

REFLEXÕES PENAIS SOBRE A OPERAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE ATIVOS VIRTUAIS – EXCHANGES

CONSIDERATIONS OF THE CRIMINAL LAW ON THE UNAUTHORIZED OPERATION OF VIRTUAL ASSETS SERVICE PROVIDERS - EXCHANGES

Raphael Thadeu Carvalho Dias Gaudio¹

José Danilo Tavares Lobato²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: A Lei. n.º 14.478/2022 definiu as pessoas jurídicas prestadoras de serviços de ativos virtuais e estabeleceu a obrigação de prévia autorização da administração pública federal para que estas empresas operem no Brasil. O Banco Central do Brasil, autoridade competente para regular e fiscalizar a atividade, ainda não concluiu a regulamentação pertinente ao tema. Há grandes áreas cinzentas sobre a incidência da lei, que deveriam ser mais bem definidas, como os fabricantes e/ou desenvolvedores de carteiras virtuais e de aplicativos de *De-Fi*. As recomendações do GAFI/TAFT podem ajudar a complementar as definições legais. O significado jurídico de operar uma instituição financeira por equiparação no Brasil tem grande relevância penal e precisa ser esclarecido. A Lei n.º 12.965/2014 pode indicar alguns caminhos.

Palavras-chave: Direito Penal. Ativos virtuais. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

Abstract: The Law No. 14,478/2022 has defined the legal entities considered virtual asset services providers and established the obligation for prior authorization from the federal public administration for these companies to operate in Brazil. The Central Bank of Brazil has not yet concluded the relevant regulations on the subject. There are significant gray areas regarding the law's applicability that should be more precisely defined, such as manufacturers and/or developers of virtual wallets and De-Fi applications. The recommendations of the Financial Action Task Force (FATF) may help supplement the legal definitions. The legal significance of operating a financial institution by equivalence in Brazil holds significant criminal relevance and requires clarification. Law No. 12,965/2014 may provide some insights into potential avenues for clarification.

Keywords: Criminal Law. Virtual Assets. Crimes against National Financial System.

¹ Mestrando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/Uninter. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

² Professor Associado da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Professor Visitante do PPGD-UERJ (Mestrado e Doutorado). Doutor em Direito.

1. INTRODUÇÃO

No apagar das luzes de 2022, sancionou-se o Marco Legal dos Criptoativos que se encontra vigente desde junho de 2023. A Lei 14.478/2022 foi editada com o propósito de reger o mercado de criptoativos e, por essa razão, buscou delinear os principais conceitos e elementos que envolvem o tema, mais propriamente a prestação de serviços de ativos virtuais, além de regulamentar o papel das exchanges, chamadas pela Lei de prestadoras de serviços de ativos virtuais. Até sua edição, havia o sentimento de que vivíamos uma anomia, o que, certamente, não passou de uma visão exagerada. É certo, contudo, que o mercado de criptoativos demanda um olhar regulatório, mas não porque fosse uma terra sem lei, mas sim para que se consiga promover seu desenvolvimento saudável e se conceda alguns pontos de segurança a seus participantes.

2. UM OLHAR PANORÂMICO SOBRE A LEI 14.478/2022

Antes de se passar à análise do modelo regulatório delineado às exchanges, é de suma importância construir uma visão panorâmica sobre alguns dos principais pontos trazidos pelo Marco Legal dos Criptoativos. O legislador fixou, no artigo 2º, a obrigatoriedade de prévia autorização por órgão ou entidade da Administração Pública federal para que as prestadoras de serviços de ativos virtuais possam funcionar no Brasil, sendo que o art. 6º estabeleceu que ato do Poder Executivo atribuiria a um ou mais órgãos “*a disciplina do funcionamento e a supervisão da prestadora de serviços de ativos virtuais*”. No entanto, como anteriormente já existia e funcionava no Brasil um mercado de criptoativos com exchanges nacionais, a Lei 14.478/2022 estabeleceu em seu Art. 9º um prazo de carência mínimo de 6 meses para que houvesse a adequação às exigências legais das prestadoras de serviços de ativos virtuais em atividade, ou seja, a norma teve um cuidado em não lançar na ilegalidade todas as empresas nacionais do setor de modo repentino.

