

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE DIREITO

MAX BORTOLASSI ADOLFO

**ATIVIDADE DE FOMENTO MERCANTIL (*FACTORING*): ANÁLISE HISTÓRICA,
LEGAL E JURISPRUDENCIAL**

**CURITIBA
2017**

MAX BORTOLASSI ADOLFO



**ATIVIDADE DE FOMENTO MERCANTIL (*FACTORING*): ANÁLISE HISTÓRICA,
LEGAL E JURISPRUDENCIAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso de
Gradação em Direito da Universidade
Federal do Paraná, apresentado como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marcia Carla
Pereira Ribeiro.

**CURITIBA
2017**

TERMO DE APROVAÇÃO

MAX BORTOLASSI ADOLFO

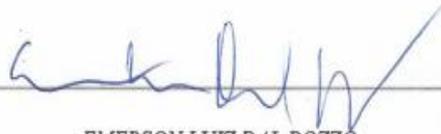
**Atividade de Fomento Mercantil (Factoring): Análise Histórica,
Legal e Jurisprudencial.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de
Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de
Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte
banca examinadora:



MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Orientador

Coorientador



EMERSON LUIZ DAL POZZO
Primeiro Membro



GIOVANI RIBEIRO RODRIGUES ALVES - Direito
Privado
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

À minha família e amigos, sem vocês nada seria possível.

À Prof.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro, pela sublime orientação, atenção e paciência.

RESUMO

O trabalho aborda o tema Fomento Mercantil ou *factoring*. Parte da análise histórica para apresentar a posição da doutrina dominante sobre a origem da atividade de fomento e seu enquadramento como atividade empresarial que pode ser enquadrada numa conceituação tradicional ou complexa. O fomento mercantil, apesar de ser figura nova na economia brasileira, é bastante difundido e utilizado, principalmente por empresários de pequeno e médio porte, categorias que enfrentam maiores dificuldades para ter acesso ao crédito bancário. O contrato analisado não é disciplinado de forma específica pelo Direito Brasileiro, muito embora tenha amplo reconhecimento também perante os Tribunais Brasileiros. O *factoring* tem natureza essencialmente comercial, baseada na cessão de direitos a título oneroso e pode estar associado à prestação de serviços. A modalidade negocial se caracteriza pela assunção do risco do inadimplemento e a utilização de recursos próprios de parte do faturizador, o que a distingue das atividades bancárias. Conclui - se no estudo que a corrente doutrina majoritária, divergente do entendimento do STJ, não reconhece a possibilidade de direito de regresso.

PALAVRAS - CHAVE: *Factoring*, Natureza Jurídica, Direito de Regresso, Agiotagem.

ABSTRACT

The paper addresses the topic of commercial development or factoring. Part of the historical analysis to present the position of the dominant doctrine about the origin of the foment activity and its framing as a business activity that can be framed in a traditional or complex conceptualization. Commercial development, despite being a new figure in the Brazilian economy, is very widespread and used, mainly by small and medium-sized entrepreneurs, categories that face greater difficulties to have access to bank credit. The contract analyzed is not specifically disciplined by Brazilian Law, although it has wide recognition also before the Brazilian Courts. Factoring is essentially commercial in nature, based on the assignment of rights for consideration and may be associated with the provision of services. The negotiation modality is characterized by the assumption of the risk of default and the use of own resources by the faturer, which distinguishes it from banking activities. It is concluded in the study that current majority doctrine, divergent from the STJ 's understanding, does not recognize the possibility right of return.

KEY WORDS: Factoring, Legal Nature, Right of Return, Agiotage.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. ATIVIDADE DE FOMENTO MERCANTIL OU <i>FACTORING</i>.....	13
2.1 Aspectos Históricos e Direito Comparado	13
2.2. Conceitos de <i>Factoring</i>	20
3. <i>FACTORING</i> NO BRASIL	25
3.1 Aspectos Históricos e Cronologia Legislativa.....	25
3.2. Modalidades e Aspectos Legais	29
3.3. Natureza Jurídica.....	32
4. PARTICULARIDADES DO <i>FACTORING</i>	35
4.1. Contrato de <i>Factoring</i>	35
4.2. Diferenças entre Instituição Financeira e <i>Factoring</i>	38
4.3. Direito de Regresso.....	40
5. IMPORTÂNCIA DO <i>FACTORING</i> PARA AS EMPRESAS	44
6. FACTORIZAÇÃO E A “AGIOTAGEM”	47
6.1. “Agiotagem”: aspectos Cíveis e Criminais	47
6.2 Distinção entre o <i>Factoring</i> e a “Agiotagem”	49
7. CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54
ANEXOS.....	58

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso trata dos aspectos legal, doutrinário e jurisprudencial da atividade de fomento mercantil, ou *factoring*, e da atual fiscalização à qual o mesmo está submetido.

