

PARECER Nº , DE 2008

Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o PLC nº 13, de 2007, que dispõe sobre as operações de fomento mercantil – *factoring*, e dá outras providências.

RELATOR: Senador **ANTONIO CARLOS JÚNIOR**

I – RELATÓRIO

Vem à apreciação desta Comissão o PLC nº 13, de 2007, que *dispõe sobre as operações de fomento mercantil – factoring, e dá outras providências*.

A proposição tramitou na Câmara dos Deputados como PL nº 3.615, de 2000, de autoria do Deputado João Hermann Neto, e, originalmente, tratava somente do “fomento mercantil especial de exportações ou *factoring* de exportação”. Quando lhe foi apensado o PL nº 3.896, também de 2000, de autoria do Deputado Celso Russomanno, as proposições passaram a dispor genericamente sobre a atividade de fomento mercantil ou *factoring*.

Na redação final da Câmara, o PLC nº 13, de 2007, é composto de 17 artigos. O primeiro informa seu escopo.

O art. 2º define fomento mercantil em função de três modalidades de serviços – acompanhamento do processo produtivo ou mercadológico; acompanhamento de contas a receber e a pagar; ou seleção e avaliação de clientes devedores ou fornecedores. Seu § 1º prevê a possibilidade de, em conjunto com um ou mais desses serviços, prever-se a compra à vista de direitos creditórios. O § 2º define, para os fins do Projeto, direitos creditórios.

O art. 3º exige que o contrato de fomento mercantil seja “específico”.

O art. 4º arrola as partes do contrato de fomento mercantil, entre elas “eventuais responsáveis solidários”.

O art. 5º exige endosso em preto nas operações de *factoring*.

O art. 6º exige que o fomento mercantil seja exercido por sociedade anônima ou limitada que tenha por objeto exclusivo o *factoring*.

O art. 7º estabelece regras sobre o nome empresarial das sociedades de fomento mercantil, exigindo que dele conste a expressão “fomento mercantil” e proibindo expressões que as confundam com instituições financeiras.

O art. 8º define as receitas operacionais da sociedade de fomento mercantil: comissão de prestação de serviços, diferencial na aquisição de créditos e outras não proibidas pela lei.

O art. 9º estabelece a responsabilidade de quem cede títulos à sociedade de fomento pela veracidade, legitimidade e legalidade dos créditos e, quando previsto em contrato, pela solvência do devedor.

O art. 10 prevê a responsabilidade da sociedade de fomento mercantil pela cobertura cambial em operações internacionais, sob as penas do art. 6º do Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933.

O art. 11 veda às sociedades de fomento mercantil adquirir créditos de entidades públicas, executar operações próprias de instituições financeiras e captar recursos do público, exceto por meio de valores mobiliários.

O art. 12 prevê que as sociedades de fomento mercantil somente poderão funcionar se tiverem prévia autorização do Poder Executivo, que regulará e fiscalizará suas atividades.

O art. 13 tipifica como crime atuar como sociedade de fomento mercantil sem autorização, bem como praticar operações vedadas pelo Projeto, com pena de reclusão de um a quatro anos.

O art. 14 tipifica o crime de praticar operações não lastreadas em direitos creditórios ou conceder empréstimos ou financiamentos, com pena de reclusão de um a quatro anos.

O art. 15 prevê as sanções administrativas de advertência, multa de até R\$ 200 mil, inabilitação temporária e cassação de autorização, estabelecendo, no caso da multa, prazo de quinze dias para pagamento.

O art. 16 concede prazo de 180 dias para as sociedades de fomento mercantil em funcionamento se adaptarem às novas regras, e o art. 17 estabelece a vigência da Lei para a data de sua publicação.

Analísada, na Câmara dos Deputados, pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), pela Comissão de Finanças e Tributação (CFT) e pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), a matéria recebeu substitutivos na primeira e na última, e foi aprovada, em decisão terminativa, em 21 de dezembro de 2006, na forma de substitutivo. A redação final foi aprovada pela CCJC em 7 de março de 2007.

Remetido ao Senado Federal para revisão, o Projeto foi distribuído à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e a esta Comissão de Assuntos Econômicos (CAE). Na CCJ, recebeu parecer pela constitucionalidade e juridicidade e, no mérito, pela aprovação, com duas emendas de redação.

A primeira emenda da CCJ suprime um erro de digitação contido no § 2º do art. 2º do Projeto e substitui a expressão “e/ou” por “ou” no mesmo dispositivo. A segunda suprime a expressão “pelo Poder Executivo” do inciso II do § 2º do art. 15 do Projeto, que prevê pena de multa para o caso de “embaraço à fiscalização pelo Poder Executivo”.

II – ANÁLISE

Desde a década de 1980, crescem no Brasil as atividades das empresas de fomento mercantil, também conhecidas como empresas de *factoring*. Suas atividades vêm-se mostrando importante instrumento para o estímulo à atividade econômica, especialmente no auxílio a micro, pequenas e médias empresas, que não raro deparam com dificuldades na obtenção do capital necessário para a manutenção de suas atividades de produção, circulação de bens e prestação de serviços.

Não obstante a consolidação da atividade, ainda não foram editadas normas para discipliná-la, o que dificulta não só o funcionamento das empresas, mas também sua fiscalização. A

confusão do fomento mercantil com operações privativas de instituições financeiras, por exemplo, é uma das consequências das incertezas geradas pela falta de normatização.

Outro efeito pernicioso da falta de um arcabouço jurídico claro é a freqüente utilização do *factoring* como fachada para a prática de atividades ilícitas, como agiotagem e lavagem de dinheiro. Recentes Comissões Parlamentares de Inquérito, que funcionaram no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, depararam com empresas que se anunciavam como de fomento mercantil, mas na verdade aproveitavam-se do vazio legal para cometer ou ocultar crimes. A falta de regras, além de facilitar a delinquência, prejudica a reputação das empresas honestas e cumpridoras de suas obrigações.

