O "FACTORING" E A LEGISLAÇÃO BANCÁRIA BRASILEIRA*

WILSON DO EGITO COELHO

Sabemos que o Direito foi uma das primeiras experiências humanas. Instintivo, inicialmente, nascido das contingências impostas pela vida em comum, foi-se racionalizando à medida em que evoluía a inteligência até transformar-se neste complexo encadeamento lógico que constitui, hoje, a poderosa força de orientação e contenção que governa a sociedade humana.

Mas, o Direito é consequência social e, como tal, sujeito às leis da evolução da sociedade. Como o homem, tende sempre a aperfeiçoar-se.

Desde os primórdios que o ser humano, por todas as suas superfícies de contato, assimila o meio ambiente, agindo sobre ele, modificando-o para, afinal, modificar-se *Nihil est in intellectu quod non prius fuerit in sensu*, dizia Aristóteles (Nada existe na inteligência que não tenha, primeiro, impregnado os sentidos).

Portanto, é inelutável que o surgimento da norma jurídica, como regra de conduta humana, decorra da necessidade social, do sentimento de premência de novas formas de comércio jurídico que o cada vez mais exigente intercâmbio entre os indivíduos impõe incontestavelmente.

Daí ser comum essa contínua e complexa forma de integração, indiscutivelmente evolutiva, entre velhos institutos e novas formulações jurídicas.

Povos mais evoluídos — e os há — inspiram as sociedades em estágios mais atrasados convencendo-as da necessidade de incorporar em seus sistemas normativos novas regras de conduta jurídica, novos institutos, com o que se tornará cada vez mais fácil o convívio entre os diversos estados, numa como que uniformização global do Direito.

Isto é, também, consequência do interrelacionamento, que tem crescido sempre e cada vez mais, entre os povos, mercê dos moderníssimos meios de comunicação e intercâmbio desta palpitante atualidade, que transformaram o mundo nisto que se vem chamando universalmente de "aldeia global".

A sociedade e as reflexões dela decorrentes são o primeiro livro do verdadeiro jurista, disse D'Alembert.

É natural, portanto, que figuras ou institutos como o "factoring", ainda desconhecido de nosso direito legislado, tenha alcançado entre nós tanta curiosidade e — diremos mesmo — tanto prestígio.

E, o que é o "factoring"?

Esse instituto tem sido muito bem examinado e analisado por renomados juristas brasileiros, a partir do estudo de direito comparado entre a espécie vigorante nos Estados Unidos e as que se implantaram na Europa já no início

* Conferência pronunciada por ocasião do "Simpósio Nacional de Factoring", realizado na Cidade do Rio de Janeiro, no dia 23.2.84, com o apoio técnico da Associação Nacional das Empresas de Fomento Comercial.

da década de 1960. Dentre outros, citaremos Fábio Konder Comparato, Fran Martins, Orlando Gomes e o jovem e promissor advogado, Carlos Alberto de São Tiago Hagstrom, do Departamento Jurídico do Banco Central do Brasil.

Para o Dr. Carlos Alberto Hagstrom (RDM 43/38), o "factoring" chega ao Brasil ainda com sabor de novidade, embora constitua prática comercial já antiga e bastante difundida em outros países. Como todo instituto novo, o "factoring", abrindo caminho para sua aceitação, entre nós, tem sido objeto de muitas controvérsias, estimuladas, quer em função de sua natureza jurídica, quer por suas repercussões em nosso peculiar mercado financeiro, segundo ele próprio.

Observa o Dr. Hagstrom que definir o *factoring*, precisar seu conteúdo e esclarecer seu fundamento jurídico constituem árdua tarefa, pois as definições são sempre imperfeitas porque simplesmente descritivas, o que oferece inconvenientes no plano jurídico. Sustenta, apoiado em autores de renome (Sussfeld, Garciadiego, Felipe de Tena, Nichols, Roger Noly, Serge Rolin e outros), que a operação de "factoring", complexa e multiforme, é a um só tempo, de natureza comercial e financeira. E isto porque há no "factoring" serviços de crédito, apresentando-se tal atividade como de índole financeira.