Outra inovação relevante foi a introdução do inciso I-A, no parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 7.492/86, para equiparar as prestadoras de serviços de ativos virtuais às instituições financeiras para efeito dos crimes contra o sistema financeiro nacional. Para os fins deste breve estudo, interessa-nos, em particular, o tipo penal do artigo 16³, de operar instituição financeira

³ Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:
Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

sem autorização, que passou a incidir sobre as prestadoras de serviços de ativos virtuais que operarem sem autorização do órgão competente⁴.

O sucinto Decreto n.º 11.563/2023, editado para regulamentar a Lei n.º 14.478/2022, conferiu ao Banco Central do Brasil a competência, dentre outras, para “regular, autorizar e supervisionar as prestadoras de serviços de ativos virtuais”. Tal decreto, contudo, foi publicado com apenas uma semana de antecedência do início da vigência do Marco do Legal dos Criptoativos, dando ensejo a um cenário peculiar: com o fim da *vacatio legis*, todas as prestadoras de serviços de ativos virtuais em atuação no Brasil estariam operando sem autorização do órgão competente e incidindo, em tese, no crime do art. 16 da Lei n.º 7.492/86.

Diante da inércia da administração pública federal em regulamentar as hipóteses, os critérios e os procedimentos para a obtenção de autorização, obviamente esta não seria uma interpretação razoável. O cenário de incerteza causou insegurança no mercado de criptoativos, o que fez com que o Banco Central do Brasil tivesse que editar o Comunicado n.º 40.874, de 6 de novembro de 2023, informando ao mercado que “as condições e os prazos para a adequação das prestadoras de serviços de ativos virtuais” seriam estabelecidos em ato normativo futuro, de modo que até a sua edição os players do mercado poderiam funcionar independentemente da recém imposta prévia autorização⁵.

Criou-se, portanto, uma situação *sui generis*, posto que, embora plenamente vigente o art. 16 da Lei n.º 7.492/86, abarcando, sob o prisma formal, inclusive as prestadoras de serviços de ativos virtuais, vide o art. 1º, p.ú., I-A, sua incidência sobre estas últimas restou suspensa até que o BACEN efetivamente viesse a definir as normas e procedimentos para obtenção de autorização, bem como o prazo para que as empresas já em atuação se adequassem à regulamentação.

A regulamentação deve vir a partir de um debate e um amadurecimento do mercado, posto que o BACEN vem adotando uma elogiável postura cautelosa. Para tanto, abriu uma primeira consulta pública, encerrada em janeiro de 2024, voltada a coletar contribuições do mercado sobre aspectos de governança, como, por exemplo, medidas de prevenção à lavagem

⁴ Vale registrar a respeitável divergência da Profa. Helena Lobo da Costa, que, na esteira do Prof. Miguel Reale Jr., compreende que o tipo do art. 16 não se aplica às instituições financeiras por equiparação (In.: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à lei 7.492, de 16.6.86* – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 151).

⁵ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado n.º 40.874, de 6 de novembro de 2023. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=40874>. Acesso em 24.02.24.

