taxonomia que servirá para indicar o seu tratamento jurídico”, o que, a nossa ver, aproxima-se da noção de natureza camaleônica dos criptoativos. Sob a ótica do Parecer de Orientação nº 40 da CVM, por sua vez, criptoativos são “ativos representados digitalmente, protegidos por criptografia, que podem ser objeto de transações executadas e armazenadas por meio de tecnologias de registro distribuído (Distributed Ledger Technologies – DLTs). Usualmente, os criptoativos (ou a sua propriedade) são representados por tokens, que são títulos digitais intangíveis”. A CVM consigna, ainda, que um “único criptoativo pode se enquadrar em uma ou mais categorias, a depender das funções que desempenha e dos direitos a ele associados”, daí por que um “token referenciado a ativo pode ou não ser um valor mobiliário”, já que “sua caracterização como tal dependerá da essência econômica dos direitos conferidos a seus titulares, bem como poderá depender da função que assuma ao longo do desempenho do projeto a ele relacionado”.

ativos, tangíveis ou intangíveis. São exemplos os ‘*security tokens*’, as *stablecoins*, os *non-fungible tokens* (NFTs) e os demais ativos objeto de operações de ‘tokenização’.

Com base nisso, questiona-se: qual a natureza jurídica dos criptoativos e tokens? Quais os elementos ao redor dos quais gravitam os criptoativos e tokens e que determinam ou auxiliam na identificação de sua natureza jurídica?

A nosso ver, teríamos elementos de duas ordens: (i) a função desempenhada pelo criptoativo ou token; e (ii) aquilo que lhe confere valor intrínseco, a exemplo dos direitos transmitidos ao adquirente ou titular do criptoativo ou do token.

Por exemplo, a natureza jurídica de uma debênture tokenizada, independentemente de ter sido envelopada em um token, continua sendo a de uma debênture e, portanto, um valor mobiliário.

Da mesma forma, uma obra de arte em formato NFT continua sendo uma obra de arte e, portanto, um bem infungível. Um NFT que garanta acesso a um clube de benefícios de tratamentos estéticos, é um voucher que atua como um pré-pagamento por serviços a serem usufruídos no futuro.

Uma CBDC (*Central Bank Digital Currency*), por sua vez, é moeda.

Estes exemplos evidenciam que a “forma token” não se confunde com o seu “conteúdo” e, por isso, não determina a sua natureza jurídica. Ao invés disso, o aplicador do Direito, na atividade de subsunção do fato à norma, precisará, na operacionalização dessa incidência, atentar-se à função desempenhada pelo criptoativo e/ou token, à luz daquilo que lhe confere valor intrínseco, para identificar a natureza jurídica do respectivo ativo digital.

A nível nacional, a terminologia utilizada pelo legislador é “ativo virtual”. Para os efeitos da Lei 14.478/2022, que dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais, tem-se que, nos termos do seu artigo 3º, considera-se “ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento”.

A Lei 14.478/2022, portanto, é o “Marco Legal dos Prestadores de Serviços de Ativos Virtuais (PSAV)”, internacionalmente denominados de *Virtual Asset Service Providers*. A legislação sob comento, ao se referir aos ativos virtuais (em Blockchain ou não), tem como foco regular a atividade dos participantes da criptoeconomia, popularmente chamadas de *exchanges* ou corretoras de criptoativos, mas formalmente qualificadas como PSAV.

Quando analisamos os criptoativos, percebemos que, em sua miríade de espécies, estamos diante de ativos camaleônicos em formato intangível, que podem se referir ou não (em relação àquilo que lhe confere valor intrínseco) a ativos tangíveis ou intangíveis (*on-chain* ou *off-chain*), comportando-se como um misto entre “título ao portador” e certidão de propriedade em relação a um bem ou serviço predeterminados, daí por que são verdadeiros envelopes de direitos ou funções, seja para transportar ativos e direitos, seja para servir de instrumento de funcionamento a uma Blockchain.

Da mesma forma que uma garrafa pode envazar água ou vinho, com a tributação variando a depender do conteúdo (do líquido), os tokens “envelopam ou envazam” direitos, bens, serviços e ativos. Eis a premissa para a análise tributária, atual ou futura, em termos de uma política fiscal eficiente para a criptoeconomia.

3. Aspetos tributários: *status quo*

Em relação aos fenômenos “não nativamente Web3”¹⁷, não há que se falar na necessidade de edição de normas tributárias específicas para o mundo Web3. As normas gerais e abstratas atualmente existentes já abraçam as fenomenologias da criptoeconomia.

Logo, não há um problema de lacuna do ordenamento, mas sim um desafio de melhorar a compreensão do intérprete quanto à subsunção dos fatos às normas, uma vez que os conceitos de renda, receita, faturamento, mercadoria, serviço etc. já abarcam, senão todos os fenômenos, a grande maioria deles.

A forma “token” ou “criptoativo” não afasta a incidência tributária.¹⁸

Os aspectos tributários dos criptoativos devem seguir o conteúdo material do respectivo ativo digital, na medida em que tokens são verdadeiros envelopes de direitos. Retomando o exemplo anterior, como são tributadas debêntures tokenizadas? Ora, como debêntures.

A natureza camaleônica demanda que o intérprete analise as funções desempenhadas pelo criptoativo e seu conteúdo econômico, a fim de que a qualificação contábil e respectivos efeitos jurídico-tributários possam ser corretamente identificados.¹⁹

¹⁷ A nosso ver, o conceito de “fenômenos nativamente Web3” refere-se àqueles eventos cujo surgimento decorre do advento das tecnologias que compõem tal ecossistema, como a mineração, *staking*, etc.

¹⁸ Tanto isso é verdade que o § 1º do artigo 43 do Código Tributário Nacional prevê que a “incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção”.

¹⁹ GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva. Aspectos práticos da qualificação contábil de criptoativos. *In*: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva; CONRADO, Paulo Cesar.

A título exemplificativo, o preenchimento do critério material da regra-matriz de incidência tributária do ICMS e do ISS será identificado, no caso concreto, de acordo com o conteúdo que foi envelopado no NFT (*non-fungible token*).²⁰⁻²¹ Sobre o tema, já tivemos a oportunidade de apresentar as considerações abaixo colacionadas:

(...) em síntese, o conflito de competência entre ICMS e ISS sobre a venda de NFTs deverá levar em consideração o conteúdo envelopado por essa certidão de autenticidade registrada em uma tecnologia de registro distribuído, tributando os NFTs com base nos direitos transmitidos por meio do referido token infungível, hipótese em que a tributação, obviamente, será guiada pelo real conteúdo destes direitos, evidenciando-se aqui, a natureza camaleônica dos NFT's. Assim, entendemos que as operações com NFTs não devem receber, de maneira genérica, o tratamento tributário conferido às transações envolvendo softwares. Ainda que os NFTs estejam imbuídos de smart contracts, os quais, por seu turno, nada mais são que programas de computador autoexecutáveis na estrutura "se – então", fato é que o objeto do negócio jurídico não está relacionado a tal programa de computador. Partindo da premissa de que o NFT é uma certidão de autenticidade registrada em uma tecnologia de registro distribuído, é possível concluir que o objeto do negócio jurídico está diretamente vinculado aos direitos relativos ao ativo (tangível ou intangível) a que se refere o token não fungível.²²

A perspectiva funcional, que toma por premissa a prevalência da substância do criptoativo ou do token, em detrimento de sua forma, é o caminho que, a nosso ver, mostra-se como o mais coerente e eficiente para lidar com a criptoeconomia.

4. Aplicações financeiras localizadas no exterior e a criptoeconomia: o Projeto de Lei 4.173/2023

A redação original do artigo 3º do projeto de lei 4.173/2023 prevê que os "rendimentos auferidos em aplicações financeiras no exterior pelas pessoas físicas

Criptoativos, Tokenização, Blockchain e Metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

²⁰ A discussão remanescerá, casuisticamente, no que se refere ao critério temporal (momento de incidência do ICMS ou ISS). Por exemplo, incide ISS no momento da venda de um NFT-ingresso ou apenas quando houver o seu consumo?

²¹ As controvérsias relativas à incidência de tributos sobre o consumo em relação a NFTs também são verificadas sob a perspectiva do *Value Added Tax* (VAT) na União Europeia (que guarda semelhanças com o Imposto sobre Valor Agregado (IVA) objeto dos debates de reforma tributária no Brasil), conforme se verifica do Working Paper nº 1060 (taxud.c.1(2023)1930643 – EN) do *Value Added Tax Committee da Directorate-general taxation and customs union (Indirect Taxation and Tax administration)* da *European Commission*. Disponível em: <https://circabc.europa.eu/rest/download/7d1ef2eb-b820-4866-a155-785e2373fb80?ticket=> Acesso em: 22 out. 2023.

²² GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva. Tributação indireta de NFT's: o conflito de competência entre ISS e ICMS. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. **Criptoativos, Tokenização, Blockchain e Metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos.** 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

residentes no País serão tributados na forma prevista no art. 2º. Por sua vez, o §1º do artigo 3º inclui criptoativos e carteiras digitais na definição de aplicações financeiras no exterior.

Entretanto, o Projeto de Lei nº 4.173/2023 não define o que são criptoativos, nem quais tipos de criptoativos estariam dentro e fora do escopo do conceito de aplicações financeiras no exterior.²³

Como se vê, o Projeto de Lei nº 4.173/2023,²⁴ em sua versão original: (i) qualificou “criptoativos” e “carteiras digitais com rendimentos” exemplos de aplicações financeiras no exterior; e (ii) qualificou da “variação da criptomoeda frente à moeda nacional” e “rendimentos em depósitos em carteiras digitais” como rendimentos de aplicações financeiras no exterior.

Da forma como redigido, o projeto de lei traria mais dificuldades do que soluções, sobretudo quando se verifica que, por ser o Brasil um país com tributação em bases universais, uma regra específica equiparando criptoativos a aplicações financeiras localizadas no exterior não é a solução para a sonegação das operações realizadas por residentes no Brasil que, repita-se, já deveriam estar submetendo à tributação todas suas operações pelo mero fato de serem residentes em território nacional.

