

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

ROBERT PETER BATISTA BESERRA

RESPONSABILIDADE CIVIL EM PIRÂMIDES FINANCEIRAS

Rio de Janeiro

2014

ROBERT PETER BATISTA BESERRA

RESPONSABILIDADE CIVIL EM PIRÂMIDES FINANCEIRAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Leonardo Mattietto

Rio de Janeiro

2014

AGRADECIMENTOS

Primeiramente ao Autor da minha vida, meu Senhor e Salvador, por todo carinho, cuidado e amor incondicionais, minha gratidão a Ele por ter me sustentado, capacitado, caminhado comigo até aqui, por ter me permitido sonhar com a advocacia e ter me concedido todos os meios de chegar a este momento e de concretizar esse sonho. O caminho não foi fácil, as lutas diárias menos ainda, mas foi Ele que me sustentou e é quem me permite viver esse sonho.

A esta Universidade, seu corpo docente, direção e administração, que oportunizaram o meu aprendizado jurídico e me direcionaram a Advocacia.

Ao meu orientador Prof. Dr. Leonardo Mattietto, pelo suporte no que lhe coube, pelas suas correções, orientações, por ter me incentivado no desenvolvimento do tema e ter enriquecido este trabalho com as suas avaliações.

Aos professores Daniel Queiroz, Eduardo Domingues, Leonardo Mattietto, Luiz Otávio, Patrícia Serra, Paulo Mendonça, Ricardo Sichel, Roberto Trindade, Rosângela Gomes, Simone Schreiber, Thiago Bottino e Walter Rodrigues, para mim exemplos de professores e operadores do Direito, e que me inspiraram por todo o curso.

Aos meus pais. Minha mãe, pelo amor, incentivo e apoio incondicionais, mulher batalhadora, que doou a sua vida, seu tempo e seus sonhos em prol de seus filhos, que viveu esse sonho junto comigo, que ainda torce e mesmo longe se faz presente nos meus dias, saiba que cada dia de trabalho árduo, cada noite em claro, valeram a pena. Ao meu pai, por todo amor, incentivo e apoio, que abraçou o meu sonho e acreditou em mim, que durante todo esse tempo se fez presente, trocando conselhos, apoiando as minhas decisões e me amparando no que fosse preciso, todo seu trabalho e incentivo foram fundamentais para este momento. A vocês a minha admiração, amor e gratidão incondicionais. Amo vocês!

A minha princesa, por todo amor, carinho, cuidado, por sempre estar ao meu lado, por acreditar nos meus sonhos e partilhar deles comigo, por toda a compreensão nos momentos que precisei me ausentar, por nunca ter esmorecido nos momentos mais difíceis e me ajudado a levantar quando precisei, por nunca ter medido esforços para me apoiar. Por ter a certeza que você é a mulher da minha vida. Eu te amo, meu amor, minha melhor amiga!

A minha tia Amália, por todo carinho, cuidado, preocupação e torcida, que mesmo distante sempre se fez presente, desde a minha infância até os dias de hoje, exemplo de luta, garra e superação.

Aos meus sogros Célia e Manoel, por me receberem com tanto carinho na família de vocês, por todo cuidado e preocupação, por me tratarem como filho, são a minha segunda casa.

Aos meus irmãos, Roberta, Cristine, Betine, Alessandra, Pedro Eduardo, Maria Eduarda, Ana Heloisa, Mariana e Helena, por todo carinho e amizade. Amo vocês!

A Iara Sobrinho, por todo carinho e preocupação, que desde a minha chegada ao RJ até o momento em que precisei, me recebeu em sua casa, com o melhor tratamento que poderia ter e torcendo sempre por mim.

Ao Diretor e Professor Dorian Rangel, que em um dos momentos econômicos mais difíceis da minha vida sem ao menos me conhecer, acreditou em mim e me deu a oportunidade de dar a volta por cima, propiciou a realização do sonho de ingressar em uma universidade pública por meio de uma bolsa de estudos no pré-vestibular, pagando ainda a inscrição do vestibular que logrei êxito e que hoje apresento o meu TCC.

A grande professora de história, Thais Helena, por igualmente ter acreditado em mim, confiado, aberto as portas do seu curso para o meu aprimoramento em redação e história, você foi fundamental para o meu ingresso e realização do sonho de cursar Direito em uma Universidade Federal.

Aos meus amigos de velha data, Ivan Nogueira e Felipe Schaeffer, por todo apoio e incentivo nos tempos de pré-vestibular, por terem dedicado muitas vezes o tempo de vocês para estudar comigo, fizeram a diferença no primeiro passo para a realização do meu sonho.

Aos meus amigos Luan Cola e Deivisson Brito, por todo apoio e amizade, se fizeram presentes em um dos momentos mais difíceis como foi o ano de 2008, a amizade de vocês e suas orações fizeram toda a diferença.

Aos meus grandes amigos, Dimas, Leila e Isabella Bahiense, pelo amor, cuidado e carinho que sinto de vocês, por toda a amizade e apoio, foram e continuam

sendo fundamentais na minha vida, fazem parte da realização deste sonho desde o começo.

Ao Dr. Arnon e Dra. Riva Velmovitsky por terem confiado em mim e aberto as portas de seu escritório, propiciando a minha primeira experiência prática na advocacia. Aos Drs. Fábio Chagas, Karla Alonso, Mateus Cardoso, Michele Shuldiner, Pétala Salomão e Yuri Fará, por toda orientação e conhecimento transmitidos, por terem guiado os meus primeiros passos na prática advocatícia.

Ao meu Professor Pedro Barretto, por todo o treinamento, conhecimento e experiência de vida transmitidos durante a preparação do exame de ordem, por ter me conduzido no caminho da aprovação, por ter plantado a vontade e a busca por um conhecimento jurídico cada vez mais amplo, considero um grande exemplo a ser seguido.

Aos amigos que ganhei na faculdade, por todo o companheirismo, amizade, incentivos, conversas, união e ao bom e velho pôquer, vocês fizeram a diferença durante todo o curso, fazendo o caminho percorrido mais leve, são amizades que faço questão de levar por toda a vida.

A todos vocês, a minha eterna gratidão!

RESUMO

A presente dissertação monográfica busca analisar a Responsabilidade Civil em Pirâmides Financeiras, através do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, no qual são aplicados no judiciário brasileiro na reparação aos danos materiais e morais advindos dessa fraude, além de levantar as diferenças existentes entre Esquema Ponzi, Pirâmide Financeira e Marketing Multinível, para um maior entendimento do assunto.

Buscar-se-á realizar um breve juízo acerca dessa espécie de crime econômico, e a sua história. Além disso, será feita uma análise da aplicação da Responsabilidade Civil nas Pirâmides, além de analisar a reparação em casos concretos como Esquema Ponzi e Madoff. Bem como identificar, as peculiaridades dessas fraudes, e como são mascaradas, de modo a se desenvolver, ganhando notoriedade e fugindo das desconfianças, a fim de se perceber o alcance e a dimensão desses esquemas, bem como os danos causados aqueles que nele ingressam.

Será detalhado ainda, a aplicação do CDC, fazendo uma análise dos dispositivos legais e o porquê da aplicação da lei consumerista. Além de elencar a forma de responsabilidade, como, por exemplo, a responsabilização objetiva em relação a atos lesivos ao patrimônio dos chamados consumidores

Palavras-chave: Pirâmide Financeira; Esquema Ponzi; Madoff; Herbalife; Marketing Multinível; responsabilidade objetiva; Código de Defesa do Consumidor; economia popular; crimes econômicos.

ABSTRACT

The present dissertation analyze the Civil Responsibility in Financial Pyramids through the Civil Code and the Consumer Protection Code, applied in the Brazilian in repairing the damage, pain and suffering from fraud, as well the difference between Ponzi Scheme, Financial Pyramid and Multilevel Marketing, to a greater understanding of the subject.

The dissertation hold a brief description about this kind of economic crime and its history. In addition there will be an analysis of the application of Civil Liability in Pyramids, as well review the process to restore in some cases like Madoff, Ponzi Scheme. As well to identify the peculiarities of such fraud developing notoriety and ignoring mistrust, in order to understand the scope and dimension of these schemes, as well the damage caused those who joined.

It will be detailed the application of the Consumer Protection Code, analyzing the legal provisions and why consumer law enforcement should be apply. In addition listing the form of liability, such as strict accountability in relation to acts detrimental to the patrimony of the so called consumers.

Keywords: Financial Pyramid; Ponzi Scheme; Madoff; Herbalife; Multilevel Marketing; Strict Liability; The Consumer Defense Code; Popular Economy; Economic Crimes.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	9
2	Pirâmide Financeira x Esquema Ponzi	11
3	Casos Concretos	17
3.1	Esquema Ponzi	17
3.2	O Caso Madoff	21
4	Marketing Multinível.....	27
4.1	O MMN sob investigação	30
5	Responsabilidade Civil.....	33
5.1	Relações de Consumo	37
5.2	Solidariedade	40
5.3	Aplicações do CDC	42
5.4	Danos individuais, coletivos e difusos	49
6	Conclusão.....	53
	Referências Bibliográficas	55

1. INTRODUÇÃO

A cultura do marketing de rede sustenta de forma muito forte, que a velha forma de trabalho e de ascensão econômica podem ocorrer de uma forma não tão tradicional, ao que parece que não é muito inteligente trabalhar duro se você pode rapidamente e com muito menos esforço alcançar resultados financeiros extraordinários. O modo proposto é a inscrição em um esquema de Marketing Multinível ou até mesmo de uma Pirâmide Financeira, em que a prosperidade não vem apenas de seu próprio trabalho, mas a partir do trabalho dos que estão abaixo de você em uma cadeia de distribuição, que alimenta comissões para todos os participantes de forma mais intensa e desproporcional para cada nível acima que você esteja nessa cadeia.

O sucesso não requer persistência, o trabalho duro e as longas jornadas são ultrapassados. A única condição para que este sistema funcione é que se acredite na doutrina e convença outras pessoas a entrarem no mesmo esquema, onde amigos, familiares e todos que estejam no raio de alcance, tornam-se perspectivas de crescimento para alimentar o sistema.

Por estes motivos, analisaremos as principais fontes de renda em cadeia, passando pela atividade lícita do Marketing Multinível, até os meios ilícitos, tratando sobre o Esquema Ponzi, as Pirâmides Financeiras, suas diferenças, peculiaridades e forma de aplicação da responsabilidade civil sobre as fraudes.

Afinal, quem nunca ouviu palavras como: “oportunidade incrível”, “independência financeira”, “dinheiro fácil”, “riqueza além da sua imaginação”, formas de atrair consumidores dispostos a investir em sistemas de dinheiro fácil, em um primeiro instante considerado lícito, que atrai por meio de uma agressiva estratégia de marketing que gira em torno do interesse excessivo pelo bem estar e pela conquista e independência financeira a curto prazo.

Marketing Multinível e Pirâmides Financeiras são estruturalmente iguais, tendo o entrante que confiar em uma cadeia cada vez maior de novos associados. A diferença importante entre os dois esquemas, é que as pirâmides visam apenas às taxas pagas pelos consumidores que aderem ao plano, em que os níveis mais altos são alimentados apenas pela contratação de uma base cada vez maior de

consumidores, exigindo taxas altas, momento em que ocorre a verdadeira entrada de lucro na cadeia, obtendo capital a partir dos investimentos de novos participantes, não há sustentabilidade. Já no Marketing Multinível, o negócio gira legalmente na venda de produtos ou serviços, as empresas não obtêm seus lucros na indicação de novos participantes, mas sim na comercialização de seus produtos, quando são cobradas taxas elas são relativamente baixas, servindo para cobrir custos operacionais.

Com ambientes de requinte, pessoas com boa capacidade de persuasão, e um gráfico que demonstra como os inscritos podem elevar suas próprias finanças com pouco esforço, são a combinação perfeita para atrair as vítimas dos golpes de pirâmide, pessoas que acreditam não haver outro meio de multiplicar suas finanças, devastadas pelo desemprego, desejo de multiplicar a sua aposentadoria, desejo de multiplicação da renda, são os principais motivadores para que as pessoas venham a aderir a este tipo de “plano de negócios”.

