

## Cripto estelionato: os impactos legais da Lei nº 14.478/2022

Os ativos virtuais já haviam merecido especial atenção no relatório especial do Banco Central Europeu (BCE) em outubro de 2012, que foi atualizado em fevereiro de 2015. Esse relatório foi uma das peças que influenciaram a elaboração da Lei nº 14.478/2022, frisamos.



**Adriano Sousa Costa**  
Delegado da Polícia Civil de GO

O referido relatório internacional acabou evidenciando a necessidade de

um espectro de proteção mais restrito do que se esperava, ainda que as fraudes envolvendo tais ativos pudessem refletir indiretamente na credibilidade do Banco Central (pela falta de atuação). Vejamos algumas dessas conclusões sobre os *riscos das Moedas Virtuais* [\[1\]](#):

1 – Na?o impo?e um risco sobre a estabilidade de prec?os, conquanto a cria?a?o de moeda permanec?a em um ni?vel baixo; e

2 – tendem a ser inerentemente insta?veis, mas na?o te?m o conda?o de comprometer a estabilidade financeira do pa?s dada a sua conexa?o limitada com a economia real, seu baixo volume negociado e a falta de aceita?o?o t?o ampla entre os usu?rios; e



te momento, nem é supervisionado ou

fiscalizado de perto por qualquer autoridade pública ainda que a

participação nesses esquemas exponha os usuários a risco de crédito, liquidez, operacionais e legais.

No contexto nacional, o Banco Central do Brasil, através do comunicado nº 31.379/2017 [2], foi *enfático quanto à desnecessidade de regulação das então chamadas "moedas virtuais"* já que, segundo a instituição, não se observavam riscos relevantes para o Sistema Financeiro Nacional.

Esse é um argumento importante para explicar o porquê de o cripto estelionato, no Brasil, não se vincular à defesa direta do Sistema Financeiro Nacional, mas somente do patrimônio da vítima do prejuízo patrimonial.

Ainda que não se possa dizer que existam tantas compatibilidades assim entre o Brasil e a União Europeia, as conclusões europeias parecem ter reforçado mais a necessidade da referida codificação do que a própria diretriz do Banco Central brasileiro.

Por esses motivos, creditamos a gênese da Lei nº 14.478/2022 nos *fundamentos europeus abasileirados*, incorporando no direito brasileiro a definição de "ativo virtual", que, segundo artigo 3º, é a *"a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento"*, o que acabou por dar um referencial normativo jurídico-penal ao tema, possibilitando enquadrar no conceito as criptomoedas ou criptoativos, pois a mesma lei regulamentou a prestação de serviços envolvendo ativos virtuais.

E esse processo de mescla deveu-se muito pelo fato de que, no período de sete anos de tramitação no Congresso Nacional, o então PL 2303/2015 (PL 4401/2021) [3], passou por vários estágios e discussões [4], com múltiplas audiências públicas, nas quais também foram ouvidos Delegados de Polícia Civil e Federal, pesquisadores e doutrinadores, empresários e investidores em criptoativos.

### Tipo Penal

Trata-se de modalidade específica de estelionato, igualmente vinculada à tutela patrimonial, e que se

---

justifica em face do desvalor de um tipo de esquema específico de fraude, qual seja a que envolve ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros. De toda sorte, o objeto de desejo do criminoso é a vantagem indevida a ser alcançada em desfavor de vítima determinada.

Na Lei nº 14.478/2022, o legislador não parece ter inovado. Seguiu a recente fórmula adotada na Lei nº 14.155/2021 para gravar com maior rigor outra modalidade específica de fraude. Por isso, incriminou o cripto estelionato nos mesmos intervalos de pena que a fraude eletrônica:

#### *"Fraude eletrônica*

*Artigo 171, §2º-A. A pena é de reclusão, de quatro a oito anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo. (Código Penal).*

#### *Cripto estelionato*

*Artigo 171-A. Organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Pena – reclusão, de quatro a oito anos, e multa".*

### **Objeto jurídico tutelado**

Embora seja uma decisão controvertida, a nova figura típica foi inserida pelo legislador no Título II do Código Penal, ou seja, dentre os delitos que protegem o patrimônio. Essa análise sistêmica revela que o cripto estelionato visa a tutela da inviolabilidade do patrimônio da pessoa física ou jurídica vítima do golpe.

