

Vulnerabilidade financeira e economia popular: promoção de bem fundamental social em face das práticas de institutos lucrativos ilusórios (das pirâmides ao marketing multinível)

Financial vulnerability and popular economy: fundamental social promotion against of the practices of illusory profit institutes (the pyramids to multilevel marketing)

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O reconhecimento da vulnerabilidade financeira da pessoa; 3. A economia popular como bem fundamental social: regime e captação; 4. A pirâmide financeira *prêt-à-porter*; 5. A necessidade de uma resposta sistêmica; 6. Considerações finais; 7. Referências Bibliográficas.

* Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Promotor de Justiça em Minas Gerais. Vice-presidente do Instituto de Direito Privado. Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Uberlândia. Professor de pós-graduação da Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFU. Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento do MPMG.

RESUMO: As antigas figuras de lucro fácil, sempre reprimidas por leis de proteção à economia popular, surgem novamente com fôlego redobrado, impulsionadas pela sociedade de informação e consumismo. Caracterizam-se por novas técnicas de publicidade e abordagem, pelas descomplicadas formas de contratação e pela aparência de licitude, materializando-se como investimentos fraudulentos prontos a atingir a coletividade de consumidores.

ABSTRACT: *the old profit figures easy, always suppressed by the popular economy protection laws, again with breath doubled, driven by the information society and consumerism. Are characterized by new advertising techniques and approach, by hiring forms and uncomplicated appearance of legality, materializing as fraudulent investments ready to achieve the collective of consumers.*

PALAVRAS-CHAVES: Economia popular; pirâmide financeira; lucro fácil; publicidade; investimento; marketing multinível; boa-fé; deveres do fornecedor.

KEYWORDS: *Popular economy; financial pyramid; easy profit; advertising; investment; multilevel marketing; good faith; duties of the supplier.*

1. Introdução

Casos mundialmente conhecidos e relacionados a esquemas monetários fraudulentos, como os desenvolvidos outrora por Ponzi ou mais recente por Bernard Maddof nas clássicas pirâmides financeiras de recrutamento de consumidores incautos, ou, de outro lado, o surgimento de novas estratégias de arrecadação de divisas, através de constantes apelos na Internet e de diversos outros meios de comunicação, denominados *marketing multinível* (a exemplo de algumas pessoas jurídicas: TelexFree, Bbom, MultiClick, Priples) chamam a atenção da sociedade de consumo¹.

Logicamente, causa perplexidade e espécie o massificado e intenso anúncio de repentino acesso ao lucro fácil (incompatível às demais situações econômicas que exigem esforços do interessado ou amplo conhecimento do investidor quanto à empresa alocada em mercado aberto para investimento) sucedido pelo abrupto rompimento da confiança daqueles caracterizados pela vulnerabilidade (fática, técnica e jurídica)², notadamente quando há ruína posterior do empreendimento por falta de bases sólidas.

A questão toma prumo a considerar que os métodos atualmente praticados pelos responsáveis por esses esquemas são completamente diferentes daqueles outrora eleitos como causa subjacente da legislação punitiva de âmbito penal, pelo menos no Brasil, até porque o núcleo do modal proibitivo é exatamente sancionar aquele que obtém ganho ilícito

¹ No Brasil, neste sentido, há episódios ricos para a literatura jurídica interna e internacional os quais mantêm vários tipos de ilicitudes reunidas numa só atividade. Vale a lembrança quanto aos empreendimentos ardilosos realizados através das empresas Fazendas Reunidas Boi Gordo, Avestruz Master, Blackdever, Encol S/A, entre outras.

² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 141 e seguintes. É importante verificar a taxonomia da vulnerabilidade. Diz-se técnica quando o consumidor é desprovido de cognoscibilidade sobre os meios de utilização do produto ou serviços e os efeitos colaterais dele decorrente. A jurídica decorrente da ausência de pleno conhecimento da extensão de direitos e obrigações por parte do consumidor. Introduzimos aqui a vulnerabilidade financeira como se observa do texto. Para as hipervulnerabilidades (vulnerabilidade agravada) decorrentes da junção de duas amplas fraquezas setoriais (consumidor e criança; consumidor e idoso), verificar em MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 125 e MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, como também DENSA, Roberta. **Direito do consumidor**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18.

(ou tenta) em detrimento ao povo ou número indeterminado de pessoas mediante especulações ou meios fraudulentos, nos termos da legislação que data da década de cinquenta e ainda faz-se vigente (Lei federal nº 1.521/51, art. 2º, inc. IX).

Breve espaço se abre apenas para refletir que quando a citada legislação foi levada à vigência, em homenagem à reserva legal, fixando tipos penais contra os ataques à economia popular, o Brasil vivenciava o pós-guerra com grande abertura para os mercados e ao mesmo tempo sofrendo a ganância e usura desenfreada decorrentes desta nova experiência, o que proporcionou a elaboração de lei sem a utilização de termos polissêmicos, passíveis de função diacrônica. A linguagem aprimorou-se na especificidade, o que a distanciou da realidade ao longo do tempo³.

Para a contemporaneidade é dizer que frente aos comandos constitucionais exigentes do *dever de proteção* quanto à segurança (CF, art. 5º, *caput*) e respeito ao consumidor (CF, art. 5º, inc. XXXII e art. 170, inc. V) os elementos descritos no dispositivo penal (a saber: meios fraudulentos, especulação e ganho ilícito) são, por si só, ‘insuficientes’ para a promoção efetiva do lesado, da economia popular e ainda da confiança coletiva, tendo em vista, por óbvio, a transmutação e os modos de realização desses imbróglis econômicos nesta pós-modernidade hipercomunicativa. Está-se diante o dever de proteção e a proibição de insuficiência atinentes ao vulnerável⁴.

³ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Aspectos novos da lei de economia popular**. RT. v. 607. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 264. Pondera: “*Culminando a série de decretos-leis baixados a partir de 1938, a Lei 1.521/51 foi editada em 26.12.51, para vigorar a partir de fevereiro/52. Precedida de largas discussões no Congresso, uma vez que o País já retomara à plenitude democrática, esta lei mostrou-se necessária em razão do momento então vivido. Estávamos no período do após-guerra, quando a economia mundial se expandia, buscando novos mercados. Os apetites brotados à sombra do surto desenvolvimentista mostravam seu facies cruel, sujeitando a economia popular a insuportável provação. A edição da Lei 1.521/51 visava à proteção desse bem jurídico e dos seus interesses correlatos*”.

⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 138. A saber: “*A proibição de insuficiência não coincide com o dever de proteção, mas tem, antes, uma função autônoma relativamente a este. Pois trata-se de dois percursos argumentativos distintos, pelos quais, em primeiro lugar, se controla se existe, de todo, um dever de proteção, e, depois, em que termos deve este ser realizado pelo ordinário sem descer abaixo do mínimo de proteção jurídico constitucionalmente exigido. No controlo da insuficiência trata-se, por conseguinte, de garantir que a proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência, e que bens jurídicos e interesses contrapostos não são sobre-avaliados*”.

Portanto, a reação jurídica deve ser sistêmica⁵, englobando não apenas o aporte penal de outrora, mas o pluralismo de fontes, iniciando-se por aquelas originárias de valores superiores (essencialmente relativas à ordem constitucional), com nítido acompanhamento das disposições supranacionais (a exemplo das diretivas da comunidade europeia) e das leis temáticas de direito privado, com relevo redobrado ao Código de Defesa do Consumidor e Código Civil. Ainda é possível ter presente como fonte manifestações particulares que igualmente visem reprimir esse modelo ardiloso, o que pode ser facilmente verificável por meio de negócios jurídicos plurilaterais de proteção ao mercado pelos próprios vulneráveis (associação de investidores).

Evidente que diversas respostas do sistema jurídico são possíveis para questões que envolvam tais estratagemas ardilosos, desde o básico reconhecimento de nulidade de transações daí surgidas, com eventuais indenizações ademais das medidas inibitórias para evitar outras situações jurídicas lesivas.

Ao lado desta observação cumpre, democraticamente, auscultar o manejo argumentativo dos *criativos empreendedores* destas atividades com esteio na autonomia privada, encampada constitucionalmente e que, em tese, permite a criação de novos modelos econômicos, sem se descurar que, de margem oposta, existem limites ponderáveis quanto à sua atuação frente a pleitos de ordem pública.

E nesta ótica viceja a economia popular como manifestação de ordem pública a ser tutelada, considerando-a como bem fundamentalmente coletivo.

⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Para além de indicar o eixo do sistema jurídico através da unidade (coerência) e ordenação (adequação por princípios), explica: “o sistema jurídico é um sistema aberto, não fechado. Aberto no sentido de que é incompleto, evoluiu e se modifica. A abertura do sistema científico decorre da incompletude e da provisoriidade do conhecimento científico”.

2. O reconhecimento da vulnerabilidade financeira da pessoa

Inicialmente vale anotar que não há mercado sem pessoa e não há pessoa sem tutela jurídica⁶! Ademais da pessoa essencialmente considerada (*em seus conteúdos nucleares*)⁷ e mesmo da interação primária de conjunto (*grupos familiares*)⁸ há, sobretudo, dimensões coletivas historicamente originadas a partir da solidariedade⁹ e que, quando analisadas à regência de métodos científicos contemporâneos, revelam organização sob a inconstância e incerteza da hipercomplexidade demonstrando a existência de nichos sistemáticos paralelos que podem se acoplar estruturalmente¹⁰. Estes sistemas, sem a pretensão de exaurir, são conhecidos como sistema social, político, econômico, cultural, ambiental etc.

