

A IMPORTÂNCIA DA SEGREGAÇÃO PATRIMONIAL E A POTENCIAL RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS CORRETORAS DE CRIPTOMOEDAS

THE IMPORTANCE OF ASSET SEGREGATION AND THE POTENTIAL CRIMINAL LIABILITY OF CRYPTOCURRENCY BROKERS

Ronny Peterson Nunes dos Santos¹

Luccas Neves Bastos Costa Silva²



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

Resumo: O trabalho se propõe a analisar brevemente a importância de as *exchanges* segregarem os ativos digitais dos clientes dos ativos pertencentes à própria empresa. Apresenta-se a regulação desta questão específica nos Estados Unidos, União Europeia, Japão e, por fim, no Brasil; aqui, como se verá, essa separação ainda inexistente, inobstante a existência de esforços legislativos nesse sentido. Apresentam-se os riscos que justificam e impõem a adoção de tal medida salutar com vistas a garantir o bom funcionamento de novo mercado das criptomoedas.

Palavras-chave: Criptoativos. Segregação patrimonial. *Exchanges*. Crimes contra a Sistema Financeiro Nacional.

Abstract: The paper proposes to briefly analyze the importance of exchanges segregating customers' digital assets from assets belonging to the company itself. The regulation of this specific issue in the United States, European Union, Japan and, finally, Brazil is presented; here, as will be seen, this separation still does not exist, despite the existence of legislative efforts towards this direction. It is discussed the risks that justify and impose the adoption of such a healthy measure in order to ensure the proper functioning of the new cryptocurrency market.

Keywords: Cryptoassets. Asset segregation. Exchanges. Crimes against the National Financial System.

1. INTRODUÇÃO

Tudo o que é novo encontra desafios quando surge a necessidade de regulamentação. Com as criptomoedas, não foi diferente. Um destes desafios é a incerteza, tanto para os Estados

¹ Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado criminalista. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Email: ronny.nunes@outlook.com

² Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado criminalista.

quanto para os usuários da tecnologia, advinda da descentralização das operações envolvendo esta nova modalidade de ativo financeiro. São os próprios usuários que as controlam, o que resulta em uma volatilidade que as diferencia das moedas estatais³.

Diz-se incerteza porque, conquanto essa descentralização possa ser concebida como um mérito, não se pode recusar a necessidade de adaptar o sistema legal à nova tecnologia para regular sua utilização de maneira eficiente e proteger os interesses jurídicos afetados por seu uso ilegal.

O objeto deste trabalho é retratar uma das dificuldades características desta nova realidade, qual seja, o funcionamento das *exchanges* – corretoras de criptomoedas – sob a ótica da separação de ativos próprios daqueles pertencentes aos seus clientes. Metodologicamente, o estudo se vale exclusivamente de pesquisa bibliográfica.

A pesquisa parte do conceito de segregação patrimonial, expondo como ele se aplica no contexto da economia dos EUA, União Europeia e Japão, antes de referir o caso brasileiro. Como se verá, a despeito de uma lei bastante recente, este ponto sensível não foi objeto de disciplina legal.

Em um segundo momento, discorre-se panoramicamente sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a fim construir uma base teórica que permita questionar, afinal, se há espaço para a responsabilização penal das *exchanges* nos casos em que esta ausência de segregação patrimonial acarreta potenciais fraudes.

2. O CONCEITO DE SEGREGAÇÃO PATRIMONIAL E SUA APLICAÇÃO NAS GRANDES ECONOMIAS GLOBAIS E NO BRASIL

Desde o surgimento das criptomoedas e, sobretudo diante da ausência de regulamentação, observaram-se alguns casos de práticas ilícitas envolvendo as *exchanges*, frequentemente relacionados à (falta de) segregação patrimonial.

A segregação patrimonial é um conceito contábil que determina que uma empresa mantenha seus ativos separados dos ativos de seus clientes. No caso de uma corretora de criptomoedas, isso implica na separação dos ativos digitais dos clientes dos ativos pertencentes à própria empresa.

³ SOUZA, Artur Brito Gueiros de e NEVES, Fernando Henrique Cardoso. Criptoativos e sua interface com a proteção da economia popular. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**: RDB, São Paulo, v. 25, n. 96, abr./jun. 2022.

