Citação: (ESTELLITA, 2020)

Tema:Criptomoedas e lavagem de dinheiro

Referência bibliográfica: ESTELLITA, H. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, p. e1955–e1955, 8 jun. 2020.

Fichamento

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Pagina | Texto | Comentário |
| 3 – 4 | O exame de manifestações oficiais de vários organismos internacionais sobre o tema, publicadas até o começo de 20184 – FATF,Autoridade Bancária Europeia (Europäischen Bankenaufsicht – EBA), Banco Central Europeu e União Europeia –, evidencia que os catalisadores para a lavagem que acompanham as moedas virtuais são a descentralização, a transnacionalidade livre de obstáculos, as possibilidades de anonimato e a possibilidade de transição do mundo virtual para o mundo real viabilizada pelas exchanges. 5 Esses catalisadores são por ela agrupados em três características com especial relevância para o tema da lavagem de dinheiro: a) descentralização; b) pseudoanonimidade; c) globalidade  Quanto à descentralização, na falta de uma instância gerenciadora central, não há um agente que possa examinar operações suspeitas e reportá-las. Esse papel, relativamente ao tráfego de dinheiro eletrônico, é desempenhado por bancos. Isso inexiste no sistema da BTC. Desse modo, a descentralização, que é uma vantagem operacional, acaba sendo uma desvantagem sob o ponto de vista da administração da justiça. Em caso de investigação, a única instância à qual se pode recorrer é representada pelos intermediários,as exchanges, que fazem a conexão entre o sistema do BTC e o mundo real econômico o. E não se deve olvidar que nem todos os usuários de BTC necessitam de um intermediário para negociar a moeda, que pode ser comercializada diretamente entre (os próprios) usuários, no que se denomina P2P (GRZYWOTZ, 2019, p. 98)  Quanto à pseudoanonimidade e ao contrário do que se pode pensar, as operações com BTC não são um meio de pagamento anônimo, mas garantem um grau de privacidade que é relevante em termos de persecução penal da lavagem de capitais. Ao abrir uma “conta”, a pessoa não tem de se identificar e basta o acesso à internet e a um cliente de BTC para gerar um par de chaves e ter acesso a transações.Ademais, uma mesma pessoa pode ter diversos endereços de BTCs, o que agrega mais anonimidade às transações. Porém, o fluxo de transações é todo registrado no blockchain, 6 o que dá uma transparência relevante quanto a todo o histórico de transações com os BTCs.A atribuição de identidade aos endereços de BTCs só pode ser feita por um terceiro (uma exchange, por exemplo), já que o código não contém ou comporta os dados pessoais do titular do endereço (GRZYWOTZ, 2019, p. 99-100). É isso que explica que os atuais esforços de regulação do setor, sob o ponto de vista da prevenção de lavagem, dirijam-se especialmente às exchanges, exigindo que tomem medidas de identificação dos usuários (Know Your Customer – KYC). |  |
| 4 -5 | Por fim,a globalidade se caracteriza pelo fato de que as transações podem ser realizadas globalmente sem nenhum obstáculo; para isso, de novo, é suficiente o acesso à internet e a um cliente de BTC. Isso também vale para a troca de BTC por moedas estatais, que pode ser feita por intermediários ou mesmo por pessoas privadas. Todas essas transações são realizadas sem instâncias de controle, o que torna esse ambiente propício para aqueles que pretendem lavar dinheiro, nas tradicionais fases da lavagem de dinheiro: colocação, dissimulação ou transformação e integração (GRZYWOTZ, 2019, p. 100)  Na fase da colocação, pode-se pensar na inserção de valores patrimoniais no sistema de BTC, ou seja, a obtenção de BTCs com valores provenientes da prática de crime anterior. Isso pode ser feito por meio da aquisição em exchanges; em caixas automáticos de compra de BTCs com valores em espécie; em plataformas que conectam usuários para transações diretas; por meio da venda direta de bens obtidos com a prática de crimes e do recebimento do pagamento diretamente em BTC; pela aquisição direta de BTCs com o produto de crime, quando, por exemplo, a venda de drogas é remunerada em BTCs; ou pela transferência de BTCs de um para outro endereço de