Fato é que a preocupação quanto à higidez do mercado – que nesse ponto apenas legitima-se enquanto palco de respeito à pessoa – cada vez mais torna-se exigível no plexo comunitário. Seria, então, de abordar a interação

⁶ STIGLITZ, Rúben S. y STIGLITZ Gabriel A. **Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor**. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 7. A advertência é significativa: “*Los límites constitucionales al desarrollo de la actividad privada, en cuanto no puede usurpar las esferas de la seguridad, salud, libertad y dignidad humana, advierten que hoy ‘utilidad social’ no es más sinónimo de ‘interés de la producción o del sistema de la empresa’.* La prosperidade colectiva exige ahora que la libertad económica privada, aunque subsistiendo como postulado fundamental de los sistemas occidentales, quede sujeta, sin embargo, a una penetrante disciplina a fin de que la actividad realice fines sociales, asegurando la máxima tutela posible de los intereses del público, y excluyendo entonces una organización de la empresa lesiva de los atributos esenciales del consumidor”.

⁷ Expressão rica e magnífica Peter Häberle. In: HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 202. Para quem, aliás, a *Grundgesetz*, irradia duas bases fundamentais para a proteção desse *mínimo ético*: a não instrumentalização da pessoa (mero objeto) e o grau de inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos fundamentais, como garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 161. Evolui: “*Naquele passo a família era limitada a representar uma aquarela de tonalidades e cores morais e sociais, em lugar de ser uma tela policrômica para o desenho do sentimento e do afeto. Essa renovada estruturação familiar abriu as portas à compreensão. Essa renovada estruturação familiar abriu as portas à compreensão e ao reconhecimento de inúmeros outros tons, a rigor sem modelos excludentes, resultado de uma série de transformações sociais, especialmente ocorridas aos anos que sucederam a gênese da nova ordem constitucional*”.

⁹ DURKHEIN, Émile. **Da divisão do trabalho social**. v. 1. 2.^a ed. Lisboa, Editorial Presença, pp. 87 e ss e 131 e ss.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Iteso, 1996, p. 87. Mas é de vínculo mencionar que a teoria dos sistemas e Luhmann, antes de humanista e personalista, é de cariz estrutural-sistêmico onde a pessoa tem quase nenhum significado.

ou coordenação entre os sistemas econômico e jurídico¹¹. Evidente que vozes poderosas se erguem contra a regulação do mercado por ‘ferramentas externas’, especialmente do ponto de vista da intervenção jurídica, compreendendo-o simplesmente como abstração democrática, desprovida de táxis e caracterizada por ordem própria e espontânea¹². Sugere-se apenas o contrato (e não a lei) como instrumento jurídico adequado à *lex mercatoria*¹³.

Sem dúvida, no entanto, que a ausência de controles e limites, com nítido abandono das pessoas no âmbito da *aldeia global comercial*, é campo fértil para a colheita de iniquidades, inseguranças, exclusões e, notadamente, sujeição da pessoa ao mercado¹⁴ (situação essa da qual o direito privado, especialmente, busca evoluir há tempos)¹⁵.

¹¹ CAFFE, Federico. **Diritto ed Economia: un difficile incontro**. In: problemi attuali dell'impresa in crisi. Studi in onore di Giuseppe Ferri. Padova: Cedam, 1983, p. 11. Adverte sobre a necessidade de vencer as fronteiras entre os diferentes campos do conhecimento, a fim de facilitar a coordenação disciplinar entre economistas e juristas.

¹² HAYEK, F.A., **Lei, legislação e liberdade**. In: A idéia de justiça de Platão a Rawls. Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 375. Do mesmo autor: HAYEK, F. A. **Law, legislation and liberty**. Volume 1: Rules and Order. Chicago: Chicago University Press, 1978.

¹³ GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 232. Polemiza: “l'avvento della società post-industriale non reclama, come reclamo l'avvento dell'era industriale, profonde riforme legislative: il quadro del diritto codificato resta immutato. Ma resta immutato perché sono altri, non già le leggi, gli strumenti mediante i quali si attuano le trasformazioni giuridiche. Il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto”.

¹⁴ CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Trad. Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 146. Para quem a resposta aos desníveis desproporcionais de classes provocados pelo globalismo se encontram: i) na reconstrução ética dos vínculos sociais; ii) na condição de dignidade da pessoa humana reincorporada ao ordenamento; iii) na desalienação técnica, considerando a distância entre a vida cotidiana e a complexidade das decisões empresariais e governamentais; iv) aproveitamento do princípio da diferença para a proteção das discrepantes individualidades desenvolvidas no pluralismo social. Realça com sensibilidade: “Os cidadãos são chamados a sacrificar-se a cada crise econômica (isto é: podem ver-se despedidos, aposentados de improviso, empobrecidos, marginalizados) enquanto se estrutura o capital (isto é: quando este se desprende de técnicas produtivas obsoletas, se rehierarquiza e amplia o âmbito de seu domínio); e não de adaptar-se logo a seus ciclos de euforia, ou seja, consumir. Entregar a alma. Consumir qualquer coisa que se produza massivamente. Os cidadãos são livremente servos”.

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 505. Cumpre a advertência alvita: “A desenfreada liberdade do mercado se traduz em luta e em conflito, correndo o risco de afogar ‘na água gélida do cálculo egoísta os santos frêmitos da exaltação religiosa’ e ética, de relegar a dignidade pessoal a simples valor de troca, expondo os sujeitos vulneráveis, subjugados ou explorados à marginalidade. Desse modo, o mercado se configura como um instrumento de enfraquecimento das relações sociais, que conduz os homens a uma mercantilização infinita e ao conflito contínuo que não pode encontrar uma redução ou uma mediação na política sem limitar as liberdades econômicas, sem corromper o quadro das liberdades civis e, portanto, a própria democracia. A liberdade econômica torna-se liberdade política; a economia domina a política, e ao livre consenso dos homens não mais compete estabelecer os fins da sociedade; a hipótese é que o homem, capaz de um perfeito cálculo das próprias utilidades, saiba sempre maximizá-las. O mercado assume o papel institucional de organizador de relações sociais e de redistribuidor de riquezas e os grandes grupos econômicos, que exercem a função de governo privado da sociedade, prestam-se à cooperação e ao patrocínio compatíveis com o próprio egoísmo, mas em nada disponíveis a gestos e formas de sincera solidariedade”.

Pode-se dizer que não apenas os apontamentos acima, mas em junção com outras situações de intensa vigília, foram motes vívidos do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado. A Resolução nº 39/245/1985 da Organização das Nações Unidas, ao tratar das linhas gerais de proteção ao consumidor, identifica no item 1 a vulnerabilidade (*imbalances*) do consumidor como pressuposto básico de consolidação das tratativas supranacionais no que respeita esse direito humano.

A recepção deste modelo pela Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5º, inciso XXXII) possibilita o *cotejo crítico* quanto ao instituto da incapacidade civil (capacidade de fato) da pessoa, isto porque a vocação alocada no Código Civil (art. 3º e 4º) demonstra-se, sobretudo, de natureza patrimonial, tendente a proteger os desprovidos de maioridade ou com causas patológicas, ébrias e perdulárias na consecução de negócios jurídicos – *nada indicando sobre as relevantíssimas questões existenciais dos ‘sujeitos’ ali tratados*¹⁶. *A vulnerabilidade, lado outro, encontra fundamento no princípio da igualdade substancial e parte da presunção de que a intensa discrepância entre os agentes econômicos (fornecedor e consumidor), independentemente do exercício da capacidade, merece promoção e tutela. Portanto, a vulnerabilidade tem intenso arrimo constitucional*¹⁷.

E exatamente neste ponto, sob o ângulo de negócios jurídicos caracterizados por objeto ilícito de lucro fácil ou por negócio jurídico ainda não regulado no âmbito legislativo (como na hipótese das empresas de marketing multinível, mas prenhe de incertezas e potencialmente danosos aos incautos) é que defendemos subespécie de vulnerabilidade: a financeira.

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85. Aguda observação: “*Não sem sentido, nestes quadrantes, o sujeito não é em si, mas tem para si titularidades. É mesmo pessoa real e concreta (cujas necessidades fundamentais como moradia, educação e alimentação não se reputam direitos subjetivos porque são demandas de ‘outra ordem’), e é mais um individual patrimonial*”

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Consumidores**. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2003, p. 35. Neste sentido: “*La vulnerabilidad del consumidor es la que justifica la aplicación del principio protectorio constitucional (...). Hemos afirmado que el Derecho del consumidor es un área del Derecho protectorio, de base constitucional, que tiene manifestaciones en todos los ámbitos en base a un orden público que se impone en las relaciones jurídicas, tanto para proteger, como para ordenar la sociedad en base a principios de socialidad. Existe un supuesto de hecho que es el que demanda la protección, un estado de riesgo colectivo o de una clase o grupo, que el Derecho atiende especialmente. La noción de vulnerabilidad define el supuesto de hecho de la norma de protección*”.

Alerte-se não se vindicar inovação alguma, porque ela deriva da vulnerabilidade nas espécies fática (ou econômica), técnica e jurídica. Há, porém, a especificidade de ater-se a duas operações básicas: *empréstimos* (crédito pessoal) e *investimentos* (captação de poupança), quer sejam feitos em instituições bancárias ou não¹⁸.