Na legislação em vigor, há não mais que lacônicas menções ao fomento mercantil, como na Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, diploma que trata de imposto de renda em várias atividades empresariais, e, em seu art. 15, § 1º, III, *d*, fixa o percentual de 32% da receita bruta para a determinação da base de cálculo do IRPJ para empresas de *factoring*, definindo a atividade como a *prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring)*, repetindo o que já dispunha o revogado art. 28, § 1º, *c4*, da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. O art. 9º, parágrafo único, V, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que trata da lavagem de dinheiro, restringe-se a incluir as *empresas de fomento mercantil (factoring)* entre as obrigadas a prestar informações sobre transações que podem constituir indícios de crime de lavagem de dinheiro, sem, contudo, prestar qualquer esclarecimento sobre a natureza do *factoring*.

Além disso, a regulamentação do Banco Central do Brasil (BCB) chegou, com idas e vindas, a tratar do *factoring*. Primeiramente a atividade foi proibida pela Circular BCB nº 703, de 16 de junho de 1985, posteriormente revogada pela Circular BCB nº 1.359, de 30 de setembro de 1988. A Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.144, de 22 de fevereiro de 1995, reconheceu não serem as atividades de fomento mercantil privativas de instituição financeira, ao proibir qualquer operação dessas empresas que não se coadune com o disposto no art. 28, § 1º, *c4*, da Lei nº 8.981 e *que caracterize operação privativa de instituição financeira, nos termos do art. 17 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*, mas não contribuiu para definir regras mínimas para o funcionamento de empresas de *factoring*.

Está claro que há muito o ordenamento jurídico brasileiro carece de uma disciplina precisa sobre o fomento mercantil. Portanto, independentemente da cuidadosa análise que faremos de cada um de seus dispositivos, ressaltamos, já de início, a importância da iniciativa do PLC nº 13, de

2007, que vem atender demanda nada recente da sociedade e dos estudiosos da matéria, preenchendo essa lacuna do ordenamento pátrio.

Ressalte-se, outrossim, que muitas das alterações feitas à redação original do PL nº 3.615, de 2000, incorporaram discussões que também foram travadas nesta Casa, por ocasião do exame do PLS nº 230, de 1995, de autoria do então Senador José Fogaça, arquivado definitivamente nos termos do art. 332, § 2º, do Regimento Interno do Senado Federal.

No entanto, identificamos problemas com o teor dado ao projeto de lei em exame, razão pela qual, ao final, propomos substitutivo integral para a matéria. Antes, porém, passamos à análise dos dispositivos do Projeto, um a um.

Preliminarmente, entendemos que os dispositivos do PLC nº 13, de 2007, carecem de organização. O Projeto traz três tipos de normas: normas sobre o contrato de fomento mercantil, normas sobre as sociedades de fomento mercantil e normas penais. No entanto, essas normas estão distribuídas sem suficiente sistematização pelos artigos, o que pode dificultar sua correta interpretação. Propomos a reorganização dos dispositivos e seu agrupamento em quatro capítulos, o primeiro tratando do contrato, o segundo das sociedades, o terceiro das normas penais e o quarto da vigência da Lei.

Ainda preliminarmente, esclarecemos que propomos a alteração da principal denominação do instituto, de “fomento mercantil” para “fomento empresarial”. O sentido dessa alteração terminológica é atualizar e conferir precisão jurídico-econômica à denominação, uma vez que o Código Civil de 2002 unificou as obrigações civis e comerciais, e o *factoring* destina-se ao fomento da atividade de qualquer empresa, comercial ou de prestação de serviços, razão pela qual a expressão “fomento mercantil” ou “comercial” tornou-se excessivamente restritiva.

O **art. 1º** delimita o escopo do Projeto, atendendo ao disposto no art. 7º da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Em função das demais alterações que propomos, será necessário alterá-lo.

Consideramos oportuno, nesse artigo, esclarecer que as denominações “*factoring*”, “fomento mercantil”, “fomento comercial” e “faturização” equivalem ao fomento empresarial, conforme reconhecido na prática brasileira do instituto e na doutrina comercialista pátria.

Vemos problemas no art. 2º, uma vez que a definição dada pelo dispositivo não é adequada, pois trata o cerne do contrato de fomento mercantil como questão acessória e os serviços acessórios como peça central do contrato.

É unânime entre os doutrinadores da matéria (vide, por exemplo, Fran Martins, Waldirio Bulgarelli, Arnaldo Rizzardo, Antônio Carlos Donini, Luiz Lemos Leite, Arnaldo Wald) o entendimento de que o aspecto fundamental do contrato de *factoring* é a transferência de créditos de uma empresa a outra, com o objetivo de antecipar os recebimentos da primeira e, assim, aumentar-lhe a disponibilidade de capital. A atividade, contudo, tem evoluído para abarcar alguns serviços relacionados a essa operação fulcral, e a importância dada a esses serviços para a definição do *factoring* é sujeita a controvérsias entre os estudiosos da matéria.

Entretanto, mesmo para doutrinadores que atribuem grande importância aos serviços que podem acompanhar a cessão de direitos creditórios, esta é aceita como aspecto central do contrato de *factoring*.

O art. 2º do Projeto, na contramão desse entendimento, define o *factoring* em função de três classes de serviços – *acompanhamento de processo produtivo ou mercadológico, acompanhamento de contas a receber e a pagar; seleção e avaliação de clientes, devedores ou fornecedores* – e apenas prevê que a cessão de direitos creditórios pode ser prevista em contrato, desde que conjugadamente a esses serviços.