de dinheiro, gestão de risco e técnicas de monitoramento da custódia em blockchain, para a partir desse marco, lançar uma segunda consulta pública, já com os textos das minutas das normas que devem ser duas, “uma com a parte de negociação e operacional das prestadoras de serviços de ativos virtuais, e outra com o processo de autorização”⁶. Nessa primeira consulta pública os temas foram divididos nos seguintes tópicos: segregação patrimonial e gestão de riscos, atividades desenvolvidas e ativos virtuais negociados, contratação de serviços essenciais, regras de governança e conduta, segurança cibernética, prestação de informações e proteção dos clientes, além de regras de transição e de uma seção para manifestações gerais⁷. Ressalte-se que se encerrou o mês setembro de 2024, com o BACEN ainda trabalhando na construção dessa regulação. Ainda em maio de 2024, o BACEN publicou suas prioridades para o ano de 2024 que abrangem a realização de uma segunda consulta pública sobre as normas gerais sobre autorização e atuação dos prestadores de serviço, desenvolver o marco normativo das VASPs para que atuem no mercado de câmbio, capitais internacionais, prestem informações ao BACEN etc, além de regulamentar outras questões especiais como o funcionamento das stablecoins⁸.

Da regulação porvir espera-se que possa esclarecer certas e lacunas e vaguezas da lei, duas das quais nos ocuparemos nas próximas linhas, com o fim de contribuir ao debate. São elas: (i) quais empresas podem ser consideradas prestadoras de serviços de ativos virtuais ou, melhor e mais importante, quais não podem ser inseridas sob essa rubrica; e (ii) o que significa operar uma instituição financeira no Brasil?

3. AS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE ATIVOS VIRTUAIS

Compreender o alcance legal do conceito de “prestadoras de serviços de ativos virtuais” é essencial não apenas para delimitar quais são as pessoas físicas e jurídicas que devem ser previamente autorizadas a operar pelo BACEN e que estão sujeitas às sanções da Lei n.º

⁶ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Consulta pública busca obter contribuições sobre regulamentação do mercado de ativos virtuais (criptoativos). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/767/noticia> . Acesso em: 30/09/2024.

⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Consulta pública busca obter contribuições sobre regulamentação do mercado de ativos virtuais (criptoativos). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/767/noticia> . Acesso em: 30/09/2024.

⁸ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Confirma os próximos passos da regulação dos criptoativos e dos prestadores de serviços de ativos virtuais). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/811/noticia> . Acesso em: 30/09/2024.

7.492/86, mas também para que determinar aquelas que estarão sujeitas aos mecanismos de controle antilavagem de ativos, na forma dos arts. 9º e seguintes da Lei n.º 9.613/98.

A Lei n.º 14.478/2022 assim definiu as prestadoras de serviços de ativos virtuais:

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

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

II - troca entre um ou mais ativos virtuais;

III - transferência de ativos virtuais;

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

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

É nítido que o legislador brasileiro bebeu na fonte das recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI/TAFT)⁹, que não apenas emprega a mesma terminologia (em inglês, *Virtual Assets Service Providers – VASPs*), como os mesmos cinco tipos de serviços prestados por tais empresas, que foram traduzidos e reproduzidos, quase palavra por palavra, na legislação brasileira¹⁰.

Há, pelo menos, dois inconvenientes nesta escolha legislativa: (i) as recomendações do GAFI são propositalmente amplas e genéricas, na medida em que pretendem servir de modelo para inúmeros países, sem precisar levar em consideração peculiaridades locais; (ii) as recomendações do GAFI não se limitam em oferecer uma definição, mas discorrem sobre o significado concreto de vários de seus termos e das hipóteses abarcadas ou não por suas disposições – o que a lei brasileira não repetiu.

Assim, a definição legal do termo “prestadoras de serviços de ativos virtuais” é excessivamente ampla e incapaz de conferir segurança jurídica quanto às pessoas jurídicas

⁹ FATF, Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers, Paris, 2021. Disponível em: www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Updated-Guidance-RBA-VA-VASP.html. Acesso em 23.02.24.