No primeiro caso, desde já a vulnerabilidade financeira é tranquilamente verificável no surgimento do superendividamento de massa. Na sociedade consumista o vulnerável adere a diversos tipos de contratações bancárias em busca de crédito pessoal comprometendo o mínimo existencial e a qualidade de vida digna¹⁹. Dentre as causas de referida situação financeira humanamente deficitária se verifica o abuso do agente financeiro na omissão de cumprir com a carga principiológica quanto ao *direito fundamental ao crédito responsável ou sustentável*.

Tal direito fundamental deriva da conjunção do art. 4º da Lei federal nº 10.820/2003²⁰ aos vetores constitucionais de defesa do consumidor e ordem econômica (CF, art. 5º, inciso XXII e art. 170, inc. V): caso claro de

¹⁸ FROTA, Mário. **Serviços financeiros à distância – um tijolo mais na edificação de um espaço econômico europeu único**. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (org.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Sem atribuir idêntica conclusão, contribui ao comentar a Diretiva 2002/65/CE que institui o regime de serviços financeiros à distância: *“O regime que ora se institui assenta no pressuposto de que é do interesse dos consumidores aceder sem discriminações à mais ampla gama de serviços financeiros disponíveis na comunidade, de modo a poderem escolher os que mais se adequam às suas necessidades. E por forma a garantir-se a ‘liberdade de escolha dos consumidores’, que é direito fundamental, indispensável se torna assegurar-lhes um elevado nível de protecção. Só um elevado nível de protecção é susceptível de garantir o reforço da confiança do consumidor nas negociações entretecidas à distância”*.

¹⁹ LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 144. Explica: *“As dificuldades econômicas, nem sempre são consequências do desemprego, doença, entre outros motivos semelhantes. Há inúmeras situações denominadas de superendividamento ‘ativo inconsciente’ que decorrem da inexperiência, da pobreza, do reduzido nível de escolaridade entre outras circunstâncias que impossibilitam os consumidores de avaliar corretamente a sua capacidade de reembolso e da concessão abusiva de crédito. Portanto, não seria absurdo afirmar que esses consumidores, salvo prova em contrário, também estariam de boa-fé”*. Ver ainda: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

²⁰ BRASIL. Lei federal nº 10.820/03. “Art. 4º A concessão de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil será feita a critério da instituição consignatária, sendo os valores e demais condições objeto de livre negociação entre ela e o mutuário, observadas as demais disposições desta Lei e seu regulamento”.

*direito fundamental por derivação (linha argumentativa)*²¹. Nesta hipótese normativa, às instituições de crédito cumprem, nos ditames de referidos axiomas, a partir de seus contratos, desencadear aos consumidores ampla e máxima efetivação de seus direitos (*e na sua omissão cabe ao Estado por seus órgãos de proteção ao consumidor fazê-lo*)²² evitando-se (*ex ante*) o flagelo da marginalização e exclusão social, operando créditos em condições adequadas à situação existencial da pessoa; e no eventual rebaixamento da qualidade de vida pelo crédito já concedido e contratado predispondo-se ao reequilíbrio creditício (*ex post*), através da cláusula geral de boa-fé, rumo ao *dever de renegociação*²³.

A segunda figura é referente ao consumidor que se vê desprovido de conhecimento das potências dum mercado hipercomplexo e fragmentado, repassando suas economias ao setor empresarial de captação de poupança

²¹ Direitos fundamentais necessariamente não necessitam estar escritos na Constituição Federal. Além da existência da *cláusula geral de direitos fundamentais* assentada no § 2º do art. 5º da Constituição Federal (um dos motes da chamada *constituição aberta*), é possível a verificação de direitos fundamentais ‘*derivados*’, porém não escritos, obtidos por meio de argumentação jurídica, conforme DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 136. Aborda: “*uma norma associada é válida, sendo considerada uma norma de direito fundamental, quando, para sua associação a uma norma diretamente estabelecida na Constituição for possível uma correta fundamentação relacionada aos direitos fundamentais [...], à medida que se torna possível realizar relações de fundamento (Grund) e de precisão (Präzisierung), verifica-se que existem outros enunciados linguísticos que originam normas associadas, de modo que as normas de direitos fundamentais podem ser derivadas por meio de fundamentação e pela técnica de argumentação jurídica, que informa o direito como um discurso prático*”.

²² Para a máxima efetividade, a contribuição da jurisprudência alemã foi incisiva, até porque na dimensão objetiva proporcionou a função ao Estado de garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros. Ou seja, o Estado abandona a categoria de adversário do cidadão para a função de guardião de direitos, através do dever de proteção que pode assim ser escalonado: *i) dever de proibição* (vedação de determinada conduta); *ii) dever de segurança* (proteger o indivíduo contra ataques de terceiros); *iii) dever de evitar riscos* (adotar medidas de proteção ou prevenção em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico). Ver em MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

²³ MARQUES, Cláudia Lima. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul**. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 268. Leciona: “*Assim, considera a parte majoritária da doutrina alemã que haveria uma espécie de dever ipso jure de adaptação (ipso jure-Anpassungspflicht) ou dever de antecipar e cooperar na adaptação, logo, dever (ou para alguns Obliegenheit) de renegociar (Neuverhandlungspflicht) o contrato*”.

popular²⁴. Nesta perspectiva, o consumidor – jejuno quanto aos meandros internos do mercado financeiro – aporta suas decisões muito mais sob o impacto da publicidade convidativa, do que pela cognoscibilidade do potencial de rentabilidade do investimento realizado.

A força extremada da publicidade é capaz de apagar a lógica preventiva²⁵ dos menos avisados referente aos riscos potenciais em confiar os parcos ganhos mensais e anuais arregimentados com sacrifício, anulando-se exame de autotutela e o juízo crítico, incentivando o repasse das economias (geralmente oriundas da força de trabalho) às empresas que exercem atividade ilícita, mas que desfrutam de ‘fachada’ de idoneidade. A publicidade persuade, convence e vence²⁶ o domínio intelectual do vulnerável, que adentra no mercado certo de que o empreendimento é sólido, rígido e incontroverso.

O vulnerável financeiro desprovido de conhecimento mínimo que seja sobre as nuances do mercado (que aliás é global, não é regional e nem mesmo nacional) é o destinatário das inúmeras ofertas espargidas na sociedade de consumo, sendo que cria em seu interior cognoscitivo a

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Relação de consumo entre os depositantes de caderneta de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam poupança popular**. In: Doutrinas essenciais de direito empresarial. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 381. Indica o interessante aspecto daqueles que captam poupança popular, dentre eles os bancos, à base do enriquecimento sem causa: “Nunca ninguém aduziu que em matéria de administração e gestão do dinheiro alheio depositado nas contas de poupança popular há enriquecimento sem causa ou ilícito dos bancos (ungerechtfertigte Bereicherung). Há enriquecimento sim, pois lucram com juros de mercado e pagam juros de poupança, mas há causa (...) contratual, bilateral, sinalagmática; há contraprestação por serviços prestados, logo, é a relação sinalagmática, legal e causal, que torna este enriquecimento lícito”.

²⁵ As publicidades são ousadas, isto porque além da linguagem de fácil acesso para convidar ao investimento e nada informar quanto aos riscos, contam com atores que gozam de credibilidade por parte da opinião pública ou retratam prosperidade e satisfação pelo resultado de pessoas comuns supostamente investidoras nas operações. Vejam os exemplos: i) Boi gordo: <https://www.youtube.com/watch?v=dnV-Gu3oaIw>, extraído em 02/01/2015; ii) Avestruz Master: <https://www.youtube.com/watch?v=VesJc5yfLLc>, extraído em 02/01/2015; iii) Blackdever: <https://www.youtube.com/watch?v=h-OeDs-WDtq>.

²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. **O controle jurídico da publicidade**. In: Revista de direito do consumidor. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 27. Esclarece: “Suas técnicas de persuasão utilizadas no convencimento do consumidor - sofisticadas, complexas e nem sempre totalmente perceptíveis pelo destinatário - lhe dão um grande poder social, enaltecendo mais ainda sua relevância. A publicidade é uma das mais poderosas formas de persuasão e manipulação social existentes na sociedade moderna. Não é à toa que é ela percebida como verdadeiro instrumento de controle social”.

legítima expectativa de que a aplicação em determinado fundo (às vezes orientado pelo gerente de banco)²⁷ ou mesmo o repasse das economias à empresa que promete juros e acessórios bem acima do valor de mercado sem a entrega de qualquer produto ou serviço e desprovida de autorização específica para operar no mercado (pirâmide financeira ou empresas de gestão fraudulentas)²⁸ trará êxito e situação de plena lucratividade e rentabilidade, sendo após surpreendido pela perda patrimonial.

