



Nota Técnica ANPR nº 001/2022-UC

Brasília, 22 de abril de 2022.

Nota técnica sobre os Projetos de Lei nº 3.825/2019 e nº 4.401/2021

Referência: Projeto de Lei nº 3.825/2019 (Senado Federal) – disciplina os serviços referentes a operações realizadas com criptoativos em plataformas eletrônicas de negociação e Projeto de Lei nº 4.401/2021 (Senado Federal) – dispõe sobre prestadora de serviços de ativos virtuais, conforme Parecer apresentado em Plenário pelo Relator, Senador Irajá Silvestre Filho (PSD-TO), em 19/04/2022.

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA
- **ANPR**, entidade associativa que representa os membros do Ministério Público Federal, com o objetivo de contribuir ao debate legislativo referente à tramitação do Projeto de Lei nº 3.825/2019 e do Projeto de Lei nº 4.401/2021, os quais pretendem disciplinar os serviços referentes a operações realizadas com ativos virtuais, também denominados criptoativos, bem como alterar o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro).



Inicialmente, é de se louvar a iniciativa parlamentar no sentido de disciplinar os serviços referentes às operações realizadas com criptoativos em plataformas eletrônicas de negociação, ou seja, com prestadoras de serviços de ativos virtuais. Não se ignora tratar-se de uma temática de grande complexidade em âmbito global, e que tem desafiado os legisladores da generalidade dos países, bem assim os organismos internacionais, na busca da sua adequada regulação, objetivando, dentre outros legítimos interesses, uma adequada prevenção da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo, além de outras infrações penais.

No Brasil, embora exista uma expressiva movimentação de valores negociados com criptoativos, a ausência de regulação das corretoras ou *exchanges* tem causado graves problemas, com consequências negativas para a sociedade, em especial para os interessados na utilização dos criptos como meio de pagamento ou transferência de valores, ou, ainda, como forma de investimento. A isso se soma o vertiginoso aumento das “pirâmides” (ou esquema *Ponzi*) tendo por “atrativo”, justamente, a promessa de vultosos ganhos através de supostas aplicações em criptoativos, trazendo prejuízos bilionários à poupança popular.

Em que pese o Substitutivo apresentado em minucioso e circunstanciado parecer pelo Exmo. Senador Irajá Silvestre Filho, a Associação Nacional dos Procuradores da República vem, respeitosamente, apresentar sugestões, notadamente sob o ponto de vista jurídico-penal, para o aperfeiçoamento dos referidos projetos de lei, tendo por base contribuições de colegas do Ministério Público Federal, em especial as apresentadas pelo Procurador Regional da República Artur de Brito Gueiros Souza e pelo Procurador da República Thiago Augusto Bueno.

Conforme as razões aduzidas no citado Parecer, propõe-se a aprovação do Projeto de Lei 4401/2021 (PL 2305/2015 da Câmara), restando prejudicado o Projeto de Lei 3825/2019 que, tratando da mesma temática, tramita em conjunto no Senado Federal.



1. DEFINIÇÃO DE ATIVOS VIRTUAIS

Consta do Substitutivo apresentado em Plenário a seguinte definição sobre ativo virtual:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para a realização de pagamentos ou com o propósito de investimento, não incluídos:

I - moeda nacional e moedas estrangeiras;

II - moeda eletrônica, nos termos da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013;

III - instrumentos que provejam ao seu titular acesso a produtos ou serviços especificados ou a benefício proveniente desses produtos ou serviços; e

IV - representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento.

§1º Competirá ao órgão ou à entidade da administração pública federal indicada em ato do Poder Executivo estabelecer quais serão os ativos financeiros regulados, para fins desta Lei.

§2º Fica autorizada a abertura de conta em prestadoras de serviços de ativos virtuais e a realização de operações com ativos virtuais e seus produtos derivados por órgãos e entidades da administração pública, nas hipóteses previstas em regulamento a ser editado por ato do Poder Executivo.

Por sua vez a Instrução Normativa da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil nº 1.888/2019 possui a seguinte definição:

Art. 5º, I – criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal.



A definição feita na IN 1.888/2019 é melhor porque traz todas as características e funções dos criptoativos¹. São representações virtuais (não possuem existência física), cujos valores são referenciados em unidade de conta própria e específica, que se valem de criptografia em sistemas distribuídos (*blockchain*) para registros de suas movimentações. Além disso, **ainda que não sejam moedas no sentido econômico, podem ser empregados para os três fins das moedas: unidade de conta, meio de pagamento e reserva de valor.**

Apesar do art. 3º do Substitutivo trazer um rol excludente do que sejam ativos virtuais, persiste dúvida, por exemplo, com relação a pontos de milhagem oferecidos por empresas de cartão de crédito, uma vez que, a depender de como organizado o serviço seria configurado como ativo virtual, não se amoldando ao disposto no inciso III.