¹⁰ “‘Virtual asset service provider’ as any natural or legal person who is not covered elsewhere under the Recommendations and as a business conducts one or more of the following activities or operations for or on behalf of another natural or legal person:

- i. Exchange between virtual assets and fiat currencies;
- ii. Exchange between one or more forms of virtual assets;
- iii. Transfer¹⁵ of virtual assets; and
- iv. Safekeeping and/or administration of virtual assets or instruments enabling control over virtual assets;
- v. Participation in and provision of financial services related to an issuer’s offer and/or sale of a virtual asset”.

alcançadas pela norma. Parece-nos, portanto, que seria conveniente em nível regulatório uma maior especificidade e delimitação do conceito, seja pelas normas a serem definidas pelo BACEN sobre o processo de autorização desses agentes econômicos para operar no Brasil, seja no âmbito legislativo, onde outros temas regulatórios do mercado de criptoativos já estão sendo discutidos¹¹.

Um bom ponto de partida para tal delimitação são os mesmos relatórios e recomendações do GAFI/TAFT que inspiraram a legislação brasileira. Sem pretensão de esgotar o tema – até pela velocidade do desenvolvimento tecnológico e pelas possibilidades quase infinitas de modelos de negócios que a tecnologia *blockchain* pode oferecer –, tomem-se dois exemplos que, em uma análise isolada da legislação brasileira, poderiam gerar dúvidas: a) as carteiras de ativos virtuais; e b) os protocolos de *De-Fi (decentralized finance)*.

As carteiras criptográficas, em termos simples, são tecnologias que permitem ao usuário “armazenar” criptoativos. Há carteiras que são hospedadas em plataformas centralizadas que oferecem serviços de criptoativos (como uma *Exchange*, por exemplo) e carteiras de autocustódia, em que o próprio usuário é detentor das chaves privadas e é o único responsável pela gestão dos ativos¹². Estas últimas podem se apresentar como *softwares* de autocustódia ou como *hardwares*, que se parece como um dispositivo pen-drive com entrada USB.

A leitura do art. 5º, inciso IV, da Lei n.º 14.478/2022 – “*custódia ou administração de ativos virtuais ou de instrumentos que possibilitem controle sobre ativos virtuais*” – poderia sugerir que os desenvolvedores de todos estes tipos de carteiras se enquadram na definição de prestador de serviços de criptoativos. Tal interpretação, contudo, seria exagerada. Como exigir de um fabricante de um *hardware* que identifique e mantenha cadastro atualizado de seus clientes, ou que mantenham registro de transações que ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente (art. 10, incs. I e II da Lei n.º 9.613/98)? Seria como impor tais obrigações ao fabricante do telefone celular em que funciona o aplicativo de uma instituição financeira tradicional. Por essa razão, o GAFI expressamente ressalva os fabricantes de carteiras físicas e os desenvolvedores de *softwares* ou aplicativos de carteiras não hospedadas, desde que se limitem à fabricação/desenvolvimento e venda, sem atuar ou ativamente facilitar a prestação

¹¹ Por exemplo, o PLS nº 3.706/2021, em trâmite no Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150410>. Acesso em 23.02.24.

¹² TAYLOR, Sarah et al. A comprehensive forensic preservation methodology for crypto wallets. *Forensic Science International: Digital Investigation*, v. 42, p. 301477, 2022.

de outros serviços de ativos virtuais¹³. Como regra geral, portanto, apenas os provedores de carteiras hospedadas se enquadrariam como prestadores de serviços de ativos virtuais.

Os serviços de finanças descentralizadas são, grosso modo, aplicativos executados em uma *blockchain* aberta (acessível para qualquer usuário), baseados primordialmente em contratos inteligentes, que operam sem intermediários¹⁴. Rodrigues sintetiza as características dos serviços financeiros descentralizados em cinco pontos: (i) utilização de tecnologia *blockchain*; (ii) a disposição para operar sem intermediários ou instituições centralizadas formais; (iii) utilização de protocolos abertos; (iv) implementação dos serviços, primordialmente, via *smart contracts*; e (v) utilização de criptomoedas e não de moedas fiduciárias¹⁵.