Some-se a isso o fato de que geralmente o surgimento de referidos empreendimentos ardilosos são correspectivos aos momentos em que o mercado de crédito encontra-se fraco, considerando as poucas opções oficiais seguras ou eventuais etapas de crise financeira, sendo que a oferta de rápido e lucrativo retorno cria a expectativa de melhoria das economias para o incauto naquela circunstância de penúria.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ap 0162181-56.2011.8.26.0100 - 22.ª Câmara de Direito Privado. RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação indenizatória - Dano material - Banco - Fairfield Sentry Fund - Instituição financeira que permite e recomenda à consumidora aplicação em fundo de investimento fraudulento - Fraude intencionalmente arquitetada, sem a prévia e indispensável *due diligence*, que não constitui risco do aplicador, mas clara e objetiva desídia e negligência de quem deve orientar, encaminhar e providenciar a aplicação financeira - Verba devida - Inteligência dos arts. 186, 927 e 932, III, do CC/2002. Ementa oficial: Ação indenizatória. 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 arts. 186, 927 e 932, III, todos do CC/2002. Respeitável sentença reformada. Reparação pelos prejuízos acolhida. Recurso de apelação provido.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI 1.069.028-3. COMPETÊNCIA - FAZENDAS REUNIDAS BOI GORDO S/A - AÇÃO ORDINÁRIA - CONCORDATA PREVENTIVA - CONTRATO DE INVESTIMENTO - NATUREZA - As ações onde se discute a natureza jurídica do contrato de investimento celebrado com a Boi Gordo, e outras, onde pretende-se a restituição dos bois e/ou indenização, processam na comarca da Capital - Inobstante a tramitação da concordata preventiva na cidade de Comodoro - MS -, o ato jurídico foi praticado em São Paulo, local onde reside o agravante e a agravada declina possuir a sede - Local, ainda, onde foram celebrados a maioria dos contratos, revelando ser o centro da atividade empresarial da agravada - Aplicabilidade, também, do art. 6.º, inciso VIU, do CDC, no sentido da facilitação da defesa do consumidor - Inaplicabilidade dos artigos 7.º, parágrafo 2.º, 23 e 147 da Lei Falimentar (Lei nº 7.661/45) - Prevalência, ainda, da regra do art. 100, inc. V, letra "a", do CPC, sobre as dos arts. 94 e 100, inc. IV, "a", do mesmo diploma - Precedentes da Corte e do STF - Agravo parcialmente provido".

3. A economia popular como bem fundamental social: regime e captação

A economia popular tem relevância significativa na manutenção da sociedade em acompanhamento a outras figuras essenciais de vínculos comunitários: tais como patrimônio público, moralidade administrativa, bens e direitos de valor artístico, estético e histórico e meio ambiente. Do exposto, o desprezo à inerente promoção pode gerar efeitos extremamente graves ao plexo social e ao Estado. Deve-se dizer sem recuo: a tutela da economia popular é vital para a estabilidade do grupo social.

Emblemáticos exemplos de ausência de tutela suficiente à economia popular testificam a bancarrota não apenas da sociedade civil, como do próprio Estado. O Fundo Monetário Internacional publicou em revista especializada o desastre ocorrido na Albânia, entre 1996 a 1997, descrevendo a existência de guerra civil naquele país: “O fenômeno de esquema de pirâmide na Albânia é importante porque sua escala em relação ao tamanho da economia foi sem precedentes, e as consequências políticas e sociais do colapso desse esquema foram profundas. No seu auge, o valor nominal dos passivos de esquemas de pirâmide ascendeu a quase metade do PIB. Muitos albaneses – cerca de dois terços da população – investiram neles. Quando o esquema entrou em colapso, houve tumultos incontidos, caiu o governo e o país desceu em anarquia e guerra civil, com aproximadamente 2.000 pessoas mortas. A experiência da Albânia tem implicações significativas para outros países em que as condições são semelhantes às que levaram à ascensão de esquemas na Albânia, e outros podem aprender com a forma como as autoridades albanesas trataram – e maltrataram – a crise”²⁹.

²⁹ JARVIS, Christopher. **The rise and the fall of Albania's pyramid schemes**. In: Finance & development. International monetary fund. Number 1. v. 37. March 2000. Tradução livre de: “The pyramid scheme phenomenon in Albania is important because its scale relative to the size of the economy was unprecedented, and because the political and social consequences of the collapse of the pyramid schemes were profound. At their peak, the nominal value of the pyramid schemes liabilities amounted to almost half of the countrys GDP. Many Albanians—about two-thirds of the population—invested in them. When the schemes collapsed, there was uncontained rioting, the government fell, and the country descended into anarchy and a near civil war in which some 2,000 people were killed. Albanias experience has significant implications for other countries in which conditions are similar to those that led to the schemes rise in Albania, and others can learn from the way the Albanian authorities handled—and mishandled—the crisis”.

O ordenamento jurídico brasileiro, afora a Lei federal nº 1.521/51 que trata especificamente sobre crimes praticados contra a economia popular, mantém diversos dispositivos espargidos em leis com objetos diferentes, mas que convergem no sentido da promoção e tutela deste bem fundamental. O escopo da presente pesquisa é aproximar as opções legislativas, contudo ao final maior preponderância será dada à opção sistêmica, por óbvio através da hierarquia de valores.

São verificáveis as seguintes designações dispositivas: *i)* a Lei complementar federal nº 135/10 que alterou parte da lei complementar nº 64/90 dispõe sobre as causas de inelegibilidade candidato à eleição (chamada *lei ficha limpa*) e veda a candidatura daquele condenado por crime contra a economia popular (art. 2º, alínea 'e', 1) *ii)* o Código Penal estabelece a hipótese de aumento de pena se o tipo de estelionato contou com projeções contra a economia popular (CP, art. 171, § 3º); *iii)* o Código Civil ao disciplinar a sociedade simples veda que o administrador tenha condenação por crime praticado contra a economia popular (CC, art. 1.011, §1º); *iv)* a Lei federal nº 4.591/64, no art. 65, dispõe ser crime contra a economia popular promover a incorporação imobiliária a tanto valendo-se de afirmação falsa em contrato ou oferta quanto à constituição do condomínio, instituição da frações ideais ou sobre a construção das edificações; *v)* para os cargos de administração em cooperativas vedam-se as postulações daqueles condenados por crimes contra a economia popular (Lei federal nº 5.764/61, art. 51); *vi)* na recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária não são admitidos na condução da atividade empresarial o devedor e o administrador condenado por crime contra a economia popular (Lei federal nº 11.101/05, art. 64, inc. I).

Ao seu turno, a Lei federal 1.521/51 indica as possibilidades de lesão à economia popular, considerando: desrespeito ao tabelamento de preços em situação de controle estatal; negativa de atendimento às demandas de prestação de serviços essenciais à subsistência ou sonegação de estoques; exposição à venda de produto que esteja em desacordo com as determinações oficiais de peso e composição; mistura de gêneros e mercadorias de espécies diferentes com exposição à venda como puro; mistura de gêneros de qualidades diferentes para venda com o custo mais alto; exigência de exclusividade de comprador; fraudar pesos ou medidas de produtos, bem como fraudar, nos contratos em parcelamento da prestação, sorteios ou mesmo negando a devolução de parcelas eventualmente já pagas.

Apenas em abordagem sintética vê-se claro que os *fattispecies* contemplados nos artigos 1º e 2º da mencionada legislação tem forte similitude com os desígnios normativos atuais do Código de Defesa do Consumidor. Aliás, no Brasil, a tutela da economia popular tem cariz de fundamento histórico para a vigência e o desenvolvimento do Código de Defesa do Consumidor³⁰.

Mas em continuidade é de destaque fundamental a proteção da economia popular quanto às regulações a respeito da respectiva *captação*. A ordem jurídica nacional admite a *captação de poupança popular* basicamente em três modalidades: *i*) mediante autorização do Banco Central para as operações próprias (investimento e poupança)³¹; *ii*) nos termos da Lei federal 5.768/71 pelo pressuposto de autorização do Ministério da Fazenda; *iii*) no mercado de capitais, com fiscalização e supervisão da Comissão de Valores Mobiliários.

Às operações bancárias prefere-se não adentrar a considerar o escopo objetivo da pesquisa, contudo isso não descarta a possibilidade de esquema piramidal através de bancos (como se deu, inclusive, no histórico de Ponzi) e nem mesmo o fato das instituições financeiras serem igualmente vítimas desses estratagemas.

A Lei federal 5.768/71 teve por substrato fundante, quando da respectiva elaboração, regular a captação de poupança popular por prêmios e brindes distribuídos mediante sorteios e a título de propaganda. Esse fato foi encorajador aos empreendedores dos estrategistas de pirâmides, tendo em vista a não indicação da atividade no rol daquelas ali contempladas, parecendo estarem isentos da vigilância fazendária enquanto logravam lucros desmedidos. Tenha-se, contudo, que o Decreto nº 70.951/72³² regulamentou a lei mencionada e inseriu nítida *norma de encerramento*, possibilitando a

³⁰ CÁCERES, Eliana. **Os direitos básicos do consumidor: uma contribuição**. Revista de Direito do Consumidor. v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 61.

³¹ Também admite-se captação de poupança nos casos de instituições financeiras que operam sistema de investimento, cabendo aí autorização do Banco Central, conforme arts. 10, 17 e 18 da Lei federal nº 4.565/64.

³² Art. 67. *As operações não especificadas*, de captação de poupança popular mediante promessa de conta prestação em bens, direitos ou serviços de qualquer natureza, serão reguladas, no que couber, pelas disposições do Título II deste Regulamento e dos atos normativos que se destinem a complementá-lo.

visualização de outras modalidades de captação sem estarem rigidamente tipificadas, ou seja, mediante o exercício argumentativo e o caso concreto³³.

Paralelo a isso, o ordenamento também possibilita a captação de poupança através do *mercado de capitais* que se dá por tomadores de recursos diretamente ao investidor, mediante a emissão de 'valores mobiliários'. Contudo, essa atividade, que tem por função precípua promover o campo empresarial, é adestrada às Leis federais 6.385/76, 7.492/86, 10.198/01 e 10.303/01.

A Lei federal 6.385/76 cria a Comissão de Valores Mobiliários e dá-lhe a competência para autorizar a captação de poupança por distribuição de valores mobiliários; a Lei federal 7.492/86 trata-se de lei penal que define os crimes contra o sistema financeiro; a Lei federal 10.198/01 regula o mercado de títulos e define os contratos de investimento coletivo; e Lei federal 10.303/01 atualiza o sistema³⁴.