Assim, é falacioso o argumento de que o PL 4.173 busca outorgar competência à União Federal para tributar operações que, hoje, não são tributadas. Ao invés disso, caso venha a ser aprovado, o que referido projeto de lei acabará por realizar é criar um regime distinto para as operações com criptoativos localizados no Brasil (regra geral e atualmente em vigor no Brasil para todas as operações feitas por residentes no Brasil), em contraposição a uma nova regra especificamente criada para criptoativos localizados no exterior.²⁵

²³ Conforme restará demonstrado ao longo do presente trabalho, de acordo com a redação atual do projeto mencionado, há a delegação de competência à Secretaria da Receita Federal do Brasil para editar norma infralegal com o objetivo de delimitar em quais situações os criptoativos estarão submetidos à sistemática de aplicações financeiras no exterior. Referida alteração foi incluída após a votação de Emendas ao Projeto de Lei 4.173/2023 e aprovação no âmbito da Câmara dos Deputados.

²⁴ As considerações aqui tecidas foram originalmente por nós desenvolvidas e apresentadas na nota técnica do PL 4.173/2023 da ABCripto – Associação Brasileira de Criptoconomia.

²⁵ Além de indevida, a qualificação genérica de criptoativos como aplicações financeiras está pautada na premissa de que os criptoativos não são adequadamente tributados, o que não se sustenta, na medida em que os dados colhidos pela Receita Federal do Brasil no contexto da Instrução Normativa 1.888/2019 evidenciam que as operações vêm sendo reportadas e submetidas à tributação, daí por que não procede qualquer tipo de argumentação que justifique a equiparação de criptoativos às aplicações financeiras com base em um falso argumento de ausência de tributação da criptoconomia.

Causa preocupação a equiparação, indiscriminada, constante da redação original do projeto de lei, qualificando “criptoativos” – sem qualquer adjetivação ou predicado – como exemplos de aplicações financeiras localizadas no exterior, sem que haja qualquer indicação acerca de qual o conceito de criptoativo e o que se considera como “localizado no exterior”.

A definição convencional de aplicações financeiras remete ao investimento em ativos que, predominantemente, pressupõem oponibilidade a terceiros,²⁶ como ações, títulos, fundos mútuos e imóveis. Estes ativos estão estruturados em categorias de renda fixa e renda variável, apresentando uma relação clara entre o investidor e o retorno esperado.²⁷

Criptoativos, por sua natureza intrínseca, não se enquadram de forma adequada em nenhuma dessas categorias. Eles são formas intangíveis que, mais do que representações de valor, funcionam como “envelopes de direitos”. A diversidade de criptoativos (ativos nativos de blockchains ou tokens) ostenta diferentes características e funções, variando conforme seu conteúdo e finalidade.

Os criptoativos, conforme exposto no relatório *Taxing Virtual Currencies* da OCDE, não podem ser amplamente considerados ativos financeiros, à exceção dos security tokens. Essa exclusão é crucial, pois muitos criptoativos não concedem participação societária nem geram direitos contratuais para seus titulares que sejam oponíveis a terceiros.

Além disso, a tokenização de ativos reais, como veículos em locação, commodities ou imóveis, reforça a complexidade em atribuir uma única classificação aos criptoativos. Um token que representa um direito obrigacional atrelado a um bem imóvel não deve ser tratado da mesma forma que um token utilizado em jogos digitais.

Os NFTs (tokens não fungíveis) exemplificam ainda mais essa complexidade. Seu valor se baseia na autenticidade e unicidade do ativo digital subjacente, podendo representar desde obras de arte até direitos autorais ou certidões escolares e prontuários médicos.

²⁶ O conceito de aplicação financeira é atrelado a ativos financeiros e inclui ações, títulos, fundos mútuos, imóveis, dentre outros, ou seja, ativos que pressupõem oponibilidade a terceiros.

²⁷ As aplicações financeiras podem ser classificadas em duas categorias principais: renda fixa e renda variável. Investimentos em renda fixa geralmente oferecem um retorno fixo e previsível, enquanto investimentos em renda variável oferecem um retorno que pode variar de acordo com o desempenho do ativo financeiro. Os criptoativos não podem ser qualificados com perfeição em nenhuma destas categorias.

A adaptação contextual dos criptoativos - analogamente ao comportamento camaleônico - destaca a impossibilidade de categorização única. Cada criptoativo, a depender de seu contexto e função, pode assumir uma natureza jurídica variável. Rotulá-los genericamente como aplicações financeiras seria uma simplificação excessiva e tecnicamente equivocada.

Como se vê, os criptoativos não podem ser tratados, de forma ampla e indiscriminada, como aplicações financeiras tradicionais. Sua complexa natureza, a diversidade de funções e a falta de uma definição legal clara demandam uma abordagem jurídica mais sofisticada e adaptada à sua realidade.

O conceito de aplicação financeira se refere a um investimento em um ativo financeiro com o objetivo de obter um retorno financeiro. Há diversos criptoativos, dentre eles o próprio Bitcoin, sem falar nos tokens de utilidade e NFTs que conferem acesso a bens e serviços, que não são ativos financeiros, daí por que jamais poderiam ser qualificados como uma aplicação financeira.

Ao enquadrar genericamente os criptoativos como aplicações financeiras, reduz-se a segurança jurídica e ignoram-se as nuances específicas desses ativos. A consequência disso é a possibilidade de decisões judiciais inconsistentes e políticas regulatórias inadequadas, prejudicando tanto os investidores quanto o desenvolvimento do setor.

Vamos estressar esses pontos, exemplificativamente.

Criptoativos, ativos virtuais e tokens de pagamento são aplicações financeiras? Da forma como redigido o texto, instrumentos que são meios de troca que atuam para viabilizar pagamentos estariam indevidamente abrangidos pelo conceito de aplicações financeiras, distorcendo o comportamento da criptoeconomia.

E os ativos virtuais que proporcionam acesso a bens e serviços, comumente chamados de tokens de utilidade, são aplicações financeiras? É adequado qualificar, para fins tributários, tokens de utilidade como aplicações financeiras, quando, na verdade, proporcionam acesso a bens e serviços?

No caso do Bitcoin (BTC), por exemplo, já existem manifestações do FMI²⁸, da OCDE²⁹ e do Banco Central do Brasil³⁰ no sentido de que se trata de ativo não-financeiro.

Logo, somente security tokens (valores mobiliários digitais) poderiam ser qualificados como ativos financeiros e, conseqüentemente, darem ensejo ao pagamento de rendimentos no contexto de aplicações financeiras.

E nem poderia ser diferente: como podemos afirmar que bitcoins são aplicações financeiras no exterior se não são um ativo financeiro e se não há oponibilidade a terceiros em relação ao Bitcoin?

Prossigamos com outros exemplos.

Uma passagem aérea em “formato” de NFT será qualificada como aplicação financeira no exterior, pelo mero fato de que a companhia aérea que emitiu o NFT é estrangeira? Tal equiparação geraria uma distorção da economia tradicional, transbordando a própria criptoconomia.

Um NFT que represente uma obra de arte e confira acesso a clube de serviços – sem qualquer conteúdo financeiro – será qualificado como aplicação financeira?

Obras de arte são mercadorias, sujeitas aos ICMS e normalmente tributadas pelo imposto de renda. A forma “cripto ou NFT”, tal como redigido o projeto de lei, faria prevalecer a forma em detrimento do conteúdo, o que não pode ser admitido.

Em relação aos tokens lastreados em ativos (também conhecidos como ABTs – *asset-backed tokens*), prevalece o seu conteúdo ou a forma? Um token que represente ouro, será enxergado pelo projeto de lei como ouro (conteúdo) ou como token (criptoativo, enquanto forma)?

Um NFT que dê acesso a um tênis de coleção exclusiva, será automaticamente uma aplicação financeira?

Esses questionamentos evidenciam que a aprovação do projeto de lei com a inclusão abstrata de “criptoativos” como um exemplo de aplicação financeira localizada no exterior terá o condão de reduzir a atratividade do Brasil como um polo de

²⁸ INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). Treatment of Crypto Assets in Macroeconomic Statistics (2019), pp. 3-5 e 8-9. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf>>. Acesso em 23 out. 2023..

²⁹ OECD. Taxing Virtual Currencies: <An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues. Paris: OECD, 2020, p. 15>. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/taxing-virtual-currencies-an-overview-of-tax-treatments-and-emerging-tax-policy-issues.pdf>>. Acesso em 23 out. 2023.

³⁰ Em linha com as premissas do FMI, o BCB manifestou entendimento de que criptoativos “especificamente aqueles para os quais não há emissor”, são “ativos não financeiros”. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/estatisticas/hist_estatisticassetorexterno/201908_Texto_de_estatisticas_do_setor_externo.pdf>. Acesso em 23 out. 2023.

investimento do setor de tecnologias inseridas no contexto da criptoconomia, já que haverá uma diminuição severa da segurança jurídica e total imprevisibilidade quanto àquilo que está dentro ou fora da definição de criptoativo enquanto aplicação financeira localizada no exterior.

Como se vê, ter-se-ia uma distorção completa da máxima da “prevalência da substância sobre a forma”, dogma basilar no direito tributário e que estaria sendo completamente ignorado.

Em síntese, tal como ocorre com o ouro, que ora pode ser mercadoria submetida ao ICMS, ora um ativo financeiro submetido ao IOF, os criptoativos são ativos digitais de natureza camaleônica, variando sua qualificação de acordo com a utilização de tais ativos e seu conteúdo econômico.

A inserção, ampla e sem balizas, dos “criptoativos” no conceito de aplicações financeiras trará diversas incertezas, sobretudo devido ao fato de que, com exceção dos criptoativos nativos de blockchains específicas, os “tokens” são meras representações digitais de ativos (físicos ou intangíveis, *on-chain* ou *off-chain*).

Para além desse desencaixe material, também a nomenclatura originalmente utilizada pelo PL 4.173/2023, se apresentava como equivocada.

Isso porque, a redação original do PL 4.173/2023 fazia referência à locução “criptoativo”, enquanto a Lei 14.478/2022, ao abordar o tema, faz referência à expressão “ativo virtual”, em detrimento do signo “criptoativo”.³¹

A despeito da inexistência de qualquer lei em sentido estrito definindo o que se entende por “criptoativo”, em duas oportunidades este signo linguístico foi utilizado em âmbito infralegal, a saber: no contexto da Instrução Normativa 1.888/2019 da Receita Federal do Brasil e do Parecer de Orientação 40 da CVM e, mesmo nesses casos, há uma dissonância conceitual entre o significado outorgado pela CVM e pela RFB à locução “criptoativo”. Assim, não é concebível que o projeto de lei sob análise, com tamanho impacto, se utilize do termo “criptoativo”, divergindo da definição contida na Lei 14.478/2022.