Tal prática é imposta por lei em determinados países, mas essa exigência não é majoritária no mundo. Sendo assim, cumpre partir de um panorama a respeito do desenvolvimento das criptomoedas e das *exchanges* nas principais economias mundiais.

Desde o ano de 1970, os EUA tentam implementar políticas de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo. Com este escopo, foi criado o *Bank Secrecy Act* (BSA), que impõe às instituições financeiras daquele país a obrigatoriedade de fornecer relatórios e cadastros com o objetivo de instruir processos criminais, fiscais ou administrativos, além de realizar atividades de inteligência, bem como análises para a prevenção do terrorismo internacional. Dessa forma, o governo busca ter conhecimento e controle sobre os recursos circulantes nos bancos e, conseqüentemente, na economia nacional.

Da mesma maneira, é possível monitorar as corretoras de criptoativos – as chamadas *exchanges*. Nesse sentido, a *Financial Crimes Enforcement Network – FinCEN* editou um guia para direcionar as corretoras, usuários e administradores de criptomoedas, bem como estabeleceu um conceito para as moedas virtuais:

“Moeda virtual é um meio de troca que funciona como uma moeda estatal em alguns ambientes, mas não tem os atributos de uma moeda real. Em particular, moedas virtuais não tem a chancela legal em nenhuma jurisdição. Este guia trata das moedas virtuais conversíveis. Este tipo de moeda virtual tem um valor equivalente em moeda real ou age como substituto para uma moeda real.”⁴

Nesse sentido, as corretoras podem exigir dos clientes o fornecimento de seus dados pessoais para acessar seus serviços, o que pode incluir informações de interesse do governo. Apesar disso, nos Estados Unidos, nenhuma legislação ou regulamento infralegal versa sobre a segregação do patrimônio da corretora e dos clientes.

Já na União Europeia, as corretoras possuem exatamente as mesmas obrigações das instituições financeiras no combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Busca-se permitir o acesso dos órgãos de inteligência financeira aos dados de endereço e identidade dos titulares das carteiras virtuais, a fim de reduzir o risco decorrente do anonimato.

Com a implementação da 5AMLD⁵, a União Europeia buscou a maior harmonização das políticas de combate à lavagem de dinheiro envolvendo criptoativos. Esta diretriz visa a

⁴ FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK. **Application of FinCEN’s Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies**. 2013. Disponível em <https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf>. Acesso em 13 de janeiro de 2024.

Tradução livre.

⁵ Acrônimo para 5th Anti-Money Laundering Directive, elaborada pela União Europeia.

facilitar a identificação dos envolvidos nas transações e ter um maior controle sobre os valores movimentados. No entanto, a 5AMLD não incluiu as corretoras virtuais que realizam a conversão de um criptoativo em outro, permitindo, neste particular, a realização de transações sem a transmissão de informações às autoridades.

Portanto, observa-se que, no contexto europeu, a preocupação das autoridades se voltou aos usuários e não sobre as corretoras, deixando de criar um sistema de monitoramento.

No Japão, a legislação exige que as corretoras sejam registradas na Agência de Serviços Financeiros para operar regularmente. Há significativa preocupação com os serviços prestados pelas corretoras, inclusive para aquelas estrangeiras que desejam atuar no Japão, sendo necessário ter uma representação no país e cumprir requisitos regulatórios equivalentes aos do país de origem, além de ter uma pessoa designada para atuar como correspondente.⁶

E o que é mais relevante: as corretoras são obrigadas a separar os recursos dos clientes de seus próprios recursos, seja em criptoativos ou em moeda soberana, a fim de evitar a mistura de patrimônios e proteger os interesses dos consumidores desses serviços.

Em âmbito internacional, o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) criou, em 2015, um documento intitulado *Virtual Currencies – Guidance for a Risk-based Approach*⁷, com recomendações sobre criptoativos, incentivando os Estados a regularem esta realidade, possibilitando a implementação de medidas de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Essas medidas seriam aplicadas não apenas aos bancos, mas também a outras instituições que atuam no mercado econômico-financeiro⁸.