Inicialmente, ressalta - se que o *factoring*, também conhecido por fomento comercial ou mercantil ou ainda por faturização, é atividade relativamente recente no Brasil. Foi introduzido entre as décadas de 70 e 80 do século XX, tendo como marco inicial da popularização da atividade a fundação da Associação Nacional de Fomento Comercial (ANFAC), em 1982.

O contrato de *factoring* apresenta-se entre os novos instrumentos que a prática moderna exigiu em um contexto de evolução da economia (como os de *leasing* e o de franquia, por exemplo). Ganhou destaque no cenário econômico brasileiro, como será visto, principalmente porque atua na promoção das pequenas e médias empresas (PMEs), fornecendo o capital de giro necessário para a manutenção e expansão destas. Opera - se essencialmente pela venda de seu faturamento.

Essa modalidade negocial foi recebida com desconfiança, principalmente pelo setor financeiro, dada a sua semelhança com a atividade exercida privativamente pelas instituições financeiras.

Outra questão importantíssima que é abordada nesta monografia é a falta de legislação específica para disciplinar tal atividade, sendo este outro fator que provoca dúvida sobre sua natureza jurídica, tema este que divide a doutrina brasileira, como será estudado.

A pesquisa também analisará a relação das sociedades de fomento mercantil com as instituições financeiras, por meio do estudo da sua natureza jurídica de origem mercantil e a semelhança que mantém com a atividade financeira.

Outro tema tratado neste trabalho é a fiscalização exercida pelo Conselho de Controle das Atividades Financeiras (COAF). Esse órgão foi criado pela Lei n.º 9.613/98, também conhecida como Lei da Lavagem de Dinheiro, está vinculado ao Ministério da Fazenda, e tem a função de fiscalizar operações que ensejam o crime de lavagem de capitais.

Após a abordagem histórica, o trabalho apresenta os elementos fundamentais e a importância do fomento empresarial operado pelas instituições

financeiras, sua origem e modalidades, sua legislação própria e regulação, bem como seu funcionamento no sistema econômico brasileiro.

O capítulo 4 tem objetivo de aprofundar o estudo do instituto do fomento mercantil, inicialmente a partir da análise contratual da atividade. Após, são apresentadas as diferenças entre a atividade financeira bancária e a atividade de fomento mercantil. Por fim, mas de característica fundamental de eficiência e eficácia do instituto objeto deste trabalho, analisa – se a possibilidade de exercício de direito de regresso e sua relação com o *factoring*.

No capítulo 5, busca – se demonstrar a importância do fomento mercantil para as empresas, principalmente para as micro e pequenas empresas (PMEs), uma vez que a sobrevivência das mesmas está condicionada à sua capacidade de expansão, não sendo suficiente a simples manutenção do volume negocial.

No capítulo 6, apresenta – se a diferenciação entre a atividade de fomento mercantil e a agiotagem é o objetivo central da discussão. São apontadas as características principais da usura no direito brasileiro para posteriormente diferenciá - la do *factoring*.

Cada um dos capítulos apresentará discussão jurisprudencial sobre o tema objeto de discussão.

2. ATIVIDADE DE FOMENTO MERCANTIL OU *FACTORING*

2.1 Aspectos Históricos e Direito Comparado

O conhecimento histórico é um processo “genérico e elementar do pensamento humano”, é o resultado da ciência da história e esta, por sua vez, é uma articulação da consciência histórica (RÜSEN, 2001, p. 25) Para o autor, esta é a realidade em que se pode entender o que é a História e porque ela é tão necessária. Este ramo do conhecimento é visto como vital para a existência humana, pois é a essência das operações mentais com as quais os homens interpretam as experiências temporais de seu mundo para que possam orientar sua vida prática.

Desta forma, o homem organiza as intenções de seu agir de maneira que elas não sejam levadas a absurdos no decurso do tempo. A consciência histórica, vista como um guia do homem no tempo serve para tentar com que este, diante das transformações de seu mundo, não se perca em meio às mudanças.

O conhecimento histórico nos permite, amiúde, extrair conclusões de suma relevância para as soluções e projeções do futuro, que nada mais são do que desdobramentos do passado histórico.

Na Ciência do Direito não é diferente. Definir as origens de qualquer instituto jurídico é um requisito de suma importância, dir-se-ia - fundamental - para que se torne possível realizar uma análise satisfatória e aprofundada do seu conteúdo.

LUCCA (1979, p. 66) aponta a utilidade da perquirição histórica no campo da Ciência Jurídica, onde se torna possível à compreensão da necessidade social determinante do aparecimento de um dado instituto jurídico. Com a atividade de *factoring* não seria diferente. Dessa forma, antes de se iniciar qualquer investigação relativa a questões atuais, ou ate mesmo delimitar conceitos básicos da atividade, é de fundamental importância traçar um perfil histórico da mesma.