O Esquema Ponzi e o Caso Madoff expostos nesse trabalho, foram duas fraudes e uma experiência compartilhada por milhares de pessoas. Foi uma experiência criminosa em que todos aqueles que participaram conscientemente, infringiram a lei ao cometer a fraude.

Todavia, o ponto central do trabalho versa sobre a responsabilidade civil na prática da Pirâmide Financeira com base no Código de Defesa do Consumidor, por meio da equiparação do contratante em consumidor, identificando a responsabilidade dos operadores da fraude, no que se refere aos danos sofridos pelos consumidores participantes dos golpes.

2. PIRÂMIDE FINANCEIRA X ESQUEMA PONZI

A lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, dispõe em seu art. 2º, IX, que constitui crime contra a economia popular, punível com seis meses a dois anos de detenção, "obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo" e quaisquer outros equivalentes)"¹.

Esquema Ponzi e Pirâmide Financeira são modelos comerciais não sustentáveis, que se distinguem em relação ao seu *modus operandi*. No primeiro, o fomentador tem o poder de decisão e controle para prosseguir ou não com o esquema, pois o seu sustento é realizado de forma direta (possibilidade de interagir diretamente com o autor do esquema) ou indireta, não havendo uma forma ou hierarquia obrigatória a seguir, já no segundo o agente criador não possui o domínio financeiro do negócio, pois depende da entrada de novos integrantes de forma hierarquizada, de modo a dar sustentação ao "plano de negócios".

Em ambos os esquemas não existe um produto viável, de relevante serventia ou os valores estão visivelmente inflacionados em comparação com o mercado, sendo mascarados por meio de modelos comerciais legais, como o Marketing Multinível (MMN), onde há a existência de um produto vendável com preço competitivo e utilidade comercial. Os produtos destinam-se em sua grande maioria ao consumidor final, a empresa faz mais propagandas sobre os produtos do que dos lucros que o vendedor pode obter e não há taxa de entrada, não sendo fundamental para o sustento da empresa.

Os esquemas são conexos pelo fato de prometer pagar aos seus associados altas taxas de retorno em cima do capital investido por meio da entrada de recursos de novos colaboradores ao esquema fomentado. Em um Esquema Ponzi, a promessa de retorno advém de um único investimento em um negócio inexistente ou que possui uma baixa rentabilidade, tendo de ser complementada no momento do resgate pelo capital investido por novos entrantes, esse sistema se não por iniciativa do idealizador,

¹ BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Art.2.

começa a ruir quando os resgastes dos valores investidos ultrapassa o capital de entrada no esquema².

Já na Pirâmide Financeira o ingresso dos investidores, ocorre mediante o pagamento de uma taxa de entrada e em muitos casos ao pagamento de taxas de manutenção. Como se não bastasse, o desenvolvimento do negócio e o retorno para o associado ocorrem através da venda de produtos para novas pessoas que também devem se associar (pré-requisito para adquirir o produto), há casos ainda em que o investidor é obrigado a realizar compras periódicas, seja para revenda ou para o próprio consumo, normalmente são produtos com valores inflacionados com pouca ou nenhuma utilidade. O sistema começa a ruir quando não há a entrada de novos associados, visto que o pagamento efetuado pela taxa de entrada é a principal fonte de renda de seus promotores.

As fraudes são comumente criadas em momentos de prosperidade e grande desenvolvimento econômico como a exemplo, o surgimento do Esquema Ponzi em 1920 nos Estados Unidos ou desenvolvidas de forma regionalizada em locais de menor índice escolar e cultural. Com a promessa de alto rendimento e lucratividade, pessoas são levadas a investir em promessas miraculosas, pela visível facilidade oferecida em entrar no negócio e multiplicar suas economias, vislumbrando fazer parte da ascensão econômica que o estado e parte da população atravessam. Em todos os casos reside a mesma prática, empresas que com grandiosas reuniões e profissionais bem treinados, apresentam irresistíveis vantagens econômicas a curto prazo, de modo a ludibriar consumidores de boa-fé, especialmente os mais humildes, com histórias de pessoas que enriqueceram da noite para o dia.

Apesar de fraudulentas, podemos afirmar que alguns, ainda que poucos associados conseguem obter o retorno esperado com os seus investimentos, afinal em ambos os casos, o marketing mais efetivo para se propagar os esquemas e alcançar novos associados é o corpo a corpo e nada mais eficiente que mostrar resultados efetivos com “cases” de sucesso. Esse marketing pode ser involuntário, gerado por pessoas altamente satisfeitas com seus resultados que no afã de ajudar seus amigos e familiares a obter essa mesma prosperidade financeira ou mesmo para

² OLIVEIRA, Igor. **Diferenças entre Pirâmide e Marketing Multinível: o que você precisa saber**. 2013. Disponível em: <<http://dinheirama.com/blog/2013/07/31/diferenca-entre-piramide-marketing-multinivel/>>. Acesso em: 20 out. 2014.

crescer sua rede de pessoas envolvidas no negócio, que conseqüentemente aumentariam a sua rentabilidade pelo sistema de comissões, fazem a divulgação de seus resultados financeiros no negócio.

O problema começa quando não há mais interessados, quando não tem mais quem chamar para fazer parte do esquema, é o momento que a pirâmide financeira ou o Esquema Ponzi quebram. Na verdade, o que as pessoas acreditam é que mesmo entrando no esquema após muito tempo de seu funcionamento haverá alguém disposto a pagar para entrar abaixo dele e angariar seu retorno pelo comissionamento, conhecida como “Teoria do Tolo Maior”.

“A teoria do mais tolo é conhecida como a crença do investidor quando compra um determinado ativo supostamente valorizado, acreditando que ele poderá vender o ativo futuramente com uma alta valorização, pois espera-se que existirá um investidor "mais tolo" que irá comprar, em outras palavras, não se compra um ativo pois imagina que vale o preço, e sim com a expectativa de vendê-lo, por um valor ainda mais alto”³.

Em todos os casos essas duas nomenclaturas são utilizadas para dar nome a uma modalidade de crimes contra a economia popular. No Brasil não é permitido a qualquer empresa, particular ou órgão, girar dinheiro com exceção dos bancos, distribuidoras e corretoras, desde que autorizadas pela CVM (Comissão de Valores Mobiliários). O que o Ministério Público vem realizando em seus trabalhos, é analisar se os pagamentos em bonificações foram lastreados única e exclusivamente através da venda de produtos ou se foi através da entrada de pessoas. Se 90% foi feito pela entrada de pessoas ou até mesmo 10% de entrada de pessoas, houve então giro de dinheiro. O ponto chave não é meramente identificar se a empresa se vale da venda de produtos ou não, como comumente vemos na divulgação do tema em revistas e jornais, o grande ponto é avaliar se o produto vendido gerou riqueza no caixa da empresa para pagar ao seu distribuidor, desde que não sejam “produtos fantasmas”. Mas se o fluxo foi a partir da entrada de pessoas, a empresa acabou de consumir o crime contra a economia popular.

A competência da CVM no Brasil é apenas administrativa, nos Estados Unidos, o órgão competente para regular o mercado financeiro é a SEC (Securities and

³ WIKIPÉDIA (Comp.). Teoria do Mais Tolo. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Teoria_do_Mais_Tolo>. Acesso em: 15 out. 2014.

Exchange Commission).⁴ A autoridade concedida pelo congresso a SEC, permite que ela conduza os processos de execução civil contra os agentes fraudadores do mercado financeiro. No Brasil as investigações seguem o seguinte rito: a CVM investiga, envia o parecer para o Ministério Público, o qual requisita diligências a polícia judiciária ou sendo o caso em que a lei exija o controle judicial como por exemplo: busca e apreensão, quebra de sigilo de comunicações, bloqueio de contas, prisões temporárias ao juiz competente, a fim de formar sua *opinio delicti*⁵. Apurados os indícios de autoria e a materialidade, o Ministério Público oferece a denúncia ao juízo competente, o qual a receberá ou rejeitará, na forma do art. 395 do CPP⁶. Apesar de ser um processo elucidativo um tanto quanto demorado, as investigações principalmente de casos de grande repercussão, tem ocorrido ainda em sua fase inicial, onde há o crescimento dessas pirâmides, permitindo uma ação mais rápida do judiciário no que cabe ao desenvolvimento dessas ações evitando que mais pessoas sejam vítimas dessa fraude, a partir do fim das atividades empresarias e através do bloqueio de bens para impedir que o patrimônio e os investimentos sejam dilapidados pelos seus mentores e para que haja bens disponíveis para a fase executória do processo.

Independente se Pirâmide ou Ponzi, em ambos os casos estamos diante de atitudes ilícitas, que incidem em responsabilidade civil e penal, configurando dupla ilicitude, tendo de ser aplicada uma dupla sanção com pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos pela sua natureza penal, e de natureza reparatória no que se refere a responsabilidade civil. Nesse mesmo deslinde, desvelam-se duas discussões que serão aprofundadas no Capítulo 5, a primeira, em sobre quem recaem as responsabilidades no âmbito civil e em qual categoria se enquadram as vítimas desses esquemas: são colaboradores, investidores ou consumidores.

Apesar de centenário esses tipos de golpes continuam em suas diversas formas, através dos apelidados “pirâmideiros”, causando prejuízos financeiros de

⁴ D'AGOSTO, Marcelo. Pirâmides Financeiras e Marketing Multinível. **Valor Econômico**. São Paulo, 20 out. 2014. Eu & Investimentos, p. 2-2.

⁵ Teoria segundo a qual o Ministério Público, para oferecer uma denúncia, deve ter ao menos suspeita da existência do crime e de sua autoria. JUSBRASIL. **Opinio Delicti**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/295075/opinio-delicti>>. Acesso em: 20 out. 2014.

⁶ A denúncia ou queixa será rejeitada quando: **I** - for manifestamente inepta; **II** - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou **III** - faltar justa causa para o exercício da ação penal. BRASIL. Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Art. 395.

grande magnitude em milhares de pessoas. Para evitar e conscientizar a população sobre essas fraudes, a CVM em conjunto com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, Secretaria de Direito Econômico e o Ministério da Justiça, publicou um boletim para alertar a população: *“Boletim de Proteção do Consumidor/Investidor CVM/DPDC”* que possui as seguintes recomendações:

1. Investigue bem antes de investir.

a. A informação é a primeira linha de defesa contra golpes financeiros. Procure conhecer o mercado antes de investir, não apenas quando decide investir. A formação do investidor é uma atividade permanente. Além dos recursos oferecidos pelos participantes do mercado, consulte a área educacional do site da CVM (Proteção e Educação ao Investidor) ou o Portal do Investidor (www.portaldoinvestidor.gov.br).

b. Desconfie de promessas de retornos elevados com baixo risco. Rentabilidade e risco costumam andar de mãos dadas. Se é bom demais para ser verdade, provavelmente não o é.

c. Baseie sua decisão em questões objetivas. Golpistas são normalmente pessoas simpáticas e que estão habituadas a mentir, por isso, tenha um espírito crítico.

2. Verifique sempre o OFERTANTE/INTERMEDIÁRIO:

a. Apenas instituições financeiras autorizadas (bancos, distribuidoras, corretoras etc.) podem oferecer operações no mercado de valores mobiliários, sendo possível consultá-las no site da CVM (em Participantes do Mercado).

b. Agentes autônomos de investimento devem ser contratados por INTERMEDIÁRIO registrado na CVM e atuando na distribuição e mediação de valores mobiliários.

c. Não há necessidade de registro na CVM para oferecer cursos em mercado de capitais, mas esse é um método muito utilizado por pessoas que não têm autorização para atuar na intermediação, de modo a se aproximarem do público e oferecerem seus serviços. Corretoras e outras instituições autorizadas a intermediar operações no mercado podem oferecer cursos e, concomitantemente, intermediar operações no mercado.