Destarte, o instrumento jurídico – diga-se utilizado sem escrúpulos para o exercício ilícito da pirâmide financeira – é o contrato. Entenda-se aqui que como há coletividade investidora, *in casu*, ainda amoldará à espécie a figura do contrato coletivo de investimento, nos termos da lei 10.198/01 e que é exigente de autorização da CVM, conforme art. 1º, § 7º.

A doutrina, com base na experiência norte-americana demonstra o desiderato de referido contrato: "contrato de investimento, para fins do Securities Act, significa um contrato, transação ou esquema, por meio do qual uma pessoa investe seu dinheiro em um empreendimento comum e é levada a ter expectativa de auferir lucros decorrentes exclusivamente do esforço do

³³ BRASIL. TJDF. AC: 4784598. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS LESIVAS AO CONSUMIDOR - TUTELA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO - CAPTAÇÃO DE ECONOMIA POPULAR. 1. O Ministério Público é parte legítima para a propositura de ações que visem a anulação de cláusulas contratuais lesivas ao consumidor, na defesa de interesses individuais homogêneos e da ordem econômica. 2 – É abusivo o percentual de 5% a incidir sobre o valor já pago pelo consumidor, a título de taxa de transferência de contrato imobiliário, mostrando-se incompatível com a boa-fé e equilíbrio financeiro que devem reger os atos negociais na relação de consumo.

³⁴ Art. 2.º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros."

empreendedor ou de terceiros, sendo irrelevante que a participação detida no empreendimento seja evidenciada por meio de certificados formais, ou por interesses nominais nos ativos físicos empregados no empreendimento. Tal definição incorpora um princípio flexível ao invés de estático, capaz de adaptar-se para compreender os incontáveis e variáveis esquemas desenvolvidos por aqueles que buscam utilizar o dinheiro de outros na promessa de lucros”³⁵.

Por fim, é possível verificar a proteção constitucional quando do controle pelo Estado da atividade econômica, sujeitando as pessoas jurídicas (além dos dirigentes) em caso de danos causados à economia popular (CF, art. 173, §5º).

Em suma, desde a Constituição Federal até legislações de âmbito secundário a economia popular é tratada de forma peculiar, com visão de ampla proteção. Desta abordagem retiram-se, em linhas gerais, conclusões relevantes: i) tipos penais contra a economia popular derivam de diversas práticas (afirmação falsa em incorporação imobiliária, descumprimento de tabelas oficiais, mistura de gêneros etc.); ii) a lesão à economia popular gera sanções no campo penal, civil, comercial e administrativo, não estando adstrita apenas à Lei federal nº 1.521/51; iii) no âmbito penal a lesão à economia popular também tem por consequência o aumento de pena; iv) impede aqueles que foram outrora condenados por práticas a ela irrogadas de ocuparem cargos ou funções, públicas ou privadas, onde a confiança é essencial; v) a captação de poupança popular depende de autorização ou do Ministério da Fazenda ou da Comissão de Valores Mobiliários, quando não se tratar de instituições financeiras.

Por conseguinte, a gama de dispositivos emoldurada permite que se chegue à norma como *“resultado da coligação entre as disposições de vários artigos em uma perspectiva unitária e sistemática do ordenamento”*³⁶. Em outras palavras: *a economia popular é objeto de ampla tutela, não sendo lícitas atividades que possam mitigar a inerente potência, já que atuante no contexto de formação das bases sólidas da sociedade e (reflexamente) do Estado. E justamente neste ponto que se vislumbra a economia popular como bem fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade humana.*

³⁵ MOTTA, Rita de Cássia Luz Teixeira. **O conceito de valor mobiliário no direito brasileiro**. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2002, p. 45.

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 258.

Diz-se bem fundamental, porque sua “acessibilidade é garantida a todos e a cada um porque objeto de outros tantos direitos fundamentais e que por isso, da mesma forma que estes, são subtraídos à lógica do mercado: o ar, a água e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade e, ainda, os órgãos do corpo humano, os fármacos considerados “essenciais” ou “salva-vidas” e similares. Temos assim uma distinção na qual é fácil reconhecer a analogia com a respectiva distinção dos direitos subjetivos em direitos patrimoniais e direitos fundamentais”³⁷.

Por mais que possa parecer contraditório afirmar que a economia popular seja bem fundamental tendo em conta, por características mais proeminentes, a aproximação ao perfil *patrimonial*, deve-se ajustá-la ao conceito proposto por Ferrajoli: não pelo que ela aparenta, senão pelo que proporciona. A orientação é, sobretudo, *funcional*. Do mesmo modo, o patrimônio público e o meio ambiente encontram-se tutelados na Constituição Federal (CF, art. 5º, inciso LXXIII) e são bens de todos e insuscetíveis a uso e gozo de titular único, senão da coletividade³⁸.

Tenha-se, em histórico, que a doutrina da época de edição da Lei federal nº 1.521/51 já tendia neste sentido, reconhecendo na economia popular uma patrimonialidade funcional à cidadania, o que equivale dizer “resultante do complexo de interesses econômicos domésticos, familiares e individuais, embora como *factio juris*, constituindo *in abstracto* um patrimônio do povo, na vida em sociedade”³⁹.

Ao advento do Plano Cruzado com toda modificação da carga econômica brasileira (e as crises antes e depois existentes), o tema jurídico

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma carta dos bens fundamentais**. In: Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 54.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma carta dos bens fundamentais**. In: Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 56. Comparando-se com os bens patrimoniais a visualização da fundamentabilidade é mais fácil, Veja: “E, analogamente, também os bens patrimoniais são bens singulares, no sentido de que seu desfrute é garantido exclusivamente aos titulares dos direitos patrimoniais dos quais são objeto; são predispostos por normas hipotético-deônticas juntamente com os respectivos direitos, dispostos como efeitos dos atos por elas hipoteticamente previstos; e são, por isso, a par dos direitos dos quais são objeto, disponíveis e alienáveis”.

³⁹ OLIVEIRA, Elias. **Crimes contra a economia popular**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 17.

respeitante à economia popular novamente ganhou destaque na dogmática que a alçou à noção de interesse difuso, porquanto compreendida como *tertium genus* entre a economia pública e a economia privada e daí com amplo espectro de tutela.

Vale o registro: “não é o patrimônio individual, portanto, que se protege, mas o patrimônio do povo em geral, ameaçado pela ganância dos que pretendem locupletar-se com a exploração das necessidades fundamentais de toda uma comunidade. Para designar esse bem jurídico e os interesses que lhe são sempre correlatos, fala-se, hoje, em *direitos difusos*. Daí conceituar-se a economia popular como um bem coletivo, estimado não apenas pelo que representa de importante para um indivíduo, mas porque essa necessidade individual é a expressão de iguais necessidades relacionadas com todos os componentes no mesmo estrato social”⁴⁰.

Toma-se apenas a classificação apresentada por Luigi Ferrajoli⁴¹ já que enquanto *bem fundamental social* a economia popular tem por desiderato fornecer concretude a inúmeros *direitos fundamentais*, especialmente aqueles relativos à pessoa consumidora (saúde, segurança, legítimas expectativas, propriedade etc.). Está-se ante antigo aríete jurídico que foi esquecido pela dogmática e que tem muito a contribuir com a defesa do plexo social e dos vulneráveis. O modelo histórico da Albânia é efervescente do ponto de vista empírico: a pirâmide anulou a economia popular (e a partir disso defenestrou o governo; arruinou a estrutura social e sucumbiu com milhares de vidas).

A conclusão aqui aportada é tranquila e factível se entreolharmos o *caráter dinâmico* da dignidade da pessoa humana, qual seja, o livre desenvolvimento da personalidade. Nesta seara, a economia popular, como *bem fundamental social*, se apresenta com função singular na promoção dos diversos membros, configurando base sólida para a formação da comunidade de pessoas livres, até porque traço marcante é a solidariedade.

⁴⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Aspectos novos da lei de economia popular**. RT. v. 607. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 263.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma carta dos bens fundamentais**. In: Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 58. Dentro da tipologia sugerida pelo Professor Italiano, a economia popular pode ser compreendida como *bem fundamental social*, porquanto os direitos que visa atender são aqueles ligados ao atendimento das necessidades essenciais da pessoa humana”.

Hans Carl Nipperdey⁴² ao abordar a dignidade da pessoa humana lembra: “O direito fundamental da dignidade da pessoa e o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade são as normas fundamentais decisivas da constituição alemã. No artigo 1 I está em questão a proteção da pessoa na sua essência, no artigo 2 I, a proteção de sua dinâmica. Contudo, essas determinações constitucionais não estão uma ao lado da outra sem relação. Ao contrário, o artigo 2 I remonta ao artigo 1 I, que é última raiz e fonte de todos os direitos fundamentais formulados posteriormente e, com isso, mesmo o direito fundamental principal material. O artigo 2 I faz claro que no âmbito dinâmico da pessoa sua dignidade situa-se no livre desenvolvimento de sua personalidade. O direito fundamental do artigo 2 I não é um direito fundamental clássico; ele é desconhecido de constituições mais antigas. Ele é, indiscutivelmente, uma inovação do nosso direito constitucional. O direito fundamental quer proteger a vontade de vida dada pela natureza do particular, sua energia pessoal e libertar de todas as barreiras não necessárias. Decisivo é o conhecimento, que somente esse direito ao livre desenvolvimento de todos pode criar uma comunidade de pessoas livres e que iniciativa e intuição nos âmbitos da cultura, ciência, da economia e do social aprofundam também a configuração progressista de todas as condições de vida e a felicidade das pessoas sobre esta terra”.