A importância excessiva dada pelo Projeto aos serviços acessórios ao *factoring* possivelmente decorre da dúvida que existia – e, em algum nível, ainda existe – em relação à caracterização do *factoring* como atividade financeira, portanto privativa das instituições autorizadas pelo Banco Central nos termos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. A conjugação com serviços seria o argumento para separar o *factoring* da atividade financeira.

Entretanto, acreditamos que o debate sobre esse instituto no direito brasileiro já é maduro o bastante para que a matéria seja tratada com a devida honestidade intelectual. O *factoring*, como o Banco Central reconhece, não se compreende entre as operações privativas de instituição financeira, e a diferença em relação ao desconto bancário – esta sim privativa dos bancos – reside na origem dos recursos. Bancos intermedeiam operações ativas e passivas, captando recursos do público para aplicar em suas atividades, entre as quais as de desconto. Empresas de *factoring* operam com recursos próprios, sem captar poupança popular, e não praticam mútuo de dinheiro, razões pelas quais se diferenciam dos bancos em suas atividades.

Dessa forma, não vemos sentido em vincular-se a transmissão onerosa de créditos, núcleo do *factoring*, a alguma modalidade de serviço. A cessão pode ser realizada pura e simplesmente, sem desvirtuamento do fomento mercantil, não obstante os serviços relacionados também possam ser praticados concomitantemente.

Outra fragilidade do art. 2º do Projeto em exame está em utilizar o próprio termo definido na definição. O dispositivo estabelece como “fomento mercantil” os serviços prestados por “sociedade de fomento mercantil”. Como saber o que seja sociedade de fomento mercantil se não há definição suficiente para o fomento mercantil em si? Essa parte do dispositivo não tem utilidade.

Na verdade, a leitura do dispositivo leva a crer que qualquer sociedade que preste algum dos serviços arrolados no art. 2º poderia ser caracterizada como sociedade de fomento mercantil. Assim, por exemplo, a mera prestação de serviços de contabilidade (que englobe *acompanhamento de contas a receber e a pagar*) ou a prestação continuada de consultoria acerca do *processo produtivo ou mercadológico* poderiam ser classificadas como operações de *factoring*, o que é inadequado.

Além disso, o art. 2º utiliza o termo *firmas* para referir-se a pessoas jurídicas, incorporando linguagem popular a diploma que não prescinde de rigor semântico. Firma é expressão utilizada para referir-se à assinatura de alguém ou, especificamente em direito empresarial societário, para caracterizar determinado tipo de nome empresarial, como reiteradas vezes utiliza o Código Civil.

Por isso, propomos nova redação, que corrige tais distorções, tratando cada elemento do *factoring* de acordo com sua importância para a caracterização do contrato. O substitutivo adota o conceito mais tradicional e amplamente aceito na doutrina dos contratos comerciais para o “*factoring* convencional”, ao qual é acrescida a prestação, cumulativa ou não, de serviços reconhecidos como afins. Acrescentamos, entre esses serviços, a aquisição de matérias-primas, insumos e estoque, que caracterizam conhecida modalidade de fomento empresarial, e tornamos o rol exemplificativo, para não prejudicar outras modalidades de *factoring* não previstas no Projeto.

Quanto ao § 2º do art. 2º, reputamos desnecessária a definição do que sejam direitos creditórios, já que o conceito é suficientemente claro no direito privado. Além disso, tal definição é restritiva e engessa injustificadamente as operações de fomento mercantil em relação a créditos materializados em outros instrumentos, já existentes ou que venham a ser criados pela legislação ou pela vontade das partes. Mais importante é definir quais os requisitos para que o crédito seja legitimamente admitido à operação de *factoring*.

Analogamente, tampouco vemos necessidade em estabelecer os segmentos nos quais os títulos devem ser originados (*comercial, de agronegócio, industrial, imobiliário, de prestação de serviços e de warrants*), como faz o Projeto. A nova doutrina do direito brasileiro de empresa, inaugurada pelos arts. 966 e seguintes do Código Civil, fornece as definições de empresário e de sociedade empresária, sobre as quais foram construídos conceitos doutrinários e jurisprudenciais bem estabelecidos, que não devem ser negligenciados no esclarecimento da natureza do *factoring* e de quem pode praticá-lo.

No **art. 3º** do Projeto, a exigência de que as operações de *factoring* rejam-se por *contrato específico* não traz ganho de segurança jurídica ao instituto, mas apenas evita que contrato genérico, que veicule outras obrigações, traga cláusulas relativas ao fomento mercantil. Melhor destino não tem a previsão de que o contrato estabelecerá as obrigações das partes, que, por óbvio, decorrem do contrato e da lei.

Mais proveitoso é prever que as operações de fomento mercantil se rejam por contrato escrito. Desse modo, a forma escrita passa a ser da essência do *factoring*, o que aumenta a segurança das partes e facilita a fiscalização pelas autoridades competentes, uma vez que a relação jurídica entre factor e faturizado estará devidamente documentada para a licitude das operações.

Consideramos, de mais a mais, que os debates acerca de um diploma geral regulamentador do *factoring* abrem uma excelente oportunidade para conferir maior clareza ao instituto, afastando dúvidas que hoje existem e que trazem instabilidade jurídica à relação contratual. Muito embora concordemos que as partes do contrato são empresários ou sociedades empresárias, suficientemente esclarecidos sobre suas atividades e, portanto, menos carecedoras do dirigismo do Estado, avaliamos que certos aspectos merecem tratamento legal, a limitar a liberdade contratual em prol de certo grau de uniformização, capaz de beneficiar as partes e facilitar a fiscalização.

Destarte, propomos, no substitutivo, descrição mais pormenorizada do contrato e das operações de fomento mercantil.

Tampouco vemos utilidade no **art. 4º**, que explicita as partes no contrato de fomento, arrolando, entre elas, os responsáveis solidários.

