III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

ANTONIO CARLOS DA PONTE

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Carlos da Ponte; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-332-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado "DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II" do III Encontro Virtual do CONPEDI (IIIEVC), com a temática "Saúde e segurança humana para a sustentabilidade e cidadania", promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio da UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba, em evento realizado entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP, tendo em vista o momento mundial de pandemia e isolamento social imposto pelo COVID19.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito material e processual penal, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

O primeiro artigo teve como título a "TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE: A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL", do autor André Eduardo Detzel.

O segundo artigo "SANÇÃO POLÍTICA NA DEFINIÇÃO DE DEVEDOR CONTUMAZ E SUA REPERCUSSÃO NO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: O CASO DA LEI Nº 17.354/2020 DO ESTADO DO CEARÁ" da lavra dos autores Fernando Augusto de Melo Falcão e Leticia Vasconcelos Paraiso.

"RESPONSABILIDADE CARCERÁRIA: O DEVER DE AÇÃO ESTATAL DIANTE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO", terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Nathan Castelo Branco de Carvalho, Adriel Adrian Gomes e Júlia Santos Alves Prata.

O quarto texto, com o verbete “O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DAS ESPECIFICIDADES DO GÊNERO: UMA ANÁLISE DOS HABEAS CORPUS COLETIVOS 165.704 E 143.641”, de autoria de Amanda Castro Machado e Gabriel Salazar Curty.

O quinto texto, da lavra do autor Thales Dyego De Andrade Coelho, é intitulado “O “PACOTE ANTICRIME” (LEI Nº 13.964/2019) E AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: OXIGENAÇÃO ACUSATÓRIA?”.

No sexto artigo intitulado “O ESPELHAMENTO VIA WHATSAPP WEB E DIREITOS CONSTITUCIONAIS EM RISCO: COMO A LICITUDE DA PROVA É JUSTIFICADA NOS TRIBUNAIS”, de autoria de Bianca Kaini Lazzaretti e Eleonora Jotz Pacheco Fortin.

O sétimo texto da coletânea, da autora Lisiane Junges, aprovado com o verbete “REGISTRO AUDIOVISUAL DO DEPOIMENTO ESPECIAL E PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES”.

“O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO PEÇAS DO MACROSSISTEMA PUNITIVO E A REJEIÇÃO AO BIS IN IDEM” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Alexandre Magno Augusto Moreira.

O nono artigo foi denominado “NEGOCIAÇÃO CRIMINAL AMBIENTAL COM VISTAS À SUSTENTABILIDADE” pelos autores Cassio Marocco, Andréa de Almeida Leite Marocco e Duliana de Sousa Lopes Kerber.

No décimo artigo intitulado “MARCOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE ESTADO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DE JULGADOS NO CONTEXTO DE (NÃO) AFIRMAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS”, os autores foram Thiago Allisson Cardoso De Jesus e Amanda Passos Ferreira.

O décimo primeiro artigo com o título “DO CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: ANÁLISE DO SIMBOLISMO PENAL NA CRIAÇÃO DA LEI Nº 14.064 DE 2020”, dos autores Maria Luísa Brasil Gonçalves Ferreira e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

O décimo segundo artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E O SISTEMA CARCERÁRIO: REINCIDÊNCIA CRIMINAL E A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO E DEMAIS AÇÕES DO ESTADO PARA O PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO” da lavra dos autores Eloy Pereira Lemos Junior, Joanes Otávio Gomes e Ronan Angelo De Oliveira Pereira.

“CRIPTOEVASÃO DE DIVISAS: OPERAÇÕES COM CRIPTOATIVOS E O DELITO DO ART. 22 DA LEI Nº 7.492/1986”, décimo terceiro da coletânea, é o trabalho do autor Bruno Felipe de Oliveira e Miranda.

O décimo quarto texto, com o verbete “A SONEGAÇÃO FISCAL COMO CRIME ANTECEDENTE DA LAVAGEM DE DINHEIRO”, de autoria de Manoel Augusto Rocha Rodrigues Elache Coelho e Bruna Azevedo de Castro.

O décimo quinto texto, da lavra do autor Fabiano Justin Cerveira, é intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA”.

No décimo sexto artigo intitulado “A UTILIZAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS COMO FORMA DE EVITAR A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E GARANTIR OS DIREITOS HUMANOS”, de autoria de Priscila Reis Kuhnen, Lenice Kelner e Nicole Tereza Weber.

O décimo sétimo texto da coletânea, dos autores Eduardo Ritt, Caroline Fockink Ritt e Eduardo Fleck de Souza, aprovado com o verbete “A (IN)APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO COM RESULTADO VIOLENTO”.

“A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NOS CASOS QUE ENVOLVEM PEQUENA DIFERENÇA DE IDADE ENTRE VÍTIMA E ACUSADO(A)” é o título do décimo oitavo texto da coletânea, com autoria de Bruna Vidal da Rocha e Dani Rudnicki.

O décimo nono artigo foi denominado “A INTERVENIÊNCIA DO DIREITO PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A VULTUOSIDADE DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL” pelos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Camila Gomes De Queiroz.

E o vigésimo texto, intitulado “A NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA: A IMPORTÂNCIA DA COMPLEMENTAÇÃO POR FONTES ESTADUAIS E MUNICIPAIS NA SOCIEDADE DE RISCO”, dos autores Aurora de Alexandre Magno Augusto Moreira e Jean Colbert Dias.

O vigésimo primeiro artigo com o título “A LEI 14.133/2021 E OS CRIMES DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, do autor José Antonio Remedio.

O vigésimo segundo artigo “A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO” da lavra do autor David Kerber De Aguiar.

“A CRIAÇÃO DE NOVOS TIPOS PENAIS VIA INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS”, vigésimo terceiro da coletânea, é o trabalho da autora Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque.

O vigésimo quarto texto, com o verbete “ANÁLISE DA CULPABILIDADE NO HOMICÍDIO QUALIFICADO”, de autoria de Ronaldo David Guimaraes.

O vigésimo quinto texto, da lavra das autoras Kátia Alessandra Pastori Terrin e Janaina Braga Norte, é intitulado “AS SANÇÕES E A DOSIMETRIA DA PENA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”.

No vigésimo sexto artigo, e último, intitulado “DIREITO COMPARADO: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA BRASILEIRA E PRIMEIRO INTERROGATÓRIO PORTUGUÊS”, de autoria de Catarini Vezetiv Cupolillo, Sandra Negri e Carlos Eduardo Freitas de Souza.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca por direitos e garantias fundamentais na esfera criminal. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito material e processual penal contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema brasileiro e internacional.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca

da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

02 de julho de 2021.