Por conseguinte, **a denominação ‘ativo virtual’ não parece ser a mais adequada. O vocábulo ‘criptoativo’, tal como consta na IN 1.888/2019 da RF, se mostra mais condizente com as características da tecnologia.** Em que pese no plano internacional se encontrar em algumas publicações a denominação ‘virtual asset’, os vocábulos ‘cryptocurrency²’ e ‘cryptoasset³’ tem sido mais utilizados.

Inclusive, a definição de ‘virtual asset’ feita pelo GAFI se aproxima mais do conteúdo da IN 1.888/2019 do que do Substitutivo: ‘Um ativo virtual é uma representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida eletronicamente, e pode ser utilizada para realizar pagamentos ou com fins de investimento. Ativos virtuais não incluem representações digitais de moedas soberanas, de títulos mobiliários ou outros ativos financeiros que já sejam objetos de outras recomendações do GAFI⁴’ – tradução livre.

O Parlamento Europeu define “cryptocurrency” como sendo: “uma representação digital de valor que (1) é constituída em um sistema de transmissão ponto-a-ponto (P2P), como uma alternativa à moeda soberana, (2) utilizada com o propósito geral de ser um meio de troca (independentemente de qualquer banco central), (3) assegurada por um mecanismo conhecido como criptografia e (4) pode ser convertida em moeda soberana e vice-versa⁵” – tradução livre.

2. DEFINIÇÃO DE EXCHANGES

O Substitutivo apresentado em Plenário traz a seguinte definição sobre ativo virtual:

Art. 5º Considera-se prestadora de serviços de ativos virtuais a pessoa jurídica que executa, em nome de terceiros, pelo menos um dos serviços de ativos virtuais, entendidos como:

I - troca entre ativos virtuais e moeda nacional ou moeda estrangeira;

II - troca entre um ou mais ativos virtuais;

III - transferência de ativos virtuais;

IV - custódia ou administração de ativos virtuais ou de instrumentos que possibilitem controle sobre ativos virtuais; ou

V - participação em serviços financeiros e prestação de serviços relacionados à oferta por um emissor ou venda de ativos virtuais.

Parágrafo único. O órgão ou a entidade da Administração Pública Federal indicado em ato do Poder Executivo poderá autorizar a realização de outros serviços que estejam, direta ou indiretamente, relacionados à atividade da prestadora de serviços de ativos virtuais de que trata o caput deste artigo.

A Instrução Normativa da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil nº 1.888/2019 possui definição seguinte:

Art. 5º, II - exchange de criptoativo: a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

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

A definição feita na IN 1.888/2019 é melhor porque é mais abrangente. A redação do *caput* do art. 5º do Substitutivo **pode trazer certa dúvida ao utilizar a redação “a pessoa jurídica que executa, em nome de terceiros”, uma vez que estaria afastando a aplicação da regra caso a pessoa jurídica atuasse em nome próprio.**



3. TIPIFICAÇÃO CRIMINAL

Com relação ao aspecto dogmático-penal, o Substitutivo apresenta o seguinte:

Art. 10. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 171-A:

“Fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros

Art. 171-A. Organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Há dois graves defeitos nessa proposta de incriminação, s.m.j. O primeiro está em inserir a ilícita negociação de criptoativos como sendo uma modalidade de estelionato (art. 171-A, do CP).

Como se sabe, o crime de estelionato está tipificado no Título II, da Parte Especial do Código Penal – *Dos crimes contra o Patrimônio*. Nesse local, o Código tutela o bem jurídico patrimônio *individual*. Diversamente, o crime ora proposto visa proteger não o patrimônio de uma pessoa, mas, sim, o patrimônio da *coletividade*. É dizer: a economia popular, a ordem econômica, as relações de consumo ou o Sistema Financeiro Nacional.

A propósito, sobre o estelionato, Artur Gueiros oportunamente escreveu, *verbis*: “*Sujeito passivo*: É a pessoa física ou jurídica que sofre a lesão patrimonial; normalmente, é aquele que vem a ser enganado, nada impedindo, porém, que seja terceira pessoa. Nesse sentido, a expressão ‘prejuízo alheio’. Se se tratar de vitimização difusa, isto é, crime contra o patrimônio da coletividade, o fato poderá se amoldar aos delitos tipificados nas Leis ns. 7.492/86,



8.078/90, 8.137/90 etc.” (SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Direito Penal. Volume Único*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 729).

Releva salientar que **o legislador sempre tutelou a ordem econômica e financeira, e a economia popular fora do Código Penal, isto é, na legislação extravagante, haja vista a distinção patrimônio individual vs. patrimônio da coletividade**. Essa assertiva pode ser comprovada a partir da Constituição de 1934 (a primeira Carta a prever a tutela da economia popular), consoante a edição dos seguintes diplomas legais: Decreto-lei 869/1938, Decreto-lei 9.840/1946, Lei 1.521/1950, Lei 7.492/1986, Lei 8.078/1990, Lei 8.137/1990, dentre outros.