3. Tenha certeza de que entendeu os riscos e as características do investimento antes de investir

a. Não tenha receio de fazer perguntas. Golpistas costumam questionar sua inteligência para compreender a proposta de investimento, na esperança de que você se cale, mas tenha certeza que todos estão sujeitos a fraudes, mesmo aqueles mais bem informados.

b. Se você não consegue explicar a alguém pelo menos as principais características do investimento escolhido, é porque não o entendeu

completamente. Com formação continuada, você em breve poderá ter mais elementos para decidir adequadamente.

c. Decida com calma. Desconfie de oportunidades apresentadas como imperdíveis que exigem, por qualquer motivo, uma decisão imediata. O objetivo pode ser o de evitar que você reflita um pouco mais e desista.

4. Proteja suas informações e acompanhe suas operações.

(...)

b. Você pode contratar pessoas para que administrem os seus investimentos no mercado de capitais, mas elas devem ter registro de administrador de carteira de valores mobiliários junto à CVM (consulte a lista no site da CVM). Agentes autônomos fazem o contato com o investidor em nome do Intermediário, mas não podem, ao mesmo tempo, gerir os seus investimentos. Se você receber essa oferta, recuse e denuncie à CVM.

(...)

5. Enfrentando problemas, utilize os meios de defesa postos à disposição do investidor.

(...)

b. Em caso de irregularidades, apresente sua denúncia ou reclamação à CVM. As demandas podem ser encaminhadas por meio eletrônico, no site da CVM (www.cvm.gov.br), acessando o Serviço de Atendimento ao Cidadão, disponível em

(...)

c. O consumidor também poderá contar, para encaminhamento e orientação, com os órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (Procons, Ministério Público, Defensoria Pública e Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor).

d. A competência da CVM é administrativa, podendo o investidor buscar o Poder Judiciário para obter ressarcimentos e outras pretensões. No entanto, em processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da CVM, a Comissão poderá ser ouvida para prestar parecer ou esclarecimentos sobre a questão (art. 31, Lei nº 6.385/76)⁷.

⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Boletim de Proteção do Consumidor/Investidor. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/infos/Boletim%20CVM%20DPDC%202.pdf>> Acesso em: 20 ou. 2014.

3. CASOS CONCRETOS

3.1 ESQUEMA PONZI

O denominado Esquema Ponzi é uma prática comercial ilegal, em que muito se assemelha a Pirâmide Financeira na sua forma de arrecadar capital, com a diferença de que o retorno financeiro obtido pelo participante de um Esquema Ponzi está correlacionado exclusivamente, com o capital por ele investido. Os investidores são recrutados para um esquema em que lhes são oferecidos excelentes retornos ao longo do tempo com a promessa de pouco ou nenhum risco. O operador de um Esquema Ponzi deve para alimentar o negócio, recrutar o maior número de investidores possível, pois os rendimentos pagos aos investidores vêm da entrada do capital pago dos novos investidores.

Os primeiros investidores certificam a promessa de rentabilidade fácil, aparentemente sem riscos, passando a ideia de prosperidade adiante. A partir da entrada de capital de novos investidores, paga-se os primeiros investidores. É uma verdadeira troca de capital que vai de mão em mão, em que parte do capital entrante paga os juros dos primeiros investidores, outra parte paga a sustentação do negócio seja por meio de estrutura física ou de propagação do esquema e enfim, a parte que cabe aos operadores do golpe.

A descrita fraude, obteve esse nome de “batismo” por causa de Charles Ponzi, um italiano que imigrou para o Estados Unidos em 1903, para fugir de dívidas de jogos e acusações criminais. Durante vários anos ele viajou pelos Estados Unidos e Canadá, pulando de emprego em emprego, até ser contratado como escriturário em uma empresa de comércio exterior, onde tinha como principal função, responder correspondências estrangeiras⁸.

Em 1919, com 37 anos, Ponzi planejou o golpe que futuramente viria a ter seu nome. Sua ideia foi baseada a partir de selos postais internacionais, propriamente quando recebeu no escritório em que trabalhava uma correspondência vinda da Espanha, Charles percebeu que o valor pago pelo remetente da correspondência pelo selo era um valor abaixo do comercializado nos Estados Unidos e mesmo com a

⁸ WIKIPÉDIA (Org.). **Esquema Ponzi**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Esquema_Ponzi>. Acesso em: 01 out. 2014.

conversão cambial, ele concluiu que o valor correspondia a 1/6 (um sexto) do valor que poderia ser comercializado nos EUA. Então, pela sua lógica quanto mais cupons conseguisse comprar na Espanha, mais fortuna poderia fazer na comercialização dos cupons, que ao adentrar em solo americano poderiam ser resgatados em dinheiro, o maior entrave era a falta de capital que não lhe permitia comprar grande quantidade desses cupons⁹.

Com a finalidade de testar o plano traçado, até então algo lícito na cabeça de Ponzi, ele efetuou a compra por meio de seus contatos na Itália um determinado número de cupons, onde projetava obter um lucro aproximado de 400% na operação¹⁰. Não deu certo, o elevado número de taxas desde a saída do continente europeu até a chegada aos Estados Unidos, além do custo do transporte que encarecia a operação, o fato de descobrir que na verdade os cupons não podiam ser trocados por dinheiro, mas apenas por outros selos, tendo assim que fazer a troca e comercializá-los. Havia ainda um limite estabelecido de compras por pessoa, tendo que recrutar investidores para fazer a compra.

Usando essa abordagem, Ponzi descobriu que um grande número de investidores acreditava no seu plano de investimentos e lhe entregavam cada vez mais recursos para serem investidos, sem ter que lhes mostrar um único cupom para comprovar o lucro obtido. Para obter cada vez mais confiança, ele abriu uma empresa chamada, *Securities Exchange Company*. Com a garantia de ser um negócio infalível, prometia-se aos investidores um retorno de 50% em apenas 90 dias. O investimento era formalizado a partir da assinatura de notas promissórias¹¹.

Para dar ares de confiança e atrair novos investimentos, Charles arcou com todos os compromissos firmados com os primeiros investidores, causando grande e favorável burburinho aos seus negócios, atraindo assim novas pessoas, quem recebia acabava reaplicando o capital e o lucro recebido em uma nova rodada, esperando multiplicar os seus fundos.

⁹ MITCHELL "ZUCKOFF" (United States). **The real Ponzi behind the 'scheme'**. 2008. Disponível em: <<http://archive.fortune.com/2008/12/15/news/newsmakers/ponzi.fortune/index.htm?postversion=2008121511>>. Acesso em: 02 out. 2014.

¹⁰ BIOGRAPHY (United States) (Org.). **Charles Ponzi Biography**. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/charles-ponzi-20650909#downfall>>. Acesso em: 02 out. 2014.

¹¹ UNITED STATES. Sec. U. S. Securities And Exchange Commission (Org.). **Ponzi Schemes**. Disponível em: <<http://www.sec.gov/answers/ponzi.htm>>. Acesso em: 02 out. 2014.

O negócio crescia de forma exponencial. Em semanas Ponzi contratou diversas pessoas para lhe auxiliar nas atividades da empresa, pois a demanda de investidores levando capital era maior que a capacidade que ele tinha de receber. Estima-se que Ponzi recebia por dia 500 mil dólares em investimentos e pagava 200 mil dólares em saques, fator que justifica a sustentação do Esquema Ponzi por determinado período. Charles passou a depositar os valores em alguns bancos, e a realizar investimentos a partir da utilização de laranjas, chegando ao ponto de comprar parte de um banco, tornando-se o maior correntista e acionista daquela instituição, o que facilitava as suas transações e possíveis desconfianças em torno do seu esquema.

Após meses de alta, os negócios de Ponzi passaram a atrair grande atenção, começaram grandes especulações em torno de seu negócio, se realmente era lícito e como um único homem conseguia a proeza de fazer com que os capitais de centenas de pessoas crescessem de forma tão vertiginosa em um curto espaço de tempo. O primeiro baque sofrido foi quando as investigações, principalmente as informais, por meios de comunicação chegaram a conclusão após minuciosa análise que seria impossível os rendimentos advirem dos tais selos postais, visto que no período em que Ponzi afirmava ter trocado milhões de selos, registrava nos arquivos da entidade responsável, um número bem menor de selos comercializados, não sendo suficiente para alimentar toda essa cadeia. Passou-se então a questionar a legitimidade do investimento na *Securities Exchange Company*¹².

Tamanho o temor espalhado após as primeiras investigações, o governo norte americano resolveu auditar os livros fiscais de Ponzi. Com toda a repercussão, logo em seguida formou-se uma fila com centenas de investidores dispostos a rescindir o contrato, resgatar os capitais investidos, a fim de não correrem o risco de sofrerem um golpe. Charles Ponzi enfrentou a crise da melhor forma possível, declarou ao público que pagaria a todos que desejassem resgatar seus investimentos, chegando a oferecer café e cachorro-quente aos investidores que se aglomeravam em frente a sua companhia para fazer os saques. Segundo estimativas, Ponzi pagou em um único dia o equivalente a 1 milhão em saques¹³.

¹² ZUCKOFF, Mitchell. **Ponzi's Scheme: The True Story of a Financial Legend**. Boston: Random House, 2005. 416 p.

¹³ PHELPS, Kathy Bazoian ; RHODES, Steven . **The Ponzi Book: A Legal Resource for Unraveling Ponzi Schemes**. Los Angeles: Lexisnexis, 2012.

O momento de temor foi tão bem superado por Charles, que o fato de ter cumprido com todos os resgates da sua companhia de investimentos, fez com que aumentasse ainda mais a sua credibilidade, atraindo novos investidores.

Contudo, houve um segundo momento em que foram divulgadas novas investigações sobre as operações de Ponzi, vindo ainda a público investigações e resultados de sua vida pregressa, quando morou em Montreal e foi condenado pela falsificação de assinaturas em cheques. Nessa segunda corrida dos investidores, Ponzi não suportou a quantidade de saques superior ao que detinha em mãos e sucumbiu ao próprio golpe. Foi preso juntamente com seus colaboradores e acusados pelo crime de estelionato. Houve durante o processo de investigação e prisão, uma corrente que defendia que o investimento no negócio de cupons consistia em tomar emprestado a altas taxas de juros, com isso sujeitando os investidores ao indiciamento pelo crime de usura, uma vez que a legislação vigente definia usura como emprestar valores acima de 300 dólares a uma taxa de juros superior a 3% ao ano, todavia a ideia foi rechaçada no judiciário¹⁴.

Após a justiça norte americana localizar todos os valores que ainda estavam em poder de Charles Ponzi e liquidar a Securities Exchange Company, ainda havia o embate entre os investidores que haviam resgatado seus fundos com os juros esperados e os liquidantes. Com esse litígio, chegou-se a seguinte conclusão, que os fundos resgatados antes da quebra da empresa na verdade pertenciam a coletividade de investidores, portanto quaisquer pessoas que obtiveram lucro com a fraude deveriam restituí-la a massa falida, então mesmo os que sacaram seus investimentos a tempo corriam risco de ter que devolver o dinheiro resgatado judicialmente. Com tal medida, muitos investidores devolveram por espontânea vontade o capital recuperado, que seria juntado ao montante e distribuído de forma igualitária, os que assim fizessem seriam os credores preferenciais na falência. Em ações isoladas, juízes ordenaram investidores a devolver as somas recebidas composta do investimento inicial e dos juros recebidos, acrescido ainda de juros de 6% ao ano¹⁵.

No final das operações, conclui-se que o valor arrecadado era suficiente para adquirir 180 milhões de selos postais, entretanto apenas dois foram efetivamente

¹⁴ CRES, Fábio . **Esquema Ponzi**: como tirar dinheiro dos incautos. São Paulo: Armada Press, 2014.