Primeiramente, a própria definição da atividade no Projeto é suficiente para estabelecer quais são as partes no contrato. As partes são o factor e o faturizado, ou seja, a sociedade que recebe a transferência do crédito e por ele adianta o valor, e o empresário que transfere o crédito e recebe seu valor adiantado, deduzido da remuneração do primeiro.

A inclusão de *responsáveis solidários* não se coaduna com o arcabouço jurídico contratual. A solidariedade só pode ser criada pela lei ou pelo contrato, como preceitua o art. 265 do Código Civil. No caso do *factoring*, poderia existir solidariedade, por exemplo, no caso de um contrato contar com mais de uma pessoa, no pólo ativo ou passivo, o que não é comum. No entanto, mesmo nesse caso, as partes se qualificariam como factor ou faturizado, dispensando-se a menção a responsáveis solidários.

Outra hipótese de criação de obrigação solidária decorreria da prestação de garantia ao contrato. Nesse caso, tratar-se-ia de fiança, e o fiador não seria parte no contrato garantido, mas somente do contrato acessório de garantia fidejussória. Também no caso de inadimplemento de título de crédito transferido ao factor, se o contrato previr direito de regresso contra o faturizado, este e o devedor principal do título poderiam ser solidariamente responsabilizados pelo pagamento, mas isso não permitiria dizer que o emitente do cheque, da nota promissória ou o sacado da duplicata ou da letra de câmbio, que não participou do acordo de vontades que caracteriza o contrato, passaria à condição de parte no contrato de fomento.

Se o objetivo do dispositivo é deixar claro que o contrato admite garantias, reais ou fidejussórias, mais adequado é dizê-lo de forma clara, sem obscuridades, como propomos no substitutivo. Acreditamos que a possibilidade de prestação de garantias no contrato de *factoring* pode implicar diminuição do risco associado ao faturizado, o que pode reduzir os valores cobrados pelo factor nas operações, beneficiando ambas as partes.

Por fim, quer-nos parecer que, não somente no art. 4º, mas em todo o Projeto, procurou-se fugir da identificação das partes do contrato de fomento mercantil como faturizador (ou factor) e faturizado, provavelmente em razão de entendimento doutrinário minoritário que repudia o neologismo *faturização* como adaptação do *factoring* à língua portuguesa. Nesse caso, contudo, o neologismo é plenamente justificável, uma vez que se trata de um novo contrato, que somente há trinta anos passou a ser conhecido e praticado no Brasil. O termo faturização é análogo ao francês *affacturage*, também derivado do inglês, *factoring*, e resultante da aversão da língua francesa ao estrangeirismo. Em português, a expressão é bem construída, já precisamente compreendida no direito empresarial, consagrada e amplamente utilizada pela doutrina e pela jurisprudência. Juristas de escol abonam sua utilização, como Fran Martins, Fábio Konder Comparato e Waldirio Bulgarelli, e não vemos razão para evitá-la.

Quanto ao art. 5º, que prevê que todas as operações serão feitas por endosso em preto, entendemos que os títulos de crédito, todos criados por lei, já trazem em sua disciplina jurídica a forma de transferência. O endosso é a mais comum delas, mas podem ser criadas outras, mesmo porque

o Código Civil, em seu art. 903, prevê a aplicação da legislação especial, quando houver. Assim, é melhor prever que a transmissão se dará respeitando as normas específicas a cada título.

Ademais, não vemos razão para que as operações de fomento mercantil se restrinjam aos créditos materializados em títulos de crédito. Créditos decorrentes de contratos e outros instrumentos recebíveis, aos quais a legislação não conferiu o *status* de títulos de crédito, desde que oriundos das atividades normais do faturizado, também podem ser cedidos ao factor. Por essa razão, convém mencionar a aplicação da regra geral da cessão civil no caso de lacuna da lei, servindo o contrato de fomento como instrumento de cessão, a fim de evitar a dupla produção de documentação comprobatória.

Não vemos justificção para a regra do **art. 6º** do PLC nº 13, de 2007, que exige a forma de sociedade anônima ou limitada para as sociedades de fomento mercantil. A constituição de sociedade para a realização do *factoring*, ou seja, a não-admissibilidade da prática do *factoring* pelo empresário individual, já está suficientemente estabelecida nos artigos anteriores. Se a única forma admitida fosse a de sociedade anônima, haveria a justificativa de este tipo societário ensejar maior transparência na prestação de contas e publicação de informações, especialmente se de capital aberto. No entanto, possibilitando a constituição de sociedade limitada, o Projeto admite um tipo societário de fracos controles e exclui tipos societários que poderiam aumentar a segurança dos faturizados, como a sociedade em nome coletivo ou a sociedade em comandita, cujos sócios – ou ao menos alguns deles – são solidariamente responsáveis pelas obrigações da sociedade.

Entendemos que, não havendo a responsabilização pessoal obrigatória dos sócios, a relação entre a sociedade de fomento mercantil e seus sócios deve restringir-se à esfera privada e, por isso, não deve haver limitações ao tipo societário escolhido.

Convém, contudo, acrescentar dispositivo que evite que sociedades em comum, previstas no art. 986 do Código Civil e correspondentes às antigas sociedades irregulares, possam praticar o *factoring*. Para tanto, propomos redação que exige a prévia inscrição no Registro Público de Empresas para o início das atividades das sociedades de fomento mercantil.

O **art. 7º** é meritório, pois deixa clara, já no nome empresarial, a natureza das atividades da sociedade de *factoring*. Incluiríamos, porém, a possibilidade de o nome empresarial trazer as expressões *factoring*, *fomento mercantil*, *fomento comercial* e *faturização*, igualmente representativas da atividade de fomento empresarial.

Quanto à vedação ao uso da expressão *banco* ou outra expressão tipicamente caracterizadora de instituição financeira, tal providência evita a confusão entre o fomento empresarial e a atividade financeira, o que nos parece adequado. Incluiríamos no rol exemplificativo de proibições as expressões *financeira*, *financiamento*, *empréstimo* e *investimento*.

