

Fomento Mercantil

Rafael Rodrigues Carneiro¹

No dia 7 de outubro de 2011, foi realizado o II Encontro Jurídico de Fomento Mercantil pelo SINFAC – Sindicato das Sociedades de Fomento Mercantil Factoring do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com a EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

O evento foi organizado em cinco palestras, com os seguintes temas e palestrantes:

Palestra 1 – “Arcabouço Jurídico do Fomento Mercantil e o Projeto de Lei Factoring”, tendo como palestrante o Dr. Luis Lemos Leite (ex-Diretor do Banco Central e Presidente da ANFAC).

Palestra 2 – “A Execução de Títulos Extrajudiciais no novo CPC”, tendo como palestrante o Des. Alexandre Freitas Câmara – TJ/RJ.

Palestra 3 – “Legalidade da Cláusula de Regressa no Contrato de Factoring”, tendo como palestrante: Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo – TJ/RJ.

Palestra 4 – “Os estímulos da Lei de Recuperação Judicial”, tendo como palestrante o Juiz de Direito Luiz Roberto Ayoub – TJ/RJ.

Palestra 5 – “Fomento Mercantil e a Jurisprudência do STJ”, tendo como palestrante o Ministro Luis Felipe Salomão – STJ.

Atendendo à Resolução ENFAM de 02/03/2009, passo a dissertar acerca dos temas ministrados.

A palestra do Dr. Luis Lemos Leite procurou traçar um histórico da atividade de *factoring*.

O *factoring*, denominado também de fomento mercantil, tem suas raízes latinas, uma vez que em Roma o *factor* designava a pessoa que exercia o comércio por conta de um terceiro intermediário.

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara de Família de Teresópolis.

No século XVIII, na época da colonização inglesa, a figura do *factor* foi aproveitada para representar na América os interesses da metrópole Londres em desenvolver a economia local da colônia priorizando a indústria têxtil e o comércio doméstico. O *factor* era um agente comercial que tinha por objetivo cuidar de toda a logística, recepção, guarda e armazenamento das matérias primas e produtos oriundos da metrópole Londres. A denominação *factoring* surgiu em 1808, em Nova York, por iniciativa de, um *factor*.

Aquele *factor* que, em 1808, já prestava serviços de apoio e seleção dos fornecedores e dos compradores dos produtos das indústrias têxteis, que compunha sua clientela, agregou mais uma atividade ao seu negócio, ao comprar, com seus próprios recursos, os créditos (direitos) gerados pelas vendas feitas àqueles compradores previamente por ele aprovados.

No Brasil, a positivação do factoring até hoje ainda não foi realizada por legislação específica, estando prevista em Circulares e outros atos internos do Banco Central. O instituto também encontra previsão em diplomas legais que não versam diretamente sobre a atividade empresarial.

Entre as legislações que versam sobre *factoring*, destacam-se: a Instrução Normativa n° 16/1986 do DNRC; a Circular n° 1359 do BACEN, que diferenciou as sociedades de factoring das instituições financeiras, reguladas pela Lei n° 4.595/64, na medida em que o factoring deve ser compreendido como uma atividade mista, de conjugação de prestação de serviços com aquisição de direitos creditórios ou créditos mercantis; Resolução n° 2.144/95 do Conselho Monetário Nacional; a Lei n° 8981/95, que trata do imposto de renda e que positivou o conceito de factoring; a Circular n° 2715/96 do BACEN; a Lei n° 9.613/98, que dispõe sobre o crime de lavagem de dinheiro e sobre a criação do COAF; o Projeto de Lei n° 3.615/2000, ainda em tramitação no Congresso Nacional.

Em relação ao Projeto de Lei n° 3.615/2000, esse foi elaborado com base na melhor doutrina sobre a matéria. Entretanto, o Projeto de Lei n° 3.615/2000 sofreu alterações em decorrência de um substitutivo do Senado que esvaziava a atividade econômica. Assim, o projeto retornou à Câmara dos Deputados, onde foi rejeitado o substitutivo do Senado, estando, atu-

almente, em fase de aprovação na Câmara dos Deputados, de onde seguirá para sanção presidencial.

No que tange propriamente ao contrato de *factoring*, esse é um contrato misto, comutativo, atípico, inominado, oneroso e personalíssimo, em que, através do endosso, há uma aquisição de direitos creditórios ou créditos mercantis, sendo aplicável o art. 481 do CC/02.