A ideia dos aplicativos de *De-Fi* é oferecer serviços financeiros de forma segura e transparente, sem os custos e inconvenientes de uma entidade intermediária centralizadora, afinal os contratos inteligentes são autoexecutáveis e baseados em regras transparentes para todos os usuários. Em síntese, não existe uma pessoa ou entidade responsável por centralizar e/ou supervisionar as operações, que são conduzidas diretamente pelos usuários por meio de regras pré-definidas e autoexecutáveis.

Dentre as diversas operações possíveis de serem executadas em aplicativos de *De-Fi*, certamente estão inclusas aquelas descritas nos incisos do art. 5º do Marco Legal dos Criptoativos, como transferência ou conversão de ativos virtuais. Geralmente, contudo, não haverá uma pessoa jurídica realizando tais operações em nome de terceiros, como exige o *caput* do mesmo dispositivo. Ao contrário, a regra será que os próprios usuários detenham controle sobre suas operações e suas chaves privadas.

¹³ “The FATF also does not seek to regulate as VASPs natural or legal persons that provide ancillary services or products to a VA network. This includes the provision of ancillary services like hardware wallet manufacturers or providers of unhosted wallets, to the extent that they do not also engage in or actively facilitate as a business any of the aforementioned covered VA activities or operations for or on behalf of another person. Likewise, natural or legal persons that solely engage in the operation of a VA network and do not engage in or facilitate any of the activities or operations of a VASP on behalf of their customers (e.g., offering internet network services and infrastructure, offering computing resources such as cloud services and creating, validating, and broadcasting blocks of transactions) are not VASPs under the FATF Standards, even if they conduct those activities as a business”.

¹⁴ GOMES, Eduardo Alves. *Finanças descentralizadas: uma análise na perspectiva da intermediação financeira no Brasil*. 2022. Dissertação de Mestrado.

¹⁵ Rodrigues, Carlos Alexandre. Discussões jurídicas atuais sobre criptomoedas: os serviços financeiros descentralizados (DeFi) e as moedas digitais de bancos centrais (CBDC). *Revista de Análise Econômica do Direito*, São Paulo, v. 4, ano 2, out.-dez. 2022.

Neste aspecto, os relatórios do GAFI/FATF pouco contribuem para uma melhor delimitação das hipóteses abarcadas pela norma. Ao mesmo tempo em que reconhecem que os aplicativos de *De-Fi* não são, em si, prestadores de serviços de ativos virtuais – pois os padrões da entidade não incidem sobre tecnologias ou *softwares* em si –, afirmam que os desenvolvedores, proprietários ou operadores podem ser assim enquadrados, desde que mantenham controle ou influência suficiente na comunidade¹⁶.

Esta leitura é demasiadamente abrangente e dá margem à responsabilização de um simples usuário como se responsável pela organização fosse. O que seria influência suficiente? Um membro da comunidade que, em um cenário de código aberto, propõe modificações para melhor eficiência do protocolo? O moderador de um fórum interno? Os idealizadores e fundadores, mesmo que não sejam mais ativos na comunidade? Em realidade, parece ser uma tentativa de reprimir as DAOs e impedir o funcionamento dos DAPPs. A DAO é uma organização autônoma descentralizada cujo fundamento básico reside na ideia de se ser uma organização que funcione sem qualquer forma de gerenciamento hierárquico¹⁷. Ao lado das DAOs, tem-se os famosos DAPPs que são aplicativos descentralizados e por isso de funcionamento contínuo, sem a possibilidade de interrupções, posto que funcionam na blockchain a partir dos contratos inteligentes, por essa razão muito presentes na rede da Ethereum. Um DAPP é um aplicativo que não precisa de intermediários, pois funciona autonomamente e, por isso, são imunes à censura, uma vez que estabelecem uma conexão direta entre um usuário e um serviço¹⁸.