¹⁵ CRES, Fábio . **Esquema Ponzi**: como tirar dinheiro dos incautos. São Paulo: Armada Press, 2014. 285 p.

adquiridos por Charles. No final do processo, apurou-se que Ponzi deixou de pagar 6,4 milhões de dólares em notas promissórias, tendo arrecadado 4,3 milhões de dólares, e um fluxo de caixa aproximado de 15 milhões. Entre as vítimas estão 10.876 pessoas, entre trabalhadores de baixa renda e pessoas com posses. Ao final dos pagamentos, cada investidor conseguiu reaver apenas 37% do capital investido.¹⁶

3.2 O CASO MADOFF

Bernard Madoff iniciou suas atividades no escritório contábil de seu pai em Manhattan, de lá rompeu sua carreira como “*Market Maker*”, unindo compradores de ações com vendedores de Wall Street, iniciando uma empresa de compra e venda de ações, uma das muitas que existiam à época, a fez crescer lentamente acumulando muitos clientes. No entanto, Madoff mantinha um negócio secundário como consultor de investimentos, o negócio de consultoria em investimentos operava de forma secreta. Iniciando de forma pequena, com poucos investimentos, com promessas de lucros de 18% ao ano¹⁷, famílias inteiras se envolveram. Com o aumento no volume de negociações, Madoff contratou dois contadores da empresa de seu sogro, Frank Avellino e Michael Bienes¹⁸.

O acordo entre eles era simples, Avellino e Bienes após se tornarem sócios seriam captadores de clientes, teriam como missão encontrar novos investidores. Com a garantia de Madoff de que os rendimentos seriam de 20% ou mais, prometiam a seus clientes percentuais de 18% aos maiores investidores e a faixa de 15% a 17% aos demais. O negócio ocorria às escuras, pois os investidores não sabiam ao certo qual o fundo de investimento que estavam entrando e sequer tinham conhecimento de Bernie Madoff¹⁹.

¹⁶ PHELPS, Kathy Bazoian ; RHODES, Steven . **The Ponzi Book: A Legal Resource for Unraveling Ponzi Schemes**. Los Angeles: Lexisnexis, 2012.

¹⁷ VAN VORIS, Bob. **Former Madoff Market Maker Yields Trickle for Victims**. 2010. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/news/2010-06-30/madoff-market-maker-renamed-surge-yields-cash-trickle-for-ponzi-victims.html>>. Acesso em: 14 out. 2014.

¹⁸ ARVEDLUND, Erin. **Madoff: The Man Who Stole \$65 Billion**. Philadelphia: Penguin, 2009. 324 p.

¹⁹ DEPARTMENT OF JUSTICE ASSET FORFEITURE DISTRIBUTION PROGRAM. **Madoff Victim Fund**. Disponível em: <<http://www.madoffvictimfund.com/>>. Acesso em: 13 out. 2014.

No início dos anos 90, os sócios Avellino e Bienes já contavam com mais de três mil clientes, atuando na ilegalidade por não possuírem o registro de consultores, que os limitariam ao número de 15 clientes, correndo o risco de sofrer as sanções cabíveis pela Comissão da Bolsa. O registro pelos sócios não foi realizado porque Bernie não queria que fizessem, decidindo diretamente sobre o andamento dos negócios. Mas em 1992 surgiram problemas, passaram a ser investigados sobre as suas constantes notas promissórias, pois os pagamentos pareciam estar fora das regras, sendo denunciados à Comissão da Bolsa e investigados com a suspeita de que Avellino e Bienes tinham feito um esquema Ponzi. A essa altura já haviam sido investidos cerca de 440 milhões de dólares junto aos fundos de Madoff (ARVEDLUND, 2009).

Em princípio a Comissão temia que o dinheiro não existisse, mas se sentiram aliviados ao saber que tudo chegava a Madoff, que naquele momento possuía uma reputação sólida em Wall Street, sua operação como “*Market Maker*” administrava 9% de tudo o que era negociado na Bolsa de Nova Iorque e naquele mesmo tempo, havia sido nomeado presidente da NASDAQ. A Comissão da Bolsa não prestou atenção em Madoff, chegou até ser investigado, porém não encontraram nada contra ele, mesmo sendo público o fato de possuir mais de três mil clientes como consultor de investimentos e não estar registrado como consultor. Avellino e Bienes tiveram que pagar multa de 350 mil dólares e devolver todo o dinheiro para quem investiu com eles. O fato de todo o dinheiro ter sido devolvido aos seus investidores, afastou os rumores de se tratar de um esquema Ponzi.

Avellino e Bienes continuaram a enviar clientes a Bernie através de testas - de - ferro. Nesse momento, passa a atuar como intermediário na remessa de investidores para Madoff, Michael Sullivan, amigo de Avellino, que captou um grupo de investidores passou para Sullivan e os enviou para Madoff²⁰.

Pouco tempo depois, Bernie já não precisava de Avellino e Bienes, havia passado a fontes de dinheiro maiores captando grandes investidores, transitando por pessoas físicas detentoras de grandes fortunas até mesmo instituições bancárias. O esquema Ponzi tem duas peças, deve sempre atrair novos investimentos e tem que

²⁰ BERENSON, Alex. **'92 Ponzi Case Missed Signals About Madoff**. 2009. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2009/01/17/business/17ponzi.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 14 out. 2014.

garantir que não haja uma saída repentina, a chave é a estabilidade. As pessoas que tinham acesso direto a Madoff, seus conselheiros, contadores e advogados, criaram uma espécie de indústria caseira que enviava dinheiro a Bernie e acabava por formar uma estrutura piramidal. Mas Madoff impunha uma condição a todo mundo, nos fundos comercializados ele não podia aparecer como consultor de investimentos no material de marketing, isso porque não estava registrado na Comissão da Bolsa, ainda que tivesse milhares de clientes e administrasse bilhões de dólares (ARVEDLUND, 2009).

O momento sobre quando se tornou uma fraude é a chave para o caso de Bernie Madoff, pois por uma quantidade de tempo surpreendente continuou sendo um esquema Ponzi. Todos os investidores recebiam com frequência através dos serviços de postagem, extratos de seus fundos de investimentos, como a sua grande parte se concentrava apenas nos valores obtidos de lucro líquido, pouco se questionava sobre a fórmula para se chegar a tal rendimento e quando questionado, era comum receber “ameaças” referente à devolução do dinheiro de quem estivesse “insatisfeito”, intimidando os que questionavam e de certa forma gerando confiança em relação à solidez dos fundos por haver de forma esporádica, quem resgatasse com facilidade os valores investidos com os devidos lucros.

Quem estava de fora suspeitava que algo acontecia, com um rumor constante de que Madoff estava envolvido em um método ilegal de comercialização interna chamado “*Front Running*” (prática ilegal de obtenção de informações antecipadas sobre a realização de operação nos mercados de bolsa ou de balcão). Em 2005, iniciaram as primeiras denúncias a Comissão da Bolsa, sobre uma possível fraude executada por Bernie Madoff, mesmo com todas as investigações e indícios enviados por diversos especialistas do mercado alertando sobre como os investimentos de Madoff, os mesmos continuavam em alta, mesmo com o mercado em baixa, não chegaram à conclusão que estava na verdade gerenciando um esquema Ponzi, fechando então as investigações sem maiores prejuízos e alarde no início de 2006.²¹

²¹ HELYAR, John; BURTON, Katherine ; SILVER, Vernon . **Madoff Enablers Winked at Suspected Front-Running**. 2009. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/apps/news?sid=au4Y7Cudw2Xo&pid=newsarchive>>. Acesso em: 15 out. 2014.

Quando a bolha imobiliária explodiu em março de 2007 e os mercados entraram em crise, Bernie por seus demonstrativos continuava fazendo dinheiro, se tornando ainda mais atrativo que os investidores tirassem seus capitais do mercado imobiliário e investissem com Madoff, o único que continuava ganhando dinheiro. Contudo, a partir de dezembro de 2007, o fundo de investimento de Madoff começou a receber mais pedidos de retiradas do que depósitos, todos estavam perdendo dinheiro e queriam sacar o que haviam investido, muitas das grandes instituições começaram a precisar de capital vivo incluindo o que estava nos fundos de Bernie, seja para ajudá-los a pagar outros investidores ou para continuar operando, então sempre que o mercado está em queda muitos desses esquemas Ponzi vem à tona, porque há muitos reembolsos mesmo que tudo esteja bem (ARVEDLUND, 2009).

As notícias da fraude vieram a público em 11 de dezembro de 2008. Foi a maior fraude acionária da história, estimada em 65 bilhões de dólares. Entre as vítimas estão bancos mundialmente conhecidos como o Santander e o HSBC²². A base para perdurar a fraude por tanto tempo (mais de 25 anos), foi devido ao silêncio imposto por Madoff para aqueles que desejavam serem os operadores de seus fundos de investimento, quanto menos questionamentos, dúvidas e desconfiança, mais seguro era sustentar o negócio.

No presente caso, analisamos uma participação efetiva, mesmo que de forma indireta, para que a fraude se perpetuasse no tempo e fizesse milhares de vítimas, chegando a vultosos valores. Foi um esquema Ponzi que “deu certo” por muito tempo pelos seguintes fatores: podemos vislumbrar uma certa responsabilidade do governo por ser de sua competência a fiscalização dos fundos de investimentos, não sendo capaz de identificar os vícios mais evidentes ou até mesmo fazendo vista grossa nas investigações; os operadores cadastrados junto ao fundo de investimentos de Madoff com a função de captar novos clientes, ocultavam da maior parte de seus clientes o destino do dinheiro dos investidores, ocultando conforme orientações prévias do detentor do fundo, que o real consultor seria Bernie Madoff, agindo com a mais alta negligência e com a possibilidade de que operadores atuassem diretamente na fraude. Há para os chamados investidores ou clientes, o direito de reaver o capital que

²² FORBES. **Madoff Is Thorn In HSBC, Nomura's Side**. 2008. Disponível em: <http://www.forbes.com/2008/12/15/hsbc-madoff-nomura-markets-equity_cx_twdd_1215markets3.html>. Acesso em: 15 out. 2014.

investiram, analisando caso a caso, a responsabilidade de indenizar, se diretamente do cabeça do esquema Ponzi, se dos operadores ou do governo pela sua responsabilidade de fiscalizar as operações e permitir que o sistema desse continuidade.

Em uma análise de dois casos em que investidores acionaram judicialmente os operadores do fundo, notamos um mesmo entendimento jurídico aplicado no Brasil e nos Estados Unidos. O primeiro caso, no tribunal de São Paulo que julgou procedente o pedido de Ação Indenizatória em face de um dos operadores, Itaú Unibanco S/A, com fulcro nos Arts. 186, 927 e 932, III, todos do Código Civil:

“AÇÃO INDENIZÁTORIA. INVESTIMENTO NO "FAIRFIELD SENTRY FUND" ADMINISTRADO POR BERNARD MADOFF. FUNDO FRAUDULENTO. O risco faz parte do resultado das aplicações financeiras. Entretanto, a fraude, adrede arquitetada, como "in casu", sem a prévia e indispensável "due diligence", não constitui risco do aplicador e sim clara e objetiva desídia e negligência de quem deve orientar, encaminhar e providenciar a aplicação financeira. A responsabilidade do apelado, um dos maiores grupos financeiros do País, é evidente. Incidência dos requisitos previstos nos artigos 186, 927 e 932, III, todos do Código de Civil. R. sentença reformada. Reparação pelos prejuízos acolhida. Recurso de apelação provido”²³.

“**Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”²⁴

“**Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”²⁵

“**Art. 932.** São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”²⁶

É alegado pelo autor o risco a que foi exposto de forma integral, devido ao serviço defeituoso que lhe foi prestado, não analisando as cautelas devidas e ressaltando a falha no dever de informação por parte da ré, configurada ainda a

²³ TJ-SP. Relator: Roberto Mac Cracken, Data de Julgamento: 07/08/2014, 22ª Câmara de Direito Privado.

²⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 186.

²⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 927.

²⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 932.

relação de cuidado, cautela e dever de diligência por parte da instituição financeira, uma vez que a mesma é remunerada pelo pagamento da prestação de serviços de gestão e administração. Vale ressaltar, que o risco é inerente a este tipo de negociação, podendo haver consideráveis perdas por aqueles que investem em fundos de maior risco sem haver responsabilidade para os operadores, mas nesse caso especificamente, falamos de uma fraude, onde há o dever de cautela e responsabilidade direta da gestão pelo fundo recomendado, com a fraude, há sem dúvida o dever de indenizar. Este entendimento, é sustentado ainda no art. 3º, II, da Resolução de nº 2.451, de 27 de novembro de 1997, do Banco Central do Brasil:

“II – é responsável, prioritariamente, nos termos da legislação em vigor, pela ocorrência de situações que indiquem fraude, negligência, imprudência ou imperícia na administração dos recursos de terceiros, sujeitando-se ainda, à aplicação das penalidades cabíveis.”