Os autores divergem ao tentar estabelecer um marco inicial para a atividade de fomento mercantil. Alguns (com destaque para Luiz Lemos Leite) chegam a localizar a origem do *factoring* ou faturização¹ no Código de Hamurábi, principal diploma jurídico do Império Babilônico, por entender que “as origens históricas dos

¹ Termo introduzido por Fábio Konder Comparato, em seu estudo intitulado “*Factoring*”, publicado na Revista de Direito Mercantil, nº6, Ano XI, de 1972. O termo não foi abraçado pela doutrina brasileira, que preferiu o termo *factoring*, mas será largamente utilizado neste trabalho, junto com os outros sinônimos desta atividade.

bancos e outras atividades comerciais relacionadas com crédito, dentre as quais, localizam o factoring” (LEITE, 2005, p. 45).

Para os defensores desta tese, nos primórdios da História, utilizavam-se diversas fórmulas de gestão comercial e normas que regulamentavam os procedimentos do comércio à época, uma vez que este se baseava fundamentalmente na confiança. A maneira de obter e transferir recursos a terceiros surgia como necessidade do tráfico de mercadorias e foi utilizada por diversos povos antigos, como Gregos, Fenícios e Romanos.

Portanto, “FACTOR” era o “FAZEDOR” de negócios dos romanos, ou seja, o agente mercantil. A figura de agente mercantil já é conhecida desde os primórdios da civilização para desenvolver o comércio, que naqueles tempos se baseava na troca de mercadorias, ou escambo, que mais tarde evoluiu para a promessa de entrega das mercadorias e pagamento. Assim, a troca de ativos (bens e direitos) que atualmente consiste num dos pontos essenciais da atividade de *factoring* já era praticada desde a época mais remota da civilização (MARTINS, 2012, p. 145).

À falta de uma regulação escrita, os regimes legais para essas transações eram os usos e costumes da época. Assim, esses autores consideram que a figura do agente de fomento mercantil nasce com a própria ideia de civilização, para facilitar e incrementar o comércio, que era, àqueles tempos, baseado nas trocas de mercadorias, o escambo. Defendem ainda que tal prática difundiu-se durante o período do Medievo, tendo maior desenvolvimento após os Grandes Descobrimentos nos países onde o comércio mais se desenvolveu, como Inglaterra, Holanda, Espanha, Portugal e França.

Todavia, LUGA (1990, pp. 118 - 119), apesar de reconhecer que a investigação histórica é útil na compreensão da necessidade social de um instituto jurídico, mormente no caso do Direito Comercial, designado pelo autor como “um fenômeno histórico típico”, dado as suas ligações com o surgimento da civilização burguesa e urbana, entende que o estudo das mais longínquas origens da faturização não teria significado científico, pois as figuras que os demais autores trazem como antepassados do *factoring* “não guardam conexão com a atual instituição da faturização”. A doutrina dominante aponta, como será visto adiante, que a origem da atividade de fomento mercantil deu-se na Inglaterra do séc. XVIII, principalmente com a atividade das empresas têxteis.

Contudo, o autor não descarta a possibilidade de ter ocorrido com o *factoring* o fenômeno pelo qual se acrescentam novos elementos a velhos institutos para responder às novas exigências sociais, de modo a aproveitar-se a certeza e a segurança do sistema jurídico consolidado, a “inércia jurídica”, descrita por Ascarelli (1952, p. 156), e que merece aprofundamento.

O autor italiano afirma o instituto como resultado do misoneísmo peculiar ao campo jurídico, certo tipo de reação adversa a mudanças, de um lado; e de outro, a busca de segurança e certeza nas soluções que urge encontrar a cada momento para novos problemas da vida prática. Somados tais fatores, resulta que “as novas necessidades são, então, satisfeitas, mas o são com velhos institutos” (ASCARELLI, 1952, p. 157) ².

Desta forma, Lucca aponta que a composição moderna da faturização tem sua origem relacionada aos empresários têxteis ingleses do séc. XVIII, uma vez que os *factors* eram encarregados da venda, nas colônias, das mercadorias produzidas na metrópole. Para tanto, antecipavam valores referentes às mercadorias aos produtores ingleses e, portanto, assumiam o risco do negócio. Entretanto, faz a ressalva de que se tratava de compra de mercadoria e não de créditos, como ocorre na modernidade.

De qualquer forma, o autor ressalta que a faturização nasceu como solução aos novos problemas, como a precariedade da comunicação, a grande distância entre produtores (Inglaterra) e compradores (colônias) e os riscos do próprio transporte (LUCCA, 1990, p. 121).