BTC (GRZYWOTZ, 2019, p. 101-103)  A dissimulação pode ser diferenciada em simples e complexa. A simples se dá ante a possibilidade de que uma mesma pessoa possa gerar infinitas chaves públicas, mudando o endereço dos BTCs sem que o usuário perca o controle sobre eles. Também se pode usar os endereços de BTCs de terceiros ou mesmo de agentes financeiros. Em qualquer desses casos, porém, o caminho e o rastro das transações serão facilmente identificáveis, dada a transparência do blockchain. A identidade dos usuários, ou seja, dos titulares dos endereços de BTC, contudo, não é passível de conhecimento a partir dos dados do sistema (GRZYWOTZ, 2019, p. 104). É essa combinação entre alta rastreabilidade e não identificação do titular do endereço que permite falar em pseudoanonimidade, e não em uma anonimidade total.  As formas mais complexas de dissimulação ou transformação envolvem os chamados mixing-services (serviços de mistura ou mescla), cuja função é justamente apagar o rastro das BTCs dentro do blockchain, ou seja, romper com a transparência inerente ao sistema. O mixing pode ser feito já por meio de serviços de carteiras (web-wallets), nos quais o controle sobre a chave privada não fica com o usuário, mas com o prestador de serviço.Tal qual em um banco, que gere os valores depositados pelos clientes, os quais, consequentemente, têm contra ele apenas uma pretensão de pagamento das cédulas depositadas, e não diretamente, direito a esta ou àquela cédula,assim funcionam esses serviços de web-wallet. Os BTCs custodiados por esses provedores de serviços não necessariamente serão os mesmos que serão pagos ao usuário. Por isso, as web-wallets podem ser usadas para fazer o mixing.A diferença no caso do uso de web-wallets é que há uma espécie de autoridade central (o provedor do serviço) que tem acesso a todas as informações quanto às transações e que poderá, se o desejar ou se for a isso obrigada, implementar medidas de identificação de cada usuário (KYC), o que diminuirá o grau de anonimidade, permitindo, ainda, a implementação de medidas de supervisão antilavagem (GRZYWOTZ, 2019, p. 104-105). Entre nós, a INRFB n. 1888/2019 passou a exigir a identificação dos usuários de exchanges de criptoativos, todavia a regulação tem fins tributários e não de prevenção à lavagem |  |
| 6 | Há, ainda, serviços de mixing especializados, cuja função é criar uma camada a mais de encobrimento entre o remetente e o receptor de BTCs. Cada usuário remete uma quantidade de moedas virtuais para o mixer e designa um ou mais endereços (geralmente novos) nos quais quer receber a mesma quantia, descontado o preço cobrado pelo serviço de mescla.As moedas, para falar de modo metafórico, são jogadas em uma “piscina” com as moedas de outros usuários, misturadas e, então,remetidas para os endereços designados pelo usuário.A remessa pode, ainda, ser fracionada em diversas pequenas transações, 8 usando diversos provedores de mixing em operações sucessivas. Pesquisas mostram que esses serviços têm o potencial de tornar impossível o rastreamento das moedas, além de implicarem riscos aos próprios usuários, como o de furto ou mesmo de desvio ou perda dos valores pelo encerramento ou bloqueio do serviço (GRZYWOTZ, 2019, p. 106-107)  A integração pode ser feita pela troca de BTCs por moedas estatais por meio de exchanges de criptoativos ou pela aquisição direta de bens e produtos. Em países com controle sobre as exchanges, isso pode levar à descoberta da transação. Entretanto, como uma das características da BTC é justamente a globalidade, pode-se facilmente optar pela execução dessa transação em países com medidas de controle antilavagem menos rigorosas (GRZYWOTZ, 2019, p. 109)  Enquanto as modalidades de lavagem estruturadas como crimes de perigo somente se submetem à legislação alemã se praticadas dentro do território alemão, a complexidade fica por conta das modalidades de resultado (no caso, as modalidades de obstrução, descritas nas figuras 3 e 4 do § 261 [1] do StGB), pois nessas, exceção feita aos casos nos quais há uso de uma exchange ou de um mixing-service, as transferências de BTCs são realizadas de forma descentralizada ao redor do