No Brasil, foi promulgada a Lei nº 14.478/2022⁹, que regula a prestação de serviços de ativos virtuais. Tal norma não menciona explicitamente o termo *exchange* ou corretora, mas apresenta uma lista de atividades no artigo 5º¹⁰ que, quando realizadas por uma pessoa jurídica

⁶ BUENO, Thiago Augusto. **Bitcoin e crimes de lavagem de dinheiro**. 1a ed. Campo Grande:Contemplar, 2020, p. 69

⁷ O documento pode ser acessado no seguinte link: <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfgeneral/Guidance-rba-virtual-currencies.html>. Disponível em 30/06/2024.

⁸ BUENO, **Op. cit.**, p. 75

⁹ BRASIL. Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 3, 22 dez. 2022. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2022/lei-14478-21-dezembro-2022-793516-publicacaooriginal-166582-pl.html>. Acesso em: 13 jan. 24.

¹⁰ 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;

em nome de terceiros, caracterizam a prestação de serviços de ativos virtuais. Importa ressaltar que as atividades presentes nesta lista não são cumulativas, ou seja, basta a realização de uma das atividades mencionadas para que a pessoa jurídica seja considerada prestadora de serviços de ativos virtuais.

O parágrafo único deste dispositivo dispõe que um órgão do poder público poderá estabelecer outras atividades não previstas na lei que se enquadrem como prestação de serviços de ativos virtuais. Por força do art. 1º do Decreto nº 11.563/2023¹¹⁻¹², essa função compete ao Banco Central do Brasil.

A regulamentação brasileira equiparou as corretoras às instituições financeiras, sujeitas às disposições da Lei nº 7.492/1986, que versa sobre crimes contra o sistema financeiro nacional¹³. No entanto, a nova legislação foi omissa no tocante à segregação patrimonial das *exchanges*. Frise-se que o Banco Central não poderia fazê-lo por ato infralegal, já que a legislação brasileira exige que qualquer salvaguarda concedida a um conjunto específico de credores, como os investidores de criptomoedas, seja estabelecida por meio de lei dedicada exclusivamente a essa finalidade.

A preocupação em segregar o patrimônio das *exchanges* ganhou novo impulso a partir da falência da FTX¹⁴. A *exchange* americana quebrou após uma corrida de saques, sendo certo

III - transferência de ativos virtuais;

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

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

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

¹¹ Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022, para estabelecer ao Banco Central do Brasil competência para:

I - regular a prestação de serviços de ativos virtuais, observadas as diretrizes da referida Lei;

II - regular, autorizar e supervisionar as prestadoras de serviços de ativos virtuais; e

III - deliberar sobre as demais hipóteses estabelecidas na Lei nº 14.478, de 2022, ressalvado o disposto no art. 12, na parte que inclui o art. 12-A na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

¹² BRASIL. Decreto nº 11.563, de 13 de junho de 2023. Regulamenta a Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022, para estabelecer competências ao Banco Central do Brasil., 2023. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11563.htm. Acesso em: 13 de janeiro de 2024.

¹³ DA PAZ, André Vinícius Oliveira; PAGLIUSO, Roberto Garcia Lopes. Aspectos Criminais da Lei 14.478/2022: Criptoativos e Direito Penal Econômico. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 31, n. 365, p. 27-30.

¹⁴ SCIARRETTA, Toni e Schincariol, JULIANA. Quebra da FTX reforça defesa da 'segregação patrimonial' e coro pró-regulação cripto no Brasil. *Valor Econômico*. São Paulo e Rio de Janeiro. Novembro de 2022.

que tal instituição financeira já foi considerada uma das mais respeitadas *exchanges* do planeta, tendo alcançado um valor de mercado de US\$ 32 bilhões.¹⁵

Os rumores de fraude se iniciaram com a divulgação das informações sobre o balanço da *Alameda Research*, uma das empresas associadas à FTX. Surgiram preocupações de que a empresa poderia enfrentar dificuldades para cumprir os saques em meio a uma potencial crise de mercado.

A razão para essa apreensão se deu pelo fato de que 30% do balanço da Alameda Research consistia em FTT, um token emitido pela FTX. Com a iminência de uma crise de liquidez, vários investidores, incluindo a Binance, a maior corretora de criptomoedas do mundo, decidiram vender suas posições em FTT, desencadeando a crise de insolvência que levou a FTX a restringir os saques em sua plataforma.