Sendo assim, entendeu o *factoring* desenvolvido no séc. XVIII na Inglaterra, mas não ignorou o seu desenvolvimento nos Estados Unidos no séc. XIX, que passou a dominar o setor produtivo e também o desenvolvimento do instituto até os dias atuais, por três principais motivos (LUCCA, 1990, pp. 122 - 123):

A) a necessidade do empresário em receber o subsídio de recursos correspondente ao que havia produzido e vendido aos seus clientes, B) a ausência do desconto bancário nos Estados Unidos, que apesar de ser instituto diferente do *factoring*, desempenha a mesma função, a de fornecer

² Observa Ascarelli a presença de velhos institutos nas novas soluções, senectude cujos traços apenas muito lentamente vão desaparecendo, até que o novo instituto se afirme e possa caminhar por sua própria conta. *In*: ASCARELLI, Tullio. Ensaio e Pareceres. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 157.

capital de giro para as pequenas e médias empresas e C) ao risco do inadimplemento.

Dessa forma, as sociedades de faturização se espalharam pelos Estados Unidos da América, onde não há a figura do desconto bancário³, o que alavancou ainda mais essa expansão. O *factoring* moderno prosperou, então, nos Estados Unidos durante os séculos XIX e XX, quando na Europa, se extinguiu. Foi reintroduzido na Inglaterra somente na década de 1960, espalhando-se a partir desse momento para o restante do continente, como explica Martins (2010, p. 35).

As críticas de Lucca a visão daqueles autores que enxergam uma origem tão distante para a faturização não é singular. Goron (2001, p. 154), por exemplo, caminha na mesma direção ao afirmar que:

Ao se colocar em perspectiva histórica um instituto qualquer do direito civil ou comercial existe a tendência de se buscar sua origem na antiguidade remota, preferentemente no Direito Romano Clássico. Imbuídos dessa visão menos prudente, alguns autores sugerem que o *factoring* teria nascido na Roma Antiga, com a prática dos comerciantes de entregarem mercadorias para a venda em consignação. Outros vão ainda mais longe, e recuam até o Direito Babilônico para localizar a origem do instituto.

Bulgarelli (1997, p. 54) também demonstra não adotar uma perspectiva histórica tão ampla para a faturização, ao afirmar que: “Não obstante haja quem (como sempre só ocorre na maioria dos institutos jurídicos, principalmente no Direito Comercial) tenha visto a origem do *factoring* nas épocas mais remotas da humanidade, na verdade ele só surgiu na Inglaterra, no século XVIII, e na Europa somente em 1960”.

Nada obstante, se a doutrina não encontra harmonia ao tentar estabelecer um marco inicial para a atividade de fomento, não há discussão quando o assunto é associar à origem da faturização a figura dos *factors*.

³ O desconto bancário é o contrato pelo qual o Banco (descontador) antecipa ao cliente (descontário) o valor de um crédito contra terceiro, ainda não vencido, de que se fez cessionário, deduzindo desse valor a importância correspondente às despesas e juros pelo espaço intercorrente desde a data à sua antecipação. De acordo com o autor Sérgio Carlos Covello desse contrato podemos destacar cinco características fundamentais, quais são: 1. Trata-se de um contrato de natureza creditícia, tendo sempre por objeto um crédito contra terceiro ainda não vencido; 2. Aperfeiçoa-se com a transmissão efetiva do crédito ao Banco; 3. O Banco torna-se proprietário do crédito por meio da cessão, quando se trata de crédito simples, ou endosso; 4. A cessão do crédito não é plena, pois o Banco não suportou o não pagamento do crédito. Se, a época do vencimento, o crédito não é pago pelo terceiro devedor principal, o Banco tem o direito de pleitear junto ao descontário a cobrança seja por via bancário ou ação causal ordinária; e 5. Há sempre a dedução prévia de encargos. *In*: COVELLO, Sergio Carlos, Contratos Bancários, 4ª ed., Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 238.

Para Martins (1999, p. 50), “os *factors*, também chamados de agentes, nada mais eram do que comissários dos vendedores, recebendo dos mesmos mercadorias que se encarregavam de vender e cobrar o preço, sobre o qual tinham uma comissão”.

Comparato (1972, p. 60) definiu que a origem remota da faturização se prende à atividade de certos comissários de comerciantes anglo-saxônicos, encarregados do armazenamento e da venda de mercadorias nos dois lados do Atlântico, e, que praticavam largamente o “*star del credere*”. Assim, na sua configuração atual o *factoring* surge neste século, nos Estados Unidos da América, conhecendo desde logo apreciável desenvolvimento. De lá se expandiu para o Canadá, a todos os países da Europa Ocidental, aos países escandinavos, Austrália, África do Sul, México, Filipinas e Jamaica.

Estabelecidos os principais argumentos no que se refere à discussão sobre a origem do *factoring*, entendemos que, apenas a partir desse momento - a faturização remota defendida por Comparato -, pode-se considerar a sua existência como tal.

Essa argumentação pode ser ratificada valendo-se mais uma vez da lição de Lucca, ao se referir a Inglaterra do século XVIII como marco da atividade de fomento:

Nesse período, sim, poderemos vislumbrar, na atividade praticada pelos *factors*, semelhança com a faturização atual, já que aqueles que antecipavam valores relativos às mercadorias a serem vendidas assumiam o risco do negócio. Embora se tratasse de aquisição de mercadorias e não de crédito, não se pode deixar de reconhecer a similitude dos procedimentos, mormente se se leva em consideração o fator risco como inerente a ambas as situações (LUCCA, 1990, p. 121).

Dito isso, e tendo em conta a relevância histórica deste instituto, destaca - se que essa importância tem se expandido no período contemporâneo⁴ (ou paradigma

⁴ Cita-se a divisão tradicionalmente estabelecida pela doutrina majoritária, que divide a história (a ideia de anacronismo histórico já foi criticada nesta obra) do Direito Comercial em três fases ou paradigmas: 1) subjetiva - corporativista; 2) objetiva; e 3) subjetiva - moderna (ou contemporânea). A primeira fase, conhecida como subjetiva - corporativista, sendo caracterizada por uma tônica que ligava o mercador a uma corporação de ofício mercantil. Em seu conceito, o comerciante era aquele que praticava a mercancia, subordinando-se à corporação de mercadores e sujeitando-se às decisões dos cônsules dessas corporações. Na segunda fase foi denominada objetiva, prevaleceu a Teoria dos Atos do Comércio, cuja origem é francesa. Tinha como traço marcante o objeto da ação do agente, ou seja, o próprio ato do comércio que caracterizava a profissão dos mercadores. Segundo Vivante, "comerciante é aquele que pratica com habitualidade e profissionalidade os atos do comércio". A terceira fase é a empresarial, a fase subjetiva moderna de origem italiana adotada pelo

contemporâneo), com a ideia de Teoria da Empresa. Segundo Ribeiro e Alves (2013, pp. 172 – 173) esta permitiu, em confronto com a racionalidade prevista na Teoria dos Atos de Comércio, o retorno da capacidade de inovação típica da atividade comercial. Ou seja, o legislador, independentemente de sua criatividade e eficiência, não será capaz de contemplar de forma objetiva a realidade desenvolvida pelos agentes econômicos na sua totalidade. Assim, o paradigma contemporâneo da Teoria da Empresa voltou-se à caracterização de uma atividade, isto é, sem a intenção de taxar cada um dos atos praticados pelos agentes comerciais, mas caracterizando uma atividade que consolide a prática mercantil.

Vejamos esta questão especificamente no caso do *factoring* (todas as características citadas serão aprofundadas ao longo desta obra). Este é um mecanismo provido pela iniciativa privada, que não se utiliza de recursos do governo, subsídios ou qualquer forma de intervenção governamental. É extremamente ágil no processo de exportação, além de fazer com que os preços dos produtos brasileiros se tornem mais competitivos no mercado internacional (o empresário pode produzir e vender mais com o recebimento à vista do valor de seus créditos na modalidade, oferecendo principalmente às pequenas e médias empresas uma boa opção nas suas aspirações de expansão das vendas para fora do país).

Ainda, o fomento supre as deficiências de capital da economia, amplia o mercado interno e garante a lucratividade dos negócios. Portanto, o fornecimento de recursos não é a atividade preponderante na faturização, mas consequência de uma compra bem feita, de uma produção adequada, que permite vendas competitivas para a alavancagem da empresa - cliente. Consequentemente, “*factoring*” e cliente crescem juntos, dentro do sentido de parceria.

Podemos identificar uma característica comum entre todas as citadas: a capacidade de inovação tipicamente comercial, citada por Márcia Carla Pereira Ribeiro e Giovani Ribeiro Rodrigues Alves. Isso fica ainda mais evidente com o estudo da origem do instituto no Brasil ⁵.

Código Civil Brasileiro, cujo conteúdo vem sendo construído nos últimos cem anos. De acordo com o artigo 966 e parágrafo único do Código Civil, "considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços, excluída a profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa". In: HENTZ, L. A. S. Direito da empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

⁵ Remeto o leitor ao item 3.1, que trata da origem e da cronologia legislativa da atividade de fomento.

Sendo assim, a atividade de *factoring* jamais poderia ser enquadrada de maneira satisfatória no paradigma da Teoria dos Atos do Comércio, mas, de acordo com o paradigma contemporâneo da Teoria da Empresa, enquadra-se como atividade empresarial, mesmo que não tenhamos uma legislação específica que trate do assunto no Brasil.

Para encerrar a análise histórica e de direito comparado, iniciando a análise do conteúdo do *factoring*, faz-se necessário estabelecer últimas considerações sobre o tema.

Destaca - se que, atualmente, as empresas de fomento mercantil representam uma parcela considerável do volume de transações mundial, segundo a Factors Chain International (FCI), o volume total de transações mundiais de *factoring* foi de mais de 2 (dois) trilhões de Euros em 2013 (FCI, 2013).

Os dados fornecidos pela FCI atestam que o fomento mercantil tornou-se uma atividade difundida mundialmente, como opção de crescimento principalmente para Pequenas e Micro Empresas ⁶.

No que se refere à positivação em torno da atividade de *factoring*, essa começa a ser constituída ainda no direito consuetudinário Inglês do séc. XVIII e posteriormente expande-se para a América do Norte, sendo o *Factor Act* do Estado de Nova York (1911) e o Código Uniforme do Estado da Pensilvânia (1954) as primeiras legislações sobre o tema.

Como já dito, o instituto foi reintroduzido na Europa na década de 1960, e nesse contexto, a Convenção de Roma de 1980 merece destaque, pois pretendeu normatizar as obrigações contratuais no âmbito do comércio internacional (BRITO, 1993, p. 32). Atualmente, o *factoring* está presente em todos os continentes (CORDEIRO, 1994, p. 16).

Segundo Rui Pinto Duarte, o contrato de *factoring*, no presente, é um misto de institutos descritos, cada qual, em partes codificadas ou em legislação própria. Tal fato não ocorre apenas no Brasil, mas também em outros países como no direito Espanhol, que se serve do Código Civil e do Código Comercial para firmar o direito sobre o *factoring* (DUARTE, 1988, p. 152). Outros países são também pioneiros, como França, Canadá, Austrália, África do Sul e México. Itália, Espanha e Portugal,

⁶ Tema que será analisado no item 5 (cinco) deste trabalho.

e segundo Rives - Lange e Rodiere (1973, p. 354) praticam o *factoring* de forma assemelhada ao Brasil.

Pois bem. Em maio de 1988 ocorreu a Convenção de Ottawa, que reuniu 19 (dezenove) países. O Brasil ratificou as atas de reuniões sobre *factoring* e *leasing*, mas não restou signatário, pois a documentação enviada à delegação não incluía os poderes para o Embaixador subscrever a Convenção nessa qualidade. Sendo assim, o Brasil não está entre os compromissários da mesma e sua aplicação não é obrigatória no direito pátrio. Todavia, os preceitos da Convenção norteiam a aplicação desses institutos, tanto no âmbito internacional como no interno, tendo o profissional do direito apenas de adequar suas conclusões a partir de leis ou princípios vigentes.

Destacam-se na Convenção de Ottawa a definição de *factoring*, segundo a qual se torna obrigatória a configuração, de pelo menos, duas das funções a seguir: garantia de crédito, cobrança, financiamento e gestão. Segundo Soares (2010, p. 15), somente a primeira é, por natureza, *pro soluto* (em que o cliente dá garantia ao *titulum verum*, e não a *titulum bonum*), sendo admitido que nas outras modalidades que o risco da atividade seja repassado ao faturizado nas demais operações da Convenção.

Por fim, cabe lembrar que a cessão de crédito pode ser *pro soluto* ou *pro solvendo*. Na cessão *pro soluto* o cedente responde pela existência e legalidade do crédito, mas não responde pela solvência do devedor; já na cessão *pro solvendo*, responde também pela solvência do devedor. Como aponta Marcelo Negri Soares: “De fato, a garantia da solvência do devedor não é essencial ao contrato de *factoring*, tal como ocorre na Espanha na Itália, nos países signatários da Convenção de Ottawa e também em Portugal” (SOARES, 2010, p. 17).

2.2. Conceitos de *Factoring*

Para Comparato (1972, pp. 59 – 66), o conceito de *factoring* tem como base um *tríplice objeto*, a saber: a garantia na liquidação dos valores no vencimento ou com antecipação, gestão de crédito e o financiamento. Numa síntese abrangente, Luiz Kignel abarca as três funções citadas:

A) Garantia: assume a responsabilidade pelo pagamento do crédito cedido, ainda que exista inadimplemento do devedor da empresa cedente, salvo nulidades ou vícios do crédito; B) Gestão de Crédito: procede ao exame dos créditos, à sua cobrança e ainda pode ocupar-se da própria contabilidade e faturamento; C) Financiamento: se necessário, adianta os recursos referentes aos créditos cedidos (KIGNEL, 1992, pp. 88-89).

Mantendo a conceituação tradicional defendida por Fábio K. Comparato, Orlando Gomes define o *factoring* da seguinte maneira:

Factoring é o contrato por via do qual uma das partes cede a terceiro (o factor) créditos provenientes das vendas mercantis, assumindo o cessionário o risco de não recebê-los contra o pagamento de determinada comissão a que o cedente se obriga (GOMES, 2008, p. 580).

Por sua vez, na visão de Fran Martins:

O contrato de faturização ou 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 (MARTINS, 2002, p. 469).

Os conceitos transcritos enquadram-se na definição de “conceituação tradicional”, que segundo Arnaldo Rizzardo dominou a doutrina brasileira até o final dos anos 2000. Essa idéia de faturização, todavia, alterou-se, passando o instituto a abranger novos campos até então desconsiderados (RIZZARDO, 2000, p. 13). Com isso, muitos autores têm procurado dar dimensões mais amplas ao conceito de *factoring*, principalmente Luiz Lemos Leite.

Referido autor, fundador da ANFAC (Associação Nacional de Fomento Comercial), baseando-se na Convenção Diplomática de Ottawa - Maio/88, dita que o *factoring* é: “a prestação contínua de serviços de alavancagem mercadológica, de avaliação de fornecedores, cliente e sacados, de acompanhamento de contas a receber e de outros serviços, conjugada com a compra de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, realizadas a prazo” (LEITE, 1994, p. 4.).

O autor enxerga nesta figura em estudo, não um mero contrato, mas uma atividade de fomento mercantil, nesta visão, o *factoring* é uma atividade que se destina a ajudar, sobretudo, o segmento das pequenas e médias empresas a expandir seus ativos e aumentar suas vendas sem constituir dívidas.

Sendo assim, o *factoring* é uma atividade complexa, tendo como fundamento a prestação de serviços, ampla e abrangente, que pressupõe conhecimentos de mercado, de gerência financeira, de matemática e de estratégia empresarial, para exercer suas funções de parceiro dos clientes: “O sentido da parceria é essencial ao exercício efetivo do Factoring” (LEITE, 1994, p. 23).

Na mesma linha de raciocínio, Donini (2004, pp. 17 - 22) disserta que a operação de *factoring* ou fomento empresarial resume - se em atos que envolvem a compra de crédito, antecipação de recursos não - financeiros (matéria - prima) e prestação de serviços convencionais ou diferenciados, conjugados ou separadamente, a título oneroso entre dois empresários, faturizador e faturizado.

Também Bertoldi e Ribeiro (2006, p. 755) entendem que a faturização coaduna - se com a prestação de serviços, mas esta deve estar relacionada com o fluxo de caixa do faturizado. Dessa forma, os autores adotam, ao que parece de maneira mais contida, o conceito de *factoring* como atividade complexa. Senão vejamos:

“O factoring, também denominado entre nós de faturização, ou fomento mercantil, é o contrato pelo qual o empresário (faturizado) cede ao outro (fator ou faturizador) parte ou a totalidade de créditos oriundos de sua atividade empresarial (industrial, comercial ou de prestação de serviços), mediante o pagamento de determinada taxa ou comissão, sem que aquele tenha responsabilidade pela solvência dos terceiros devedores. Com essa cessão, passa o faturizador a responsabilizar-se pela cobrança dos créditos cedidos, além de prestar serviços relacionados com o fluxo de caixa do faturizado.”

Percebe-se assim que, geralmente, as definições atribuem duas funções básicas ao *factoring*, a compra de crédito e a prestação de serviços. Dessa forma, o instituto se mostra como técnica financeira e de gestão comercial. Destaca-se aqui que a concepção do instituto como mera compra e venda de crédito enquadra-se na “conceituação tradicional” apontada por Rizzardo, isto é, como mera técnica financeira de cessão de crédito onerosa ou venda de faturamento. Por outro lado, quando se agregam a técnica financeira e a prestação de serviços (gestão comercial) chega-se ao conceito de *factoring* como atividade complexa de fomento mercantil. Estes dois pontos merecem aprofundamento.

Com relação ao primeiro, a técnica financeira, o faturizado/empresa - cliente vende os direitos/créditos provenientes de suas vendas realizadas a prazo, recebendo o valor a vista, pagando uma remuneração, que também é denominada

fator de compra. Os títulos de crédito são transferidos por meio do endosso e da cessão de crédito. Por via dessa operação, a empresa de *factoring* acaba financiando indiretamente a empresa - cliente, uma vez que lhe proporciona liquidez, permitindo que essa cumpra suas obrigações financeiras.

Apesar da atividade de fomento mercantil não ser regulamentada ⁷, foi conceituada na Lei n.º 9.249 de 1995 (Lei do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas), em seu art. 15, §1º, inciso III, “d”, segundo o qual o *factoring* consiste na prestação de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, na gestão de crédito, na seleção de riscos, na administração de contas a pagar e a receber, e na compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços, de forma cumulativa e contínua.