Outro argumento que reforça a tese de que o bem jurídico tutelado é o patrimônio é a pena cominada à infração penal. Afinal, quanto mais bens jurídicos protegidos por um determinado tipo penal incriminador (crime pluriofensivo), mais alta tende a ser a pena (em comparação com tipos penais mono-ofensivos). Isso significa que dificilmente o legislador também visava à defesa do Sistema Financeiro Nacional, por exemplo.

Quando comparamos o crime com o estelionato eletrônico (artigo 171, §2º-A, do Código Penal) percebemos que as penas cominadas são as mesmas do cripto estelionato (artigo 171-A do Código Penal). Ambos estão submetidos à pena cominada de reclusão, de quatro a oito anos, e multa, pois, a nosso ver, o bem jurídico protegido é único e o mesmo (patrimônio).

Ainda que existam vozes respeitáveis advogando pela suposta tutela do Sistema Financeiro Nacional ou da economia popular, assim não pensamos. Se o legislador quisesse ter inserido o referido crime no contexto de outros sistemas protetivos, tê-lo-ia feito. Até porque a Lei n. 14.478/2022 alterou dispositivos da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e da Lei de Lavagem de Capitais, o que permitiria a fácil inserção desse tipo penal na Lei nº 7.492/86.

Por isso, a nosso ver, a intenção do legislador foi a de proteger o patrimônio individual da vítima que seja enganada em um contexto de fraude acerca de ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros. Por serem tais objetivos jurídicos intangíveis, facilitam o processo de engodo e dificultam a persecução penal.

### **Vítima do prejuízo e condição de procedibilidade**

O novel tipo penal mantém em sua estrutura elementar a expressão "prejuízo alheio" indicando a necessidade de vítima certa e patrimônio determinado, *não se contentando com risco a uma coletividade indeterminada ou a periclitación ao sistema financeiro*.

Portanto, a pessoa que foi vítima do prejuízo econômico figura como legitimada para ofertar a representação para ver deflagrada a persecução penal em desfavor do estelionatário.

Como o cripto estelionato é perseguido mediante ação penal pública condicionada à representação, seria desarrazoado compreendê-lo como vinculado a bens jurídicos espiritualizados e a coletividades indeterminadas (v.g., Sistema Financeiro Nacional e Economia Popular). Se o legislador quisesse ter vinculado o referido crime à ação penal pública incondicionada, tê-lo-ia feito pela simples alteração do rol do parágrafo 5º do artigo 171 do Código Penal.

Em resumo, a análise sistêmica do *locus* do novo crime, a pena cominada no seu preceito secundário, a estrutura do tipo penal e a modalidade de ação penal a que está submetida a referida infração penal revelam que o bem jurídico protegido é unicamente a inviolabilidade patrimonial da pessoa física ou jurídica.

### **Objeto material (ativos virtuais, valores mobiliários e ativos financeiros)**

O objeto material são os ativos virtuais, valores mobiliários e ativos financeiros constituem o objeto material do artigo 171-A do CP.

Trata-se de norma penal em branco, pois o conceito de ativos virtuais e valores mobiliários são encontrados em outras normas.

No caso dos ativos virtuais, a própria Lei 14.478/22 traz sua definição (artigo 3º) [\[5\]](#), sendo considerados como tal, *"a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento (artigo 3º)".* Portanto, ativo virtual é gênero que possui como espécies os criptoativos em geral (Bitcoin, altcoins, stablecoins, etc), que por sua vez encontram-se indexados em *tokens* diversos (*payment tokens, utility tokens, non fungible tokens e security tokens*).

Já o conceito de valores mobiliários é encontrado no artigo 2º, da Lei 6.385/76, a exemplo de ações, debêntures, notas comerciais, contratos de investimento coletivo etc.