No *factoring*, são três as partes que atuam necessariamente: um comerciante ou industrial, que é o cedente, titular do crédito, que o endossa; um estabelecimento adquirente, ou a empresa de factoring, o faturizador, que é o cessionário do crédito, o qual paga o valor respectivo ao cedente; o devedor do crédito, que é o comprador da mercadoria, ou cliente do vendedor ou cedente, junto ao qual a instituição ou faturizador receberá o montante da transação.

Além disso, para configurar o *factoring*, vários requisitos são necessários: a) venda a prazo, pois se for à vista é, na prática, inócua a transferência do crédito, já que a operação busca munir de capital de giro o faturizado, que não está em condições de aguardar o vencimento do título; b) transferência das contas do faturizado, relativa a seus clientes, o que se processa através da remessa de um *borderau*, instruído de cópias as faturas emitidas pelo vendedor, acompanhadas dos títulos de crédito, os quais serão endossados ao faturizador; c) caráter oneroso da operação, consistente na remuneração que receberá o faturizador pela cobrança dos títulos junto ao devedor.

Feitas as principais considerações acerca da primeira palestra, passa-se a abordar os principais pontos da segunda palestra, ministrada pelo Desembargador Alexandre Freitas Câmara.

A palestra do Desembargador Alexandre Freitas Câmara versou sobre a execução de títulos extrajudiciais no novo CPC, tema que guarda pertinência com o instituto do factoring na medida em que se trata da via adequada para a cobrança dos títulos transferidos mediante as operações dessa natureza.

De início, o palestrante ressaltou que o processo legislativo de elaboração do Código de Processo Civil seria falho. Isso porque, após as modi-

ficações feitas pela casa revisora, no retorno à casa de origem, a aprovação das modificações é feita em bloco, ou seja, ou todas as modificações são aceitas pela casa de origem ou todas as modificações são rejeitadas. Assim, nesse momento do processo legislativo, o que se pode analisar é o que já foi aprovado pelo Senado Federal.

No projeto do Senado Federal, há um livro III dedicado à execução. Levou-se em conta recente reforma do sistema de execução brasileiro. Assim, considerou-se que se deveria explorar mais as inovações da última reforma. Desta forma, o que se tem no projeto do novo Código de Processo Civil é um sistema de execução por título executivo extrajudicial muito parecido com o sistema existente no código em vigor.

O Livro III regula a execução dos títulos extrajudiciais, e se aplica subsidiariamente à execução fundada em título judicial, mais comumente conhecida como cumprimento de sentença. Por outro lado, também é certo que existe uma ampla comunicação entre as disposições dos livros do Código de Processo Civil.

Com relação aos títulos executivos extrajudiciais, os títulos são praticamente o que temos hoje, com exceção de um que desaparece: o crédito constituído em favor dos auxiliares da justiça. Isso porque o crédito constituído em favor dos auxiliares da justiça passa a integrar o rol dos títulos executivos judiciais. Além disso, surge um novo título executivo extrajudicial: a parcela de rateio de despesas condominiais aprovado em assembleia de condôminos.

A grande novidade na Teoria Geral da Execução diz respeito à fraude à execução. A fraude à execução é uma criação do direito brasileiro. Esse instituto cria uma situação de proteção ao credor de nível intermediário entre a fraude contra credores e a alienação de bem penhorado.

O direito brasileiro estabeleceu que há fraude à execução se existir um processo em curso contra um devedor e esse alienar um bem reduzindo-se à insolvência. Não há elementos subjetivos na análise da fraude à execução. Bastaria a ciência do devedor acerca da demanda e a redução à insolvência causada pela alienação de bem.

Um problema que surgiu na elaboração do novo Código de Processo

Civil é que foi positivada no texto do anteprojeto a essência do enunciado 375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, sendo que esse enunciado já era alvo de críticas da doutrina por enfraquecer o instituto da fraude à execução. Através do referido enunciado, o Superior Tribunal de Justiça esvaziou o instituto, pois, ao passar a exigir a análise de caráter subjetivo, foi além e passou a entender que seria necessária a presença de má-fé, dolo do devedor, o que sequer é exigido na fraude contra credores.

Entretanto, o Senado Federal, no art. 749, fez mudanças no anteprojeto e manteve íntegro o instituto da fraude à execução, tal como inicialmente concebido. O art. 749 do projeto de lei foi ainda mais além, pois inverteu a lógica da presunção da boa-fé. A partir da aprovação do projeto de lei, o adquirente de bem alienado em fraude à execução terá que comprovar a sua boa-fé, demonstrando que extraiu as certidões dos distribuidores da Comarca da situação da coisa e do domicílio do vendedor.