A utilização da expressão “criptoativos” é indevida, pois não dialoga com a definição de ativo virtual que foi corretamente utilizada pela Lei 14.478/2022. Hipoteticamente, se fosse para existir qualquer inclusão no projeto de lei, deveria ser

³¹ A diferenciação originalmente proposta por esse projeto de lei já sinalizava a dificuldade de enquadrarmos os criptoativos sob um único rótulo, o que reforça a inaplicabilidade de uma categorização simplista.

utilizada a locução “ativo virtual” e, mesmo nesse caso, a técnica legislativa adequada deveria ser a mesma utilizada na Lei 14.478/2022, indicando expressamente quais tipos de ativos virtuais (tokens de pagamento, utilidade ou security) estão abarcados ou não pelo conceito de aplicações financeiras localizadas no exterior.

Em outras palavras, o Projeto de Lei 4.173/2023 acaba por resultar em potencial violação à Lei 14.478/2022, que é a lei, por excelência, competente para tratar da definição de ativo virtual, além de gerar ruído interpretativo com a utilização de nomenclaturas distintas para atingir a tributação do mesmo fenômeno.

A redação aprovada na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei nº 4.173/2023 não traz conceitos ou definições aprofundadas, valendo-se de exemplos para estabelecer o que seria entendido por “aplicações financeiras” e “rendimentos”.

O texto original trazia lacunas³² conceituais que elevam a insegurança jurídica e a complexidade do sistema tributário, de modo que poderá resultar em desafios de conformidade e impactar a arrecadação, bem como aumentar o contencioso tributário.

Causa estranheza, ainda, a previsão, constante do artigo 3º, §1º, inciso II, quando qualifica como rendimentos a “variação da criptomoeda em relação à moeda nacional”, bem como os rendimentos oriundos de carteiras digitais. Explicamos.

Os criptoativos não possuem, necessariamente, o seu valor atrelado a uma cotação em moeda nacional ou moeda estrangeira, de modo que o preço do criptoativo corresponde simplesmente à demanda do mercado em um dado momento, tal como ocorre com qualquer tipo de ativo. Uma bitcoin pode ser adquirida pelo preço praticado em determinada corretora, ao mesmo tempo em que pode ser negociada diretamente entre as partes por outro preço, seja inferior ou superior.

Portanto, diversamente do que se verifica em “variações cambiais de moeda estrangeira”, sob a perspectiva técnica, os criptoativos não estão submetidos a uma “variação frente à moeda nacional”, mas a flutuações de preço em razão da oferta e da demanda verificada no mercado.

Tanto é assim que não há uma cotação oficial de preços de criptoativos, seja nacional ou internacionalmente, o que significa dizer que os criptoativos são negociados com preços diferentes em prestadoras de serviços de ativos virtuais e entre partes localizadas em diversas jurisdições. Pragmaticamente, é impossível definir o que é

³² Da mesma forma, não existem critérios sólidos para que se entenda quando um rendimento é considerado efetivamente percebido pelo titular, nem para que se diga quando está localizado no Brasil ou no exterior, e, por conseguinte, resta inviabilizada a identificação adequada do momento e local da tributação.

“variação frente à moeda nacional” de um criptoativo, sendo que tal expressão poderia levar a um cenário inconstitucional de tributação de ganhos não realizados de operações de permuta de criptoativos.

Em relação aos “rendimentos em depósitos em carteiras digitais”, existem diversos mecanismos da criptoeconomia que levantam dúvidas quanto à abrangência dessa regra.

O que seria uma carteira digital remunerada no contexto dos criptoativos: seriam aquelas que habilitam a utilização de mecânicas de staking, lending e DeFi em geral?

Na hipótese em que uma corretora brasileira, no contexto de um contrato de *staking as a service*, utiliza os criptoativos de seu cliente para realizar *staking* ou participar de um pool de *DeFi* (*decentralized finance*): como poderemos identificar se a remuneração é proveniente do exterior ou do Brasil? Utilizaríamos o critério da origem do pool (se for possível identificar o administrador) ou seria presumido o caráter nacional do rendimento devido à participação de uma corretora brasileira?

Afirmar que todas as “carteiras³³ digitais com rendimentos” são aplicações financeiras é um equívoco porque não leva em consideração a natureza e função específica dessas carteiras no ecossistema dos criptoativos.

As carteiras digitais são essenciais para o funcionamento e gestão dos criptoativos, mas não são, em sua essência, aplicações financeiras. São ferramentas ou infraestruturas que permitem o armazenamento de chaves privadas e a transação de criptoativos. Conseqüentemente, enquadrá-las como aplicações financeiras seria uma simplificação excessiva e imprecisa da sua verdadeira função e natureza.³⁴

³³ Como é cediço, existem as hot wallets (carteiras quentes), que são conectadas à internet e permitem acesso e transações em tempo real. Por sua vez, cold wallets (carteiras frias), via de regra, permanecem desconectadas da internet, usadas principalmente para armazenar grandes quantidades de criptoativos a longo prazo, sendo semelhantes a cofres de segurança. As carteiras quentes são utilizadas nos navegadores que conferem acesso à internet. Carteiras não-custodiadas são peças de hardware físico por meio das quais o usuário possui controle total das chaves privadas.

³⁴ Aplicações financeiras referem-se a investimentos realizados em ativos financeiros com o objetivo de obter um retorno. Os ativos subjacentes podem ser ações, títulos, imóveis, entre outros. As carteiras digitais, em contraste, são apenas ferramentas ou mecanismos para armazenar chaves privadas, com o intuito de viabilizar o gerenciamento e a realização de transações com criptoativos. Admitir o quanto previsto no projeto de lei seria semelhante a qualificar uma carteira física, onde guardamos cédulas bancárias, como uma aplicação financeira. Não bastasse isso, ao contrário das aplicações financeiras tradicionais, que geram algum tipo de retorno (juros, dividendos, valorização de capital, etc.), as carteiras digitais, por si só, não geram retorno. Elas simplesmente guardam e protegem as chaves privadas que viabilizam o controle dos criptoativos. Novamente, enquanto aplicações financeiras tradicionais geralmente possuem uma relação clara com terceiros (por exemplo, a relação entre um investidor e uma empresa na qual investiu), as carteiras digitais servem como um meio para os usuários gerenciarem seus próprios ativos. Insta ressaltar que o valor de um criptoativo dentro de uma carteira digital pode flutuar com base no mercado, mas a carteira em si não tem influência sobre essa valorização ou desvalorização. Ela é neutra e apenas reflete o valor atual do ativo. Não há dúvidas, portanto, de que cada tipo de carteira digital foi projetado para atender a diferentes

Verifica-se, portanto, que a qualificação da “variação da criptomoeda frente à moeda nacional” e “rendimentos em depósitos em carteiras digitais” como rendimentos de aplicações financeiras no exterior não se coaduna com a realidade das operações realizadas com criptoativos, de modo que poderá trazer insegurança jurídica indesejável e estimular o contencioso em um ambiente que já sofre com imprevisibilidade jurídica.

Outra dificuldade refere-se a identificar o que seriam criptoativos e carteiras digitais “localizados no Brasil” em contraposição àqueles “localizados no exterior”. Qual critério será utilizado para determinar se o criptoativo está no exterior ou não, tendo em vista que são meros registros contábeis digitais em um grande livro razão distribuído? Não há que se falar que estejam geograficamente localizados em um lugar predeterminado. Surgiriam, então, diversos questionamentos que demonstram os desafios dessa problemática.

Está localizado no exterior o criptoativo emitido por uma entidade estrangeira e adquirido via corretora descentralizada (*decentralized Exchange* – DEX)? Se sim, automaticamente todos os criptoativos negociados por corretoras brasileiras estariam sendo vendidos como aplicações financeiras localizadas no exterior.

E se o criptoativo for adquirido diretamente pelo usuário final em face do emissor? Continuará prevalecendo a localização do emissor? A população brasileira média tem condições de identificar se adquiriu o criptoativo de um emissor estrangeiro e discernir quando a emissão foi centralizada ou descentralizada? Quer nos parecer que não, o que elevaria o nível de burocracia e as dificuldades para cidadãos brasileiros participarem da criptoeconomia.

E se, por outro lado, uma corretora brasileira listou em sua plataforma o criptoativo emitido pela empresa estrangeira: prevalece a localização da corretora, para afirmarmos que se trata de um criptoativo localizado no Brasil; ou, por outro lado, prevalece o emissor estrangeiro e o criptoativo seria entendido como localizado no exterior ainda que negociado em uma corretora brasileira?

E nos casos em que não há qualquer tipo de emissão, como no caso do Bitcoin? Em protocolos prova de trabalho (*proof-of-work*) não há estoque pré-emitido de tokens ou criptoativos, o que inviabiliza a identificação geográfica da criação do criptoativo, a não ser que o contribuinte e o Fisco se aprofundassem na identificação dos nós

necessidades e níveis de segurança. Simplificar todas as carteiras como "aplicações financeiras" ignoraria essas nuances e a complexidade inerente ao mundo dos criptoativos.

validadores das transações, o que, apesar de não ser totalmente inviável, é extremamente complexo.

Sendo impossível a identificação do emissor, o criptoativo será automaticamente qualificado como localizado no exterior ou a presunção seria de que está localizado no Brasil?

Em se tratando de uma carteira digital web (a exemplo da Metamask, uma das mais famosas e utilizadas), ela está localizada no exterior? O contribuinte e o Fisco devem avaliar o domicílio em que localizada a empresa de software que desenvolveu a carteira digital? Somente carteiras digitais cujo software foi elaborado por empresas brasileiras seriam consideradas como “localizadas em território nacional”? Como seriam avaliadas, pelo legislador e pelo Fisco, as carteiras não-custodiadas, em que o usuário é o único titular das chaves que lhe possibilitam acesso ao controle e movimentação dos criptoativos? Como se vê, não são triviais as tecnicidades que dificultariam a fiscalização e o compliance fiscal.