Sobre a assunto, o grande jurista Elias de Oliveira lecionava que “[a] economia popular diz respeito não propriamente ao patrimônio individual, mas ao patrimônio do povo, sendo certo que os assaltos gananciosos dos infratores perturbam esse bem-estar e o poder econômico dos cidadãos”. (OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o júri popular*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 9).

Por sua vez, ao tratar da presente temática, o eminente penalista Paschoal Mantecca esclarece: “se a conduta é dirigida *in incertam personam*, isto é, contra indefinido número de pessoas, deixa de se caracterizar o estelionato para configurar o crime de exploração fraudulenta da credulidade pública. Demais disso, o infrator deste delito idealiza forma de arrecadação de valores por intermédio de promessa de vantagens para o público interessado, vantagens essas que, pela própria natureza fraudulenta do negócio, acabam por não se concretizar.” (MANTECCA, Paschoal. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 24-25).

Cumpra esclarecer que **não se trata de um problema somente do ponto de vista topográfico, i.e., de localização no ordenamento jurídico**. Na verdade, **a redação proposta pelo Substitutivo repete as elementares do crime de estelionato (art. 171)**, após dispor sobre a ilícita negociação com criptoativos: “... *com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer*



outro meio fraudulento”. Trata-se, assim, de crime material ou de resultado (obtenção de vantagem ilícita “mais” prejuízo alheio), exigindo, para a vida do crime, o dano econômico e a presença de “alguém” (vítima ou lesado).

É certo que o pronome “alguém”, do ponto de vista jurídico-penal, diz respeito a pessoa *determinada* ou, ao menos, *determinável* por ocasião das investigações policiais. Há, portanto, uma grande restrição do alcance da norma penal incriminadora sob proposição, que exigirá não somente a comprovação fático-probatória da locupletação patrimonial do (s) criminoso (s), como, também, da efetiva identificação dos lesados pela conduta. E, tratando-se de cryptoativos, negociados que são em escala global, é possível que sequer as possíveis vítimas residam no território nacional, o que dificultará sobremaneira a persecução penal em detrimento do interesse público na rápida e eficaz repressão dos crimes dessa natureza.

É inescindível a natureza de bem jurídico supraindividual do crime sob consideração. Tanto é assim que o próprio artigo seguinte do Substitutivo propõe acrescentar um inciso ao parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 7.492/1986, para equiparar à instituição financeira, “a pessoa jurídica que oferece serviços referentes a operações com ativos virtuais, inclusive intermediação, negociação ou custódia”. A Lei n. 7.492/1986 –batizada de *Lei do Colarinho Branco* –, teve por finalidade, justamente, a de tipificar os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, bem jurídico supraindividual, obviamente distinto do crime de estelionato que, como dito, tutela o patrimônio individual.

Dessa forma, não parece se coadunar com a melhor técnica, bem assim os interesses na escorreita persecução penal, s.m.j., a iniciativa de introdução no Código Penal do crime de fraude em prestação de serviços de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros (art. 171-A).

Diversamente, a proposta contida no PL 3825/2019 – a princípio “prejudicado” pelo citado Parecer – não padece dos mesmos equívocos, uma vez que há, concreta e adequadamente, a introdução de norma penal incriminadora na Lei n. 7.492/1986. *Verbis*:

Art. 17. A Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 4º-A:

“**Art. 4º-A.** Gerir fraudulentamente Exchange de criptoativos:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

§1º Se a gestão fraudulenta é realizada mediante prática de pirâmide financeira:

Pena - Reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

§2º Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. ” (NR)

Poder-se-ia, quiçá, substituir a denominação “*Exchange de criptoativos*” por “*prestadora de serviços de ativos virtuais*”, nos termos definidos no art. 5º, do PL 4401/2021, contornando-se, dessa feita, o anglicismo, em que pese os argumentos sobre a melhor nomenclatura de criptoativos, segundo a ótica da ANPR, constantes nos itens anteriores dessa nota técnica.

Questões terminológicas a parte, fato é que a localização e, melhor ainda, **a redação do tipo penal proposto pelo PL 3825/2019, se faz mais adequada aos anseios sociais e à doutrina do Direito Penal**, uma vez que se trata de *crime formal* – basta o “gerir” fraudulenta ou temerariamente – e *crime de perigo*, dispensando, assim, tanto a necessidade de identificação de pessoa efetivamente lesada, como, igualmente, de concreta obtenção de vantagem econômica e prejuízo alheio. Na verdade, há casos de gestão temerária que, ao invés de prejuízo, a manobra ilícita traz *lucro* para os investidores – como ocorre em certos fundos “agressivos” –, acarretando, todavia, lesão ao bem jurídico Sistema Financeiro Nacional.

