



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Tributação dos Criptoativos

Manuel Luís Moura Jacob

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Tributação dos criptoativos

Manuel Luís Moura Jacob

Orientador: Professor Doutor Luís Bandeira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

Agradecimentos

*À família
Aos amigos
Sempre*

*“Logo
que,
numa
inovação
o, nos
mostra
m
alguma
coisa
de
antigo,
ficamos
sossega
dos.”*

Friedrich Nietzsche

Resumo/Abstract

Na presente dissertação, procurar-se-á explicar os conceitos mais importantes das tecnologias em causa e dividir os criptoativos em três grupos para simplicidade de abordagem.

A natureza do tema impõe uma abordagem multidisciplinar. O uso de anglicismos acaba por ser inevitável por não haver ainda termos correspondentes na língua portuguesa e, pela tentativa de tradução livre, comportar o risco de desvirtuar os conceitos.

Far-se-á um estudo de Direito comparado.

O grosso do trabalho será a exploração do enquadramento jurídico-tributário das atividades conexas com os criptoativos em sede dos principais impostos- IRS, IRC e IVA.

Palavras-Chave: Blockchain, Criptoativos, Mais-valias, Rendimentos empresariais.

The present dissertation will attempt to explain the most important concepts, regarding the technologies under analysis, while dividing crypto assets in three groups. The subject demands a multidisciplinary approach. The use of anglicisms is inevitable, due to the lack of correspondent terms in Portuguese and to the risk that free translation may misrepresent the concepts.

A comparative law study will be presented.

The bulk of the work consists in the study of the taxation of the most important taxes in Portugal- IRS, IRC and IVA.

Keywords: Blockchain, Cryptoassets, Capital gains, Income form a business-like activity.

Lista de Siglas

AT- Autoridade Tributária

CC- Código Civil

CMVM- Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

CIVA- Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado

CIRC- Código do IRC

CRP- Constituição da República Portuguesa

CIRS- Código do IRS

CSC- Código das Sociedades Comerciais

DLT- Distributed Ledger Technology

DIVA- Diretiva do IVA EUA-

Estados Unidos da América e.g.-

exempli gratia- por exemplo

ESMA- European Securities and Markets Authority

ICO- Initial Coin Offering i.e.- *id est*- isto é

IRC- Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

I.R.S.- Internal Revenue Service

IRS- Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

IVA- Imposto sobre o Valor Acrescentado pp.- Página ou páginas

S.E.C.- Securities and Exchange Commission

UE- União Europeia

v.g.- *verbi gratia*- pela graça da palavra

Índice

Resumo/Abstract	6
Lista de Siglas	7
Capítulo I- Nota introdutória	10
Capítulo II- A DLT, a Blockchain e os Criptoativos	11
Capítulo III- Tipos de criptoativos	13
Capítulo IV- Mecanismos de criação ou aquisição dos tokens	15
Distribuição inicial de tokens (mercado primário):	15
Mercado secundário:	16
Capítulo V- Direito comparado:	17
EUA:	17
Howey Test:	17
O Relatório da SEC DAO 21A:	18
Criptomoedas:	19
Utility Tokens:	20
Bielorrússia	21
Índia	22
Capítulo VI- IRS	24
Incidência subjetiva:	24
Incidência objetiva:	24
Rendimentos empresariais:	26
A atividade empresarial	26
Os atos isolados	27
Rendimentos de capitais	28
Mais-valias	30
Em geral	30
Criptoativos como valores mobiliários	33

Produtos financeiros derivados:	36
Capítulo VII- IRC	36
Capítulo VIII- IVA	39
Da compra e venda	39
As criptomoedas	39
Utility tokens:	43
E se fosse um security token?	44
Outros meios de aquisição dos criptoativos	45
Capítulo IX- Conclusão	47
Bibliografia:	48

Capítulo I- Nota introdutória

De momento, está já para além de qualquer dúvida razoável que a tecnologia DLT e Blockchain veio para ficar, com uma presença que estará cada vez mais entranhada nas nossas sociedades e uma utilidade que, paulatinamente, abrangerá mais áreas. Um relatório recente do Fórum Económico Mundial¹ prevê que entre 2025 e 2027, 10% do PIB mundial estará armazenado em blockchains ou em tecnologias conexas. Indissociável do vocábulo blockchain, está a Bitcoin e, mais recentemente, os criptoativos em geral que são cada vez mais numerosos, diversos, valiosos e populares. A longevidade de alguns deles já se revelou curta e, mesmo os mais estabelecidos, ainda não é certo que resistam à prova do tempo.

Os desafios legislativos são incontáveis, a nível de definição, de prevenção do branqueamento de capitais, de proteção dos investidores, de tributação e prevenção da evasão fiscal. Nada é fácil numa realidade tão nova e complexa.

Desde logo, não é fácil identificar os detentores dos criptoativos. A generalidade dos mesmos é pseudoanónima. Tal significa que, havendo uma transação, só se torna conhecida por todos a chave digital pública da carteira dos utilizadores e não há nada que a ligue, *prima facie*, a determinado indivíduo. No entanto, nestas redes pseudoanónimas, é tecnicamente possível, embora difícil, custoso e, portanto, ineficiente de aplicar massivamente, identificar as partes por trás da transação, através da junção de vários dados que acompanham a transação.

Há, no entanto, criptoativos² absolutamente anónimos e nesses, nem isso é possível.

Esta anonimidade, ainda que relativa, cria grandes dificuldades a que, mesmo que se considerem tributáveis determinados rendimentos, conexos com os criptoativos, haja efetiva tributação. Outra questão, que atualmente é de extremo relevo³, é a ineficácia que as sanções económicas de congelamento de bens têm se os sujeitos visados conseguirem

¹ http://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Technological_Tipping_Points_report_2015.pdf#page=24

² A criptomoeda “Monero” por exemplo.

³ Devido ao congelamento de boa parte da riqueza dos oligarcas russos no contexto da invasão da Ucrânia.

que parte da sua riqueza esteja sob a forma de criptoativos, não rastreáveis, com os quais podem adquirir bens, serviços e divisas estrangeiras.

A Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2018 que alterou a Diretiva 2015/849⁴ deu um importante passo no combate a este problema, na medida em que incluiu no seu escopo os fornecedores de serviços de custódia de carteiras virtuais e de serviços relacionados com a troca entre moeda virtual e moeda fiduciária, obrigando estas entidades a cumprir com as mesmas exigências que os bancos e outras instituições financeiras.⁵ Têm que se registar juntos das autoridades nacionais relevantes, implementar mecanismos de controlo de identidade (“know your customer”), monitorizar transações e reportar comportamentos suspeitos a entidades governamentais. Seja como for, é inegável que de há uns anos para cá, atividades associadas aos mesmos foram responsáveis por gerar avultados rendimentos. Será cada vez mais difícil para os Estados ignorá-las, enquanto fonte de receita fiscal.

Em Portugal, não consta que estejam a ser tributados de forma alguma.

Não só poderão obstar a esta inércia argumentos de igualdade na tributação, como parece haver razão para temer que a falta de regulação e consequente incerteza criada nos agentes, poderá fazer com que Portugal seja uma jurisdição pouco atrativa para estas atividades, o que terá consequências óbvias no atraso do seu desenvolvimento em território nacional.

Posto isto, procuraremos demonstrar que algumas das atividades em causa, já deviam estar a ser tributadas, aplicando meramente o Direito já constituído.

Capítulo II- A DLT, a Blockchain e os Criptoativos⁶

⁴ Relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo.

⁵ Ainda assim, ficaram de fora, por exemplo, plataformas que oferecem serviços ou que só são intermediárias na troca de criptoativos, sem envolver moeda fiduciária, bem como pessoas com atividade no fornecimento de serviços financeiros relacionados com a oferta inicial ou venda de criptoativos, conforme consta das recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional.

⁶ Acompanhando Robby Houben e Alexander Snyers, *Cryptocurrencies and blockchain*, 2018.

A blockchain é um tipo de DLT. Uma DLT é uma forma de registo e partilha de informação, que recorre a múltiplos pontos de armazenamento de dados, que compõem exatamente o mesmo registo, sendo este mantido e controlado por uma rede distribuída de servidores informáticos (geralmente computadores) que assumem o nome de nós.

A blockchain tem a particularidade de empregar um mecanismo de encriptação conhecido como criptografia⁷ e de usar algoritmos matemáticos específicos para criar e verificar transações numa estrutura de registo de informação que está em constante crescimento. A informação pode ser adicionada a este registo, mas não pode ser removida. A blockchain pode ser concebida como uma base de dados descentralizada. Adições a esta base de dados são iniciadas por um dos membros (um dos nós) que cria um bloco, que pode conter qualquer tipo de informação. De seguida, este bloco torna-se disponível para todas as partes da rede numa forma encriptada, para que os detalhes da transação não sejam públicos. Aqueles servidores que fazem parte da rede (os outros nós) determinam coletivamente a validade do bloco, tendo como referência um método de validação algorítmico pré-definido, a que se dá o nome de “mecanismo de consenso”. Uma vez validado o bloco, este é adicionado à blockchain.

Em princípio, este mecanismo pode ser utilizado para efetuar qualquer transação de valor e ser aplicado a qualquer ativo representável digitalmente. Os criptoativos são geralmente definidos como tokens digitais emitidos e transferidos em sistemas de DLT, geralmente blockchains. Um token digital não é mais que um conjunto de caracteres encriptados que constitui uma representação de direitos que podem ser exercidos em determinado contexto.

Todos os utilizadores têm um par de chaves- uma chave privada (usada para a assinatura digital da transação) e uma chave pública conhecida por toda a gente na rede, que serve como um endereço do utilizador na blockchain e é usado para verificar a assinatura digital e a validade da identidade daquele que envia determinado ativo.

⁷ *Maxime*, o “hash”. O hash é um algoritmo matemático aplicado na criptografia, através do qual se transformam um conjunto de informações em um código alfanumérico com um comprimento fixo de caracteres.

O grande mérito da Blockchain é permitir o registo de novos ativos, e da sua subsequente transmissão, por entre um conjunto de utilizadores que não confiam necessariamente uns nos outros e podem até ter interesses conflitantes. A mencionada rede pode ser irrestrita e permitir que qualquer pessoa faça parte da validação, o que é tipicamente o caso para os criptoativos. Como não há uma entidade como a Visa ou o Paypal que gira o processo ou que exerça qualquer tipo de poder hierarquicamente superior, que previna por exemplo que se transfira a mesma moeda duas vezes⁸, é o mecanismo de consenso que cumpre esse papel. Desta forma, um só utilizador e mesmo

uma coligação de utilizadores, dificilmente, conseguirá tomar conta da rede e aproveitarse dela. Mesmo se um grupo de utilizadores concordar em alterar o protocolo de validação, quem não concorde pode sempre optar por não o seguir. Neste caso, surgirá uma bifurcação, (“fork”) em que cada um dos dois grupos terá um protocolo diferente que regulará o funcionamento da sua rede e a posse dos ativos.

Há quem veja esta democratização do processo de registo, i.e., da habilidade de prescindir de um intermediário, como a verdadeira pedra de toque para uma revolução, conducente a uma nova era de registo de informação (aqui sobre transações de criptoativos, mas com um potencial de aplicação a outras áreas virtualmente ilimitado⁹). Tal conduzirá geralmente a ganhos de eficiência. Como a generalidade das inovações, também se lhe podem apontar defeitos. Esta descentralização do registo das transações expõe as partes a determinados riscos¹⁰ que, de outra forma, eram mitigados pelos intermediários.

Capítulo III- Tipos de criptoativos

⁸ O chamado double-spending problem- problema recorrente nas anteriores tentativas de criação de uma moeda virtual.

⁹ Por exemplo uma oferta pública inicial sem um banco como intermediário; O registo de um imóvel, sem recurso a um notário (naturalmente, requereria uma atualização da legislação); Gestão de direitos de autor na indústria musical. (2017) Nofer, Gomber, Hinz, Schiereck, Blockchain, pp. 3. Em contraste com o que se disse anteriormente, a China está a usar a blockchain para prevenir a evasão fiscal. <https://www.coindesk.com/markets/2018/05/25/chinese-city-to-use-blockchain-in-fight-against-tax-evasion/>

¹⁰ E.g. Riscos de falta de liquidez ou risco sistémico- risco associado ao colapso de todo um sistema financeiro ou mercado, com amplas repercussões na Economia como um todo.