O segundo caso, nos Estados Unidos o Banco JPMorgan Chase, pagou as vítimas o equivalente a U\$\$ 1,7 bilhão, como parte de um acordo com as autoridades americanas. De acordo com as investigações, o banco seria acusado caso não concordasse com o acordo, por sua estreita relação comercial com Madoff, uma vez que o banco era considerado um dos que se passavam a maioria das movimentações pessoais de Bernie Madoff. O ponto central de responsabilidade atribuída ao banco, gira em torno do seu dever de comunicar aos órgãos de fiscalização financeiros, as movimentações de alto valor que passam pelas contas de seus clientes, o que não ocorreu no caso Madoff²⁷.

Nota-se nas duas situações que apesar de no primeiro haver condenação para um caso específico de uma vítima em particular e no segundo caso um acordo de indenização, no qual o valor total fará parte do monte a ser dividido entre as vítimas, é demonstrada ainda que por motivos distintos, a responsabilidade das instituições financeiras e o dever de reparação no esquema Ponzi fomentado por Bernie Madoff.

²⁷ PROTESS, Ben ; GREENBERG, Jessica . **JPMorgan Is Penalized \$2 Billion Over Madoff**. 2014. Disponível em: <<http://dealbook.nytimes.com/2014/01/07/jpmorgan-settles-with-federal-authorities-in-madoff-case/>>. Acesso em: 16 out. 2014.

4. MARKETING MULTINÍVEL

É preciso distinguir o Marketing Multinível (MMN) das Pirâmides Financeiras. Outrora essa distinção se dava de forma mais fácil, pois a pirâmide financeira não tinha um CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas), não possuía produto tendo somente dinheiro envolvido, não efetuava o pagamento de impostos, todavia esse conceito se tornou ultrapassado, tendo em vista que esquemas em pirâmide têm atraído novos consumidores com a alcunha de ser uma empresa de MMN, apresentando produtos, CNPJ, pagando seus impostos em dia, mas com o objetivo final de simplesmente arrecadar valores de seus associados e com todas as demais características fraudulentas expostas no capítulo 2.

A ideia do MMN, é a venda de um produto que seja mais vendido fora da rede de associados do que dentro dela, são produtos consumíveis dentro da rede ou fora dela, se não existisse a rede os produtos seriam comercializados de qualquer maneira, portanto a subsistência não gira em torno da entrada de novos associados mas está diretamente ligada a comercialização de produtos. Mesmo sendo um negócio legal e viável, a sua estrutura assemelha-se a uma pirâmide, com a diferença que se a pirâmide parar de crescer o negócio não quebra, pois a sustentação do negócio está intrinsecamente ligada a venda de produtos, e não aos novos associados.

Dentre os quesitos para a identificação de um esquema piramidal dentro do MMN, está o superfaturamento do valor de um produto comparado a outro similar, contudo esta análise merece cautela, podendo incorrer ao erro de classificar uma legítima empresa de MMN como pirâmide. Em relação ao valor atribuído aos produtos, temos que levar em consideração quantas pessoas que não pertencem à rede e consomem o produto e que existem muitas empresas com produtos mais caros que seus concorrentes diretos, mas que alcançam melhores resultados pelo simples fato de possuir uma qualidade superior ou por sua excelência em atendimento.

O que leva milhares de pessoas a investir no MMN é o fato de não possuírem capital para investir em um negócio próprio ou pelo fato de não assumirem os riscos de um empreendimento, de todo modo elas simplesmente não conseguem investir, encontrando no marketing de rede a possibilidade de começarem “seus próprios negócios” e reinvestir o capital auferido nessa mesma empresa na compra de novos produtos para revenda, de modo a se tornar financeiramente independente.

O grande negócio do MMN é que se pode começar com pouco dinheiro e o negócio pode ser feito em meio período ou como conveniente ao distribuidor independente, como são comumente denominados. Em contrapartida, as empresas economizam milhões de dólares ao economizar em publicidade e propaganda, valendo-se apenas do marketing de rede, podendo com essa estratégia aumentar a sua margem de lucro e de seus colaboradores, de modo a atrair novas pessoas para a rede de negócios. É uma forma de negócio baseada no poder da indicação.

Com isso podemos afirmar que trata-se de um sistema de venda diretas, onde os produtos partem da fábrica diretamente para o consumidor, eliminando os custos intermediários, baseado no contato meramente pessoal entre os seus distribuidores associados e compradores de forma absolutamente livre. Um ponto de contribuição que acaba por atrair novos entrantes a essa modalidade é a possibilidade de expansão geográfica. É uma via de mão dupla, a empresa ganha por possuir um canal de distribuição de grande potencial e baixo custo, eficaz em incorporar valor aos produtos pelo corpo a corpo e para os seus representantes a possibilidade do baixo risco, flexibilidade, renda extra, meritocracia e desenvolvimento profissional.

Nem todas as empresas de MMN obtém êxito, muitas se aventuram a operar sem nenhum planejamento ou sucumbe à falta de ética para um rápido crescimento. É corriqueiro presenciarmos empresas querendo tirar proveito do MMN, muitas dessas trabalham até mesmo com produtos comuns, que não diferem da concorrência, adquiridos de outros intermediários com preços acima do praticado pelo mercado, sem nenhum motivo real que justifique em que a única motivação dos consumidores ao comprá-los será para girar capital, configurando uma pirâmide financeira disfarçada de MMN.

De forma a resguardar a imagem das empresas que trabalham de forma séria, criou-se a ABEVD (Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas), em que as empresas que se filiam, assumem e respeitam o código de conduta elaborado de acordo com o modelo proposto pela WFDSA (World Federation of Direct Selling Associations). O código de conduta elenca as seguintes premissas: satisfação aos consumidores, proteção aos revendedores, promoção de competição justa dentro dos moldes da empresa e divulgação ética das oportunidades de ganho do plano de vendas.

Como qualquer empresa e negócio lícito, o MMN também possui seus riscos, que são proporcionais aos investimentos realizados. Nessa modalidade, os riscos financeiros são bem menores se comparados com os investimentos tradicionais, pois em caso de desistência do negócio, vende-se o estoque e recupera-se os valores investidos. Assim as desistências individuais não constituem um risco para o negócio, pois quando alguém sai a sua estrutura se reorganiza e as vendas seguem de forma totalmente independente, havendo uma migração dos que estavam outrora vinculados àquele que saiu, a uma categoria acima.

Por ser um negócio de baixo investimento e risco, há o ingresso de muitas pessoas. Como em qualquer negócio, nem todo mundo vai conseguir alcançar o resultado esperado, de modo que ocorre um processo de seleção próprio, em que o associado diz se continua ou não no negócio, que por quaisquer motivos não se interessem mais em permanecer na rede, cada pessoa seleciona a si própria para a permanência ou para a desistência.

O primeiro cuidado de quem se decide a entrar no negócio de MMN deve ser em relação à companhia à qual irá associar-se, se atentando as seguintes características: se a empresa é economicamente sólida, a sua reputação no mercado, se o sistema de distribuição não impõe cotas mínimas de consumo e manutenções ao associado, se maior parte do faturamento é proveniente da venda de produtos, a alta qualidade dos produtos, a garantia de satisfação e informações claras ao consumidor, a prática de valores abusivos que batem de frente com os usuais do mercado. Uma empresa séria de MMN não remunera apenas na recrutação de novos distribuidores, remunerar de forma sistemática com base no recrutamento de novas pessoas não permite na sustentabilidade ao negócio.

No nosso Judiciário, percebemos como espécie mais comum de litígio em face de empresas de Marketing Multinível, a rescisão do contrato em que o demandante pretende a sua rescisão sob a alegação de que o sistema em que participa é uma pirâmide financeira. Contudo, em muitos casos, não há indícios concretos, condenações ou processos em curso na esfera criminal, nem mesmo investigações em andamento. A produção de prova pericial para esse tipo de processo é de grande complexidade, de forma a afastar a existência do fato ilícito caso não seja devidamente comprovada. Quando evidenciado o ato ilícito da atividade, é de bom

alvitre que se requeira a rescisão contratual e que a exposição dos fatos e fundamentos na exordial no que diz aos danos morais e materiais, seja à luz do CDC (Código de Defesa do Consumidor), tema que aprofundaremos mais a frente no capítulo sobre a responsabilidade civil.

4.1 O MMN sob investigação

Os esquemas de pirâmide estão ao nosso redor, operando muitas vezes como empresas de Marketing Multinível, o que acaba levantando um grande espectro de denúncias de esquema de pirâmide. Um caso mais recente e de grande repercussão é em relação a existência ou não de um esquema de pirâmide por trás da empresa Herbalife, considerada exemplo de empresa de MMN, está em foco de intensa especulação e interesse, com investigação em andamento nos Estados Unidos.

Nas acusações que envolvem a Herbalife, estão relacionadas as transações de compra entre os seus distribuidores, valores dos produtos acima da prática de mercado para produtos similares e das perdas e danos crescentes entre grande parte dos seus distribuidores.

Com mais de 1 bilhão de dólares em receitas e milhares de inscritos como distribuidores em 65 países do mundo, essa acusação de fraude contra a Herbalife acaba gerando uma grande discussão e preocupação em relação a forma ética e econômica das atividades de empresas no ramo de MMN. Questionar a Herbalife, é colocar em dúvida o funcionamento de todo setor econômico que envolve o MMN.

Além do status internacional de grande fabricante de suplemento nutricional, a Herbalife é mais conhecida por seu modelo de negócios. É declaradamente uma empresa de Marketing Multinível, seus produtos não são vendidos em lojas, mas por pessoas que se inscrevem como distribuidores, comercializando os produtos fora de ambientes comerciais, no seu próprio marketing de rede. Além da comissão sobre a comercialização dos produtos, há o comissionamento sobre novos distribuidores cadastrados e sobre as vendas dos novos associados, como no seguinte exemplo: “Antônio” vende para “Beto” e o convence a se cadastrar na sua rede, logo “Beto” adquire produtos para venda e consumo próprio e após mais um tempo vende produtos para “Carlos”, que adquire produtos e não cadastra ninguém na sua rede.

No exemplo acima, “Antônio” lucrou na venda direta e cadastro de “Beto”, além de lucrar nas compras posteriores, no cadastro e revenda também de “Beto”, como se não bastasse, mesmo que em um pequeno percentual, “Antônio” ainda lucra no cadastro e venda de “Beto” para “Carlos”, pois está ligado na sua estrutura de MMN. Visto desse modo, quando há o interesse do consumidor em adquirir um de seus produtos, a simples manifestação desse consumidor aos olhos de seus distribuidores, é na verdade a oportunidade do distribuidor aumentar o seu lucro final e a sua rede de negócios.

Um sinal de que um esquema de MMN pode ser na verdade uma Pirâmide Financeira, é quando um distribuidor vende mais produtos a outros distribuidores do que para o público em geral, ou se ganhar mais dinheiro com o recrutamento do que com a venda, o que gera uma grande especulação sobre a Herbalife, pois de acordo com números publicados em 2011, a empresa obteve um faturamento 5,2 bilhões de dólares, sendo 69% destinado ao pagamento de comissões. Cerca de 2,5 bilhões de dólares é atribuído às vendas de varejo e 1,1 bilhão de dólares foi atribuída ao pagamento de comissões por recrutamento²⁸.

Em acordo recente, a Herbalife concordou em pagar 15 milhões de dólares para encerrar um processo movido por um ex-distribuidor da empresa, que alegou que o modelo de negócios da empresa é uma Pirâmide Financeira, que não permitiu que ele obtivesse lucro.²⁹

Nos Estados Unidos, a Federal Trade Commission, está investigando a fabricante de suplementos, quanto as acusações de que a empresa engana seus distribuidores, deturpa números de vendas e vende seus produtos a preços inflacionados (ROSENBLATT, 2014).

