

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL APLICÁVEL À EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE BITCOIN NO BRASIL

INTERNATIONAL TAX PLANNING RELATED TO BITCOIN OPERATION IN BRAZIL

Carlos Otávio Ferreira de Almeida

Professor do Mestrado em Direito Tributário Internacional do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Professor Coordenador do LL. M em Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC). Professor do Curso de Especialização em Direito & Economia da UNICAMP. Pesquisador Visitante na Vienna University of Economics and Business (Áustria). Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP, Mestre em Direito Público pela UERJ e Master of Laws in Taxation pela University of Florida (EUA). Assessor Científico da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). E-mail: cofalmeida@hotmail.com

Rodrigo A. Lazaro Pinto

Advogado, Contabilista e Juiz Contribuinte do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (2020/21). Mestre em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Palestrante e Instrutor do Conselho Regional de Contabilidade (CRC-SP). Diretor da Regional São Paulo da Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade (Anefac). Membro das Comissões Especiais de Contencioso Tributário e Direito Aduaneiro da Ordem dos Advogados do Brasil em São Paulo (OAB-SP). E-mail: rodrigolazp@yahoo.com.br

Recebido em: 09-11-2020

Aprovado em: 14-12-2020

RESUMO

O presente artigo aborda a tributação de um caso hipotético relacionado à exploração comercial de bitcoins no Brasil, tendo por objetivo analisar os impactos da constituição de empresas em duas jurisdições no exterior para exploração, no mercado nacional, da comercialização de bitcoins, assim como as respectivas aplicações das regras de estabelecimento permanente.

PALAVRAS - CHAVE: BITCOINS, CRIPTOMOEDAS, PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO
INTERNACIONAL, ESTABELECIMENTO PERMANENTE

ABSTRACT

This paper proposes the analysis of the taxation of a hypothetical case related to the commercial operations of bitcoins in Brazil. Thus, it analyzes the expected tax impacts of the use of holding companies in two jurisdictions abroad in order to explore the domestic market, the use of a company responsible for mining activities and the application of permanent establishment rules in the case.

KEYWORDS: BITCOINS, CRYPTOCURRENCIES, INTERNATIONAL TAX PLANNING, PERMANENT ESTABLISHMENT

I – INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe a análise de um caso hipotético relacionado à estruturação de uma operação envolvendo a exploração comercial de *bitcoins* no território nacional¹.

Assim, parte-se da ideia de exploração comercial de *bitcoins* a partir de uma empresa nacional cujo fim seria o de obter a moeda por meio de diversas atividades disruptivas em jurisdições que aceitam criptoativos como atividade de mercado, independentemente de a legislação local considerá-los moeda. A sociedade é composta por dois sócios, sendo um residente doméstico e outro no exterior, mas com representante legal local. O capital da empresa é expresso em *bitcoins* e foi considerado integralmente subscrito pelos sócios e sua sede se encontra em um escritório virtual no Brasil².

Os sócios determinam a criação de uma *holding* na Holanda, a fim de deter sua participação societária na empresa brasileira e gerir os negócios desta sociedade naquela jurisdição. A empresa holandesa, por sua vez, teria como sócias estruturas formadas por comanditas nas Antilhas Holandesas. O capital social da empresa holandesa foi estabelecido em *bitcoins*. A *holding* holandesa projetou um sistema de contratos para regular as relações com outras empresas participantes do negócio com *bitcoins*, viabilizando a remuneração de parceiros por comissão por transações celebradas com *bitcoins*.

Para as atividades de mineração (*mining*) de *bitcoins*, os investidores decidiram abrir uma empresa em Israel, jurisdição atrativa tanto por seu reconhecido desenvolvimento

1 Agradecemos a colaboração de Fernando Aurelio Zilveti – que muito contribuiu com o desenho da operação sob estudo, inclusive na escolha das jurisdições em questão – e de Ailton Claudio Ribeiro, Isabella Rossi Pinheiro, Luna Pantoja e Pedro Leonardo Stein Messetti – que indicaram diversos pontos relevantes na tributação proposta na complexa estrutura hipotética sob análise –, respectivamente, Professor e alunos do Curso de Mestrado em Tributação Internacional e Desenvolvimento do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT.

2 No caso da pessoa jurídica constituída no Brasil, o domicílio é o lugar de constituição da empresa onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos, nos termos da Solução de Consulta Cosit n. 27/2013. Por outro lado, escritório virtual é uma alternativa para domicílio fiscal de empresas em início de atividade ou com pequena estrutura operacional para exercício de seu objeto social. Não é raro que empresas optantes por esta solução paguem pela manutenção de seu registro no local e recebam correspondências, iniciem os serviços de secretária e apliquem outras soluções ofertadas por espaços de coworking.

tecnológico, como pela questão fiscal, pois mantém tratado de bitributação com diversas jurisdições, inclusive com o Brasil.

Outro fato relevante para a escolha de Israel como base para as atividades de mineração foi o sigilo de informações sobre transações e pessoas envolvidas nas atividades internacionais com Brasil e Holanda. A empresa israelense ficaria responsável por todas as atividades de mineração típicas, contratando com a *holding* holandesa sem relação societária, sequer cruzada.

A empresa *holding* da Holanda teria, com as demais empresas, uma relação comercial mediante comissão pura pelas atividades relacionadas ao mercado de negociação de moeda virtual. Segundo contratos, as empresas brasileira e israelense prestariam serviços com remuneração em *bitcoins*.

Assim, como escopo de análise do presente artigo, tem-se por hipótese a atuação, por parte da *holding* holandesa, através da configuração de um estabelecimento permanente em Israel e outro no Brasil, restando, por conseguinte, a necessária conclusão acerca de como poderia esse grupo planejar seus negócios com *bitcoin* nessas circunstâncias.

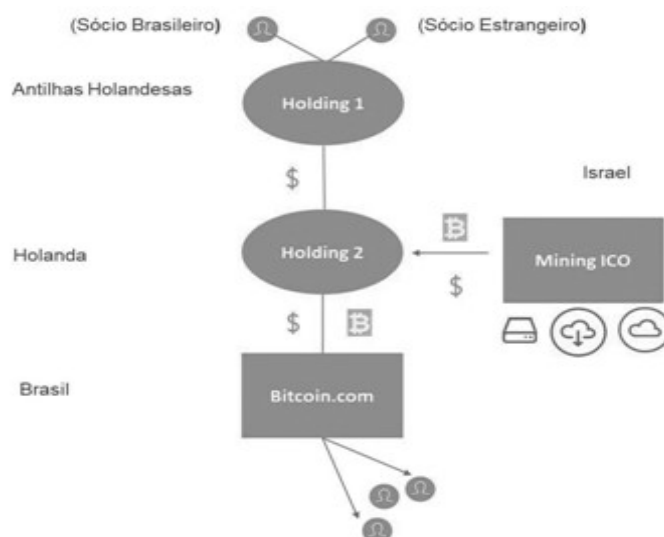
Como premissas para o presente artigo, a estrutura visa atingir o mercado nacional via empresa constituída no Brasil (doravante “Bitcoin.com”) e os sócios não são residentes no país (doravante “Sócio Brasileiro” e “Sócio Estrangeiro” ou, em conjunto, “investidores”) como parte da estratégia fiscal. Outras premissas necessárias para o estudo do caso são a existência de fluxo financeiro para fundamentar a criação das *holdings* (localizadas nas Antilhas Holandesas e Holanda, doravante, respectivamente, “Holding 1”³ e “Holding 2”⁴), que, a seu turno, devem possuir estrutura mínima para o exercício da atividade de detenção de quotas sociais e avaliação de investimento⁵. A empresa constituída em Israel (doravante “Mining ICO”) possui capital investido necessário para o desenvolvimento de sua atividade e seu controle societário não é comum às demais empresas acima relacionadas.

No intuito de facilitar o entendimento do caso, pode-se resumir a estrutura proposta no quadro a seguir (**Figura 1**):

3 A constituição da Holding 1 nas Antilhas Holandesas foi definida pela tributação reduzida de imposto de renda sobre dividendos para empresas qualificadas e alíquotas zero para juros e royalties. Ressalte-se que, após reforma constitucional, as Antilhas Holandesas deixaram de existir desde 10 de outubro de 2010. Daquela data em diante, o acordo de dupla tributação – ADT continua a ser aplicado a Aruba.

4 Brasil e Países Baixos possuem um ADT em vigor.

5 Há um recorte metodológico no presente artigo no sentido de tangenciar questões relacionadas a razões econômicas válidas e limites para elusão fiscal. Embora sejam pontos importantes para direcionar a validade da presente estrutura, o formato para desenvolver o presente estudo não permite o enfrentamento dessas questões correlatas ao tema em debate.



