Citação: (SILVEIRA, 2020)

Tema: “CRIPTOCRIME”: CONSIDERAÇÕES PENAIS ECONÔMICAS SOBRE CRIPTOMOEDAS E CRIPTOATIVOS

Referência bibliográfica: SILVEIRA, R. DE M. J. “Criptocrime”: considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos = “Cryptocrime”: criminal economic considerations about bitcoins and cryptoactive. v. 1, n. 1, p. 79–100, 2020.

Fichamento

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Pagina | Texto | Comentário |
| 2 - 3 | Em 31 de novembro de 2008, foi enviada uma mensagem eletrônica a uma comunidade cypherpunk anunciando um novo sistema de pagamento eletrônico completamente peer-to-peer, sem a real necessidade básica de intervenção bancária. Era o chamado whitepaper da bitcoin. A misteriosa figura de Satoshi Nakamoto, seu emissor, jamais foi devidamente esclarecida ou tornada pública.1 Se era pessoa real, símbolo de um grupo de programadores, ou mero acrônimo de empresas como Samsung, Toshiba, NAKAmichi e Motorola, ninguém sabe.  Esse – o anonimato – é um termo importante, pois sua história se justifica pela origem anárquica virtual defendida pelas chypherpunks,6 e mais: é a principal preocupação penal sobre potenciais crimes sem identificação do titular dos valores manipulados.  De qualquer forma, tem-se em criptomoedas e criptoativos o meio para utilização para transações no mundo on-line, principalmente no ambiente virtual profundo, de deepweb (que se refere ao conteúdo da chamada World Wide Web não indexado pelos mecanismos de busca) ou, mesmo, de Darknet (nome dado, genericamente, à rede que permite o compartilhamento de dados de maneira, como se disse, senão completamente, quase anônima e criptografada). |  |
| 3 | Foi somente depois de alguns anos de sua criação que se deu a primeira operação, que ocorreu no dia 22 de maio de 2010. Naquela oportunidade, em um grupo de debate eletrônico denominado bitcointalk, um indivíduo chamado Lazlo Hanyecz ofereceu 10.000 bitcoins para quem lhe entregasse duas pizzas em sua casa, na Flórida, Estados Unidos. Note-se que a cotação da bitcoin, à época, era de 0,003 dólares para cada bitcoin, o que implicava em que estava ele a oferecer cerca de 30 dólares pelas pizzas.8 A proposta foi aceita por um indivíduo inglês, que pagou 25 dólares e recebeu o pagamento, hoje, no valor de mais de 70 milhões de dólares. Esse dia ficou conhecido como o Bitcoin Pizza Day.  Fundamentalmente, tem-se que a bitcoin não se mostra dotada das funções usuais de qualquer moeda fiduciária, em especial a aptidão para ser unidade de conta.9 Assim sendo, ela poderia, unicamente, ser tida como meio de troca, cuja função primordial parece, em tese, ser a de evitar custos. De todo modo, parece haver razão para ela ser exaltada, por alguns, como a mais importante invenção do mundo depois da internet.  A primeira questão a ser posta em debate seria se a criptomoeda poderia ser vista próxima ao próprio conceito de moeda. Como não se identifica com o conceito jurídico de moeda, essa preocupação já pode ser descartada. Assim, passou-se a entender que apenas negócios que viessem a converter bitcoins em dólares deveriam sofrer regulamentação.11 A seguir, em 2014, diversos países passaram a considerar a bitcoin como bem ou propriedade, sendo necessária sua taxação.  Embora em termos muito recentes, o Brasil pretendeu regulamentar a matéria com a edição da Instrução Normativa 1.888/2019 (LGL\2019\3478), por parte da Receita Federal. A partir de então, passou-se a considerar, ao invés da expressão “criptomoeda”, a noção de criptoativo. |  |
| 4 | Como já se adiantou, as preocupações penais derivadas das criptomoedas são muitas, entretanto, e basicamente, podem limitar-se a dois grandes grupos, com suas respectivas subdivisões. Em primeiro lugar, e isso justifica boa parte da mácula sentida em sua historiografia, é de se constatar que são percebidos crimes circundantes. Em relação a isso, é de se constatar que, não raro, elas se mostram como meio para práticas delitivas. Essa situação, embora de amplo impacto conceitual, não causa tanta espécie. De outro lado, existem crime em que a questão não é lateral, mas, sim, essencial. Aqui, a maior sorte de problemas.  