Outro fator que coloca em dúvida o MMN operado pela Herbalife, são os números divulgados e especulados sobre o retorno financeiro obtido pelos associados da empresa. De acordo com Bill Ackman, gestor de um fundo de investimento de 12

²⁸ PARTNOY, Frank. **Is Herbalife a Pyramid Scheme?** 2014. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2014/06/wall-streets-6-billion-mystery/361624/>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

²⁹ ROSENBLATT, Joel. **Herbalife to Pay \$15 Million to End ‘Pyramid Scheme’ Suit.** 2014. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/news/2014-11-01/herbalife-to-pay-15-million-to-end-pyramid-scheme-suit.html>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

bilhões de dólares em Wall Street, o retorno para os associados é pífio, sendo um dos fatores que revelam um esquema fraudulento por trás da empresa de suplementos. Ackman fez uma aposta alta contra as ações da empresa no mercado financeiro, no valor de 1 bilhão de dólares, de que a Herbalife é um esquema em pirâmide, que será comprovado pelos órgãos reguladores americanos.³⁰

“A operação feita pelo investidor nos Estados Unidos é chamada de 'venda a descoberto' (*ou shortselling*, em inglês). Para executá-la, o investidor aluga as ações de uma determinada empresa por um preço alto com o compromisso de comprá-las depois de um certo prazo. Se o preço subir, o investidor perde dinheiro, pois se vê forçado a adquirir os papéis por um valor superior ao total de sua aposta. Ao alugar 20 milhões de ações da empresa que vende shakes de emagrecimento, Ackman apostou que o preço cairia mais a zero ainda em 2013. Ele fez uma apresentação de PowerPoint de 342 páginas para embasar sua decisão. Com isso, conseguiu derrubar as ações da Herbalife de 40 para 26 dólares em poucas semanas.”³¹

Ainda de acordo com a estimativa de Ackman, 98,9% dos distribuidores da Herbalife lucram apenas 475 dólares por ano tirando as suas despesas. Porém, não necessariamente que esse fator determina uma fraude em MMN. Tribunais têm tentado estabelecer diretrizes em resposta a esses questionamentos e também no crescente número de processos. Uma recente decisão da Federal Trade Commission, diz que a linha entre um MMN legítimo e um esquema de pirâmide, é analisar se os associados obtêm seus benefícios monetários principalmente da comissão do recrutamento ou se da venda de bens e serviços aos consumidores (MATTHEWS, 2013).

³⁰ MATTHEWS, Christopher. **Is Herbalife a Pyramid Scheme, the Target of Market Manipulation, or Just a Good Gripping Yarn?** 2013. Disponível em: <<http://business.time.com/2013/01/09/is-herbalife-a-pyramid-scheme-the-target-of-market-manipulation-or-just-a-good-gripping-yarn/>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

³¹ COSTA, Ana Clara. **Megainvestidor aposta US\$ 1 bi que a Herbalife é uma pirâmide.** 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/megainvestidor-aposta-us-1-bi-que-a-herbalife-e-uma-piramide>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL

Para se delinear um conceito de responsabilidade civil, podemos partir da apreciação do Art. 927 do Código Civil:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”³²

Dessa premissa, pode-se considerar a responsabilidade civil como sendo a obrigação de indenizar, que nasce da prática de um ato ilícito. Desse conceito, passamos pelo Art. 186 do CC, como apontado pelo Art. 927:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”³³

A partir dessa definição, vimos que está incutido na sociedade um dever imposto a todos, de não causar dano. O descumprimento dessa norma, é o que gera outro dever, o de reparação do dano causado, que culmina na obrigação de indenizar, que é a chamada responsabilidade civil. A transgressão do dever de cautela com os bens de outrem que lhe cause danos, é o conceito mais amplo de ato ilícito.

O fundamento para se impor responsabilidade civil ao causador do dano, é o risco que trata da responsabilidade civil objetiva para o tema proposto, sem análise da culpa. A responsabilidade pelo risco se deve ao fato de que a vida em sociedade, leva algumas pessoas a assumirem um risco de determinadas atividades que geram dano a outrem. Tais atividades com uma propensão maior em gerar danos, imputa uma responsabilidade maior ao agente, é a chamada teoria do risco criado³⁴.

³² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 927.

³³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 186.

³⁴ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 139 p.

Na vida em sociedade, ninguém pode causar prejuízo a outrem, é o chamado dever originário. O seu descumprimento é o que delinea outro dever, derivado de reparação do dano, a responsabilidade civil. Portanto a noção de responsabilidade está intimamente ligada à ideia de dever. Entretanto, apesar de relacionadas, não se confundem os conceitos de obrigação e responsabilidade civil.³⁵

Assim afirma Cavalieri filho:

“Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.”³⁶

Em relação ao agente causador do dano que é responsável por repará-lo, pode possuir responsabilidade civil direta ou indireta. A responsabilidade civil direta é quando o agente é chamado a indenizar é o causador do dano, como se apura na leitura do Art. 927 do CC, “aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Já a responsabilidade indireta, é aquele em que outro sujeito, diverso do que causou o dano, é chamado para responder pelo dever de indenizar, tratando-se de situação excepcional.

A absolvição na esfera criminal por falta de provas, não compromete o juízo cível, que de forma independente poderá desde que apresentando provas do fato e

³⁵ A distinção entre obrigação e responsabilidade foi adotada pelo Código Civil em seu art. 389: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos”. Logo, em face do descumprimento de uma obrigação originária, responsável se torna o inadimplente pela reparação do dano causado, isto é, surge a obrigação sucessiva de reparar. A obrigação mencionada no 389 pode assumir uma concepção mais ampla e ser entendida não apenas como obrigação contratual, podendo ser expandida para o âmbito extracontratual. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 3).

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 2 p.

da autoria do ato ilícito, propor ação de reparação em face do autor do dano. Faz-se pertinente sobre esse assunto a citação dos artigos, 935 do CC, e 65 do CP:

“Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no júízo criminal.”³⁷

“Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”³⁸

O nexó de causalidade é essencial para a imputação da responsabilidade, pois é preciso que o dano decorra da conduta como regra, é o elemento referencial entre a conduta e o resultado, em que através dele que se chega a conclusão efetiva sobre o que levou de fato aquela conduta danosa, passando pela verificação de circunstâncias fáticas, o nexó causal está previsto no Art. 186, CC.³⁹

O ônus de provar o nexó é de quem alega o dano, cabendo a parte ré, que alegue provas demonstrando a sua inocência ante aos fatos expostos. Contudo, na relação entre as vítimas e os pirâmideiros, como sustento mais a frente, defendo o entendimento de ser uma relação consumerista, pelo fim a que se destinam as pirâmides financeiras. Neste caso por responsabilidade por fato de terceiro, inverte-se o ônus da prova, aquele que tem contra si a presunção, deverá se desincumbir do nexó que contra ele pesa, como ocorre nas relações de consumo (RODRIGUES, 2007).

A conduta da responsabilidade civil objetiva, é o comportamento comissivo ou omissivo que causa o dano. A causalidade da ação é bem diferente da causalidade da omissão, onde o primeiro acaba por ser mais lógico e de mais fácil identificação, e o segundo, depende se há ou não um dever de agir previamente estabelecido, o agente só responde por aquilo que não faz se tinha o dever de fazê-lo.

³⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 935.

³⁸ BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Art. 65.

³⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13-18.

A conduta também deve ser observada do ponto de vista do agente, para fins de responsabilidade: pode ser conduta própria ou de terceiro, ou da coisa.⁴⁰ Em regra, a conduta que gera responsabilidade para alguém é a própria, mas há exceções legalmente previstas, como se vê no artigo 932 do CC, que trata da responsabilidade pela conduta de terceiros:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”⁴¹

O artigo 933 do CC estabelece que a responsabilidade civil pelos atos de terceiros, nesses casos do artigo 932, é objetiva:

“Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”⁴²

Aquele que for responsabilizado pelo fato de terceiro terá regresso em face dele, a não ser em uma hipótese: quando se tratar de filho ou descendente dependente, absoluta ou relativamente incapaz. Veja o artigo 934 do CC:

“Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.”⁴³

⁴⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 62.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 932.

⁴² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 933.

⁴³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 934.

A responsabilidade civil imposta pelo artigo 932 envolve solidariamente as pessoas ali designadas, porque assim determina o artigo 942, parágrafo único, do CC:

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.”⁴⁴

A partir deste ponto, podemos trazer a reflexão sobre a responsabilidade de fiscalização dessas operações de MMN, pirâmide ou Ponzi, como a exemplo, a condenação do Banco Itaú no caso de uma cliente que investiu nos fundos de investimentos de Madoff por intermédio da instituição financeira. Por mais que o banco não fosse o autor da conduta lesiva, caberia a ele identificar os riscos, fiscalizar e poupar os seus clientes de eventuais danos, estabelecendo uma responsabilidade solidária à luz do CDC entre o Banco Itaú e os fundos Madoff.

5.1 Relações de Consumo

A relação de um sujeito, atraído por esquema de marketing ou publicidade, que vem a estabelecer contrato com uma empresa que acredita ser idônea, mas que no decorrer do contrato vem a descortinar como uma empresa que comete fraudes financeiras no esquema de pirâmide, deve ser vista como uma relação de consumo, impondo-se a aplicabilidade das normas enunciadas na Lei 8.078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista o que a presente lei dispõe em seus artigos 2º e 3º:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 942.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”⁴⁵

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”⁴⁶

A definição de consumidor é vista da seguinte forma por Bruno Miragem:

“A definição da expressão *destinatário final* e, por consequência, a definição de consumidor admite, portanto, diversas interpretações. Sustentamos, todavia, que o conceito de consumidor deve ser interpretado a partir de dois elementos: a) a aplicação do princípio da vulnerabilidade e b) a destinação econômica não profissional do produto ou do serviço. Ou seja, em linha de princípio e tendo em vista a teleologia da legislação protetiva deve-se identificar o *consumidor como o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço*.”⁴⁷

Assim sendo, aplica-se a Lei Consumerista, no que se refere a proteção contratual e às cláusulas abusivas. O sujeito toma o escopo de consumidor, pelo fato de que a atividade criminosa desenvolvida, não tinha por intenção fazer com que a vítima obtivesse lucros a partir da venda de seus supostos produtos ou serviços, mas angariava o sujeito ao esquema para que houvesse mais capital disponível de forma a sustentar todo o esquema fraudulento, portanto o sujeito lesado é o consumidor final a quem a fraude se destina, estando caracterizada uma relação de consumo entre a empresa que opera a pirâmide financeira e os associados, agora no status de consumidores.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 2º.

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 3º.

⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

O Código de Defesa do Consumidor possui como objetivo, a aplicação da boa-fé objetiva e da equidade contratual, sendo vital o intervencionismo do estado como ente fiscalizador e regulador das relações contratuais consumeristas, não devendo prevalecer a tese da autonomia da vontade como forma de proteger os contratos impostos aos consumidores, parte reconhecidamente vulnerável nas relações de consumo, que se depara frequentemente com cláusulas abusivas e leoninas, mormente impostas em contratos de adesão, modalidade em que não há discussão e alterações nas cláusulas contratuais, cabendo ao Poder Judiciário dirimir as relações de consumo na proteção dos interesses econômicos do consumidor⁴⁸, art. 4º do CDC:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (...)”⁴⁹

A boa-fé objetiva é quando se observa que nas relações jurídicas, o agente agiu de acordo com o padrão ideal de conduta que se espera do homem médio, sendo uma imposição em todas as relações, sejam elas consumeristas ou não. Carlos Roberto Gonçalves se manifesta no sentido de que este princípio é pressuposto que coloca aos contratantes um padrão de conduta, devendo agir nos preceitos da honestidade e lealdade perante o contrato estabelecido:

“O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. A regra da boa-fé como já dito, é uma cláusula geral para a aplicação do direito obrigacional, que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais.”⁵⁰

O Código Civil de 2002, foi baseado como dizia Miguel Reale, em três princípios: eticidade, socialidade e operabilidade. A boa-fé objetiva mantém relação

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 71-118.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 4º.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral. P.33.

com esses três princípios. Quanto a eticidade, há a valorização da ética e da boa-fé em todos os negócios jurídicos e da lealdade entre seus participantes. Além disso, possui relação com o princípio da socialidade, significa que os negócios, os institutos civis, devem ser interpretados de acordo com o contexto social. Por fim o princípio da operabilidade, mostra que o Código Civil possui conceitos abertos que devem ser preenchidos de acordo com a conduta humana e seus valores.⁵¹

O consumidor é considerado a parte mais fraca nas relações de consumo, o Art. 6º, VIII, do CDC, explicita essa vulnerabilidade, permitindo que haja a inversão do ônus da prova, nas situações que haja verossimilhança nos fatos alegados ou hipossuficiência do consumidor.⁵²

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”⁵³

5.2 Solidariedade

O artigo 7º, parágrafo único, do CDC, assim estabelece:

“Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”⁵⁴

A aplicação da solidariedade nas relações de consumo, não tem como único e maior objetivo a busca do nexos adequado de causalidade dos prejuízos sofridos pelo

⁵¹ REALE, Miguel. **UM ARTIGO-CHAVE DO CÓDIGO CIVIL**. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 164.