¹⁶ “A DeFi application (i.e. the software program) is not a VASP under the FATF standards, as the Standards do not apply to underlying software or technology (see paragraph 82 below). However, creators, owners and operators or some other persons who maintain control or sufficient influence in the DeFi arrangements, even if those arrangements seem decentralized, may fall under the FATF definition of a VASP where they are providing or actively facilitating VASP services. This is the case, even if other parties play a role in the service or portions of the process are automated. Owners/operators can often be distinguished by their relationship to the activities being undertaken. For example, there may be control or sufficient influence over assets or over aspects of the service’s protocol, and the existence of an ongoing business relationship between themselves and users, even if this is exercised through a smart contract or in some cases voting protocols. Countries may wish to consider other factors as well, such as whether any party profits from the service or has the ability to set or change parameters to identify the owner/operator of a DeFi arrangement. These are not the only characteristics that may make the owner/operator a VASP, but they are illustrative. Depending on its operation, there may also be additional VASPs that interact with a DeFi arrangement.”

¹⁷ KAUR, Guneet. Disponível em: <https://br.cointelegraph.com/learn/what-is-a-decentralized-autonomous-organization-and-how-does-a-dao-work> . Acesso em: 30/09/24.

¹⁸ KAUR, Guneet. Disponível em: <https://br.cointelegraph.com/learn/what-is-a-decentralized-autonomous-organization-and-how-does-a-dao-work> . Acesso em: 30/09/24.

Se é certo que descentralização não pode ser sinônimo de irresponsabilidade, é igualmente exato que um sujeito só pode se orientar de acordo com o ordenamento jurídico quando as permissões e proibições são adequadamente comunicadas pelo Estado. Assim, carece de melhor definição se ou em quais hipóteses um aplicativo de finanças descentralizadas e seus desenvolvedores e membros podem ser considerados prestadores de serviços de ativos virtuais e, nessa qualidade, necessitar de prévia autorização do BACEN para operar.

4. O SIGNIFICADO JURÍDICO-PENAL DE OPERAR UMA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE ATIVOS VIRTUAIS NO BRASIL

De início e em que pesem autorizadas vozes em sentido contrário, parece ser mais adequado adotar a compreensão de que o crime do art. 16 da Lei n.º 7.492/86 seja um crime habitual¹⁹. Desse modo, não será típica a conduta daquele que pratica de forma esporádica atos típicos de instituição financeira ou equiparada. Na hipótese em estudo, é necessário que o agente pratique de forma reiterada atos típicos de uma prestadora de serviços de ativos virtuais para que a conduta possa se amoldar ao delito do art. 16.

Mas a pergunta que realmente aflige é o que significa operar *no Brasil*? É certo que, em se tratando de um crime contra o sistema financeiro nacional, não se pode cogitar de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico se a instituição financeira ou equiparada não está inserida no sistema financeiro brasileiro. Todavia, os criptoativos não operam sob uma lógica de territorialidade – pelo contrário, um de seus objetivos é justamente eliminar fronteiras nacionais e possibilitar a existência de um sistema financeiro global independentemente dos territórios e das idiossincrasias econômicas de cada país.

Nesse ponto, pede-se atenção ao leitor. Não é que critério territorial tenha deixado de ser um dos vetores essenciais para determinar o alcance da proibição prevista no crime do art. 16 da Lei n.º 7.492/86. Afinal, se uma prestadora de serviços de ativos virtuais possui estabelecimento no Brasil e aqui exerce suas atividades, poucas dúvidas haverá de que está operando em território nacional e que deverá observar todos os aspectos regulatórios envolvidos.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 205-206. Em sentido contrário: PIMENTEL, *Op. cit.*, p. 148.

Mas a territorialidade não parece ser suficiente para regular um segmento que, por sua natureza, não necessita estar fisicamente no local onde encontra seu público-alvo. Em realidade, no mercado de criptoativos, não são raras as vezes em que a territorialidade é um fator completamente inexistente em determinados players. Nessa linha, parece, em nossa visão, um equívoco que o simples fato de uma prestadora de serviços de ativos virtuais ter clientes residentes no Brasil seja suficiente para fazer incidir a lei brasileira. Não há no Brasil uma regulação que estenda o conceito de territorialidade ao modo do realizado pela norte-americana FCPA²⁰.