4. A pirâmide financeira *prêt-à-porter*

Conforme já narrado, a legislação que tratou inicialmente da defesa da economia popular o fez mediante a utilização de linguagem mais aproximada aos acontecimentos de então. O legislador foi desatento em negar linguagem jurídica que pudesse com maior flexibilidade ser utilizada no futuro. Mas, como também ressaltado, é a busca da interpretação pela unidade e ordenação (enfim, preservando o sistema) que sempre restaura equilíbrio hermenêutico para melhor atuação do campo jurídico⁴³.

⁴² NIPPERDEY, Hans Carl. **Livre desenvolvimento da personalidade**. In: Direitos fundamentais e direito privado. Luís Afonso Heck (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 71-72.

⁴³ DEL VECCHIO, Giorgio. **Evolução e involução do sistema jurídico**. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 22. Lembra: “Um sistema jurídico pode realmente parecer-se com um organismo, porque as suas várias partes tendem a se compor e ajustar em coerente unidade, devendo todas servir para regular a vida, que em cada momento histórico é necessariamente vinculada e convergente a determinado fins. Essa é a razão daquele perpétuo trabalho, que é característica especial da Jurisprudência – com o fim de coordenar ou harmonizar entre si normas vigentes e aquelas que promanam continuamente da vida social no seu perene fluir com o fim de integrar as primeiras”.

A vedação ou ilícito penal contido no art. 2º, inciso IX da Lei federal nº 1.521/51 dispõe como crime contra economia popular obter vantagem (ou tentar obter lucros ilícitos) em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas através de especulações ou meio fraudulentos.

Ressoa claro que a legislação de cunho penal não vedou o ganho ilícito. Vedou o ganho ilícito mediante a prática de especulação ou meio fraudulentos. E o pior: fixou modelos para a fraude, através de exemplos temporais da época: *'bolas de neve, cadeias ou pichardismo'* e outros equivalentes. Cada qual de tais figuras fraudulentas têm histórico próprio.

Com apoio em Elias de Oliveira, Manoel Predo Pimentel perfaz o *iter* de cada figura, da seguinte maneira: *"A bola-de-neve é um sistema cooperativo de venda em que o povo sai sempre logrado, iludido na sua boa-fé, uma pessoa é induzida a acreditar que, com a compra de um bilhete de pequeno valor, poderá ganhar um rico prêmio. As cadeias são um ardil conhecido, vez por outra aparecendo com ares de novidade. São uma espécie de capitalização captadora, em que os últimos sempre ficam espoliados. O terceiro exemplo, o pichardismo, que Elias de Oliveira lembra ser assim chamado por derivar do nome do autor do golpe, um italiano chamado Manuel Severo Pichardo, é também comportamento fraudulento consistente em um sistema reintegrativo no qual promete-se ao comprador fornecer-lhe determinada quantidade de mercadoria e, ao cabo de algum tempo, restituir-lhe o dinheiro que pagou"*⁴⁴.

Mesmo que haja previsão no citado dispositivo quanto a outros meios *equivalentes* para configuração da fraude, o que na verdade configura interpretação extensiva, é de se ver que considerando as diretrizes que

⁴⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Aspectos novos da lei de economia popular**. RT. v. 607. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 267. Na bola de neve: *"a condição, porém, é que induza outras pessoas a adquirir bilhetes, resgatando parte do dinheiro que gastou na compra do próprio. Ao terminar sua cota de bilhetes, será premiado, mas a decepção será para os compradores sucessivos, que acabarão fatalmente por não encontrar como colocar os seus cupões, pois a rede se estenderá prodigiosamente, e um vasto número deles, embora haja pago, não receberá coisa alguma"*. Nas cadeias, *"promete-se ganhos fabulosos para quem ingressar na cadeia, colocando seu nome no último lugar de uma lista e enviando uma determinada importância em dinheiro para o primeiro nomeado na mesma lista, distribuindo em seguida, listas novas para as pessoas de suas relações, pedindo que procedam da mesma forma. O lucro advirá para o participante quando o seu nome atingir, com o efeito multiplicador, o topo das listas em curso. A experiência demonstra que muitos concorrentes, sendo retardatários, ficam totalmente fora dessa prometida vantagem"*.

regem o direito penal (especialmente o direito fundamental à liberdade), a extensão deve acompanhar os modelos propostos no tipo, o que fragiliza muito o consumidor a ponderar que os modos utilizados para as pirâmides atualmente são outros.

O Ministério da Justiça chegou a emitir nota técnica quanto às características das pirâmides : *a)* promessa de retornos financeiros extraordinários; *b)* o fato de que o produto vendido tem pouco ou nenhum valor intrínseco; *c)* a descrição do produto feita pela empresa é bastante vaga; *d)* um fluxo de renda que depende prioritariamente da comissão recebida pelo recrutamento de novos associados ou produtos adquiridos para uso próprio e não de vendas para consumidores que não são participantes do esquema; *e)* a tendência de que só os primeiros investidores/consumidores associados tenham alguma renda real; *f)* garantias de que é perfeitamente legal participar⁴⁵.

De observar, no entanto, que a percepção oficial pareceu bastante deficiente. Aliás, não manifestou sobre o essencial, pois além de tipo penal, trata-se de forma ilícita de captação de poupança popular, afora os ataques aos princípios de direito privado e à própria Constituição Federal.

Vale o destaque que na sociedade da informação, especialmente a *Internet* (e, nesse ambiente, as redes sociais), as pirâmides financeiras encontraram *locus* fértil e profícuo para publicizar os ‘milagres’ outrora propagandeados por panfletos. As dimensões da publicidade não têm limites. As características econômicas para a prática do ilícito são plenamente favoráveis, especialmente levando em conta que os ‘contratos’ são despersonalizados, desterritorializados e desmaterializados, culminando apenas em adesão virtual, onde há apenas consentimento (desprovidos das informações essenciais), abrindo espaço à vulnerabilidade financeira e *cyber espacial*⁴⁶.

Pode-se dizer que o número de pirâmides espargidas eletronicamente apenas tende a aumentar considerando a facilidade proporcionada pela hipercomunicação. A existência de inúmeras ações civis públicas e a até força-tarefa do Ministério Público Federal e Estadual são evidências tenazes desta constatação.

⁴⁵ Ver nota técnica 116/2013 – CATON/CGCTPA/DPDC/Senacon/MJ.

⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Comércio eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Ed. RT, 2004, p.73.

O fato da transação ocorrer em nível virtual e transnacional camufla o engendro criminoso e possibilita empreendimento ‘multi-localizado’, onde os investidores se fazem distantes uns dos outros e do próprio empreendedor. Igualmente, o recrutamento de novos investidores por meio da rede amplia por demais o alcance dos investimentos e torna quase impossível separá-las do comércio eletrônico lícito, dada a difusidade do ambiente.

Ao lado das pirâmides surgiu o modelo de empresas de ‘*marketing multinível (MMN)*’ que se perfilham de outra forma: i) atuam na venda de produtos; ii) não obrigam adesão ao sistema; iii) os aderentes ao modelo empresarial são remunerados por comissões de vendas realizadas ao público em geral, não pertencente ao circuito interno da empresa; iv) os aderentes não são remunerados pelo recrutamento de novos agentes. Daí dizer que algumas destas empresas passaram a gozar de reconhecimento de legitimidade, especialmente a considerar o caráter exógeno das vendas.

Aliás, foi o que decidiu o *Federal Trade Commission* ao julgar a licitude da norte-americana Amway⁴⁷.

É importante que seja averbado, no entanto e com base na mesma decisão, que existem empresas de ‘*marketing multinível (MMN)*’ que remuneram pelo recrutamento de novos ingressantes, exigem adesão, dificultam a retirada de aderente e efetuam venda apenas ao público interno (endogenamente), o que as aproxima das pirâmides financeiras⁴⁸.

Entre nós no Brasil, o exemplo da Telex Free restou notabilizado, pois a prestação de serviço (comercialização de *voip*) era apenas pano de fundo para o recrutamento maciço de pessoas, mediante remuneração.

5. A necessidade de uma resposta sistêmica

As ferramentas do direito penal a partir da Lei federal nº 1.521/51 mostram-se por demais ultrapassadas. Não se trata em desprezar a valiosa dogmática penalista, antes utilizá-la como forma de adicionar ao sistema

⁴⁷ Decisão nº 93.618. A decisão norte-americana trouxe efeitos diretos, pois a Amway ampliou seu mercado para o Brasil, logo acompanhada da Herbalife, Amway, Mary Kay, que juntavam à Avon.

⁴⁸ Ver nota 116/2013 – CATON/CGCTPA/DPDC/Senacon/MJ.

demais estratégias promocionais ao consumidor⁴⁹. Contudo, a efetividade penal resta enfraquecida se verificar que ao lado do ‘lucro ilícito’ deve haver fraude em modalidades praticadas do início do século XX. Como bem demonstrado, as práticas são outras, as pirâmides camuflam-se ou através de fachadas em *marketing multinível* (MMN) ou pelas redes sociais.