É nítida a influência que exerceram sobre o jovem jurista estudos realizados por Roger Noly (*Le Factoring*, ed. do Centre Français de Conseillers Financiers, Paris, 1968) e Serge Rolin (*Le Factoring*, Marabout, Paris, 1972). Esses autores franceses dizem ser o "factoring" uma nova forma de *financiamento* ("cette nouvelle formule de financement"); uma atividade que se inscreve entre os meios normais de financiamento ("il commence à s'inscrire utilement parmi les moyens normaux de financement"); uma nova forma de crédito a curto prazo ("une forme nouvelle de crédit a court terme"), acrescentando Serge Rolin que o "factor" caminhou para uma função financeira ("aussi s'orienté-t-il vers une fonction financière"), situando-se o "factoring" moderno entre os serviços financeiros e bancários ("s'est installé en force parmi les services financiers et bancaires").

A Câmara Nacional de Conselheiros Financeiros da França, naturalmente levando em conta a prática do instituto naquele País, definiu o "factoring" como uma operação que consiste, basicamente, numa transferência de crédito comercial do titular desses créditos a um "factor", que se encarrega de fazer a respectiva cobrança e garante o seu êxito, mesmo em caso de impontualidade ou inadimplemento momentâneo ou permanente (falência, concordata ou concurso de credores) do devedor, mediante a retenção de taxas de mediação ou intervenção ("moyennant la retenue de ses frais d'intervention"). Daí haver o Conselho Nacional de Crédito daquele País decidido que todas as entidades que desejarem desempenhar a atividade de "factor" devem adotar as regras e organização dos estabelecimentos financeiros ou de crédito, com as conseqüências disto decorrentes, isto é, fiscalização do Poder Público e submissão aos ditames que tal fiscalização impõe.

L. E. Sussfeld, em estudo editado pela "Presses Universitaires de France", 1968, observa que a política do Conselho Nacional de Crédito da França está de acordo com o sistema francês de controle de crédito, uma das bases da estrutura econômica daquele país (*apud*, C. A. Hagstrom).

Situações semelhantes existem em outros Estados europeus.

Assim, na Itália, a Lei Bancária de 1938 só considera *azienda di credito* aquela que recebe depósitos do público, restringindo sua atividade ao crédito a curto prazo. Ao lado dessas entidades têm proliferado, contudo, as denominadas "societades financeiras", que operam unicamente com capitais próprios, não sujeitas, portanto, ao controle direto do Estado. As empresas de "factoring" seriam

assemelhadas a estas últimas (cf. Renzo Bianchi, "Il Factoring e i problemi gestionali che comporta", *apud* Fábio K. Comparato, *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, 1978, p. 357).

Para Aldo Frignani, Prof. de Direito Privado Comparado da Universidade de Modena (Itália), o "factoring" abrange uma relação complexa, que se estabelece mediante um contrato, com base no qual o "factor" se obriga a adquirir de um empresário, a título oneroso e sem regresso, créditos dos quais o empresário é ou virá a ser titular, em razão da venda de bens de sua produção ou comercialização, ou de prestação de serviços.

O contrato de "factoring", segundo o mesmo autor, proporciona, também, um alívio nos serviços da empresa *faturizada*, pois poderá encarregar-se de sua contabilidade, administração de créditos, cuidados com clientes morosos, ações de cobrança, etc. Por outro lado, o contrato de "factoring" contribuirá para a simplificação da gestão comercial, oferecendo aos administradores da empresa cedente dos ativos uma visão antecipada de suas disponibilidades de caixa. A cessão de ativos importa em melhoria da situação financeira da cedente, que, por via de contrato, disporá de uma nova fonte de liquidez, sem necessidade de utilização das linhas normais de crédito bancário. Sintetizando as vantagens do "factoring", pode dizer-se que, com tal instrumento, o empresário obterá liquidez antecipada, certeza de encaixe e colaboração administrativa (*Novissimo Digesto Italiano*, "Appendice", vol. III, 1980, p. 599 e ss.).