mundo. Isso quer dizer que o resultado típico pode ocorrer em inúmeros países, o que poderá gerar uma concorrência de ordenamentos jurídicos na aplicação de suas próprias leis penais sobre a mesma transação, gerando fricções com o mandato de determinação derivado do princípio da legalidade, com a proibição de arbitrariedade, com o “ne bis in idem” e com o princípio da proporcionalidade  O BTC se distingue do dinheiro em espécie por não ser reconhecido como meio legal de pagamento e por lhe faltar uma existência corporal. Do dinheiro escritural, diferencia-se por não ser uma pretensão exigível ante uma instituição de crédito legalmente reconhecida. Com o E-Geld, por sua vez, tem em comum ser um meio de pagamento digital, todavia diferencia-se dele por não ter um emitente contra o qual exista uma pretensão jurídica de recebimento ( |  |
| 7 | Em 2013, o BaFin alemão classificou o BTC como uma unidade de conta (Rechnungseinheit), reconhecendo sua natureza de instrumento financeiro, que pode ser comparado a “divisa” (GRZYWOTZ, 2019, p. 56-57), classificação esta que tem impacto na possibilidade de os BTCs serem objeto do crime de lavagem de capitais  Um BTC é uma cadeia de assinaturas, que tem um valor de mercado, o qual, por meio da detenção da chave privada, dá ao seu detentor ou detentores a possibilidade fática e exclusiva de disposição sobre eles (GRZYWOTZ, 2019, p. 209). Isso posto, as interpretações gramatical, histórica e sistemática não permitem qualificar as BTCs nem como coisas (Sachen), nem como pretensões jurídicas (Forderungsrecht) (GRZYWOTZ, 2019, p. 205-220). Também não são meios legais de pagamento, o que lhes retira a característica de dinheiro  O dinheiro tem três funções: meio de troca e de pagamento, unidade de conta e reserva de valor. A função de meio de troca e de pagamento se mostra na possibilidade de adquirir e pagar por mercadorias e serviços. Essas possibilidades estão presentes relativamente aos BTCs.A função de unidade de conta manifesta a possibilidade de que o valor de bens e mercadorias possa ser expresso em dinheiro. O BaFin, como vimos, classificou os BTCs como unidades de conta. Embora seu valor seja altamente flutuável, valores de bens e mercadorias podem ser expressos em BTCs. Sob o aspecto da fungibilidade, é duvidoso que os BTCs sejam fungíveis. Isso porque eles guardam consigo toda a sua história de transações, e, assim, não são, a rigor, fungíveis no sentido de poderem ser trocados por outros da mesma espécie. Na prática, porém, são negociados e trocados como se fungíveis fossem. A função de reserva de valor implica que o dinheiro possa ser usado também no futuro como meio de troca e de pagamento. Embora o BTC esteja sujeito a uma alta flutuação, especialmente em virtude da inexistência de uma autoridade central que possa tomar medidas para sua estabilidade, ele sem dúvida pode ser usado no futuro como meio de troca e de pagamento, ainda que sujeito a diversas limitações. Essas limitações, tanto como unidade de conta como reserva de valor, levam a autora a negar que tenham função de dinheiro. |  |
| 8 | o conceito de objeto, no sentido empregado no § 261 do StGB, não está limitado a conceitos legais rígidos, não se restringindo a coisas ou pretensões jurídicas, mas abarcando quaisquer objetos que gozem das seguintes características: individualização (Abgrenzbarkeit), valor patrimonial (Vermögenswert) e função de exclusão (Ausschlussfunktion) (GRZYWOTZ, 2019, p. 225  O BTC goza de todas essas características.A individualização se manifesta na possibilidade de que os BTCs possam ser atribuídos, em determinado momento temporal, a um endereço de BTC, e ainda a partir de sua unidade individualizável mínima, que são os outputs individualmente considerados. 12 Gozam também de valor patrimonial não só dentro do próprio sistema Bitcoin, como fora dele, pois podem ser usados como meio de pagamento e ser trocados por moedas estatais. Seu enquadramento, na Alemanha, como unidades de conta pelo BaFin, ademais, reflete sua característica de instrumentos financeiros, o que lhes dá, induvidosamente, o caráter de valor patrimonial (GRZYWOTZ, 2019, p. 226-227). Finalmente, a função de exclusão exige que alguém tenha uma posição de domínio, que exclua a intervenção de terceiros sobre o objeto. No caso do BTC, uma posição individualizada de domínio se dá sobre cada output isoladamente, cujo acesso só está garantido ao detentor da chave privada. Isso implica dizer que um poder de disposição autêntico só tem aquele que detém a chave privada, ou seja, só ele pode assinar a transação, o que garante ao BTC (na verdade, a cada output isolado) a função de exclusão. Com isso, no entendimento da autora, o BTC goza de todas as características para ser considerado “objeto” no sentido do § 261 do StGB |  |