Por essa razão, podemos afirmar que o novo tipo penal constitui norma penal em branco homogênea (lei sendo complementada por outras leis) heterovitelina (os complementos advêm de lei de natureza extrapenal).

Diante do avanço da sociedade, cada vez mais hiperconectada, impossível ao legislador identificar de antemão todos os ativos que podem gerar um retorno ao investidor e sobre os quais eventualmente recairá a conduta do cripto estelionatário. Eis a razão pela qual o legislador lançou mão de interpretação analógica. Para tanto inseriu-se fórmula genérica no tipo penal (a expressão "*quaisquer outros ativos financeiros*") a fim de acobertar as mais variadas hipóteses e permitir ao intérprete encontrar outros ativos semelhantes aos virtuais e aos valores mobiliários, já definidos em lei.

Importante registrar que aquele que oferta ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros *que não existem* também pratica o presente delito. A fraude não se resume ao processo de negociação de algo que existe, mas também se aplica o referido tipo penal aos casos em que a mentira versa sobre a própria existência dos ativos virtuais, dos valores mobiliários ou de quaisquer ativos financeiros.

### **Núcleos do tipo**

Trata-se de tipo penal misto alternativo. Se praticada mais de uma conduta, no mesmo contexto fático, haverá crime único.

Ainda que algumas condutas apontem para a necessidade de condutas organizativas (*organizar, gerir* e até mesmo *intermediar* relações), outras podem ser praticadas sem que o estelionatário diga-se coordenador de quaisquer desses processos subjacentes, bastando a ele exercer atos de alienação enganosos (*ofertar* ou *distribuir*) de tais ativos e valores.

### **Concurso de crimes**

Assevera o STJ que, em regra, os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional não requerem especial fim de agir (STJ — 20/06/2022 — AP nº 970/DF). A despeito disso, o crime de estelionato requer dolo genérico e especial fim de agir, qual seja o desejo de causar prejuízo patrimonial. Somado a isso, as objetividades jurídicas tuteladas pelas duas sortes de infrações penais são distintas. Por fim, curiosamente, as penas do crime de cripto estelionato em regra são maiores do que as penas do crime contra o Sistema Financeiro Nacional.

As diferentes características acima apontam para a possibilidade de concurso de infrações penais, afastando-se da ortodoxa tentativa de absorção do estelionato pelo crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Ou mesmo o inverso, até porque, como dito, a pena do cripto estelionato é, em regra, maior do que em face dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

Essa possibilidade de concurso de crimes é especialmente importante, pois, ainda que a vítima concreta desse tipo de golpe não deseje representar contra o criminoso (afastando a possibilidade da persecução penal em face do artigo 171-A do CP), ainda remanesce a possibilidade de incidir crime contra as relações de consumo, Economia Popular ou Sistema Financeiro Nacional.

### **Sujeito ativo**

O crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, física ou jurídica. O legislador não exigiu nenhuma qualidade especial do cripto estelionatário

Conquanto exista quem defenda que o mais usual é que o delito seja praticado por integrantes de instituições financeiras ou símiles, ainda que atuem de forma clandestina e sem autorização dos órgãos competentes, discordamos. O enquadramento de ente como Instituição Financeira pressupõe observância à regulação e fiscalização do Banco Central, não sendo este tipo de sujeito ativo comumente amoldável nesta conduta, mas sim empresas com CNPJ genérico utilizadas como isca para as vítimas.

Importante ressaltar que, para fins penais, a legislação equipara até mesmo pessoa natural que exerça atividades de instituição financeira regulamentada, mesmo que de forma eventual, conforme se verifica no artigo 1º, parágrafo 1º, inciso II da Lei 7.492/1986.

### **Sujeito passivo**

Qualquer pessoa, física ou jurídica, desde que seja certa e determinada.

A pessoa que é iludida ou mantida em erro ou enganada pode ser diversa da que sofre a lesão patrimonial. Nesse caso, haverá a vítima (que sofre o prejuízo) e um ofendido (pessoa enganada)

### **Elementos subjetivos**

É o dolo acrescido de um especial fim de agir, marcado pela expressão "*com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio*".