Inicialmente, necessário analisar a influência disruptiva da criptomoeda *bitcoin* na estrutura acima, especialmente para investigar sua natureza jurídica e respectivos efeitos fiscais nas jurisdições envolvidas (Holanda, Israel e Brasil) para, então, entender os efeitos fiscais relacionados às regras de estabelecimento permanente nos países em referência.

II – A NATUREZA JURÍDICA DO BITCOIN E SUA INFLUÊNCIA NA OPERAÇÃO

O *bitcoin* é a criptomoeda mais conhecida mundialmente. Quando de sua criação, em 2008, foi cotado de modo paritário com o dólar americano (US\$ 1.00 para cada ₧ 1,00 – um *bitcoin*), a fim de viabilizar transações *on-line* de forma rápida e segura. A sua circulação viabiliza a aquisição de bens, direitos e serviços em favor de seu titular como uma moeda tradicional, como indica Aleksandra Bal⁶:

“Em termos simples, os *bitcoins* são transferidos de computador a computador por meio de um sistema de *hashes* criptográficos e mantidos seguros por meio de criptografia de chave pública-privada. Usuários podem armazenar sua moeda em uma ‘carteira’, que assume a forma de *software* instalado em seu computador ou em uma conta baseada na Web. Cada transação de pagamento é transmitida para a rede e incluída em *blockchain*, para que os *Bitcoins* usados não possam ser gastos duas vezes. Novos *Bitcoins* são gerados de maneira distribuída a uma taxa previsível.” (Tradução livre)

6 BAL, Aleksandra. How to tax Bitcoin? In: CHUEN, David Lee Kuo (ed.). Handbook of digital currency: Bitcoin, innovation, financial instruments and bid data. Los Pasos: Elsevier, 2015, p. 267/282. No original: “In simple terms, bitcoins are transferred from computer to computer via a system of cryptographic hashes and kept secure through public-private key cryptography. Users can store their currency in a ‘wallet’, which takes the form of either software installed on their computer or a web-based account. Each payment transaction is broadcast to the network and included in the block chain, so that the used Bitcoins cannot be spent twice. New Bitcoins are generated in a distributed fashion at a predictable rate.”

Como visto, a “carteira” (*wallet*) carregará o saldo de *bitcoins* em favor de seu titular, sendo as transações realizadas com base em uma tecnologia denominada *blockchain*, possibilitando o registro de todas as transações que ocorrem em um determinado mercado, equiparando-se a um “livro-razão” público e compartilhado, tornando as operações com criptomoedas mais seguras, automatizadas e descentralizadas.

Além da alta volatilidade, o *bitcoin* é bastante valorizado, correspondendo B\$ 1,00 a US\$ 19.162,10⁷ ou R\$ 97.799,53. Há motivos para tanto, uma vez que ofertas iniciais de moedas (*Initial Coin Offerings* – ICO) tornaram-se meios eficazes de alavancagem para *startups* em diversos países; além disso, outras tecnologias de *blockchain* viabilizaram o surgimento de novas criptomoedas com grande poder de mercado. Fato é que as moedas virtuais apresentam alto potencial de investimento e descentralização, capazes, portanto, de propiciar um autêntico sistema econômico alternativo e independente de bancos ou intermediários para formalizar transações⁸.

Regra geral, moedas virtuais não se submetem a uma entidade administradora central, o que dificulta a ação de autoridades financeiras e fiscais no sentido de mapear operações realizadas pelos titulares de *bitcoins* para lhes aferir os ganhos e respectiva oferta à tributação⁹. Em razão dessa vigente desregulação, grandes movimentos especulativos de oferta e demanda explicam a supervalorização e influenciam na oscilação do valor de mercado das moedas virtuais.

Em relação à controversa natureza jurídica do *bitcoin*, há uma predominância de jurisdições por reconhecê-lo como “ativo financeiro” (propriedade) ao invés de “moeda”, sendo ainda um ponto em busca de consenso o reconhecimento expresso de sua legalidade para fins de tributação. Alguns poucos países o reconhecem como “moeda” e adotam as respectivas regras de tributação sobre variação cambial e ganhos decorrentes de aplicação em moeda¹⁰.

7 Cotação para 14 de dezembro de 2020, conforme website <http://www.bitcoin.com>.

8 Cf. BORGES, Alexandre Siciliano; e BARBOSA, Mateus Calicchio. O *Commissionaire Agreement* e a caracterização de estabelecimento permanente. In: CASTRO, L. F. M. e (coord.). Tributação internacional: análise de casos. São Paulo: MP, 2015, v. 2, p. 175: “[...] cinco características básicas, assim listadas pelo já mencionado grupo de estudo do FMI: (i) as moedas virtuais representam valores digitalmente; (ii) não possuem curso legal; (iii) são ‘convertíveis’ no mundo real em bens, serviços e até mesmo em moedas oficiais; (iv) são ‘descentralizadas’, isto é, não respondem a uma autoridade central (embora outros modelos, ainda que híbridos, pareçam estar surgindo); e (v) fazem uso de tecnologia criptográfica para validação.”

9 Cf. MARIAN, Omri Y. Are cryptocurrencies ‘super’ tax havens? *Michigan Law Review First Impressions* 38 (2013). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2305863#. Acesso em: 14 abr. 2020.

10 Cf. MEDAGLIA, Thiago Rufalc; e VISINI, Eric Simões. Breves considerações sobre o tratamento legal, contábil e fiscal das moedas virtuais. In: MONTEIRO, A. L. M. R. M.; FARIA, R. V.; e SILVEIRA, R. M. (coord.). Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 625: “Nesse contexto, o Internal Revenue Service editou em 2014 o Notice 2014-21, que esclarece como os princípios tributários gerais devem ser aplicados às transações envolvendo moedas virtuais. Em sua seção 04, expressamente define as moedas virtuais como ‘propriedade’. [...] Diversos outros países seguiram tal exemplo, usualmente estabelecendo que a legalidade dessas moedas virtuais não precisaria ser objeto de lei, contudo diferenciando tal instrumento de moedas propriamente ditas. Alguns desses países são: Dinamarca, Rússia, Suécia, Itália, Espanha, França, Portugal, Grécia, Turquia, Países Baixos, dentre tantos outros [...]. Embora as moedas virtuais não tenham sido objeto de regulamentação, no Orçamento 2017-2018 publicado em junho de 2017 é expressamente afirmado que não cabe tributação indireta (general sales tax) sobre as moedas virtuais, na medida em que essas devem ser tratadas como ‘dinheiro’.”

III – TRIBUTAÇÃO DA OPERAÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE BITCOINS NA HOLANDA

As moedas virtuais, inclusive *bitcoins*, não se enquadram no escopo do *Act on Financial Supervision* da Holanda, porquanto não sofrem qualquer impedimento de serem comercializadas em sua jurisdição¹¹. O governo holandês considera as moedas digitais como “itens de troca” (*barter items*), o que possibilita a seus titulares negociá-las sem a necessidade de licenças específicas de autoridades monetárias ou financeiras.

Em relação à tributação, a Holanda tributa os lucros em operações com *bitcoins* de acordo com suas alíquotas básicas de imposto de renda e considera as operações com criptoativos exonerada de Imposto sobre Valor Agregado – IVA¹². Assim, no caso sob análise, a tributação estará sujeita ao imposto de renda corporativo à alíquota de 25% incidente sobre o lucro líquido em caso de venda dos ativos para a “Bitcoin.com”.

Outra hipótese é a realização de operações que apenas alterem contas contábeis patrimoniais da “Holding 2”, sem influenciar em seu resultado operacional. Uma primeira hipótese é o aumento de capital na “Bitcoin.com” por meio de *bitcoins*¹³, correspondente ao valor justo em moeda nacional no ato de sua integralização ao capital. Uma outra hipótese é a possibilidade de empréstimo de *bitcoin* da “Holding 2” para “Bitcoin.com”¹⁴. Como o *bitcoin* não é reconhecido como moeda na Holanda, a validade do registro de empréstimo poderia ser recusada pela autoridade holandesa, mesma sorte em não reconhecer o capital social da “Holding 2” em *bitcoins*, demandando uma análise específica sobre a questão.

Em relação aos dividendos a serem distribuídos para a “Holding 1”, o art. 11 do Acordo de dupla tributação (ADT)¹⁵ entre Países Baixos e Antilhas Holandesas estabelece uma

11 The Law Library of Congress. Regulation of Bitcoin in selected jurisdictions, Global Legal Research Center. 2014. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

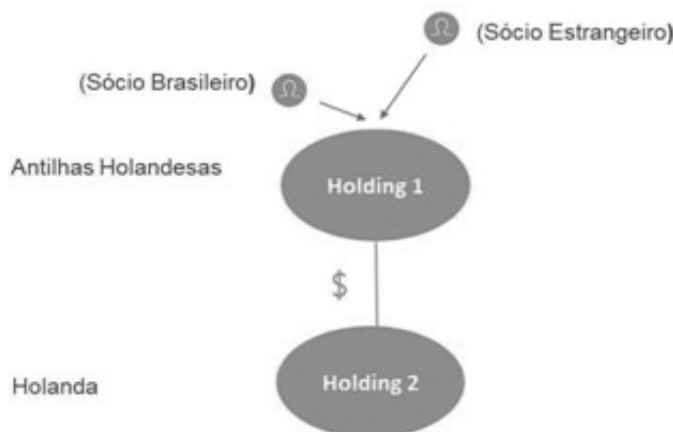
12 Cf. Grant Thornton Accountants en Adviseurs. Bitcoins hits 10000 dollar what about cryptocurrency and taxes. Disponível em: <https://www.grantthornton.nl/en/insights-en/articles/bitcoin-hits-10000-dollar-what-about-cryptocurrency-and-taxes/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

13 Não foi encontrada vedação em sua realização em artigos científicos ou textos legais da área fiscal, mas a questão de sua regularidade poderia ser endereçada a um consultor local para opinar sobre sua viabilidade legal.

14 A questão do reconhecimento da operação de aumento de capital na jurisdição brasileira está calcada na manifestação da Receita Federal do Brasil, a qual será analisada abaixo (item V). Em relação ao seu valor, é necessário avaliar o valor justo do ativo para fins de reconhecimento do ativo transferido a “Bitcoin.com”.

15 Acordos para evitar a bitributação ou dupla tributação, consagrados na terminologia do Direito Tributário Internacional também como acordos ou tratados de bitributação ou dupla tributação. Doravante, ADT.

limitação de imposto de renda retido na fonte de 7,5% (5,5% se existir acordo entre as jurisdições)¹⁶ sobre os dividendos distribuídos com sua controlada¹⁷ (Figura 2):



A jurisdição de Aruba, país que assumiu direitos e deveres como consignatário do ADT com a Holanda, possui benefícios fiscais relacionados a investimentos *inbound*. Os dividendos recebidos por uma empresa residente em Aruba de uma empresa estrangeira estão isentos de tributação sobre a renda ao abrigo das regras de *participation exemption*¹⁸, não sendo aplicável eventual período mínimo de detenção de quotas ou requisitos de participação mínima no capital social¹⁹.

IV – TRIBUTAÇÃO DA ATIVIDADE DE *MINING* EM ISRAEL

A operação indicada no exemplo consiste na contratação da empresa “Mining ICO”, localizada em Israel, para mineração de *bitcoins* em favor da “Holding 2” estabelecida na Holanda mediante uma remuneração em *bitcoins* (Figura 3):

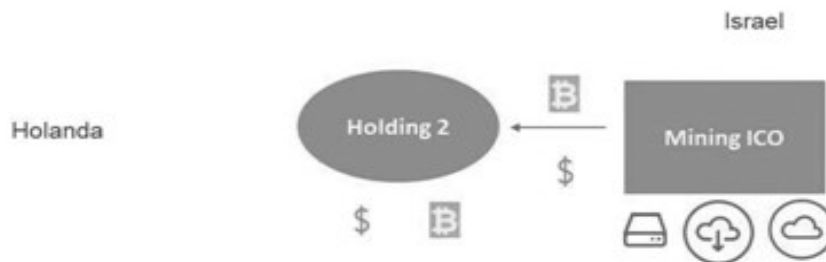
16 ADT Holanda – Antilhas Holandesas, Article 11: “Dividends derived by a resident of one of the countries and owed by a company which is a resident of one of the other countries may be taxed in the first-mentioned country.

Where a withholding tax on dividends is levied in the country of which the company owing the dividend is a resident, the first paragraph shall not affect such taxation provided that the rate does not exceed 15%. The rate of tax referred to in the second paragraph shall, under conditions to be determined more specifically in order to secure the correct application of this Article with respect to its purpose as well as its meaning, not exceed 7.5% if the dividend is derived by a company the capital of which is wholly or partially divided into shares and which is a resident of the other country and which holds at least 25% of the paid-up capital of the company owing the dividend. However, in the case referred to in the preceding sentence, the rate shall, under conditions to be determined more specifically in order to secure the correct application of this Article with respect to its purpose as well as its meaning, not exceed 5% if the dividend is subject to a tax on profits at a rate of at least 5.5% in the country of which the company deriving the dividend is a resident. The competent authorities shall by mutual agreement settle the mode of application of this and the preceding paragraph. [An amendment setting out the ‘conditions to be determined’ was signed on 9 January 1996. For the text, see the additional protocol].”

17 Como indica o art. 11 do ADT em referência, define-se a relação em questão se a empresa detém, pelo menos, do capital integralizado realizado pela empresa que irá pagar os dividendos.

18 Em termos gerais, *participation exemption* é definida como isenção de tributação sobre dividendos recebidos por acionistas ou quotistas em empresas domésticas ou estrangeiras ou isenção sobre eventuais ganhos de capital decorrentes da venda de sua participação societária, desde que respeitados os critérios legais para sua fruição. Em regra, a sua adoção visa eliminar a dupla tributação sobre os sócios ou a distribuição da carga entre os países de fonte e residência. Assim, sem as regras de *participation exemption*, os sócios poderiam ser tributados duplamente sobre a receita de dividendos recebidos em outros países, mesmo considerando a existência de uma tributação prévia sobre o lucro da empresa estrangeira. Por outro lado, a existência de regras de *participation exemption* promove a atratividade de investimentos às jurisdições que adotam sua aplicação, inclusive com a possibilidade de combinação de seus benefícios com as regras de ADT em favor de uma holding ali localizada.

19 IBFD, Aruba – Corporate Taxation – Country Surveys – 2. Transactions between Resident Companies. 2019. Disponível em: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/linkresolver/static/tt_aw-us_01_eng_1986_tt. Acesso em: 14 abr. 2020.



O processo de “mineração” pode ser definido como um meio para criação de novos *bitcoins* pelo processamento de dados no sentido de decifrar complexos algoritmos. Em recompensa, esses novos *bitcoins* são atribuídos às carteiras (*wallets*) de seus decifradores²⁰:

“O processo de computação e verificação é conhecido como ‘mineração’ de *bitcoin* – pois os membros da rede podem criar novos *bitcoins* no sistema realizando esse processo. Os membros da rede que concluem a difícil tarefa de verificar uma transação recebem uma ‘recompensa’ específica. A palavra ‘recompensa’ é enganosa, pois indica que há uma transferência do valor existente. Este não é o caso, no entanto, como a recompensa de *bitcoin* só existe após a conclusão do processo de mineração. A dificuldade associada à mineração de *bitcoin* deu origem a grupos ou coletivos, conhecidos como ‘pools de mineração’ que trabalham juntos para minerar *bitcoin*. A recompensa por uma verificação de bloco começou em 50 *bitcoins*, no entanto, esse valor é reduzido pela metade para cada 210.000 blocos verificados. O valor da recompensa foi reduzido para 25 *bitcoins* em novembro de 2012. A data projetada para atingir o ponto em que todo *bitcoin* foi extraído e introduzido no sistema é 2140.” (Tradução livre)

A natureza jurídica controversa da mineração é um assunto muito debatido pelas diversas jurisdições²¹. É digna de nota a manifestação do *Internal Revenue Service* (IRS) dos Estados Unidos, em seu Notice 2014-21, no qual considera a tributação da atividade de “mineração”

20 AKINS, Benjamin W.; CHAPMAN, Jennifer L.; e GORDON, Jason M. A whole new world: income tax considerations of the Bitcoin economy. *Pittsburgh Tax Review*, Forthcoming, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2394738>. Acesso em: 10 jul. 2019. No original: “The computation and verification process is known as bitcoin “ining” – as network members can create new bitcoins in the system by undertaking this process. Network members who complete the difficult task of verifying a transaction receive a specific ‘reward’. The word ‘reward’ is deceptive as it indicates that there is a transfer of existing value. This is not the case, however, as the bitcoin reward only comes into existence upon the completion of the mining process. The difficulty associated with mining bitcoin has given rise to groups or collectives, known as ‘mining pools’ who work together to mine bitcoin. The reward for a block verification began at 50 bitcoins; however, this amount is halved for every 210,000 blocks verified. The reward amount halved to 25 bitcoins in November of 2012. The projected date for reaching the point where all bitcoin has been mined and introduced into the system is 2140.”

21 Cf. MEDAGLIA, Thiago Rufalco; e VISINI, Eric Simões. Breves considerações sobre o tratamento legal, contábil e fiscal das moedas virtuais. In: Renato Vilela Faria (coord.). *Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 305: “a mineração materializa um procedimento pelo qual as criptomoedas são ‘geradas’. [...] Por meio desse procedimento, utiliza-se a capacidade de processamento computacional para resolver complexos algoritmos (no caso dos Bitcoins, esse algoritmo é intitulado de ‘Blocks’). Esse procedimento envolve a compilação de transações recentes em blocos (por isso o título ‘Block’) e o descobrimento de uma solução a uma ‘equação computacional’. Aquele que primeiro resolver tal ‘equação’ é autorizado a alocar esse bloco de transações no ‘Blockchain’ (corrente de blocos) e receber a ‘recompensa’, que pode ser desde monetária até as próprias criptomoedas.”

de moeda virtual como sendo equiparada ao *self-employment tax*, equivalente a uma pessoa física que exerce atividade comercial de forma contínua e como negócio²².

Para Thiago Rufalco Medaglia e Eric Simões Visini, a “contrapartida” à mineração não pode ser considerada uma doação, mas uma promessa de recompensa, nos termos Código Civil, *verbis*:

“Da Promessa de Recompensa

Art. 854. Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido.”

Assim, os citados autores entendem que o ganho obtido pelo minerador não resulta da simples prestação de um serviço, mas da efetiva natureza de recompensa à atividade de mineração.

No entanto, a atividade em referência é muito mais próxima de uma prestação de serviço para fins de tributação, independentemente de se enquadrar ou não como sendo uma remuneração por uma promessa de recompensa. Isso porque a “Mining ICO” exerce procedimentos de processamento de dados informáticos para decifrar “algoritmos” no intuito de gerar *bitcoins* em favor da “Holding 2”, recebendo *bitcoins* pelo resultado do serviço. A “obrigação de fazer” em referência poderá ser tratada como uma prestação de serviços descrita no art. 7 da Convenção Modelo de Dupla Tributação – CMDT da OCDE²³.

IV.1 – Manifestação do fisco e jurisprudência israelenses sobre o tema

Israel se alinha com a interpretação majoritária das demais jurisdições ao considerar que o *bitcoin* é um ativo e não uma moeda, devendo sujeitar-se, pois, ao imposto sobre ganhos de capital.

Nesse sentido, o primeiro precedente jurisprudencial israelense que se tem notícia foi proferido pelo Tribunal Distrital Central²⁴, reconhecendo a improcedência da tese de defesa

22 Internal Revenue Service. Notice 2014-21, Office of Associate Chief Counsel (Income Tax & Accounting), 2014, p. 4. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-21.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020.

23 O art. 7 da Convenção Modelo de Dupla Tributação da OCDE prevê a tributação sobre o lucro das empresas, sendo a carga fiscal exclusivamente incidente no país da fonte do rendimento. Espera-se, pois, que o lucro líquido incidente sobre a prestação de serviço seja objeto de tributação em Israel nos termos da tributação de empresas de empresas domiciliadas naquele país. É possível obter a íntegra do citado artigo na página 35 do endereço eletrônico a seguir: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em: 19 abr. 2020: “1. Os lucros de uma empresa de um Estado contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável.”

24 KHATRI, Yogita. Israeli Court rules Bitcoin is an asset in feud over tax payment. 2019. Disponível em: <https://www.coindesk.com/israeli-court-rules-bitcoin-is-an-asset-in-feud-over-tax-payment>. Acesso em: 19 abr. 2020.

de que o *bitcoin* deveria ser tratado como uma moeda estrangeira e não ser tributado pelo ganho de capital.

A referida decisão se alinha com a manifestação do governo israelense ao reputar o *bitcoin* e outras criptomoedas como ativos para fins fiscais, impondo que os lucros das criptomoedas estejam sujeitos ao imposto de renda sobre ganhos de capital sob alíquotas de 25%²⁵. Por outro lado, empresas que mineram ou comercializam criptomoedas em favor de empresas estão sujeitas, na condição de contribuintes, a um IVA (imposto sobre valor agregado) de 17%, além do citado imposto sobre ganhos de capital²⁶.

No entanto, no caso da prestação de serviço de “mineração” ao exterior (em favor de “Holding 2”) pela “Mining ICO”, é possível que se apliquem as regras de exoneração do IVA para exportação de serviços, como é a hipótese sob análise²⁷.

IV.2 – A aplicação do ADT entre Israel e Holanda

Interessa analisar se “Mining ICO” poderia ser qualificada como um estabelecimento permanente (EP) de “Holding 2” em Israel. O conceito de estabelecimentos permanentes tem evoluído com o tempo e a revolução tecnológica desde sua inserção no art. 5 (1) da Convenção Modelo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que exigia os requisitos de uma base fixa, física, para o desempenho das atividades da empresa e com permanência algo demorada.

Com efeito, a ampliação do conceito trouxe a desnecessidade da vinculação física com a jurisdição da fonte produtora dos rendimentos, mas não negligenciou a necessária atuação por funcionamento (*doing business*) e não por meros atos isolados na jurisdição da fonte. Os efeitos da qualificação de Mining ICO como um EP de Holding 2 seria a equiparação desta a residentes em Israel para fins tributários, conforme a legislação local²⁸.

Todavia, não há falar em estabelecimento permanente de “Holding 2” em Israel, mas na aplicação do art. 8 (Lucro das empresas) estabelecido no ADT entre Israel e Holanda²⁹, por existir uma atividade de prestação de serviço de mineração, em que a “Holding 2” contrata

25 United States Congress. The Library of the Congress. Regulation of cryptocurrency around the World. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/world-survey.php> e <https://perma.cc/SJ48-L77X>. Acesso em: 19 abr. 2020.

26 Idem à Nota de Rodapé n. 9, acima.

27 Ministério das Finanças de Israel. Israeli Exports exempt from issuing export declaration. Disponível em: <https://taxes.gov.il/English/customs/Pages/TaxesCustomsLobby.aspx>. Acesso em: 19 abr. 2020.

28 Para maiores detalhes acerca dos estabelecimentos permanentes, v. ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. Tributação internacional da renda: a competitividade brasileira à luz das ordens tributária e econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2014, I.1.5, p. 57-65.

29 ADT Israel – Holanda. Article 8: “The profits of an enterprise of one of the States shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment.”

a “Mining ICO” com o fito de solucionar uma “equação computacional” para gerar *bitcoins* a seu favor.

No caso, é possível sustentar que a tributação sobre a renda é exclusiva da fonte, assim como não há um estabelecimento permanente da “Holding 2” em Israel em razão da “Mining ICO” ser uma empresa independente e atuando exclusivamente para prestação de serviços naquela jurisdição, nos termos do art. 8.2 do citado Tratado³⁰.

V – TRIBUTAÇÃO DE BITCOIN NO BRASIL

No Brasil, o capital da empresa “Bitcoin.com” deve ser expresso em reais, mas poderá ser composto por qualquer espécie de bens, inclusive *bitcoins*, em linha com a definição corrente de ativos financeiros³¹.

Em relação à atividade da “Bitcoin.com”, a legislação brasileira reconhece apenas o real como moeda circulante no Brasil, razão pela qual a circulação de *bitcoin* não é referendada pelo ordenamento jurídico como *moeda*. As manifestações do Banco Central do Brasil consideram as moedas virtuais como *moeda em sentido lato*, particularmente quando afirmam que o *bitcoin* e outras moedas virtuais “não são referenciadas em reais ou em outras moedas estabelecidas por governos soberanos”³².

V.1 – Atividade de compra e revenda de bitcoins

A primeira manifestação de relevância da Receita Federal do Brasil (RFB) foi endereçada em seu Manual de Perguntas e Respostas, ao esclarecer que as moedas virtuais, “muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como ‘outros bens’, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro.”³³

30 ADT Israel – Holanda. Art. 8.2: “Where an enterprise of one of the States carries on business in the other State through a permanent establishment situated therein, there shall in each State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.”

31 Em resposta a uma consulta feita pela Junta Comercial do Estado de São Paulo – “JUCESP”, o Ministério da Economia, por meio de seu Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração – “DREI”, confirmou através do Ofício Circular SEI n. 4081/2020/ME, o qual foi encaminhado para todas as Juntas Comerciais, a possibilidade de sociedades empresárias utilizarem criptomoedas como meio de pagamento de operação societária e integralização de capital social.

32 MEDAGLIA, Thiago Rufalco; e VISINI, Eric Simões. Breves considerações sobre o tratamento legal, contábil e fiscal das moedas virtuais. In: Renato Vilela Faria (coord.). Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2019.

33 MEDAGLIA, Thiago Rufalco; e VISINI, Eric Simões. Breves considerações sobre o tratamento legal, contábil e fiscal das moedas virtuais. In: Renato Vilela Faria (coord.). Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 305: “Enquanto ativo, as moedas virtuais podem ser classificadas, conforme a legislação societária, tanto como ativo circulante ou como investimento, a depender da expectativa de realização desse ativo (art. 179, I e III, c/c art. 183, I, todos da Lei n. 6.404/76). Por fim, assemelham-se ao conceito de ‘ativo financeiro’ previsto no item 11 do Pronunciamento Técnico CPC 39, aprovado pela Deliberação CVM n. 604/2009. Como tal, para os fins do presente estudo, as moedas virtuais devem ser tratadas como ativos financeiros, devendo ser assim consideradas para fins contábeis e fiscais.”

Posteriormente, a Instrução Normativa RFB n. 1.888/2019, além de criar uma definição mais completa³⁴, instituiu a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à RFB por meio do sistema Coleta Nacional, disponibilizado por meio do e-CAC³⁵, nos termos do art. 5º, inciso II e parágrafo único, da mencionada norma infralegal.

Destaque-se, no entanto, que o art. 6º da IN RFB n. 1.888/2019 dispensa a declaração de operações realizadas por não residentes, enquanto obriga residentes, pessoas físicas ou jurídicas, a indicar os valores das operações e quantidades de criptomoedas negociadas, inclusive o endereço da *wallet* de remessa e dados do *exchange*. As *exchanges* brasileiras também deverão realizar a declaração de quantidades de moedas negociadas e em seu poder, sob pena de multa.

Considerando que o objeto social da “Bitcoin.com” estabeleceria a compra e venda de *bitcoins* no mercado doméstico como atividade principal, sendo os *bitcoins*, adquiridos ou transferidos a título de integralização de capital pela “Holding 2”, classificados como bens do estoque no ativo circulante, as operações de revenda estarão sujeitas à tributação sob o regime escolhido para a atividade, seja o lucro real ou presumido. Em resumo, os ativos, riscos e funções da “Bitcoin.com” poderiam justificar sua autonomia no exercício comercial de transações no mercado doméstico com *bitcoins*, sendo sujeita à tributação regular de uma pessoa jurídica nacional.

No entanto, é possível defender que a atividade de intermediação financeira e assemelhadas pode ser equiparada à operação de transações com *bitcoins*. Assim, a disciplina prevista na Lei n. 13.169/2015, relativa à majoração da alíquota de CSLL para as instituições financeiras e assemelhadas, poderia ser aplicada às operações de “Bitcoin.com” e reservaria uma alíquota superior ao aplicado para as demais operações comerciais e de serviços. Para o cenário proposto por Medaglia e Visini, de equiparação à atividade financeira³⁶, tem-se como carga fiscal a incidência de IRPJ/CSLL de 40% sobre o lucro líquido após ajustes e a aplicação de alíquota de 3,65% de PIS e COFINS.

34 “Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I – criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal; e

II – exchange de criptoativo: a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

Parágrafo único. Incluem-se no conceito de intermediação de operações realizadas com criptoativos, a disponibilização de ambientes para a realização das operações de compra e venda de criptoativo realizadas entre os próprios usuários de seus serviços.”

35 Centro de Atendimento do Contribuinte eletrônico, disponível no site www.rfb.gov.br.

36 MEDAGLIA, Thiago Rufalco; e VISINI, Eric Simões. Breves considerações sobre o tratamento legal, contábil e fiscal das moedas virtuais. In: Renato Vilela Faria (coord.). Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2019.

No entanto, em nossa visão, não há falar em atividade financeira ou mesmo incidência de IOF sobre as operações de “Bitcoin.com”, já que a própria Receita Federal do Brasil já reconheceu que não se trata de operação com moeda, impondo-se a tributação doméstica relativa à incidência regular sobre atividade comercial³⁷.

Ademais, vale registrar que a distribuição de dividendos da “Bitcoin.com” para a “Holding 2” é isenta de IRPJ/CSLL, sendo, inclusive, exonerada de IOF-câmbio para sua distribuição aos sócios ou acionistas no exterior.

V.2 – Intermediação de venda por comissionamento

Um modelo alternativo em relação à revenda de *bitcoins* é a exploração do mercado nacional diretamente pela “Holding 2”, ora cumulando, além de sua atividade típica de *holding*, a comercialização de criptomoedas diretamente no mercado doméstico por clientes nacionais. A figura da *holding* impura³⁸ na posição da “Holding 2” não desnatura a operação em referência.

Nessa hipótese, a empresa “Bitcoin.com” terá a função de realizar a aproximação de clientes³⁹ para compra e venda de *bitcoin* no mercado nacional, investindo em estrutura de marketing e atendimento aos interessados em efetuar transações com a “Holding 2”.

A “Bitcoin.com” não adquire propriedade das criptomoedas comercializadas pela “Holding 2”, que são vendidas ou compradas diretamente por esta última aos interessados no Brasil⁴⁰. Ademais, a “Bitcoin.com” contrata em nome e em benefício exclusivo da “Holding 2”, porquanto será remunerada exclusivamente pela comissão paga por “Holding 2” (**Figura 3**) pelos negócios fechados no Brasil:

37 É digno de nota que uma hipótese de constituição da “Bitcoin.com” é prever, em seu objeto social, a atividade principal de “investimento em criptomoeda”. Nessa senda, a classificação contábil do bitcoin se daria no ativo como investimento e, além de realizar a venda como ganho de capital sobre as operações com bitcoins, poderia fruir de um tratamento mais favorável para o PIS e COFINS em razão da isenção para venda de ativos classificados como não circulantes. No entanto, o cenário descrito nos parágrafos anteriores, sendo a atividade efetiva de comercialização de bitcoin reputado como o objeto central de sua atividade, é mais adequado o modelo acima referenciado de tributação, impondo seu oferecimento à tributação sob o lucro real ou presumido para atividade comercial exercida pela “Bitcoin.com”.

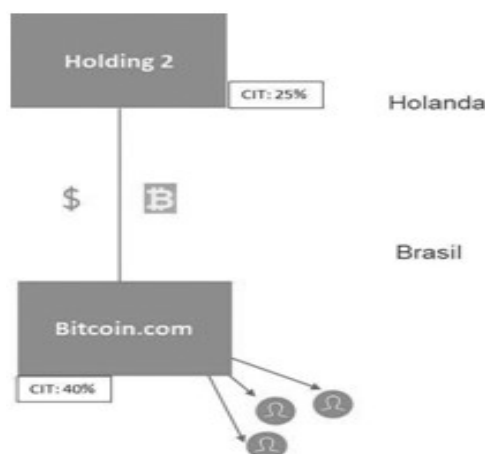
38 Em termos gerais, a sociedade holding é uma pessoa jurídica com objeto social estabelecido com o fim de deter participações societárias de outras sociedades. A figura da holding pura se apresenta na hipótese de exercer apenas o objeto de detenção de participações societárias, ao passo que uma holding impura, além de ser sócia ou acionista de outras sociedades, exerce atividade empresarial típica, como, por exemplo, atividades comerciais e serviços.

39 O comissionado ou comissário é figura típica descrita no Código Civil, como se detalha nos seguintes artigos:

“Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.

Art. 694. O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes.”

40 O art. 5º, II, da IN RFB n. 1.888/2019 obriga a “Bitcoin.com” em realizar a declaração de bitcoins negociados no sistema Coleta Nacional do e-CAC.



Este modelo de negócio, contemplando seus ativos, riscos e funções, sujeitar-se-ia à tributação doméstica apenas quanto à comissão recebida pela intermediação de negócios, resultando em ônus mais brando do que a tributação no caso de comercialização de *bitcoins*.

Aqui, vê-se uma primeira vantagem na redução da carga fiscal da operação típica de compra e venda de *bitcoin*, sendo possível incidir a tributação direta (IRPJ/CSLL) de 34% apenas sobre a parcela correspondente à comissão, a qual poderia variar, por exemplo, de 5 a 10% sobre a operação de intermediação de negócios. Tal operação seria objeto de eventual ajuste em respeito às regras de preço de transferência. Por outro lado, a incidência sobre o ganho da operação de venda poderá ser tributada na Holanda, jurisdição com carga fiscal menor do que a brasileira.

V.2.1 – Caso Dell: estabelecimentos permanentes

O art. 5(1) da Convenção Modelo OCDE estabelece critérios fundamentais na determinação da existência de um estabelecimento permanente – EP⁴¹, baseando-se na teoria da pertença econômica (*economic allegiance*)⁴², especialmente ao definir a existência de um local fixo de negócios (*fixed place of business*) em uma determinada área territorial (teste de *locus*), com duração específica (teste de *tempus*) e ativos (*ius*), a fim de explorar um negócio em caráter empresarial (teste de atividade comercial).

A despeito de ter vingado no art. 5(1) da Convenção Modelo OCDE, a pertença econômica não moldaria solitária o conceito de EP, que também observa a teoria da realização no art.

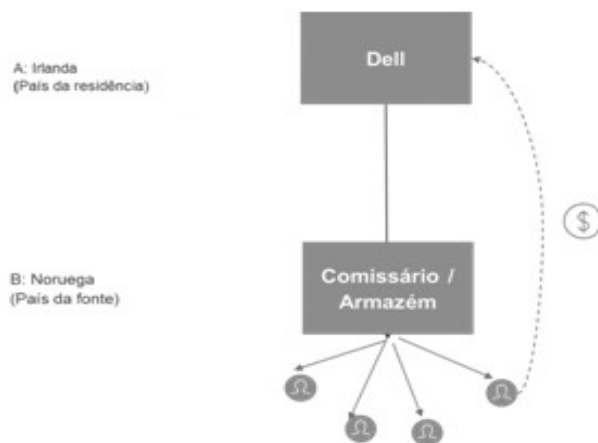
41 O Brasil não possui conceito normatizado de estabelecimento permanente. A Instrução Normativa n. 1.681/2016 se aproxima de uma conceituação ao estabelecer: “TV – estabelecimento permanente: significa uma instalação fixa de negócios por intermédio da qual uma entidade exerça toda ou parte de sua atividade em outra jurisdição, e inclui especialmente: a) uma sede de direção; b) uma filial ou uma sucursal; c) um escritório; d) uma fábrica; e) uma oficina; f) uma mina, um poço de petróleo ou de gás, uma pedreira ou qualquer outro local de extração de recursos naturais; ou g) um canteiro de obra ou um projeto de construção ou instalação, somente se sua duração exceder 12 (doze) meses;”

42 ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. Tributação internacional da renda: a competitividade brasileira à luz das ordens tributária e econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 58.

5(4) do mesmo modelo. Por conseguinte, importa destacar a atividade-fim da empresa (lucro) de atividades meramente preparatórias ou auxiliares, para fins de configuração de um EP. Nesta esteira, instalações físicas, como armazéns ou depósitos para armazenamento, exibição ou entrega de mercadorias pertencentes à empresa; ou para compra de bens ou mercadorias ou coleta de informações para a empresa localizados na jurisdição de fonte da renda não configurarão EP nos limites de um eventual acordo de bitributação assinado com base no Modelo OCDE⁴³.

Nesse contexto, a Suprema Corte da Noruega, ao analisar o Caso Dell⁴⁴, reconheceu que as atividades auxiliares e preparatórias conduzidas naquela jurisdição (Noruega) não poderiam gerar a tributação local, por não se enquadrarem no conceito vigente à época⁴⁵ de estabelecimento permanente exaustivamente defendido pelo *soft law* emanado pela OCDE⁴⁶.

A empresa “Dell Noruega” contava apenas com comissários para vendas de produtos e um armazém para atender a demanda local. A defesa da “Dell Noruega” contra a tributação da renda local por um EP se fundamentava na exclusividade de poder decisório da “Dell Irlanda” nas negociações de contratos conduzidas por seu time de vendas locais, sendo possível que esta última se recusasse a realizar a operação. Assim, estaria configurada a “Dell Noruega” como agente dependente nos termos do ADT aplicável ao caso. O desenho da operação em referência se assemelha à nova hipótese (comissionamento), ora analisado (Figura 4):



43 Os arts. 5(3) e 5(5) trazem, respectivamente, definições para EP-projeto (de construção) e EP-pessoal (agente). Ambos terão contornos próprios, já que este prescinde de base fixa enquanto aquele exige o mínimo de 12 meses de duração para um projeto de instalação ou construção. Maiores detalhes em ALMEIDA, Carlos O. F. de. Tributação internacional da renda, p. 59-65.

44 BORGES, Alexandre Siciliano; e BARBOSA, Mateus Calicchio. O Commissionaire Agreement e a caracterização de estabelecimento permanente. In: CASTRO, L. F. M. e (coord.). Tributação internacional: análise de casos. São Paulo: MP, 2015, v. 2, p. 175-201.

45 O item V.2.2 infra irá delinear a evolução do conceito de estabelecimento permanente pela CMDT-OCDE para alinhamento de sua aplicação no caso hipotético sob análise.

46 O modelo de negócios criado pela Dell na Irlanda na Noruega se justifica no fato de estar próximo aos seus consumidores e rapidez na entrega.

O pressuposto para conduzir a citada interpretação foi a inexistência de vinculação obrigatória entre os contratos realizados pelo comissário (controlada domiciliada na Noruega) ao comitente (controladora domiciliada na Irlanda), considerando a ausência de “authority to conclude contracts in the name of the enterprise”. Assim, a corte entendeu que a Irlanda possui competência para tributar rendimentos gerados pelas vendas a consumidores localizados na Noruega, nos estritos termos da interpretação do *soft law* da OCDE.

No entanto, após quase um século da criação do conceito de EP, a produção e movimentação da renda no mundo mudou drasticamente, já que cada vez mais há ênfase em serviços e intangíveis nos negócios globais. Assim, a relação direta atribuída à localização física da atividade e à receita que ela produz diminuiu consideravelmente de importância.

V.2.2 – Ações 1 e 7 do Projeto BEPS e as mudanças de entendimento

As Ações 1 e 7 do BEPS⁴⁷ abordam, respectivamente, os complexos temas da economia digital e do estabelecimento permanente, reconhecendo as limitações do sistema tributário atual.

No caso da Ação 7, preconiza-se modificar a lista de exceções ao conceito de EP, conferindo maior segurança ao que se deve entender por atividades meramente preparatórias ou auxiliares. Neste sentido, foram incluídas regras antifragmentação de contratos para evitar o uso abusivo das exceções por meio da fragmentação de atividades por várias entidades de um mesmo grupo⁴⁸. A figura do agente dependente foi modificada e o EP passou a também contemplar aquele que executa o papel principal na conclusão de contratos com clientes, mesmo que os contratos sejam concluídos pela controladora. No âmbito dessas inovações, a atividade do comissário do “caso Dell”, descrito no item precedente, configuraria um EP da controladora na jurisdição norueguesa.

Portanto, em consideração à atualização, promovida em 2017, na Convenção Modelo da OCDE, as jurisdições que assinaram acordos de bitributação baseados no referido modelo poderão modificar a definição de EP para endereçar circunstâncias contra arranjos artificiais. Os Comentários da OCDE à Convenção Modelo já endereçam os citados pontos defendidos como fundamentais pelo Projeto BEPS em relação à dependência do comissário e a caracterização de EP nas seguintes hipóteses⁴⁹:

47 O Projeto BEPS (acrônimo de Base Erosion and Profit Shifting) foi uma ação coordenada por 125 jurisdições para reduzir hipóteses de “planejamentos tributários agressivos”, sendo dividida por 15 projetos endereçados para alterar o regime tributário internacional com o fim de reduzir lacunas e distanciamientos normativos que viabilizaram situações de benefícios indevidos.

48 Outro exemplo é a caracterização de um armazém de produtos vendidos on-line em uma jurisdição como um EP deste vendedor domiciliado em outra jurisdição, já que o sucesso do modelo de negócio conta com a proximidade dos produtos e rapidez de entrega aos clientes daquele mercado consumidor.

49 OCDE. Model tax convention on income and on capital, p. 173. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-92>

“A condição crucial para a aplicação das alíneas b) e c) é que a pessoa que habitualmente conclui os contratos, ou que habitualmente desempenha o papel principal que leva à conclusão dos contratos que são rotineiramente concluídos sem modificação material pela empresa, está agindo em nome dessa empresa, de tal forma que as partes dos contratos que se relacionam com a transferência da propriedade ou uso da propriedade, ou a prestação de serviços, serão realizadas pela empresa [comitente] em oposição à pessoa que age em nome da empresa [comissária].” (Tradução livre)

Conclui-se, pois, que em relação à nova disciplina da OCDE, no caso de “Bitcoin.com” apenas aproximar os clientes e exercer uma extensão das atividades de “Holding 2”, sem que esta altere substancialmente os contratos negociados por “Bitcoin.com”, poderá haver a qualificação como EP na jurisdição da fonte (Brasil)⁵⁰. No entanto, é necessário avaliar se a nova interpretação acima é aplicada em relação ao ADT entre Brasil e Países Baixos.