Esse ponto, por si só, merece análise crítica especialmente a considerar que no direito privado contemporâneo vicejam princípios jurídicos que exigem de todos os envolvidos a atuação conforme a lealdade⁵⁰ e os fins econômicos e sociais⁵¹. É dizer que a fraude (nos termos propostos pela lei penal) é prescindível e irrelevante para a vedação da prática das pirâmides financeiras no âmbito civil e consumerista, isto porque a considerar a exigência de tráfego jurídico seguro (boa-fé e confiança) e atuação em consonância com os fins sociais, o contrato – que leva à adesão de milhares de pessoas – deve ser valorado constitucionalmente e neste caso repulsa os efeitos negativos à economia popular como bem fundamental social.

Nesta última etapa, explica Gustavo Tepedino: “a função social, em última análise, importa na imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente [...] A rigor, a função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da república – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (

⁴⁹ SICA, Leonardo. **O caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica**. In: Doutrinas essenciais de direito penal econômico e da empresa. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 592. Esclarece: “A proteção da economia popular e do consumidor, dever ser estimulada por políticas de cunho socioeducativo, como o estímulo à criação de associações de consumidores e fornecedores e o estabelecimento, por estas, de convenções coletivas de consumo, incentivadoras de um controle até extrajudicial. Porém, iniciativas desse jaez, necessitam de tempo para produzir efeitos, trabalho mais elaborado de parte do Poder Público e não possuem o impacto psicológico da sanção criminal, mesmo que desprovida de fins práticos”.

⁵⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305. Situa: “Em atenção a essa ordem de ideias, o critério objetivo delineado pelo artigo 187 do novo Código Civil remete-se ao princípio da boa-fé, enquanto regra de comportamento que se impõe tanto ao cumprimento das obrigações, como ao exercício de posições jurídicas. Não obstante, sob a égide dessa concepção, a boa-fé possa se apresentar como uma norma em branco, a legislação brasileira abre espaço para consagração das hipóteses típicas sob as quais ela passa a ser concretizada”.

⁵¹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 170. Sustenta: “quando falamos na função social do contrato, já mostramos preferência por concepções finalistas. Se o abuso de direito se traduz realmente pela ultrapassagem dos limites do direito subjetivo, não se vê como esses limites possam ser outros que não limites internos do próprio direito”.

art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos”⁵².

Contudo, a lei penal (aliada à própria dimensão da economia popular enquanto bem fundamental social) concede o lado positivo de que o exercício do esquema é claramente ilícito, o que favorece o campo da teoria da invalidade no âmbito privado, nos termos do art. 166, II do Código Civil, pois nesse caso o negócio jurídico, que dá ensejo ao estratagema, nulo é de pleno direito⁵³. Aliás, se houver conhecimento prévio, aproveitamento e acerto com o empreendedor daquele que integra a pirâmide ainda no começo de sua formação (e geralmente esse tem retorno na lucratividade criminosa), daí a nulidade do negócio jurídico já restará com assento no *motivo determinante*, porque a real intenção dos contraentes é lesar os incautos que agregam por último a base do esquema (CC, art. 166, III).

Observe-se que na mesma linha perfilha o Código de Defesa do Consumidor. A exigência do tráfego jurídico mediante a boa-fé (CDC, art. 4º, inciso III) impõe que o fornecedor atue mediante comportamento probo, com dever de esclarecimento, dever de assistência (cooperação) e acima de tudo lealdade⁵⁴, cumprindo as legítimas expectativas lançadas.

Complemente-se na linha consumerista o fato de que o esquema-pirâmide, caso elevado à prestação de serviços do tomador ao consumidor, não

⁵² Tepedino, Gustavo. **Notas sobre a função social dos contratos**. In: Temas de direito civil. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 149.

⁵³ LOBO, Paulo. Direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 284. Colabora: “*A mais importante causa de nulidade é a ilicitude do objeto do negócio jurídico. Quando o direito proíbe determinada conduta, ou a torna ilícita, não pode o negócio jurídico tê-la como objeto. O objeto do negócio jurídico há de ser lícito, isto é permitido em direito e conforme a moral [...] É ilícita a prestação, por exemplo, de fornecer drogas proibidas, contaminando o negócio jurídico integralmente*”.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Modificações trazidas pela decisão da ADIn 2.591 sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do CDC aos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários. Processos repetitivos. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, sob à luz da Constituição Federal de 1988, e a interpretação que lhe deu a ADIn nº 2.591. In: Revista de direito do consumidor. v. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 329. Acrescenta: “*Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. A proteção da boa-fé e da confiança despertada formam, segundo Couto e Silva, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais*”.

resiste ao exame da *teoria da qualidade*⁵⁵ na modalidade de vício de segurança, até porque ela está contaminada de todos os tipos de defeito (concepção, produção e informação), do qual o empreendedor desde o início tinha ciência cumprindo evita-lo, porquanto ilícito e afrontoso à economia popular.

De outro lado, considera-se prática abusiva, por parte do fornecedor *‘colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes’*, o que com tranquilidade ocorre nas hipóteses de captação de poupança popular, porquanto se a pirâmide for executada em forma de contrato de investimento coletivo estará subordinada à autorização prévia da CVM (consoante as disposições já citadas, Leis 6.385/76 e 10.303/01) e caso seja levada a efeito por outro tipo de negócio jurídico dependerá de inscrição e deferimento no Ministério da Fazenda (Lei 5.768/71 e Decreto 70.951/72).

Some-se a experiência da União Europeia com a edição da Directiva n.º 2005/29/CE que fazendo efeito nas legislações internas dispõe sobre as práticas comerciais abusivas e desleais que *‘distorcem’* o comportamento dos consumidores e ainda lhes causam *prejuízos*. A preocupação do velho continente foi extremamente sábia, porquanto fixou as bases supranacionais não apenas nos danos sofridos, mas essencialmente na educação para o consumo, indicando que atitudes abusivas e desleais no mercado refletem negativamente nas presentes e futuras gerações⁵⁶.

Vale registrar que considerado isoladamente, o consumidor em situação jurídica subjetiva lesiva pode não representar ponto de preocupação de todo aparelhamento estatal, contudo quando há massa de incautos à beira da ruína a questão passa ter contornos consequencialistas mais sérios de forma a exigir ampla efetividade de todos os sistemas sociais, especialmente o jurídico para a defesa da economia popular.

Cumpre, pois, dar efetividade promocional ao consumidor,

⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. *Teoria da qualidade*. In: Manual de direito do consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 100.

⁵⁶ Em Portugal, o Decreto-lei 57/2008 adotando a Diretiva 2005/29/CE trata como *ação considerada enganosa em qualquer circunstância* no art. 8º alínea ‘r’: *“criar, explorar ou promover um sistema de promoção em pirâmide em que o consumidor dá a sua própria contribuição em troca da possibilidade de receber uma contrapartida que decorra essencialmente da entrada de outros consumidores no sistema”*. Restou mais frutífero que o direito brasileiro, pois afastou-se da parelha de figuras antigas, colocando em caráter exigível a eventual remuneração do consumidor na adesão de demais incautos no esquema.

tutelando-o dessas situações jurídicas onde a confiança (especialmente dos consumidores mais humildes)⁵⁷, seu parco patrimônio e a coletividade veem-se mitigados com reiterados vilipêndios. Eis a passagem do *dever-ser* para o *dever-fazer*⁵⁸, *basicamente verificada na existência de dois âmbitos da ciência jurídica: a primeira caracterizada pela hermenêutica silogística-dedutiva, dogmaticamente conceitual; a segunda normativa-teleológica, problematizante e carecedora de soluções*⁵⁹.

Para encerramento, pois, e com destino à concretude – independentemente das esferas penal, administrativa e tributária que têm quinhões científicos e teleológicos para contribuição no estancamento de referida prática – no âmbito privado a questão pode passar com tranquilidade pelos institutos da autonomia privada, nulidade e responsabilidade civil.

Neste viés, em primeiro lugar, é dizer que a própria autonomia privada põe-se como argumento contrário a estes esquemas ilusórios, porque tal princípio encontra-se entrelaçado a outros de dignidade constitucional e especialmente ancorado numa livre iniciativa que reclama socialidade. Pietro Perlingieri, forte V. Scalisi, informa sobre a passagem do novo direito dos contratos do poder de regra ao dever de equa negociação, afirmando que: “o direito europeu dos contratos privilegia a estratégia da conformação, mas na perspectiva da realização da autonomia de um tipo novo, chama eficiente,

⁵⁷ WEINGARTEN, Celia. El valor económico de la confianza para empresas y consumidores. In: Revista de Direito do Consumidor. v. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36. Explica a diferenciação da confiança nos estratos sociais e empresariais: “La logica de la confianza, como vemos, opera de distinto modo en ambos sentidos, desde el consumidor individual con diversidad de pertenencia social desde abajo (donde ante mas incultura mas confiabilidad) y hacia arriba (donde mas cultura, menos confiabilidad porque se requiere mas información, y desde estos hacia la empresa tambien funciona en igual sentido, un consumidor solvente, (verbigracia con pertenencia a la clase alta), hace que su capacidad economica genere en si mismo certeza de cumplimiento; la solvencia entonces sustituye aqui a la confianza, es su equivalente funcional”.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 15. Define peremptoriamente: “em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípuo impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes”.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a eficácia de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 320. Ao tratar da eficácia jurídica simétrica ou positiva menciona: “seja quando aplicável às regras, seja quando aplicável a princípios, é o mesmo: reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal”.