Demais, disso, é de se observar que a jurisprudência pátria, nessas quase quatro décadas de vigência da Lei do Colarinho Branco, já sedimentou e pacificou todas as controvérsias que porventura existiam em torno das elementares dos crimes de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira (art. 4º, *caput*, e parágrafo único, da Lei n. 7.492). Portanto, **também por conveniência da adequada exegese por parte dos nossos Tribunais, é de se preferir a redação típica propugnada pelo PL 3825/2019.**



O segundo grave defeito do tipo penal proposto pelo Substitutivo, relativamente a introdução do art. 171-A, no Código Penal, repousa no objeto material da incriminação em tela. Com efeito, deflui da redação do tipo penal do crime de “fraude com a utilização de ativos virtuais, que a espúria negociação diz respeito a *ativos virtuais*, *valores mobiliários* ou *quaisquer ativos financeiros*, consoante a definição tratada no art. 3º, do PL 4401/2021. E também **não há sequer a definição do que seja “carteira”** para fins de tipificação penal no referido dispositivo.

Ocorre, porém, que em inúmeros casos, os infratores sequer possuem criptoativos em seu poder, tratando-se, a oferta ou intermediação, de pura simulação. Pior: há casos nos quais as “criptomoedas” são mera invenção dos criminosos, uma vez que não correspondem a nenhum dos ativos existentes no mercado. Consequentemente, como o tipo exige a presença de “ativos virtuais” ou de “valores mobiliários”, **nas hipóteses em que o sujeito ativo nada possuir ou inculcar a venda de criptoativos fantasiosos, o crime sob consideração não se aperfeiçoará**, tendo em conta a impossibilidade jurídica do objeto material da citada infração.

Nesse aspecto, vale registrar que o tipo penal proposto pelo PL 3825/2019 não padece do mesmo defeito, na medida em que – como visto acima – o art. 4º-A e seu §1º aludem a “gestão fraudulenta” de Exchange de criptoativos, não se fazendo menção ao objeto material moeda ou ativo virtual.

Com essas considerações, sempre respeitosamente, **propõe-se seja substituída a proposta de incriminação contida no artigo 10 do Substitutivo, em favor da proposta de incriminação contida no artigo 17, do PL 3825/2019, por atender à melhor técnica, ao interesse público na eficaz prevenção e repressão dos ilícitos envolvendo as negociações com criptoativos, inclusive os “esquemas pirâmides”** e, não menos importante, aos interesses da nossa Sociedade.



Além disso, **dever-se-ia criar um tipo penal de operação das exchanges sem autorização da autoridade competente, tal como previsto para as instituições financeiras no art. 16 da Lei nº 7.492/86.**

São essas as considerações técnicas que, respeitosamente, a Associação Nacional dos Procuradores da República vem apresentar para o aperfeiçoamento dos Projetos de Lei nºs 3825/2019 e 4.401/2021, colocando-se à disposição para discussão do tema.

Ubiratan Cazetta

Presidente

¹Tratando especificamente do *bitcoin*, Julio Cesar Aguiar e Thiago Augusto Bueno trazem a seguinte definição: “Em apertada síntese, o bitcoin é um sistema de livro-caixa digital que permite a transferência de valores entre seus usuários através da técnica criptográfica de blockchain, de forma difusa, e sem a necessidade de participação de terceiros” (“Aplicabilidade da Legislação de Combate à Lavagem de Dinheiro ao Bitcoin”. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal. v. 7 n. 2 (2019) - <https://seer.ufrgs.br/red-ppc/article/view/93792>).

²O Parlamento Europeu produziu publicação em que utiliza a denominação ‘cryptocurrency’ - <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150761/TAX3%20Study%20on%20cryptocurrencies%20and%20blockchain.pdf>

³No âmbito da União Europeia tem sido utilizada a denominação ‘crypto-asset’ - https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f69f89bb-fe54-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF



4 A virtual asset is a digital representation of value that can be digitally traded, or transferred, and can be used for payment or investment purposes. Virtual assets do not include digital representations of fiat currencies, securities and other financial assets that are already covered elsewhere in the FATF Recommendations. Disponível em <https://www.fatf-gafi.org/glossary/u-z/>

5 Cryptocurrency is ‘a digital representation of value that (i) is intended to constitute a peer-to-peer (“P2P”) alternative to government-issued legal tender, (ii) is used as a general-purpose medium of exchange (independent of any central bank), (iii) is secured by a mechanism known as cryptography and (iv) can be converted into legal tender and vice versa” - <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150761/TAX3%20Study%20on%20cryptocurrencies%20and%20block-chain.pdf>