Professor Dr. Antônio Carlos da Ponte

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho

acdaponte@uol.com.br

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Escola Superior Dom Helder Câmara

lgribeirobh@gmail.com

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzf@fumec.br

CRIPTOEVASÃO DE DIVISAS: OPERAÇÕES COM CRIPTOATIVOS E O DELITO DO ART. 22 DA LEI Nº 7.492/1986

CURRENCY CRYPTOEVASION: CRYPTOASSETS OPERATIONS AND THE CRIME OF ART. 22 OF LAW NO. 7,492 / 1986

Bruno Felipe de Oliveira e Miranda [1]

Resumo

O artigo analisa se operações com criptoativos e criptomoedas podem configurar o delito de evasão de divisas, previsto no art. 22 da Lei Federal nº 7.492/1986. Partindo da análise do tipo penal de evasão, e após examinar os aspectos conceituais e jurídicos dos criptoativos, investiga-se em que situações o delito resta caracterizado. Três são as questões principais aqui analisadas: se transferências de criptomoedas para o exterior são típicas; se a conceito legal de divisas abrange criptoativos; e se operações com essa categoria de ativos podem ser utilizadas como meio à prática do delito de evasão de divisas.

Palavras-chave: Direito penal, Crime, Evasão de divisas, Criptomoedas

Abstract/Resumen/Résumé

The article examines whether crypto assets and cryptocurrency buying and selling operations can constitute the crime of currency evasion, established in art. 22, Federal Law n. 7,492 /1986. Based on the analysis of the criminal type of evasion, it is examined in which situations the crime occurs. Three main issues are analyzed here: whether cryptocurrency transfers abroad are criminally typical, whether the legal concept of foreign exchange covers crypto assets and whether transactions with this category of assets can be used as a means of committing the offense of evading foreign exchange.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Crime, Currency evasion, Cryptocurrencies

[1] Mestrando em Direito da Regulação (FGV/RJ) Procurador do Estado do Rio de Janeiro (PGE/RJ)

1. Introdução

O trabalho analisa se operações envolvendo compra ou venda de criptomoedas podem caracterizar o crime de evasão de divisas, previsto na Lei nº 7.492/1986. As criptomoedas surgem no crepúsculo da crise financeira de 2007-2008 ambiciosamente como um ativo monetário digital, no mínimo como uma espécie de meio de pagamento *online*, sendo sua caracterização, quer do ponto de vista conceitual, quer regulatório, ainda incerta.

Essa imprecisão tem inequívocos ecos no direito. As implicações do uso do instrumento ainda parecem em aberto, especialmente na seara criminal. Um dos debates envolve a configuração do crime de evasão de divisas previsto na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro, entre outras adequações típicas na franja normativa da criminalidade econômica.

Busca-se neste trabalho responder a três perguntas: (i) transferências de criptoativos para o exterior configuram, em si mesmas, o tipo penal de evasão de divisas? (ii) É possível que o ente regulador nacional amplie o conceito infralegal de divisas de modo a abranger criptoativos e criptomoedas? (iii) As operações com criptoativos podem ser utilizadas como meio à prática do delito de evasão de divisas?

Embora os criptoativos não sejam tomados pelo Banco Central do Brasil (Bacen) como moeda, nem sejam considerados como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM**)**, é possível diagnosticar controvérsia na doutrina a respeito da questão. Além disso, no plano jurisprudencial, recentemente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu, ao julgar o Conflito de Competência (CC) nº 161.123/SP, que é possível, em tese, utilizar-se a negociação de criptomoedas como meio para a prática do ilícito de evasão, desde que o agente adquira a moeda virtual como forma de efetivar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas do país.

Existem aspectos conceituais e interpretativos neste debate que, avalia-se, merecem uma análise mais aprofundada, a fim de evitar que a má compreensão da tecnologia e de seu sentido seja motivo de indevida persecução criminal.

Dentro desse propósito, o trabalho inicia pela análise do crime de evasão de divisas, examinando os fundamentos para introdução do tipo delitivo na legislação brasileira, bem como avaliando a estrutura da norma e suas principais modalidades delitivas. Buscam-se indicar parâmetros interpretativos que devem ser considerados a bem de uma intelecção coerente do tipo penal veiculado no art. 22 da Lei nº 7.492/1986, consideradas as transações envolvendo criptomoedas.

Na sequência, discute-se a própria tecnologia e o instituto dos criptoativos e das criptomoedas, visando a uma aproximação conceitual e à delimitação do respectivo regime jurídico.

Finalmente, à luz das premissas e conclusões parciais alcançadas, busca-se responder às indagações enunciadas, analisando as operações com criptoativos na perspectiva de suas repercussões jurídico-penais.

A proposição final encaminha-se pela conclusão de que não há espaço para configuração típica de um suposto crime de "evasão de criptomoedas", como se as criptomoedas pudessem ser equiparados a divisas e outros ativos monetários *tout court*.

Avalia-se, por outro lado, que o conceito legal de divisas é amplo o bastante para (e desde que as normas administrativas do Bacen sejam alteradas para tanto), abranger as operações com criptoativos. Entende-se, ainda, que operações com criptoativos podem ser empregadas, de modo puramente instrumental, para ocultar e camuflar operações cambiais reais. Nesse caso, convém discutir de que maneira essa modalidade de transação dissimulada, configuradora do que aqui se nomina "criptoevasão de divisas", pode caracterizar adequação típica, especialmente nas modalidades de evasão-envio ou evasão-depósito.

2. Evasão de divisas: fundamentos da criminalização

Para entender os fundamentos da criminalização da evasão de divisas, convém analisar, previamente, a lógica dos chamados controles cambiais. Da obra do notável monetarista Arthur Nussbaum (NUSSBAUM, 1954, p. 614), extrai-se que o termo controle do câmbio significa controle da moeda estrangeira ou mais precisamente controle dos meios de pagamento internacionais. Essa supervisão ou centralização pode, no extremo, abarcar o controle, por parte do Poder Público, de todo e qualquer tráfego ou intercâmbio financeiro com outros países, não importando qual moeda esteja em jogo.

O controle cambial opera-se tanto pela disciplina interna do contrato de câmbio, como por meio de sistemas de autorizações oficiais (*government licences*). Uma das consequências do controle do câmbio está em, por via reflexa, chegar ao controle ou supervisão de todo o comércio de importação e exportação, na medida em que o importador ou exportador somente obterá permissão para realizar a operação quando existir suficiente montante de divisas em poder do Estado para que a autoridade monetária as coloque à disposição (OLIVEIRA, 2009, p. 105).

Se as restrições ao câmbio são muito antigas e não constituem qualquer novidade histórica, o controle cambial é fato relativamente recente na história financeiro-monetária internacional, surgindo efetivamente após a crise monetária mundial de 1931 (NUSSBAUM, 1954, p. 614).

Uma das maiores virtudes do sistema do padrão-ouro era a estabilidade das taxas de câmbio entre as principais moedas do planeta. Vigia, no período, uma espécie de internacionalismo nada menos que radical. Especialmente a contar da década de 1930, porém, observa-se um movimento generalizado de nacionalização da moeda, assim como da disseminação do papel-moeda desligado do metal. A partir de então os controles cambiais e o protecionismo em matéria monetária tornam-se crescentes (FRANCO, 2017, p. 151).

No Brasil, a disseminação de controles cambiais foi rápida e abrangente, logo se formando um sistema vasto e restritivo de regulamentação, sobretudo por meio de monopólio de compra e de sistemas de racionamento. O Decreto nº 23.238/1933 inaugura a era da centralização cambial, outorgando ao Banco do Brasil o monopólio da compra de letras cambiais, assim como poderes para controlar seletivamente as vendas, com o intuito de evitar desvalorizações (FRANCO, 2017, p. 160).