Em relação à execução por quantia certa, o projeto de Código de Processo Civil passa não mais a chamá-la de execução por quantia certa contra devedor solvente. Isso porque o novo código faz desaparecer a execução por quantia contra devedor insolvente. Em relação à situação de insolvência civil, passará a haver um concurso de credores na própria execução onde a insolvência ficar caracterizada. Por isso, a partir de então teremos apenas a execução por quantia certa contra devedor solvente no art. 781 do Código de Processo Civil.

Ao contrário do que se tem no sistema atual, no projeto do novo Código de Processo Civil, os honorários devidos na execução não são arbitrados pelo juiz, mas são estabelecidos em lei, no equivalente a 10% (dez por cento) do valor da execução, devendo ser fixados no despacho liminar. Tal como ocorre na sistemática vigente, em caso de pagamento do valor da execução no prazo de três dias, haverá redução no valor dos honorários advocatícios.

O executado será citado para pagar o valor da execução no prazo de três dias da juntada do mandado. Em não havendo pagamento, haverá a penhora de bens do executado, que não sofre qualquer mudança em relação à sistemática atual, devendo a indicação dos bens à penhora ser feita

pelo exequente.

Entretanto, deve ser anotada uma mudança quanto à regra da impenhorabilidade de bens. Na sistemática vigente, os salários são considerados bens absolutamente impenhoráveis. O projeto do novo Código de Processo Civil elaborado pelo Senado Federal permite a penhora de salário no que ultrapassar a quantia de cinquenta vezes o valor do salário mínimo. A comissão de juristas que analisa o projeto do Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados pretende alterá-lo para permitir a penhora de até 30% (trinta por cento) do salário do devedor.

O projeto do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de que a penhora continue a ser feita por meios eletrônicos, quaisquer que sejam os bens a ser penhorados; sendo de se ressaltar que, na prática, já se consegue efetivar penhora eletrônica de dinheiro, imóveis e veículos.

Continua-se dando prioridade à adjudicação do bem penhorado pelo exequente. Em seguida, passar-se-ia à alienação, que poderia ser feita por iniciativa particular, mudando-se, assim, o público alvo da hasta pública. A alienação ainda poderia ser feita através do leilão judicial. Em relação ao leilão judicial, a primeira anotação a ser feita é que o projeto do novo Código de Processo Civil acaba com a dicotomia leilão – hasta pública, ou seja, passa a existir somente a terminologia leilão público. Além disso, o leilão público será feito, sempre que possível, por meio eletrônico, através de sítio na internet.

Em relação à arrematação, não se admitirá a arrematação por preço vil, assim considerado 50% (cinquenta por cento) do valor de avaliação do bem, se o juiz não fixar outro valor. Inovação quanto à arrematação diz respeito à possibilidade de arrematação por preço inferior ao da avaliação já no primeiro leilão realizado, e não somente no segundo leilão, tal como ocorre atualmente.

O projeto de Código de Processo Civil não inova quanto ao modo de satisfação da execução, que se dará pela adjudicação ou pela entrega de dinheiro; também não inova quanto à defesa do executado por título executivo extrajudicial, que continuará sendo exercida por meio de embargos.

O palestrante encerrou a exposição afirmando que o novo Código de Processo Civil não traz reformas tão profundas quanto à execução. Entretanto, ressaltou que já seria o momento de se pensar no futuro no sentido de seguir a experiência de outros países com a retirada da execução do âmbito do Poder Judiciário. Ponderou ainda que a retirada da execução do âmbito do Poder Judiciário não afastaria a possibilidade de esse continuar a controlar a atividade executiva, embora não mais figurasse como o gestor da execução.

Na terceira palestra do evento, o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo abordou a discussão acerca de a cláusula de regresso aposta em um contrato de *factoring* ferir a legalidade, desnaturando o contrato.

O palestrante analisou a estrutura do contrato de *factoring* e apontou suas características. Nesse sentido, esclareceu que o *factoring* estaria regulado pela sistemática da cessão de crédito prevista no Código Civil. Também ressaltou que o art. 15, §1º, III, da Lei 9.249/95, que é uma lei de natureza tributária, define o que seja o contrato de *factoring*.