A acusação afirmava que Bankman-Fried, CEO da FTX, havia utilizado bilhões de dólares desviados dos clientes da *exchange* para seu enriquecimento pessoal, realização de investimentos especulativos e financiamento de contribuições ilegais para campanhas políticas, com o objetivo de influenciar as políticas governamentais relacionadas ao mercado de criptomoedas. Um nítido problema de confusão patrimonial.

A despeito da omissão da Lei 14.478/2022, a Comissão de Segurança Pública do Senado Federal aprovou o Projeto de Lei 3.706/2021, que estabelece a obrigatoriedade de segregação patrimonial nas empresas de criptomoedas em outubro de 2023. A proposta, inicialmente sugerida pelo senador Eduardo Braga (MDB-AM), foi aprovada por meio de um substitutivo apresentado pela relatora, senadora Soraya Thronicke (Podemos-MS). Nesse momento, o procedimento aguarda a avaliação pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e, posteriormente, seguirá para a aprovação do plenário do Senado, antes de ser encaminhada à Câmara dos Deputados.¹⁶

A ausência de diretrizes sobre segregação patrimonial na Lei nº 14.478/2022 deixa margem para uma indesejada confusão patrimonial. Isto fica evidente se imaginarmos, por exemplo, uma situação de pedido de recuperação judicial de uma empresa prestadora de

Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/criptomoedas/noticia/2022/11/11/quebra-da-ftx-refora-defesa-da-segregao-patrimonial-e-coro-pr-regulao-cripto-no-brasil.ghtml>

¹⁵ Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/ftx-e-avaliada-em-us32-bi-e-se-aproxima-de-valor-de-mercado-da-coinbase/>

¹⁶ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150410>. Acesso em 13 de janeiro de 2024.

serviços envolvendo criptomoedas. Nesse caso, os bens pertencentes aos clientes podem ser entendidos como essenciais para a manutenção das atividades empresariais até o encerramento do processo de recuperação judicial, conforme previsto na Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falências).

Outro cenário problemático é o da falência, no qual o cliente prejudicado seria um dos últimos a receber seus ativos que estavam sob custódia na empresa. Seguindo a lógica padrão, ele ficaria atrás das dívidas trabalhistas e das obrigações com garantia real, como os créditos de hipoteca.

Até a aprovação do Projeto de Lei 3.706/2021, algumas medidas internas do Banco Central poderiam ser providenciadas, como uma normatização que exija às *exchanges* informar previamente aos seus clientes se realizam ou não a segregação patrimonial.

A regulação das corretoras de criptoativos através de leis ordinárias desempenha um papel relevante no mercado financeiro devido aos valores movimentados e à importância desses ativos nas economias nacional e global. Isto porque o principal objetivo é mitigar os riscos inerentes às transações com criptoativos e garantir a solidez e eficiência das operações intermediadas por estas instituições, protegendo os interesses financeiros do Estado, bem como o dos usuários de ativos digitais. Ao estabelecer normas de conduta e atuação, cria-se um ambiente confiável para as corretoras, garantindo a continuidade e integridade desse importante setor econômico.

Assim, do ponto de vista do Direito Penal Econômico, surgem novas possibilidades de criminalização relacionadas à atuação das corretoras. Os dirigentes dessas empresas podem enfrentar responsabilidade penal, sendo acusados de crimes previstos na Lei 7.492/1986 – gestão fraudulenta e gestão temerária, sobretudo – caso não sigam os devidos padrões de governança corporativa. Mas e as *exchanges*, como ficam?

3. A RESPONSABILIDADE PENAL DAS EXCHANGES POR AUSÊNCIA DE SEGREGAÇÃO PATRIMONIAL

3.1 LINHAS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

No contexto brasileiro, há quem sustente que o Código Criminal do Império de 1831, em seu artigo 80¹⁷, e o Código Penal de 1890, no artigo 103, parágrafo único¹⁸, previram a responsabilidade das corporações. No entanto, a doutrina mais clássica considera que essa responsabilidade só foi efetivamente reconhecida com a Constituição de 1988, devido à má redação e à falta de precisão técnica dos dispositivos mencionados.¹⁹

De forma mais clara, a Constituição Federal de 1988, especificamente nos artigos 173, §5º²⁰ e 225, §3º²¹, abriu caminho para a promulgação da lei nº 9.605/98²², que estabelece sanções penais para pessoas jurídicas devido a atividades prejudiciais ao meio ambiente. Atualmente, esta é a única possibilidade de responsabilização das empresas em nosso ordenamento.