De 1933 a 1982 observa-se a criação de uma verdadeira catedral de controles, por meio da sucessão de decretos e atos regulamentares. A motivação mestra do governo, estabelecendo essa grande catraca de relacionamento do país com o exterior, era a de canalizar aos cofres das reservas internacionais da autoridade monetária toda e qualquer sobra ou superávit obtido nas contas cambiais.

Todos os dólares, ou quaisquer moedas fortes, que transitassem em território nacional e/ou em contas de residentes no país, deveriam pertencer ao banco central, que não os tomava ou confiscava, mas comprava, fazendo-o na taxa que ele próprio decidia (GAROFALO FILHO, 2002, p. 53).

A criminalização de condutas de evasão de divisas representou a elevação da temperatura desse conjunto de restrições. Tornou mais explícitos e duros os controles cambiais, qualificando-os com instrumentos próprios do direito penal.

O art. 22 da Lei nº 7.492/1986 fez com que infrações administrativas de ordem cambial passassem a ser consideradas penalmente relevantes. Como aponta a literatura, é curioso que essa inovação tenha ocorrido apenas em 1986, quando a longa era de controles cambiais já começava a se aproximar do fim. Em alguma medida, o dispositivo, no momento da sua criação, já parecia um anacronismo (FRANCO, 2017, p. 173).

Controles cambiais podem ser justificados por razões macroeconômicas, sobretudo à vista de contextos de escassez de divisas internacionais. A atribuição de efeitos de penais a esses controles cambiais também parece se legitimar, quando a autoridade monetária precise reforçar essa supervisão e robustecer as possibilidades de *enforcement*.

Avalia-se que o legislador, nas três formas delitivas contidas no artigo 22 da Lei nº 7.492/86, teve um objetivo principal: o de garantir e manter a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional, evitando que instituições financeiras ou entes assemelhados ajam de forma irregular, efetuando saídas clandestinas de moeda ou mantendo-as no estrangeiro à míngua de qualquer controle (BECKER, 2018, p. 12).

Esse objetivo pode ser desdobrado, ou compreendido como de maneira dúplice: (i) de um lado, a tutela da norma penal volta-se à proteção das reservas cambiais do país, controlando as operações de compra e venda de moeda estrangeira, no intuito de manter a economia em constante equilíbrio e proteger a regularidades dos fluxos cambiais; (ii) de outro lado, a tutela penal parece vir também em auxílio da administração tributária e da ordem fiscal, na medida em que a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou a manutenção de depósitos não declarados à repartição fiscal competente, podem estar associadas à supressão de tributos (TORTIMA, 2002, p. 135).

3. Modalidades delitivas e elementares do tipo penal de evasão

Encontram-se positivadas três diferentes modalidades do crime. A escolha do legislador foi de fazer recair a punição sobre cada momento de forma independente, estruturando a evasão de divisas em três delitos autônomos (BOTTINO, 2013, p. 140).

A primeira modalidade, prevista no *caput* do art. 22 da Lei nº 7.492/1986, consiste na realização de operação de câmbio não autorizada (elemento objetivo) com a finalidade de promover a evasão (elemento subjetivo). Por operação não autorizada entende-se qualquer troca de moeda por divisas em estabelecimentos que não tenha sido autorizado pelo Banco Central para realizar esse tipo de atividade, ou qualquer operação realizada fora das hipóteses autorizadas (BOTTINO, 2013, p. 140).

O sujeito ativo, para configurar o resultado tipicamente ilícito, deve praticar o núcleo do tipo, *efetuar operação de câmbio* – compra e venda de moeda estrangeira ou divisa entre um residente, domiciliado ou com sede do País e outro residente, domiciliado ou com sede no exterior –, conjuntamente com o elemento normativo “não autorizado” e a especial finalidade de agir, que consiste no “fim de promover evasão de divisas” (BECKER, 2018, p. 15).

A seu turno, o parágrafo único prevê como formas equiparadas outras duas modalidades delitivas: (i) a saída de moeda ou divisa para o exterior, a qualquer título; e (ii) a manutenção de depósito no exterior, não declarado à repartição federal competente. Trata-se das hipóteses da *evasão-envio* e da *evasão-depósito*.

No caso da evasão-envio, pune-se a conduta daquele que providencia materialmente, sem motivação específica (a qualquer título), realiza (ou promove) a saída de moeda ou divisa, sem autorização legal, para o exterior. O delito exige que a conduta não esteja devidamente autorizada, para que assim possa ser considerado típica. Para parcela significativa da doutrina, por saída entende-se a remessa ou transporte exclusivamente *físico* do numerário (BOTINO, 2013, p. 140-141). Por outro lado, pelo fato de a redação do dispositivo conter a locução "a qualquer título", há vozes sustentando que, para além da hipótese física ou manual, também a remessa por meios puramente escriturais implicaria adequação típica (BITENCOURT; BREDA, 2010, p. 285).

A terceira modalidade do crime de evasão de divisas, contemplado na segunda parte do parágrafo único do art. 22, corresponde à figura da evasão-depósito. A última conduta tipificada consiste na manutenção no exterior de depósitos não declarados. A ausência de declaração será a elementar constitutiva dessa modalidade delitiva, pois não se proíbe que o particular possua recursos fora do país, caracterizando-se o crime apenas quando inexistir declaração desses valores. Para a sua configuração típica, não é necessário que tenha ocorrido a evasão de divisas em momento anterior, pois a simples omissão é suficiente para que o crime seja consumado, sendo imputável também quando o brasileiro recebeu esses valores diretamente no exterior (CARDORIN, 2018, p. 29).

Compreendida a estrutura básica das três modalidades delitivas, analisem-se com mais atenção alguns aspectos das elementares do tipo objetivo do crime de evasão.

A redação do tipo previsto no art. 22 da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional denota claramente que se está diante de uma lei penal em branco, pois a incriminação depende de complementação de atos administrativos, nomeadamente pelo Bacen. Daí por que a análise do tipo penal e do alcance de cada uma de suas três modalidades não pode ocorrer de modo divorciado das normas editadas pela instituição. Revela-se fundamental, nesse compasso, uma transição constante entre o enunciado legal e a respectiva norma administrativa regulamentadora.

Especialmente em atenção ao objetivo específico deste estudo, revela-se importante aprofundar a compreensão sobre o que são *moedas* e *divisas*, assim como sobre o que exatamente se entende por *operação de câmbio*.

Primeiramente, *divisas*. A literatura costuma enfatizar que o termo não é afeto à legislação e ao direito penal, sendo haurido da economia. O conceito costuma então ser esboçado a partir da compreensão de que divisas seriam títulos ou ativos financeiros, conversíveis em moedas estrangeiras (letras, cheques, ordens de pagamento) e, sobretudo, os estoques de moedas conversíveis disponíveis no país. Nesse sentido, divisas corresponderiam às disponibilidades em moeda estrangeira que um particular ou país possui (SCHMIDT; FELDENS, 2006, p. 168).

Moeda é uma noção mais familiar ao direito. Juridicamente, e com amparo na Lei nº 8.880/1994 (art. 1º, *caput* e §1º), a moeda corresponderia ao padrão de valor monetário exclusivo, dotado de natureza liberatória de obrigações patrimoniais, revestido de curso legal e de exclusiva emissão pelo Estado, por meio de órgão competente.