Para aplicação da legislação de maneira coerente, a estratégia mais eficiente e que evita judicializações consistiria em utilizar: (i) a localização do prestador de serviço de ativo virtual como critério para definir se os criptoativos e carteiras digitais são considerados localizados no Brasil ou no exterior; ou (ii) a residência do titular, caso possua as chaves privadas para utilização das carteiras.

Para além dos problemas e desafios afetos à materialidade e à questão geográfica, a norma proposta, quando trata da tributação das aplicações financeiras, ainda traz consigo imprevisibilidade quanto ao momento da tributação, já que prevê que a tributação ocorrerá quando o rendimento for efetivamente percebido pelo usuário.

No contexto dos criptoativos e das carteiras digitais, é extremamente complexo determinar quando ocorre a efetiva percepção: (i) seria no saque (*cash-out*) em moeda fiduciária? (ii) no contexto dos produtos de DeFi, em que a propriedade é do usuário, mas algumas mecânicas “travam” a posição em criptoativo, quando será considerado efetivamente percebido o rendimento? Diante desses questionamentos, a única opção segura e previsível seria a inserção de uma definição mais clara pelo que se entende por “rendimento efetivamente percebido pelo usuário”, voltada à conversão, única e exclusiva, em moeda fiduciária.

Por fim, a norma proposta acaba sendo contraditória entre seus próprios termos. Ao incluir criptoativos e carteiras digitais no contexto das aplicações financeiras, acaba contradizendo a si mesma em relação ao artigo 14, que prevê que a pessoa física residente no País poderá optar por atualizar o valor dos bens e direitos no exterior informados na sua DAA para o valor de mercado em 31 de dezembro de 2023 e tributar a diferença para o custo de aquisição, pelo IRPF, à alíquota definitiva de 8% (oito por cento).

A opção pelo regime previsto no artigo 14 é permitida para aplicações financeiras. Assim, forçoso reconhecer que os criptoativos estariam dentro desta regra, haja vista a equiparação, a título exemplificativo, dos criptoativos às aplicações financeiras. Ao mesmo tempo, todavia, o §10 prevê que estão excluídos desse regime “pedras e metais preciosos” e “obras de arte”.

No caso de tokens que se referem a ouro (exemplo: PaxGold), prevalece a forma (criptoativo) e seria possível utilizar a regra do artigo 14, §1º, inciso I, ou prevaleceria o conteúdo (metal precioso ou obras de arte) e a opção pelo regime do artigo 14 seria inviável por conta do quanto previsto no §10?

No caso de um NFT cujo conteúdo refere-se a uma obra de arte, mas que, pelo fato de ser um criptoativo “em sua forma”, seria qualificado como aplicação financeira, o contribuinte poderia ou não optar pela regra do artigo 14?

Felizmente, após o Parecer às Emendas de Plenário ao Projeto de Lei 4.173/2023, apresentado em 25/10/2023 (PLEN PRLE 2), de relatoria do Deputado Pedro Paulo, duas modificações importantes foram implementadas no texto do projeto.

A primeira, refere-se à salutar substituição da locução “criptoativos” pela expressão “ativos virtuais”, com o intuito de garantir coerência internormativa, já que, caso aprovado, o PL 4.173/2023 terá aptidão para dialogar diretamente com a Lei 14.478/2022.

Utilizar a definição de ativo virtual diminui complexidades, em especial, para as corretoras nacionais, já que afasta o risco de estas empresas serem todas as suas operações de venda e intermediação qualificadas como venda ou intermediação de aplicações financeiras no exterior.

Entretanto, o projeto de lei, em sua versão pós-emendas, tal como aprovada na Câmara dos Deputados, não prevê que a expressão “ativos virtuais” deve ser interpretada tal qual descrita na Lei 14.478/2022, nem traz, no bojo do PL 4.173/2023, qual a definição, para fins fiscais, de “ativos virtuais”. Este ponto pode gerar uma dissonância entre normas, a depender do que se suceder com os trâmites no Senado Federal.

A nosso ver, a definição de ativo virtual que deve ser utilizada é aquela descrita na Lei 14.478/2022. E, para fins da referida lei, a definição de ativo virtual exclui do seu âmbito os tokens de utilidade, enquanto instrumentos que confirmam acesso a bens ou serviços. Grande parte dos tokens listados em corretoras brasileiras são tokens de utilidade (ex: ETH, DOT, ADA, etc.).

Logo, se os tokens de utilidade são excluídos da definição de ativo virtual da Lei 14.478/2022 e se a definição de ativo virtual, tal como prevista pela referida lei, vier a ser utilizada para ser um exemplo de aplicação financeira localizada no exterior, conseqüentemente, estamos excluindo a possibilidade de que os tokens de utilidade (que não são, por expressa definição legal na Lei 14.478/2022, ativos virtuais) sejam qualificados como aplicações financeiras no exterior.

Obviamente, tal raciocínio somente se manterá se a exata definição de ativo virtual trazida pela Lei 14.478/2022 for transportada *ipsis literis* para o PL 4.173/2023. Alternativamente, alcançaríamos o mesmo resultado se o PL 4.173/2023 fizer referência à definição de “ativos virtuais” como posta na Lei 14.478/2022, ou seja, garantindo que a expressão “ativos virtuais” não seja restrita apenas à lei mencionada, mas também espreadando efeitos para fins fiscais.

A segunda modificação que deve ser recebida com aplausos diz respeito à inclusão, no bojo do artigo 3º do PL 4.173/2023, de um novo parágrafo §3º, cuja literalidade prevê que: “O enquadramento de ativos virtuais e de carteiras digitais como aplicações financeiras no exterior constará da regulamentação da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda” (RFB).

A RFB vem realizando um trabalho detalhado em relação à qualificação das operações com criptoativos, seja criando códigos específicos na declaração de ajuste anual (dentro do grupo 08) das pessoas físicas, seja mediante a edição de soluções de consulta sobre diversos assuntos, mas, principalmente, com a criação da Instrução Normativa 1.888/2019.

Nesse sentido, entendemos que, caso o PL 4.173/2023 venha a ser aprovado, pelo Senado Federal, com a previsão de outorga de competência à RFB para disciplinar o enquadramento de ativos virtuais e de carteiras digitais como aplicações financeiras no exterior, todas as dificuldades anteriormente apontadas e que se referem: (i) à identificação do que se considera localizado em território nacional ou estrangeiro; (ii) do momento em que se tem por percebido (princípio da realização) um rendimento oriundo de aplicações com criptoativos; (iii) a problemática da variação da criptomoeda frente à

moeda nacional e os rendimentos porventura auferidos com carteiras digitais web3; (iv) a perspectiva do conteúdo sobre a forma, bem como todas as dúvidas e desafios demonstrados anteriormente, poderão ser solucionados a nível infralegal.

A despeito do prognóstico positivo com a outorga de competência à Receita Federal do Brasil para trazer respostas a tais questionamentos, não se pode descartar a possibilidade de que o contribuinte, ao analisar tal norma, opte pelo litígio perante o Poder Judiciário, sob o fundamento de que há violação ao princípio da legalidade. Explicamos.

Prevalece, em âmbito tributário, o princípio da legalidade, previsto no artigo 150, I da Constituição Federal de 1988 e no artigo 97, incisos I, III e IV, todos do Código Tributário Nacional, recepcionado pela Carta Magna com status material de lei complementar.

A definição dos elementos de regra-matriz de incidência tributária, em especial a definição do fato gerador (critério material), de sua base de cálculo e do local (critério espacial) em que se considera ocorrida tal materialidade, demanda previsão estrita em Lei Ordinária.

O PL 4.173/2023, mesmo na versão pós-emendas aprovada na Câmara dos Deputados, não traz os elementos mínimos necessários, a nível de lei, para determinar o fato gerador, a base de cálculo e o critério espacial envolvendo operações com criptoativos, já que: (i) não indica quais ativos virtuais estão sob a égide de sua aplicação; (ii) não define o que é variação da criptomoeda frente à moeda nacional, nem o que são rendimentos de carteiras digitais; (iii) não traz qualquer definição que permita identificar o que é uma ativo virtual localizado no exterior.

Assim, ainda que a RFB possa vir a resolver tal celeuma mediante a edição de norma infralegal, a ausência de previsão mínima de materialidade, base de cálculo e critério espacial, a nível de lei, apresenta-se como uma vulnerabilidade, denotando potencial ilegalidade e inconstitucionalidade, por violação, respectivamente, ao artigo 97, incisos I, III e IV, todos do Código Tributário Nacional e ao artigo 150, I da Constituição Federal de 1988.

Por ora, resta aguardarmos cenas dos próximos capítulos legislativos.

5. O modelo IVA-dual e a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 45: desafios afetos à criptoeconomia

A PEC 45, aprovada na Câmara dos Deputados, propõe uma reforma da tributação sobre o consumo mediante a extinção de 5 (cinco) tributos incidentes sobre o consumo (ICMS, ISS, IPI, PIS e COFINS) e criação de outros 4 (quatro) tributos (IBS, CBS, IS e Contribuição dos Estados³⁵).

A despeito dos benefícios da reforma tributária à sociedade brasileira, existem impactos relevantes que não foram considerados nos debates que resultaram na aprovação da PEC na Câmara dos Deputados.³⁶

Dentre os diversos tópicos que devem ser avaliados, o primeiro deles refere-se ao imposto seletivo (IS). O artigo 153, VIII, a ser incluído no texto constitucional com a aprovação da PEC 45, outorga competência à União Federal para instituir imposto sobre a produção, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, nos termos da lei.

Tem-se, aqui, um imposto sobre o pecado (*sin tax*). Embora o dispositivo constitucional confira à lei (no caso, Lei Complementar) a competência para delimitar as regras gerais desse imposto, a amplitude dos termos utilizados pelo referido artigo pode resultar na incidência em diversas operações não previstas, a depender do que venha a se entender por “prejuízo à saúde” ou ao “meio ambiente”.

No contexto dos criptoativos, a amplitude do termo pode resultar na incidência do imposto em cenários altamente controvertidos.³⁷

Parece-nos que os debates que motivaram o Imposto Seletivo, tal como descrito na PEC 45, estão relacionados aos potenciais danos que determinados produtos, em razão de suas próprias características, podem causar à saúde humana.