O **art. 8º** parece estabelecer uma norma de escrituração contábil, ao dispor sobre receitas das sociedades de fomento mercantil, mas não apresenta o grau de detalhamento que se espera desse tipo de norma. Não obstante entendamos que o esclarecimento dado pelo art. 8º seja útil à caracterização da operação de *factoring*, acreditamos que a regra se ajustaria melhor como descrição da remuneração do factor, inserida entre as normas que disciplinam o contrato de fomento empresarial.

Quanto ao inciso III do art. 8º, que prevê genericamente outras receitas das sociedades de *factoring*, vemos uma inconsistência com o art. 6º do Projeto, que estabelece o fomento mercantil como o objeto social exclusivo dessas sociedades. Proibida qualquer outra atividade, não haveria, na redação da Câmara, outras potenciais receitas operacionais a justificar o disposto no referido inciso III.

Ademais, entendemos que a regra de exclusividade pode trazer embaraços que podemos apenas conjecturar, como a discussão acerca da prática de outras modalidades de fomento mercantil que fogem à definição do Projeto, limitada ao *factoring* convencional. Por isso, parece-nos mais apropriado retirar a previsão de exclusividade, além da regra do inciso III do art. 8º, fundindo os incisos I e II como remuneração por operações de *factoring* definidas no Projeto.

A grande questão trazida pelo **art. 9º** do Projeto diz respeito à possibilidade de responsabilização do faturizado pelo pagamento dos créditos inadimplidos por seus devedores principais – o chamado direito de regresso – expressamente prevista no dispositivo em análise.

O texto original do Projeto na Câmara previa que a transferência dos créditos no *factoring* ocorreria *pro soluto*, ou seja, não seria possível ao factor voltar-se contra o faturizado no caso de inadimplemento da obrigação transferida.

A doutrina majoritária, por sua vez, identifica a transferência sem direito de regresso como o traço diferenciador entre o fomento mercantil e o desconto bancário, alegando que o *factoring* com direito de regresso equivale ao desconto e, portanto, configuraria operação privativa de instituição financeira sem autorização do Banco Central, passível de aplicação da pena de reclusão a seus praticantes, nos termos da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.

Entretanto, a evolução dos debates conduziu à permissão de que o contrato de *factoring* preveja a responsabilidade do faturizado pelo adimplemento da obrigação, e não somente pela veracidade, legalidade e legitimidade do crédito. O fundamento dessa mudança é a perspectiva de diminuição dos valores deduzidos dos créditos como remuneração do factor, em razão da percepção de risco diminuído na operação.

A doutrina mais recente, como a de Luiz Lemos Leite e de Antônio Carlos Donini, vem excluindo a transferência *pro soluto* da essência do *factoring* e defendendo o *factoring* com direito de regresso contra o faturizado.

Fato é que há uma grande assimetria de informação entre o faturizado e o factor, no que tange à qualidade do crédito transferido. É o faturizado que seleciona os créditos a serem apresentados ao factor e, por isso, encontra-se em posição privilegiada para avaliar seu grau de risco, indispensável para a definição da remuneração do factor na operação. Impedir que o contrato preveja a responsabilização do faturizado pelo adimplemento importa em dificultar sobremaneira a conclusão de muitas operações, por excesso de risco do factor, que, a princípio, nenhum contato teve com o devedor principal da obrigação. Se não impossibilitar a negociação, a assimetria de informação acerca do crédito tende a aumentar o custo das operações de *factoring*, pois a parte que não tem informações suficientes para avaliar o risco tende a majorá-lo. Tudo isso levaria a um aumento das taxas de deságio cobradas pelas sociedades de fomento mercantil, o que acabaria por prejudicar o conjunto dos faturizados e diminuir a eficiência do mecanismo de estímulo à atividade econômica, principalmente das pequenas e médias empresas, proporcionado pelo *factoring*.

Ressalte-se que esse entendimento não acarreta a subsunção do fomento mercantil à definição de atividade privativa de instituição financeira. A distinção é dada pela origem dos recursos – já que a sociedade de fomento não poderá captar poupança ou recursos de terceiros – e pela limitação do *factoring* à aquisição de créditos oriundos de legítima atividade empresarial.

Dessa forma, reputamos adequado o dispositivo, mas propomos pequenas alterações redacionais, haja vista a proposta de exclusão do artigo que trata das partes do contrato de fomento mercantil, conforme comentamos ao examinar ao art. 4º.

O **art. 10** trata das operações de *factoring* no mercado internacional, responsabilizando as sociedades de fomento pela cobertura cambial. O disposto no parágrafo único desse artigo está

ultrapassado, em face das alterações promovidas pela Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, originada na Medida Provisória nº 315, de 4 de agosto de 2006. Em seu art. 11, a referida lei revogou parcialmente o art. 3º do Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, ao qual se refere o art. 6º do mesmo Decreto, citado pelo art. 10 do Projeto em exame. Trata-se, portanto, de regras revogadas no ordenamento jurídico. A cobertura cambial continua sendo exigida, com base na regra do art. 1º da Lei nº 11.371, de 2006, que confere ao Conselho Monetário Nacional a competência para estabelecer limites para a permanência de recursos no exterior, sob as penas do art. 9º da mesma Lei. Além disso, a referência ao art. 22 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que tipifica o crime de evasão de divisas, é dispensável, porquanto não há razão para deduzir a exclusão das empresas de fomento mercantil do preceito dessa norma legal.

No entanto, parece-nos bastante razoável explicitar a exigência de que a sociedade de fomento mercantil cumpra todas as normas cambiais no exercício do *factoring* internacional. Bastam, contudo, a referência genérica ao cumprimento das regras cambiais e a remissão às normas específicas, que não se resumem a leis e decretos, mas também envolvem resoluções do Conselho Monetário Nacional, circulares e outros normativos do Banco Central do Brasil.