Na Alemanha, as empresas de "factoring" estão sujeitas aos rigores legais dos estabelecimentos bancários, embora não sejam propriamente bancos.

Na Bélgica, são instituições financeiras.

Nos Estados Unidos, o contrato de "factoring" assumiu algumas variantes, sendo, portanto, multiforme. Ali, o instituto ganhou grande prestígio e tem ampla aplicação. Dois tipos bem caracterizados podem ser definidos sob a denominação de: "conventional factoring" e "maturity factoring".

No "maturity factoring", segundo uma indicação de L. E. Sussfeld, o "factor" compromete-se a pagar os créditos que lhe foram cedidos, nos respectivos vencimentos, deduzindo uma *comissão* que, em verdade, é uma remuneração equivalente aos riscos assumidos em relação aos créditos adquiridos.

No "conventional factoring", o comerciante ou industrial *cede* ao "factor" os créditos provenientes de seus negócios, representados por títulos. Em contrapartida, ou como pagamento da cessão, o "factor" entrega ao cedente o valor dos títulos cedidos, descontados comissão e encargos.

Fábio Comparato observa que a operação de faturização (*factoring*) pode comportar um *financiamento*, se os créditos cedidos são liquidados no momento da cessão ("Conventional factoring"), e não apenas nas épocas dos vencimentos respectivos ("maturity factoring"). Mas, trata-se sempre de financiamento de créditos a curto prazo (ob. cit., p. 348).

Orlando Gomes (*Contratos*, Forense, 1978, pp. 573-74), por sua vez, adverte que, conquanto o "factoring" não esteja regulado especificamente em nosso direito, é um contrato utilizado em outros sistemas que se inclui no elenco das figuras negociais que a atividade bancária conhece como uma técnica nova para seu incremento, adiantando que, nesses contratos, uma das partes cede a terceiro vários créditos provenientes de vendas mercantis, assumindo este último o risco de não recebê-los, obtendo, em contrapartida, o pagamento de comissão pelo cedente. Diz que as partes têm de ser, de um lado, um comerciante ou um industrial e, do outro, uma *instituição bancária*. Acha que o "factoring" é um *contrato*

bancário atípico que reúne prestações da cessão de crédito e do mandato e da locação de serviços. “Sua individualidade decorre da função econômica própria e inconfundível que exerce”. Nessas assertivas, o ilustrado mestre baiano não oferece fundamentação que convença da propriedade do conceito de “factoring” que ele adota, isto é, *contrato bancário atípico*. Observe-se, entretanto, que Orlando Gomes formou sua conceituação a partir dos delineamentos legais do instituto em outros países.

Para verificar-se a perplexidade em que ainda se acham os doutrinadores brasileiros a respeito do tema, poremos em destaque algumas contradições ou posições opostas entre vários autores. Assim, o enunciado por Orlando Gomes — “Distingue-se (*o factoring*) do *desconto* porque é uma cessão de crédito sem direito de regresso contra o cedente — e Carlos Alberto Bittar (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 36, pp. 48-49), que define o “factoring” ou faturização como “o contrato por meio do qual um comerciante cede a outrem os créditos correspondentes às suas atividades, total ou parcialmente, recebendo, em contrapartida, remuneração consistente em *desconto* sobre os respectivos valores” (destaque gráfico daqui). E mais: “Na evolução desse negócio jurídico, já em tempos modernos, o “factor” assume a posição de cessionário de direitos do comerciante, a quem *financia*, antecipando, por *desconto*, o pagamento de créditos por este possuídos” (destaques daqui).

Carlos Alberto de São Tiago Hagstrom, em seu excelente trabalho, elaborado à base de criteriosas pesquisas no âmbito do direito comparado, chama a atenção para o fato de, nos EE.UU., ser “Importante notar que tais serviços (de “factoring”) eram totalmente distintos daqueles oferecidos pelos bancos, porque o desconto comercial tradicional era ali (EE.UU.) desconhecido”.