A título de exemplo, a instituição do Imposto Seletivo sobre bebidas açucaradas, cigarros ou agrotóxicos. Caso contrário, todo e qualquer produto pode ser visto como danoso à saúde humana, como a farinha branca e a carne vermelha.

Sob a perspectiva da incidência do Imposto Seletivo em relação a bens e serviços prejudiciais ao meio ambiente, a amplitude do termo também resulta no risco de o IS incidir sobre o valor do próprio criptoativo transacionado ou, ainda, sobre os *hardwares*

³⁵ Importante assinalar que, de acordo com o parecer apresentado no Senado Federal, já há previsão para supressão da contribuição dos Estados.

³⁶ Também nesse ponto, tivemos a oportunidade de elaborar nota técnica, apresentada pela ABCripto – Associação Brasileira de Criptoconomia, de modo a subsidiar o debate público.

³⁷ A título exemplificativo, os participantes da criptoconomia estariam submetidos à incidência do IS, sob o argumento de que haveria, por exemplo, prejuízo à saúde mental dos investidores em razão da alta volatilidade.

utilizados para mineração de criptoativos (validação de transações) relacionados ao algoritmo de consenso *Proof Of Work* (PoW), como ocorre com o Bitcoin.³⁸

A amplitude da materialidade do IS é tamanha que, em tese, seria possível incluir no seu campo de incidência: (i) o hardware utilizado no processamento de dados para validação de transações, elevando o custo do desenvolvimento destas atividades no Brasil; (ii) classes específicas de criptoativos, a exemplo do Bitcoin, que funciona no modelo PoW, para considerá-los como “prejudiciais ao meio ambiente” e submetê-los à tributação pelo IS.

Na prática, isso estimularia o investidor a adquirir criptoativos de prestadores de serviços de ativos virtuais (PSAV) estrangeiros, colocando os atores brasileiros em enorme desvantagem, quando comparados com as empresas sem base fixa no Brasil.

Além disso, merece críticas o quanto previsto no §3º do artigo 155, que autoriza a incidência do IS sobre a energia elétrica. Trata-se de previsão incoerente com a própria finalidade do IS, enquanto imposto sobre o pecado.

Isso porque, a energia elétrica é um insumo essencial e importantíssimo para a criptoeconomia. Ora, se o IS está sendo pensado para incidir sobre bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, por qual razão existe previsão de que a energia elétrica, que é um insumo essencial, será onerada pelo referido tributo?

Felizmente, o parecer apresentado no Senado Federal recomenda a exclusão da previsão de incidência do IS sobre a energia elétrica.³⁹

³⁸ A “mineração” de criptoativos, que nada mais é do que o processamento de dados tendente a validar transações de forma descentralizada, envolve o uso de hardwares específicos, como placas de vídeo e rigs de mineração, para resolver algoritmos complexos e validar as operações na rede. Para justificar a incidência do IS nessas hipóteses, o legislador infraconstitucional poderia argumentar que o algoritmo de consenso PoW demanda alta capacidade computacional e, conseqüentemente, a utilização de grande quantidade de energia, causando impactos ao meio ambiente. A incidência do IS sob tal fundamento, apesar de ser altamente questionável, é um risco possível, haja vista a inexistência de estudos conclusivos delimitando os efetivos impactos de algoritmos de consenso PoW no meio ambiente. Em contrapartida, não se pode ignorar o fato de que é possível a utilização de fontes renováveis de energia para o uso de equipamentos de hardware responsáveis pela mineração. Deve-se ainda considerar que criptoativos são bens digitais incapazes de prejudicarem o meio ambiente. Sem prejuízo quanto a tais questões, diversos criptoativos já estão adotando algoritmos de consenso tidos como mais amigáveis ao meio ambiente, como o Proof of Stake (PoS). Assim, ainda que se entenda pela instituição do IS apenas em função do tipo de algoritmo de consenso adotado (independentemente da fonte de energia utilizada), o que já seria um retrocesso, seria pertinente ao menos considerar o tipo de algoritmo empregado ao avaliar eventual incidência do IS, considerando as, de fato e cientificamente, o algoritmo é comprovadamente prejudicial à saúde e ao meio ambiente. A possibilidade de incidência do IS sobre referidos hardwares, além dos tributos aduaneiros, traria tributação excessiva para o setor, resultando no preço elevado destes produtos no Brasil se comparado com o mercado externo, o que desestimularia a “mineração” (validação de transações) de Bitcoins e outros criptoativos PoW por empresas brasileiras, colocando o Brasil em uma posição desfavorável de competitividade em relação aos players externos.

³⁹ A energia elétrica é indiscutivelmente um bem essencial não só para o funcionamento da criptoeconomia, mas de toda sociedade moderna. É um insumo fundamental em diversos setores, incluindo a indústria, o

O segundo tópico a ser ressaltado, refere-se à amplitude da materialidade verdadeiramente indefinida do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e da Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), que, juntos, se apresentam como um modelo de IVA-dual.

O artigo 156-A, caput e §1º, inciso I da PEC prevê que a “Lei complementar instituirá imposto sobre bens e serviços de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, sendo que referido imposto “incidirá sobre operações com bens materiais ou imateriais, inclusive direitos, ou com serviços”.

O artigo 195, inciso V e §15 da PEC 45, por sua vez, prevê a outorga de competência à União Federal para instituir contribuições “sobre bens e serviços, nos termos de lei complementar”, aplicando-se à indigitada contribuição “o disposto no art. 156-A, § 1º, I a VI, VIII, X a XII, § 3º, § 5º, II, III, V, VI e I/X, e §§ 6º a 10”.

O Artigo 156-A da PEC, que institui o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) de competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e o artigo 195 que institui a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), com o mesmo fato gerador do IBS, apresentam uma problemática significativa em relação à amplitude de sua materialidade, deixando aberta a definição dos conceitos de bens, serviços e direitos e delegando à lei complementar a competência para detalhamento dessa materialidade.

Sem ao menos o texto base da futura lei complementar que estabelecerá as normas gerais do IBS e da CBS, tem-se um cenário elevado de insegurança jurídica, já que sequer se mostra possível antever com absoluta clareza os impactos dos novos tributos sobre as atividades dos prestadores de serviços de ativos virtuais e os respectivos criptoativos e tokens negociados.

A principal crítica reside na ausência de uma definição clara e precisa do que são considerados bens e serviços para fins de incidência do IBS e CBS. A redação do artigo

comércio, os serviços em geral e a tecnologia. Sua relevância para a economia e o desenvolvimento torna fortemente questionável a sua inclusão no rol dos bens passíveis de incidência de IS. Vale ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tem reconhecido a essencialidade da energia elétrica, declarando inconstitucional dispositivos de leis estaduais que estabelecem alíquotas majoradas do ICMS sobre a energia elétrica. Nesse sentido, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 7117 e 7123, o STF julgou inconstitucionais dispositivos de leis de Santa Catarina e do Distrito Federal que fixam alíquota do ICMS sobre energia elétrica e serviços de comunicação em percentual superior à alíquota geral. Repita-se: uma das justificativas para a instituição do IS é a preocupação com bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente. No entanto, a energia elétrica não se enquadra nessa categoria, uma vez que é um bem essencial e, a priori, não prejudicial à saúde ou ao meio ambiente. Ao onerar um insumo tão relevante para a criptoeconomia e a economia tokenizada, eleva-se o custo das operações com criptoativos e tokenização por empresas brasileiras, colocando-as em cenários ainda mais desfavoráveis em relação aos potenciais competidores estrangeiros, o que vai na contramão dos esforços dedicados pelo Brasil em colocar a nação como um polo avançado da criptoeconomia, sobretudo tendo em vista a iniciativa do Real Digital (DREX).

não oferece parâmetros objetivos, deixando margem para diferentes interpretações por parte dos legisladores infraconstitucionais, dos contribuintes e do Fisco. Essa indefinição pode gerar insegurança jurídica e dificultar a aplicação uniforme do imposto em todo o território nacional.

O texto é amplo o suficiente para abranger toda e qualquer “coisa” ou operação afeta a bens, materiais ou imateriais, direitos ou serviços, independentemente dos sujeitos envolvidos.

Essa abordagem anteciparia discussões complexas acerca da incidência do IBS e CBS sobre criptoativos e tokens, sem oferecer uma base clara para distinguir entre os diferentes tipos de tokens e suas respectivas características econômicas.

A incidência de IVA sobre criptoativos já é discutida no âmbito internacional, o que nos permite antecipar a problemática no contexto da PEC 45. O tema foi submetido à análise da Corte Europeia de Justiça (*European Court of Justice – ECJ*), oportunidade em que foi analisada uma disputa envolvendo David Hedqvist, que vendia *bitcoins* em seu *site*, e a Autoridade Fiscal Sueca “Skatteverket”.⁴⁰

Nesse precedente, a Corte Europeia de Justiça decidiu que transações com *bitcoins* são isentas de tributação pelo Imposto sobre o Valor Agregado – IVA (*Value Added Tax – VAT*), na medida em que estariam submetidas ao artigo 135, nº 1, letra “e” da Diretiva IVA, cuja literalidade prescreve, *in verbis*:

1. Os Estados-Membros isentam as seguintes operações: (...) e) As operações, incluindo a negociação, relativas a divisas, papel-moeda e moeda com valor liberatório, com exceção das moedas e notas de coleção, nomeadamente as moedas de ouro, prata ou outro metal, e bem assim as notas que não sejam normalmente utilizadas pelo seu valor liberatório ou que apresentem um interesse numismático (...).

O excerto acima corresponde à literalidade da regra isentiva do IVA sobre as operações relativas a divisas (operações de câmbio). Com base nesse dispositivo, a Corte Europeia concluiu que as operações com *bitcoins* são equiparáveis ao câmbio, não se confundindo, todavia, com ações e valores mobiliários. Sobre esse ponto, a ECJ consignou, *in verbis*:

(...) Resulta, pois, do contexto e da finalidade do referido artigo 135, n. 1,

⁴⁰ EUROPEAN COURT OF JUSTICE – ECJ. **Caso C-264/14: David Hedqvist versus Skatteverket**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170305&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=604646>. Acesso em: 25 out. 2023.