Trata-se, aqui, da noção tradicional e geralmente aceita de que moeda é o meio de pagamento emitido e administrado pelo Estado, que consubstancia a unidade de conta vigente, apresentando eficácia liberatória em face de obrigações públicas e privadas.

Finalmente, de acordo com a literatura, *operações de câmbio* seriam as operações de compra e venda entre moedas emitidas por diferentes Estados (BALTAZAR JUNIOR, 2017, 707). Tratar-se-ia da troca de moeda nacional por divisas (isto é, por moeda estrangeira).

Essas aproximações conceituais, porém, embora úteis, não bastam. Independentemente das noções assentes em maior ou menos grau em sede doutrinária e dogmática, é fundamental considerar as delimitações conceituais tais como conformadas pelas normas administrativas editadas pelo Bacen. O exame da normatização expedida pelo ente regulador do mercado de câmbio é, se não o ponto de partida exclusivo, uma etapa incontornável do entendimento sobre as elementares objetivas do tipo penal.

Analisando-se a Circular nº 3.691/2013, que trata das disposições normativas e dos procedimentos relativos ao mercado de câmbio, identificam-se diretrizes conceituais elucidativas.

Primeiro, define o âmbito compreensivo do que sejam operações de operações cambiais. Essas operações englobam, nos termos do art. 1º, incisos I e II, as transações envolvendo (i) compra e venda de moeda estrangeira e as operações com ouro-instrumento cambial, (ii) operações em moeda nacional entre residentes, domiciliados ou com sede no país e residentes, domiciliados ou com sede no exterior, e também (iii) as operações relativas aos recebimentos, pagamentos e transferências do e para o exterior, mediante a utilização de cartões de uso internacional, bem como as operações referentes às transferências financeiras postais internacionais (inclusive vales postais e reembolsos postais internacionais).

Repare-se que a noção de operação de câmbio é ligeiramente mais ampla do que o esquema usualmente indicado na literatura jurídica. A teor da normativa do Bacen, abrangem-se, além da compra e venda de moeda estrangeira, as operações com ouro-instrumento cambial, algumas operações com moeda nacional (entre agente de operação no país e no estrangeiro) e, finalmente, algumas transações por meios específicos (utilização da cartões de uso internacional e transferências financeiras postais).

Quanto à noção de divisas, embora não haja uma definição expressa no texto da circular, a análise da descrição do objeto da operação de câmbio, tal como contemplada na regulamentação, permite apreender o que a noção em questão traduz. Na linha do indicado na normativa do Bacen, o conceito abrangeria as moedas estrangeiras (art. 1º, inciso I, primeira figura) e o ouro-instrumento cambial (art. 1º, inciso I, segunda figura).

Quanto às operações relativas aos recebimentos, pagamentos e transferências mediante cartão de uso internacional (previstas no art. 1º, inciso II, como uma das modalidades de operação cambial), considerando que o emissor do cartão encontra-se obrigado a informar todos os valores e a franquear o pagamento sempre em termos de moeda (seja o real, seja moeda estrangeira – arts. 128 e 128-A), vê-se que o regulador tem em mira, portanto, exclusivamente operações cujo conteúdo é tipicamente monetário, envolvendo alguma moeda nacional, e não outra classe de ativos financeiros. O mesmo se diga quanto aos vales-postais internacionais, cujo conteúdo é expresso em termos de moeda pública nacional, sendo obrigatória a indicação da moeda estrangeira e da taxa de câmbio (art. 23, *caput* e §2º).

Corroborando essa interpretação, veja-se que o art. 86 da mesma Circular conceitua o que se entende por posição de câmbio. A posição de câmbio é representada pelo saldo das operações de câmbio, que abrangem, de acordo com o enunciado normativo, a compra a venda de (i) moeda estrangeira, (ii) de títulos e documentos que as representem e de (iii) ouro-instrumento cambial.

Divisas, portanto, dentro dessa ótica, são não apenas as moedas estrangeiras, mas também seus títulos imediatamente representativos, bem como o ouro enquanto instrumental cambial. Também aqui a delimitação conceitual veiculada pela norma administrativa vai um pouco além do que o habitualmente pontuado pela literatura.

Analisados os principais aspectos relacionados ao delito de evasão de divisas – sua justificativa, suas modalidades e os respectivos elementos objetivos do tipo incriminador –, convém agora enfrentar as questões conceituais e jurídicas atinentes aos criptoativos. Entender a natureza desses ativos e suas principais implicações jurídicas será a etapa

intermediária que permitirá avançar para o exame das implicações penais das transações com criptomoedas, *vis-à-vis* o delito do art. 22 da Lei nº 7.492/1986.

4. Criptoativos: aproximação conceitual e regime jurídico

O marco inaugural da tecnologia dos chamados criptoativos dá-se em outubro de 2008, quando é publicado o *white paper* que tornou famosos o seu pseudônimo autor, Satoshi Nakamoto, e o sistema do Bitcoin. Propondo um sistema eletrônico para transações financeiras, de modo completamente descentralizado, o texto "Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System" vai além da mera formulação de um mecanismo de transação *peer-to-peer* – oferece também as soluções de codificação para implementação do sistema.

Inicialmente, é importante considerar que o termo criptomoedas ou criptoativos – que aqui se empregam indistintamente, como sinônimos – compreende aspectos distintos. Com efeito, a expressão pode fazer referência a: (i) uma tecnologia digital; (ii) um protocolo, ou seja, um sistema de comunicação, que funciona por meio da internet; (iii) um software de código aberto, disponível para qualquer pessoa gratuitamente; (iv) uma rede de pagamentos online descentralizada, onde os usuários gerenciam o sistema sem intermediário ou autoridade central; e, por fim, (v) ao próprio ativo em si (BOTTINO; TELLES, 2018, p. 131).

Neste trabalho, o interesse principal reside na criptomoeda enquanto categoria de *ativo*, com características ou propriedades próprias de transação e de circulação.

É valido pontuar que catálogo de criptomoedas tem expandido velozmente. As características-chave que estruturam esse portfólio de criptoativos, e explicam os seus perfis específicos, podem ser identificados a partir de sete variáveis, a saber: (i) emissor, (ii) natureza do direito, interesse ou *claim* assegurado pelo ativo, (iii) vinculação ou lastro com ativo-base, (iv) tipo de vínculo com algum ativo-base, (v) taxa de resgate, (vi) denominação, isto é, a unidade de conta empregada para quantificar o *token* e, finalmente, (vii) acessibilidade (SHUKLA, 2020, p. 8).

Os diferentes tipos de criptoativos, enquanto espécies de *digital tokens*, correspondem a arranjos sintéticos dessas diferentes variáveis. Criptoativos como Bitcoin, Tether, Dai, AirCoin, Libra Coin, JPM Coin, entre tantos outros, são *tokens* que variam essencialmente em razão de opções de arquitetura envolvendo esses sete componentes.

Há inúmeras criptomoedas no mercado e em circulação, cada uma delas com características próprias. Tomaremos, porém, como ilustração e matéria de reflexão, os aspectos específicos da de uma delas: o *Bitcoin*. Tomando a análise concreta do *Bitcoin* como

pano de fundo da discussão, quer por haver inaugurado o campo dos criptoativos, quer por sua dinâmica de funcionamento ferir o problema da circulação de ativos com propriedades monetárias, será possível avançar na análise pretendida neste trabalho.