Assim como as demais espécies de estelionato, esse crime não admite a modalidade culposa.

### **Consumação**

Trata-se de crime formal, ainda que já aguardemos divergência doutrinária em face de nossa posição.

Inicialmente, não há novidade alguma em crimes patrimoniais serem formais, ou seja, a consumação ocorrer de forma antecipada, com a mera prática do verbo nuclear. Citamos a extorsão do artigo 158 do CP (nos termos da Súmula 96 do STJ), a duplicata simulada (artigo 172 do Código Penal) e, por fim, a fraude no recebimento de indenização ou valor de seguro (artigo 171, inciso V, do Código Penal). E, neste último caso, o exemplo é extremamente pertinente já que mantém simetria com o cripto estelionato. Afinal, além de serem modalidades específicas de estelionato, vinculam-se igualmente à ação penal pública condicionada à representação.

A nosso ver, a natureza formal do referido crime é percebida pela própria engenharia do artigo 171-A do Código Penal. Basta compará-lo com a estrutura do artigo 171, caput, do Código Penal (que é material):

*"Artigo 171 – Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:*

*Artigo 171-A. Organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Pena — reclusão, de quatro a oito anos, e multa" (Código Penal).*

O objeto central da incriminação no artigo 171, *caput*, do CP, que é crime material, é a obtenção da vantagem ilícita. Funciona essa circunstância como resultado material do tipo penal. No cripto estelionato a "obtenção da vantagem" deixa de ser resultado naturalístico de um crime material e se tornar o elemento subjetivo especial do injusto, permitindo, portanto, a classificação como crime formal (ou de consumação antecipada).

A diferença prática é que, em havendo a intenção de obter vantagem indevida, a prática dos verbos nucleares já permite a consideração da consumação do crime. A obtenção da vantagem indevida seria mero exaurimento da infração penal.

### **Tentativa**

Como todo crime formal, a tentativa é possível. Basta que, ao longo da organização, gestão, oferta ou distribuição de carteiras, ou da intermediação das operações, não cheguem tais verbos a se aperfeiçoarem por motivos alheios à vontade do agente.

### **Ação penal**

O crime é de ação penal pública condicionada à representação da vítima, salvo quando praticado contra a Administração Pública, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos de idade ou incapaz (§5º).

Suplantado o prazo decadencial de a seis meses sem manifestação da vítima (já sabendo quem é o autor da infração penal), opera-se a extinção da punibilidade do agente (artigo 107, IV do CP).

### **Competência**

Em regra, o crime será processado e julgado pela Justiça Estadual. No entanto, é possível o concurso do cripto estelionato com outras infrações penais, principalmente as que tutelam bens jurídicos supraindividuais (Sistema Financeiro Nacional, Economia Popular, relações de consumo etc).

Imaginemos a hipótese em que o representante de uma instituição financeira clandestina, com o fim de obter vantagem ilícita, induza alguém em erro mediante oferta ardilosa de ativos financeiros. Nesse caso hipotético temos configurado três delitos, em concurso: artigos 4º e 16 da Lei 7.492/86 (respectivamente, gestão fraudulenta e operação de instituição financeira sem autorização) e o novel artigo 171-A, CP (cripto estelionato).

Em se tratando do concurso de crimes, como os delitos contra o Sistema Financeiro Nacional são processados e julgados pela Justiça Federal (artigo 109, VI, CF e artigo 26 da Lei 7.492/86), incide a Súmula 122 do STJ, atraindo para a competência federal todos os delitos, inclusive o cripto estelionato.

### **Howey Test: ativos virtuais são sempre valores mobiliários?**

Tendo como hipótese o cometimento, em concurso, do cripto estelionato com o crime do artigo 7º, inciso IV da Lei 7.492/86 (emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida), surgem questionamentos ainda mais específicos.

O importante, nesses casos, é que fique evidente que o tipo penal da Lei de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional refere-se à emissão, oferta ou negociação de títulos ou *valores mobiliários* sem autorização da Comissão de Valores Mobiliários. Assim, para que tal titulação penal seja possível, é imprescindível que o produto ofertado seja um valor mobiliário. Só assim será permitida a consideração das duas infrações penais no caso concreto.