álnea e), que uma interpretação dessa disposição no sentido de que incide somente sobre as operações relativas às divisas tradicionais equivaleria a privar essa disposição de uma parte dos seus efeitos. No processo principal, é pacífico que a divisa virtual “*bitcoin*” não tem outras finalidades senão servir de meio de pagamento e que é aceita, para esse efeito, por determinados operadores. Consequentemente, conclui-se que o artigo 135, n. 1, alínea e), da Diretiva IVA incide também sobre as prestações de serviços como as em causa no processo principal, que consistem no câmbio de divisas tradicionais por unidades da divisa virtual “*bitcoin*”, e vice-versa, efetuadas mediante o pagamento de uma quantia correspondente à margem constituída pela diferença entre, por um lado, o preço pelo qual o operador em causa compra as divisas e, por outro, o preço a que as vende aos seus clientes. (...) Em último lugar, quanto às isenções previstas no artigo 135, n. 1, alínea f), da Diretiva IVA, basta recordar que esta disposição incide, nomeadamente, sobre as operações relativas às “ações, participações em sociedades ou em associações [e] obrigações”, isto é, títulos que conferem um direito de propriedade sobre pessoas coletivas, e aos «demais títulos», que se deve considerar que têm natureza comparável à dos títulos especificamente mencionados na referida disposição (acórdão Granton Advertising, C-461/12, EU:C:2014:1745, n.o 27). Ora, é pacífico que a divisa virtual “*bitcoin*” não constitui um título que confere um direito de propriedade sobre pessoas coletivas nem um título de natureza comparável. Por conseguinte, as operações em causa no processo principal não entram no âmbito de aplicação das isenções previstas no artigo 135, n. 1, alínea f), da Diretiva IVA.⁴¹

Em síntese, sob o fundamento de que as criptomoedas não possuem finalidade outra senão a de ser um meio de pagamento, a ECJ equiparou as criptomoedas às moedas fiduciárias.

A própria experiência brasileira parece confirmar essa interpretação em relação ao Bitcoin. Em São Paulo, a Resposta à Consulta Tributária 22841/2020, da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, previu, corretamente, que as criptomoedas, ou seja, tokens de pagamento, “não são destinadas a consumo, sendo as operações relativas a elas meras transações financeiras e não de circulação de mercadoria, não estando sujeitas, portanto, à tributação pelo ICMS”.

Entretanto, cabe aqui uma ressalva: o caso *Skatteverket versus David Hedqvist* (C-264/14) não deve ser lido como uma isenção ampla e absoluta para toda e qualquer operação envolvendo criptoativos. Ao invés disso, sua conclusão deve ser restrita aos tokens de pagamento, restando aberta a possibilidade de discussão relativa à incidência de IVA (VAT) sobre tokens de utilidade e sobre NFTs (*non-fungible tokens*).

⁴¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Caso C-264/14: David Hedqvist versus Skatteverket.** Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170305&pageIndex=0&doclang=en&m ode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=604646>. Acesso em: 25 out. 2023.

Tanto isso é verdade, que o Comitê de IVA da União Europeia editou o Working Paper 983,⁴² versando sobre tokens de utilidade. Sobre o tema, vejamos:

The distinction between a voucher (where the holder is given access to multiple goods or services) and a payment service (where the purpose is to facilitate spending of a prepaid credit for the purchase of goods or services in general, notably from third party providers) rests on whether or not the instrument in question entails a right to receive those goods or services (...) In that particular field, the criterion used to distinguish vouchers, being a specific-purpose instrument, from instruments qualifying as payment services is that vouchers can typically be used only in a limited network and correspond exactly to the pre-defined goods and services embedded in it. (...) The redemption of a voucher against goods or services is not a payment but rather the exercise of a right subsequent to the payment, which was made when the voucher was first acquired or changed hands. On the other hand, where a credit stored or prepaid is used to meet the cost of goods or services, any entitlement to the goods or services in question will only be acquired when payment is made. Conceptually, this is fundamentally different from the exercise of an acquired right by the holder of a voucher. (...)

4.2.2. Vouchers and tokens. Tokens are digital assets that can be used as virtual currency, as financial instruments similar to securities (“financial tokens”) or as instruments representing goods and services (“utility tokens”). Given their hybrid nature, doubts could arise as to which tax rules are applicable. Various different instruments may be considered to be tokens but at EU and international level, the difference between currency tokens, investment tokens and utility tokens is not clear. The first category refers to tokens used as a virtual currency; the second refers to tokens used as financial instruments; the third refers to tokens exchanged with assets. In particular, utility tokens can be used for the acquisition of goods or services either within a digital platform only or within a limited network of digital platforms. They are transferred on a peer-to-peer basis, and due to the fact that they can be exchanged with goods and services it seems that they could be comparable to vouchers. As long as there is no EU regulation to define the notion of utility tokens, it is not possible to know with certainty their essential characteristics (in fact, it is recognised that tokens can be hybrid instruments). However, experts in general consider them to be crypto assets that can be traded on a specific market and represent an alternative model to traditional venture capital funding. The Policy Department of the European Parliament carried out a study on Cryptocurrencies and blockchain, which provides a definition of utility tokens as digital instruments that “grant their holders (future) access to specific products or services. They can be used to acquire certain products or services, yet they do not constitute a general-purpose medium of exchange, simply because they can generally only be used on the token platform itself”. From the study, it seems that utility tokens have a hybrid nature as they can be compared to digital coins, and they also have an investment component, as they are traded, and hence sold at a profit, in the community of token holders. They are mostly used in a form to ease payment across borders, or to provide access to a product on the block chain. In substance, they confer rights to use or consume certain products developed by the issuing company and deposited on the block chain but they can also be traded being an autonomous source of profit without relation to any entitlement to goods or services embedded in the token.

⁴² Disponível em:

<https://circabc.europa.eu/sd/a/8ded663d-0886-4d3a-b036-2d8c77e5d66a/WP%20983%20>

Todavia, a qualificação dos tokens de utilidade, por equiparação, como um voucher, mesmo no âmbito da União Europeia, não é pacífica, consoante se verifica do excerto abaixo colacionado:

Based on the analysis carried out, the Commission services believe that the arguments that could lead to utility tokens qualifying as a voucher are that: – they can be exchanged with goods or services; – they can be used only in a limited network. On the other hand, the arguments that could lead utility tokens to being excluded from being treated as a voucher are that: – redemption of the right embedded in the instrument is not its only purpose; – a utility token not redeemed seems to be able to be transformed into a currency token or an investment token and then be traded in a secondary market; – there may be a lack of sufficient detail of the goods supplied or the services provided, or of the identity of the potential suppliers taking part in the chain, as otherwise needed; – in certain situations they operate as cryptocurrencies and therefore could be considered to be payment services.

Para exemplificar a complexidade dessa discussão, a incidência do IVA dependeria do enquadramento do token de utilidade como um potencial voucher de uso singular (“*single use voucher*”) ou múltiplo (“*multi-purpose voucher*”).⁴³

Embora exista plausibilidade em enxergarmos os tokens de utilidade como vouchers, fato é que esses tipos de tokens não podem, em todos os casos, ser qualificados como meros vouchers, pois desempenham um papel crucial nos ecossistemas de blockchain e, mais das vezes, detêm direitos, utilidades e valores que vão além de meros vouchers.⁴⁴⁻⁴⁵

⁴³ Em relação ao “single use”, a loja em que o voucher pode ser resgatado já é definida desde a origem, sendo que os bens ou serviços e país de uso/consumo são conhecidos no momento de compra do voucher. Com efeito, o IVA já poderia ser recolhido no momento de emissão do token ao consumidor. Já no tocante ao “voucher multi-purpose”, os bens ou serviços, a loja, o fornecedor ou a jurisdição onde o voucher pode ser resgatado são elementos que não são definidos no momento da sua compra. Ou seja, não há clareza sobre quem será o fornecedor ou qual a alíquota do IVA no momento da compra do voucher (do token). Desta forma, o IVA deveria ser recolhido apenas no momento em que o voucher é trocado por bens ou serviços pelo consumidor.

⁴⁴ Os tokens de utilidade também podem ser qualificados como meros créditos financeiros, em que não há incidência de IVA.

⁴⁵ Tomemos como exemplo o caso atual do ICMS, em que poderíamos fazer um paralelo com os vales-presentes (gift cards). O entendimento da SEFAZ/SP é de que a compra de vale-presente não está sujeita ao ICMS, uma vez que não há circulação de mercadoria na operação de compra de um crédito. Seria possível fazer uma aproximação desse entendimento para os tokens de pagamento. Assim, apenas incidiria o ICMS no momento de conversão dos vales-presentes em mercadorias. Senão vejamos: “Resposta à Consulta Nº 10485 DE 12/06/2016: ICMS – Comercialização de “vale-presente” (documento de crédito) destinado a ser, posteriormente, utilizado como meio de pagamento na compra de mercadorias - Emissão de documentos fiscais. I. A venda e compra de documento representativo de “crédito” é mera transação financeira, não caracterizando fato gerador do ICMS (artigos 1º e 2º do RICMS/2000). II. É a saída de mercadorias, cujo pagamento foi satisfeito com a utilização de crédito anteriormente adquirido, que configura operação sujeita à incidência do ICMS e enseja a emissão do documento fiscal apropriado à operação praticada, com o correspondente destaque do imposto, se devido (artigos 1º, I, e 124 do RICMS/2000). III. Antes de realizada a saída das mercadorias do estabelecimento do contribuinte, deverá ser emitido o documento fiscal apropriado à operação praticada (art. 124 do RICMS/2000), com o correspondente destaque do imposto, se devido.; RESPOSTA À CONSULTA TRIBUTÁRIA 770/2012,

Consequentemente, tentar equiparar todos os tokens de utilidade a vouchers pode ser uma simplificação exagerada de sua verdadeira natureza. A complexidade⁴⁶ dos criptoativos excede a capacidade das leis tributárias existentes de classificá-los e tratá-los adequadamente, sobretudo em cenários em que os tokens são híbridos, podendo funcionar simultaneamente como vários tipos de ativos e podendo modificar sua função ao longo do tempo, criando desafios significativos para as autoridades fiscais.

A aplicação dessa “abordagem de perspectiva funcional” também é recomendada com relação ao tratamento do IVA potencialmente incidente sobre os NFTs. O tratamento do IVA sobre NFTs é uma questão complexa, para a qual a maioria dos países da União Europeia não forneceu orientação oficial.

O Comitê de IVA da União Europeia publicou o Working Paper nº 1060, que estabelece algumas diretrizes sobre a cobrança do IVA sobre NFTs, contendo reflexões iniciais com o objetivo de harmonizar o tratamento do IVA.

O working paper nº 1060 levanta várias considerações sobre se a venda de NFT deve ser considerada uma entrega de mercadorias ou uma prestação de serviços. Ainda que haja a unificação da tributação de bens, mercadorias e serviços com a CBS e o IBS, essa discussão continua sendo relevante no caso dos NFTs.

Esse mesmo documento orientativo sugere que o tratamento do IVA deve ser determinado caso a caso, considerando a natureza do respectivo NFT.⁴⁷

de 23 de Outubro de 2012. ICMS - Comercialização de documento de crédito (por exemplo, vale-presente) destinado a ser, posteriormente, utilizado como meio de pagamento na compra de mercadorias. I. A "compra do crédito" é mera transação financeira, fora do campo do ICMS devido à ausência de fato gerador relativo a esse imposto (artigo 2º do RICMS/2000). II. A saída de mercadorias, cujo pagamento foi satisfeito com a utilização de crédito anteriormente adquirido, configura operação sujeita à incidência do ICMS (artigo 1º, I, do RICMS/2000). III. Antes de realizada a saída das mercadorias do estabelecimento do contribuinte, deverá ser emitido o documento fiscal apropriado à operação praticada (art. 124 do RICMS/2000), com o correspondente destaque do imposto, se devido”.

⁴⁶ Inclusive, para anteciparmos desafios e dificuldades que certamente surgirão com a aprovação do IBS e da CBS, é importante avaliarmos os obstáculos identificados em relação à classificação de tokens de utilidade como vouchers, tal como apontado pelo Comitê de IVA no Working Paper nº 993, no sentido de que um voucher não pode mudar sua “finalidade de uso” em caso de “não uso”, enquanto os tokens de utilidade, em determinadas situações, acabam mudando “ao longo do tempo” e podem funcionar como criptomoedas, ou seja, como instrumentos de pagamento. Logo, parte dessa complexidade pode ser resolvida distinguindo-se a emissão primária de tokens de utilidade (“distribuição primária”), que impõe certas obrigações aos emissores, em contraposição à negociação de tais tokens em um mercado secundário (“venda secundária”). No momento da distribuição primária de um token de utilidade por um emissor, é possível que os tokens de utilidade atendam à definição de um voucher, a depender dos termos da lei complementar a ser editada em relação à CBS e ao IBS. Nesse sentido, a aplicabilidade do IVA às transações de tokens de utilidade, com base em suas características subjacentes, como direitos concedidos a determinados bens e serviços ou mercadorias, só é relevante no momento de sua emissão e apenas para o emissor imediato do token, diferentemente de outros participantes do setor de criptomoedas, como exchanges (corretoras) centralizadas que atuam como intermediários digitais para sua revenda.

⁴⁷ O working paper examina vários cenários, incluindo transferências de títulos, vouchers, suprimentos compostos e serviços entregues eletronicamente. Por exemplo, quando uma NFT serve como título para um

Como se vê, a abordagem “look through”, que olha através do invólucro do token e tem por foco a análise do seu conteúdo, para o tratamento do IVA sobre NFTs, é o melhor caminho.

Todo quanto exposto evidencia que a materialidade ampla e irrestrita do IVA dual brasileiro não é eficaz, nem coerente, para lidar com criptoativos e tokens.

Fazer incidir a CBS e o IBS sobre bitcoins e tokens de pagamento corresponde, na verdade, à tributação de movimentações financeiras em blockchain, numa espécie de “CPMF 3.0 *on-chain*”.

O IVA, todavia, é tradicionalmente um imposto sobre o consumo. Ao aplicá-lo sobre a mera movimentação de ativos digitais, ele estaria sendo desvirtuado de seu propósito original e passaria a funcionar como um imposto sobre transações financeiras.

Se o IVA for aplicado sobre as transações de bitcoin e tokens de pagamento, ele teria um efeito similar àquele outrora trazido pelo CPMF, tributando toda e qualquer movimentação desses ativos *on-chain*, mesmo que inexista qualquer consumo material. Teríamos uma “CPMF 3.0”.

A regra, para fins de incidência da CBS e do IBS deveria ser: somente se um token intrinsecamente fornece acesso a um bem ou serviço consumível, é que há

bem tangível, devido à sua capacidade de rastrear a proveniência e indicar a propriedade de um bem subjacente em formato digital, o tratamento do IVA deve seguir a transação subjacente de acordo com a natureza desse bem (seu conteúdo). Nos casos em que um NFT funciona como um voucher, seja ele de uso único (por exemplo, o NFT pode ser resgatado por um determinado produto ou serviço, após a entrega do qual o NFT é permanentemente retirado de circulação) ou de uso múltiplo (por exemplo, seus metadados podem ser alterados por decisão do titular, oferecendo assim ao titular uma seleção de diferentes bens ou serviços), o tratamento do IVA deve seguir o de um voucher. Para NFTs com ativos nativos digitais subjacentes, as regras de IVA para serviços prestados eletronicamente podem ser aplicadas. Além disso, para NFTs que possam ser consideradas como uma venda conjunta de um token digital e um bem tangível ou digital relacionados, que estejam tão intimamente interligados que seria impossível ou artificialmente complexo separá-los, os elementos “principal versus auxiliar” devem ser determinados e o tratamento do IVA deve seguir o do elemento principal. Deve-se observar, no entanto, que o próprio Working Paper nº 1060 afirma especificamente que, mesmo que a visão majoritária atual tenda a equiparar NFT a serviços fornecidos eletronicamente, esse tratamento de IVA não pode ser generalizado para todas as transações relacionadas a NFT. O working paper do Comitê de IVA da UE também considera o status dos próprios comerciantes de NFTs. Por exemplo, um indivíduo que vende várias NFTs ao longo do tempo seria considerado um sujeito passivo do tributo, mas não um vendedor ocasional. Temos, ainda, o caso em que um NFT é referível a uma obra de arte digital subjacente com todos os direitos relacionados, desde que transferidos pelo próprio autor, hipótese em que essa transferência não se enquadraria no escopo do IVA, a depender da jurisdição europeia envolvida. Ao contrário, se o cedente do NFT for uma pessoa que não seja o próprio autor, a transação se enquadraria, sim, no escopo do IVA. Há diversas complicações inerentes à avaliação do tratamento do IVA incidente sobre NFTs, sobretudo quando há uma distinção entre os ativos *off-chain* ou ativos físicos subjacentes aos quais se aplicam regras específicas de IVA, em contraposição às regras de IVA potencialmente aplicáveis aos NFTs enquanto invólucro de direitos. Os exemplos principais incluem propriedade intelectual, imóveis e bens móveis registrados, cuja propriedade é regida por regras específicas no sistema jurídico.

incidência de IVA-dual sobre o emissor desse token. Em todos os outros casos, isso não deveria ser possível.⁴⁸

Significa dizer que, considerando a migração da tributação de serviços (ISS) e mercadorias (ICMS), isolada e separadamente, por um tributo sobre bens (tangíveis ou intangíveis), direitos e serviços (e, portanto, de incidência ampla), existe um risco elevado de que, na ausência de uma isenção específica, a PEC 45 admita a incidência da CBS e do IBS sobre o próprio criptoativo transacionado, independentemente da sua função e do conteúdo de direitos, bens ou serviços envelopados no token, causando uma enorme distorção⁴⁹ de comportamentos.

Também em relação à incidência do IBS e CBS sobre importações de bens, direitos e serviços, a amplitude do texto constitucional pode resultar em diversas inconsistências e impactar negativamente o mercado de criptomoedas.

Com efeito, a PEC 45 prevê a incidência do IBS e da CBS na “importação de bens materiais ou imateriais, inclusive direitos, ou de serviços realizada por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade”.

⁴⁸ Na prática, a incidência do IBS e da CBS sobre o valor dos próprios criptoativos poderia tornar as corretoras/exchanges e tokenizadoras brasileiras menos competitivas em comparação com plataformas com sede em jurisdições com regras fiscais mais claras. A amplitude da materialidade do IBS e da CBS também poderia resultar em efeito diametralmente oposto àquele esperado, pois poderia estimular a sonegação mediante a realização de operações peer-to-peer ou via DEX (decentralized exchanges). Além disso, poderia resultar em fuga de usuários e, eventualmente, redução da viabilidade comercial dessas plataformas. Ocorreria, ainda, uma redução da liquidez nas corretoras e exchanges brasileiras, já que os usuários poderiam ser desencorajados a fazer transações frequentes devido aos custos adicionais.

⁴⁹ A título exemplificativo, os desafios quanto à materialidade dos novéis tributos são tamanhos que, se tratadas as operações como “bens imateriais”, não há clareza sobre a necessidade de transferência de propriedade para incidência do IBS e CBS. Isso significa que atividades como o empréstimo de criptomoedas, staking ou a mera provisão de liquidez também poderiam ser sujeitas aos referidos tributos, mesmo que não tenha havido transferência de propriedade do ativo. A ideia de aplicar a CBS e o IBS, que juntos se propõem a ser um Imposto sobre Valor Agregado, em práticas como staking ou provisão de liquidez pools de aplicações DeFi (decentralized finance) é uma interpretação que se desvia significativamente do propósito original deste imposto. Explorando essa ideia, vemos vários pontos que destacam essa incongruência. Em primeiro lugar, a essência do IVA é tributar o valor incremental ou “adicionado” a um produto ou serviço. No cenário de staking ou oferta de liquidez, não estamos presenciando a fabricação ou o oferecimento de um novo serviço, mas uma espécie de comprometimento temporário de recursos. Dizer que há “valor adicionado” nesse processo seria uma ampliação radical e inapropriada do conceito original do imposto. Não bastasse isso, tratando-se de tributação sobre o consumo, a incidência deveria ocorrer quando há uma transação clara, onde a propriedade de bens ou direitos é transferida. Ao fazer staking ou oferecer liquidez, os usuários basicamente reservam seus ativos para obter algum retorno, sem renunciar à propriedade. Assim, a abertura semântica da materialidade da CBS e do IBS é tamanha que poderia levar ao esdrúxulo cenário em que essa “reserva” travada no staking ou na provisão de liquidez seria vista como uma transação tributável, o que seria um desvio significativo do que entendemos por uma “transação” no sentido fiscal. Se práticas como staking e DeFi vierem a ser submetidas à CBS e ao IBS, correremos o risco de desencorajar atividades que são vitais para muitas redes de blockchain. Esta abordagem pode estagnar a inovação e, paradoxalmente, impulsionar práticas de evasão fiscal, onde os usuários procurarão maneiras de contornar esse obstáculo tributário.

A bem da verdade, qualificando-se os criptoativos como registros de logs informacionais em um grande livro razão descentralizado e distribuído, é possível afirmar que os criptoativos e tokens estão em “todos os lugares e em lugar nenhum ao mesmo tempo”, de modo que não existem critérios seguros e simples para definir quando se considera que um criptoativo é oriundo do exterior.

Tratando-se de formas imateriais que não são submetidas a desembaraço aduaneiro, não há clareza quanto à definição do local⁵⁰ e do momento em que será considerado devido o pagamento da CBS e do IBS. No contexto da criptoeconomia, não há critérios para definir se será, por exemplo, o domicílio do adquirente do criptoativo, o local da exchange em que foi adquirido o criptoativo, etc.

Sem uma orientação explícita sobre a aplicação do IVA sobre tokens de pagamento e de utilidade em um futuro próximo, os prestadores de serviços de ativos virtuais brasileiros poderão ser prejudicados com a insegurança jurídica relativa à incidência de IBS/CBS, dificultando assim o progresso tecnológico e o desenvolvimento da criptoeconomia no Brasil.

Como desdobramento dos desafios afetos à materialidade da CBS e do IBS, temos, ainda, a questão espacial, haja vista que o IVA-dual se propõe a ser um sistema de tributação⁵¹ no destino.

O Art. 156-A §5º IV propõe critérios para a definição do “ente de destino” da operação para fins de aplicação do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS). No entanto, a redação apresenta desafios consideráveis na definição de “destino” no contexto do

⁵⁰ Por fim, as mesmas dificuldades são verificadas na hipótese de exportação. De acordo com a PEC 45, a exportação não está submetida à incidência do IBS/CBS, de modo que, no contexto da criptoeconomia, não se tem segurança para concluirmos quando será considerado exportado o criptoativo e/ou o serviço desenvolvido pelas prestadoras de serviços de ativos virtuais. Seguindo a mesma lógica, a exportação merece a mesma atenção despendida em relação à importação.

⁵¹ A operacionalização desse recolhimento se daria por meio do intermediário. O Art. 156-A § 3º prevê que lei complementar poderá definir como sujeito passivo do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) a pessoa que concorrer para a realização, execução ou pagamento da operação, mesmo que seja residente ou domiciliada no exterior. Essa disposição apresenta desafios significativos que merecem atenção no que se refere à criptoeconomia. O dispositivo poderá alçar à condição de responsável tributário entidades que não fazem parte da relação jurídica da operação, como as exchanges, por exemplo. Isso significa que pessoas ou empresas que não possuem interesse comum jurídico na transação e que atuam como meras intermediárias – como as exchanges e tokenizadoras – estarão sujeitas ao ônus tributário do IBS, na condição de responsável tributário meramente por conta do fato de que concorrem para a realização, execução ou pagamento da operação. Essa inclusão pode gerar complicações sobre quem efetivamente deve ser responsável pelo recolhimento do imposto. O referido artigo pode criar uma situação similar à problemática da inconstitucionalidade das leis estaduais que outorgam responsabilidade tributária aos marketplaces em relação ao ICMS devido pelos comerciantes de suas plataformas. Essa questão já tem sido objeto de discussões e questionamentos sobre a adequação constitucional das responsabilidades tributárias impostas a terceiros que não estão envolvidos diretamente na operação.

“mundo cripto”, onde os criptoativos e tokens têm características únicas e não possuem geolocalização pré-definida.

A redação apresenta ambiguidade ao mencionar critérios como “local da entrega”, “disponibilização” ou “localização do adquirente do bem ou serviço” como possíveis elementos para determinar o destino da operação.

No contexto da criptoeconomia, esses critérios podem não ser facilmente aplicáveis, pois, consoante já destacado, os tokens – notadamente aqueles cujo valor intrínseco decorre eminentemente de atribuições e funções *on-chain* sem referibilidade a *off-chain assets* – são formas intangíveis que não se enquadram nas tradicionais noções de “entrega” ou “localização”, haja vista que: (i) podem ser acessados de qualquer lugar, inclusive do exterior; (ii) e não possuem uma geolocalização pré-definida, o que dificulta a aplicação dos critérios tradicionais de destino.

Definir o “local” de uma operação envolvendo criptoativos pode ser um desafio complexo e passível de interpretações distintas.

No caso de uma *exchange* nacional, por exemplo, que presta serviço ao público brasileiro, não se pode ignorar a possibilidade de que seja qualificado como “local do destino” o domicílio de cada usuário, resultando em dificuldades pragmáticas, bem como em majoração dos custos de conformidade tributária.

Consequentemente, a ausência de critérios claros para determinar o local de destino das operações com criptoativos para fins de incidência do IBS/CBS pode levar a conflitos.

Por fim, o Art. 156-A, §5º, V, “b” e o artigo 10, I, da PEC⁵² propõem regimes específicos de tributação para serviços financeiros, operações com bens imóveis, planos de assistência à saúde e concursos de prognósticos, permitindo alterações nas alíquotas, regras específicas de creditamento e base de cálculo.

⁵² “Art. 156-A, §5º [...] V – regimes específicos de tributação para: b) serviços financeiros, operações com bens imóveis, planos de assistência à saúde e concursos de prognósticos, podendo prever: 1. alterações nas alíquotas, nas regras de creditamento e na base de cálculo, admitida, em relação aos adquirentes dos bens e serviços de que trata esta alínea, a não aplicação do disposto no § 1º, VIII; 2. hipóteses em que o imposto será calculado com base na receita ou no faturamento, com alíquota uniforme em todo território nacional, admitida a não aplicação do disposto no § 1º, V a VII, e, em relação aos adquirentes dos bens e serviços de que trata esta alínea, também do disposto no § 1º, VIII. (...) Art. 10. Para fins do disposto no art. 156-A, § 5º, V, ‘b’, da Constituição Federal, consideram-se: I – serviços financeiros: a) operações de crédito, câmbio, seguro, resseguro, consórcio, arrendamento mercantil, faturização, securitização, previdência privada, capitalização, arranjos de pagamento, operações com títulos e valores mobiliários, inclusive negociação e corretagem, e outras que impliquem captação, repasse, intermediação, gestão ou administração de recursos; e b) outros serviços prestados por entidades administradoras de mercados organizados, infraestruturas de mercado e depositárias centrais, e por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na forma de lei complementar (...)”

Considerando que, de acordo com a Lei 14.478/2022 e o Decreto 11.563/2023, os prestadores de serviços de ativos virtuais são entidades formalmente submetidas ao BACEN, essas empresas poderiam ser atraídas para o regime específico do setor financeiro, ainda que sequer se saiba como serão os detalhes do referido regime.

A dúvida surge quanto à amplitude de aplicação do regime destinado ao setor financeiro.

Se em função do sujeito, ou seja, das prestadoras de serviços de ativos virtuais, abarcando todas as atividades desenvolvidas por tais entidades, independentemente do ativo envolvido.

Ou, por outro lado, se em função do objeto transacionado (do próprio criptoativo), excluindo-se do regime destinado ao setor financeiro os tokens de utilidade e NFTs não-financeiros, sob o fundamento de que a Lei 14.478/2022 estabeleceu expressamente que estão fora do âmbito de incidência da Lei os ativos virtuais que dão acesso a bens e serviços ou que sejam a representação digital de valores mobiliários e de ativos financeiros.

Portanto, alguns tokens podem estar inseridos no conceito de “serviços financeiros”, ao passo que outros tokens estariam fora do referido regime.

A aplicação de regimes específicos distintos para diferentes tipos de tokens pode levar a uma complexidade tributária significativa para a criptoeconomia brasileira, resultando em dificuldades administrativas e desafios no cumprimento de obrigações tributárias distintas para uma mesma empresa.

Como se vê, tamanha a abstração da novel norma: (i) não há clareza para identificar os impactos da inclusão dos prestadores de serviços de ativos virtuais no regime específico destinado ao setor financeiro; e, conseqüentemente, diante dessa imprevisibilidade, (ii) não é possível identificar se referido regime é coerente com a realidade da criptoeconomia ou se, por outro lado, far-se-ia necessária a criação de um regime específico para o setor de tecnologia.

Por essas razões, diante do alto potencial de crescimento da criptoeconomia, é importante que os desafios acima mapeados sejam levados em consideração quando da discussão da PEC 45 pelo Senado Federal e, após isso, na elaboração da lei complementar que fixará as normas gerais dos novos tributos.

CONCLUSÃO

Decifrar bases de cálculo, rastrear operações e assegurar a obediência às normas seriam desafios monumentais, aumentando o ônus de compliance tanto para a administração fiscal quanto para os contribuintes.

Ao pensar em tributação no universo dos criptoativos, é crucial que as autoridades considerem cuidadosamente as especificidades dessas atividades. A imposição de carga tributária de forma precipitada pode ter consequências indesejadas para um setor em pleno crescimento e inovação.

Logo, reforçando o quanto exposto ao longo deste artigo, somos obrigados a ressaltar, novamente, o caráter instrumental das tecnologias de registro distribuído, daí por que, também em âmbito fiscal, as consequências tributárias advindas de operações com criptoativos estão diretamente atreladas à sua natureza camaleônica, com enfoques diferentes a depender do tributo incidente (se federal, estadual ou municipal).

Qualquer proposta de reforma tributária que busque tributar signos de riqueza criptoeconômicos deve estar atenta a esta perspectiva funcional, ao conteúdo e aos direitos subjacentes aos criptoativos e tokens, traduzindo-se em uma abordagem de prevalência da substância (funções, direitos e conteúdos afetos ao token) sobre a forma (o aspecto envelopar do token “enquanto veículo”).