É útil fazer uma separação tripartida¹¹ dos principais tipos de criptoativos:

- Tokens de pagamento ou Criptomoedas¹²: As criptomoedas são tokens fungíveis e podem ser utilizadas como meio de pagamento, desde que aceite pelas partes, uma vez que não têm curso legal em Portugal. Distinguem-se da moeda tradicional, por só

existirem virtualmente (não têm substrato físico), por serem transmitidas de utilizador para utilizador através da respetiva blockchain e por a sua emissão e transmissão não serem reguladas por um Estado, banco central ou qualquer outra autoridade. Estes tokens podem ser minerados ou adquiridos diretamente na blockchain ou, mais comumente (atendendo à dificuldade técnica que implica operar na blockchain), através de plataformas de troca que servem como intermediários, permitindo o câmbio entre criptomoedas ou entre estas e moeda tradicional. A criptomoeda com maior capitalização de mercado¹³, atualmente, é a Bitcoin, que é também a pioneira.

-Utility Tokens

A principal função destes tokens é aceder a bens e serviços disponibilizados pela plataforma emissora do token. O mais antigo utility token é o Ether que permite os seus detentores celebrar smart contracts¹⁴ na blockchain Ethereum. Para além destes tokens permitirem aceder aos referidos serviços, servem também para remunerar os nós da rede. Portanto, a plataforma que emite os tokens fornece serviços aos seus utilizadores através

¹¹ Mantendo em consideração que alguns criptoativos apresentam características de mais do que um destes grupos, e outros carecem de algum esforço de flexibilidade hermenêutico para que se possam identificar com qualquer um deles.

¹² A alínea 18) do art 3º da Diretiva (UE) 2015/849, de 20 de maio (com as alterações da Diretiva 2018/843, de 30 de maio), relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, define a moeda virtual como uma representação digital de valor que não seja emitida ou garantida por um banco central ou uma autoridade pública, que não esteja necessariamente ligada a uma moeda legalmente estabelecida e não possua o estatuto jurídico de moeda ou dinheiro, mas que é aceite por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca e que pode ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrónica.

¹³ <https://coinmarketcap.com/>

¹⁴ Smart contracts são acordos executados automaticamente pelo código de programação da blockchain e permitem a troca de bens e serviços pela moeda nativa dessa blockchain (a mais comum é a Ethereum). Distinguem-se dos contratos tradicionais por não exigirem, para além da demonstração de vontade inicial, esforço adicional das partes envolvidos, e.g. uma troca de documentos ou a assinatura de um contrato. ¹⁵ Geralmente startups.

de um software que funciona através dos nós de uma grande rede “peer-to-peer”. Os detentores destes recebem tokens por correrem adequadamente o software e os utilizadores precisam de adiantar alguns desses tokens para poderem utilizar o serviço.

-Security Tokens

São tokens que se assemelham a valores mobiliários por conferirem determinados direitos aos seus titulares que podem ser uma participação em determinados projetos¹⁵, comumente associada a um direito de receber parte dos lucros eventualmente gerados por esse projeto- mecanismo semelhante a uma participação social numa sociedade comercial, apesar de, geralmente, estes tokens não atribuírem a titularidade de parte do projeto. Os security tokens podem também ter uma função semelhante aos produtos financeiros derivados, acompanhando as flutuações de valor de um ativo subjacente ou atribuir ao seu titular o direito de, no futuro, adquirir outro ativo.

Assim como os valores mobiliários, têm uma vertente especulativa e, as mais das vezes, há nos titulares uma expectativa destes tokens apreciarem em valor com o decorrer do tempo.

Para determinar se estes tokens são ou não valores mobiliários para efeitos de tributação por exemplo, é necessário explorar o seu conceito legal no âmbito da legislação de cada país que, no caso dos países da UE, procurará transpor as Diretivas de Mercados e Instrumentos Financeiros I e II.

Capítulo IV- Mecanismos de criação ou aquisição dos tokens

Distribuição inicial de tokens (mercado primário):

Pré-venda de tokens: Ronda privada de oferta de unidades de tokens pré-minerados (muitas vezes com descontos substanciais). Geralmente, a rede ainda nem está operacional e os tokens são não transferíveis, pelo menos durante um determinado período de tempo (“lock-up period”);

Oferta inicial de moeda: Oferta pública de tokens pré-minerados. A rede pode não estar operacional ainda, mas os tokens já são transferíveis. Podem ser usadas como uma espécie de crowdfunding, com o objetivo de financiar determinado projeto. É um método bastante mais rápido que o financiamento tradicional, através de uma oferta pública inicial por exemplo e, geralmente, mesmo os tokens que conferem alguns direitos aos seus proprietários, não representam participações sociais e, portanto, quem desenvolve o projeto, não se precisa de preocupar com a diluição da sua posição. A ICO pode disponibilizar qualquer tipo de token (pagamento, utility, security ou híbrido). O projeto é explicado num white paper¹⁵.

Mineração: É a forma de obter novos tokens quando o mecanismo de consenso da blockchain é o proof of work¹⁷ (prova de esforço). Os mineradores colocam o seu poder computacional empenhado em resolver complexos problemas matemáticos, num

ambiente de competição entre todos. O primeiro a ser bem-sucedido tem o direito de verificar as últimas transações, adicioná-las à blockchain e ser remunerado com determinada quantidade de tokens que não existiam anteriormente. São criados no próprio momento. É este o incentivo económico aos utilizadores verificarem as transações alheias.

Staking/Forging: Relevante quando o mecanismo de consenso é o “proof of work”. Este sistema atribui às partes, direitos de validação das transações na proporção do “interesse” (stake)¹⁶ que o utilizador tem na blockchain.¹⁷ Há um mínimo de tokens que o utilizador tem que ter para poder participar no processo de validação. Este staking

¹⁵ Um documento que contém todo o tipo de informações relativas ao token como o número de tokens em circulação, os direitos que confere e em que consiste o projeto em si. É semelhante a um prospeto. ¹⁷ É o mecanismo mais comum. Usado pela Bitcoin e pelo Ethereum 1.0. É um método seguro e com provas dadas em manter um sistema descentralizado funcional. À medida que o valor do ativo sobe, mais mineradores têm um incentivo para se juntar à rede, sendo cada vez mais difícil falsificar uma transação. No entanto, este recurso ao poder computacional implica tremendos gastos de energia, sendo que alguma dessa energia é desperdiçada- a usada pelos mineradores que não resolvem primeiro o problema e, portanto, não auferem qualquer tipo de remuneração.

¹⁶ Este stake pode ser medido de várias formas: Quantidade de tokens nativos daquela blockchain detidos, período de detenção ou valor dos ativos.

¹⁷ Geralmente. Outras vezes, é selecionado só o utilizador que está mais investido na blockchain (tem um stake superior) e é esse que fica com todos os direitos de validação do último conjunto de transações. ²⁰ Aqui não são novos tokens a remuneração dos nós. Geralmente o proof of stake é o mecanismo de consenso de blockchains com o token nativo pré-minerado, i.e., em que todos os tokens que potencialmente existiriam, foram criados antes da blockchain começar a operar.

garante aos utilizadores o direito de participar neste processo e de serem remunerados com uma comissão sobre a transação²⁰, paga pelos intervenientes nela. Não é necessária aqui a resolução de qualquer problema matemático.¹⁸

Airdrop: Novas unidades de tokens são distribuídas aos proprietários de outro token, sob condições específicas, muitas vezes no caso de um fork¹⁹. Também podem ser distribuídos a determinadas figuras com notoriedade para aumentar a visibilidade de um novo token. Em ambos os casos, os tokens são distribuídos gratuitamente;

Mercado secundário:

Transferências nos respetivos sistemas de DLT: Cada DLT tem um mecanismo de transferência de valor integrado que permite a transferência de fundos de um utilizador para o outro, bem como a troca de um token por outro, desde que ambos residam na mesma rede;

Serviços de câmbio de criptoativos: Entidades que oferecem serviços de câmbio seja entre criptoativos ou de criptoativos para moeda fiduciária, cobrando geralmente determinada comissão pelo serviço. Frequentemente, também disponibilizam carteiras virtuais para os seus utilizadores. Também são conhecidas como plataformas de troca centralizadas.

Plataformas de troca: Plataformas que funcionam como um mercado que permitem aos utilizadores efetuarem trocas entre si, também entre criptoativos ou de um criptoativo por moeda tradicional- plataformas de troca descentralizadas.

¹⁸ O resultado é que o dispêndio de energia é consideravelmente mais baixo e que se podem fazer um maior número de transações, além de estas serem mais expeditas. Exemplos de blockchains que usam este mecanismo são a Ethereum 2.0 e a Cardano.

¹⁹ Uma mudança de regras no sistema de DLT que faz com que a rede se divida, como consequência de uma incompatibilidade dos seus utilizadores. Geralmente, os detentores do token da rede original, recebem um airdrop do token da nova rede. Por vezes, existe um fork e o detentor do token que já existia não recebe o airdrop do novo, porque detém o token primário numa plataforma que não suporta o novo token. Nestes casos, não há recebimento de um novo token e, portanto, também não há manifestação de capacidade contributiva, suscetível de ser tributada. Adiante, consideraremos apenas os forks em que há efetivo recebimento do novo token.

Capítulo V- Direito comparado:

A maior parte das jurisdições que regulam explicitamente os criptoativos traça uma clara distinção entre os que qualifica como valores mobiliários e os demais criptoativos. Isto deve-se ao facto de os detentores e intermediários de transações de valores mobiliários terem que cumprir determinadas exigências legais e à contingência de que estes são tributados de forma diferente dos demais produtos. No caso dos EUA, a diferenciação é feita através da constatação se determinado ativo reúne um conjunto de requisitos- É a aplicação do chamado “Howey Test”. Em caso afirmativo, tratar-se-á de um valor mobiliário.

EUA²⁰:

Howey Test:

O 1933 Act²¹, §2(a)(1) define security (valor mobiliário) com uma extensa enumeração, na qual está incluído um contrato de “investimento”. Este é, geralmente, um ativo que concede direitos estatutários ou contratuais, e.g. o voto, a propriedade ou parte do fluxo de caixa de determinada sociedade. Presente está sempre uma expectativa de

lucro.²² Tratando-se de um valor mobiliário, este tem que estar registado²⁵ com a SEC²³, salvo se integrar alguma das exceções de registo^{24,25}.

²⁰ Acompanhando Michael Mendelson, From Initial Coin Offerings to Security Tokens: A U.S. Federal Securities Law Analysis, 2019.

²¹ A seguir ao crash do mercado bolsista em 1929, impulsionado, pelo menos em parte, pelo aparecimento de novos empreendimentos de baixa qualidade cotados em bolsa e ao aumento de investidores pouco sofisticados, foi feito um esforço de regulação dos mercados financeiros. Já na presidência de Franklin D. Roosevelt (1933-1945), o congresso aprovou o Securities Act of 1933 (“The 1933 Act”) que regula a emissão de valores mobiliários e o Securities Exchange Act of 1934 (“The 1934 Act”) que regula a troca dos valores mobiliários emitidos.

²² Act, §5.

²³ Securities and Exchange Commission.

²⁴ Por exemplo, obrigações emitidas pelo governo americano ou alguns tipos de transações protagonizadas por investidores institucionais (15 U.S.C., §77c(a) e §77d(a)(2), 2017).

²⁵ U.S. 293 (1946).

A única forma de um criptoativo se integrar no elenco taxativo dos valores mobiliários é subsumindo-se ao conceito de contrato de investimento. Este conceito é vago, mas foi clarificado pela jurisprudência do Supremo Tribunal no caso S.E.C. v. W.J. Howey CO.²⁸

Neste acórdão, o tribunal esclareceu que para determinado contrato ser considerado de investimento, tem que preencher quatro requisitos. A verificação do preenchimento destes é conhecida como “The Howey test”. Os pressupostos são: Um investimento monetário- Em sentido amplo, que pode incluir entradas com outros criptoativos ou entradas de indústria;

Em um empreendimento/empresa comum- Um investidor com capital e uma entidade com um fim lucrativo. É necessário que estes não se confundam. Os tribunais têm entendido que esta comunhão pode ser uma “comunhão horizontal (pooling de ativos de vários investidores de modo a que comunguem nos lucros e nas perdas da atividade), comunhão vertical restrita (o sucesso do investidor está intimamente ligado e dependente dos esforços daqueles que procuram o investimento- os promotores- ou de terceiros) e comunhão vertical ampla (o sucesso do investidor está intimamente ligado e dependente da experiência e do conhecimento do promotor)”²⁶;

Com uma expectativa de lucro- É muito visível quando os promotores do projeto o publicitam como algo extremamente rentável e promissor;

Unicamente dependente do esforço alheio- Há que aferir se o esforço empregue no sucesso do projeto não parte, na verdade, do investidor.