O **art. 11** é de fundamental importância para a caracterização da atividade de fomento empresarial, pois estabelece o que, em nosso entendimento, são dois dos principais critérios de distinção das operações privativas de instituições financeiras: a impossibilidade de captar recursos do público e a vedação a realizar operação de natureza financeira, como o mútuo de dinheiro e o empréstimo. Acrescentamos a proibição de operações não lastreadas em créditos decorrentes das atividades empresariais do faturizado, o que completa a separação entre atividade de fomento mercantil e atividade financeira.

Alteramos, ainda, a redação do inciso III, que versa sobre a vedação à captação de recursos de terceiros. A redação da Câmara permite a captação realizada mediante emissão de valores mobiliários, mas, por esse meio, as empresas de *factoring* poderiam captar recursos do grande público, por exemplo pela emissão de debêntures não conversíveis em ações. Portanto, acreditamos que a autorização a tal modalidade de captação violaria a natureza do *factoring*. Contudo, não vemos motivos para vedar a concessão de empréstimos bancários a sociedades de fomento mercantil, que não se confundem com a captação de poupança popular. Por outro lado, embora possa parecer evidente, é conveniente deixar clara a permissão à capitalização das sociedades de fomento mercantil por seus próprios sócios, seja por meio da integralização de capital social, seja por mútuo à sociedade de que fazem parte.

No que tange ao inciso I, que proíbe a transferência ao factor de créditos da Administração Pública, o dispositivo ao final proposto para a delimitação das pessoas naturais e jurídicas que podem ser partes em contrato de fomento mercantil, como faturizadas, já exclui todos os órgãos da Administração direta, autarquias e fundações, pois exige que o faturizado seja empresário ou sociedade empresária, haja vista o objetivo primordial do *factoring*, qual seja, o fornecimento de capital a empresas de pequeno e médio porte.

Restariam as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que, como sociedades empresárias, poderiam ser partes em contratos de *factoring*. Acreditamos que a conveniência ou não de essas entidades realizarem operações com sociedades de fomento empresarial deve ser tratada na normatização específica dessas empresas, seja na regulamentação do art. 173, § 1º, da Constituição, seja na legislação que autoriza a criação de cada uma delas ou mesmo em seus estatutos sociais. De todo modo, haja vista o vulto das operações das empresas estatais e considerando o perfil das sociedades de fomento mercantil, reputamos improvável que haja convergência de interesses a ensejar contratos entre elas.

O **art. 12** condiciona a atividade das sociedades de fomento mercantil à autorização de órgão do Executivo, a exemplo do que ocorre com as instituições financeiras. Vislumbramos problemas nesse dispositivo.

O art. 170 da Constituição, em seu parágrafo único, consagra a livre iniciativa, independentemente de autorização do Poder Público, como regra da ordem econômica brasileira. O mesmo dispositivo, contudo, dá à lei ordinária competência para impor restrições à livre iniciativa. O grau de ingerência do Estado na economia varia em função da atividade praticada, da total liberdade até a completa proibição, a ser dosado pelo Estado no exercício da função legislativa. Contudo, a exigência de autorização prévia para funcionamento representa um dos mais altos graus de ingerência estatal na atividade econômica, abaixo talvez somente da proibição e do monopólio estatal. Tal rigor deve ser reservado a setores sensíveis da economia, que têm potencial de gerar repercussões jurídicas e econômicas que vão além das relações privadas entre os participantes, como é o caso do mercado financeiro.

Em nossa avaliação, não há semelhança entre a atividade financeira e o fomento mercantil a justificar a analogia de tratamento. As instituições financeiras devem ser previamente autorizadas pela autoridade supervisora, o Banco Central do Brasil, porque trabalham pesadamente alavancadas em recursos de terceiros. Resumidamente, pode-se dizer que o rígido controle das atividades bancárias justifica-se pela capacidade dos bancos de multiplicar moeda (emprestando os valores de

terceiros em depósitos à vista) e, assim, aumentar a base monetária; e pelo risco sistêmico que caracteriza o mercado bancário, no qual a quebra de uma instituição pode levar à quebra de outras, numa reação em cadeia que traz vultosos prejuízos a um enorme número de depositantes, com impacto funesto sobre a economia do País.

Em poucas palavras, bancos trabalham com recursos de terceiros e, por isso, suas operações trazem riscos não só ao capital do banco, mas também de seus depositantes. Por isso há uma autoridade especializada na autorização de funcionamento a essas instituições e na fiscalização da destinação desses recursos. No *factoring*, conforme já ressaltamos, não há intermediação e não se admite a captação de recursos de terceiros, muito menos sua manutenção em depósitos à vista. Assim, não há multiplicação de moeda e, portanto, não há risco monetário associado às operações regulares das sociedades de fomento mercantil. O risco associado a essas operações não é maior que o risco inerente a qualquer relação privada e, portanto, não vemos justificativa para a exigência de autorização prévia.

Além disso, de acordo com o texto do PLC nº 13, de 2007, a implementação do órgão autorizador do *factoring* ficaria sob a exclusiva discricionariedade do Poder Executivo, que deveria, quando lhe conviesse, planejá-lo e prever a respectiva dotação orçamentária. Entretanto, o Projeto não estabelece as regras relativas ao direito intertemporal e, se o Executivo não criar o órgão supervisor no prazo de 180 dias previsto em seu art. 16, o destino das empresas em funcionamento, considerando que a Lei exigiria autorização de um órgão inexistente, seria a ilegalidade, à espera da regulamentação da matéria. Ao mesmo tempo, não seria possível a abertura de novas sociedades de fomento empresarial. Nesse caso, a falta de regulamentação da lei equivaleria à proibição do *factoring* no Brasil, o que certamente não é o objetivo do Projeto.