Explica-se: a principal característica da bitcoin, ou de algumas das criptomoedas, é o caráter de anonimato. Elas, no mais das vezes, portam-se como uma espécie de título ao portador virtual, e, com isso, inúmeras condutas criminosas seriam possíveis. Foi assim que elas, em seu berço, já foram vistas como meio para prática delitiva, como foi o caso do famoso caso da Silk Road.14 Tratando-se quase de um mercado eletrônico das drogas, tinha-se nas criptomoedas a modalidade de pagamento ideal. Por outro lado, as mesmas criptomoedas, em si, já foram vistas como moeda falsa, como modalidade de pirâmide financeira ou, ainda, como cenário ideal para prática de crimes vários. Pois bem, é esse o ponto aqui tratado. Versa-se sobre a possibilidade de compreensão geracional sobre as criptomoedas.  Sob tal óptica, pode-se desenhar um percurso evolutivo de tratamento penal. Neste, uma primeira geração de leitura penal acerca das criptomoedas e criptoativos poderia ser vista em relação ao crime de moeda falsa. Nos primeiros dias da bitcoin, não raro se entendeu, no Brasil, que ela representava, sim, incorrência nessa modalidade típica, prevista no art. 290, atinente a crimes assemelhados a esta:  No entanto, é de se dizer que essa situação foi rapidamente superada. A própria consideração de que a bitcoin, ou criptomoedas em geral, não perfaziam o conceito global de moeda, acabou por desprestigiar tal tese. E, aqui, a realidade findou por superar o teórico. Inúmeros golpes dados a utilizar as criptomoedas iniciaram uma segunda geração de preocupações. Tratou-se de preocupação sobre a noção de crimes piramidais.  Em termos econômicos, é comum ouvir dizer, por exemplo, que as criptomoedas ou criptoativos (que tem na bitcoin seu exemplo maior, uma vez que ela domina mais de 70% do mercado mundial) nada mais são do que uma pirâmide financeira. Warren Buffet, um dos maiores especuladores na Bolsa de Valores, já mencionou essa ideia. |  |
| 5 | Seria isso, no entanto, correto? Aparentemente não. A ideia de pirâmide financeira (ou do chamado Esquema Ponzi), tem suas origens em Carlo Ponzi, um ítalo-americano que, nos anos 1920, aplicou um considerável golpe com selos postais nos Estados Unidos da América. Em verdade, prometia ele, então, retorno financeiro da ordem de 50% em pouco mais de 90 dias (quando a média de rendimentos anuais variava, no máximo, a taxas de 4%), proliferaram-se nos anos que seguiram. Por esta razão, passou-se a entender os mesmos por Esquemas Ponzi (Ponzi Schemes).  Pois bem, isso se replica perfeitamente bem em termos de algumas criptomoedas ou criptoativos. Com lucros significativos nos últimos anos, acabou-se por constatar uma série de indivíduos ou companhias que prometem ganhos extraordinários, fazendo-se eventualmente valer, mesmo, de personalidades para suas publicidades. A mídia, no entanto, retrata incontáveis casos, particularmente no Brasil, onde houve abuso da boa-fé das pessoas em negociação de criptomoedas. E isso se externaliza na nítida preocupação de diversos projetos de lei que visam, hoje, criminalizar as chamadas pirâmides nesse formato.  Distintamente, a terceira e derradeira geração de preocupação penal a tratar de criptomoedas e criptoativos parece se dar em relação a questões ligadas à artificialidade abstrata de um Direito Penal supraindividual. Trata-se da mais profunda questão atinente ao Direito Penal Econômico moderno, que vem a englobar não somente as variações de lavagem de dinheiro, mas, também, relativas, no Brasil, à evasão de divisas e à sonegação fiscal. Em suma, a terceira geração diz respeito ao que aqui se denomina trilema penal econômico. | Trilema penal: lavagem de dinheiro, evasão de divisas e à sonegação fiscal |
| 6 | 4.1 Evasão de divisas  Inicialmente, ao referir-se sobre a questão da evasão de divisas, é mencionado no art. 22, parágrafo único da Lei 7.492/1986 (LGL\1986\17), ser crime quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.  Em que pesem os problemas encontrados na noção de evasão propriamente dita, mencionada no caput do artigo, em especial no que diz respeito a uma operação de câmbio em si, bastante problemáticas são as colocações típicas vistas no parágrafo único. Lá, se encontram duas previsões complementares, a saber: a promoção de saída de moeda ou divisa para o exterior, sem autorização legal; e a manutenção de depósitos não declarados à autoridade competente. Estas bem elucidam uma política criminal direcionada à política cambial brasileira, que, como se pode perceber, não diz respeito intrinsecamente à noção de moeda, mas, tão só, a seus aspectos econômicos. |  |