O Relatório da SEC DAO 21A:

O DAO³⁰ propunha-se a ser uma sociedade gerida por algoritmos e smart contracts a correr numa blockchain, não carecendo de decisões de indivíduos para operar, apesar de ter sido criada por uma sociedade anónima tradicional. Com a receita resultante da

venda de “DAO tokens” ao público, a sociedade adquiriria e geriria um conjunto de ativos que seriam usados para fundar novos projetos. Os detentores dos tokens, seriam futuramente recompensados com uma parte dos eventuais lucros desses projetos. Os

²⁶ (2019), Garcia Rolo, António, As criptomoedas como meio de financiamento e a qualificação dos tokens de investimento emitidos em oferta inicial de moeda (ICO) como valores mobiliários. ³⁰ Decentralized Autonomous Organization.

tokens podiam também ser livremente alienados no mercado secundário, *maxime* plataformas de trading que admitissem o ativo.

Eventualmente, a SEC debruçou-se sobre estes ativos, no sentido de averiguar se se tratava ou não de valores mobiliários. No relatório DAO 21^a, por aplicação do “Howey test”, a SEC entendeu que a resposta era afirmativa, empregando a seguinte argumentação:

Tratava-se de um investimento monetário, ainda que alguns dos tokens pudessem ter sido adquiridos através da troca de outras criptomoedas, num determinado empreendimento;

Além disso, havia uma expectativa de lucro, na medida em que o DAO era uma sociedade com fins lucrativos. Ainda que esse lucro consistisse, numa primeira fase, numa apreciação do valor dos seus ativos, o propósito era o de fundar projetos com a expectativa de que estes gerassem determinado retorno;

Por fim, os lucros derivariam de esforço alheio, visto que apesar dos detentores dos tokens terem direito de voto sobre a escolha dos projetos, estes eram levados a sufrágio pelos fundadores da sociedade que havia criado o DAO, tudo funcionando como se estes estivessem efetivamente a geri-la.

A SEC disse ainda que as regulações dos valores mobiliários se deveriam aplicar a atividades várias, incluindo as desenvolvidas em DLT, dependendo das circunstâncias concretas do caso. Naturalmente, usar tecnologia inovadora, não pode isentar os ativos da regulação a que, de outro modo, estariam sujeitos. Porém, nem todos os tokens passarão o Howey Test e, portanto, a avaliação terá que ser casuística.

Criptomoedas:

Em 2014, o I.R.S.²⁷ emitiu um guia²⁸ em que definiu a moeda virtual de forma muito ampla (com uma definição onde poderiam caber a generalidade dos criptoativos) como sendo uma representação digital de valor que funciona como um meio de troca,

²⁷ A autoridade fiscal dos EUA.

²⁸ I.R.S. Virtual Currency Guidance, I.R.S Notice 2014-21, <https://www.irs.gov/pub/irs-irbs/irb14-16.pdf>, pág 938.

uma unidade de conta ou um método de reserva de valor. Disse ainda que não classificava as criptomoedas como moedas de acordo com o Código Tributário, mas como propriedade.

Como tal, qualquer pessoa singular ou coletiva, que detenha ou tenha detido criptomoedas, está obrigada a manter registos detalhados das suas compras e vendas e a pagar imposto sobre o rendimento, integrando na sua base tributável o saldo positivo entre os ganhos e perdas resultantes da troca de uma criptomoeda por outra ou por moeda tradicional, enquanto mais-valias que são.

Nas situações em que o sujeito passivo detenha a criptomoeda como um “ativo de capital” (i.e., para propósito de investimento) por mais do que um ano, as mais-valias realizadas estão sujeitas às taxas dos ganhos de capitais²⁹. Se as criptomoedas forem detidas por menos do que um ano, serão tributadas de acordo com as taxas comuns ao restante rendimento.

No caso de mineradas, o valor de mercado das criptomoedas, à data da conclusão da mineração, será também tributado como parte integrante do rendimento bruto anual do contribuinte.

Também integrarão o mesmo rendimento bruto anual do contribuinte as criptomoedas recebidas por airdrops.³⁰

Utility Tokens:

Wyoming foi o primeiro Estado que excluiu expressamente estes tokens da lei dos valores mobiliários do Estado.³¹ Para tal, é preciso que o seu emissor avise a secretaria do Estado da sua intenção com a emissão e que o propósito do token seja, efetivamente, para consumo ou para ser trocado por bens, serviços ou outro tipo de conteúdo. No entanto, considera que estes tokens são propriedade pessoal intangível. Como tal, a diferença positiva entre a sua compra e venda é também tributada como mais-valia, à semelhança das criptomoedas. Os restantes Estados não tomaram ainda posições tão inequívocas relativamente a esta questão. Como tal, é ainda controvertido se estes tokens também

²⁹ Capital gains tax.

³⁰ I.R.S. Revenue Rule 2019-24, <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rr-19-24.pdf>

³¹ Wyoming Utility Token Act, <https://www.wyoleg.gov/Legislation/2019/HB0062>.

podem ser considerados propriedade e, portanto, tributados noutros Estados. Não parece que estes tokens (se forem utility tokens puros) passem no Howey Test, por não preencherem os requisitos da empresa comum e da expectativa de lucro,

nos termos em que foram definidos pela decisão do tribunal já referida. É assim, porque não existe nenhuma entidade que possa criar, no investidor, expectativas de ser lucrativa. Como tal, a tributação destes tokens estará dependente de estes serem considerados propriedade ou não. Tendo em conta que as criptomoedas foram consideradas propriedade pelo I.R.S., que a definição das mesmas era abrangente o suficiente para abarcar os utility tokens e que não parece haver razão de princípio para os distinguir nesta sede, em princípio, os ganhos resultantes da alienação de utility tokens serão tributados em todo país de acordo com as regras das mais-valias.

Bielorrússia

No dia 21 de Dezembro de 2017, foi publicado na Bielorrússia um decreto presidencial sobre o desenvolvimento da economia digital³², cuja parte das medidas se destinava a regular e encorajar a implantação e proliferação da tecnologia blockchain e, por conseguinte, o investimento em criptoativos.

Desta feita, a Bielorrússia tornou-se no primeiro país do mundo com uma regulação extensiva de negócios com base na tecnologia blockchain e a legalizar os smart contracts a nível nacional.³⁷

O decreto permite explicitamente que pessoas singulares possuam criptoativos, bem como minerá-los, guardá-los em carteiras virtuais, trocá-los por outros criptoativos, pelo rublo bielorusso ou qualquer outra divisa (§2.2). Ademais, as atividades de mineração, aquisição e alienação de tokens, levadas a cabo por pessoas singulares, sem envolver outros indivíduos como força laboral ou através de qualquer tipo de contratualização, não

³² Decreto Presidencial da República da Bielorrússia, nº 8, de 21 de Dezembro de 2017 que é aplicável a pessoas jurídicas registadas no Belarus Hi-Tech Park (HTP)- Uma zona económica especial destinada a favorecer e atrair este tipo tecnologia de ponta. Só as pessoas jurídicas aqui registadas podem fornecer serviços que envolvam criptoativos. Entrou em vigor a 28 de Março de 2018. Disponível em <https://perma.cc/V7UZ-TYM8>. ³⁷ <https://perma.cc/A7B7-WJBS>

configuram uma atividade comercial. Por conseguinte, os ganhos resultantes não precisam de ser declarados à autoridade tributária.³³

As pessoas coletivas, que tiverem residência no parque tecnológico, podem criar e armazenar os seus criptoativos na Bielorrússia ou noutra jurisdição em carteiras virtuais.

Podem ainda adquirir ou dispor deles com recurso a plataformas de troca ou negociando com outros residentes do HTP (§2.1).

Até 1 de Janeiro de 2023, os lucros gerados com atividades de mineração, criação, aquisição e alienação de tokens por residentes no HTP, não serão tributados em IVA ou em Imposto sobre o rendimento de pessoas singulares. Concomitantemente, as despesas auferidas com estas atividades, também não poderão ser deduzidas.³⁴

De outra forma, a alienação dos tokens (ainda que trocados por outros tokens) seriam tributados como mais-valias, como se se tratasse da alienação de outro tipo de propriedade.

Pessoas coletivas, que operem no HTP, só terão que pagar 1%, sobre os ganhos gerados, como imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas.³⁵

Ainda assim, os tokens minerados ou adquiridos por outra via devem ser registados como ativos na contabilidade, ainda que não deem origem a um facto tributário.

Índia

O banco central indiano começou por avisar os investidores para os perigos das criptomoedas, designadamente financeiros, operacionais, legais e os riscos relacionados com a falta de segurança e proteção do consumidor³⁶. Disse ainda que a mineração, troca ou o uso de criptomoedas como meio de pagamento não eram autorizados por nenhum

³³ §2.2.

³⁴ §3, Art. 3.1.

³⁵ Até 2049.

³⁶ Aviso de 24 de Dezembro de 2013-

<https://www.internationaltaxreview.com/article/b1wlfwbwnrlxhc/indias-39growthoriented39-budgettackles-cryptocurrency-tax-questions>

banco central nem autoridade monetária. Além disso, não tinha sido aceite o registo de nenhuma entidade que operasse numa área estritamente relacionada com as criptomoedas.

No entanto, em Março de 2020, o Supremo Tribunal de Justiça indiano decidiu contra as proibições impostas pelo Banco central. Esclareceu o tribunal que não existe proibição alguma em instituições financeiras darem a possibilidade aos seus clientes de transacionarem criptomoedas.

De qualquer modo, os lucros resultantes da mineração e transação de quaisquer criptoativos sempre foram tributados, na medida em que a legalidade do tipo de rendimento é irrelevante para efeitos de tributação. Além disso, tanto os lucros resultantes

de atividades empresariais como as mais-valias não têm um elenco taxativo dos rendimentos a tributar.

Assim sendo, se o contribuinte transacionar regularmente criptoativos e, com isso obtiver lucros, pagará imposto sobre o rendimento como uma qualquer atividade comercial. Igual tratamento, terá aquele contribuinte que se dedica à mineração.

Por outro lado, se o contribuinte tratar os criptoativos como um investimento e 36 ou mais meses intermediarem a sua compra e venda, o eventual lucro resultante será tributado como mais-valia.³⁷

Outro facto interessante é que o orçamento de Estado para 2022 prevê um aumento para 30% da taxa aplicável aos criptoativos na tributação como mais-valias³⁸. Além disso, não será permitida qualquer dedução de despesas e os contribuintes que tiverem perdas, não poderão deduzi-las a eventuais ganhos resultantes de outro tipo de mais-valias. A taxa para a generalidade de mais-valias é de 10 a 15% para os ganhos de longo prazo e de 20% para os de curto prazo.³⁹

Pode-se então observar uma abordagem do Estado indiano diametralmente oposta ao Estado bielorusso, procurando o primeiro incentivar o investimento e uso destas tecnologias e o segundo torná-las menos apetecíveis.

Como bem lembra Rui Duarte Morais⁴⁵, “a utilização extrafiscal do imposto, como forma de dirigismo económico, assume, hoje, reforçada importância, na medida em

³⁷ Elizabeth Nevle, *Tales From the Crypt: Global Trends in the Taxation of Cryptocurrency*, pp. 124.

³⁸ Em princípio, entrará em vigor a 1 de Julho de 2022.

³⁹ <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1wfwbnrlxhc/indias-39growthoriented39-budgettackles-cryptocurrency-tax-questions> ⁴⁵ (2014), Sobre o IRC, pp. 5.

que outras possibilidades de intervenção pública na economia (p. ex. manipulações cambiais, concessão de subsídios) se encontram profundamente cerceadas por disposições do direito comunitário.” Mesmo em países que não são membros da EU como os exemplos dados, em economias liberais, frequentemente, os Estados têm algum pudor em proibir, sem mais, práticas económicas que não entrem diretamente em conflito com a lei vigente, a ordem pública ou os bons costumes. Com isto em mente, a tributação é das vias mais eficazes para criar desincentivo suficiente, sobretudo em áreas económicas transacionáveis, com efeitos semelhantes a uma proibição.