Fábio Comparato, a esse propósito, diz, em determinada passagem de seu citado estudo (p. 353), que “A cessão de créditos, que constitui a essência da faturização, não parece assimilável ao desconto bancário”. Mas, logo à frente (p. 354), assevera que, quando o “factor” aceita os créditos objeto da operação, sem renúncia ao direito de regresso e desde que tenha havido adiantamento do seu valor ao cedente, “ter-se-á uma autêntica operação de desconto”. O ilustrado autor faz, entretanto, uma ressalva adiante, ao dizer que “essa operação é impropriamente denominada de desconto, tratando-se na verdade de uma aquisição onerosa de crédito, ou compra e venda de título de crédito”. “O fulcro da operação é, portanto, a cessão de crédito a título oneroso”. Adverte, contudo, que: “Em nosso País, diante do texto amplíssimo do art. 17 da Lei 4.595/64, não há a menor dúvida de que as empresas que praticassem o *conventional factoring* seriam consideradas instituições financeiras, e por conseguinte, dependentes de prévia autorização do Banco Central do Brasil para seu regular funcionamento”.

Divergimos da posição do ilustrado Professor, por quem nutrimos incontida admiração, bem como da do preclaro Orlando Gomes, embora estejamos conscientes de que os dois renomados autores emitiram seus conceitos tendo em vista o “factoring” como é praticado em outros países.

Estamos convencidos de que, mesmo que se identifique na faturização alguns aspectos de financiamento, adiantamento, desconto — o que nos parece impróprio, desde que se trate de cessão de créditos — essas operações, quando realizadas com *recursos próprios*, não se acham sob controle do Banco Central, por não revestirem características das operações típicas de bancos. Falta-lhes a presença integrada do trinômio — coleta, intermediação e aplicação de recursos — componentes necessários do *ato de comércio*, definido como atividade interme-

diária na circulação de bens, com o objetivo de lucro; ou ato de intermediação especulativa entre a oferta e a procura de mercadorias.

Temos sustentado, em estudo publicado em algumas prestigiosas revistas especializadas (*Revista da OAB*, n. 4, Ano II, vol. II, set.-dez., 1970, pp. 341-346; *Digesto Econômico*, n. 277, fev. de 1980, pp. 39-44; RDM 41/69-73, jan.-mar. de 1981) que a aplicação de recursos financeiros próprios só será atividade privativa de instituições financeiras quando ficar caracterizada a intermediação especulativa, ou coleta desses recursos, isto é, nos casos em que ficar bem configurada a captação de recursos financeiros de terceiros (coleta) para aplicação mediante empréstimo a outros (intermediação). Teríamos então esta definição, baseados num conceito de Vivante: “Constitui operação bancária a intermediação ou intromissão especulativa na dinamização do crédito”.

Observe-se que mestre Carvalho de Mendonça entende que só é banco o estabelecimento ou a pessoa que recebe dinheiro de terceiros, em depósito, utilizando-o para emprestar a outros terceiros. Para ele, esse princípio não admite controvérsia, citando, a propósito, Bagehot: “Ainsi les affaires d’un banquier, ses affaires proprement dites, ne commencent pas, tant qu’il se sert de son propre capital; elles ne commencent que quand il se sert du capital des autres”. (“Assim, os negócios de um banqueiro, seus negócios propriamente ditos, não começam quando ele utiliza seu próprio capital; eles só começam quando ele utiliza o capital dos outros”). (*Apud* Carlos da Rocha Guimarães in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 5.º, p. 314, n. 17).

Carabellese, também citado por Carlos da Rocha Guimarães (*ibidem*, p. 313, n. 15), é categórico:

“Se alguém emprega os seus *próprios* fundos em descontos de títulos, em empréstimos, na compra de cambiais, etc., praticando profissional ou acidentalmente atos alistados entre as operações de bancos, não exerce o comércio bancário, não é banqueiro no técnico sentido. Não passa de capitalista. O cambista, mercador de moedas, não é, do mesmo modo, banqueiro.