Reconhecemos, porém, ser necessário incrementar o controle sobre as empresas de *factoring*. Isso pode ser alcançado estabelecendo-se de forma precisa os tipos penais relacionados ao fomento mercantil, com o objetivo de aumentar a efetividade da persecução criminal. Dessa forma, diligenciando para a efetiva aplicação das normas penais, a Lei contribuirá para retirar os delinqüentes do mercado e evitar que o *factoring* seja utilizado por empresas de fachada para praticar crimes. Acreditamos que a persecução levada a cabo pelas autoridades penais terá mais efetividade do que a exigência de autorização prévia do Poder Executivo. As transgressões das sociedades de fomento mercantil serão tratadas como crimes, investigadas e punidas pela autoridade policial, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, propomos novos tipos penais e normas processuais penais para lidar com os desvios relacionados ao fomento empresarial. Pela legislação em vigor, algumas dessas condutas já

são puníveis com fundamento na lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986), mas os tipos descritos naquele diploma legal são genéricos e dificultam a punição, uma vez que há controvérsias na doutrina e na jurisprudência quanto à caracterização de instituições financeiras não autorizadas a funcionar pelo Banco Central. Ressaltamos, ainda, que é conveniente estabelecer mínimas normas processuais para a punição desses crimes, as quais o Projeto em exame omite. Nesse sentido, optamos por deferir à Justiça Federal a competência para julgar os crimes previstos no Projeto, a fim de evitar conflitos de competência que poderiam surgir em relação à jurisdição federal para os crimes da Lei nº 7.492, de 1986.

Em relação ao **art. 13**, a tipificação do crime de funcionamento como sociedade de fomento mercantil sem autorização fica prejudicada em face da proposta supressão do art. 12.

Em relação ao crime tipificado no **art. 14** do Projeto, ou seja, o de praticar operação não lastreada em direito creditório, mais adequado é prever o crime de praticar operações não decorrentes da legítima atividade empresarial do faturizado, punindo não só os representantes da sociedade de fomento empresarial, mas também quem se utiliza delas para tentar praticar ou ocultar ilícitos.

O **art. 15** precisa ser adaptado, em face da exclusão da autorização prévia do Poder Executivo para o funcionamento de sociedades de fomento mercantil, restringindo a atividade do Executivo à fiscalização do cumprimento da lei. Além disso, aperfeiçoamos a redação, para privilegiar o princípio da legalidade, especialmente importante quando se trata de aplicação de penas. Também prevemos no substitutivo a pena de fechamento do estabelecimento, com a proibição de que os administradores da sociedade apenada ocupem cargo de administrador em outra sociedade de fomento empresarial, pelo prazo de dois anos. Por fim, acrescentamos dispositivo expresso para que o Ministério Público seja informado se, durante a fiscalização, for identificada conduta tipificada como crime.

O **art. 16** prevê prazo de 180 dias para as sociedades de *factoring* já constituídas se adaptarem às novas disposições, enquanto o **art. 17** estabelece a vigência da Lei para a data de sua publicação. Como explicitamos no início, o Projeto em exame traz normas sobre o contrato de fomento mercantil, normas sobre as sociedades de fomento mercantil e normas penais. O art. 16 não é claro sobre quais normas teriam sua aplicação diferida para 180 dias após a publicação. Caso o dispositivo se referisse a todas essas normas, bastaria dizer que a Lei entra em vigor 180 dias após sua publicação, o que não foi feito no art. 17.

De qualquer forma, entendemos que qualquer separação relativa à vigência das normas do Projeto pode trazer embaraços à aplicação da lei, com potencial obscuridade acerca da aplicação de umas em face das outras.

Por outro lado, reputamos meritório o prolongamento da *vacatio legis* para além dos quarenta e cinco dias previstos no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, por tratar-se de assunto complexo, que necessita tempo para ser conhecido e compreendido pelos destinatários das normas.

Assim, propomos a fusão dos arts. 16 e 17, prevendo-se, simplesmente, que a lei entrará em vigor 180 dias após sua publicação.

III – EXAME DAS EMENDAS

Concordamos com as correções gramaticais feitas na Emenda nº 1 – CCJ, mas acreditamos que o referido § 2º deve ser suprimido por completo, conforme exposto no comentário ao art. 2º. Em vista disso, fica prejudicada a emenda.

Também a alteração proposta pela Emenda nº 2 – CCJ seria meritória, mas, como propomos a reformulação da redação do art. 15 do Projeto, também essa emenda fica prejudicada pelo substitutivo apresentado.

IV – VOTO

O voto é pela aprovação do PLC nº 13, de 2007, na forma do substitutivo que apresentamos, prejudicadas as Emendas da CCJ.

PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 13 (SUBSTITUTIVO), DE 2007

Dispõe sobre o fomento empresarial.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei disciplina o contrato de fomento empresarial e as sociedades de fomento empresarial.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, são sinônimas as expressões fomento empresarial, fomento mercantil, fomento comercial, faturização e *factoring*.

Capítulo I

DO CONTRATO DE FOMENTO EMPRESARIAL

Art. 2º Contrato de fomento empresarial é aquele pelo qual uma parte transmite à outra, total ou parcialmente, a título oneroso, créditos decorrentes de suas atividades empresariais.

Parágrafo único. O contrato de fomento empresarial poderá prever, ainda, a prestação de serviços relacionados à atividade empresarial, tais como:

- I - assessoria sobre o processo produtivo ou mercadológico;
- II - avaliação e seleção de clientes ou fornecedores;
- III - análise e gestão de créditos;
- IV - acompanhamento de contas a pagar e a receber;
- V - aquisição de estoque, insumos ou matérias-primas.

Art. 3º As operações de fomento empresarial reger-se-ão pelas disposições pactuadas em contrato escrito, observado o disposto nesta Lei.