É conhecida a resistência da doutrina mais clássica no tocante à responsabilização penal da pessoa jurídica. Para Juarez Cirino dos Santos, a utilização do termo “responsabilidade”

¹⁷ Art. 80. Se este crime fôr commettido por Corporação, será esta dissolvida; e, se os seus membros se tornarem a reunir debaixo da mesma, ou diversa denominação com a mesma, ou diversas regras.

Penas - aos chefes, de prisão por dous a oito annos; aos outros membros, de prisão por oito mezes a tres annos.

¹⁸ Art. 103. Reconhecer o cidadão brasileiro algum superior fóra do paiz, prestando-lhe obediencia effectiva:

Paragrapho unico. Si este crime for commettido por corporação, será esta dissolvida; e, caso os seus membros se tornem a reunir debaixo da mesma, ou diversa denominação, com o mesmo ou diverso regimen:

Pena - aos chefes, de prisão cellullar por um a seis annos; aos outros membros, por seis mezes a um anno.

¹⁹ AMORIM, Manoel Carpena. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Revista da EMERJ, v.3, n.10, 2000. Rio de Janeiro. p. 25.

²⁰ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

²¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

²² Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

existente no art. 173, §5º da Constituição Federal²³ não demonstra qualquer intenção do constituinte de atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas, pois o termo aparece no texto sem especificações ou adjetivos. Na mesma linha, a expressão “punições” não necessariamente refere ao Direito Penal, abrangendo também sanções administrativas²⁴.

No mesmo sentido, César Roberto Bitencourt entende que a responsabilidade individual dos sócios administradores é distinta da responsabilidade do ente coletivo e que a Constituição da República de 1988 não adotou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas estabeleceu que sua responsabilidade está sujeita à aplicação de sanções adequadas à sua natureza²⁵.

Essa visão, no entanto, se mostra em franco descompasso com o cotidiano. Já não é mais possível fechar os olhos para as situações em que a pessoa jurídica é instrumentalizada para a prática de crimes, como são os casos de irresponsabilidade organizada²⁶, nos quais as responsabilidades individuais são pulverizadas dentro da organização empresarial. São situações nas quais se percebe que a atuação da empresa assume vida e vontade autônomas, separadas de seus gestores.

A preocupação atual em coibir a criminalidade que emerge dentro das corporações é notável. Em diversos congressos internacionais, simpósios e encontros, este tema é amplamente debatido. As sugestões elaboradas caminham na direção de excepcionar a responsabilidade individual, permitindo a criminalização das condutas dos entes coletivos²⁷.

O desafio que se coloca é fundamentar dogmaticamente essa responsabilidade. Os atos humanos não podem ser comparados aos praticados por pessoas jurídicas, que são construções teóricas criadas pelo direito e cuja existência depende do direito. As obrigações da pessoa natural são criadas pelo direito, mas há uma inegável diferença ontológica entre ambas. Daí que

²³ § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

²⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Instituto de Criminologia e Política Criminal, Curitiba, mar. 2001. p. 1.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. XIV, item 4.2

²⁶ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? In: Caballero Castillo/Ruiz Solís (coord.). **Cuestiones de Derecho penal, proceso penal y política criminal**. 7º CONADEPC. Lima (Perú), 2010, p.177.

²⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2002. p. 138-139.

não se deve estudar pessoas jurídicas com os mesmos conceitos usados para estudar pessoas naturais, já que elas não possuem substância, matéria ou forma²⁸.

Disto resulta o que já há muito se afirma: que as categorias clássicas da teoria do delito, aplicáveis às pessoas naturais, não dão conta das especificidades das pessoas jurídicas. É necessário um exercício de adaptação destas categorias, para que possam ser aplicadas analogicamente²⁹.

O Direito Penal tradicionalmente se preocupa em evitar o arbítrio do Estado contra indivíduos, sendo o princípio da culpabilidade um importante controle do poder estatal sobre pessoas naturais. Esse princípio, contudo, não se aplica adequadamente às pessoas jurídicas, e, por isso, a teoria do delito tradicional não resolve a questão da imputação penal às pessoas jurídicas³⁰.