| 10 | Diferentemente do que acontece com depósitos bancários, as transações com BTCs são rastreáveis até a primeira transação incriminada, de forma que sempre será possível determinar a parcela criminosa, o que viabiliza a aplicação do critério da contaminação parcial (GRZYWOTZ, 2019, p. 252). Para tal fim, inclusive, já foram sugeridos sistemas como o de lista de bloqueio de transações (Transaktionssperrlistenansatz), por meio dos quais as exchanges não deveriam mais aceitar BTCs que estivessem na lista, o que destituiria o BTC, na prática, de qualquer valor (GRZYWOTZ, 2019, p. 253). No sistema BTC, também seria viável determinar um limite mínimo para a contaminação, medida que evitaria o bloqueio do tráfego econômico e financeiro pela contaminação de grande parte dos valores nele utilizados. Isso evidencia como uma possível aplicação da tecnologia de blockchain aos depósitos bancários traria para a moeda legal as vantagens dessa tecnologia: a rastreabilidade até a primeira transação com valores ilegais, a aplicação da contaminação parcial e, consequentemente, o afastamento da perspectiva de bloqueio significativo ou total do tráfego econômico por uma contaminação ampla e generalizada  esconder um USB-Stick ou uma Paper-Wallet, mas a chave privada não representa o BTC, apenas garante a possibilidade de disponibilidade sobre ele. Um ocultar no sentido de esconder das autoridades a existência e as transações com os BTCs também não é possível porque,como visto, o histórico das transações está totalmente disponível publicamente no blockchain.Assim, mesmo a entrega a um terceiro, quando entendida como ocultação, é rastreável até o endereço desse terceiro. Se é verdade que, pela falta de uma autoridade central, não se sabe a qual pessoa natural um endereço é atribuído, verdade é que as autoridades têm pontos de partida para o descobrir, ou seja, o objeto aqui não desaparece sem deixar rastros. As transações simples também não podem se subsumir, por essas mesmas razões, à modalidade de dissimular, já que todos os remetentes e recebedores de BTCs estão registrados publicamente (GRZYWOTZ, 2019, p. 268-269)  No que tange aos mixing-services, seu uso não implica ocultação dos BTCs, porque a única coisa que fazem é obscurecer a relação entre o remetente (sender) e o destinatário ou recipiente (empfänger), bastando descobrir a quem pertence esse último endereço para evitar a ocultação. O mesmo não se pode dizer da modalidade de dissimulação. Como a função desses serviços é justamente tornar nebulosa a relação entre remetente e destinatário várias transações dificultam enormemente a descoberta da origem dos BTCs (GRZYWOTZ, 2019, p. 280-281) |  |
| 11 | o uso de moedas virtuais implica incremento do risco de lavagem de capitais. Isso se deve especialmente à descentralização e, em particular,à pseudoanonimidade inerentes aos BTCs.A isso se soma o fato de que os endereços de BTC não podem ser atribuídos a pessoas sem a correlata implementação de um sistema de KYC obrigatório, o que somente poderá ser feito pelos intermediários. Ou seja, o acesso ao sistema só pode se dar por meio anônimo, o que pode implicar ampliação do espectro de incidência de crime de lavagem de dinheiro.Não obstante, se, de fato, os BTCs oferecem novas oportunidades para que criminosos lavem o produto do crime, também apresentam possibilidades reais para a aplicação de uma intervenção menos intensa do § 261 do StGB no que tange aos limites da contaminação, sem,contudo, frustrar suas finalidades (GRZYWOTZ, 2019, p. 341) | conclusão |