Art. 4º O cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de fomento empresarial poderá ser garantido por fiança ou outras garantias reais ou fidejussórias.

Art. 5º Estabelecido o contrato de fomento empresarial, os documentos para a transmissão dos créditos serão apresentados pelo faturizado à aprovação do faturizador, que devolverá aqueles que não aprovar.

Parágrafo único. Os créditos aprovados serão relacionados em aditivo contratual próprio, que explicitará o nome dos devedores, o valor nominal dos créditos e seu vencimento, a remuneração do faturizador e outras especificidades da operação.

Art. 6º Às operações realizadas com títulos de crédito aplicam-se as normas de transmissão específicas.

§ 1º Caso a legislação específica preveja transmissão por endosso, este deverá ser lançado em preto, sem prejuízo dos demais requisitos previstos em lei, devendo o faturizador preencher seu nome caso o título traga endosso em branco.

§ 2º Se não houver norma específica sobre a forma de transmissão do crédito, aplicam-se as regras de cessão previstas no Código Civil, servindo o contrato de fomento empresarial, juntamente com o respectivo aditivo contratual, como instrumento particular de cessão.

Art. 7º A remuneração da operação de fomento empresarial consiste no diferencial entre o valor nominal do crédito e o valor pago pelo faturizador e pode ser acrescida do valor referente à prestação de serviço previsto no parágrafo único do art. 2º desta Lei.

Art. 8º O faturizado é responsável pela veracidade, legitimidade e legalidade do crédito transmitido ao faturizador, e, caso o contrato de fomento empresarial ou seu aditivo o preveja, pelo pagamento no caso de inadimplemento da obrigação pelo devedor principal.

Art. 9º No caso de operação no mercado internacional, o faturizador, como cessionário de crédito à exportação, é responsável pelo cumprimento das normas cambiais previstas na legislação específica e em sua regulamentação.

Capítulo II
DAS SOCIEDADES DE FOMENTO EMPRESARIAL

Art. 10. A sociedade de fomento empresarial é empresária e somente poderá iniciar suas atividades após inscrição do Registro Público de Empresas.

§ 1º A sociedade de fomento empresarial somente poderá realizar as operações previstas nesta Lei com empresários ou sociedades empresárias inscritos no Registro Público de Empresas.

§ 2º A atividade de fomento empresarial será praticada pelas sociedades de fomento empresarial que cumpram o disposto nesta Lei, sem prejuízo das operações praticadas por instituições financeiras autorizadas a funcionar no País, que se regerão por legislação e regulamentação próprias.

Art. 11. O nome da sociedade de fomento empresarial conterá a expressão fomento empresarial, fomento mercantil, fomento comercial, faturização ou *factoring*, e nele, assim como em qualquer texto de divulgação de suas atividades, não poderão constar as expressões banco, financeiro, financiamento, empréstimo, investimento ou qualquer outra expressão que possa sugerir a prática de atividade privativa de instituição financeira.

Art. 12. É vedado à sociedade de fomento empresarial:

I - captar poupança ou recursos de terceiro, exceto de seus sócios ou de instituição financeira;

II - executar operações com créditos não decorrentes das legítimas atividades empresariais do faturizado; e

III - executar outras operações de natureza própria daquelas privativas de instituições financeiras.

Art. 13. Sem prejuízo da responsabilidade criminal, a sociedade de fomento mercantil estará sujeita, na forma do regulamento, garantidos o contraditório e a ampla defesa, às seguintes sanções administrativas por descumprimento da legislação em vigor:

I - advertência, com estipulação, se for caso, de prazo para a correção da irregularidade;

II - multa, de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), graduada de acordo com a gravidade da infração e a capacidade econômica do infrator, nos casos de reincidência específica, descumprimento do prazo estipulado com base no inciso I ou embaraço à fiscalização;

III - fechamento do estabelecimento, no caso de reincidência específica em infração anteriormente punida com multa.

§ 1º No caso de fechamento do estabelecimento, seus administradores ficarão proibidos de exercer função de administrador em qualquer sociedade de fomento empresarial, pelo prazo de dois anos.

§ 2º A fiscalização e a aplicação das penas previstas neste artigo serão feitas por órgão designado pelo Poder Executivo, que, caso tome conhecimento de infração tipificada como crime, dará conhecimento ao Ministério Público, para que promova a ação penal.

Capítulo III

DAS DISPOSIÇÕES PENAIS

Simulação de operação de fomento empresarial

Art. 14. Apresentar crédito para faturização que não seja decorrente de sua atividade empresarial, que seja fraudulento ou que saiba ser indevido:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o representante do faturizador que conclui a operação mesmo sabendo tratar-se de simulação nos termos do *caput*.

Captação de poupança ou recursos para sociedade de fomento empresarial

Art. 15. Captar, como representante da sociedade de fomento empresarial, poupança ou recurso de terceiro, exceto dos sócios ou de instituição financeira:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Se resulta prejuízo ao terceiro:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Prática de operação privativa de instituição financeira por sociedade de fomento empresarial

Art. 16. Conceder empréstimo, realizar financiamento ou praticar, como representante da sociedade de fomento empresarial, outra operação privativa de instituição financeira:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 17. As penas previstas nesta Lei aplicam-se aos sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, do faturizador ou do faturizado, na medida de sua culpabilidade, sem prejuízo das penas previstas para os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.

Parágrafo único. As penas aplicam-se a quem exerça de fato a atividade de fomento empresarial, ainda que não cumpra os requisitos dos arts. 10 e 11 desta Lei.

Art. 18. Nos crimes previstos nesta Lei, a ação penal será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal.

Parágrafo único. Aplica-se, no que couber, o procedimento criminal previsto para os crimes contra o sistema financeiro nacional.

Capítulo IV
DA VIGÊNCIA

Art. 19. Esta Lei entra em vigor cento e oitenta dias após sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator