

378ª Sessão

**Recurso 12972**

Processo BCB 0701379507

**RECURSO(S) VOLUNTÁRIO(S)**

**RECORRENTE(S):** RCA FACTORING FOMENTO MERCANTIL LTDA.

**RECORRIDO:** BANCO CENTRAL DO BRASIL

**EMENTA: RECURSO(S) VOLUNTÁRIO(S)** - Sociedade de fomento mercantil – *Factoring* - Atuação como instituição financeira sem prévia autorização da autoridade supervisora (realização, por empresa de fomento mercantil, de operações de crédito, por meio de descontos de cheques e duplicatas) - Irregularidades caracterizadas - Apelo a que se nega provimento.

**PENALIDADE(S):** Multa Pecuniária.

**BASE LEGAL:** Lei nº 4.595/1964, art. 44, § 7º.

**ACÓRDÃO/CRSFN 11511/15:**

**R E L A T Ó R I O**

**I. Da acusação**

Trata-se de processo administrativo sancionador instaurado em desfavor de RCA Factoring Fomento Mercantil Ltda. (“RCA”) em face da atuação como instituição financeira, sem autorização do Banco Central do Brasil, o que constitui infringência ao artigo 1º da Resolução CMN 2.144/95, bem como ao artigo 17 combinado com o artigo 18 da Lei 4.595/64. Tal irregularidade sujeitou a indiciada às sanções previstas no artigo 44 da Lei 4.595/64.

Sem a prévia e indispensável autorização do BACEN, a mencionada empresa de factoring realizou operações de crédito, por meio de descontos de cheques e duplicatas, formalizadas no documento “Contrato de Fomento Mercantil”, onde se configurou o direito de regresso em seu favor.

Foram examinadas as operações firmadas com a empresa Data Voice Comércio e Serviços Ltda., mencionada em comunicação do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, e mais sete faturizados, selecionados entre os 83 clientes ativos, em 28/04/06, configurando-se a extrapolação da atividade de factoring definida pelo artigo 14, inciso VI, da Lei 9.718/98, por ficar caracterizado o direito de regresso, típico do desconto bancário, e indicando a prática de operação privativa de instituição financeira, nos termos do artigo 17 da Lei 4.595/64:

- Contrato de Fomento Mercantil nº 156, de 25/01/05, celebrado com a Data Voice Comércio e Serviços Ltda., ao qual se vincula o Termo Aditivo nº 3.329, de 30/08/05, e respectivo borderô nº 12.593, com desconto de dois cheques de emissão da própria Data Voice, no valor de face total de R\$ 130.199,60, com recebimento líquido de R\$ 120.000,14;

- Contrato de Fomento Mercantil nº 236, de 02/05/05, firmado com a empresa Frevo Brasil Indústria de Bebidas Ltda., ao qual se vinculam os seguintes termos aditivos:

a) Termo Aditivo nº 4.447, de 14/11/06, referente ao desconto de 42 títulos no valor de face total de R\$ 13.009,49, com recebimento líquido de R\$ 12.580,29;

b) Termo Aditivo nº 4.456, de 16/11/06, relativo ao desconto de 22 títulos no valor de face total de R\$ 37.324,54, com recebimento líquido de R\$ 35.180,28;

c) Termo Aditivo nº 3.873, de 14/11/06, vinculado ao desconto de 5 títulos, no valor de face total de R\$ 15.000,00, com recebimento líquido de R\$ 13.687,93.

- Contrato de Fomento Mercantil nº 54, de 01/02/05, celebrado com a empresa Semepe – Serviço Médico de Pernambuco Ltda., ao qual se vincula o Termo Aditivo nº 3.958 e respectivo borderô de nº 13.925, com o desconto de 107 duplicatas no valor de face total de R\$ 172.906,97, com recebimento líquido de R\$ 165.210,51.

- Contrato de Fomento Mercantil nº 382, de 16/03/06, firmado com a empresa Construtora AC Cruz Ltda., ao qual se vinculam os seguintes termos aditivos:

a) Termo Aditivo nº 3.919, de 28/04/06, relativo ao desconto de três títulos, no valor de face total de R\$ 79.242,87, com recebimento líquido de R\$ 71.948,27;

b) Termo Aditivo nº 3.976, de 09/05/06, referente ao desconto de dez cheques no valor de face total de R\$ 60.000,00, com recebimento líquido de R\$ 52.853,05;

c) Termo Aditivo nº 4.004, de 16/05/06, por meio do qual houve o desconto de três duplicatas no valor de face total de R\$ 79.242,87, com recebimento líquido de R\$ 72.099,34.

- Contrato de Fomento Mercantil nº 82, de 23/07/06, celebrado com a Distribuidora de Tecidos Recife Ltda., ao qual se vinculam os seguintes termos aditivos:

a) Termo Aditivo nº 3.822, de 27/03/06, vinculado ao desconto de 12 cheques no valor de face total de R\$ 180.000,00, com recebimento líquido de R\$ 155.841,67;

b) Termo Aditivo nº 4.022, de 20/06/06, relativo ao desconto de 12 cheques, no valor de face total de R\$ 91.845,31, com recebimento líquido de R\$ 82.827,64.

- Contrato de Fomento Mercantil nº 22, de 24/11/05, celebrado com a empresa Geraldo Araújo Tecidos Ltda., ao qual se vinculam os seguintes termos aditivos:

a) Termo Aditivo nº 4.297, de 09/10/06, por meio do qual houve o desconto de 78 duplicatas no valor de face total de R\$ 102.508,80, com recebimento líquido de R\$ 98.091,28;

b) Termo Aditivo nº 4.423, de 07/11/06, referente ao desconto de 62 duplicatas no valor de face total de R\$ 42.832,55 e com recebimento líquido de R\$ 39.420,30.

- Contrato de Fomento Mercantil nº 366, de 05/11/05, firmado com a empresa R.C.A. Alimentos Ltda., ao qual se vinculam os seguintes termos aditivos:

a) Termo Aditivo nº 4.518, de 14/08/06, vinculado ao desconto de 31 duplicatas no valor de face total de R\$ 14.999,92, com recebimento líquido de R\$ 14.050,99;

b) Termo Aditivo nº 4.517, de 20/07/06, relativo ao desconto de 21 duplicatas no valor de face total de R\$ 10.004,00, com recebimento líquido de R\$ 9.362,68.

- Contrato de Fomento Mercantil nº 276, de 05/11/05, celebrado com a empresa R.C.A. Distribuidora Ltda., ao qual se vinculam os seguintes termos aditivos:

a) Termo Aditivo nº 4.519, de 15/08/06, referente ao desconto de 30 duplicatas no valor de face total de R\$ 15.002,00, com recebimento líquido de R\$ 13.870,26;

b) Termo Aditivo nº 4.520, de 26/07/06, relativo ao desconto de 48 duplicatas no valor de face total de R\$ 25.249,63, com recebimento líquido de R\$ 23.255,32.

## **II. Da defesa**

Regularmente intimada em 29/09/08 (fls. 153-158), a RCA solicitou, em 21/10/08, a prorrogação do prazo por 30 dias para a entrega de suas razões de defesa, a qual foi concedida; sua apresentação ocorreu em 28/11/08, com teor resumido a seguir (fls. 170-223):

Preliminarmente

Vício Formal

- o processo foi instaurado com base em comunicação do COAF, por meio do Ofício nº 5267-COAF-MF, de 08/09/05, que informou ao Banco

Central do Brasil sobre a possibilidade da defendente estar praticando operações que poderiam configurar atividade privativa de instituição financeira;

- o dito ofício, todavia, não especificou qual procedimento ensejaria a prática de ato privativo de instituição financeira. Ao evocar a Resolução COAF 12/05 afrontou a própria resolução e a Lei 9.613/98, pois o artigo 9º da citada resolução menciona que as comunicações feitas de boa-fé não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa;

#### Obediência ao Princípio da Legalidade

- o processo administrativo veicula pretensão infundada, carente de justa causa e configuradora de constrangimento ilegal;

- em momento algum, o artigo da Lei 9.718/98 indica a proibição do direito de regresso nas operações de fomento mercantil, ou mesmo a proibição de constituição de garantias; existe verdadeira ausência de legislação sobre o tema;

- a atividade de factoring está instalada no Brasil há 26 anos, consolidada legal, doutrinária e jurisprudencialmente, e que em nada se relaciona com ato privativo de instituição financeira;

- do princípio constitucional de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (art. 5º, II, CF) se conclui que no nosso direito existe ampla liberdade contratual, somente deixando esta de existir diante de lei que proíba determinada forma de contratar;

- a administração pública possui limites; não está livre para fazer ou deixar de fazer algo de acordo com a vontade do governante. Deve obedecer à lei em toda a sua atuação;

- conforme o princípio da tipicidade no processo administrativo sancionatório, faz-se necessária a correta e exaustiva descrição da conduta típica, ou seja, descrita em lei, decorrendo tais exigências dos princípios da legalidade e da segurança jurídica;

- inexistente na lei e nas diversas circulares do Banco Central qualquer vedação de prática do direito de regresso por empresa de fomento mercantil.

#### Ausência da Intromissão Especulativa e entendimento do CRSFN

- inexistente nos autos, assim como na intimação, a indicação de prática de alguns tipos narrados nos artigos 17 e 18 da Lei 4.595/64: a coleta; a intermediação e a aplicação de recursos financeiros de terceiros;

- não havendo a prática de qualquer das atividades referidas, não há como se dar seguimento ao processo, posto “[...] não ter havido intromissão especulativa, traduzida na intermediação de capital, pela tomada de recursos

do público em geral e posteriores empréstimos a terceiros [...]”, nos termos do Acórdão do CRSFN, na 174ª Sessão, em 22/06/99, Acórdão CRSFN 2.618/99, Recurso 2622, em julgamento de caso idêntico;

- a “intromissão especulativa”, ou seja, a captação de recursos da poupança popular, foi a preocupação do legislador quando da edição da Lei 4.595/64. Não é o regresso, cambial ou civil, que macula a poupança pública e nem se pode falar que a recorrente captou recursos de terceiros;

- em outro caso idêntico, o CRSFN deu provimento ao recurso interposto (Recurso 3.535 - Acórdão/CRSFN 3.930/03), convolvando em arquivamento a decisão em primeiro grau de aplicar multa no valor de R\$ 25.000,00.

### Mérito

- os contratos de fomento mercantil nos autos seguem o modelo padrão disponível aos filiados à ANFAC – Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil – Factoring, fruto de acordo de cooperação técnica entre a ANFAC e a Secretaria de Direito Econômico (SDE), protocolado sob o nº 08003000227199-22, que teve como objeto estabelecer sistemática de cooperação técnica voltada à prevenção e à repressão de prática de agiotagem por parte das empresas do setor do fomento mercantil. O contrato à fl. 58, por exemplo, estava sob a égide do referido acordo.

### Conceito de Factoring - Fomento Mercantil – Classificação do Contrato

- o fomento mercantil é atividade que consiste na cessão de créditos, antecipação de recursos e prestação de serviços, de forma agregada ou separada, a título oneroso, havido entre duas pessoas jurídicas, o faturizador (empresa de fomento mercantil) e o faturizado (empresa cedente tomadora dos recursos e serviços);

- a atividade de fomento mercantil não é uma atividade financeira definida na Lei Bancária, mas atividade mercantil por excelência, baseada em recursos não captados da poupança popular, mas sim em suprimentos dos sócios, mútuos entre empresas coligadas, linhas de crédito bancário e fundos de investimento em direitos creditórios;

- não existe a figura do empréstimo, mútuo ou aporte de valores a descoberto, mas sim, destacadamente, a aquisição de ativos financeiros das empresas-clientes, representados por títulos de crédito, cuja titularidade é transferida por meio de endosso translativo de propriedade;

- não havendo atividade de empréstimo, financiamento e afins, não falamos de juros, mora, comissão de permanência e demais encargos, todos relativos a contratos de natureza eminentemente bancária;

- factoring não é banco nem instituição financeira, mas atividade mercantil mista atípica, pois banco capta recursos, empresta dinheiro e necessita de autorização do Banco Central para funcionar; factoring presta serviços e compra créditos, porém sem autorização a autoridade monetária;

- o factoring não tem vinculação com o sistema financeiro, apesar da proximidade com o instituto do desconto bancário; por isso, a empresa de factoring está impedida de exercer atividades próprias de bancos, seguradoras etc., aquelas dispostas na Lei 4.595/64 e de acordo com a definição da Lei 8.981/95;

- a transação fomento mercantil é enquadrada no art. 286 do Código Civil, destina-se a alavancar a produção e só pode trabalhar com pessoas jurídicas como clientes. É atividade baseada em dois componentes: a) prestação de serviços; e b) compra de créditos gerados pelas vendas mercantis das suas empresas clientes;

- por se tratar de transação mercantil à vista, é preciso que sejam estipuladas as condições e o preço, não sendo cabível a cobrança de juros. O preço é conhecido como fator de compra e compõe-se de itens de custeio da sociedade de fomento mercantil (custo-oportunidade de seus recursos, carga tributária e custos operacionais).

#### Balizamento Legal

- a atividade fundamenta-se no contrato de fomento mercantil, ainda considerado atípico, porém, recepcionado pelo art. 425 do novo Código Civil, que dispõe ser lícito às partes estipular contratos da espécie, observadas as normas gerais fixadas no citado código;

- a atividade de factoring conta com vários balizamentos, tais como as Circulares 1.359/88 e 2.715/96, do Banco Central do Brasil; Resoluções 2.144/95 e 2.901/01, do Conselho Monetário Nacional; Instrução Normativa 356/01; art. 5º da Constituição Federal, incisos II e XIII, art. 170 também da Constituição Federal; Lei 9.613/98, art. 14, § 1º; Resolução COAF 13/05, Código Civil (arts. 264, 265, 286 a 298, 441 a 446, 481 a 489 e 594), arts. 15 e 16 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663/66) e arts. 13 e 18 da Lei 5.474/68, dentre outros;

- a Circular Bacen 1.359/88 estabelece expressamente que o fomento mercantil é atividade mercantil mista atípica e que, pelo disposto na Lei 8.981/95, Resolução CMN 2.144/95, e Leis 9.249/95, 9.430/96, e 9.532/97, foi reconhecida a atividade de factoring e delimitada a área de atuação da sociedade de fomento mercantil;

- sendo o factoring atividade comercial mista e atípica, não financeira, reconhecida pelo Banco Central por meio da Circular nº 1.359/88, não necessita de lei específica para a sua operacionalização e está bem amparada pelo ordenamento legal vigente;

- os contratos de factoring são remetidos às legislações civil, fiscal, comercial e administrativa, mas possuem forma específica no que recorrem aos princípios do instituto jurídico da cessão civil de direitos e do endosso cambial.

#### Diferenças entre o Fomento Mercantil e a Atividade Bancária

- o fomento mercantil além de atípico, é misto, ou seja, agrega a prestação de serviços com a possibilidade de aquisição, a vista, de ativos financeiros; é justamente nesse caso que se verificam confusões, quando da formatação do libelo acusatório, tendo em conta o entendimento de ter sido extrapolada a atividade de factoring;

- de acordo com o art. 17 da Lei 4.595/64, consideram-se instituições financeiras as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros. Assim, a norma conceitua que o banco é o estabelecimento comercial que recolhe os capitais para distribuí-los sistematicamente com operações de crédito;

- note-se que o critério é sempre o da intermediação entre os que possuem capitais excedentes e aqueles que necessitam desse capital. A RCA em momento algum praticou a intermediação de recursos;

- inexistente a captação de recursos de terceiros ou mesmo a intermediação; ainda que estivessemos falando de empréstimos, o que nem de longe é o caso, os recursos aplicados pela ré na sua atividade lícita são próprios, não captados de terceiros.

#### Diferenças entre Desconto Bancário e Fomento Mercantil

- dentre os contratos praticados por instituições financeiras, destaca-se o desconto bancário, por vezes confundido como fomento mercantil. O desconto bancário e o factoring são contratos que apresentam algumas afinidades, mas também diferenças marcantes, nos aspectos a seguir relacionados:

##### a) Quanto à origem dos recursos:

- a casa bancária pode captar de terceiros o dinheiro necessário para a sua operacionalização; na empresa de fomento mercantil, a captação de recursos de terceiros é proibida; o capital investido é próprio. Nos termos da art. 17 da Lei 4.595/64, verifica-se que a atividade da RCA não pode ser denominada de privativa de instituição financeira, pois inexistem seus elementos basilares: captação e intermediação de recursos;

- o contrato de desconto de títulos somente pode ser firmado por instituição financeira autorizada pelo Banco Central, ao passo que o de fomento mercantil pode ser firmado por empresa de factoring, regularmente constituída, sem a necessidade de manifestação do Banco Central.

b) Quanto ao elemento objetivo:

- enquanto o contrato de desconto de título carrega a idéia de empréstimo, a operação de fomento mercantil é compra de ativo financeiro com a transferência da propriedade; o elemento preponderante do contrato de desconto bancário é o empréstimo, ao passo que no de factoring é a cessão de crédito, via cessão civil de crédito ou endosso cambial, sendo necessária a notificação do sacado-devedor da transferência da titularidade do crédito.

c) Quanto aos títulos negociados:

- a operação bancária negocia os mais variados títulos: duplicatas, cheques, notas promissórias, letras de câmbio, certificados de depósito, warrants, debêntures, letras do tesouro, cédulas rurais, industriais, etc., ao passo que no fomento mercantil o título é oriundo de um negócio jurídico causal (operação mercantil), geralmente um cheque ou duplicata.

### Direito de Regresso

- o principal elemento posto na peça acusatória diz respeito à aplicação do direito de regresso como suficiente para transformar a operação em prática privativa de instituição financeira; Entretanto, foi utilizado a expressão "regresso" e não o contratualmente previsto: recompra;

- no contrato de fomento mercantil consta o instituto da recompra. É esta a atipicidade que torna possível a inserção de dispositivo contratual permissivo da não garantia da solvência do devedor da duplicata perante o cliente;

- o regresso é a possibilidade do cessionário (endossatário) voltar-se contra o cedente (endossante) com base no crédito transferido; entende plenamente válida a cláusula que estipulava a recompra dos títulos eivados de vício na sua origem;

- a recompra foi válida e não há que se falar em sua ilegalidade ou mesmo impossibilidade, de modo a desvirtuar o contrato de fomento mercantil; a recompra contratada entre as partes é aquela voluntária ou opcional, ou seja, a cessão de crédito é desfeita em face da simples inadimplência do sacado-devedor;

- todas as recompras descritas expressamente no libelo acusatório, em especial aquelas glosadas pelo COAF, tinham como foco duplicatas com vício na origem;

- assim, as orientações sobre a cessão de crédito no contrato de fomento mercantil, ao contrário, permitem a recompra dos títulos cedidos, de maneira obrigatória (em caso de vício no título) e opcional (em caso de mera inadimplência do sacado-devedor);

- há jurisprudência em várias situações prevalecendo o entendimento sobre a possibilidade da existência do direito de regresso na atividade de fomento mercantil, sem a descaracterização da operação ou mascaramento de ato privativo de instituição financeira;

- não se encontra uma única norma legal ou infra legal que impeça o direito de regresso. Contrário senso, todo o arcabouço legal diz justamente o inverso, seja considerando o contrato de fomento mercantil como uma cessão de crédito, ou considerando sua operação realizada via endosso em preto;

- o art. 296 do Código Civil faculta a responsabilidade do cedente para com o crédito cedido, permitindo amplamente a cláusula de regresso. É justamente essa estipulação em contrário que encontramos no contrato-mãe, na cláusula de recompra do título, não só em caso de vícios redibitórios, como também pela insolvência do sacado-devedor;

- diante da inexistência da norma proibitiva, o regresso pode ser livremente praticado, seja por endosso, ou cessão civil de créditos; noutras palavras, não se encontra na lei quaisquer elementos que nos permitam ou autorizem dizer que a recompra de títulos, contratualmente prevista, seja obrigatória ou facultativa, seja vetada ou desvirtue o contrato de fomento mercantil;

- a partir do texto da Convenção de Ottawa, por muitos anos, considera-se uma das características da atividade de fomento a condição “pro soluto”, ou seja, sem direito de regresso; no entender da defesa, a condição “pro soluto” seria opcional;

- no direito comparado encontram-se mecanismos legais que permitem a prática do regresso, sem o desvirtuamento do contrato de fomento mercantil;

- verifica-se, pela legislação, ser plenamente legal a aplicação do direito de regresso, nada havendo em contrário que proíba tal prática dentro do contrato de fomento mercantil;

- a acusação, equivocadamente, conclui que, por estar caracterizado o direito de regresso, típico do desconto bancário, configura-se a prática privativa de instituição financeira nos termos do art. 17 da Lei 4.595/64;

- assim, a Administração identificou que, em tendo o fomento mercantil direito de regresso, instituto típico de desconto bancário, seria a operação de fomento mercantil então reconhecida como privativa de instituição financeira;

- destarte, obra a Administração em total desconhecimento do que seja atividade privativa de instituição financeira e, ainda, confunde operações bancárias com atividades bancárias; será o direito de regresso suficiente para

descaracterizar uma operação de fomento mercantil, e guindá-la ao patamar de operação bancária?;

- não é o direito de regresso que diferencia o desconto bancário de uma operação de fomento mercantil. Tanto é assim que, contrário senso, existe a operação bancária desconto a “forfaiting” que consiste na compra, sem direito de regresso, de recebíveis a prazo (notas promissórias, letras de câmbio) provenientes do comércio exterior.

#### Garantias no Contrato de Fomento Mercantil

- a peça acusatória igualmente conclui pela descaracterização do contrato de fomento mercantil em face da existência de garantias nos contratos, tais como devedor solidário e avais nos títulos negociados; ambas as garantias estão legalmente previstas, sendo oportuno ventilar os princípios da legalidade e tipicidade;

- o aval é garantia cambial autônoma, podendo ser exarado em qualquer título de crédito, assim reconhecido pelo STJ. Igualmente, a fiança ou a responsabilidade solidária, é reconhecida no contrato de fomento;

- como vimos, nem a garantia ou o direito de regresso desnaturam a operação de fomento mercantil. Com mais razão, a garantia ofertada não o desconfigura, vez que nada impede que o alienante dos créditos assuma a obrigação de pagar a dívida, se o devedor não o fizer, e nada impede também a esse alienante prestar garantias para efetuar o pagamento dessa obrigação subsidiária;

- não é, pois, a constituição de garantias nas modalidades de aval, responsável solidário ou mesmo fiança que tem o poder de descaracterizar o contrato de fomento mercantil e, por final transformá-lo em atividade típica de instituição financeira.

#### Requerimentos finais

- receber a preliminar de vício na formação do processo administrativo em face da ofensa ao art. 9º da Lei 9.613/98 e art. 11 da Resolução 12/05 COAF, com a extinção do processo, sem julgamento do mérito;

- receber a preliminar de trancamento do processo, sem julgamento do mérito, em face da ofensa aos princípios da legalidade e da tipicidade, com sua extinção;

- receber a preliminar, em face da inexistência de elementos que configurem a intromissão especulativa, com o arquivamento do processo, sem julgamento do mérito;

- no remoto caso de enfrentamento do mérito, seja julgado improcedente o presente processo administrativo, em face do reconhecimento

da legalidade, para a atividade de fomento mercantil, da cláusula de regresso contratualmente prevista, pela liberdade contratual e inexistência de norma administrativa ou legal que a proíba;

- por decorrência lógica, não seja considerada a contratação de direito de regresso como similitude ao contrato de desconto bancário e, como tal, a operação realizada pela empresa não seja glosada como sendo privativa de instituições financeiras.

A RCA protocolou ainda, em 17.12.2008, petição pela juntada de julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ocorrido em 20.11.2008, que entende corroborar sua linha de defesa (fl. 224-230).

### **III. Da comunicação dos fatos ao Ministério Público**

O Banco Central, no exercício de suas atribuições legais e em atendimento ao disposto no art. 9º, *caput*, da Lei Complementar n.º 105, de 10.1.2001, concluiu, com base nos elementos constantes dos autos, que os fatos de que trata o presente processo administrativo sancionador caracterizam a prática, em tese, do crime tipificado no art. 16 da Lei n.º 7.492, de 16.6.1986, razão pela qual procedeu à comunicação à Procuradoria da República no Estado de Pernambuco, por meio do Ofício n.º 017/2009/Desuc/Gabin, de 2.2.2009 (fl. 231).

### **IV. Da inclusão de novos documentos e da nova manifestação**

Na sequência, tendo em conta consulta à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, objeto do Pt. 0901446776, anexado a este processo administrativo, a interessada foi notificada do fato em 02/03/10 (fl. 243), sendo-lhe fornecida, inclusive, cópia da documentação integrante do processo de consulta e fixado o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação voluntária de elementos complementares de defesa (fls. 243-244).

Por intermédio de correspondência datada de 12/03/10 (fls. 245-247), a intimada reapresentou defesa complementar, cuja síntese é exposta a seguir:

- na apresentação de sua defesa, havia suscitado em preliminar vício formal do presente processo administrativo, por considerar ter sido sua instauração decorrente de comunicação realizada pelo COAF;

- embora tenha havido pronunciamento pela regularidade do processo administrativo punitivo instaurado, reitera as razões de defesa já aduzidas, por entender que sem a comunicação realizada ao COAF, de boa fé, não se teria como instaurar o presente processo administrativo punitivo;

- por outro lado, não poderia o COAF noticiar o fato, em face do imperioso sigilo que teria que guardar; efetivamente, a comunicação efetuada por força de obrigação legal não poderia ser utilizada para a instauração de procedimento administrativo contra quem fez a comunicação, mas apenas contra aquele outro envolvido na comunicação e desde que, sem dúvida, caracterizasse um ilícito criminal ou administrativo;

- a circunstância de assegurar ao comunicante que as comunicações ao COAF feitas de boa fé, na forma neles prevista, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa, configura-se uma espécie de delação premiada, no âmbito administrativo, sem desconfigurar-se como obrigação legal;

- ao assegurar a inimputabilidade ao comunicante das operações financeiras realizadas, a legislação teve o objetivo de proteger aquele que contribuiu, de modo decisivo, para a investigação ou elucidação de possível ilícito financeiro;

- não poderia a indiciada submeter-se ao constrangimento de responder ao presente processo administrativo, em razão da garantia que lhe estava assegurada; tal fórmula, porque necessária, encontra-se na legislação comparada como também nas recomendações internacionais;

- ao realizar, de boa fé, a notícia de operação de fomento realizada e não obstante o sigilo absoluto que lhe estava garantido, a indiciada passou a sofrer os efeitos dessa comunicação, caracterizando constrangimento ilegal;

- evidenciada a origem insustentável desse procedimento, é que foi pugnado, em preliminar na defesa apresentada, pelo encerramento do processo, pois nenhum procedimento teria sido instaurado, se não houvesse a comunicação de boa fé pela indiciada, ou se o COAF, no âmbito de suas atribuições, tivesse se limitado a investigar o fato que lhe foi comunicado;

- no mérito, já foi demonstrado, à saciedade, a inexistência da atuação da intimada como instituição financeira, vez que se limitou a realizar operação de fomento mercantil, na esteira da orientação da ANFAC;

- confirma finalmente as alegações de mérito em sua defesa e reitera a preliminar suscitada.

## **V. Da decisão**

Por meio da Decisão Decap/GTREC-2010/022, de 11 de maio de 2010 (fls. 252-258), o Banco Central do Brasil analisou a defesa apresentada pela Recorrida, conforme a seguir sintetizado:

- a isenção de responsabilidade civil e administrativa de que trata a Resolução COAF 12/05 e a Lei 9.613/98, decorrente do fornecimento de informações de boa-fé, refere-se não às irregularidades apuradas após o

exame da documentação encaminhada pelo investigado, mas, sim, a eventual ilícito decorrente do fornecimento da comunicação. Nesse sentido, tem o escopo de afastar a responsabilidade quanto ao ato de comunicar, mas não isenta o comunicante de responder por eventuais irregularidades evidenciadas pela documentação apresentada;

- a Resolução COAF 12/05 trata de matéria distinta daquela objeto deste processo. Tal norma, em seu artigo 1º, informa ter como objetivo prevenir e combater crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, nos termos estabelecidos na Lei 9.613/98; além disso, especifica os procedimentos a serem adotados pelas empresas de fomento comercial ou mercantil para o atendimento dos citados objetivos, o que efetivamente se distingue do assunto em discussão, qual seja: a possibilidade de realização de operação típica de instituição financeira por parte de empresa de factoring;

- a intimação se deu de acordo com o rito processual legalmente previsto, após exame de documentação por esta Autarquia em seus trabalhos de supervisão, na forma determinada pela Lei 4.595/64. Os normativos eventualmente infringidos, bem como a descrição da ocorrência, foram claramente explicitados na inicial; a intimada solicitou e foi concedida a prorrogação de prazo adicional para a apresentação da defesa; teve livre acesso ao processo, conforme os Termos de Vista e de Recebimento de Documentação, de 8 e 9.10.2008 – fls. 161-162, quando foram solicitadas e concedidas cópias dos autos;

- a defendente teve condições para apresentar suas razões e exercer os princípios constitucionais da ampla defesa e do exercício do contraditório, sendo observados ainda os princípios da tipicidade e da legalidade, respeitando-se o rito processual previsto. Assim, não há como acatar a argumentação da administrada no sentido de que o processo apresenta vício formal ou desobedece aos princípios da legalidade ou da tipicidade. Assim, também não prospera a alegação de que estaria sofrendo constrangimento ilegal;

- ao longo da formação do presente processo, esteve sempre aberta à possibilidade da apresentação de documentos novos ou complementares, por parte da indiciada e a decisão administrativa está processada na forma ordinariamente adotada por esta Autarquia, nos termos consignados na Resolução CMN nº 1.065/85;

- as sociedades de fomento mercantil, para que não se confundam com instituições financeiras, têm seu campo de ação delimitado pelo ordenamento jurídico: [...] prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, 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 [...], conforme art. 14, inciso VI, da Lei 9.718/98;

- tais sociedades, no entanto, nas situações em que eventualmente extrapolam os limites legais da sua atuação e praticam

operações privativas de instituição financeira, sem prévia autorização, caracterizam a intromissão no mercado, nos termos definidos pelos artigos 17 e 18 da Lei 4.595/64;

- a citação de jurisprudência, bem como o entendimento de vários doutrinadores ilustram a defesa; todavia, a diversidade de interpretações e decisões sobre a matéria não podem, a priori, afastar irregularidades eventualmente cometidas;

- as operações bancárias de empréstimo podem ocorrer com recursos próprios e/ou de terceiros, estando presente ou não a intermediação financeira direta; por outro lado, as empresas de factoring podem recorrer a linhas de crédito bancário para financiarem suas atividades. Portanto, o argumento de que as empresas de fomento mercantil operam apenas com recursos próprios não é condição determinante para distinguir a atuação da factoring daquela própria de instituição financeira;

- decisões anteriores do CRSFN, baseadas em elementos desconhecidos nos autos, embora sejam apreciadas, não têm efeito vinculante, nem servem para comandar decisões desta Autarquia;

- o contrato de fomento mercantil – factoring, mesmo não sendo legalmente tipificado, deve atender aos limites das atividades definidas em lei, o que deveria ocorrer também com o modelo desse documento disponibilizado pela ANFAC aos seus associados;

- a operação de factoring, relativa à compra à vista de crédito, diferencia-se do desconto bancário por tratar-se de cessão de crédito (“pro soluto”), ou seja, sem direito de regresso contra o cedente. Não deve, portanto, a faturizadora, pretender que a empresa-cliente torne-se responsável pela solvência do devedor titular dos créditos cedidos, sob pena de descaracterizar a operação de factoring e adentrar no campo de atuação de instituições financeiras;

- a ação regressiva de modo geral é prevista no Código Civil; todavia, no caso específico de factoring, o cedente, ao transferir a titularidade dos créditos, assume integralmente a obrigação pelo pagamento da remuneração à empresa de factoring cessionária, que por sua vez passa a ter o direito de cobrar os créditos aos devedores de origem, nas mesmas condições contratadas inicialmente, mas assumindo, em contrapartida, o risco por eventuais situações de inadimplência;

- desse modo, exonera-se o faturizado da responsabilidade pelo pagamento do crédito cedido; o cedente não deve tornar-se garantidor, quer solidária, quer subsidiariamente, dos créditos negociados. Por isso, a empresa de factoring não tem o direito de ação contra o faturizado pelo simples inadimplemento dos créditos cedidos; no entanto, é direito seu cobrá-los em nome próprio diretamente ao devedor;

- a atividade de fomento mercantil, exercida na forma legalmente estabelecida, de fato, não tem vinculação com o sistema financeiro, nem precisa de autorização do Banco Central do Brasil para funcionar; também, por isso, na forma da lei, a empresa de factoring é impedida de realizar operações típicas de instituição financeira previstas no ordenamento jurídico;

- não existindo previsão legal, com efeito, o contrato de fomento mercantil enquadra-se na categoria atípica, prevista no art. 425 do Código Civil que diz ser lícito às partes estipular contratos da espécie; todavia, o citado código não autoriza a extrapolação dos limites legalmente constituídos para o exercício da atividade de factoring;

- nas operações de compra a vista de créditos às empresas-cliente, é ínsito o risco do crédito à factoring e imprópria a imposição do direito de regresso contra o faturizado. Isto é, a empresa cedente transfere seus direitos creditórios à cessionária, mas não pode sofrer ação regressiva por conta da não liquidação de débitos. Esta é, essencialmente, a característica que diferencia a operação de factoring do desconto bancário;

- não deve a faturizadora, com base em dispositivo genérico do Código Civil, incluir cláusula contratual onde a empresa-cliente torna-se responsável pela solvência do devedor titular de créditos cedidos;

- a obrigação de recompra de títulos não honrados pelos sacados emitentes não é devida no caso da factoring, pois não faz parte da forma legalmente prevista para o negócio. A característica essencial da atividade de factoring é a compra definitiva dos créditos negociados, ou seja, a cessão ocorre em caráter “pro-soluto”, sem a obrigação de o cedente responder pela solvência do devedor - típico da cessão onerosa;

- vícios nos títulos representativos dos créditos não justificam a presença do regresso no contrato do negócio de factoring; sendo a cessão em caráter definitivo, sem regresso, a análise exaustiva dos devedores de origem é fundamental para a correta avaliação do risco e, conseqüentemente, para a formação do preço da remuneração cobrada pelo factor;

- a existência do produto bancário “forfaiting” - tipo de desconto sem regresso - não justifica incluir essa condição no negócio de factoring. Diferentemente das sociedades de fomento mercantil, não há impedimento legal para as instituições financeiras, autorizadas pelo Banco Central do Brasil, operarem com ou sem regresso;

- a indiciada argumenta ser válida a existência de garantias – fiança, avais, responsabilidade solidária - bem como a cláusula de recompra no contrato, tudo com base em legislação esparsa, o que não pode prevalecer diante da extrapolação legal que passa a existir ao remeter-se a atividade factoring para o mercado legalmente privativo de instituição financeira;

- o valor cobrado por parte da factoring, por ocasião da compra dos créditos, inclui todos os custos e riscos vinculados à operação, inclusive o da não realização parcial nos vencimentos de parcelas de créditos adquiridos.

A decisão autárquica, quanto ao mérito, analisou os contratos de factoring constantes dos autos tendo como contratada a RCA, em especial os contratantes, os títulos cedidos, os termos aditivos e a atribuição de responsabilidade solidária:

Contrato de Fomento Mercantil nº 156/05 (fls. 27/34):

Contratante: Data Voice Comércio e Serviços Ltda.

Desconto: 2 cheques de emissão da própria Data Voice no valor total de R\$130.199,60.

Responsáveis solidários: Luiz Antônio Glasner de Maia Chagas, Hamilton de Almeida Valeiro Júnior e Flávia Cavalcanti Bayma.

Contrato de Fomento Mercantil nº 236/06 (fls. 35/48):

Contratante: Frevo Brasil Indústria de Bebidas Ltda.

Descontos:

Termo Aditivo nº 4.447, de 14.11.2006, com 42 títulos relacionados no valor total de R\$13.009,49; Termo Aditivo nº 4.456, de 16.11.2006, com 22 títulos relacionados no valor total de R\$37.324,54; e Termo Aditivo nº 3.873, de 14.11.2006, com 5 títulos relacionados no valor total de R\$15.000,00.

Responsáveis solidários: Sidney Wanderley Silva e Maria Margarida Jucene Wanderley Silva.

Contrato de Fomento Mercantil nº 54/05 (fls. 49/60):

Contratante: Semepe – Serviço Médico de Pernambuco Ltda.

Descontos:

Termo Aditivo nº 3.958, de 5.5.2006, relaciona 107 títulos no valor total de R\$172.906,97.

Responsáveis solidários: Amaury Gomes Santiago, Moysés Emery Lopes.

Contrato Fomento Mercantil nº 382/06 (fls. 61/80):

Contratante: Construtora A.C. Cruz Ltda.

Descontos:

Termo Aditivo nº 3.919, de 28.4.2006, relaciona 3 títulos no valor total de R\$79.242,87; Termo Aditivo nº 3.976, de 9.5.2006, relaciona 10 títulos no valor total de R\$60.000,00; e Termo Aditivo nº 4.004, de 16.5.2006, relaciona 3 títulos no valor total de R\$79.242,87.

Responsáveis solidários: Antônio Callou da Cruz, Maria Fernanda Figueira Callou da Cruz, Eduardo Santos da Figueira, André Callou da Cruz e Roberta Cristina Correa Callou da Cruz.

Contrato Fomento Mercantil nº 82/06 (fls. 81/95):

Contratante: Distribuidora de Tecidos Recife Ltda.

Descontos:

Termo Aditivo nº 3.822, de 27.3.2006, relaciona 12 títulos no valor total de R\$180.000,00; Termo Aditivo nº 4.022, de 20.6.2006, relaciona 12 títulos no valor total de R\$91.845,31.

Responsáveis solidários: Albanita Lyra Gomes Oliveira, José Marcos Gonçalves Oliveira e José Marcos de Oliveira Filho.

Contrato Fomento Mercantil nº 22/05 (fls. 96/110):

Contratante: Geraldo Araújo Tecidos Ltda.

Descontos:

Termo Aditivo nº 4.297, de 9.10.2006, relaciona 78 títulos no valor total de R\$102.508,80; Termo Aditivo nº 4.423, de 7.11.2006, relaciona 62 títulos no valor total de R\$42.832,55.

Responsáveis solidários:

Geraldo Araújo Bezerra, Geane Carla da Fonseca Araújo e Geraldo Araújo Bezerra Júnior.

Contrato Fomento Mercantil nº 366/05 (fls. 111/123):

Contratante: R.C.A Alimentos Ltda.

Descontos:

Termo Aditivo nº 4.518, de 14.8.2006, relaciona 31 títulos no valor total de R\$14.999,92; Termo Aditivo nº 4.517, de 20.7.2006, relaciona 21 títulos no valor total de R\$10.004,00.

Responsáveis solidários: Alexandre Albuquerque Homem de Mello, Cláudia Morosini Homem de Mello, Renato Moraes Homem de Mello e Sandra Marisa Albuquerque Homem de Mello.

Contrato Fomento Mercantil nº 276/05 (fls. 124-136):

Contratante: R.C.A. Distribuidora Ltda.

Descontos:

Termo Aditivo nº 4.519, de 15.8.2006, relaciona 30 títulos no valor total de R\$15.002,00; Termo Aditivo nº 4.520, de 26.7.2006, relaciona 48 títulos no valor total de R\$25.249,63.

Responsáveis solidários: Renato Moraes Homem de Mello Júnior, Cláudio Albuquerque Homem de Mello e Andréa de Oliveira Scipião.

Nos documentos referidos no item anterior, a autoridade de primeiro grau identificou as seguintes situações:

- a cláusula 4ª dos contratos às fls. 29, 51 e 63, estabelece que [...] Os títulos de crédito serão adquiridos através de endosso pleno, em preto, que se aperfeiçoará com a tradição do título [...]; e, no parágrafo único consta: [...] As obrigações do endossante e do devedor decorrentes dos títulos cedidos poderão ser objeto de aval [...]. Com teor semelhante, a cláusula 12 e seu parágrafo segundo apresentam-se nos contratos às fls. 83-84, 99, 114 e 127;

- a cláusula 18 dos contratos às fls. 31, 39, 53 e 65-66 estabelece que [...] Os responsáveis solidários declaram conhecer os termos do Contrato de Fomento Mercantil o qual assinam como principais pagadores, solidariamente responsáveis pelo pagamento de todas as obrigações pactuadas e assumidas pela CONTRATANTE, [...]. A cláusula 26 dispõe de teor similar, conforme fls. 86, 101, 116 e 129 dos autos;

- na cláusula 8ª e parágrafos primeiro ao terceiro, dos contratos às fls. 29, 51 e 64, consta: [...] A CONTRATANTE obriga-se a dar ciência ao DEVEDOR da alienação dos títulos, no ato da negociação, [...]; [...] Consideram-se, para todos os efeitos legais, liquidados os títulos negociados, no momento em que o DEVEDOR efetuar o seu respectivo pagamento, [...]; [...] Na eventualidade da não liquidação dos títulos de crédito cedidos, será a CONTRATANTE comunicada para cumprir com a prestação constante no título [...]; e, [...] Para o exercício do direito de regresso contra os coobrigados pelo pagamento e encontrando-se a CONTRATANTE em mora no cumprimento de sua obrigação, o respectivo título de crédito será apontado no Tabelionato de Protesto [...];

- de forma semelhante ao descrito no subitem precedente, na cláusula 17 e parágrafos primeiro ao quarto dos contratos às fls. 84-85, 100, 114-115 e 127-128, encontra-se presente o mesmo teor para o caput e os dois primeiros parágrafos, com substituição do parágrafo terceiro por: [...] A

CONTRATANTE, ao cumprir com a prestação constante do título, ficará subrogada nos direitos do credor, [...]; e, [...] Na hipótese do parágrafo anterior, os títulos cujos protestos por falta de pagamento, tenham sido lavrados, serão entregues à CONTRATANTE, [...];

- às fls. 30, 37, 52 e 65, os Contratos de Fomento Mercantil estabelecem na cláusula 12: [...] A CONTRATANTE responsabiliza-se pela existência dos créditos representados pelos títulos negociados, por seus vícios redibitórios e pelo cumprimento da prestação constante do título. [...]. A cláusula 21 dos contratos às fls. 86, 101, 116 e 129 apresenta o mesmo texto, acrescido de: [...] A CONTRATANTE e os Responsáveis Solidários responsabilizam-se pela existência dos créditos [...];

- a cláusula 19 dos contratos de fls. 31, 39, 53, 66 estabelece [...]. A este contrato se confere a condição de título executivo extrajudicial nos termos dos arts. 583 e 585, do Código de Processo Civil [...]. No parágrafo único dessa cláusula, consta: [...] A liquidez deste contrato, para fins legais, será apurada pela soma dos valores dos título(s) negociado(s) e não liquidado(s) pelo DEVEDOR [...] e pela soma dos valores dos títulos negociados e não pagos pelo(s) DEVEDOR(ES), por cuja recompra a CONTRATANTE é responsável. [...].

Diante do exposto, verificou a Autarquia que, de fato, nas operações analisadas, a RCA celebrou contratos onde constam cláusulas que responsabilizam o cedente pela adimplência dos créditos negociados, seja por meio da constituição de garantias e presença de aval, seja pela obrigação da recompra por parte da empresa cliente, no caso dos títulos negociados não serem pagos pelo devedor inicial, caracterizando desse modo o exercício de atividade própria de instituição financeira sem autorização do Banco Central do Brasil, o que demonstra a procedência do libelo acusatório.

Entendendo devidamente caracterizada a irregularidade, consistente na prática de operação privativa de instituição financeira, sem a prévia autorização da Autarquia, decidiu o BACEN aplicar multa no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) à RCA Factoring Fomento Mercantil Ltda., com fulcro no §7º do artigo 44 da Lei 4.595/64, por infração aos artigos 17 e 18 da Lei 4.595/64 e artigo 1º da Resolução 2.144/95.

## **VI. Do Recurso Voluntário**

Inconformado com a decisão, a apenada interpôs recurso voluntário tempestivo (fls. 261-326), em que, além de repisar os pontos já firmados em sede de defesa, aduziu ainda, em resumo:

- nulidade da decisão, por ausência de fundamentação, bem como pelo fato de o processo administrativo haver sido instaurado a partir da comunicação que a sociedade indiciada fizera ao COAF;

- entendeu a decisão atacada que a contratação de direito de regresso, embora possível nos termos de toda legislação aplicável, transmuta o

contrato de fomento mercantil em contrato de desconto bancário, de cunho privativo de instituição financeira, baralhando completamente os institutos;

- não existe previsão legal ou infra legal que expressamente estabeleça proibido o direito de regresso no contrato de fomento mercantil ou, a contrário senso, que somente a instituição financeira possa praticar esse direito;

- deduz-se que, pela linha de raciocínio da decisão atacada, todas as regras que preveem garantias, em especial o regresso, valeriam para todas as empresas e negócios mercantis, exceto para as operações de fomento mercantil;

- no mesmo sentido, o Código Civil e todas as legislações aplicáveis a cada espécie de título de crédito se aplicariam a todos, exceto as empresas de factoring;

- foi condenada não em face da prática do direito de regresso em suas operações, mas da existência da cláusula em seus contratos;

- sob o ponto de vista da lei, da doutrina e da jurisprudência, é perfeitamente legal a aplicação do direito de regresso no contrato de direito mercantil, nada havendo em contrário que proíba tal prática;

- a multa aplicada ultrapassou o limite legal de duzentos salários mínimos, estampado no art. 44, § 2º, da Lei 4.595/64;

- requer a imperiosidade do provimento do recurso voluntário, em face da legalidade do direito de regresso e da constituição de garantias na atividade de factoring.

Em 31.5.2012, a recorrente peticionou pela juntada de acórdãos judiciais e do CRSFN sobre a matéria ventilada nos autos (fls. 395-436).

## **VII. Do parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**

Os autos foram alçados a esta Egrégia Corte Administrativa, seguindo, na forma regimental, para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que emitiu o parecer de fls. 438/443, opinando pelo desprovimento do recurso voluntário, após extenso arrazoado sobre:

- a inexistência de nulidade pela alegada ausência de fundamentação/ofensa ao princípio da legalidade, bem como seu afastamento pelo suposto descabimento da comunicação COAF;

- recebimento de qualificação de instituição financeira a pessoa que, independentemente da conjugação simultânea das atividades de captação, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros, realiza qualquer destas atividades de modo habitual;

- a inteligência da legislação, da doutrina e da jurisprudência;
- a efetiva posição assumida pela recorrente quanto à equivalência de uma instituição financeira, na medida em que adquiriu créditos de terceiros, mas estabeleceu cláusulas que permitiam a cobrança do cessionário, em caso de inadimplemento.

É o relatório.

Brasília. José Augusto Mattos da Gama – Conselheiro-Relator.

### VOTO

Trata-se de recurso em processo administrativo sancionador instaurado em desfavor de RCA Factoring Fomento Mercantil Ltda. (“RCA”) em face da atuação como instituição financeira, sem autorização do Banco Central do Brasil, o que constitui infringência ao artigo 1º da Resolução CMN 2.144/95, bem como ao artigo 17 combinado com o artigo 18 da Lei 4.595/64. Tal irregularidade sujeitou a indiciada às sanções previstas no artigo 44 da Lei 4.595/64. O Banco Central entendeu caracterizada a irregularidade, aplicando à empresa a multa de R\$250 mil.

Há, em primeiro plano, que resolver as questões prévias que eventualmente poderiam prejudicar a análise do mérito.

A RCA foi notificada em 17.05.2010 (fl. 260) da Decisão Decap/GTREC-2010/022, de 11.05.2010 (fls. 251-258) na pessoa de seu procurador constituído por instrumento juntado à fl. 159. Protocolado recurso dirigido a este Colegiado em 31.05.2010 (fls. 261-390), tenho por satisfeitos os pressupostos processuais subjetivos e objetivos para o seu recebimento.

Ainda que não suscitada pela recorrente, entendo salutar assegurar o exame de eventual ocorrência de prescrição administrativa fundada na Lei 9.873, de 1999. Observo que os fatos que deram causa a este processo sancionador se consubstanciaram em termos aditivos de contratos de fomento mercantil, firmados entre 30.08.2005 e 16.11.2006. Tendo em conta os seguintes atos processuais principais: a intimação inicial válida concluída em 29.09.2008; a decisão autárquica de 11.05.2010; a autuação do recurso neste Conselho em 07.06.2010; o pronunciamento necessário da Procuradoria-Geral em 04.06.2013; e o julgamento nesta data, não vislumbro ter operado a prescrição administrativa, quer em sua modalidade intercorrente, quer na ordinária.

Ponto relevante levantado em preliminar é a suposta nulidade pelo fato de o presente processo administrativo haver sido instaurado a partir da comunicação que a própria RCA fizera ao COAF em razão de sua

obrigação legal e regulamentar, o que, em virtude da boa-fé, afastaria a responsabilidade civil ou administrativa.

Ora, o sentido da Lei nº 9.613/98 e da Resolução COAF nº 12/2005 é isentar de responsabilidade as comunicações obrigatórias de operações financeiras quando realizadas com zelo, ainda que não resultem em achados irregulares depois de analisadas por aquele Comitê. Entretanto, tem o COAF a atribuição dada pelo mesmo diploma legal em seu art. 15 de comunicar as autoridades competentes quando concluir pela existência de crimes previstos naquela lei ou qualquer outro ilícito, ainda que esse ilícito seja verificado em operação em que uma das partes envolvidas seja a própria pessoa jurídica obrigada à comunicação de origem, até porque nada há na lei que isente a comunicante nesse sentido.

Ainda que tal argumento fosse procedente, a comunicação do COAF ao Banco Central envolveu duas operações, das quais somente uma consta no rol de operações gravadas na intimação inicial; todas as outras foram produtos de investigação iniciada pela Autarquia, no exercício de suas atribuições legais de supervisão e monitoramento do mercado financeiro, a partir de requisições feitas à empresa de factoring.

Adentrando o mérito, anoto que o contrato de fomento comercial, conhecido como factoring, caracteriza-se como negócio jurídico comercial, por via do qual o contratante (faturizado) cede ao contratado (faturizador) créditos provenientes de vendas mercantis, consubstanciados em títulos de crédito cambiais e cambiariformes, assumindo o faturizador o risco de eventual insolvência dos respectivos devedores, isentando o faturizado da responsabilidade pelo pagamento do título, e tendo como contraprestação o pagamento de determinada comissão, chamada de fator, pelo cedente do crédito materializado, em função do valor constante do título entregue.

Em razão das poucas e esparsas referências legais à atividade, doutrinariamente essa modalidade negocial é considerada contrato atípico misto, que utiliza como base o instituto da cessão de créditos e do endosso, e cuja forma e conteúdo, em princípio, podem ser estabelecidos em conformidade com o livre acordo de vontade das partes. A Lei 8.981, de 20.1.1995, que atualizou a legislação tributária, conceituou factoring apenas para efeitos tributários em seu art. 28, § 1º, alínea “c.4” como “prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços”. Idêntico texto surge no art. 14, inciso VI, da Lei 9.718/98.

Em vista da edição da Lei 8.981/95, orientou a Resolução 2.144, de 22.2.1995, que qualquer operação praticada por empresa de fomento mercantil que não se ajuste ao disposto no citado art. 28 da Lei nº 8.981, e que caracterize operação privativa de instituição financeira, nos termos do art. 17, da Lei nº 4.595, de 31.12.64, constitui ilícito administrativo.

No caso em mesa, extrai-se dos autos que a RCA firmou oito contratos de fomento mercantil com diferentes empresas. Derivam desses contratos termos aditivos e borderôs que discriminaram títulos, valores, fator de compra, impostos e relação de títulos entregues, dentre outros elementos. Para a análise da questão de fundo, importa primeiro verificar as cláusulas contratuais. Neste ponto, a decisão recorrida bem apontou os elementos que podem descaracterizar a atividade de fomento comercial.

Além da identificação dos responsáveis solidários pelo pagamento de todas as obrigações pactuadas e assumidas pela contratante, a decisão recorrida também ressaltou: as disposições referentes a aval; a comunicação ao contratante para solver a obrigação não liquidada pelo devedor; o protesto do título não pago pelo contratante em mora como necessário para o exercício do direito de regresso contra o cedente (expressão esta usada literalmente nos Contratos 156, 54 e 82); a sub-rogação da contratante nos direitos do credor depois de cumprida a prestação constante do título; a responsabilidade da contratante ou dos responsáveis solidários pela existência dos créditos e a responsabilidade da contratante pela recompra dos créditos.

Em adição a essa análise, noto também que na cláusula 4ª dos Contratos n.º 156, 54 e 382 a contratante (faturizada) responde pelo cumprimento da prestação constante do título de crédito, conforme faculdade expressa no art. 914 do Código Civil. Também com base nesse artigo, a cláusula 12ª, § 1º, dos Contratos nº 82, 22, 366 e 276 estabelece que as partes poderão convencionar aquisições sem a responsabilidade da contratante pela prestação constante do título ou pela solvência do devedor, sendo que tal condição constará do respectivo endosso ou de cláusula no instrumento de cessão de crédito.

Quanto a esse último ponto, observo que nos termos aditivos está acordada a responsabilidade da contratante pela legitimidade, legalidade e veracidade e ainda pela prestação constante dos títulos negociados, conforme cláusulas do contrato principal. Ou seja, consta não só do contrato principal quanto do termo aditivo que cristaliza a operação no caso concreto, que a faturizada responde não somente pelos vícios de origem dos títulos, o que em princípio, não vejo óbice, se a própria contratante deu causa a tais vícios, mas responde também pela liquidez dos títulos em caso de inadimplência.