“Não seria também banqueiro aquele que tomasse por empréstimo dinheiro de outrem e o colocasse por empréstimo, ou o aplicasse no desconto de letras de câmbio.

“Em todos os casos, quem assim pratica não recebe o dinheiro em depósito geral, exercendo a função de *intermediário do crédito*”.

Esse consagrado autor chega mesmo a afirmar que, se não existisse o depositante, não existiriam os bancos (*Trattato di Diritto Bancario*, n. 69).

Cesar Vivante é de opinião semelhante: “La banca è l’azienda commerciale che raccoglie i capitali per distribuirli sistematicamente con operazioni di credito”, sendo, portanto, os banqueiros, acima de tudo, intermediários de crédito (*Trattato di Diritto Commerciale*, vol. I, n. 53).

Esse entendimento tem tido respaldo jurisprudencial. Pelo menos em dois memoráveis Acórdãos, o Tribunal Federal de Recursos decidiu: “Ora, a realização de empréstimos, com meios próprios e sem captação de recursos de terceiros, não se pode equiparar às atividades específicas das instituições financeiras, que consistem, como expresso no texto legal, na “coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros”. O traço característico das chamadas “financeiras” é a captação de recursos do público em geral para investimentos financeiros, cujos resultados são atribuídos aos respectivos subscritores” (HC 2.555 — Espírito Santo — Relator o Min. Godoy Ilha — 2.ª Turma do TFR — Ac. de 9.8.71).

Em outra assentada, o mesmo colendo TFR, dessa vez pelo voto do Min. Jarbas Nobre, que até então mantinha sobre o assunto posição divergente isolada, julgou: “Atuação como instituição financeira. Somente com a conjugação dos três pressupostos do *caput* do art. 17 da Lei 4.595, de 1964, — coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros — se há caracterizado a atividade privativa de instituição financeira” (excerto da Ementa).

No desdobramento de seu minucioso voto, o eminente Relator mencionou peça constante dos autos em que se transcreve o seguinte trecho do documento oficial expedido pelo então Presidente do Banco Central, Ernane Galvêas, publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, ed. de 15.3.70, p. 55, *verbis*: “O empréstimo de dinheiro só se caracteriza como operação privativa das instituições financeiras quando o emprestador se situar na posição de intermediário recolhendo recursos de uns para emprestar a outros. Nestas condições, o empréstimo de recursos financeiros próprios, por ser matéria ligada à livre disposição de bens, que se atribui a todo homem civilmente capaz, não constitui atividade sob controle do Banco”.

Alude também a trabalho de nossa autoria, publicado na *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 4, Ano II, vol. II, p. 341, em que a mesma posição doutrinária é sustentada, transcrevendo algumas extensas passagens da matéria, incluindo-se esta: “Assim, somos inclinados a admitir que o verbo *aplicar* tem, no contexto do art. 17, da Lei 4.595, significação mais restrita ou condicionada. Não pode ser considerado isoladamente, mas em conjunto com os dois outros vocábulos que o antecedem na frase: coleta e intermediação. Da conjugação dos três elementos componentes da definição legal — coleta, intermediação ou aplicação — desponta a conclusão de que o verbo aplicar está intimamente relacionado com atividade caracterizadamente de banco ou de entidades similares”.

E, no que concerne ao tema, arremata o preclaro Jarbas Nobre: “Tal compreensão se afina com o Acórdão no HC 2.555, Relator, Min. Godoy Ilha, no sentido de que: “a realização de empréstimos, com meios próprios e sem captação de recursos de terceiros, não se pode equiparar às atividades específicas das instituições financeiras, que consistem, como expresso no texto legal, na “coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros”. O traço característico das chamadas “financeiras” é a captação de recursos do público em geral para investimentos financeiros, cujos resultados são atribuídos aos respectivos subscritores”. Sempre entendi diferentemente. Curvo-me, porém, à interpretação dominante para aceitar que só com a conjugação dos três pressupostos do *caput* do art. 17 da Lei — coleta, intermediação e aplicação — se há caracterizado a atividade privativa de instituição financeira” (Ap. Crim. 3.168 — Paraná — Acórdão de 20.4.79 — 4.^a Turma — DJ de 13.6.79).

Não discutiremos aqui as variadas modalidades de “factoring” praticadas em outros países em que existe legislação específica disciplinando o instituto. Trataremos do assunto dentro dos limites operacionais que as empresas de “factoring” pretendem adotar, no Brasil, segundo Manifesto divulgado pela Associação Nacional das Empresas de Fomento Comercial — ANFAC.

Na forma do Manifesto, o “factoring” que se quer praticar no Brasil não será empréstimo, não será desconto, não será adiantamento, não será operação de crédito. As atividades das empresas de fomento comercial, denominação que a entidade dá ao “factoring”, restringem-se a: a) assessoria administrativa (análise

de riscos e gestão financeira); b) cobrança de títulos oriundos de vendas a prazo; c) aquisição definitiva de ativos ou direitos de crédito.

Vê-se, assim, que as operações consistirão, basicamente, numa cessão total ou parcial de créditos ou ativos faturados e prestação de serviços correlatos, aspecto que também ficou patente em quase todas as citações precedentes.

E o que vem a ser cessão de créditos?

No Código Civil, o instituto está regulado no Livro III — Do Direito das Obrigações (Tít. III), no mesmo livro, portanto, em que é regulada a compra e venda (Tít. V). Compra e venda e cessão de créditos são, assim, negócios jurídicos que apresentam pontos de semelhança bem nítidos. São, indiscutivelmente, atos de alienação, embora cada qual ofereça procedimentos formais próprios.

Assinala Carvalho Santos, louvado em Windscheid, observando, antes, tratar-se de matéria das mais espinhosas do direito civil e fonte permanente de controvérsias, que a cessão pode ser definida como ato intervivos pelo qual alguém se priva de um direito seu, em favor de outrem, ou mediante o qual se transmite um crédito a um novo credor (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, Freitas Bastos, 4.^a ed., 1951, p. 310). Nessa definição, que nos parece feliz, estão presentes os elementos essenciais da compra e venda, pois “O crédito passa de um para outro patrimônio como se fosse uma coisa vendida”. (Carvalho Santos, ob. e p. cit.). A cessão visa à transmissão de um direito e, se realizada a título oneroso, é como se o fora a título de venda, podendo operar-se mediante um preço certo (cf. Carvalho Santos, ob. cit., pp. 310 e 321).

A utilidade da cessão está em que o crédito pode ser empregado pelo credor como dinheiro e negociado e transferido como qualquer elemento do seu patrimônio (Carvalho Santos, ob. cit., p. 325).

A esse propósito, aliás, Clóvis Beviláqua é peremptório: “A cessão de créditos e de outros direitos, sendo onerosa, regula-se pelos princípios gerais do contrato de compra e venda” (*Direito das Obrigações*, Livraria Francisco Alves, 1954, 8.^a ed., p. 257, § 133).

Neste caso, a cessão, quando celebrada entre comerciantes, regula-se pelo art. 191 e ss., do CComercial.

Se a compra e venda tem por objeto coisas imateriais (incorpóreas), como créditos, direitos e ações, toma o nome específico de *cessão*. O fundamento e a substância da relação são sempre os mesmos, conquanto na cessão se apresentem algumas peculiaridades. Podem ser objeto da compra e venda comercial todas as coisas suscetíveis de serem objeto da atividade mercantil, sejam materiais e imateriais transmissíveis, incluindo-se entre estas últimas os títulos de crédito e o próprio faturamento da empresa, que constitui parte de seus ativos (cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, Freitas Bastos, 1960, vol. VI, parte 2.^a, pp. 26-27). É lícito, inclusive, comprar ou vender — e, portanto, ceder — coisas futuras (*rei speratae*). Vale dizer, no caso, o faturamento ainda não operado. Como observa Clóvis Beviláqua, citado por Carvalho de Mendonça (ob. cit., p. 31, nota 4), “A coisa futura supõe-se vendida sob a condição tácita de que venha a existir. Entretanto, é permitido que o comprador tome sobre si o risco dessa probabilidade; e, então, o contrato de compra e venda será aleatório, versando sobre uma coisa incerta, sendo uma *emptio spei*. Esta espécie, que foi reconhecida pelo Direito Romano”, acha-se consagrada em vários códigos modernos e em nosso Código Comercial,