O palestrante esclareceu que a aposição no contrato de *factoring* da cláusula de regresso contra o endossante ou cedente não é bem vista pela doutrina e pela jurisprudência, sob o argumento de que a mesma retiraria o risco da operação e desnaturaria o contrato. Apesar disso, sustentou o palestrante que a cláusula de regresso simplesmente diminuiria o risco, mas esse não deixaria de existir pela possibilidade de insolvência do próprio endossante ou cedente.

Após discorrer sobre se seria possível aplicar os princípios do Direito do Consumidor ao contrato de *factoring*, concluiu que não haveria que se cogitar de relação de consumo. Ressaltou que seria possível a inclusão da cláusula de regresso em relação ao endossante ou cedente, desde que a referida cláusula fosse ressaltada no contrato, mas não por aplicação do Código do Consumidor e sim por aplicação do Código Civil, que contém princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

A quarta palestra do evento foi ministrada pelo Juiz de Direito Luiz Roberto Ayoub, que tratou dos estímulos da Lei de Recuperação Judicial.

O palestrante iniciou sua exposição exaltando a necessidade de se-

gurança jurídica como forma de gerar desenvolvimento ao país. Esclareceu que a Lei de Recuperação Judicial é uma lei pensada com foco na segurança jurídica. Nesse contexto, a referida lei, por um lado, traz estímulos que objetivam atrair o investidor e por outro, concede benefícios às empresas em processo de recuperação. Sustentou que os benefícios concedidos pela Lei de Recuperação Judicial somente se traduziriam em abusos se houvesse conivência do Poder Judiciário. Até porque os requisitos para a concessão da recuperação judicial são muitos e o pedido de recuperação judicial sempre traz muitos prejuízos à reputação da empresa.

Em relação aos estímulos concedidos pela Lei de Recuperação Judicial ao investidor para que se sinta atraído a participar de uma recuperação judicial, o palestrante destacou três.

O primeiro estímulo seria a denominada “blindagem da ação revocatória”. Com a Lei de Recuperação Judicial, as alienações de ativos de uma empresa em recuperação judicial seriam feitas no âmbito do próprio Judiciário, dentro do plano de recuperação da empresa, e, portanto, estariam a salvo de eventuais ações revocatórias em caso de decretação da falência. Isso atrairia investidores interessados na aquisição de ativos de uma empresa em recuperação judicial.

O segundo estímulo seria a eliminação da sucessão trabalhista e fiscal na alienação de ativos da empresa em recuperação fiscal, conforme preconizado no art. 60, parágrafo único, da Lei 11.101/2005. O adquirente do ativo alienado teria a garantia da lei de que não sucederia o alienante no passivo fiscal e trabalhista, o que incrementaria o valor do ativo em negociação. O palestrante ressaltou que, a despeito de a matéria já ter sido inclusive submetida ao Supremo Tribunal Federal, não vem sendo reconhecida e respeitada por todos os segmentos do Poder Judiciário, o que gera insegurança jurídica insuportável ao investidor e, conseqüentemente prejuízo às empresas em recuperação judicial.

O terceiro estímulo, e o que mais interessa ao empresário de *factoring*, seria o fato de que aqueles que participam do projeto de recuperação judicial são considerados como extraconcursais, ou seja, recebem antes de todos os demais credores. A lei concedeu um tratamento privilegiado ao

investidor que participa do processo de recuperação fiscal. Se esse investidor que apostou na recuperação judicial não obtiver sucesso no processo de recuperação, ao menos a Lei 11.101/2005 lhes garante que estarão fora do concurso de credores, sendo os primeiros a receber seu crédito. Não se trataria de um benefício desproporcional aos investidores, mas sim de uma forma que uma lei pensada com um viés econômico encontrou para atrair investimento para o sucesso da recuperação judicial.

Na quinta e última palestra, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão explanou acerca da estrutura do Superior Tribunal de Justiça. Ressaltou a finalidade do Tribunal em uniformizar o direito federal, bem como mencionou os pressupostos subjetivos, objetivos e específicos do recurso especial.

Em seguida, o palestrante passou a analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do instituto do *factoring*, trazendo os seguintes acórdãos: Resp 992421/RS, Resp 1048341/RS, Resp 820672/DF, Resp 434433/MG, Resp 612423/DF, Resp 469051/RS, Resp 43914/RS, Resp 10052/RS, Resp 151322, Resp 330014/SP, Resp 955353/SC.

Enfim, considero essas as observações a serem feitas sobre os principais pontos do evento, que em muito contribuiu para o aperfeiçoamento dos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. ♦