

# Fomento Mercantil

**Luiz Claudio Silva Jardim Marinho<sup>1</sup>**

O *factoring* representa, em conceituação livre, uma atividade de fomento mercantil caracterizada por aquisição de ativos, mediante pagamento de um preço, sem implicar riscos de inadimplemento ao cedente e sem direito de regresso contra o cedente.

A palavra *factoring* não encontra tradução na língua portuguesa e sua origem se relaciona à figura do *factor* (fazedor, gestor de negócios).

No Brasil, o *factoring* surgiu com a criação da Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil – ANFAC – em 11.2.1982. Atualmente, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, o PLC – Projeto de Lei da Câmara nº 13 de 2007, de autoria do Deputado João Herrmann, que dispõe sobre as operações de fomento mercantil - *factoring* e dá outras providências.

Fato objetivo é que não há legislação específica no ordenamento jurídico Brasileiro regulando o *factoring*.

A atividade de *factoring*, como afirmado, se relaciona à prestação de serviços e compra de créditos (direitos) de empresas resultantes de vendas mercantis a prazo.

As empresas de *factoring* devem ser registradas no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e devem ter certificado especial da ANFAC - Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil – Factoring para que possam desenvolver suas atividades mercantis.

*Factoring* é uma atividade mercantil, e não financeira, o que significa que as empresas que exercem tal atividade não necessitam de autorização do Banco Central do Brasil para que sejam constituídas e registradas.

São partes do contrato: a empresa contratante endossante – cliente,

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do II Juizado Especial Cível da Barra da Tijuca.

a empresa contratada endossatária - empresa de fomento mercantil e os eventuais responsáveis solidários.

A atividade desenvolvida pelo fomento mercantil é caracterizada pela prestação de serviços e compra de direitos de crédito originados de vendas ou serviços mercantis.

No que tange à classificação, pode-se afirmar que o *factoring* é um contrato atípico, misto, de natureza sinalagmática consensual, comutativa, *intuitu personae*, oneroso, paritário ou de adesão, comutativo (mas com carga de aleatoriedade - ligada à solvência do devedor cedido), bilateral e regido por normas insertas no Código Civil e pelas leis de mercado, inserida na livre concorrência empresarial.

Não se aplica, nas atividades de *factoring*, o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o objeto se relaciona a crédito (ativo) e o dinheiro não pode ser tratado como bem de consumo, mas sim como insumo, o que afastaria a incidência da Lei nº 8.078/90 nas respectivas operações, diante, ademais, da ausência da figura do destinatário final dos produtos ou serviços (teoria finalista), na medida em que o cedente objetiva a venda de direito de crédito para incremento de sua própria atividade.

Não há, portanto, como se enquadrá-la como uma relação de consumo. A relação jurídica decorrente do contrato de *factoring* é uma relação de produção e circulação de bens destinados à revenda e obtenção de lucro, pressupostos incompatíveis com a conceituação e sistema protetivo do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor, estruturado sob o prisma do reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado de consumo.

A cessão de crédito é a transferência ativa da obrigação ou a venda de um direito de crédito e o dado relevante a ser destacado é que a transação do *factoring* é feita em caráter mercantil (*pro soluto*).

Importante consignar, neste particular, a diferença entre o caráter *pro soluto* e *pro solvendo* da cessão do crédito e o perigo de examiná-lo sobre a natureza *pro solvendo*, o que pode comprometer a própria natureza e subsistência do instituto, mercê de desvirtuar a finalidade para a qual foi criado.

Na cessão *pro soluto*, o cedente responde pela existência e legalidade

do crédito, mas não responde pela solvência do devedor. Neste particular, ressalte-se que o artigo 296 do Código Civil estabelece que o cedente não responde pela solvência do devedor, salvo estipulação em contrário, o que significa que, na transferência *pro soluto*, não há direito de regresso do cessionário contra o cedente, ou seja, a empresa de *factoring*, o *factor*, assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor.

Sobre a natureza *pro soluto* do contrato de *factoring*, vale transcrever acórdão adiante colacionado, da lavra do Desembargador Mario Assis Gonçalves, no qual enfrenta a natureza *pro soluto* do contrato de *factoring*:

“Embargos à execução. Contrato de fomento mercantil (*factoring*). Nota promissória. Garantia de recebimento dos créditos. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Embora não regulamentado em legislação específica, o contrato de *factoring* é, por muitos, considerado um contrato atípico e se caracteriza, grosso modo, pela cessão dos direitos de crédito do faturizado ao faturizador. Distingue-se da operação bancária de desconto de títulos, já que o faturizador assume o risco pelo não pagamento pelo devedor dos títulos negociados, ao contrário do que se dá naquela operação, recebendo, para tanto, uma comissão. Assim, com exceção das hipóteses de ilegalidade dos títulos de crédito cedidos, são vedadas as garantias de regresso nos contratos de *factoring*, sendo da essência do contrato a responsabilidade do faturizador pelos riscos da impropriedade e da insolvência do devedor (sacado). Na hipótese dos autos, verifica-se que a nota promissória sob que se funda a execução teve sua origem em um contrato de *factoring* celebrado entre a empresa apelante e os apelados, conforme cláusula 3.4.2 do aditivo contratual acostado às fls. 42, constituindo, na verdade, garantia de regresso no contrato, o que não se admite. Recurso ao qual se nega seguimento”. Apelação Cível nº 0239975-62.2008.8.19.0001 (2009.001.69782),

Relator DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento:  
27/04/2010 – TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TJERJ.

Na cessão *pro solvendo*, por sua vez, o cedente também responde pela solvência do devedor, o que significa que o cessionário poderá cobrar o valor do cedente se o devedor não efetuar o pagamento da dívida. O cedente responde pela existência, higidez e solvabilidade do crédito, ao contrário do que ocorre no caráter *pro soluto*.

O contrato de *factoring*, pois, se estrutura no caráter *pro soluto* do crédito, o que importa a necessidade de meios adequados para satisfação do crédito adquirido pela empresa faturizadora.

O risco no desenvolvimento da atividade de factoring estará sempre presente pela incerteza quanto ao recebimento do crédito cedido. E, para a satisfação do direito subjetivo decorrente da aquisição do crédito, a empresa de *factoring* se vale, eventualmente, da atividade de execução para satisfação. A execução é uma das formas de reaver o crédito pela via judicial.

E, como cediço, a execução é o chamado ponto de estrangulamento do processo, um dos fatores de complicação da entrega da prestação jurisdicional.

A execução no Código de Processo Civil de 1973 se revelou um procedimento absolutamente anacrônico e sem qualquer comprometimento com a celeridade e satisfação do crédito, o que deu ensejo à criação de um modelo sincrético.

Pelo sistema processual introduzido a partir da Lei nº 11.232/2005, o cumprimento de sentença não depende mais de processo autônomo, tendo se transformado em um mero desdobramento da fase de conhecimento ou incidente processual (atente-se que os títulos executivos extrajudiciais necessitam de procedimento autônomo na forma das alterações introduzidas pela Lei nº 11.382/2006).

As dificuldades de se alcançar a satisfação do crédito pela via executiva têm sido enfrentadas em todos os sistemas processuais, merecendo especial atenção o fato de que alguns países, sobretudo na Europa Ocidental, afastaram a atividade executiva do Poder Judiciário, servindo como

exemplos a França, Itália, Suíça, Holanda, Bélgica.

Na América do Sul, o Chile é o único país que está discutindo a possibilidade de retirar a execução da atividade jurisdicional, transferindo-a para órgãos (Conselhos) responsáveis pela prática de atos executórios.

Pelo modelo propugnado em tais sistemas, a execução seria atividade ontologicamente administrativa e entregue a órgãos responsáveis pelas atividades relacionadas à constrição e satisfação, reservando-se ao Judiciário uma atuação voltada exclusivamente para o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos executórios, mas sem enfeixar a figura de um gestor da execução.

Outro aspecto de interesse relacionado ao *factoring* diz respeito ao exame do elenco de títulos executivos extrajudiciais, porquanto as execuções, amiúde, se fundam em créditos neles consignados.

O projeto do novo Código de Processo Civil apresenta, substancialmente, o mesmo elenco de títulos executivos extrajudiciais previsto no atual artigo 585 do Código de Processo Civil. Desaparece, contudo, o “crédito do perito aprovado por decisão do Juiz” do rol de títulos executivos extrajudiciais, que, a partir do novo código, passa para o rol dos títulos executivos judiciais.

E não poderia ser diferente, uma vez que o valor do crédito do perito foi submetido ao crivo judicial e obteve a devida homologação pelo Juiz, constituindo-se a partir da respectiva decisão judicial.

Merece especial análise a denominada Fraude à Execução, instituto de criação do Direito Brasileiro e sem qualquer paralelo em outro sistema processual.

A fraude à execução se encontra numa situação intermediária entre a fraude a credores e a alienação ou oneração de bem já penhorado.

A fraude à execução pode ser reconhecida no próprio processo de conhecimento em curso, se o devedor, já citado, aliena bens para reduzir-se à insolvência. É considerada *in re ipsa* – inerente ao próprio ato.

O Superior Tribunal de Justiça, em 20/03/2009, editou o Enunciado nº 375 que prevê: “o reconhecimento da fraude de execução depende de registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro

adquirente”, exigindo, pois, requisito subjetivo (prova da má-fé) e objetivo (registro da penhora).

O desacerto, com efeito, do entendimento consignado no verbete se observa pelo exame de um dos precedentes mencionados para edição do respectivo entendimento:

*REsp 739388 . PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE BEM ALIENADO A TERCEIRO DE BOA-FÉ. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DO TÍTULO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. 1. Alienação de bem imóvel pendente execução fiscal. A novel exigência do registro da penhora, muito embora não produza efeitos infirmadores da regra **prior in tempore prior in jure**, exsurgiu com o escopo de conferir à mesma efeitos **erga omnes** para o fim de caracterizar a fraude à execução. 2. Deveras, à luz do art. 530 do Código Civil, sobressai claro que a lei reclama o registro dos títulos translativos da propriedade imóvel por ato **inter vivos**, onerosos ou gratuitos, posto que os negócios jurídicos em nosso ordenamento jurídico, não são hábeis a transferir o domínio do bem. Assim, titular do direito é aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária. 3. Todavia, a jurisprudência do STJ, sobrepujando a questão de fundo sobre a questão da forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Assim é que foi editada a Súmula 84, com a seguinte redação: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”. 4. “O CTN nem o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A preexistência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus ‘**erga omnes**’, efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do ‘**consilium fraudis**’ não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé, pres-*

*supõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos repressórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante. (EREsp nº 31321/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 16/11/1999) 5. Aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude **in re ipsa**, senão pelo conhecimento **erga omnes** produzido pelo registro da penhora. Sobre o tema, sustentamos: “Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem transcrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial; por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento. Entretanto, a moderna exigência do registro altera a tradicional concepção da fraude de execução; razão pela qual, somente a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma execução criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si seja uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inciso II do art. 593 do CPC. A referida exegese esbarraria na inequívoca **ratio legis** que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se pode mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. É preciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora’. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que de há muito se preconiza nos nossos matizes europeus.” (Curso de Direito Processual Civil, Luiz Fux, 2ª Ed., p. 1298/1299), 6. Precedentes: Resp 638664/PR, deste Relator, publicado no DJ: 02.05.2005; REsp 791104/PR, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, publicado no DJ 06.02.2006; REsp 665451/ CE Relator Ministro CASTRO MEIRA DJ*

07.11.2005, Resp 468.718, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 15/04/2003; AGA 448332 / RS , Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 21/10/2002; Resp 171.259/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 11/03/2002. 7. *In casu*, além de não ter sido registrada, a penhora efetivou-se em 05/11/99, ou seja, após a alienação do imóvel pelos executados, realizada em 20/04/99, devidamente registrada no Cartório de Imóveis (fls. 09) data em que não havia qualquer ônus sobre a matrícula do imóvel. Deveras, a citação de um dos executados, ocorreu em 25/03/99, sem contudo, ter ocorrido a convocação do outro executado. 8. *Recurso especial provido.*”

Havia, adrede à edição do enunciado, mera conformidade com o potencial de conhecimento do devedor de que poderia ficar insolvente, o que se revelava como providência adequada para o substrato fático.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, passou a exigir a comprovação da má-fé do devedor.

O Projeto do novo Código de Processo Civil inseriu o texto do Enunciado nº 375 como dispositivo legal, o que compromete ainda mais a efetividade da atividade executiva, uma vez que confunde os institutos da fraude de execução e fraude de credores, que, embora semelhantes, se mostram absolutamente distintos, na medida em que a fraude de execução pode ocorrer em qualquer procedimento judicial em que se tenha a possibilidade de conduzir o devedor à insolvabilidade, bastando para tanto a alienação de bens após obter ciência inequívoca do ajuizamento da ação de conhecimento que tenha o condão de proporcionar a formação de título executivo judicial.

O entendimento consignado no verbete do Superior Tribunal de Justiça exige a comprovação da má-fé, olvidando a complexidade de se produzir a documentação do elemento subjetivo (intenção).

*Agravo de instrumento contra decisão que, em ação monitória, convertida em execução, reconheceu a existência de fraude à exe-*

*cução, deu por ineficaz as alienações realizadas pelo Agravante em relação ao credor nos autos do processo originário e determinou a penhora de todo o seu patrimônio. Agravo regimental contra decisão que deferiu parcialmente o efeito suspensivo não conhecido. Agravante que quando da propositura da ação monitória integrava a sociedade devedora, composta, à época, por apenas dois sócios, cada um titular de metade do capital social, sustentando dela ter se retirado em setembro de 2006, quando a ação judicial já havia sido convertida em execução. Alienações de bens do Agravante ocorridas em 2008 e 2009, ocasião em que é razoável concluir que tinha ele plena ciência da execução, demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, pois a devedora originária, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, não chegou a garantir o juízo, embora sustente o Agravante que ela teria condições de fazê-lo. Desprovemento do agravo de instrumento. Agravo de Instrumento nº 0018096-78.2011.8.19.0000, Relatora DES. ANA MARIA OLIVEIRA - Julgamento: 11/10/2011 - OITAVA CÂMARA CÍVEL TJERJ.*

Procurou-se, pois, com as presentes linhas, enfrentar os aspectos do contrato de factoring em sua ontologia, procedendo, em seguida, à abordagem de alguns dos institutos a ele diretamente relacionados e à luz das alterações propugnadas pelo projeto do novo Código de Processo Civil, como a natureza *pro solvendo* do negócio jurídico e o aspecto relacionado ao entendimento sobre a fraude à execução, revelando-se necessário o questionamento reflexivo e crítico sobre o modelo jurisdicional de execução e seu desenvolvimento nos sistemas que o estruturam dentro de uma perspectiva administrativa. ◆