Capítulo VI- IRS⁴⁰

Incidência subjetiva:

Nos termos do artigo 13º, nº 1, são sujeitos passivos de IRS as pessoas singulares que residam em território português ou as que nele obtenham rendimentos.

Estes sujeitos passivos serão tributados pela totalidade dos seus rendimentos, independentemente de terem sido obtidos em território nacional ou no estrangeiro- artigo 15º, nº 1. Para estes, é o critério da residência o elemento relevante de conexão relevante.

Por seu turno, nos termos do artigo 18º, os não residentes são tributados em IRS apenas pelos rendimentos que obtiverem em território nacional. Aqui, é o critério da fonte o elemento de conexão utilizado.

Incidência objetiva:

“Prescindindo de incluir uma definição geral de rendimento para efeitos do imposto, o CIRS assenta, antes, na conceptualização de seis categorias de rendimento, através das quais é operada a tipificação dos rendimentos tributáveis (artigo 1º, nº 1).”⁴¹ Como tal, para que os rendimentos gerados em atividades conexas com os criptoativos sejam tributados em sede deste imposto, necessário é que estas estejam previstas, integrando-se

⁴⁰ Todos os artigos mencionados neste capítulo são do CIRS, exceto se devidamente especificado.

⁴¹ (2019), Rosado Pereira, Paula, Manual de IRS, pp. 36.

numa das seis categorias do imposto. Esta é a principal diferença de incidência objetiva entre a tributação em IRC e IRS, uma vez que no caso do primeiro imposto, pelo menos no que concerne às pessoas jurídicas que exercem atividades comerciais, industriais ou agrícolas, a base de incidência do imposto é o lucro gerado, consistindo este na diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação, não se olhando à proveniência dos rendimentos obtidos.⁴² É a necessidade de integração numa das seis categorias relevantes para IRS que justifica uma análise mais cuidada das atividades conexas com os criptoativos, com o intuito de esclarecer se estas dão ou não lugar a tributação nesta sede.

De frisar, é também que o nº 2 deste artigo 1º estipula que os rendimentos ficam sujeitos a tributação em IRS, independentemente de serem pagos em espécie ou da moeda utilizada. Este conceito de moeda incluirá as criptomoedas e o pagamento em espécie abrangerá também os restantes criptoativos. Isto é particularmente relevante se em

Portugal começar a ser mais frequente, como já tem acontecido no estrangeiro, que determinados salários sejam pagos em criptomoedas, sobretudo em bitcoin. Como não poderia deixar de ser, estes rendimentos de trabalho dependente continuarão a ser tributados, no âmbito da categoria A, não relevando se são pagos em moeda tradicional ou em bitcoin. Isto vale também para qualquer rendimento enquadrável noutra categoria. Pense-se no caso em que a renda de um prédio (atividade geradora de rendimentos da categoria F) é paga em Ether, porque assim foi convencionado.

As atividades em que focaremos a nossa análise são a compra e venda, os proveitos resultantes de uma atividade de mineração, os ganhos decorrentes da eventualidade do projeto, subjacente aos security tokens, que se comprou e que concedem direito a parte dos lucros, ter sucesso, os incrementos patrimoniais derivados de um airdrop e os valores pagos por algumas plataformas para que o titular de um criptoativo o deixe depositado (também se costuma chamar staking) na mesma. De fora, ficarão as atividades das plataformas de troca centralizadas que cobram uma comissão por providenciarem serviços de câmbio, uma vez que aqui, sempre se tratará de pessoas coletivas⁴³ e, por

⁴² Exceto no caso dos sujeitos passivos de IRC não residentes, que não disponham de estabelecimento estável em Portugal.

⁴³ Obrigação imposta pela já referida Diretiva EU 2015/849.

consequente, estão fora da incidência subjetiva do IRS. Ficam também excluídas as plataformas de troca descentralizadas por não cobrarem pelos serviços prestados.

Não cremos que nenhum rendimento das atividades *sub judice* se possa integrar nos rendimentos de trabalho dependente, prediais ou de pensões, pela natureza destas (categorias A, F e H, respetivamente), pelo que procederemos à análise dos rendimentos empresariais, de capitais e de mais-valias- por esta ordem, categorias B, E e G.

Rendimentos empresariais:

A atividade empresarial

As atividades de um sujeito passivo de compra e venda de criptoativos e a sua mineração⁴⁴, se praticadas de forma estável, reiterada e com um intuito lucrativo⁴⁵, sendo

⁴⁴ O incremento patrimonial resultante da receção de um criptoativo, como remuneração pela prestação do serviço de mineração, deve ser considerado imediatamente um proveito da atividade, relevante para o cálculo do seu lucro, independentemente da sua alienação ou de o sujeito passivo optar por não o vender no período tributário em questão. É assim, porque a aquisição daquele criptoativo constitui um rendimento. Aliás, o principal rendimento da atividade, e não releva para efeitos de IRS que esse rendimento não seja pago em moeda fiduciária- artigo 1º, nº 2. Como tal, esta consideração não constitui obstáculo ao princípio da realização, aplicável somente às mais-valias, nem se trata aqui de tributar mais-valias latentes. O valor a considerar para esse proveito é o valor de mercado do criptoativo no momento da sua aquisição. Se depois vier a ser vendido o criptoativo minerado e se considerar que o eventual ganho auferido constitui maisvalia tributável, o preço de aquisição, para o cálculo da mesma, será o considerado como proveito para cálculo do lucro tributável na categoria B. O mesmo valerá para IRC.

⁴⁵ A forma mais fácil de a AT fazer prova desta “empresarialidade” dos rendimentos é comprovando o número de transações ou ativos minerados no ano. Podem na mesma surgir situações de fronteira, mas a compra e venda do mesmo ativo num curto espaço de tempo e várias vezes por ano, sempre constituirá forte indício, assim como a obtenção frequente de criptoativos como prémio da mineração. ⁵² Duarte Morais, Rui, Sobre o IRS, pp. 65.

este o principal fim da atividade, configuram uma atividade comercial e, por esse motivo, são rendimentos empresariais, tributáveis segundo as regras da categoria B, nos termos da al. a) do nº 1 do artigo 3º.

O nº 2 deste artigo consagra o poder de atração da categoria B, isto é, a integração na categoria B de rendimentos que *prima facie*, se poderiam integrar noutras categorias, por se relacionarem com a atividade empresarial ou profissional desempenhada. “A noção de lucro, entendido como o resultado global de uma atividade empresarial, implica, efetivamente, a perda de autonomia de cada um dos tipos de ganhos que contribuem para a respetiva formação.”⁵² Para o nosso tema, têm especial relevo, pela sua suscetibilidade de serem atraídos para a tributação de acordo com as regras da categoria B, os rendimentos de capitais (al. b) e as mais-valias (al. c), contando, naturalmente, que sejam imputáveis às atividades empresariais. Mais adiante, discorreremos sobre que rendimentos conexos com os criptoativos preenchem estes conceitos, mas ficarão já uns exemplos de situações em que se pode verificar este poder de atração:

O primeiro é o caso de um sujeito passivo cuja atividade empresarial consiste na mineração de criptoativos. O indivíduo investe em hardware que lhe confira um poder de computação suficiente para que possa contribuir para o processo de formulação de consenso da DLT, esperando ser remunerado com criptoativos, ulteriormente aliená-los e assim obter o retorno do seu investimento e, desejavelmente, mais algum rendimento, que constituirá o lucro da sua atividade. Esta venda de criptoativos poderia ser suscetível

de gerar rendimentos tributáveis como mais-valias. No entanto, é evidente que estas estão conexas com a atividade empresarial desempenhada e, deverão, por conseguinte, ser tributadas no âmbito da categoria B;

Exatamente o mesmo sucederá se a atividade empresarial do indivíduo consistir na compra para revenda de criptoativos;

Outra situação é aquela em que o sujeito passivo decide, com parte do fluxo de caixa disponível da atividade, seja profissional ou empresarial, adquirir security tokens, que conferem um rendimento passivo aos seus detentores e que poderiam, eventualmente, ser tributados como rendimentos de capitais, mas que aqui serão tributados de acordo com as regras da categoria B;

Situação idêntica será aquela em que, ao invés de adquirir estes security tokens, o sujeito passivo opta por adquirir qualquer tipo de criptoativos, procedendo ao seu depósito, junto de uma entidade que lhe garanta determinado juro, como recompensa e em que este juro pudesse ser tributado, à partida, enquanto rendimento de capital.

Os atos isolados

Existem ainda rendimentos provenientes de atos que, apesar de não preencherem o requisito da habitualidade, são objetivamente comerciais, e, por isso são integráveis na categoria B, em virtude da al. h) do nº 2 do artigo 3º, mesmo sendo esporádicos.

Será o caso, por exemplo, da compra para revenda de determinado criptoativo. Atente-se na necessidade de esta intenção de revendê-lo estar, desde logo presente, no momento da compra, não constituindo uma decisão posterior, em face de uma necessidade financeira repentina, por hipótese. O ónus da prova da intenção de revenda já no momento da compra recai sobre a AT⁴⁶ e, portanto, esta pode revelar-se de considerável dificuldade. Indício poderá ser um período extremamente curto entre a compra e a venda do ativo, sem motivo evidente que não seja a mera flutuação do preço. Outro exemplo será o caso em que o sujeito passivo consegue, em ocasiões contadas, apesar de não ter feito o investimento necessário a um grande poder de computação, participar no processo de consenso e minerar alguns criptoativos ou mesmo tendo feito esse investimento, ter optado por não o pôr regularmente ao serviço blockchain.

Note-se também que se fala da hipótese em que tal acontece uma ou outra vez, visto que a reiteração fará com que se passa a falar de uma atividade empresarial, logo à partida.

A 27 de dezembro de 2016, a AT emitiu uma informação vinculativa⁴⁷ sobre a tributação em IRS da compra e venda de criptomoedas. Relativamente à categoria B, firmou uma posição similar à que aqui se pugnou, à exceção da consideração dos atos isolados como subsumíveis a esta categoria, *in casu*, abordando, precisamente o exemplo

⁴⁶ Neste sentido, Duarte Morais, Rui, Sobre o IRS, pp. 61.

⁴⁷ <http://agenciawimara.pt/wp-content/uploads/2018/04/Processo-5717.2015.pdf>

da compra e venda de criptomoedas. Não o disse explicitamente, mas reforçou o requisito da habitualidade como essencial e *conditio sine qua non* da integração desta atividade na categoria B.⁴⁸

Pelo que ainda agora deixamos dito sobre o tema, pelo princípio da igualdade tributária⁴⁹, pelo princípio da capacidade contributiva, projeção do princípio anterior quando aplicado aos impostos e a conseqüente exigência de ir no sentido da consagração de uma base de incidência tão ampla quanto possível, não se concebe, salvo melhor opinião, como pode a compra para revenda de criptoativos, enquanto ato isolado, merecer tratamento diferenciado da mesma atividade, mas que tenha por objeto qualquer outro ativo intangível.

Rendimentos de capitais

Nos termos do artigo 5º, nº 1, consideram-se rendimentos de capitais e, portanto, tributáveis em IRS segundo as regras da categoria E, os frutos⁵⁰ e demais vantagens económicas, procedentes de elementos patrimoniais, bens, direitos ou situações jurídicas de natureza mobiliária, com exceção dos rendimentos tributáveis noutras categorias. Portanto, enquanto a categoria B, que acabamos de ver, se sobrepõe às demais em caso de haver um rendimento potencialmente enquadrável em mais do que uma categoria, a categoria E tem carácter subsidiário. O elenco extenso, mas meramente exemplificativo do nº 2, permite bem traçar o perfil dos rendimentos que se pretende tributar nesta sede,

sendo a maior parte juros, lucros e outros rendimentos resultantes da aplicação passiva⁵¹ de capital. “Há rendimentos de capitais (...) quando uma coisa deva ser havida por capital

⁴⁸ Em tudo concordando com a AT, vide (2021), Sena, Irina, A tributação da moeda virtual em Portugal, pp. 46 e ss.

⁴⁹ Que resulta do princípio da igualdade em geral, plasmado no artigo 13º da CRP.

⁵⁰ Diz-se fruto de uma coisa tudo o que ela produz periodicamente, sem prejuízo da sua substância- artigo 202º, nº 1 do CC.

⁵¹ O facto de o legislador ter aqui, em mente, rendimentos meramente passivos, faz com que não consagre a possibilidade de deduções específicas nesta categoria, fazendo equivaler o rendimento bruto ao rendimento líquido. Visão simplista, na medida em que, para o sujeito passivo se colocar na posição de receber estes rendimentos passivos, por vezes, tem que efetuar despesas. Pense-se no capitalista que para

(património, bens, direitos ou situações jurídicas de natureza mobiliária) e produza vantagens económicas sem que tal implique para o respetivo titular a perda dessa fonte. Havendo alienação da fonte, o ganho obtido constituirá, em princípio, uma mais-valia.”⁵² Dos rendimentos gerados por atividades conexas com criptoativos, são suscetíveis de gerar rendimentos enquadráveis nesta categoria:

O direito que alguns security tokens concedem a uma participação nos lucros de determinado projeto. Esta situação é perfeitamente comparável aos dividendos pagos ao titular de uma ação;

Os valores pagos por determinadas plataformas de troca centralizadas aos titulares de criptoativos como recompensa pela escolha de os depositar ao seu cuidado, apelidados pelas mesmas de juro;

Os criptoativos atribuídos como recompensa pelo staking/forging, feitos por detentores de criptoativos nativos da blockchain, por forma a contribuir para o mecanismo de consenso da mesma, quando esta funciona por proof of stake. Estes rendimentos só serão enquadráveis nesta categoria se o protocolo da blockchain exigir, para o funcionamento do mecanismo de consenso, o mero depósito, sem mais dos ativos em causa. É preciso que este rendimento seja passivo e não implique mais investimentos e esforços que não o da compra dos ativos que servirão como fonte dos frutos civis. Por maioria de razão, nunca poderão preencher este pressuposto de passividade os rendimentos provenientes da mineração, pelos avultados investimentos e esforços que acarretam, reconduzindo-se estes rendimentos sempre a uma atividade empresarial. Mais uma vez se chama atenção para a irrelevância de os rendimentos serem auferidos em ativos, em vez de moeda fiduciária, e para o facto de o valor destes corresponder ao valor de mercado no momento da sua receção;

Os criptoativos recebidos em virtude de um airdrop, quando se atribui aos detentores de determinados tokens, outros na proporção dos que detinham

decidir em que empresa investir, contrata os serviços de um consultor financeiro ou tem gastos associados à própria formação.

⁵² Duarte Morais, Rui; Sobre o IRS; pp. 76.

originalmente⁵³. Este novo token é atribuído meramente como recompensa da aplicação de capital feita no token original- artigo 5º, nº 1, al. p). A definição legal de frutos do Código Civil e, mesmo para alguns autores⁵⁴, a definição de rendimentos de capitais incluem o caráter periódico do rendimento. Este rendimento proveniente da aplicação de capital não é periódico, pode nunca ocorrer, e a ocorrer, não ocorrerá geralmente mais do que uma vez. No entanto, o nº 1 do artigo 5º diz que se consideram rendimentos de capitais não só os frutos, mas também as demais vantagens económicas, qualquer que seja a sua natureza, procedentes de bens de natureza mobiliária. Consideramos que no, caso *sub judice*, se trata disso mesmo;

No entanto, se o airdrop for feito, não em resultado da detenção de um token e, portanto, de uma aplicação de capital, mas para efeitos de promoção de um token, mediante a sua entrega a figuras mediáticas, já não poderá esse rendimento ser enquadrado nesta categoria.

Mais-valias

Em geral

A categoria G (incrementos patrimoniais) -artigo 9º- assume também caráter residual, relativamente às outras categorias. Para a nossa análise, só relevarão as maisvalias (al. a do nº 1 do artigo 9º), definidas no artigo 10º.

Quanto às mais-valias, “estamos perante ganhos que decorrem de uma valorização de bens com um caráter fortuito, motivada por circunstâncias ou forças exteriores, não dependente de uma atividade do sujeito passivo orientada para a obtenção do ganho. Tais circunstâncias originam a qualificação das mais-valias como ganhos trazidos pelo vento ou windfall gains”.⁵⁵ Lembra-se que as mais-valias realizadas são ganhos resultantes da alienação do bem, da destruição da árvore que dá os frutos e é, sobretudo, nisto que se distinguem dos rendimentos de capitais.

⁵³ Que pode ser consequência de um “fork” por exemplo.

⁵⁴ Vide Sanches, Saldanha, Conceito de rendimento de IRS, pp. 60- “toda a categoria E assenta num rendimento prototípico para esta categoria: o juro. E por isso tinha como base o rendimento periódico, que deriva de um outro direito ou de um certo ativo financeiro, podendo ser recebido sem que isso afete a substância do bem que o produz.”

⁵⁵ Op. cit., Rosado Pereira, Paula, pp. 204.

O artigo 10º consagra um elenco taxativo (*numerus clausus*) dos tipos de rendimentos que podem ser considerados mais-valias, desde que não integrem nenhuma das outras categorias. Sendo este elenco taxativo e não extremamente extenso e

abrangente, há rendimentos propositadamente deixados de fora do conceito de mais-valia para efeitos tributários, por razões várias, como a praticabilidade, a fraca expressão económica ou a capacidade de controlo, por parte da autoridade tributária⁵⁶, do facto tributário e da aferição do valor exato dos rendimentos que ele gera.

Dos factos tributários aos quais o legislador escolheu atribuir relevância nesta sede, só pode ser relevante para este estudo a al. b) que dispõe sobre a alienação onerosa de valores mobiliários, contendo um elenco exemplificativo dos mesmos, e a al. e) que dispõe sobre os instrumentos financeiros derivados.

Coloca-se, por conseguinte, a questão de saber se os criptoativos se podem considerar valores mobiliários ou instrumentos financeiros derivados.

Na medida em que alguns destes tokens podem atribuir ao seu titular o direito a parte do fluxo de caixa que o projeto subjacente gerar (security tokens), é intuitiva a semelhança com valores mobiliários como as ações, por exemplo.

Das autoridades europeias que se pronunciaram sobre este tema, todas foram no sentido de que, configurados de uma determinada maneira, tokens emitidos em ICO podem ser qualificados como instrumentos financeiros e mesmo como valores mobiliários.

A ESMA⁵⁷, num aviso de 13 de novembro de 2017, chamou a atenção às entidades emissoras de tokens para que estas verifiquem se as atividades que praticam não são, efetivamente, reguladas. Se os tokens emitidos forem instrumentos financeiros, têm que cumprir com as diretivas vigentes.

Também a CMVM⁶⁵, a 28 de julho de 2018, emitiu um comunicado semelhante em substância. Advertiu as entidades envolvidas em ICOs para atentarem na natureza jurídica do token a emitir, particularmente a qualificação do mesmo como valor

⁵⁶ Pelas razões já expostas, a praticabilidade e a dificuldade de controlo podem justificar a não tributação dos rendimentos conexos com os criptoativos como mais-valias.

⁵⁷ https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-828_ico_statement_firms.pdf ⁶⁵ <https://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20180723a.aspx>

mobiliário, com a consequente aplicação do seu regime jurídico. Fez notar ainda que o conceito de valor mobiliário do artigo 1º do CVM é aberto e amplo. É a alínea g) que lhe garante esta abertura ao considerar valores mobiliários qualquer documento representativo de situações homogêneas transmissíveis em mercado (*numerus apertus*).

Portanto, os tokens podem constituir valores mobiliários atípicos, se preencherem os requisitos legais.

Foi mais longe a CMVM e conclui que os tokens podem ser considerados documentos (desmaterializados) e que os gerados numa ICO são homogêneos e transmissíveis em mercado. Dúvida maior pode colocar-se relativamente a saber se são subsumíveis ao conceito de situação jurídica relevante para a mencionada al. g). Para tal, é preciso que os tokens:

Sejam um documento representativo de uma ou mais situações jurídicas de natureza privada e patrimonial (i.e., direitos e deveres);

Tendo em conta a situação jurídica representada, esta seja comparável aos valores mobiliários típicos, relevando para tal que das informações disponibilizadas pelo emitente, resulte que este está obrigado a conceder ao titular do token determinado rendimento (lucros ou juros) ou que vai empregar esforços que culminem na valorização do token, gerando, desta forma, no comprador uma legítima expectativa de lucro;

A CMVM conclui ainda com um alerta interessante para que as entidades, emissoras de tokens que não sejam valores mobiliários, não usem palavras suscetíveis de confundir os compradores.

Por seu turno, a Diretiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros⁵⁸, no art. 4º, nº 1, §44 define valores mobiliários como as categorias de valores que são negociáveis no mercado de capitais, com exceção dos meios de pagamento. No acórdão do TJUE⁵⁹, o tribunal entendeu que as criptomoedas são meios de pagamento. Como tal, este tipo de tokens fica, desde logo, excluído do conceito de valor mobiliário. Também o legislador nacional, na al. b) do nº 1 do artigo 2º do CVM deixa de fora do âmbito de aplicação do código os meios de pagamento.

⁵⁸ Diretiva 2014/65/EU do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁵⁹ Skatterverket c. Hedqvist. Adiante explorado em sede de IVA. ⁶⁸ Acompanhando António Garcia Rolo, na obra já citada.

Portanto, resulta da combinação do direito europeu e nacional que o valor mobiliário se deve definir como transmissível, negociável em mercados de capitais e homogéneo (categorias de valores), havendo ainda autores e também a CMVM que entendem que os valores mobiliários, fora da numeração exemplificativa que se segue à definição no artigo da Diretiva ainda agora mencionado, devem ser com eles funcionalmente comparáveis.⁶⁸

Criptoativos como valores mobiliários

Dissequemos então estes requisitos com o intuito de identificar de que forma e quando é que eles estão preenchidos nos criptoativos:

Representação em um documento:

Podia resultar do artigo 362º do CC que um documento tivesse que ser físico, mas este conceito não pode, naturalmente, ser interpretado *stricto sensu*, por ser conhecida a existência de valores mobiliários escriturais⁶⁰ e eletrónicos⁶¹.

Portanto, os tokens terão natureza semelhante aos valores mobiliários escriturais, visto que também se encontra registada a sua propriedade, detido por determinado endereço pessoal eletrónico (uma carteira digital), com a diferença de que o registo é feito na DLT do respetivo token.

Homogeneidade:

Nas palavras de Engrácia Antunes⁶², “Tal significa dizer, no essencial, que se trata de instrumentos financeiros homogéneos e fungíveis. Com efeito, os valores mobiliários são emitidos em massa (...) e não singularmente (...), são valores emitidos em conjuntos ou categorias que exibem uma série de características comuns- *maxime*, lançados pela mesma entidade, conferindo posições jurídicas idênticas, e sujeitos a regras comuns (v.g., natureza e valor nominal, condições de subscrição, forma de representação, etc) e são

⁶⁰ Cujas existência está materializada através de registos de contas- artigo 46º, nº 1 do CVM.

⁶¹ Artigo 2º, nº 1, al. a) do DL nº 290-D/99, de 2 de Agosto.

⁶² (2009) Os instrumentos financeiros, pp. 57 e 58.

valores fungíveis no sentido em que o tráfico jurídico os reconhece pelo seu número ou quantidade, sem curar de cada valor em concreto- o que, justamente dispensada a necessidade de averiguar o seu conteúdo próprio previamente a cada transação individual, permite que os mesmos sejam passíveis de negociação massificada no mercado de capitais.”

Os tokens cumprirão em princípio este requisito na medida em que, os emitidos pela mesma entidade⁶³ ou minerados na mesma blockchain seguindo um protocolo comum e com o mesmo nome, são em tudo idênticos, incluindo nos direitos que concedem. A NEO, o Dash (utility tokens) e o DAO (security token) e a generalidade dos demais são tokens fungíveis e, portanto, aptos a circular no mercado.

Suscetibilidade de transmissão e negociação em mercado:

Quanto à suscetibilidade de transmissão, “tais valores devem ser transacionáveis na base do encontro entre a oferta e a procura, exclusivamente em relação ao respetivo preço, sem negociação individualizada de outras condições e devem ser livremente circuláveis de forma massificada e estandardizada, sem entraves jurídicos ou económicos à sua circulação, v.g., sujeição às regras gerais da cessão de créditos⁶⁴.”⁶⁵

Esta livre transmissibilidade é abstrata. Não podem resultar limites à transmissão de fonte legal e de carácter geral para aquele ativo. Se por outro lado, resultar da vontade das partes que em determinado caso, relativamente a determinada quantidade de um ativo, se impõem limitações adicionais, tal não desqualificará o ativo de valor mobiliário.⁶⁶

Os tokens serão, as mais das vezes, livremente transmissíveis. Por outro lado, se o white paper contemplar limitações à transmissão, como a impossibilidade de transmitir

⁶³ No caso de haver uma oferta de moeda inicial por uma empresa por exemplo.

⁶⁴ Artigo 577º e seguintes do CC.

⁶⁵ Antunes, Engrácia, op. cit., p. 59.

⁶⁶ “(...) os títulos de capital das cooperativas, ao lhes ser aplicável um regime transmissivo sempre dependente de autorização da direção da cooperativa (...), não podem qualificar-se como valores mobiliários precisamente por faltar o requisito da transmissibilidade. (...) É certo, porém, que pode haver uma conformação da lei circulatória dos instrumentos em apreço através da autonomia da vontade. (...) Esta pode estar afetada acidentalmente (por exemplo ações sobre as quais existam cláusulas de intransmissibilidade), mas tal não retira a natureza de valor mobiliário.” (2016), Câmara, Paulo, Manual de Direito dos Valores Mobiliários, pp. 109.

o token depois da ICO, em mercado secundário, ou permiti-la só até determinado prazo por exemplo, aí este requisito não se encontrará preenchido. Esta impossibilidade terá que ser geral, da própria natureza do token e não resultante, por exemplo, de um contrato com eficácia interpartes feito entre dois utilizadores que previna o comprador de revender o produto.

Quanto à negociação em mercado, é preciso esclarecer se este requisito implica que haja, de facto, uma negociação destes ativos em mercados regulamentados ou se basta que estes possam, em potência, ser negociados nestes mercados. Esta discussão impõe-se na medida em que, de momento, nenhum destes tokens é negociado em mercados regulamentados⁶⁷. São negociados em plataformas de troca centralizadas como a Binance ou a Coinbase ou em plataformas de troca descentralizadas como a Pancake Swap.

De acordo com António Garcia Rolo ⁶⁸, o carácter abstrato da palavra negociabilidade implica, neste contexto, que os valores mobiliários precisam de ser potencial ou abstratamente negociáveis em mercados regulamentados ou sistemas de

negociação organizados, ou seja, devem preencher as condições de acesso a tais sistemas de negociação (artigo 204º, nº 1, al. a) do CVM⁶⁹), não tendo de ser concretamente admissíveis à negociação.

Em suma, parece que ambos os requisitos se encontram preenchidos na generalidade dos criptoativos.

Comparabilidade Funcional:

Não está previsto no artigo 1º do CVM, mas para alguns autores e para a CMVM, como já se disse, resulta da interpretação da definição de valores mobiliários do legislador europeu. Para estes, os valores mobiliários atípicos, como são os criptoativos, têm que apresentar características idênticas com os valores mobiliários que estão listados e que são mais tradicionais como as ações ou obrigações por exemplo, de tal forma que lhes

⁶⁷ Não se fala aqui das imposições da Diretiva relativa à prevenção de branqueamento de capitais, mas de completa regulamentação, como o mercado bolsista.

⁶⁸ *Op.cit*, p. 287

⁶⁹ Valores mobiliários fungíveis, livremente transmissíveis, integralmente liberados e que não estejam sujeitos a penhor ou a qualquer outra situação jurídica que os onere, salvo se o contrário for permitido pela legislação da União Europeia.

sejam funcionalmente comparáveis. De outra forma, estes ativos poderiam ficar de fora do escopo do legislador.

Com obrigações, que são títulos de dívida e, portanto, constituem uma obrigação de reembolso do emitente, será difícil encontrar nos security tokens semelhanças, já que estes não concedem uma obrigação de reembolso nem o pagamento de um juro.

Esta dificuldade comparativa já não se verifica relativamente às ações. Já deixamos claro que muitos tokens garantem uma participação nos lucros do projeto, garantindo ao seu titular, neste nível⁷⁰, direitos e riscos de alguma forma semelhantes aos do acionista. Com efeito, é semelhante a expectativa de um direito a uma parte do lucro que venha a resultar do negócio que a entidade prossiga, bem como o risco de estas expectativas serem goradas pelo insucesso do negócio. Além disto, alguns tokens conferem ainda direito de voto, com impacto em importantes decisões respeitantes ao futuro do projeto.

Concluindo e, concordando com a CMVM, quando haja uma vinculação do emitente à realização de condutas das quais resultem uma expectativa de retorno para o investidor, esta comparabilidade funcional verificar-se-á.

No princípio desta exposição, excluiu-se, logo à partida, os tokens de pagamento. Até este último requisito (comparabilidade funcional), tanto os utility tokens como os

security tokens se podiam integrar no conceito de valor mobiliário. Já não é assim quando se tem este pressuposto em mente. Com ele, não de ficar também arredados os utility tokens. Com efeito, estes não se assemelham a nenhum dos valores mobiliários típicos. Não concedem um direito a reembolso de determinada quantia e ao pagamento de um juro, assim como não concedem ao seu detentor uma participação nos lucros de um projeto ou um direito de voto no mesmo. Concedem, isso sim, a possibilidade de usar de determinado serviço ou de adquirir determinado bem, direitos que não são comparáveis a mais nenhum valor mobiliário típico.

Produtos financeiros derivados:

⁷⁰ É verdade que os acionistas sempre terão mais proteção legal e, portanto, mais direitos do que os detentores dos tokens, sobretudo a nível de direitos de informação.

Na definição de security tokens, dissemos que alguns se assemelham a produtos financeiros derivados, na medida em que alguns seguem o preço de um ou mais ativos subjacentes, como uma ação ou uma mercadoria. Outros, concedem direitos de aquisição futuros, semelhantes aos warrants ou às opções. Os ganhos obtidos com qualquer um destes security tokens, será tributado como mais-valia por se integrar na al. e) do nº 1 do artigo 10º.

Capítulo VII- IRC

Uma sociedade que tenha como objeto a compra e venda de criptoativos, a sua mineração, serviços que intermedeiem a sua compra e venda⁷¹ ou preste a generalidade dos serviços com eles relacionados, e adote um dos tipos de sociedade previstos no nº 2 do artigo 1º do CSC será uma sociedade comercial, porque pratica atos de comércio.

Sendo uma sociedade comercial ou outra pessoa coletiva de direito público ou privado com sede ou direção efetiva em território português, será sujeito passivo de IRCartigo 2º, nº 2, al. a) do CIRC. Também é esse o caso das entidades desprovidas de personalidade jurídica, com sede ou direção efetiva em território nacional, cujos rendimentos não sejam tributados em IRS ou IRC, assim como as entidades sem sede ou direção efetiva em território português, mas que nele obtenham rendimentos não sujeitos a IRS- respetivamente, a al. b) e c) do mesmo número.

Se o critério da sede não levanta grandes problemas, por ser de natureza formal, i.e., o que consta do contrato social, o mesmo já não se pode dizer do conceito de direção efetiva, especialmente neste tipo de atividades que funcionam sobretudo através da internet.

“Haverá que ter presente que as condições do mundo de hoje, nomeadamente a evolução ocorrida nos domínios da informática e das telecomunicações, permitem que muitas sociedades sejam governadas a partir do estrangeiro (...), sem que haja qualquer

⁷¹ Este tipo de rendimentos assume aqui particular relevo, na medida em que, como se aludiu na introdução ao estudo do IRS, sempre serão sociedades a praticar esta atividade comercial.

propósito de evasão ou elisão fiscais. (...) A estrutura dos grupos multinacionais (que não conhece as divisões correspondentes às fronteiras nacionais, cuja direção é, verdadeiramente internacional) torna extremamente difícil (...) localizar num dado local a direção efetiva de cada uma das sociedades que os integram. Daí que a conclusão seja a de que não é possível definir, em abstrato, critérios para a localização da direção efetiva de uma sociedade, que tal só poderá ser feito através da ponderação das circunstâncias que concorrem em cada caso concreto.”⁷²

Os sujeitos passivos residentes⁷³ são sujeitos a uma tributação de base mundial⁷⁴, por todo o seu rendimento, ainda que parte dele tenha sido gerado fora do território nacional- artigo 4º, nº 1 do CIRC.

Qualquer uma das atividades relacionadas com criptoativos (compra e venda, mineração, intermediação, entre outras) será uma atividade de natureza comercial (artigo 3º, nº 4 do CIRC). Como tal, o IRC incidirá sobre todo o lucro que uma sociedade comercial residente, que se dedique a estas atividades, gerar- artigo 3º, nº 1 do CIRC.

Por outro lado, a base tributável dos não residentes é constituída apenas pelos rendimentos obtidos em Portugal- artigo 4º, nº 2 do CIRC.

Não tendo estabelecimento estável em território nacional ou tendo, se o rendimento não lhe for imputável, o sujeito passivo será tributado pelo rendimento global, proveniente das diversas categorias consideradas em IRS, acrescido dos incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito- artigo 3º, nº 1, al. d) do CIRC.

Aqui, é o critério da fonte o elemento de conexão legitimador da tributação.

Ora, como facilmente se imagina, na generalidade das atividades *sub judice*, é extremamente difícil determinar e fiscalizar onde são praticadas as atividades potencialmente tributáveis.

⁷² (2014), Duarte Morais, Rui, Sobre o IRC, pp. 10, Almedina.

⁷³ Pessoas coletivas e entidades com sede ou direção efetiva em território português- artigo 2º, nº 3 do CIRC.

⁷⁴ World wide income principle.

“(…) frequentemente, não é fácil ou, mesmo, possível determinar onde foi exercida a atividade ou onde se deve ter por situado o bem gerador de determinado rendimento. Daí que o local da fonte se apure, em muitos casos, através do critério da fonte financeira, ficcionando-se que o rendimento foi produzido no local onde se situa a sede ou estabelecimento da entidade remuneradora.”⁷⁵

Nos termos da al. c) do n.º 3 do artigo 4.º do CIRC, com particular relevância para o presente estudo, é esta a ficção legal para os seguintes tipos de rendimentos:

Os rendimentos provenientes da aplicação de capitais⁷⁶ - sub. al. 3;

Os provenientes da intermediação de trocas que envolvem criptoativos protagonizada pelas plataformas de troca que suportam estes ativos - sub. al. 6;

Os provenientes de operações relativas a security tokens, nos casos em que estes se possam caracterizar como produtos financeiros derivados - sub. al. 8).

Além disso, de acordo com a sub. al. 3 da al. e) do n.º 3 do artigo 4.º do CIRC, também se consideram obtidos em território português os incrementos patrimoniais derivados de aquisições a título gratuito respeitantes àqueles security tokens que se consideram valores mobiliários e que a entidade emitente tenha sede ou direção efetiva em território português.

Tratando-se de um sujeito passivo não residente, mas que tem estabelecimento estável em Portugal, será tributado apenas pelo rendimento que este gerar - artigo 3.º, n.º 1, al. c) do CIRC.

Um exemplo de estabelecimento estável que nos parece evidente, nesta matéria, é o da atividade de mineração⁷⁷, particularmente nos casos em que o mecanismo de consenso é o “proof of work”. Já explicamos que a atividade de mineração implica um poder de computação considerável, que se consubstancia em hardware, que, naturalmente ocupa espaço físico. Pense-se naqueles grandes armazéns, cheios de computadores, dedicados à mineração. Se um destes espaços se encontrar instalado em Portugal, ainda

⁷⁵ Op. cit. Duarte Morais, Rui, pp. 16

⁷⁶ Que já deixamos dito quais apresentam conexão com os criptoativos, no estudo do IRS.

⁷⁷ Note-se que, por raciocínio semelhante ao que foi dito para os rendimentos empresariais, um criptoativo minerado será considerado rendimento da sociedade para efeitos de IRC no exercício em que tal ocorreu, assumindo o valor de mercado que tinha no próprio dia da conclusão da mineração, independentemente de ter sido alienado ou não.

que pertença a um não residente, não resultarão dúvidas de que se trata de um estabelecimento estável- artigo 5º, nº 1 do CIRC.

Outro será o caso de um escritório onde trabalham engenheiros informáticos que asseguram o bom funcionamento do software de uma plataforma de troca, que aceite criptoativos- artigo 5º, nº 2, al. c) do CIRC.

Em suma, uma sociedade comercial (que é a forma jurídica mais comum e relevante para o que está em causa) que se dedique à prática de atividades dos tipos sob análise, será sujeito passivo de IRC e os seus rendimentos serão tributados de forma idêntica às restantes sociedades comerciais.

Capítulo VIII- IVA

Em princípio, as pessoas, singulares ou coletivas que, de modo independente e com caráter de habitualidade (ou mesmo quando pratiquem uma só operação isolada), pratiquem atividades de compra e venda de criptoativos ou de prestação de serviços com eles relacionados, são sujeitos passivos de IVA- artigo 2º, nº 1, al. a) do CIVA.

Estas atividades são consideradas prestações de serviços, por não serem transmissões de bens corpóreos, se forem onerosas e efetuadas em território nacional por um sujeito passivo agindo como tal- artigo 1º, nº 1, al. a), 3º, nº 1 e 4º nº 1 do CIVA.

Sobre a sujeição a IVA, pelo menos relativamente a serviços relacionados com o câmbio de Bitcoins, já várias entidades de relevo se pronunciaram. Assunto que começaremos por desenvolver. Finalizaremos com outras atividades potencialmente tributáveis nesta sede, como a mineração, entre outras.

Da compra e venda

As criptomoedas

Decisão do TJUE de 22 de Outubro de 2015, processo C-264/14, Skatteverket contra David Hedqvist:

Este acórdão vem decidir um reenvio prejudicial apresentado ao TJUE no contexto de um litígio que opõe o senhor Hedqvist à Administração Fiscal Sueca

(Skatteverket). Pede-se ao Tribunal que esclareça a interpretação dos artigos 2º, nº 1⁷⁸ e

do artigo 135º, nº1⁷⁹ da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2006 (Diretiva do IVA), no sentido de saber se a venda de criptomoedas está ou não sujeita a IVA.

Hedqvist pretende, através de uma sociedade, comprar criptomoedas para, ulteriormente, as revender, preferencialmente a um preço mais elevado, no qual acresce ao preço de mercado uma percentagem que reverte para a sociedade.

Antes de iniciar atividade, pediu um parecer à Comissão de Direito Fiscal sueca, que disse, em 14 de Outubro de 2013, que as operações de câmbio de divisas tradicionais pela criptomoeda bitcoin estão sujeitas a IVA por corresponderem à prestação de um serviço, mas isentas porque são operações relativas a divisas⁸⁹.

O Skatteverket interpôs recurso da decisão da comissão para o Supremo Tribunal Administrativo, com o argumento de que as operações em causa não estão abrangidas pela referida isenção. O tribunal teve dúvidas e efetuou um reenvio prejudicial para o TJUE, perguntando se as mencionadas operações são prestações de serviço onerosas e se, em caso afirmativo, se encontram isentas de IVA.

O Tribunal entendeu que:

A bitcoin não pode ser considerada um bem corpóreo nos termos do artigo 14º da Diretiva, na medida em que não tem outra função que não a de servir como meio de pagamento, assim como as divisas tradicionais. Assim sendo, as operações em causa são o câmbio de diversos meios de pagamento e não uma entrega de bens. Só pode, por conseguinte, tratar-se de uma prestação de serviços- artigo 24º da Diretiva;

A prestação de serviços é onerosa, porque há umnexo direto entre o serviço prestado e o contravalor recebido pelo sujeito passivo. A sociedade cede uma divisa virtual em troca de uma tradicional ou vice-versa e inclui no cálculo das taxas de câmbio a que está disposta a vender e comprar as divisas em causa uma margem. Esta margem, corresponde à contraprestação pelo serviço prestado.

⁷⁸ Que estatui que estão sujeitas a IVA as entregas de bens e as prestações de serviços efetuadas a título oneroso por um sujeito passivo, agindo nessa qualidade.

⁷⁹ Que isenta determinadas operações financeiras de IVA. ⁸⁹ Artigo 135º, nº 1, al. e) da Diretiva do IVA.

Estas operações estão isentas, ao abrigo do artigo 135º, nº 1, al. e) da Diretiva, que prescreve que estão isentas de IVA as operações, incluindo a negociação, relativas a divisas, papel-moeda e moeda com valor liberatório. Não resulta claro das versões disponíveis nas várias línguas em que se encontra redigida a Diretiva, por haver

divergências linguísticas, se a expressão “valor liberatório”⁸⁰ se aplica só às moedas ou também às divisas. A moeda virtual não tem valor liberatório e, portanto, o esclarecimento desta questão é de importância capital para a resolução do problema. Não sendo o texto claro, dever-se-á fazer uma interpretação sistemática da norma, atendendo, portanto, às finalidades tanto da diretiva, como daquela isenção. A finalidade da isenção é de obviar às dificuldades que a determinação do valor tributável e do montante de IVA dedutível nas operações financeiras, como as que estão em causa⁹¹, implica. Estas dificuldades, que se encontram na troca de divisas tradicionais, em nada se distinguem das geradas por trocas que incluam divisas virtuais. Como tal, uma interpretação, que excluísse da aplicação da norma estas últimas operações, estaria a privar a norma de parte dos seus efeitos.

Julgamos que, em tudo, andou bem o tribunal nesta decisão, pelo que faz sentido tê-la como estrela polar no resto da nossa análise, em sede de IVA.

Informação vinculativa da AT sobre o enquadramento tributário em IVA da compra e venda de criptomoedas:

Também em Portugal, a AT teve, a 28 de janeiro de 2019, a oportunidade de se pronunciar sobre o enquadramento das criptomoedas em IVA, no âmbito do processo nº 14763⁸¹.

No pedido de informação vinculativa, o contribuinte, sujeito passivo de IVA, questionou sobre o enquadramento da compra e venda de bitcoin em IVA, sobre o

⁸⁰ Valor liberatório é uma característica das moedas com curso legal em determinado território, que faz com estas moedas devam ser aceites como meio de pagamento, pelo seu valor nominal, por todas as entidades.

⁹¹ As operações de câmbio de divisas não tradicionais são operações financeiras quando as partes as tenham aceite como meio de pagamento e não tenham outro fim, que não esse.

⁸¹ https://www.audico.pt/wp-content/uploads/2019/08/57_INFORMACAO_14436.pdf

documento correto para titular aquelas transações e as despesas de corretagem que suportou em determinadas plataformas de troca e sobre a forma que deve assumir a fatura nos casos em que o comprador é desconhecido.

Quanto ao enquadramento da venda de criptomoedas, a AT cita e reitera o entendimento do TJUE: A bitcoin, tal como as moedas com valor liberatório, não tem outra finalidade que não servir como meio de pagamento. As operações de câmbio, efetuadas a título oneroso, por um sujeito passivo de IVA constituem operações sujeitas a imposto- artigos 1º, nº1, al. a) e 2º, nº 1, al. a) do CIVA. O valor tributável é o da contraprestação- artigo 16º, nº 1 do CIVA.

No entanto, estas operações encontram-se isentas por serem operações que têm por objeto divisas- artigo 9º, nº 1, al. 27), sub al. d).

Note-se que estas isenções do artigo 9º do CIVA são isenções simples, incompletas ou sem crédito de imposto por não constarem do artigo 20º, ou seja, não conferem direito de dedução pelas despesas suportadas com os inputs necessários à venda.

O artigo 137º da Diretiva do IVA permite que os Estados-membros concedam aos sujeitos passivos a possibilidade de optarem pela tributação (renunciarem à isenção da al. b) a g) do nº 1 do artigo 135º, podendo assim efetuar deduções) destas operações, mas Portugal não optou por essa via legislativa.⁸²

Quanto à forma das faturas, a AT explica que é obrigatória a emissão de fatura da prestação de serviços e explica em que termos a mesma deve ser emitida.

Sucedo que a AT comete aqui, salvo melhor opinião, uma imprecisão. As operações especulativas do sujeito passivo não constituem prestações de serviços onerosas, nos mesmos termos que as do Acórdão citado. Nos termos do Acórdão First National Bank of Chicago⁸³, que o TJUE reiterou no Ac. Skatteverket contra David Hedqvist, para efeitos da determinação do carácter oneroso de uma prestação de serviços, é irrelevante que essa remuneração não tenha a forma do pagamento de uma comissão ou do pagamento de despesas específicas. No entanto, é necessário neste tipo de operações

⁸² “Apenas a Alemanha, Bélgica, França, Estónia e Lituânia transpuseram para o seu direito interno esta possibilidade, ainda que de forma limitada.” Gonçalves, Berta, IVA nas operações financeiras- A Diretiva IVA, Isenção do artigo 135º, nº 1.

⁸³ C-172/96, EU:C:1998:354.

de câmbio que, pelo menos, exista um pagamento de uma quantia correspondente à margem⁸⁴ 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. Na ausência de uma comissão, é esta margem aplicada pelo prestador de serviços que confere onerosidade aos serviços que presta. Ou seja, as prestações onerosas, com relevo para o caso, são as de serviço de câmbio.

O sujeito passivo que questiona a AT não presta um serviço de câmbio nestes termos. Não aplica na venda das suas criptomoedas qualquer margem. Provavelmente, ainda que o desejasse, não teria possibilidade de o fazer. Aliás, não só não aplica nenhuma margem, como ainda paga uma comissão de 1% por transação. Meramente, especula na subida de valor da moeda que compra e espera vendê-la a um preço superior.

É verdade que, quando o sujeito passivo vende criptomoedas que detém, esta operação é uma prestação de serviço onerosa em que a contraprestação é o valor que por ela receber. Esta operação está de facto sujeita, mas isenta, nos termos do artigo 9º, nº 1, al. 27), sub al. d), mas trata-se de uma operação diferente da que foi examinada no Acórdão do TJUE.

Utility tokens:

Informação vinculativa da AT sobre o enquadramento legal em IVA da venda de utility tokens⁸⁵:

O contribuinte, sujeito passivo de IVA, pretende construir uma plataforma de comércio eletrónico que terá um token próprio, servindo este para os utilizadores poderem fazer uso do serviço. Por outro lado, a pré-venda do token, ajudará a financiar a produção da plataforma.⁸⁶ Deseja, portanto, saber se a venda destes tokens está sujeita a IVA e, em caso afirmativo, se está isenta pela sub al. d) da al. 27 do artigo 9º do CIVA⁸⁷.

A AT entende que a venda dos tokens é uma operação sujeita a IVA, enquanto prestação de serviço (artigos 1º, nº1, al. a), 3º, nº 1 e 4º, nº1 do CIVA), mas isenta pelo pela sub al. d) da al. 27 do artigo 9º que inclui as operações relativas a divisas.

⁸⁴ Mais conhecida por “spread”.

⁸⁵ Processo nº 12904. Despacho da de Serviços do IVA, de 15 de fevereiro de 2018, http://www.taxfile.pt/file_bank/news1218_15_1.pdf.

⁸⁶ Trata-se de uma oferta de moeda inicial.

⁸⁷ Entre outras questões que não cumpre aqui desenvolver.

Para incluir a venda dos tokens em causa na isenção, a AT citou o Acórdão do TJUE, Skatteverket contra David Hedqvist que, conforme já dito supra, inclui nesta isenção o câmbio de Bitcoins por moeda tradicional. Sufragou que, sendo o token *sub judice* um produto virtual não material à semelhança da moeda bitcoin, aceite pelas partes como meio de pagamento alternativo e tendo como único objetivo ser um meio de pagamento, deve ter-se também por isento, por igualdade de razão.