| 7 | Dois destaques são necessários: em primeiro lugar, a simples aquisição de criptomoedas não autoriza esse entendimento, pois não existe deslocamento espacial do dinheiro, senão a utilização simultânea de uma dimensão paralela de trabalho, vale dizer, dimensão real, dimensão virtual. O outro ponto, no entanto, seria o caso de potenciais arbitragens de criptomoedas, as quais poderiam gerar mais dúvidas.  Por arbitragens desse teor, tem-se a ideia de se poder comprar criptomoedas de uma Exchange que apresente uma cotação mais baixa e vender a outra que esteja pagando mais,26 e isso pode se dar mesmo em países diversos. Ocorre que, como não existe um controle de Bancos Centrais, isso se dá em termos mundiais, podendo haver um tráfego internacional e automático de valores, os quais, se efetivados, poderiam implicar em dúvida sobre evasão.  4.2 Sonegação fiscal  A sonegação fiscal, prevista no art. 1º, da Lei 8.137/1990 (LGL\1990\43), também é um problema potencial a ser imaginado pela terceira geração. A Receita Federal brasileira, por exemplo, exige, consoante seu regulamento geral, que os detentores de moedas virtuais as declarem nas respectivas declarações anuais das pessoas físicas. Assim, uma omissão em tais declarações poderia, em tese, implicar crime de sonegação fiscal, consoante o art. 1º da Lei 8.137/1990 (LGL\1990\43). As dificuldades, no entanto, diriam respeito ao fato de sua propriedade ainda ser anônima, e, portanto, de prova extremamente difícil para as respectivas autoridades. Mas esse é um potencial perigo a ser levado em conta, principalmente porque se está diante de um dever positivo de declaração. |  |
| 8 | **Dessa forma, como já se mencionou, seriam de se imaginar possíveis problemas, para além do Direito Penal em sentido fechado, como pensar em alguém que adquire bitcoin com desconhecimento do cônjuge, visando uma eventual proteção patrimonial em caso de futura separação.29 Nesse caso, poderia ser considerada a existência de um crime de sonegação fiscal ou apropriação indébita, que estariam, a seu modo, a gerar figura criminosa apta para a consubstanciação, também, do crime de lavagem de ativos.**  Entrementes, o crime de sonegação fiscal guarda uma particularidade muito própria, vale dizer, a possibilidade de extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo. Nesse sentido, e em que pesem todas as variações prováveis existentes no campo de problemas possíveis a serem verificados em relação à sonegação fiscal, é de sempre se ter em conta toda a repercussão verificada a partir do advento da Lei 9.249, de 26.12.1995 (LGL\1995\81)  4.3 Lavagem de capitais |  |
| 9 | Em termos sintéticos, tem-se que a lavagem de dinheiro, portanto, consiste, em essência, em disfarçar a origem ilegal de ativos provenientes de crime, com a finalidade última de dar-lhes aparência legítima. Em apertada síntese, ter-se-ia que o propósito de tal processo dizer respeito à criação de uma áurea de legalidade em torno do objeto inicial do crime.31 Em verdade, a questão fundamental a ser levada em conta diz respeito a como se pode constatar semelhante conversão. Por inegável influência estrangeira, nota-se, de fato, uma confusão entre o que objetivamente se constata como manobras de disfarce, como, também, o contexto subjetivo a ser levado em conta.32 Assim, é de se ter que, no caso concreto, existe evidente possibilidade de imputação segundo uma leitura ampliada do crime de lavagem de dinheiro. Desde uma perspectiva racional, por certo esse entendimento poderia não fazer sentido.33 Entretanto, é de se recordar que o instituto da lavagem de capitais porta-se, muitas vezes, como uma norma de reforço a perspectivas outras, no caso, de política criminal de (certo) controle no trânsito de moedas. Isso foi teoricamente ultimado com as previsões da Instrução Normativa 1.888/2019 (LGL\2019\3478).  De modo geral, a doutrina define as muitas possibilidades de fases da lavagem,34 sendo, na maioria das vezes, seguida a definição do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), segundo a qual poderiam ser vistas as fases de ocultação, de transformação, mascaramento ou dissimulação do capital, e de integração, vale dizer, de introdução dos valores na economia formal.35  A primeira diria respeito à  colocação do dinheiro no sistema econômico. Objetivando ocultar sua origem, o criminoso procura movimentar o dinheiro em países com regras mais permissivas e naqueles que possuem um sistema financeiro liberal. A colocação se efetua por meio de depósitos, compra de instrumentos negociáveis ou compra de bens.  