Em paralelo, há vivências no direito comparado mais desenvolvidas. Na Espanha, o legislador adotou uma forma peculiar de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas³¹, a qual não se baseia na capacidade de ação, mas na prática de crimes específicos, cometidos por pessoas físicas em nome e benefício da entidade.

Segundo Muñoz Conde, para que haja imputação na forma deste dispositivo, é necessário que: (i) o crime seja cometido por uma pessoa física vinculada à pessoa jurídica, seja um representante, administrador ou empregado com autoridade, ou um empregado sob a supervisão dos anteriores; e (ii) o crime seja cometido em nome ou em benefício da pessoa jurídica. Crimes individuais desvinculados da atividade da entidade ou cometidos em benefício próprio ou de terceiros estão excluídos³². Portanto, a imputação de responsabilidade à pessoa jurídica no contexto espanhol privilegia aspectos objetivos do delito.

No direito inglês, a teoria da identificação estabelece que, para caracterizar a infração penal de uma pessoa jurídica, é necessário que pelo menos uma pessoa no centro da organização reúna todos os elementos de culpa. Um crime cometido por um empregado não implica automaticamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica; portanto, é preciso que o crime

²⁸ GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado e legitimação para agir na ação penal coletiva para reparação de danos materiais e morais..** Belo Horizonte: Dialética, 2019, p. 109.

²⁹ GARCÍA CAVERO, P. **La imputabilidad de las personas jurídicas / The imputability of legal persons.** Revista Científica Do CPJM, 2(05), 136–158. Recuperado de <https://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/127>. Acesso em 30/06/2024.

³⁰ GOMES, **op. cit.**, p. 109.

³¹ Artigo 31 bis do Código Penal Espanhol, introduzido pela LO n° 5/2010.

³² MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**, 8ª ed., 2010, p. 631.

tenha a anuência ou concorrência de uma pessoa do núcleo central da organização. Assim, o juiz pode aplicar sanções penais tanto à pessoa física quanto à jurídica, com penalidades que incluem multa, controle judicial do ente, e, em casos excepcionais, sua dissolução.³³

Na tradição jurídica da Alemanha, seguindo desde Savigny e Feuerbach, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é admitida. Os estudiosos mantêm um conceito estritamente individual de culpabilidade, o que impede categoricamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Em paralelo, o sistema jurídico alemão utiliza um robusto sistema de direito administrativo sancionador para punir entidades coletivas em casos de infrações penais tipicamente associadas às pessoas jurídicas, como crimes ambientais, contra o consumidor e a ordem econômica³⁴.

3.2 LIDANDO COM A CRIMINALIDADE EMPRESARIAL: O CASO DAS EXCHANGES E O DIREITO DE INTERVENÇÃO PROPOSTO POR HASSEMER

Diante da expansão do Direito Penal, Winfried Hassemer sugere a criação de um novo ramo jurídico, separado da esfera criminal. Segundo ele, não é suficiente apenas despenalizar a conduta; é necessário descriminalizá-la, demandando a atuação de outras formas jurídicas. Aqui, observa-se o princípio clássico da intervenção mínima, o Direito Penal como *ultima ratio*. Assim, a criminalidade moderna seria transferida para um novo ramo jurídico, denominado Direito de Intervenção³⁵.

O Direito de Intervenção não é um Direito Penal suavizado, tampouco direito administrativo apenas; trata-se de uma abordagem que integra elementos do direito tributário, civil e administrativo, incorporando obrigações, normas de controle, multas e reparação de danos, entre outros.³⁶

No entanto, o Direito de Intervenção é ainda um modelo teórico, pouco desenvolvido pelo próprio autor e nunca aplicado em qualquer ordenamento jurídico, mas que ganha prestígio pelos acadêmicos que buscam encontrar uma forma de resolução para as lacunas do direito sancionatório.

³³ BRODT, L. A. S. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. Revista dos Tribunais. 2015. p. 6

³⁴ BRODT, **op. cit.**, p. 8

³⁵ HASSEMER, W. Características e Crises do Moderno Direito Penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 18, p. 144 a 157, fev/mar 2003, p. 156.