Sucedo que, no caso concreto, estão em causa tokens de utilidade e não criptomoedas. Com efeito, a sua principal função é aceder aos serviços disponibilizados pela plataforma emissora. Esta diferença merecia, no mínimo, uma referência e análise mais cuidada às características do token que podem até conduzir a um enquadramento legal diferente da venda de bitcoins. Façamo-lo aqui:

De facto, o token é aceite pelas partes como meio alternativo de pagamento e só tem essa função. A sua única função conhecida é ter um papel semelhante ao Euro,

embora, somente dentro da plataforma emissora (uma vez que não tem força liberatória) e remunerar assim os serviços prestados pelo contribuinte. Esta característica da unicidade da função é essencial, na medida em que, conforme supra exposto, o TJUE considera que as operações de câmbio de divisas não tradicionais são operações financeiras, apenas quando as moedas têm como única função servirem como meio de pagamento. Considerá-las como tal é essencial para que este tipo de pagamento se inscreva na *ratio* subjacente à isenção, *maxime* a dificuldade de determinação do valor tributável, que se revelou essencial no sentido de decisão do tribunal.

Este cuidado acentua-se no caso concreto, na medida em que é dito pelo contribuinte que o dinheiro gerado pela oferta inicial dos tokens se destinará a financiar o próprio projeto empreendedor. Não seria difícil de imaginar uma situação em que, com o intuito de incentivar a compra daqueles tokens a um preço tão elevado como possível, a entidade emissora concedesse determinados direitos aos seus detentores, como sendo uma participação nos eventuais resultados líquidos que o projeto viesse a gerar, por exemplo. Outra forte possibilidade seria que a entidade emissora garantisse que estes podiam ser alienados em troca de benefícios que não se identificavam com o fornecimento dos seus serviços. Em qualquer um destes exemplos, a al. e) do nº 1 da DIVA já não isentava a venda daqueles tokens de IVA.

Constatando-se que, de facto, servir como meio de pagamento é a única função dos tokens, concordamos com a decisão da AT.

E se fosse um security token?

Não encontramos informação vinculativa da AT ou acórdão do TJUE que se pronunciasse sobre o enquadramento em IVA destes tokens, pelo que tentaremos, humildemente, dar resposta a esta questão.

Mais uma vez verificamos a sujeição a IVA, enquanto prestação de serviços, tanto da venda de security tokens em oferta de moeda inicial como da posterior alienação onerosa dos mesmos.

Interessa agora analisar possibilidades de isenção destas operações no âmbito do nº 27 do artigo 9º do CIVA:

Não se encaixam na al. a) por não serem meramente créditos, na al. b), considerando que não se trata de nenhuma garantia, nem tão pouco na al. c) por não se assemelharem a nenhuma das operações descritas como os depósitos, as transferências, entre outras;

Como facilmente se deduz do que se disse há pouco a propósito dos tokens de utilidade, a al. d) não pode isentar uma venda de security tokens, porque estes não são apenas meios de pagamento;

Julgamos, no entanto, que a venda de security tokens por moeda tradicional pode ser uma operação isenta pela al. e)⁸⁸. Muito embora não se trate de ações, outras participações sociais ou obrigações, pode enquadrar-se na expressão “demais títulos”, por alguns destes tokens apresentarem algumas semelhanças com os primeiros instrumentos financeiros, sobretudo com as participações sociais.

Além disso, mantém-se aqui a necessidade de prosseguir os fins da consagração da isenção pela Diretiva, *maxime*, o fim invocado pelo TJUE de obviar às dificuldades que a determinação do valor tributável e do montante de IVA dedutível nas operações financeiras implica.

⁸⁸ Que isenta “as operações e serviços, incluindo a negociação, mas com exclusão de simples guarda e administração ou gestão, relativos a ações, outras participações em sociedade ou associações, obrigações e demais títulos, com exclusão dos títulos representativos de mercadorias e dos títulos representativos de operações sobre bens imóveis quando efetuadas por um prazo inferior a 20 anos;”

Deve fazer-se uma avaliação casuística do token, avaliando se a semelhança aos demais títulos está patente e, só verificando-se, concluir pela isenção da operação;

Tratando-se de uma oferta de moeda inicial, a isenção que a cobrirá será a da al. f), por a operação ser uma emissão de títulos privados.

Outros meios de aquisição dos criptoativos

Até aqui falamos apenas da tributação em IVA da compra e venda de criptoativos, em mercado secundário ou em oferta de moeda inicial. São os mais comuns e, portanto, mais importantes. Ainda assim, não consideramos despidendo abordar os outros cenários possíveis, que poderiam, eventualmente, gerar um facto tributável em sede de IVA. Da mesma opinião foi o Comité da Comissão Europeia do IVA, quando em 2016, na sequência da decisão de Hedqvist do TJUE, publicou um ensaio⁸⁹ que se debruçou sobre isso mesmo¹⁰¹. Nele concluiu:

Não são sujeitos a IVA o uso de criptomoedas para adquirir bens ou serviços, ainda que esses bens ou serviços estejam sujeitos ao imposto. O pagamento com criptomoedas será tratado da mesma forma que o uso de divisas tradicionais;

O serviço fornecido por carteiras digitais, que visam guardar criptomoedas, estará não sujeito se for gratuito, como é muitas vezes. Se houver uma remuneração do serviço prestado, sob a forma de comissões por exemplo, este estará sujeito, mas isento no que às transferências diz respeito- artigo 135º, nº 1 al. e) da Diretiva do IVA. Não estará isento, no entanto, o serviço remunerado prestado pelo depósito das criptomoedas na carteira virtual, por não se subsumir à al. d) do já referido artigo;

Os serviços de intermediação prestados por uma plataforma de troca são tributáveis em IVA e não são isentos pela al. e) do nº 1 do artigo 135º.

A questão mais interessante coloca-se quanto às atividades de mineração. A comissão considerou que o facto de um utilizador de Bitcoin, não ter necessariamente que pagar uma comissão de transação para enviar a moeda para outros utilizadores e, portanto,

⁸⁹ Ao contrário da decisão do TJUE, este ensaio não vincula os tribunais dos Estados-membros. ¹⁰¹ Referindo-se, mais uma vez, à Bitcoin, mas julgamos que podemos aplicar as conclusões exaradas às restantes criptomoedas, *mutatis mutandis*.

para receber o serviço de validação providenciado pelo minerador, pode ser um indício de que não existe um vínculo direto entre o serviço e a contraprestação. Além disso, a prestação de um serviço de mineração não atribui ao minerador um direito de exigir a contraprestação, o que pode implicar a inexistência de uma relação sinalagmática entre o minerador e o utilizador que pretende ver a sua transação validada.

Não obstante, quando as Bitcoins são recebidas automaticamente pelo minerador, provenientes da blockchain, de cada vez que um serviço de validação é prestado, estas podem ser vistas como a contraprestação de um serviço tributável.

Apesar de em teoria, as transações de Bitcoin poderem ser feitas gratuitamente, geralmente, os utilizadores pagam comissões (comumente é o método predefinido nas carteiras virtuais). É quase impossível de imaginar que os utilizadores estivessem dispostos a esperar dias ou semanas até que a transação fosse validada, o que poderia facilmente acontecer se estas comissões não fossem pagas.

No entanto, estes serviços poderiam considerar-se isentos, nos termos do artigo 135º, nº 1, al. e) da Diretiva do IVA, por serem serviços diretamente relacionados com divisas. Além disso, poderia considerar-se que estes serviços estão isentos nos termos da al. d) do mesmo artigo, na medida em que, em substância, estão a cumprir funções essenciais de um serviço que se encontra isento- a transferência de Bitcoins, enquanto divisas que são.

Capítulo IX- Conclusão

É a tributação em IRS que, sobretudo, merece uma reflexão final:

Em primeiro lugar, cumpre dizer que há vários rendimentos relacionados com os criptoativos que de, *jure condito*, não se consideram tributáveis, mas que o são, em nossa opinião, como se procurou demonstrar.

Uma maneira de pôr termo às principais dúvidas que subsistem era, simplesmente, incluir os criptoativos no elenco taxativo das mais-valias.

A favor, terão que se apontar imperativos de igualdade tributária e de tornar a base de tributação do IRS tão ampla quanto possível. De facto, é difícil de justificar, a nível de justiça material, que a mais-valia obtida com a venda de uma ação da EDP seja tributada,

enquanto a venda de bitcoin não o é, quando ambas foram compradas com o mesmo propósito de investimento e o primeiro sempre tem a utilidade de ajudar a financiar uma sociedade comercial que produz valor que extravasa os limites da própria organização.

Por outro lado, raciocínio semelhante se pode fazer com outros bens que o legislador decidiu deixar de fora do referido elenco, como as obras de arte por exemplo, precisamente por razões que também se verificam no caso sob estudo, como sendo a dificuldade do controlo da ocorrência dos factos tributários.

No entanto, as obrigações de identificação e reporte impostas atualmente às plataformas que intermedeiam as trocas, muito contribuem para obstar a esta dificuldade, na medida em que a generalidade dos sujeitos passivos não tem conhecimentos técnicos para negociar diretamente na blockchain. Além disso, já vários países têm, com sucesso, tributado estes ativos enquanto mais-valias.

Concluindo, defendemos a adição dos criptoativos ao elenco do artigo 10º do CIRS.

Bibliografia:

- Antonopoulos, Andreas, Mastering Bitcoin, O'Reilly Media, 2014.
- Antonopoulos, Andreas, Mastering Ethereum, O'Reilly Media, 2018.
- Apoline Blandin, Ann Sofie Cloots, Hatim Hussain, Michel Rauchs, Rasheed Saleuddin, Jason Grant Allen, Bryan Zhang, Katherine Cloud, Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study, University of Cambridge, 2018.
- Antunes, Engrácia, Os instrumentos financeiros, Almedina, 2009.
- Câmara, Paulo, Manuel de Direito dos Valores Mobiliários, Almedina, 2016.
- Dewey Joe, Blockchain & Cryptocurrency Laws and Regulations 2022 USA, 2022, disponível

em:

<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/usa>.

- Duarte Morais, Rui, Sobre o IRC, Almedina, 2014.
- Duarte Morais, Rui, Sobre o IRS, Almedina, 2016.
- Garcia Rolo, António, As criptomoedas como meio de financiamento e a qualificação dos tokens de investimento emitidos em oferta pública de moeda (ICO), FinTech II, Novos estudos sobre tecnologia Financeira, Almedina, 2019.
- Goforth, Carol, U.S. Law: Crypto is Money, Property, a Commodity, and a Security, all at the Same Time.
- Gonçalves, Berta, IVA nas operações financeiras- A Diretiva IVA, Isenção do artigo 135º, nº 1.
- Hafner Samuel, Utility Token Design, 2021.
- Himmer, Klaus, Accounting and Taxation of Cryptoassets, 2019.
- Houben, Robby; Snyers, Alexander; Cryptocurrencies and blockchain; Legal context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion, 2018.
- Houben, Robby; Snyers, Alexander; Crypto-assets: Key developments; regulatory concerns and responses, 2020.
- McDonald, David, Coining New Tax Guidance: How the IRS is Falling Behind in Crypto, University of Miami International and Comparative Law Review, 2020.
- Mendelson, Michael, From Initial Coin Offerings to Security Tokens: A U.S. Federal Securities Law Analysis, 2019.
- Nevle, Elizabeth; Tales From the Crypt: Global Trends in the Taxation of Cryptocurrency, 2021. - Nofer, Michael; Gomber, Peter; Hinz, Oliver; Schiereck, Dirk; 2017; Blockchain.
- OECD, Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues, 2020.
- Válio, Save, Definição, funcionamento e as aplicações do hash, a função popular da criptografia, 2020, disponível em: <https://www.voitto.com.br/blog/artigo/o-que-e-hash-e-como-funciona>.
- Michel, Rauchs; Glidden, Andrew; Gordon, Brian; Pieters, Gina; Recanatini, Martino; Rostand, François; Vagneur, Kathryn; Zhang, Bryan; Distributed Ledger Technology Systems, A Conceptual Framework; University of Cambridge; 2018.
- Sanches, Saldanha, O conceito de rendimento no IRS, 2001.
- Satoshi Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2008. - Sena, Irina, A tributação da moeda virtual em Portugal, Almedina, 2021.
- Shestak, Viktor; Kiseleva, Alla; Kolesnikov, Yuriy; Taxation Issues for Digital Financial Assets; 2021.
- The Law Library of Congress, Global Legal Research Directorate, Regulation of Cryptocurrency in Selected Jurisdictions, 2018.
- Katsiaryna Ulyanova, Legal Regulation of the Crypto-Currency Taxation, 2018.
- World Economic Forum, Deep Shift, Technology Tipping Points and Societal Impact Report, 2015, disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Technological_Tipping_Points_report_2015.pdf#page=24.