Já a segunda, versando sobre a ocultação,  consiste em dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos. O objetivo é quebrar a cadeia de evidências ante a possibilidade da realização de investigações sobre a origem do dinheiro. Os criminosos buscam movimentá-lo de forma eletrônica, transferindo os ativos para contas anônimas – preferencialmente, em países amparados por lei de sigilo bancário – ou realizando depósitos em contas abertas em nome de ‘laranjas’ ou utilizando empresas fictícias ou de fachada  dar-se-ia a integração, onde  os ativos são incorporados formalmente ao sistema econômico. As organizações criminosas buscam investir em empreendimentos que facilitem suas atividades – podendo tais sociedades prestarem serviços entre si. Uma vez formada a cadeia, torna-se cada vez mais fácil legitimar o dinheiro ilegal |  |
| 10 | 5. LAVAGEM DE DINHEIRO E CRIPTOMOEDAS: NOVAS POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA  Para além de questões tradicionais e basilares, no entanto, existe hoje uma real preocupação sobre como a lavagem de dinheiro pode assumir um papel de destaque em relação à temática das criptomoedas.  No entanto, e em que peso a assertiva sobre o trilema penal econômico venha a se sustentar, parece ser a questão da lavagem de dinheiro a mais sensível, desde um ponto de vista internacional.38 Existem, de fato, inúmeras possibilidades de incorrência de ocultação de bens em espaço anônimo e virtual, inclusive, o assunto é tema de debate mundial. Em suma, indaga-se os limites de possibilidade de lavagem de dinheiro através de criptomoedas ou criptoativos, como é o caso, em particular, da bitcoin.39  A discussão, fundamentalmente, gira em torno das possibilidades de aquisição de criptoativos com dinheiro de origem ilícita; operado por pessoa diversa do autor do crime antecedente; quando isso é feito para obstaculizar a origem do próprio bem; se o espaço virtual anônimo já seria evidência de crime; ou, mesmo, se existe posterior ajuste em declarações de posse de criptoativos, ou, mesmo, retificações em imposto de renda visando tornar lícito dinheiro de origem ilícita.40 |  |
| 13 | Primeiro, que se tenha que o ambiente virtual parece ser de todo inescapável. Não se trata de quaisquer jogos de palavras, mas a modernidade trouxe, também, uma nova forma de pagamento e ativo que já se encontra no dia a dia mundial de tantas pessoas. Existem óbices ainda postos que se sustentam, fundamentalmente, na aceitação dos criptoativos por uma maior parte da população. Quando isso se der – e, acredita-se, isso vai se dar – haverá um problema de forma exponencial. Embora com um passado em que ocorreram crimes, não se pode dizer que as criptomoedas são inerentemente criminosas. São, pois, um meio, mas não um fim criminoso, e isso precisa ser evidenciado.  Em relação a essas propriamente ditas, é de se ver que, se uma primeira geração de preocupação se viu presente em questões relativas ao crime de moeda falsa, isso se viu rapidamente superado. A segunda geração de preocupação, bastante atual, macula a imagem das criptomoedas com uma aliança muita próxima à das pirâmides financeiras. Embora a inquietação também seja de ordem internacional, é de se ver que essa situação também é falaciosa, pois aqui também o que se crítica é a moeda criptografada como meio, objeto enfim, do crime. E isso não chega a ser um problema de todo novo.  A real preocupação, ainda nem tanto debatida no Brasil, diz respeito a crimes econômicos que umbilicalmente se visualizam proximamente ligados desde o RERCT, perfazendo o que se coloca como trilema penal econômico. Trata-se das variações de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 (LGL\1986\17)); sonegação fiscal (art. 1º, da Lei 8.137/1990 (LGL\1990\43)) e lavagem de dinheiro (art. 1º, da Lei 9.613/1998 (LGL\1998\81)). Neste último, aparecem as dúvidas mais impactantes. Como a jurisprudência irá trabalhar com esses temas é motivo de preocupação, principalmente dado ao caráter de quase anonimato que acaba por incorporar à boa parte das criptomoedas. | conclusão |