³⁶ Idem

O ordenamento jurídico não pode permanecer indiferente aos crimes cometidos por pessoas jurídicas. Além de processar e julgar os indivíduos responsáveis pelas condutas tipificadas, é crucial aplicar punições também às empresas, adequadas à natureza dessas entidades.

Percy Garcia Cavero fomenta o debate sobre a criação de uma teoria do delito própria para as pessoas jurídicas, como visto. Isto porque a culpabilidade jurídico-penal da pessoa jurídica por condutas criminosas cometidas em suas atividades corporativas reflete a falta de conformidade com o Direito, resultante de uma auto-organização inadequada na realização de atos socialmente prejudiciais que desafiam a norma infringida³⁷.

A imputabilidade, essencial para a culpabilidade da pessoa jurídica, requer uma estrutura organizacional complexa que desenvolva critérios próprios para avaliar a conduta coletiva e promover uma cultura corporativa que respeite a legalidade.³⁸

A ausência destes “critérios próprios” fica ainda mais às escâncaras quando falamos do contexto das *exchanges*, corretoras de criptomoedas. A falta de uma estrutura teórica autônoma do Direito Penal econômico se soma às novidades do universo cripto.

A regulamentação das corretoras de criptoativos desempenha um papel fundamental no mercado financeiro devido ao volume significativo de transações, bem como à importância desses ativos nas economias nacional e global. O objetivo principal é reduzir os riscos das transações com criptoativos e garantir a segurança e eficiência das operações intermediadas por essas instituições, protegendo tanto os interesses financeiros do Estado quanto os dos usuários.

E nesse sentido, como já aqui afirmado, o vácuo deixado pela Lei nº 14.478/2022 em relação à segregação patrimonial representa um desafio.

Em eventual caso de confusão patrimonial e fraude aos usuários das corretoras, a legislação brasileira não prevê responsabilização criminal da pessoa jurídica da *exchange*, o que pode causar uma sensação de impunidade. Enquanto a pessoa física por trás da empresa pode responder pelos delitos praticados, a pessoa jurídica, na maioria dos casos, continuará operando e pode até mesmo mudar seu registro e nome fantasia³⁹, sem maiores prejuízos ou consequências.

³⁷ CAVERO, Percy Garcia, **op. cit.** p. 152

³⁸ *Idem.*

³⁹ Empresas envolvidas na Operação Lava-Jato mudaram seus nomes. A antiga Odebrecht se tornou NOVONOR e OEC. A empresa CAMARGO Correa se tornou MOVER. E a OAS agora se chama METHA e COESA (<https://www.poder360.com.br/poderespecial/brasilafronte/construtoras-mudam-para-se-reerguer/>)

A experiência brasileira tenta se equilibrar entre a necessidade de expandir o Direito Penal para hipóteses antes não previstas pelo legislador e os limites impostos por seus princípios basilares, como o princípio da intervenção mínima. A Constituição Federal, ao estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica apenas nos crimes ambientais não admite a responsabilização criminal das corretoras de ativos virtuais em caso de fraude por confusão patrimonial.

Nesse sentido, em eventual descumprimento de normas, entende-se que uma *exchange* que opere no Brasil, se confundir seu patrimônio com o de seus clientes, só poderá responder administrativamente perante a agência reguladora designada para sua fiscalização, qual seja, o Banco Central.

Para além da via administrativa, a única alternativa que se coloca – e que talvez satisfaça aqueles que desejam responsabilizar penalmente as empresas – é adotar o Direito de Intervenção sustentado pelo professor Hassemer. Significa que, além de despenalizar condutas, é necessário descriminalizá-las, utilizando formas jurídicas alternativas, reservando o Direito Penal como *ultima ratio*.

Como já dito, embora a proposta do Direito de Intervenção seja um modelo teórico pouco desenvolvido, ganha prestígio entre acadêmicos em busca de soluções para as lacunas do direito sancionatório. E, nesta linha, em que pesem os argumentos de que a Lei de Lavagem de Dinheiro se aproxima do Direito de Intervenção em razão da previsão de sanções administrativas destinadas às empresas, não se vislumbra uma adoção concreta deste modelo teórico em virtude de nunca ter sido aplicado em nenhum lugar do mundo.