As transações que ocorrem na rede pagamentos *Bitcoin* são organizadas em blocos e registradas em uma espécie de livro contábil público, chamado de *Blockchain* (cadeia de blocos de transações/registros). O *Blockchain* pode ser definido como um registro público de transações, é dizer, um banco de dados público – matemática e criptograficamente organizado – que contém o histórico de todas as transações realizadas com *Bitcoins*.

Trata-se de um sistema inteiramente descentralizado – o gerenciamento da rede não se encontra nas mãos de uma única pessoa ou instituição, mas distribuído entre todas as pessoas que estiverem conectadas no sistema.

No caso, a validação das transações é empreendida por meio dos denominados "mineradores", responsáveis por concluir lotes de transações estruturados em blocos – tudo com base em criptografia e cálculos matemáticos, e de forma remunerada pelo sistema, na medida em que os mineradores recebem taxas de transação pelas operações confirmadas, sendo contemplados com novos *Bitcoins*.

A essência da validação das operações envolvendo a criptomoeda, e que torna o sistema descentralizado, reside na noção *proof-of-work*. O conceito pode ser entendido em termos de uma competição, entre membros da rede, para resolver problemas matemáticos de difícil solução, mas de fácil verificação. Todas as transações de *Bitcoins* realizadas em um determinado intervalo de tempo são transcritas e agrupadas em blocos; compete-se então para resolver problemas matemáticos para cada bloco de transações, e o primeiro nodo da rede a produzir a solução correta a transmite para os outros membros da rede, que podem então verificar facilmente o acerto da solução. Uma vez que a validade da transação e do *proof-of-work* encontrem-se verificados pela maioria dos pontos da rede, uma determinada quantidade de *Bitcoin* é atribuída, como recompensa, àquele que resolveu corretamente o problema (AMMOUS, 2018, p. 217).

É importante ter em mira o que exatamente significa o ativo em si, isto é, o próprio *Bitcoin*. Em outras palavras, revela-se fundamental entender o que exatamente significa adquirir uma criptomoeda, e o que propriamente constitui a titularidade de um *Bitcoin*.

Ter o *Bitcoin* significa possuir um par de chaves digitais – a chave pública e a chave privada. Essas chaves geram a autoridade sobre um determinado valor do criptoativo. O usuário que decide adquirir *Bitcoins* terá a sua carteira digital (*digital wallet*), e as suas operações serão realizadas por meio de códigos privados. Essa carteira possui um endereço,

semelhante ao endereço de e-mail. Para que possa utilizar a criptomoeda, o usuário deve criar a sua carteira digital, na qual as criptomoedas permanecerão guardadas.

A chave pública pode ser comparada a um endereço de e-mail, ou ao número da agência e da conta bancária do titular; a chave privada, a seu turno, é equivalente à respectiva senha, de conhecimento privativo do proprietário. A primeira, portanto, equivale ao endereço do titular; a segunda, às chaves, que permitem acessar os ativos.

É com base nessas chaves que os *Bitcoins* são transferidos: cria-se uma mensagem digital originária do endereço que tem algum *Bitcoin*, transferindo-o para outro endereço. A mensagem precisa ter uma assinatura digital válida – que só pode ser gerada pelo detentor da chave privada associada à chave pública. A transação é assim verificada e, sendo validada, a transferência do ativo é efetivada, ficando registrada no *Blockchain*.

Importante mencionar que a dinâmica acima é a que ocorre no sistema do *Bitcoin*, diretamente pelos usuários da rede. Somente quem detém as chaves pública e privada, e tem acesso ao sistema do *Bitcoin*, pode-se dizer verdadeiramente titular do ativo. Essa observação é importante, para que se entenda a dinâmica das chamadas *exchanges*.

Com o crescimento da rede do *Bitcoin*, desenvolveram-se as *exchanges* de criptomoedas, encarregadas de trocar moedas de curso legal por outras criptomoedas (CARDORIN, 2018, p. 51). São sites ou plataformas de encontro entre ofertantes e demandantes, na qual se desenvolvem operações de compra e venda de criptoativos, e depósito e retirada de moedas estatais.

Mas é fundamental consignar que, ao concretizar negociações no âmbito da *exchange*, não há qualquer, de regra, registro da operação no Blockchain. Nas corretoras conhecidas como *offchain*, os criptoativos permanecem na carteira da entidade até que o adquirente exija a sua transferência – é dizer, as transações não passam pelo *Blockchain* e são feitas de modo puramente escritural.

Diferentemente sucede nas *exchanges* que operam *onchain* – nelas, as transações são registradas direta e publicamente no sistema da criptomoeda. Aqui, a transação ou acordo só se considera válido uma vez que o *Blockchai*n tenha registrado e confirmado a transação no "livro-razão" digital.

Nesse sentido, convém distinguir aqui dois modos de aquisição do criptoativo – o original e o derivado. Quanto às operações nas *exchanges*, ou até mesmo diretamente entre particulares, correspondem ao mecanismo derivado de obtenção de Bitcoins. Se, como visto, é por meio da atividade de mineração (isto é, de trabalho criptográfico e computacional de registro de operações no *Blockchain*) que o criptoativo é adquirido originariamente, operações

de troca ou de compra e venda de criptomoedas por moedas oficiais, ou até mesmo bens é serviços, correspondem ao modo derivado de se tornar titular do ativo digital.

Entendida a dinâmica elementar de funcionamento das criptomoedas, e do *Bitcoin* em particular, caberia então indagar: afinal, os criptoativos são ou não moedas? Trata-se ou de não de ativos enquadráveis como monetários, ou mesmo como divisas, na esteira do que prevê, em especial, a legislação brasileira?

Há diferentes maneiras de responder a essa pergunta. Isso porque a formulação pressupõe um acordo semântico prévio, acerca do que, efetivamente, se entende por moeda ou dinheiro.

Nessa perspectiva, e a partir da premissa mais usual de que moeda é a unidade de conta emitida por um Estado-nação, utilizada e aceita de maneira geral como meio de pagamento e dotada de eficácia liberatória geral, mormente para pagamento de tributos, a resposta é fácil: *não*, os criptoativos não são, de maneira geral, moeda.

Como visto, esses ativos, de maneira geral, não são emitidos por um ente central; e mesmo quando há algum intermediário que centraliza e valida as transações, não se cuida de um ente público nacional, que empreende as emissões sob o pálio da competência estatal para emitir moeda. Tampouco se trata de ativos dotados de eficácia liberatória geral na perspectiva do direito das obrigações. Não é exigível a quitação de tributos mediante depósito de criptoativos em favor do Tesouro. Finalmente, a oscilação ainda característica dessa categoria de ativos, assim como, também de maneira geral, a ausência de vinculação a um ativo-base que os lastreiem, representam óbices à funcionalidade como unidade de conta e meio de pagamento.

Então não, os criptoativos não podem – ainda não podem – ser equiparados, *tout court*, a moedas fiduciárias estatais administradas. Mas, e este é um aspecto importante a ser sublinhado, com isso não se pretende afirmar que os criptoativos não possuam quaisquer características monetárias, e que, enquanto ativos, não revelem predicados ou propriedades análogas ao dinheiro.