Concluo então que de fato os contratos firmados pela recorrente atribuem toda a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação constante do título, em razão da inadimplência do devedor, diretamente à contratante ou em solidariedade com os signatários dos contratos na condição de coobrigados, além de obrigar a recompra ou exercer o direito de regresso.

Tais cláusulas contratuais de fato desnaturam a essência do factoring, revelando não uma operação característica do fomento mercantil, como contrato de risco em que a cessão de crédito é feita pro-soluto,

ou seja, compra de créditos definitiva com assunção dos riscos pela insolvência do devedor por parte do faturizador, mas sim operação de desconto bancário, de caráter pro-solvendo.

A liberdade de contratar a que a recorrente se refere não se sobrepõe aos ditames do art. 17 da Lei 4.595/64, que conceitua a instituição financeira. A opção pela responsabilidade do cedente pela solvência do devedor, prevista no art. 296 do Código Civil, ou do endossante pela prestação do título, prevista no art. 914, não pode subsistir no fomento comercial, sob pena de se caracterizar o contrato de desconto bancário e, portanto, uma típica operação financeira, a exigir autorização do Banco Central.

A recorrente alega estar atuando conforme orientações e modelos contratuais divulgados pela Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil - ANFAC. Porém, no próprio sítio da entidade, verifico na seção de “perguntas frequentes” orientação sobre direito de regresso no sentido de que o único entendimento consolidado é o cabimento do direito de regresso em caso de vício, e não em caso de inadimplemento.

Arestos do Superior Tribunal de Justiça confirmam essa posição, dos quais colacionamos os seguintes:

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.361.311 - MG (2013/0001541-0) RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA AGRAVANTE : HMM PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE ADVOGADOS : ANA VITÓRIA MANDIM THEODORO E OUTRO(S) HUMBERTO THEODORO JUNIOR E OUTRO(S) LEONARDO ALMEIDA LAGE E OUTRO(S) AGRAVADO : MINAS PAPEL INDÚSTRIA DE ARTEFATOS LTDA ADVOGADOS : JULIANA LEAL DE MELO E OUTRO(S) THALES POUBEL CATTAL PRETA LEAL E OUTRO(S) EMENTA PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FACTORING . RESPONSABILIDADE DA FATURIZADA PELO SIMPLES INADIMPLEMENTO DO TÍTULO. INEXISTÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE RECOMPRA INVÁLIDA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Na linha dos precedentes desta Corte, a empresa faturizada não responde pelo simples inadimplemento dos títulos cedidos, salvo se der causa à inadimplência do devedor. Assim, deve ser declarada nula a cláusula de recompra, tendo em vista que a estipulação contratual nesse sentido retira da empresa de factoring o risco inerente aos contratos dessa natureza.

2. Cabe determinar o retorno dos autos à instância ordinária para que o Tribunal a quo dê continuidade no julgamento da apelação, analisando os pedidos subsidiários não apreciados na origem em decorrência do acolhimento, à época, da pretensão principal.

3. Agravo regimental provido em parte.

Resp 1163201 / PE (2009/0199454-8)

Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA (1146)

T4 - QUARTA TURMA

COMERCIAL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. NOTA PROMISSÓRIA E CONTRATO DE FACTORING. INADIMPLÊNCIA DO ADQUIRENTE DA MERCADORIA.

RECOMPRA. RESPONSABILIDADE DA FATURIZADA. QUESTÃO FÁTICA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ.

1. O risco assumido pelo faturizador é inerente à operação de factoring, não podendo o faturizado ser demandado para responder regressivamente, salvo se tiver dado causa ao inadimplemento dos contratos cedidos (precedentes), hipótese que, segundo a recorrente, estaria prevista em cláusula contratual.

(...)

REsp 1289995 / PE RECURSO ESPECIAL 2010/0213969-0

Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

T4 - QUARTA TURMA

DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO DE FACTORING. CESSÃO DE CRÉDITO PRO SOLUTO. ARTS. 295 E 296 DO CÓDIGO CIVIL. GARANTIA DA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO CEDIDO. DIREITO DE REGRESSO DA FACTORING RECONHECIDO.

1. Em regra, a empresa de factoring não tem direito de regresso contra a faturizada - com base no inadimplemento dos títulos transferidos -, haja vista que esse risco é da essência do contrato de factoring. Essa impossibilidade de regresso decorre do fato de que a faturizada não garante a solvência do título, o qual, muito pelo contrário, é garantido exatamente pela empresa de factoring.

2. Essa característica, todavia, não afasta a responsabilidade da cedente em relação à existência do crédito, pois tal garantia é própria da cessão de crédito comum - pro soluto. É por isso que a doutrina, de forma uníssona, afirma que no contrato de factoring e na cessão de crédito ordinária, a faturizada/cedente não garante a solvência do crédito, mas a sua existência sim. Nesse passo, o direito de regresso da factoring contra a faturizada deve ser reconhecido quando estiver em questão não um mero inadimplemento, mas a própria existência do crédito.

3. No caso, da moldura fática incontroversa nos autos, fica claro que as duplicatas que ensejaram o processo executivo são desprovidas de causa - "frias" -, e tal circunstância consubstancia vício de existência dos créditos cedidos - e não mero inadimplemento -, o que gera a responsabilidade regressiva da cedente perante a cessionária.

#### 4. Recurso especial provido.

Além de todo o exposto, no caso das operações com a Data Voice os dois títulos entregues à RCA, objeto de termo aditivo ao Contrato 156 e do respectivo borderô, no valor total de R\$130 mil, são cheques de emissão da própria Data Voice, portanto não resultante de operação comercial, configurando de fato mera operação de mútuo, portanto, privativa de instituição financeira.

Por fim, cabe anotar que a alegação de extrapolação do limite legal da multa aplicada na origem não encontra suporte legal em vista das atualizações da multa insculpida no art. 44 da Lei nº 4.595/64 ao longo do tempo, culminando naquela constante do art. 3º da Medida Provisória nº 2.224, de 4.9.2001, que elevou o patamar para R\$250 mil.

Em conclusão, entendo que a RCA de fato atuou como instituição financeira, sem autorização do Banco Central, ao efetuar 15 operações de cessão de crédito, no montante de R\$939.168,95, com características típicas de operações somente autorizadas às instituições financeiras, caracterizando intromissão especulativa no mercado financeiro, inclusive com habitualidade porquanto praticada no período de 30.8.2005 a 16.11.2006.

Assim, conheço do recurso, porém voto pelo seu desprovemento.

É o Voto.

Brasília, 28 de abril de 2015. José Augusto Mattos da Gama –  
Conselheiro-Relator.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, decidem os membros do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, por unanimidade e nos termos do voto do Conselheiro-Relator, negar provimento ao recurso interposto, mantida a decisão do órgão de primeiro grau no sentido de aplicar a RCA FACTORING FOMENTO MERCANTIL LTDA. pena de multa pecuniária no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Participaram do julgamento os conselheiros: Ana Maria Melo Netto Oliveira, Adriana Cristina Dullius Britto, Antonio Augusto de Sá Freire Filho, Arnaldo Penteadou Laudísio, Bruno Meyerhof Salama, Flávio Maia Fernandes dos Santos, Francisco Satiro de Souza Junior e José Augusto

Mattos da Gama. Presentes a Dra. Luciana Miranda Moreira, Procuradora da Fazenda Nacional, e Carlos Augusto Sousa de Almeida, Secretário-Executivo do CRSFN.

Brasília, 28 de abril de 2015.

ANA MARIA MELO NETTO OLIVEIRA  
Presidente

JOSÉ AUGUSTO MATTOS DA GAMA  
Relator

LUCIANA MIRANDA MOREIRA  
Procuradora da Fazenda Nacional

Ata publicada no DOU de 28.05.2015, Seção 1, págs. 14 e 15.

O teor deste acórdão foi divulgado no portal em 13.10.2015.