Ainda que a responsabilização penal das *exchanges* não seja possível na realidade brasileira, o legislador pátrio faria muito bem em exigir, administrativamente, a segregação patrimonial dos ativos da corretora e de seus usuários, atacando o problema em um viés preventivo, ao invés de lançar mão diretamente da repressão sancionatória.

4. CONCLUSÃO

O trabalho expôs a questão da segregação patrimonial no contexto das corretoras de criptomoedas – *exchanges* – enquanto medida salutar, com o escopo de evitar fraudes. Como visto, isto aconteceu no caso da falência da FTX, à época, uma das *exchanges* mais relevantes do mundo.

Não obstante, a exigência desta segregação ainda é uma exceção, mesmo no direito comparado. Dentre as experiências analisadas, apenas a União Europeia concretizou a segregação patrimonial em sua legislação interna. O caso brasileiro é curioso, pois, embora o Congresso Nacional tenha editado uma nova legislação pensada para a nova realidade das *cryptocurrencies* – a Lei nº 14.478/2022 – perdeu-se a oportunidade de endereçar a questão da separação dos ativos. Atualmente, há um projeto de lei de 2021 com este propósito, tão somente.

Este cenário, repita-se, abre espaço para ilícitos penais, como gestão fraudulenta e temerária – a Lei 14.478/2022 modificou a Lei 7.492/1986 para equiparar as *exchanges* às instituições financeiras. Sendo assim, a responsabilização por tais atos só pode ocorrer a nível daquelas pessoas naturais envolvidas na prática criminosa, já que, no Brasil, as pessoas jurídicas só podem ser penalmente responsáveis por crimes ambientais.

A pesquisa, neste ponto, aproveitou o ensejo para discorrer sobre a experiência legislativa de outros países com a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e, também, para lembrar do modelo teórico desenvolvido pelo professor Hassemer – o Direito de Intervenção, um ramo próprio, intermediário, que integra elementos do direito tributário, civil e administrativo, incorporando obrigações, normas de controle, multas e reparação de danos. Apesar disso, trata-se de modelo que carece de um exemplo de aplicação na experiência comparada, o que dificulta a sua adoção.

Como grande conclusão do trabalho, considerando não ser viável a responsabilização penal das *exchanges*, ainda quando identificada a sua instrumentalização para a prática de crimes, pontua-se que o legislador brasileiro precisa, o mais rápido possível, instituir a obrigatoriedade da segregação patrimonial; se é certo que a repressão penal da pessoa jurídica não é possível, a medida pode ajudar a evitar crimes no contexto da circulação das criptomoedas, atuando sob uma ótica preventiva.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? In: Caballero Castillo/Ruiz Solís (coord.). **Cuestiones de Derecho penal, proceso penal y política criminal**. 7º CONADEPC. Lima (Perú), 2010.

AMORIM, Manoel Carpena. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista da EMERJ**, v.3, n.10, 2000. Rio de Janeiro.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRODT, L. A. S. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: um estudo comparado. Revista dos Tribunais.

BUENO, Thiago Augusto. **Bitcoin e crimes de lavagem de dinheiro**. 1a ed. Campo Grande:Contemplar, 2020.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Instituto de Criminologia e Política Criminal, Curitiba, mar. 2001. p. 1.

DA PAZ, André Vinícius Oliveira; PAGLIUSO, Roberto Garcia Lopes. Aspectos Criminais da Lei 14.478/2022: Criptoativos e Direito Penal Econômico. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 31, n. 365, p. 27-30.

FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK. **Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies**. 2013. Disponível em <https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf>. Acesso em 13 de janeiro de 2024.

GARCÍA CRAVERO, P. **La imputabilidad de las personas jurídicas / The imputability of legal persons**. Revista Científica Do CPJM, 2(05), 136–158. Recuperado de <https://rcpjm.cpjim.uerj.br/revista/article/view/127>. Acesso em 30/06/2024.

GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado e legitimação para agir na ação penal coletiva para reparação de danos materiais e morais**. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

HASSEMER, W. Características e Crises do Moderno Direito Penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 18, p. 144 a 157, fev/mar 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**, 8^a ed., 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2002.

SOUZA, Artur Brito Gueiros de; NEVES, Fernando Henrique Cardoso. Criptoativos e sua interface com a proteção da economia popular. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**: RDB, São Paulo, v. 25, n. 96, abr./jun. 2022.