Por outro lado, não se pode negar que uma instituição que efetivamente opere no Brasil e, com o intuito fraudulento de escapar às exigências regulatórias do Brasil, venha a se estabelecer em outro país de arcabouço regulatório menos rígido e continue operando e oferecendo os mesmos serviços ao público brasileiro, não logrará êxito em atuar sem a incidência ou embaraços da lei nacional.

No entanto, pode-se pensar em uma situação hipotética: uma empresa de um país asiático passa a oferecer serviços financeiros atrelados a ativos virtuais, estando de acordo com todas as normas locais estrangeiras. O serviço é voltado ao público local, disponibilizado na linguagem local e propagandeado apenas no país em que está sediada a empresa. Um de seus clientes resolve visitar o Brasil e, durante a viagem, comenta com diversas pessoas sobre as vantagens oferecidas pela empresa. Tais pessoas, residentes no Brasil, decidem criar uma conta na empresa asiática e passam a utilizar os serviços oferecidos. Nessa hipótese, a partir da contratação em massa dos serviços pelo público brasileiro, poder-se-ia defender que os administradores da empresa asiática estariam operando instituição financeira equiparada no Brasil? Poderiam ser presos em flagrante caso viessem ao Rio de Janeiro durante as férias? Afinal, trata-se de crime permanente.

É evidente que o exemplo acima é propositalmente exagerado. Sem adentrar em soluções nas diversas etapas da teoria do delito, como tipicidade subjetiva, erro de proibição etc, e limitando-se à tipicidade objetiva, parece, contudo, que a questão deve ser resolvida com a lógica e o bom senso, isto é, prestar serviços a cidadãos brasileiros ou a pessoas residentes no Brasil não significa, por si só, operar no Brasil. O problema reside em traçar as fronteiras entre

²⁰ Sobre algumas perspectivas de extraterritorialidade, cf.: LOBATO, José Danilo Tavares; LOBATO, Marina Olegovna Goncharenok. *Extraterritorialidade da Lei Anticorrupção Brasileira em Perspectiva Comparada*. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. p.759 e ss.. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

esse exemplo e a hipótese em que essa empresa passa a efetivamente operar à distância em território nacional.

O Marco Civil da Internet pode indicar um caminho intermediário, que nem permita ser fácil esquivar-se da lei brasileira, nem lhe admita uma abrangência excessiva e irrazoável. O parágrafo 2º do art. 11 da Lei n.º 12.965/2014, ao referir-se às obrigações de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de dados, dispõe que a norma “*aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil*”.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado às prestadoras de serviços de ativos virtuais. Se há estabelecimento no Brasil ou se o serviço é ofertado ao público brasileiro, é razoável que a pessoa jurídica esteja obrigada a conhecer e respeitar a regulação local. A oferta do serviço ao público brasileiro pode ser averiguada tanto por iniciativas explícitas, como a propaganda, o tráfego direcionado etc., quanto por implícitas adaptações à prestação de serviços para atender o público local, como linguagem e meios de pagamento, vide, por exemplo, a aceitação de pagamento via pix.

5. CONCLUSÃO

A Lei n.º 14.478/2022 equiparou as prestadoras de serviços de ativos virtuais às instituições financeiras e estabeleceu a obrigação de prévia autorização da administração pública federal para o funcionamento de tais empresas. O Decreto nº 11.563/2023 conferiu ao Banco Central do Brasil a competência para autorizar e supervisionar o funcionamento dessas empresas, o que segue pendente de regulamentação.

A lei não define de forma satisfatória as prestadoras de serviços de ativos virtuais, dada a ampla variedade de serviços relacionados direta ou indiretamente ao mercado de criptoativos. Há enormes áreas cinzentas, das quais os desenvolvedores e fabricantes de carteiras virtuais e de aplicativos de *De-Fi* são apenas exemplos.