*capaz, isto é, não apenas de adimplir a finalidades solidárias, mas sobretudo, de dar vida a regras adequadas à operação contratual perseguida e, ainda, inspiradas em princípios de equidade no comércio*⁶⁰. Portanto, os axiomas constitucionais inspiram a autonomia privada na negação do rebaixamento da qualidade dogmática do contrato, enquanto instrumento que potencializa as relações jurídicas fundamentais.

A nulidade dos contratos e negócios jurídicos é manifesta, como já discorrido. No entanto, porque dela sobressai caráter pedagógico de forma a desencorajar certos interesses ilícitos (quer pela prestação, quer pela causa) que têm grande potencial em causar danos à coletividade e a integridade do tráfego econômico hígido, sério e necessariamente de desenvolvimento da confiança, o que redundará na ordem pública constitucional.

Bruno Miragem, com apoio em Francisco Amaral, aborda o tema com singularidade: “a ordem pública, enquanto conceito indeterminado aplicável ao direito interno, não tem como ser compreendida sem atenção ao que se convencionou denominar *constitucionalização do direito privado*, que se apresenta, de modo destacado, através da denominada *eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Não como ordem de conteúdo meramente negativo (de restrição da liberdade), mas, sobretudo, protetivo, promocional de interesses fundamentais da pessoa, razão pela qual se torna conformadora do exercício da autonomia privada. Na lição de Francisco Amaral, seria o “conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica”⁶¹.

⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 400.

⁶¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Nulidades das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro**. In: Revista de Direito do consumidor. v. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46. E continua: “No mesmo sentido percebe-se em direito comparado, que de resto identifica como consequência da violação da ordem pública mediante realização de ato jurídico, a nulidade do referido ato. No caso, como ensina Vicent-Legoux, esta nulidade se aplica às cláusulas contratuais que violem a ordem pública econômica de direção. Em verdade, a ordem pública econômica de direção tem a aptidão de limitar todos os aspectos da livre formação dos atos jurídicos, tais como a definição dos seus elementos essenciais, a escolha de com quem contratar, a forma e o processo de celebração do contrato. Assim, é protegida mediante a decretação da nulidade absoluta da cláusula. Estabelece, pois, espécie de restrição da liberdade de criação do direito por intermédio da vontade das partes. É o caso, a toda evidência, das cláusulas contratuais que violam as normas de defesa do consumidor, na medida em que se insere no âmbito da ordem pública constitucional econômica de proteção do vulnerável. E da mesma forma, a ordem pública constitucional de proteção - caso em que se insere a defesa do consumidor, identificando o sujeito a ser protegido a partir da Constituição.

Por fim, a responsabilidade civil que opera em três modos diversificados.

Em primeiro lugar, num sentido *ex ante* ou *preventivo* na inevitabilidade de danos maiores ou dos danos indesejados pelos incautos, porque não há dúvida que perturbação da tranquilidade e o risco à segurança já merecem indenização (CDC, art. 6º, VI, primeira figura e CC, art. 12)⁶².

Em segundo lugar, *ex post*, na indenização pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais individuais homogêneos (CDC art. 6º, VI, segunda figura e art. 81, III; e CC art. 187 e 927, parágrafo único) e danos morais coletivos (CDC, art. 6º, VI, última figura), este último como caráter punitivo⁶³.

Em terceiro lugar, no tocante aquele que (mesmo consumidor) sabendo da ilicitude, se aproveita para alocar-se nas primeiras posições piramidais e daí retirar seu proveito em detrimento dos incautos, é de se aplicar o disposto no art. 883 do Código Civil, cabendo ao juiz verter a parte deste agente para instituição filantrópica, conforme parágrafo único do mesmo dispositivo.

Cabe anotar que se se tratar de empresa de *Marketing Multinível* (MMN) onde se camufla a pirâmide financeira os dispositivos acima também recairão sobre sua atividade, ou seja, nulidade e, em decorrência, a responsabilidade civil.

Caso contrário e, portanto, não estando se subsumindo ao funcionamento piramidal ainda assim haverá ampla aplicação do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que respeitam os deveres da boa-fé objetiva, o princípio da confiança e a equidade contratual de forma a sindicar a atividade da empresa de *Marketing Multinível* (MMN).

⁶² FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva**. Tese de doutorado. São Paulo, USP, 2014, p. 198. Com apoio em Calco Costa reflete que “o *alterum non laedere* também alcança os modos de prevenção do direito de danos, já que o perigo de dano pode provocar turbação ao gozo de interesses alheios, dignos de tutela”.

⁶³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263. Manifesta: “É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido”.

Todas essas observações devem ser ainda jungidas com as tutelas específicas de obrigação de fazer e não-fazer⁶⁴, justamente com o intuito de dar concretude ao bem fundamental social que é a economia popular.

6. Considerações finais

Insuportável pretender conceber licitude aos meios e modos de acessos a lucro fácil em detrimento da ordem jurídica e em mitigação à economia popular que é bem fundamental social.

Os incrementos hipercomplexos característicos da sociedade da informação permitiram a evolução das atividades necessárias e essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade humana, mas também servem de espaço e incentivo à criminalidade organizada e acostumada à velha impunidade da justiça criminal.

A percepção de que o sistema como um conjunto de elementos (coerente, em unidade e ordenado por princípios gerais) tem melhores e mais tenazes condições de êxito no combate aos malogros dos empreendimentos sem base legal e financeira é motivo de júbilo aos axiomas constitucionais.

Todos nós, juristas, estamos diante ao desafio de empunhar maneiras e modos em combater os engenhos milagrosos de ‘rentabilidade automática’ com vista à futura geração, notadamente no que respeita a educação para o consumo: *i)* saber o que é consumir; *ii)* o quanto consumir; *iii)* as responsabilidades de consumir; *iv)* o que consumir; e *v)* para que consumir.

A falta de nossos exemplos e empenhos de combatividade ao ganho fácil e sem mérito, às custas da coletividade, simplesmente é o grande incentivo porvir para uma sociedade leniente, não solidária e pobre no sentido humanitário.

⁶⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

7. Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Teoria da qualidade. In: _____. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 103-113.

_____. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9. p. 25-57, jan./mar. 1994.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

CÁCERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor: uma contribuição. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, p. 61-76, abr./jun.1994.

CAFFE, Federico. Diritto ed economia: un difficile ma pur necessario incontro. In: PROBLEMI attuali dell'impresa in crisi: studi in onore di Giuseppe Ferri. Padova: Cedam, 1983. Disponível em: <http://www.webalice.it/andreabotteghi/NG/AreaEconomiaEFinanza/Diritto_ed_economia_un_difficile_ma_pur_necessario_incontro.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade; Têmis Correia Soares. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução do sistema jurídico*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005.

DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. Lisboa: Presença, 1989. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. In: _____. *Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2011. p. 49-88.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. 2014. 41 f. Tese (Doutorado em Direito Civil)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-27102016-092601/pt-br.php>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

FROTA, Mário. Serviços financeiros à distância: um tijolo mais na edificação de um espaço económico europeu único. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 44-65.

GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Traducción: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HAYEK, Friedrich A. von. Lei, legislação e liberdade. In: MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (Org.). *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Rules and order. In: _____. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. London: Routledge and Kegan Paul, 1982. v. 1.

JARVIS, Christopher. The rise and the fall of Albania's pyramid schemes. *Finance & Development*. Washington: International Monetary Fund, v. 37, n. 1, Mar. 2000. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2000/03/jarvis.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomençar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; PICASSO, Sebastián; WAJNTRAUB, Loren Javier H. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*: lecciones publicadas. Reconstrucción por Javier Torres Nafarrate de las lecciones magistrales dictadas por Niklas Luhmann durante el semestre de invierno de 1992, en la Universidad de Bielefeld, Alemania. México, DF: Universidad Iberoamericana, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. Modificações trazidas pela decisão da ADIn 2.591 sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do CDC aos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários. Processos repetitivos. Diálogo entre o código de defesa do consumidor, o código civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, sob à luz da constituição federal de 1988, e a interpretação que lhe deu a ADIn nº 2.591. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 323-370, out./dez. 2008.

_____. Relação de consumo entre os depositantes de caderneta de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam poupança popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 760, p. 107-148, fev. 1999.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: _____. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado*: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 255-309.

_____. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado*: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Nulidades das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 41-77, out./dez. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2009.

MOTTA, Rita de Cássia Luz Teixeira. *O conceito de valor mobiliário no direito brasileiro*. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. Tradução de Luís Afonso Heck. In: DÜRING, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012. p. 71-90.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Elias. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional: doutrina, jurisprudência e legislação: lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Aspectos novos da lei de economia popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 75, n. 607, p. 263-271, maio, 1986.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SICA, Leonardo. O caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 2, p. 105-116, jul./dez. 1998.

STIGLITZ, Rúben S.; STIGLITZ Gabriel A. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1985.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: _____. *Temas de direito civil III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 145-157.

WEINGARTEN, Celia. El valor económico de la confianza para empresas y consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 9, n. 33. p. 33-50, jan./mar. 2000.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

BORGES, Liliane de Moura. Pirâmide financeira e marketing multinível. *Notícias*, Palmas: Procon, 10 jan. 2017. <Disponível em: <<http://procon.to.gov.br/noticia/2017/1/10/piramide-financeira-e-marketing-multinivel/>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

FRANCO, Alberto Silva; BETANHO, Luiz Carlos. Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 287-340, jul./set. 1995.

MARTINS, Fernando Rodrigues et al. Ação civil pública: defesa do consumidor em face do esquema denominado “pirâmide financeira”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n. 90, p. 497-518, nov./dez. 2013.