⁵³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 6.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 7.

consumidor, mas também de alcançar uma efetiva chance de reparação ao dano causado.

É assim defendido por José Geraldo Brito Filomeno:

“Trata-se de um aspecto dos mais relevantes em termos de responsabilidade civil dos que causarem danos a consumidores ou terceiros não envolvidos em dada relação de consumo. Como a responsabilidade é objetiva, decorrente da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de dado serviço, ao consumidor é conferido o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado, ou então a prestação do serviço”.⁵⁵

Havendo a solidariedade e a indenização por um dos devedores solidários, nada obsta que aquele que suportou o prejuízo, ajuíze uma ação de regresso em face de quem o causou. Conforme estabelece os Arts. 13, e 25, § 1º, do CDC:

“Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

(...)

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.”⁵⁶

“Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

(...)”⁵⁷

Para o caso em tela, é considerado consumidor equiparado, aquele que mesmo não sendo adquirente de nada, é meramente exposto as práticas comerciais abusivas, estabelecido pelo Art. 29 do CDC:

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 176.

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 13.

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 25.

“Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”⁵⁸

A previsão do Art. 29, trata da definição do consumidor equiparado, em que se oferece a aplicação das normas do CDC, a quem não seja qualificado como consumidor em sentido estrito, destinatário final de produto ou serviço. Com essa previsão, não se está considerando sob a tutela do CDC todo e qualquer contrato. Apenas aqueles pactos em que haja uma posição de vulnerabilidade estão sob essa classificação e assim somente aqueles que sofrerem efeitos negativos desses contratos estarão protegidos pelo CDC, por equiparação.

Conforme Benjamim, o consumidor por equiparação é assim classificado:

“Basta a mera exposição da pessoa às práticas comerciais ou contratuais para que se esteja diante de um consumidor a merecer a cobertura do Código. Tal conceito é importante notadamente para fins de controle preventivo e abstrato dessas práticas. O implementador – aí se incluindo o juiz e o Ministério Público – não deve esperar o exaurimento da relação de consumo para, só então, atuar. Exatamente porque estamos diante de atividades que trazem um enorme potencial danoso, de caráter coletivo ou difuso, é mais econômico e justo evitar que o gravame venha a se materializar.”⁵⁹

5.3 Aplicações do CDC

O simples fato dessas empresas pactuarem contratos de prestação de serviço que caracterizam verdadeiros simulacros, visto que possuem como único objetivo lesar os consumidores, não afasta a aplicação do CDC, uma vez que para atingir o seu público alvo os operadores do esquema transmitem aos consumidores, informações absolutamente inverídicas quanto aos resultados que as vítimas poderiam auferir, principalmente quanto aos elevados rendimentos normalmente oferecidos, que embora os operadores da fraude soubessem que não poderiam honrar com tal compromisso, afinal nesse tipo de esquema não há qualquer meio rentável que faça com que os consumidores obtenham lucros tão acima da média do

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 29.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 272.

mercado. A lógica que circunda o negócio é simples, todos investem seus capitais no negócio, de modo que a maior parte fica com os operadores da fraude, e um pequeno e suficiente montante é entregue aos consumidores para dar confiabilidade ao esquema e atrair novas vítimas.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece o princípio da transparência, segundo o qual toda informação sobre serviços ou produtos obriga o fornecedor que dela se utilizar ou dela se fizer utilizar, integrando o contrato celebrado com os consumidores, conforme elencado no Art. 30:

“Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”⁶⁰

Quando há a efetiva descoberta do sistema ilícito em que se encontram (normalmente ocorre quando esses consumidores não conseguem sacar seus investimentos ou quando recebem valores aquém do estabelecido), cabe a rescisão do contrato por inexecução contratual, aplicando-se o Art. 20, II, do CDC, visto a inaplicabilidade dos demais incisos I e III, pois no primeiro é absolutamente inviável a reexecução de quaisquer serviços e no terceiro não há o que se falar em abatimento de preços pois nenhum serviço foi prestado, cabendo-se apenas o disposto no inciso II no que se refere à restituição da quantia paga.

“Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
- II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 30.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.”⁶¹

Por se tratar de uma fraude, podemos classificar como um negócio jurídico de nulidade absoluta, ofendendo normas não apenas na esfera cível e do consumidor, mas também de matéria criminal, categorizada nos crimes contra a economia popular na Lei 1.521/51:

“Art. 2º São crimes desta natureza:

IX – obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos (‘bola de neve’, ‘cadeias’, ‘pichardismo’ e quaisquer outros equivalentes);”⁶²

Neste diapasão, o próprio CDC elenca em seus Arts. 66 e 67:

“Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.”⁶³

Por serem práticas comerciais criminosas e abusivas, devemos considerar as cláusulas contratuais nulas de pleno direito, levando ao reestabelecimento do *statu quo ante*, desfazendo os atos anteriormente estabelecidos e praticados e aplicando

⁶¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 20.

⁶² BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Art. 2.

⁶³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Arts. 66 e 67.

as reparações materiais e morais sobre os prejuízos sofridos, aplicando-se o disposto no Art. 51 do CDC.

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(...)

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

(...)

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.”⁶⁴

A forma comumente utilizada por esses criminosos para angariar novas vítimas ao seu negócio, é por meio de forte publicidade⁶⁵, que tem por objetivo informar e estimular o consumidor a se tornar associado a vantagens nunca antes vistas, a um negócio considerado revolucionário. Para que seja atrativo, utilizam de técnicas de

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 51.

⁶⁵ Os termos publicidade e propaganda são utilizados indistintamente no Brasil. Não foi esse, contudo, o caminho adotado pelo Código de Defesa do Consumidor. Não se confundem publicidade e propaganda, embora no dia-a-dia do mercado, os dois termos sejam utilizados um pelo outro. A publicidade tem um objetivo comercial, enquanto a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Fora isso, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda. O Código de Defesa do Consumidor não cuida de propaganda. Seu objeto é só, e tão só, a publicidade. BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 243.

persuasão, valendo-se de eventos grandiosos, com muita ostentação financeira e relatos de supostos participantes do esquema que afirmam obter rendimentos extraordinários, criando uma falsa expectativa nos consumidores e induzindo-os em erro substancial, sendo considerada prática abusiva pelo Art. 37 do CDC:

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

§ 4º (Vetado).”⁶⁶

A responsabilidade civil nas relações de consumo nada mais é do que a consequência jurídica e patrimonial de reparar o dano que foi causado a uma pessoa, seja dela um dano moral ou material. Dentro da responsabilidade civil, quando tratamos da forma objetiva, é necessário analisar o cumprimento de três elementos: o fato, o dano e o nexo causal, não se discutindo a culpa como na responsabilidade subjetiva.

Os fundamentos sustentados neste capítulo, para a aplicação da Lei Consumerista nas relações que demonstram faticamente, se tratar de pirâmide financeira, é corroborada pelos acórdãos abaixo:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. RESCISÃO DE CONTRATO E RESSARCIMENTO DE VALORES. CONTRATO DE SITE DE LOJA VIRTUAL. PIRÂMIDE FINANCEIRA. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. “Art. 37..

CITAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE AFASTADA. A prova dos autos demonstra que o autor foi induzido em erro ao aderir à proposta contratual lançada pela recorrente, incorrendo em evidente vício de consentimento, no que se denomina de pirâmide financeira, sistema que gera lucro única e exclusivamente aos criadores. Cabível a rescisão do contrato, com a devolução dos valores pagos, bem como a condenação da ré em danos morais. Quantum indenizatório. Redução para o valor usualmente atribuído pela Câmara para casos semelhantes, pois suficiente ao caráter compensatório e punitivo-pedagógico pretendido pela indenização deferida. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70056629611, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 08/05/2014)⁶⁷.”

“REPARAÇÃO DE DANOS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES. OMNIA SERVIÇOS. PIRÂMIDE FINANCEIRA. AUSÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO PROPORCIONAL AO INVESTIMENTO. OCULTAÇÃO DO REAL OBJETIVO DO NEGÓCIO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. ERRO. OFENSA AO CDC. DESFAZIMENTO DO PACTO. RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO. 1. Illegitimidade passiva reconhecida, uma vez que não reconhecida a atuação do réu pessoa física como representante da empresa ré. 2. Tratando-se de pirâmide financeira, mostra-se cabível a devolução do valor inicialmente investido pela parte autora, principalmente, diante da ausência de contraprestação proporcional em relação ao serviço prestado. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004551636, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fernanda Carravetta Vilande, Julgado em 04/09/2013)⁶⁸.”

Na fase executória do processo, há ainda a grande preocupação em localizar bens da empresa e dos seus sócios, para que possa efetivar o cumprimento da sentença condenatória civil, no que diz ao pagamento de indenizações a título de danos materiais e morais. Por ser tratar em muitas ocasiões de empresas de fachada, a maior parte do valor arrecadado pelo pirâmideiros vai direto para suas contas de pessoa física e de seus sócios, para que haja dificuldade em localizar os bens caso sejam pegos. Por esse motivo, imperioso se faz a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, para atingir a responsabilidade dos sócios, visando impedir a consumação efetiva das fraudes cometidas através dessa sociedade, nesse mesmo sentido dispõe o Art. 28 do CDC:

⁶⁷ TJ-RS - AC: 70056629611 RS, Relator: Guinther Spode, Data de Julgamento: 08/05/2014, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/05/2014.

⁶⁸ TJ-RS - Recurso Cível: 71004551636 RS, Relator: Fernanda Carravetta Vilande, Data de Julgamento: 04/09/2013, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/09/2013.

“Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”⁶⁹

de modo a eliminar possíveis obstáculos para a indenização dos consumidores, temos abaixo dispostos os seguintes acórdãos:

“CUMPRIMENTO DE TÍTULO JUDICIAL Desconsideração da personalidade jurídica Desnecessidade de intimação prévia dos sócios para se manifestarem sobre o pedido de desconsideração da personalidade jurídica Possibilidade dos sócios exercerem seu direito de defesa após sua intimação sobre a constrição de bens Presentes no caso os requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica Art. 28, CDC Agravante que era sócia da ré à época dos fatos Decurso do prazo prescricional não configurado Recurso improvido.”⁷⁰

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL PROPOSTA CONTRA A CONSTRUTORA E SEUS SÓCIOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 28, CAPUT E § 5º, DO CDC. PREJUÍZO A CONSUMIDORES. INATIVIDADE DA EMPRESA POR MÁADMINISTRAÇÃO. 1. Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel movida contra a construtora e seus sócios. 2. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias de que, em detrimento das consumidoras demandantes, houve inatividade da pessoa jurídica, decorrente da má administração, circunstância apta, de per si, a ensejar a

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 28.

⁷⁰ TJ-SP - AI: 1895729220118260000 SP 0189572-92.2011.8.26.0000, Relator: J. B. Franco de Godoi, Data de Julgamento: 30/11/2011, 23ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/11/2011.

desconsideração, com fundamento no art. 28, caput, do CDC. 3. No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária. 4. Precedente específico desta Corte acerca do tema (REsp. nº 279.273/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Min. NANCYANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 29.03.2004). 5. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO⁷¹.