Para maior segurança jurídica, tendo em vista as possíveis repercussões penais da operação de prestadora de serviços de ativos virtuais não autorizadas, o BACEN vem se debruçando sobre a montagem de uma regulamentação ampla e técnica, de modo a deixar mais claras as hipóteses sujeitas à fiscalização da autarquia. As recomendações do GAFI/TAFT

podem indicar caminhos para uma delimitação, mas essas não podem ser tomadas cegamente, ou seja, sem prejuízo de que sejam observadas as peculiaridades da realidade brasileira.

Outra questão premente está em definir o que significa operar uma prestadora de serviços de ativos virtuais no Brasil. Do ponto de vista tecnológico, é perfeitamente possível oferecer serviços de criptoativos ao público brasileiro sem fixar estabelecimento ou representação no país. Por outro lado, é igualmente possível que brasileiros acessem serviços de criptoativos estrangeiros, que jamais foram pensados ou ofertados diretamente ao público brasileiro – e que, portanto, não se preocuparam em atender nossos critérios regulatórios. É preciso, portanto, que o crime do art. 16, da Lei n.º 7.492/86 seja interpretado de uma forma equilibrada, de modo a não permitir que um prestador de serviços se esquive das normas locais simplesmente instalando-se em país diverso, sem com isso pretender que a regulação brasileira tenha abrangência universal, atingindo mesmo aqueles que jamais se estabeleceram no Brasil ou adaptaram seus serviços ao público brasileiro.

Um critério que pode servir como ponto de partida para esse debate é aquele encontrado no Marco Civil da Internet - que se aplica às empresas sediadas no exterior, desde que pelo menos uma empresa do grupo econômico tenha estabelecimento no Brasil ou que exista oferta de serviços ao público brasileiro. A efetiva oferta de serviços ao público brasileiro pode ser verificada a partir de ostensiva propaganda, prospecção de clientes, nomeação de representantes no país, assim como a partir de sutis adaptações do serviço prestado ao público brasileiro, o que, inevitavelmente, dependerá de uma análise caso a caso.

6. REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado n.º 40.874, de 6 de novembro de 2023. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=40874>. Acesso em 24.02.24.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Confira os próximos passos da regulação dos criptoativos e dos prestadores de serviços de ativos virtuais). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/811/noticia> . Acesso em: 30/09/2024

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Consulta pública busca obter contribuições sobre regulamentação do mercado de ativos virtuais (criptoativos). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/767/noticia> . Acesso em: 30/09/2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 3.706/2021. Acrescenta os arts. 24-A e 24-B na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, para tipificar a constituição de pirâmide financeira e a intermediação ou a negociação de criptoativos com o objetivo de praticar crimes. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150410> . Acesso em 23.02.24.

FATF. Targeted Update on Implementation of the FATF Standards on Virtual Assets/VASPs, Paris, France, 2022. Disponível em: www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/targeted-update-virtual-assets-vasps.html. Acesso em 23.02.24.

FATF. Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers, Paris, 2021. Disponível em: www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Updated-Guidance-RBA-VA-VASP.html. Acesso em 23.02.24.

KAUR, Guneet. Disponível em: <https://br.cointelegraph.com/learn/what-is-a-decentralized-autonomous-organization-and-how-does-a-dao-work>. Acesso em: 30/09/24.

LOBATO, José Danilo Tavares; LOBATO, Marina Olegovna Goncharenok. Extraterritorialidade da Lei Anticorrupção Brasileira em Perspectiva Comparada. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GOMES, Eduardo Alves. Finanças descentralizadas: uma análise na perspectiva da intermediação financeira no Brasil. 2022. Dissertação de Mestrado.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à lei 7.492, de 16.6.86 – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TAYLOR, Sarah *et al.* A comprehensive forensic preservation methodology for crypto wallets. *Forensic Science International: Digital Investigation*, v. 42, p. 301477, 2022.