cujo art. 192, dispõe: "Ainda que a compra e venda deva recair sobre coisa existente e certa, é lícito comprar coisa incerta, como por exemplo lucros futuros".

Ora, segundo o Prof. Fran Martins, "O contrato de "factoring" é aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro, do segundo, o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração" (*Contratos e Operações Comerciais*, Forense, 1976). Logo, não vemos como, nesse contrato, se possa identificar com propriedade o *financiamento* (ou empréstimo) bancário. Ainda que o negócio não se faça à vista.

No elenco de operações e serviços arrolados no Manifesto da ANFAC, com exceção da atividade constante da alínea "b", de nossa transcrição, não se inclui qualquer uma que seja ou constitua atividade privativa de instituições financeiras, como as define a legislação bancária brasileira. Mas, mesmo a cobrança de títulos não é atividade privativa de bancos.

Circular 703, de 16.6.82, do Banco Central

A Circular 703, do Banco Central, que tanta controvérsia tem suscitado e, por má interpretação, causa da paralisação ou não incremento das empresas de "factoring", no Brasil, revela-se instrumento de elaboração infeliz, sendo, inclusive, inadequados os dispositivos legais dados como fundamento para seu texto.

Diz a Circular que as operações conhecidas por "factoring", "compra de faturamento" ou denominações semelhantes "apresentam, na maioria dos casos, características e particularidades próprias daquelas privativas de instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central", pois que em tais operações, "em geral, ocorrem a aquisição, administração e garantia de liquidez dos direitos creditórios de pessoas jurídicas, decorrentes do faturamento da venda de seus bens e serviços" (item I).

Assim, prossegue a Circular, as pessoas não autorizadas que realizarem tais operações "continuam passíveis, na forma prevista no § 7.º do art. 44 da Lei 4.595, de 31.12.64, das penas de multa pecuniária e detenção de um a dois anos, ficando a estas sujeitos, quando pessoas jurídicas, seus administradores" (item II).

Como se vê, a Circular não impõe propriamente uma proibição à prática do fomento comercial; simplesmente adverte que as pessoas que praticarem aquelas operações de "aquisição, administração e garantia de liquidez dos direitos creditórios de pessoas jurídicas, decorrentes do faturamento da venda de seus bens e serviços", poderão ("serão passíveis de") incorrer na prática de *crime de atividade*, por estarem atuando *como instituição financeira*, sem a devida autorização.

Ora, não é preciso dizer mais nada para perceber-se que a advertência não conduz a qualquer ato eficaz. Em primeiro lugar, porque as hipóteses indicadas na Circular 703, nem de longe *tipificam* atividade privativa de instituição financeira. Não a tipificam, muito menos, as operações de "factoring" que as empresas de fomento comercial se propõem a praticar no Brasil. Pelo contrário. Os bancos, para manterem sempre pronta posição de liquidez, são proibidos de imobilizar-se além dos limites razoáveis que o Poder Público lhes traça, estritamente necessários à realização de seus fins (v. art. 4.º, XI, da Lei 4.595). Portanto, só em condições especialíssimas e excepcionais as instituições bancárias poderão ser

autorizadas a adquirir ativos de outras instituições, tais como “direitos creditórios de pessoas jurídicas, decorrentes do faturamento da venda de seus bens e serviços”.