V.2.3 – Conceito de EP no ADT entre Brasil e Países Baixos

O conceito de estabelecimento permanente veiculado no Acordo de Dupla Tributação⁵¹ entre Brasil e Países Baixos, promulgado pelo Decreto n. 355/1991, reproduz os conceitos previstos pelo modelo da OCDE anterior à reforma de 2017, especialmente em relação à não caracterização de EP pela inexistência de poderes vinculantes aos contratos negociados pelo comissário no Brasil em face do comitente.

No entanto, necessário analisar as normas domésticas para se entender os limites do reconhecimento de estabelecimento permanente no caso prático ora analisado.

V.2.4 – A legislação brasileira aplicável ao caso

Considerando a legislação fiscal brasileira, o art. 76 da Lei n. 3.470, de 28 de novembro de 1958, reconhece a tributação dos resultados do comitente no Brasil para fins de tributação de IRPJ/CSLL, porquanto os lucros apurados em território nacional deverão ser tributados

convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em: 19 abr. 2020.

50 Os Comentários à CMDT OCDE, às fls. 144/146, inclusive equipara o “Low-risk distributor” a um agente se este adquire risco mínimo sobre o estoque.

51 BRASIL Decreto n. 355/1991, art. 5(5): “Não obstante o disposto nos parágrafos 1 e 2, quando uma pessoa – desde que não seja um agente independente de que trata o parágrafo 7 – agir num Estado Contratante por conta de uma empresa do outro Estado Contratante, e se tiver, e exercer habitualmente, no primeiro Estado Contratante, poderes para celebrar contratos em nome da empresa, considera-se que esta empresa possui estabelecimento permanente naquele Estado primeiramente mencionado relativamente a quaisquer atividades exercidas por aquela pessoa, no interesse da empresa; a menos que tais atividades se limitem àquelas mencionadas no parágrafo 4, as quais, se exercidas por meio de uma instalação fixa de negócios, não transformariam esta instalação fixa de negócios, conforme dispõe aquele parágrafo, num estabelecimento permanente. [...] Art. 5 (7). Não se considera que uma empresa de um Estado Contratante possui estabelecimento permanente no outro Estado Contratante apenas pelo fato de realizar negócios, naquele outro Estado, por intermédio de corretor, comissário geral ou qualquer outro agente de situação independente, desde que tais pessoas atuem no âmbito de suas atividades normais. Art. 5(8). O fato de uma sociedade residente de num Estado Contratante controlar ou ser controlada por sociedade residente no outro Estado Contratante, ou exercer suas atividades naquele outro Estado (quer por meio de um estabelecimento permanente, ou por outro modo), não será, por si só, bastante para fazer de uma dessas sociedades estabelecimento permanente da outra.”

mesmo que os comitentes sejam domiciliados no exterior, em relação às operações realizadas por seus mandatários ou comissários no Brasil.

Referida disposição foi incorporada ao Regulamento do Imposto de Renda – RIR (Decreto n. 9.580/2018)⁵² e impõe o reconhecimento dos resultados dos comitentes domiciliados no exterior no Brasil, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou seus comissários no País⁵³.

Uma vez que o conceito de estabelecimento permanente no Brasil não possui uma definição textualmente prevista em lei, mas que há normas isoladas prevendo a incidência do imposto de renda em três hipóteses especiais que se enquadram dentro do conceito de estabelecimento permanente, (i) filiais, sucursais, agências ou representações de empresas estrangeiras funcionando no país; (ii) contrato de comissão ajustado entre comitente no exterior e comissário no Brasil; e (iii) nos casos de venda direta no Brasil, realizada por não residente, mas por intermédio de agente ou representante residente ou domiciliado no país. Assim, as agências ou representações de pessoas jurídicas domiciliadas no exterior são equiparadas às pessoas jurídicas para efeitos de tributação do IRPJ, mesmo que não estiverem formalmente registradas, impondo as regras de apuração do lucro líquido como as demais pessoas jurídicas sediadas no país⁵⁴.

No entanto, é possível sustentar que o inciso I do art. 612 do RIR/2018 apenas viabiliza tal extensão no caso de existir poderes para obrigar contratualmente o vendedor para com o adquirente, em consonância ao art. 5 do ADT acima mencionado⁵⁵.

52 BRASIL. Decreto n. 9.580/2018, art. 159: “Consideram-se pessoas jurídicas, para fins do disposto no inciso I do caput do art. 158 (contribuinte PJ): [...] III – os comitentes domiciliados no exterior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou seus comissários no País.”

53 É legítima a opção pelo lucro real (34% de IRPJ/CSLL sobre o lucro líquido e 9,25% de PIS e COFINS não cumulativos) ou presumido (32% de base de presunção para IRPJ e 12% para CSLL).

54 BIANCO, João Francisco; e SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. Estabelecimento permanente: legislação tributária brasileira e desafios na economia digital. In: MONTEIRO, A. L. M. R. M.; FARIA, R. V.; e SILVEIRA, R. M. (coord.). Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 16-36.

55 BRASIL. Decreto n. 9.580/2018, art. 612: “Na hipótese de serem efetuadas vendas no País por intermédio de agentes ou representantes de pessoas estabelecidas no exterior, para fins do disposto neste artigo, quando faturadas diretamente ao comprador, o rendimento tributável será arbitrado de acordo com o disposto no art. 605. Parágrafo único. Considera-se efetuada a venda no País quando esta for concluída, em conformidade com as disposições da legislação comercial, entre o comprador e o agente ou o representante do vendedor, no País, observadas as seguintes normas: I – somente caberá o arbitramento na hipótese de vendas efetuadas no País por intermédio de agente ou representante, residente ou domiciliado no território nacional, que tenha poderes para obrigar contratualmente o vendedor para com o adquirente, no País, ou por intermédio de filial, sucursal ou agência do vendedor no País; II – não caberá o arbitramento na hipótese de vendas em que a intervenção do agente ou do representante tenha se limitado à intermediação de negócios, à obtenção ou ao encaminhamento de pedidos ou propostas, ou outros atos necessários à mediação comercial, ainda que esses serviços sejam retribuídos com comissões ou outras formas de remuneração, desde que o agente ou o representante não tenha poderes para obrigar contratualmente o vendedor; III – o fato exclusivo de o vendedor participar no capital do agente ou do representante no País não implica atribuir a este poderes para obrigar contratualmente o vendedor; e IV – o fato de o representante legal ou o procurador do vendedor assinar eventualmente no País contrato em nome do vendedor não é suficiente para determinar a aplicação do disposto neste artigo.”

Assim, a estrutura em referência como comissionamento não seria impactada caso a “Holding 2” não fosse vinculada aos contratos negociados pela “Bitcoin.com”, em consonância ao art. 612 do RIR/2018 e arts. 5.7 e 5.8 do ADT entre Brasil e Países Baixos.

V.3 – Venda direta de “Holding 2” sem constituir a empresa “Bitcoin.com”

Na hipótese de não ser constituída a empresa “Bitcoin.com” no Brasil e “Holding 2” apenas realizar a negociação mediante uma estrutura comercial localizada na Holanda por meio de um *website* acessível de interessados brasileiros, pode-se dizer que, no Brasil, ainda não existe um conceito de estabelecimento permanente virtual que viabilize a tributação direta da atividade explorada por meio de um *website*⁵⁶.

O art. 126, III, do CTN reconhece a possibilidade de uma empresa irregular (não formalmente registrada perante órgãos governamentais) ser sujeita à tributação sobre a renda produzida localmente, mas faltaria a necessária estrutura comercial local ou até mesmo uma unidade de negócios para caracterizar como uma sociedade de fato. Assim, a tributação de lucro forâneo pela jurisdição nacional é impossibilitada nos casos de venda direta ao Brasil sem comissionados, porquanto realizada diretamente por não residente.

Não existindo “agente ou representante” residente no país para intermediar a operação com *bitcoins*, como indicado nas normas antecedentes, o lucro da operação poderá ser atribuído exclusivamente à “Holding 2” na Holanda⁵⁷.