Nas situações descritas, para termos uma chance mais efetiva de reaver os valores investidos pelos consumidores, faz-se necessária uma ação rápida e incisiva, como verificado no caso Madoff, de modo que o juízo competente defira liminar, determinando a indisponibilidade dos bens dos réus, tanto da empresa, quanto dos sócios, desde que verificado o afastamento da personalidade jurídica, tendo por escopo a proteção dos interesses dos consumidores.

Zelmo Denari faz os seguintes comentários sobre o Art. 28 CDC:

“O dispositivo protege amplamente o consumidor, assegurando-lhe livre acesso aos bens patrimoniais dos administradores sempre que o direito subjetivo de crédito resultar de quaisquer práticas abusivas elencadas no dispositivo.(...) Em linha de coerência com os postulados da Escola de Direito Livre e da Jurisprudência de Interesses (*Interessenjurisprudenz*) – ao proclamar que a tarefa do juiz não é puramente cognoscitiva, muito menos mecânica, mas valorativa dos interesses em conflito, além de criativa de novas normas - , o dispositivo teve o cuidado de autorizar a aplicação da desconsideração como faculdade do juiz, a cujo prudente arbítrio confiou o exame preliminar e a aferição dos pressupostos, para concessão da medida extrema.”⁷²

5.4 Danos individuais, coletivos e difusos

Nesta temática é possível identificar danos que não atingem um consumidor, mas um conjunto de pessoas, que acabaram vítimas desses golpes por uma série de peculiaridades já expostas. Por isso os danos em direito do consumidor podem ser individuais, coletivos ou difusos.

⁷¹ STJ - REsp: 737000 MG 2005/0049017-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 01/09/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/09/2011.

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 253-254.

Esta classificação advém do Art. 81 do CDC:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”⁷³

Como nas pirâmides financeiras o número de vítimas é elevado, o ideal é que se ingresse com uma ação coletiva para a proteção dos direitos. Não há que se falar em direitos difusos, pois neste é observado o traço de indeterminação dos sujeitos titulares, enquanto nos direitos coletivos, há a identificação, são titulares determináveis.⁷⁴ O CDC faculta a possibilidade dos consumidores em optar pela ação individual ou coletiva, em ambos os casos possuem o mesmo efeito da coisa julgada, conforme estabelecido no Art. 91 do CDC:

“Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.”⁷⁵

A ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos pelos consumidores, tem seu fundamento nos Arts. 91 (supracitado) a 100 do CDC:

⁷³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 81.

⁷⁴ BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 462-464.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Art. 91.

“Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.”Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções. ([Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995](#))

§ 1º A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado.

§ 2º É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na [Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985](#) e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela [Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985](#), ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela [Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985](#).⁷⁶

A ação coletiva de responsabilidade atende aos relevantes anseios de se obter maior celeridade e eficiência para a prestação jurisdicional, ampliando também o acesso ao judiciário.

Na ação coletiva, a regra é a produção de efeitos *inter partes, pro et contra*, ou seja, tanto na procedência quanto na improcedência. Assim, as partes envolvidas naquele processo ficam em regra impedidas de reinaugurar a discussão dos mesmos fatos. Nem os legitimados que tomaram parte no feito, nem os demais co-legitimados, mesmo ausentes do processo, poderão promover nova ação sob os mesmos fundamentos de fato.⁷⁷

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Arts. 92, 93, 94, 97, 98 e 99.

⁷⁷ BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 478-483.

6. CONCLUSÃO

O sucesso inicial de qualquer esquema, seja ele Ponzi ou Pirâmide Financeira, depende de argumentos e fatos convincentes para atrair novos investidores a partir de alto retorno e baixo risco. Esquemas como esses são historicamente mais atraentes para os investidores durante períodos em que investimentos mais tradicionais são insatisfatórios. Em um ambiente financeiro volátil, os investimentos aparentemente seguros, como aqueles oferecidos por Ponzi e Madoff, são cada vez mais favoráveis.

As falhas de tais esquemas criminosos, ocorrem devido a ação de investigação dos órgãos competentes ou em muitos casos aparecem apenas quando já estão no fim e deixam de pagar aos seus associados, portanto todos esses esquemas estão fadados ao fracasso. Em uma matemática básica, conseguimos vislumbrar os limites de quaisquer desses esquemas. Em uma situação hipotética em que há 6 investidores iniciais, que com a satisfação de seus resultados recrutem cada um deles mais um amigo para investir no esquema, a cada entrada de investidores o operador do esquema terá o dobro da quantidade de dinheiro disponível para pagar seus investidores. Se o número de entrantes dobrar a cada rodada, o número de novos investidores exigido para a próxima rodada se torna absurdo, chegando ao ponto matemático em que esgotam o número de pessoas que habitam este planeta, isso ainda levando em consideração que todos entrassem no esquema, chegando sempre ao ponto do tolo maior.

Golpes como esses continuam a enganar milhares de pessoas ao redor do mundo, se aperfeiçoando cada vez mais, até chegarmos ao exemplo do que foi considerado a maior fraude da economia, que em julho de 2009, Bernard Madoff foi condenado a 150 anos de prisão pelo maior golpe da história, em que foi considerado um dia o mais respeitado e bem sucedido homem de negócios de Wall Street, chegando a ser presidente da NASDAQ, acima de qualquer suspeita, mas que por trás das cortinas, sustentou um crime por mais de 48 anos.

Apesar da aparente segurança que esses esquemas e seus operadores apresentam, há vários sinais de alerta importantes que uma opção de investimento podem fazer parte de um esquema fraudulento. Comumente com uma garantia de retorno acima da prática de mercado, mas ainda sim os tais investidores

(consumidores), insistem em acreditar que estão diante da oportunidade de mudar a sua sorte financeira, o que leva a longevidade e a perpetuação desse crime em suas diversas formas.

Atualmente, o aumento dos meios de comunicação e a característica cosmopolita dos negócios e fundos de investimentos, tornos Esquemas Ponzi e Pirâmides, cada vez mais comuns.

As vítimas de Esquemas Ponzi e Pirâmides financeiras, tem recorrido ao judiciário para recuperar o prejuízo material e moral sofridos. Mas ocorre que nas fraudes em que não foram desmanteladas a tempo, as pessoas envolvidas e o capital investido não deixam rastro para essas indenizações. Os casos em que observamos um êxito maior, são quando ocorrem ações antecipadas devido à investigações minuciosas de esquemas, que se valem e se auto denominam como sendo empresas de Marketing Multinível, que são desmanteladas a tempo e tem os seus bens bloqueados e colocados à disposição da justiça, ou em situações em que pelo desconforto sofrido e pelo menor indicio percebido, os consumidores entram individualmente com suas ações, a fim de rescindir o contrato estabelecido e obter o ressarcimentos dos valores, tendo toda a sua fundamentação com base no Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARVEDLUND, Erin. Madoff: The Man Who Stole \$65 Billion. Philadelphia: Penguin, 2009.

BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BERENSON, Alex. '92 Ponzi Case Missed Signals About Madoff. 2009. Disponível em:
<http://www.nytimes.com/2009/01/17/business/17ponzi.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 14 out. 2014.

BIOGRAPHY (United States) (Org.). Charles Ponzi Biography. Disponível em:
<<http://www.biography.com/people/charles-ponzi-20650909#downfall>>. Acesso em: 02 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

BRASIL. Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Boletim de Proteção do Consumidor/Investidor. Disponível em:
<<http://www.cvm.gov.br/port/infos/Boletim%20CVM%20DPDC%202.pdf>> Acesso em: 20 ou. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Ana Clara. Megainvestidor aposta US\$ 1 bi que a Herbalife é uma pirâmide. 2013. Disponível em:
<<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/megainvestidor-aposta-us-1-bi-que-a-herbalife-e-uma-piramide>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

CRES, Fábio . Esquema Ponzi: como tirar dinheiro dos incautos. São Paulo: Armada Press, 2014.

D'AGOSTO, Marcelo. Pirâmides Financeiras e Marketing Multinível. Valor Econômico. São Paulo, 20 out. 2014. Eu & Investimentos, p. 2-2.

DEPARTMENT OF JUSTICE ASSET FORFEITURE DISTRIBUTION PROGRAM. Department Of Justice Asset Forfeiture Distribution Program. Madoff Victim Fund. Disponível em: <<http://www.madoffvictimfund.com/>>. Acesso em: 13 out. 2014.

FORBES. Madoff Is Thorn In HSBC, Nomura's Side. 2008. Disponível em: <http://www.forbes.com/2008/12/15/hsbc-madoff-nomura-markets-equity_cx_twdd_1215markets3.html>. Acesso em: 15 out. 2014.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Elementos de Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HELYAR, John; BURTON, Katherine ; SILVER, Vernon . Madoff Enablers Winked at Suspected Front-Running. 2009. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/apps/news?sid=au4Y7Cudw2Xo&pid=newsarchive>>. Acesso em: 15 out. 2014.

MATTHEWS, Christopher. Is Herbalife a Pyramid Scheme, the Target of Market Manipulation, or Just a Good Gripping Yarn? 2013. Disponível em: <<http://business.time.com/2013/01/09/is-herbalife-a-pyramid-scheme-the-target-of-market-manipulation-or-just-a-good-gripping-yarn/>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Igor. Diferenças entre Pirâmide e Marketing Multinível: o que você precisa saber. 2013. Disponível em: <<http://dinheirama.com/blog/2013/07/31/diferenca-entre-piramide-marketing-multinivel/>>. Acesso em: 20 out. 2014.

PARTNOY, Frank. Is Herbalife a Pyramid Scheme? 2014. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2014/06/wall-streets-6-billion-mystery/361624/>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

PHELPS, Kathy Bazoian ; RHODES, Steven . The Ponzi Book: A Legal Resource for Unraveling Ponzi Schemes. Los Angeles: Lexisnexis, 2012.

PROTESS, Ben ; GREENBERG, Jessica . JPMorgan Is Penalized \$2 Billion Over Madoff. 2014. Disponível em: <<http://dealbook.nytimes.com/2014/01/07/jpmorgan-settles-with-federal-authorities-in-madoff-case/>>. Acesso em: 16 out. 2014.

REALE, Miguel. UM ARTIGO-CHAVE DO CÓDIGO CIVIL. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSENBLATT, Joel. Herbalife to Pay \$15 Million to End 'Pyramid Scheme' Suit. 2014. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/news/2014-11-01/herbalife-to-pay-15-million-to-end-pyramid-scheme-suit.html>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

STJ - REsp: 737000 MG 2005/0049017-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 01/09/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/09/2011.

TJ-RS - AC: 70056629611 RS, Relator: Guinther Spode, Data de Julgamento: 08/05/2014, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/05/2014.

TJ-RS - Recurso Cível: 71004551636 RS, Relator: Fernanda Carravetta Vilande, Data de Julgamento: 04/09/2013, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/09/2013.

TJ-SP. Relator: Roberto Mac Cracken, Data de Julgamento: 07/08/2014, 22ª Câmara de Direito Privado.

UNITED STATES. Sec. U. S. Securities And Exchange Commission (Org.). Ponzi Schemes. Disponível em: <<http://www.sec.gov/answers/ponzi.htm>>. Acesso em: 02 out. 2014.

VAN VORIS, Bob. Former Madoff Market Maker Yields Trickle for Victims. 2010. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/news/2010-06-30/madoff-market-maker-renamed-surge-yields-cash-trickle-for-ponzi-victims.html>>. Acesso em: 14 out. 2014.

WIKIPÉDIA (Comp.). Teoria do Mais Tolo. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Teoria_do_Mais_Tolo>. Acesso em: 15 out. 2014.

ZUCKOFF, Mitchell (United States). The real Ponzi behind the 'scheme'. 2008. Disponível em: <<http://archive.fortune.com/2008/12/15/news/newsmakers/ponzi.fortune/index.htm?postversion=2008121511>>. Acesso em: 02 out. 2014.

ZUCKOFF, Mitchell. Ponzi's Scheme: The True Story of a Financial Legend. Boston: Random House, 2005.