Para entender melhor esta afirmação, é válido recorrer à reflexão de Friedrich Hayek, de que, embora seja costumeiro qualificar-se o dinheiro como um *substantivo*, é mais útil para a compreensão dos fenômenos monetários entender o dinheiro como se fosse um *adjetivo*, descrevendo uma propriedade que diferentes objetos poderiam possuir, em graus variados (HAYEK, 1986, p. 49). Haveria, nesse sentido, diferentes graus de dinheireza ("*moneyness*"), podendo-se diagramar um *continuum* em que objetos com diferentes graus de liquidez e propriedades monetárias podem ser distribuídos.

Nesse sentido, seria possível afirmar que a esses ativos podem ser atribuídas propriedades monetárias – sem que, para isso, se precise afiançar a natureza jurídica de moeda ou de dinheiro. É dizer, em outras palavras: criptomoedas apresentam, não raras vezes, características e funcionalidades monetárias – isto é, exibem algum grau de *moneyness* –, com isso não se pretendendo dizer que sejam dinheiro em sentido estrito, nem que devem ser consideradas equivalentes às moedas fiduciárias administradas pelo Estado.

Essa reflexão é importante para refletir não apenas sobre os aspectos jurídico-penais dos criptoativos, mas sobre a regulação desses ativos de modo mais abrangente.

5. Operações com criptoativos e enquadramento no delito de evasão de divisas

Feita a exposição geral dos aspectos relacionados à finalidade e à estrutura do tipo de evasão de divisas, e esboçada uma aproximação conceitual e funcional da noção de criptoativos, cabe então adentrar nas perguntas específicas que animam o presente trabalho: a saber, se operações envolvendo criptoativos e criptomoedas podem, de alguma forma, subsumir-se ao delito inscrito no art. 22 da Lei nº 7.492/1986. Trata-se, neste momento, de avançar finalmente na resposta às três indagações originalmente formuladas.

Delimitado o horizonte conceitual das elementares objetivas do delito capitulado no art. 22 da Lei nº 7.492, cabe então indagar: criptomoedas são moedas ou divisas? Transações envolvendo criptoativos são consideradas operações de câmbio?

Como visto, embora a definição do estatuto jurídico (na verdade, do próprio estatuto ontológico e conceitual) do que sejam criptoativos e criptomoedas ainda seja um tema em aberto, é possível indicar, com mediano grau de precisão, aquilo que os criptoativos *não* são. E, considerada a disciplina legal e administrativa das operações cambiais, é possível afirmar que os criptoativos não se encontram abrangidos pela normativa atualmente em vigor no país.

Veja-se, primeiramente, que não é difícil concluir que os criptoativos não correspondem ao conceito jurídico vigente de moeda. Isso porque não se trata de padrão monetário (isto é, meio de troca e unidade de conta) emitido por Estado-nação, dotado de eficácia liberatória geral e curso legal. Veja-se que aqui não estamos negando a natureza de ativo financeiro das criptomoedas, nem dizendo que não possuem nenhum caráter potencialmente monetário nem grau zero de *moneyness*.

Trata-se apenas de reconhecer que, por se cuidar de ativo que não é emitido por Estado-nação, sem eficácia liberatória geral nem curso legal, não se encarta no conceito jurídico de moeda considerado pela legislação cambial brasileira.

Adicionalmente, também se verifica que os criptoativos não podem ser classificados como divisas – embora aqui a questão seja um pouco mais delicada. Com efeito, não se trata de moeda estrangeira (o que pressuporia a emissão por Estado estrangeiro, o que não é o caso), nem de ouro definido como instrumental cambial. Tampouco se enquadram nas hipóteses de transação por cartão de crédito nem transferência financeira postal.

Mas é importante destacar que não se descarta, neste estudo, a possibilidade de, em tese, as criptomoedas serem *administrativamente* equiparadas a essas modalidades de ativos financeiros. Avalia-se que a noção *legal* de divisas, veiculada no enunciado do art. 22 da Lei de Crimes contra o SFN, é suficientemente ampla – ou, no mínimo, não textualmente enclausurada o bastante – para comportar uma ampliação administrativa por iniciativa do ente regulador. Trata-se de admitir que, assim como o ouro enquanto instrumento cambial é considerado administrativamente como divisa, os criptoativos também podem igualmente vir a ser considerados um ativo análogo.

Em outras palavras, é dizer: a noção legal de divisas não proscreve que ativos do tipo das criptomoedas sejam considerados pelo regulador, no ato de complementação da norma penal em branco, como enquadráveis nessa noção. Malgrado esteja claro que o conceito legal de *moeda* não tem como atingir a normatização dos criptoativos, o mesmo não se pode dizer da noção legalmente positivada de *divisas*.

Mas o fato é que, considerada a disciplina administrativa atualmente em vigor, isto é, a Circular nº 3.691/2013 do Bacen, criptomoedas não são consideradas divisas. Isto porque, insista-se não se cuida de moedas estrangeiras, tampouco de seus títulos imediatamente representativos, e muito menos de ouro-instrumental cambial.

Finalmente, e à luz dessas premissas, também imperioso concluir que as transações envolvendo criptoativos não se amoldam à noção juridicamente vigente de operação cambial. Não só porque não se trata de moeda nacional nem estrangeira, nem de ouro-instrumento cambial, mas especialmente porque não se amoldam às hipóteses específicas de transações financeiras que a normativa do Bacen reputa como de tipo cambial.

Assim sendo, e considerada a legislação e as normas administrativas atualmente em vigor, não há espaço, *de lege lata*, para que se considere típica a modalidade aqui denominada de “evasão de criptoativos”.

Passemos à segunda indagação. E à pergunta se é possível que o ente regulador nacional amplie o conceito infralegal de divisas de modo a abranger criptoativos e criptomoedas, já se encaminhou qual é o entendimento aqui subscrito.

Avalia-se que, *de lege ferenda*, é possível admitir o enquadramento das operações com criptoativos no delito do art. 22. Para tanto, não se exigiria a retificação do enunciado legal, mas alteração da normativa administrativa do Bacen.

Naturalmente, essa ampliação do figurino administrativo exige a observância de determinadas balizas – inclusive balizas legais. O texto do art. 22 da Lei nº 7.492 veicula norma penal em branco, e não um cheque em branco ao regulador.

Para que os criptomoedas e criptoativos sejam considerados divisas, à símile do que sucede, por exemplo, com o ouro definido enquanto instrumental cambial, é de rigor que haja não apenas justificativa técnica para tanto, mas, em especial, que reste demonstrada a efetiva ofensa ao bem jurídico penal tutelado.

A demonstração de que as características técnicas de tal categoria de ativos e, em especial, que o volume das transações são equiparáveis aos de outros instrumentos equiparados a divisas pela norma administrativa afigura-se *conditio sine qua non* para a extensão, pelo regulador, do conceito infralegal de divisas.

Portanto, à segunda pergunta responde-se afirmativamente, entendendo-se que o ente regulador nacional pode ampliar a noção infralegal de divisas, de modo a abranger os criptoativos – ampliação está, porém, que não é livre ou discricionária, mas juridicamente condicionada.

Finalmente, passe-se à análise da terceira e última indagação enunciada. Entendido que a noção de criptoativos não se encarta, considerada a normativa (legal e administrativa) atualmente vigente, na moldura que compreende as noções de moeda, divisas e operações cambiais, caberia indagar se operações envolvendo criptomoedas poderiam ser utilizadas como meio ou instrumento do crime de evasão de divisas. Em outras palavras, se esses ativos podem ser utilizados para dissimular uma operação de evasão, caso em que a transação poderia ser considerada juridicamente relevante para fins penais.

Como visto, não existe o crime de evasão de criptoativos – mas encontraria adequação típica a "criptoevasão de divisas"?

Fala-se aqui em criptoevasão de divisas para nomear a operação com criptomoedas que camufla uma operação cambial genuína. Trata-se de uma cripto-operação não apenas no sentido de que é veiculada por um meio específico (a saber, o criptoativo ou criptomoeda), mas especialmente no sentido original do radical grego *kryptos*, de operação oculta, escondida, secreta. Quer-se referir, portanto, à hipótese de emprego de transação com criptomoeda exclusiva e instrumentalmente para encobrir uma operação real com moedas ou divisas.

Antes de avançar, convém ter em linha de contas algumas premissas essenciais, especialmente à luz do quanto já debatido: (i) operação com criptoativos, em si, não configura o delito de evasão de divisas; (ii) a operação com criptoativos não em, em si, ilícita – não apenas não é criminosa, como não é, em si mesma, ilícita; (iii) nem toda operação com criptoativos será instrumental a uma operação de câmbio.

Dito isto, parece crível a possibilidade de operações com criptomoedas serem empregadas para disfarçar operações de câmbio reais, de modo a contornar as exigências da legislação. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ tem sinalizado que, em relação ao crime de evasão de divisas, é possível, em tese, que a negociação de criptomoeda seja utilizada como meio para a prática do ilícito penal, desde que o agente adquira a moeda virtual como forma de efetivar operação de câmbio não autorizada.

Conforme destacado pelo tribunal ao apreciar o Conflito de Competência nº 161.123/SP (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 05/12/2018), embora as criptomoedas não possam ser consideradas, no horizonte regulatório atual, como moeda nem valores mobiliários – circunstância que afasta a tipificação nos crimes previstos nos arts. 7º, II e 11 da Lei nº 7.492/1986 e 27-E da Lei nº 6.385/1976 –, não se pode descartar o enquadramento no delito de evasão. Com respaldo no Comunicado nº 31.379/2017 do Bacen, observou-se a necessidade de respeito às normas cambiais – em especial à realização de transações exclusivamente por meio de instituições autorizadas pelo Banco Central a operar no mercado de câmbio –, ainda que a transferência internacional seja efetivada por operação de envolvendo moedas virtuais.

No caso apreciado pelo STJ, não houve uma posicionamento definitivo sobre a capitulação do ilícito de evasão – na hipótese dos autos, inexistiam indícios suficientes, até aquele momento, de que as transações por meio de *Bitcoins* visavam à concretização de operações de câmbio; o caso parecia, simplesmente, de atuação especulativa, com o objetivo de auferir lucros explorando a oscilação do valor do ativo.

Não obstante, trata-se de uma sinalização clara, pelo STJ, invocando inclusive normativas do Bacen, no sentido de que é admissível cogitar-se de desrespeito a normas cambiais e, portanto, de incidência do tipo penal do art. 22 da Lei de Crimes contra o SFN. O efetivo enquadramento no delito depende da comprovação de que as transações são instrumentais à execução de transferências internacionais, com a finalidade específica de evadir divisas do país.

Algumas hipóteses específicas de subsunção ao crime de evasão podem ser individuadas ou, ao menos, problematizadas. Analisam-se três delas, a fim de ilustrar

situações em que o caráter instrumental da operação com criptoativos revela-se mais saliente – e nas quais se divisa maior potencial para que se repute típica a transferência com criptoativos (ESTELITA; PÉRICO; TAKEHARA; OLIVEIRA; SOUSA; RAMALHO, 2020).

Começa-se pelo caso em que uma pessoa adquira criptomoedas com moeda fiduciária e as transfere para uma carteira própria, ou para uma *exchange* internacional, com a intenção de convertê-las em outra moeda fiduciária no exterior. Trata-se da hipótese em que a criptomoeda claramente está sendo empregada de modo instrumental para realizar uma operação de câmbio.

No caso, há criação de disponibilidade no exterior por meio da compra de criptoativos, escapando-se ao figurino normativo prescrito pelo Bacen para realização de operações cambiais. Trata-se de caso de venda do ativo em moeda internacional – o valor, sob a forma de criptomoeda, é liquidado no exterior, recebendo-se a quantia em outra moeda –, mas é uma venda puramente instrumental e, em certo sentido, até mesmo artificial: o único escopo da operação é obter moeda diversa no estrangeiro, deixando-se de observar a regulação especifica do Bacen para as operações cambiais.

Esse tipo de transação assemelha-se às chamadas operações de *Blue Chip Swaps*, que ocorrem quando uma pessoa deseja criar disponibilidade em moeda estrangeira no exterior sem que haja um contrato de câmbio e, para isso, compra algo, com moeda fiduciária nacional, que tenha valor estável e seja imediatamente liquidável no exterior (ESTELITA; PÉRICO; TAKEHARA; OLIVEIRA; SOUSA; RAMALHO, 2020). Essas operações envolvem a aquisição, por uma parte brasileira, de títulos de alta liquidez, mediante o pagamento em reais no Brasil, para posterior utilização de tais ativos no adimplemento de obrigações no exterior, e já foram consideradas como violação às normas cambiais e punidas nos termos da legislação aplicável.

Uma segunda hipótese é a do envio de criptomoedas a um terceiro no exterior, como forma de cumprir uma obrigação pecuniária contraída em um negócio jurídico. Nesse caso, trata-se de admitir que o objeto da transação ou o seu meio precípuo de pagamento é o próprio criptoativo – na segunda situação aqui cogitada, o terceiro que recebe as criptomoedas poderá ou não convertê-las em moeda fiduciária no exterior, podendo o recebimento do criptoativo ocorrer por meio de uma *exchange* internacional ou mesmo *wallet* no sistema da própria criptomoeda.

Também no segundo caso há analogia com o que acontece no caso das operações de *Blue Chip Swaps*: compra-se o criptoativo para realizar negócio jurídico indireto. Assim,

sobretudo se o negócio jurídico que se pretende realizar for objeto de uma regulação específica, potencializa-se o risco de enquadramento no art. 22 da Lei nº 7.492/1986.

Finalmente, a terceira hipótese aqui esboçada é a de uma operação meramente escritural: uma pessoa estrangeira vende uma criptomoeda, dentro do sistema *offchain* de uma *exchange* internacional, e o comprador é um residente no Brasil. A *exchange* intermedia a operação, recebendo dinheiro do comprador (em reais) e disponibilizando a quantia para o vendedor (em moeda fiduciária estrangeira).

Neste caso, o comprador pagou em moeda do seu país, enquanto o vendedor recebe em sua própria moeda fiduciária, sem que ocorra qualquer operação de câmbio, já que a *exchange* simplesmente faz a compensação dos valores.

Este terceiro caso é o das operações que já estão sendo denominadas de *Bitcoin-cabo* ou criptomoeda-cabo – assim batiza em referência à figura das transações dólar-cabo.

Como sabido, as operações dólar-cabo funcionam como um sistema de compensação, no qual um agente, que tem ativos monetários em um país, transfere-o para conta de outro agente, que já tem disponibilidades em moeda no exterior, e as transfere para uma conta do primeiro agente, também no exterior. Nenhum valor sai ou entra do país – há apenas uma troca de moedas via compensação (BECKER, 2018, p. 20-21).

Sobre a tipicidade das operações dólar-cabo, e em que pesem as críticas da doutrina, a jurisprudência do STJ (v.g., Recurso Especial nº 1.367.650/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 08/09/2016) sinaliza o caráter delituoso da conduta, havendo intenção de evadir divisas do país. As decisões convergem no entendimento de que, em razão do parágrafo único, primeira parte, do art. 22 da Lei nº 7.492, a configuração do crime de evasão prescinde que a moeda efetivamente saia – isto é, seja fisicamente retirada – do país, podendo a remessa ocorrer de modo meramente escritural.

De fato, a hipótese cogitada, de operação meramente escritural envolvendo criptoativos, para fins de compensação de valores, guarda muita semelhança com o sistema de compensações dólar-cabo: a moeda fiduciária não chega a sair do país, passando para a mão de um terceiro no âmbito da mesma fronteira nacional. Na situação cogitada, não seria demasiado afirmar que a atuação da *exchange* apresenta-se como um paralelo com a atuação do doleiro, por meio do qual se constitui a disponibilidade no exterior.

As hipóteses aqui indicadas sugerem que, embora inviável cogitar de tipificação das operações com criptoativos como evasão de divisas propriamente dita (sobretudo porque o ativo não pode ainda ser classificado na condição de depósito, moeda ou divisa), parece razoável admitir o enquadramento típico quando a aquisição de criptomoeda for utilizada para

fins de efetivação de contrato de câmbio ilegal, cujo objetivo seja a remessa de valores para outros país, de modo indireto, enviesado ou disfarçado, em desconformidade com ou contornando as normas do Bacen.

6. Conclusão

A proposta deste artigo foi explorar as repercussões jurídico-penais das operações com criptoativos, considerado o delito penal de evasão de divisas. A análise partiu da consideração dos fundamentos para criminalização da conduta de evasão de divisas, buscando compreender o sentido e a trajetória dos controles cambiais no Brasil.

Na sequência, dissecou-se o ilícito penal de evasão, com o propósito de entender, em especial, as suas respectivas modalidades delitivas e as elementares do tipo objetivo. Debateu-se, com maior ênfase, a delimitação conceitual das noções de divisas, moeda e operação de câmbio – noções normativas cujo desmembramento afigura-se fundamental para o estudo da projeção jurídica das operações com criptoativos.

Seguiu-se então a inciativa de aproximação conceitual acerca dos criptoativos e criptomoedas, visando a capturar a anatomia básica dessa nova classe de ativos, assim como entender seu mecanismo básico de operação.

Finalmente, e à luz das conclusões provisórias amealhadas no curso da exposição, responderam-se às três indagações formuladas ao início desta investigação.

Quanto à possibilidade de transferências de criptoativos para o exterior configurarem, *per se*, o tipo penal de evasão de divisas, entendeu-se que a noção de criptoativos não se enquadra no conceito *legal* de moeda, nem no conceito delimitado *administrativamente*, pelo regulador, para divisas e operações de câmbio. Não há, portanto, atualmente, o delito de "evasão de criptoativos" ou "evasão de criptomoedas".

Considerou-se ainda que operações com criptoativos ou depósito de criptomoedas, no exterior, são, considerada a normativa em vigor, penalmente atípicas na perspectiva do delito do art. 22 da Lei nº 7.492.

No alusivo à permissibilidade de que o ente regulador nacional amplie, administrativamente, o conceito infralegal de divisas, de modo a abranger criptoativos e criptomoedas, a resposta encaminhou-se no sentido afirmativo, avaliando-se que a noção normativa de divisas é suficientemente ampla para comportar – havendo justificativa idônea e adequada, sobretudo na perspectiva da tutela do bem jurídico-penal salvaguardado – a extensão por força de regulação do banco central.

Finalmente, analisando-se a questão do uso instrumental das operações com criptoativos, para serem manejadas como meio à prática do delito de evasão de divisas, entendeu-se que é possível cogitar de subsunção típica, mas desde que fique cabalmente demonstrado que as operações foram puramente instrumentais, é dizer, empregadas exclusivamente para disfarçar ou ocultar operações de câmbio reais.

Frisou-se, porém, que esse tipo de ocorrência não compreende uma particularidade das transações com criptoativos, mas um aspecto inerente à evasão de divisas, que pode ser dissimulada com diferentes classes de ativos. Para o cometimento do que aqui se denominou de "criptoevasão", portanto, os criptomoedas são apenas mais um instrumento apto a perpetrar a dissimulação – decisivamente não o único.

Referências

AMMOUS, Saifedean. **The Bitcoin Standard**: The decentralized alternative to central banking. New Jersey: Wiley, 2018.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BECKER, Camila Mauss. A tutela penal no controle do tráfego de moeda: a atipicidade penal das operações dólar-cabo. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 13, n. 1, p. 11-28, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOTTINO, Thiago. Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 21, vol. 101, p. 125-153, mar.-abr./2013.

_____; TELLES, Christiana Mariani da Silva. Lavagem de dinheiro, Bitcoin e Regulação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 148, p. 131-176, out./2018.

CARDORIN, Mariana Marcon. **Divisas e Bitcoins:** uma análise da tipicidade do artigo 22 da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

ESTELITA, Heloisa; PÉRICO, Augusto; GIURANNO, Caio; TAKEHARA, Felipe; OLIVEIRA, João Pedro Rocha; SOUSA, Matheus Faria de; RAMALHO, Victor Coutinho. **Evadindo divisas com bitcoins?**. Jota, 02.11.2020 (Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/evadindo-divisas-com-bitcoins-02112020> Acesso em 28.11.2020).

FRANCO, Gustavo H. B. **A moeda e a lei:** uma história monetária brasileira (1933-2013). Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

GAROFALO FILHO, Emilio. **Câmbio, ouro e dívida externa**: de Figueiredo a FHC. São Paulo: Saraiva: 2002.

HAYEK, F. A. **Desestatização do dinheiro**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1986.

NUSSBAUM, Arthur. **Derecho Monetario Nacional e Internacional:** Estudio comparado en el lide del derecho e de la economia. Buenos Aires: Arayú, 1954.

OLIVEIRA, Luís Maurício Sodré de. **Mercado de câmbio**: contribuição ao disciplinamento jurídico no Brasil. Curitiba: Juruá, 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O crime de evasão de divisas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SHUKLA, Shreepad. **Historical Context and Key Features of Digital Money Tokens**. Barclays Bank, August/2020.

TORTIMA, José Carlos. **Crimes contra o sistema financeiro**: uma contribuição ao estudo da Lei nº 7.492/1986. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.