Em resumo, a tributação incidente sobre a operação pode ser resumida da seguinte forma:

- i) No âmbito da “Holding 1”, a participation exemption viabiliza a não incidência de tributos sobre os dividendos distribuídos por “Holding 2”;
- ii) No âmbito da “Holding 2”, aplica-se uma carga fiscal de 25% sobre os ganhos decorrentes das operações entre vendas diretas de bitcoin para o Brasil e a possibilidade de retenção de 5,5% a 7,5% de imposto de renda sobre a distribuição de dividendos distribuídos para “Holding 1” em razão do ADT entre Países Baixos e Antilhas Holandesas;
- iii) Em relação à prestação de serviço executada pela “Mining ICO”, a tributação é de 25% de imposto de renda corporativo, nos termos do ADT entre Holanda e Israel.
- iv) Quanto à tributação da empresa “Bitcoin.com” no Brasil, é possível a limitação do objeto social como mero comissionado pela intermediação de negócios, sem poderes

56 A OCDE informou que 129 países assinaram, em maio de 2019, um compromisso para normatizar o “digital tax” e definir regras até o final do ano de 2019 ou início de 2020. O roteiro tem duas opções (“global minimum tax” – “global minimum tax and anti-base erosion” – e “new rules for allocating a company’s profits”): (1) novos padrões de presença tributável que permitiriam aos países tributar empresas que não têm presença física e novos métodos de realocar lucros tributáveis entre jurisdições; (2) aplicar uma alíquota mínima global sobre operações multinacionais e os países neguem deduções para pagamentos que não estejam sujeitos a pelo menos essa alíquota mínima.

57 Vale uma nota em relação aos efeitos da IN RFB n. 1.888/2019, especialmente em relação à dispensa do registro da Holding 2 em relação ao registro de operações com criptoativos em favor da RFB sobre os titulares e os detalhes da operação. No entanto, é possível que os adquirentes ou vendedores nacionais de criptoativos sejam obrigados a cumprir a citada declaração, sob as penas cominadas no citado texto infralegal.

para fechar contratos em nome de “Holding 2”, conforme art. 612 do RIR/2018 e arts. 5.7 e 5.8 do ADT entre Brasil e Países Baixos, não se reconhecendo os resultados de “Holding 2” no Brasil.

v) Alternativamente, foi apresentada a hipótese de “Holding 2” executar a atividade de comercialização de bitcoins diretamente aos clientes brasileiros via website, dispensando a constituição de empresa local no Brasil, reduzindo-se a carga fiscal final da operação.

VI – CONCLUSÃO

O Brasil, tradicionalmente, tomou a direção de fortalecer a tributação doméstica em operações forâneas por retenção na fonte, mas ainda não investiu em um conceito atualizado de estabelecimento permanente, que seja aplicável à tributação digital. Com efeito, esta situação permite a estruturação de planejamentos tributários escorados na inércia do legislador, como analisado neste caso hipotético. A isso, devem ser acrescentadas operações realizadas por pessoas físicas compradoras de *bitcoin* que certamente escaparão de eventuais retenções na fonte relacionadas a operações de compra e venda com “Holding 2” (exemplos: IRRF, CIDE, PIS, COFINS e ISS), à exceção da eventual carga de IOF na aquisição da moeda virtual mediante cartão de crédito, cuja alíquota é de 6,38%.

No entanto, esse modelo brasileiro calcado na tributação no movimento financeiro doméstico não é eficaz contra a fuga de tributação em operações internacionais após o surgimento e a utilização em massa de moedas eletrônicas e novas tecnologias. Apesar de viabilizar mecanismo de agilidade financeira e negocial, esse modelo inovador de circulação de bens, direitos e serviços digitais permite a fuga da tributação e a ocultação patrimonial em vista da ausência de conhecimento, pelas autoridades fiscais globais, da geração de capacidade contributiva nas operações digitais.

O cenário pandêmico causado pela Covid-19 intensificou a utilização das plataformas digitais como meio de circulação de riquezas, permitindo a ampliação da utilização do ambiente de *blockchain* no tráfego de criptoativos, sem que seja possível identificar a residência dos emissores e os receptores de *bitcoins* ou mesmo controlar a origem e o destino dos recursos, operações essas processadas em um universo digital sem fronteiras.

Uma situação ainda mais complexa é a utilização de bitcoins combinados com planejamentos tributários. O modelo hipotético acima desenhado endereça uma tributação reduzida por meio da utilização da rede de tratados com a existência de operações comerciais pautadas na exploração internacional de criptoativos. Assim, as autoridades fiscais deverão realinhar sua exigência fiscal de forma a reconhecer os ganhos e transações com criptomoedas em um ambiente global, não apenas se preocupando no alcance no seu poder de tributar a geração de valor do criptoativo, mas em desafiar a regularidade das estruturas comerciais complexas viabilizadas por esse novo ambiente digital.

BIBLIOGRAFIA

AKINS, Benjamin W.; CHAPMAN, Jennifer L.; e GORDON, Jason M. A whole new world: income tax considerations of the bitcoin economy (November 7, 2013). *Pittsburgh Tax Review*, Forthcoming. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2394738>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. *Tributação internacional da renda: a competitividade brasileira à luz das ordens tributária e econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BAL, Aleksandra. How to tax Bitcoin? In: CHUEN, David Lee Kuo (ed.), *Handbook of digital currency*. Bitcoin, innovation, financial instruments and big data. Los Pasos: Elsevier, 2015.

_____. *Should virtual currency be subject to income tax?*, 2014. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2438451>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BIANCO, João Francisco; SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. Estabelecimento permanente: legislação tributária brasileira e desafios na economia digital. In: MONTEIRO, A. L. M. R. M.; FARIA, R. V.; SILVEIRA, R. M. (coord.). *Tributação da economia digital*: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BIFANO, Elidie Palma. *O negócio eletrônico e o sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BLUM, Daniel W. Permanent establishments and Action 1 on the digital economy of the OECD base erosion and profit shifting initiative – the nexus criterion redefined? *Bulletin for International Taxation* v. 69, n. 6/7. Amsterdã: IBFD, 2015.

BORGES, Alexandre Siciliano; e BARBOSA, Mateus Calicchio. O commissioner agreement e a caracterização de estabelecimento permanente. In: CASTRO, L. F. M. *Tributação internacional*: análise de casos. São Paulo: MP, 2015, v. 2.

BRASIL. Receita Federal Do Brasil. *Imposto de Renda da Pessoa Física. Perguntas e respostas*. Exercício 2017. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2017/perguntao/pir-pf-2017-perguntas-e-respostas-versao-1-1-03032017.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2019.

COCKFIELD, Arthur; HELLERSTEIN, Walter; MILLAR, Rebecca; e WAERZEGGERS, Christophe. *Taxing global digital commerce*. Amsterdã: Wolters Kluwer, 2013.

Dave Wolf & Co. Law Offices. Bitcoin Israel – Q & A. Disponível em: Lawfirmwolf.com. Retrieved 6 July 2017. Acesso em: 10 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Congress. *The Library of the Congress. Regulation of Cryptocurrency around the World*. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/world-survey.php> e <https://perma.cc/SJ48-L77X>. Acesso em: 19 abr. 2020.

HONGLER, Peter; e PISTONE, Pasquale. *Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the era of the digital economy*, 2015. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2586196>. Acesso em: 10 jul. 2019.

IBFD, Aruba – Corporate Taxation – Country Surveys – 2. *Transactions between Resident Companies*. 2019. Acesso em: 10 jul. 2019.

ISRAEL. Ministério das Finanças. *Israeli exports exempt from issuing export declaration*. Acesso em: <https://taxes.gov.il/English/customs/Pages/TaxesCustomsLobby.aspx>. Acesso em: 19 abr. 2020.

KHATRI, Yogita. *Israeli Court Rules Bitcoin is an asset in feud over tax payment*. Disponível em: <https://www.coindesk.com/israeli-court-rules-bitcoin-is-an-asset-in-feud-over-tax-payment>. Acesso em: 08 set. 2019.

LÜTHI, Daniel. The application of the OECD permanent establishment concept to electronic commerce. In: BAKER, Philip; e BOBBETT, Catherine (coord.). *Tax polymath: a life in international taxation*. Amsterdã: IBFD, 2011.

MARIAN, Omri Y. Are cryptocurrencies ‘super’ tax havens? *Michigan Law Review First Impressions* 38 (2013). Disponível em SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2305863#. Acesso em: 08 set. 2019.

MCCULLUM, Esq., Paul N. Bitcoin: property or currency? *Tax Notes* v. 148, n. 8, 2015. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2708188>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MEDAGLIA, Thiago Rufalco; e VISINI, Eric Simões. Breves considerações sobre o tratamento legal, contábil e fiscal das moedas virtuais. In: MONTEIRO, A. L. M. R. M.; FARIA, R. V.; e SILVEIRA, R. M. (coord.). *Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OCDE. *Comentários à Convenção Modelo de Tratado contra Bitributação*. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>. Acesso em: 10 jul. 2019.

TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. Paraísos fiscais digitais. In: SCHOUERI, L. E.; NETO, L. F.; e SILVEIRA, R. M. (coord.). Anais [recurso eletrônico]/8º Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a COVID-19. São Paulo: IBDT, 2020.