*Mas ativos virtuais são sempre valores mobiliários? Apriori, a resposta é negativa!*

Ainda que a Comissão de Valores Mobiliários, por intermédio do Parecer de Orientação 40 [6] (divulgado em outubro de 2022), tenha considerando os criptoativos como valores mobiliários, enquadrando-os normativamente como "*representação digital de algum dos valores mobiliários previstos taxativamente nos incisos I a VIII do artigo 2º da Lei nº 6.385/76 e/ou previstos na Lei nº 14.430/2022*", a questão não é tão simples assim.

Para esclarecer essa questão não basta analisar a natureza jurídica dos ativos virtuais, mas sim analisar a *forma pela qual são ofertados. Não é o produto, mas sim o modo como é ofertado, a publicidade desta oferta e as expectativas geradas nos "investidores"*.

E a forma ortodoxa de constatar se a oferta pode ou não ser considerada como ativo mobiliário tem a sua origem na jurisprudência americana, quando a empresa Howey Co. foi demandada judicialmente pela SEC (Securities and Exchange Commission) no âmbito da CVM americana, por oferecer vendas de pomares de frutas cítricas seguidas de locação das terras (*leaseback*) (SEC v. W.J. Howey Co., 328 U.S. 293, 1946) [7].

No entendimento da Suprema Corte americana, a forma da negociação indicava a existência de um contrato de investimento coletivo (ativo mobiliário), que demandava autorização do órgão e como a empresa não havia solicitado tal autorização, a oferta tornou-se ilegal.

Desde então o *Howey Test*, baseado na decisão em comento e cujos parâmetros foram delineados no artigo 2º, inciso IX da Lei 6.385/76, tem sido mundialmente utilizado para a verificação se determinado produto seria ou não um ativo mobiliário.

Basicamente, será compreendido como contrato de investimento coletivo (ativo mobiliário), se verificada a *oferta pública, o caráter coletivo do produto e a expectativa de benefício econômico por esforços de terceiros*. Tal posição foi reforçada pelo Parecer 40 da Comissão de Valores Mobiliários em 11 de outubro de 2022 [8], exarado pouco antes da sanção da lei 14.487/2022.

O Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou no HC 530.563/2020 [9] da 6ª Turma (relatoria do ministro Sebastião Reis Júnior), onde, além de repetir o entendimento no sentido de que a mera transação criminosa com criptoativos não possui o condão de atrair a competência da Justiça Federal, afirmou que *demais elementos orbitantes da conduta devem contribuir para a definição da competência dos crimes criptopatrimoniais, mormente o modo como procedida a captação dos recursos, a oferta de investimento e a natureza destes*.

Verifica-se que o Tribunal optou por decidir sobre a competência ora discutida baseado no teste americano, já que deixou claro que apenas o produto em si (ativo virtual) não é suficiente para indicar a natureza jurídica de ativo mobiliário.

[1]

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1358969&filename=PL%204401-%20Anterior:%20PL%202303/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1358969&filename=PL%204401-%20Anterior:%20PL%202303/2015)

[2] <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>

[3] CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 4401, de 2021 (Nº Anterior: PL 2303/2015)*. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros; e altera a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define crimes contra o sistema financeiro nacional, e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre lavagem de dinheiro, para incluir as prestadoras de serviços de ativos virtuais no rol de suas disposições. Disponível em: . Acesso em: 10 jan. 2022 <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15554703>.

[4] GUIMARÃES, Arthur. PL das criptomoedas divide especialistas acerca de impacto sobre setor. *Jota*, 13/01/2022. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/pl-criptomoedas-divide-especialistas-13012022>. Acesso em: 10 jan. 2023.

[5] *"Artigo 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento (...)"*.

[6] <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare040.html>

[7] <https://www.sec.gov/corpfin/framework-investment-contract-analysis-digital-assets>

[8] <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare040.html>

[9]

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1919031&r>

**Date Created**

24/01/2023

---