Deste modo, nem *por semelhança* as operações de “factoring”, propostas pelas empresas brasileiras de fomento comercial, poderão ser identificadas com as privativas das instituições bancárias ou financeiras, descritas no art. 17, da Lei 4.595 (a esse propósito, ver, de nossa autoria, “Interpretação teleológica do art. 17 da Lei 4.595, de 1964”, in RDM 41/69-73, jan.-mar., 1981). Sobretudo para o efeito de aplicação da lei penal, em face de vigorar em nosso País o rígido *princípio da legalidade*, erigido entre nós em dogma constitucional (CF, art. 153, § 16).

De fato, a fonte única do direito penal é a norma escrita. Não há direito penal vagando fora do direito legislado ou positivo. Assim, não existe crime “sem lei anterior que o defina”, nem pena “sem prévia cominação legal”. A lei penal pressupõe um sistema fechado; mesmo que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida, seja pelo arbítrio judicial, seja por analogia, seja ainda pelos princípios gerais de direito ou pelo costume. A pena, deste modo, nunca poderá ser imposta *ad exemplum legis* (cf. Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, art. 1.º).

Uma consequência da observância do *princípio da legalidade* é a *tipicidade*, vale dizer, se o fato não corresponde, precisamente, à parte *objecti* e à parte *subjecti*, isto é, se não se ajusta, exatamente, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por não haver ultrapassado a esfera ou círculo da *licitude jurídico-penal*. Segundo Ernst Beling, uma ação reconhecível como punível deve ser *típica*, isto é, deve corresponder a um dos “esquemas” ou “delitos-tipo” objetivamente descritos pela lei penal (N. Hungria, ob. cit.). Portanto, a invocação do § 7.º, do art. 44, da Lei 4.595, como passível de ser aplicado aos operadores de “factoring”, não encontra suporte jurídico, não sendo válido, sequer, aplicar-se analogicamente a regra, por serem absolutamente dessemelhantes as figuras contempladas. Isto sem se levar em conta a proibição terminante da aplicação analógica da lei penal.

Como nos parece bem demonstrado, “a aquisição, administração e garantia de liquidez dos direitos creditórios de pessoas jurídicas, decorrentes do faturamento da venda de seus bens e serviços”, a que textualmente alude a Circular 703, do Banco Central, atípica até quando diz que foi baixada, “ouvido o Conselho Monetário Nacional”, nada tem a ver com a definição, considerada em toda sua amplitude, do art. 17, da Lei 4.595/64, nem com qualquer outro dispositivo da legislação bancária e do mercado de capitais vigorante no Brasil.

Assim, a advertência — que não contém proibição explícita — constante do item II, daquela Circular, não aproveita às empresas de fomento comercial que se propõem a operar, de imediato, com os objetivos indicados no Manifesto a que nos referimos anteriormente.

Podem fazê-lo, porque estarão realizando operações comerciais disciplinadas em institutos bem delineados de nosso direito legislado e prestando serviços que nenhuma lei proíbe ou reserva a entidades específicas. Terão a garantir-lhes a atividade do preceito constitucional que assegura: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 153, § 2.º).

Neste caso, uma eventual ação do Banco Central cingir-se-ia, exclusivamente, a comunicar o fato ao Ministério Público (*notitia criminis*), quando muito manifestando sua *opinio delicti* (suspeita de crime).

É de supor-se, sem margem de erro, que o órgão do Ministério Público, ocorrendo a hipótese da *notitia criminis*, não encontraria qualquer fundamento para a ação penal, em face da clara falta de tipificação do delito.

Mas, essas observações são hipotéticas. O que nos parece certo é que o Banco Central, com a edição daquele normativo, quis, simplesmente, chamar a atenção das empresas de fomento comercial para que se resguardem da prática de atos privativos de instituições financeiras, segundo a definição do art. 17, da Lei 4.595, dentro dos limites fixados pela jurisprudência, amplamente amparada pela doutrina; isto é, coletar recursos do público para, como intermediadores de crédito, emprestar a outros.