É preciso destacar, como afirma Luiz Lemos Leite, que a empresa de *factoring* não cobra juros sobre os títulos de crédito, e sim um fator de compra, que é o preço de compra dos mesmos, sendo este livremente pactuado entre as partes (LEITE, 1994, p. 63). Como elucida o presente autor, os juros representam a remuneração pelo uso do capital de terceiros, levando - se em consideração o prazo e o risco do desembolso, sendo excluídas quaisquer outras despesas e impostos.

Portanto, por esse parâmetro o que ocorre na operação de *factoring* é a venda realizada, pelo faturizado, dos seus créditos mercantis ao faturizador, que os compra à vista, por meio da estipulação de um preço (fator). Assim, a operação representa uma compra e venda mercantil.

Em relação ao segundo ponto, a técnica de gestão comercial, o *factoring*, além da já descrita negociação dos títulos de crédito, tem como característica a prestação de uma série de serviços, como por exemplo, o acompanhamento de contas a receber e a pagar, cobrança, análise de riscos e consultoria.

Nesta concepção o faturizado tem à sua disposição, quando necessário, com o pagamento de certa contraprestação, uma série de serviços de gestão comercial, voltados a incrementar a eficiência econômico - financeira da sua empresa.

Pelo exposto, conclui - se que os diferentes conceitos apresentados pela doutrina variam basicamente entre considerar o *factoring* como uma cessão de créditos onerosa ou venda de faturamento – conceituação tradicional -, ou ainda, a

⁷ Tema que será aprofundado no item 4.3 deste Trabalho.

combinação de um ou ambos com a prestação de serviços de gestão financeira e empresarial – *factoring* como atividade complexa.

3. FACTORING NO BRASIL

O capítulo apresentado em sequência apresenta como elementos fundamentais a importância das empresas de *factorings* no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, destacando sua origem e modalidades, sua legislação própria e regulação, bem como seu funcionamento no sistema econômico brasileiro.

3.1 Aspectos históricos e cronologia legislativa

A ideia de fomento mercantil, no Brasil, começa a ganhar forma no ano de 1968, durante inspeção realizada por funcionários do Banco Central a um banco de investimentos em São Paulo – SP. Ao acaso, estes funcionários encontraram um demonstrativo contábil, que ao invés da grafia “financiamento de capital de giro” apresentava a palavra “*factoring*”, que até então era praticamente desconhecida no Brasil.

Doravante, o Banco Central realizou estudos para a compreensão do instituto e a área de atuação a que este se enquadrava. Concluiu nessas pesquisas, que o mercado no qual o *factoring* se destinava - o das micro e pequenas empresas - não tinha cobertura suficiente por parte do sistema financeiro, naquele momento.

Tem – se, portanto, que o surgimento do fomento mercantil no direito pátrio, enquadra-se no conceito de “*cultura difusa*” proposto por Carlos Petit, que afasta a ideia de ordem natural no Direito Comercial, condicionando esta e suas variações, especificamente no caso do direito mercantil, aos discursos destinados aos membros da classe mercantil. Disserta o autor francês:

"Não é necessário insistir na posição ambivalente do comerciante-cidadão de acordo com esta maneira de entender a vida comunitária: uma complexidade ordenada de acordo com a religião, dotada de figuras maiores e menores - entre elas, os comerciantes descontentes - com funções cada vez mais dignas e definidas em relação ao bem comum. A idéia suprema de ordem, intrínseca à natureza e ao orçamento de tal bem, foi identificada dessa forma com a própria comunidade, convertida como sabemos em uma maneira de justificar os trâfegos sempre discutíveis. Mas seria errado acreditar que a ordem natural e suas múltiplas declividades estavam confinadas em livros empoeirados de teologia que estudavam política nos passos de um filósofo ateniense. Ao contrário, essas manifestações de ordem eram as peças de uma cultura difusa, presente nos discursos dirigidos aos membros da classe mercantil "(PETIT, 2016, p.30). – Tradução Livre.

Isto é, o desenvolvimento do *factoring* não obedeceu a uma “ordem natural” engessada, como manifestação das necessidades dos membros da classe mercantil, por meio do discurso construído pela cultura comercial brasileira após o evento de 1968.

Em 11 de Fevereiro de 1982, concomitantemente a fundação da ANFAC (Associação Nacional das Empresas de Fomento Comercial) na cidade do Rio de Janeiro – RJ, por Luiz Lemos Leite, o *factoring* começa a ganhar maior popularidade no Brasil.

Segundo Leite (pp. 99 – 100), a ANFAC é a principal entidade de representação do setor do fomento comercial brasileiro. Foi criada com o compromisso de fortalecer o sistema brasileiro de fomento comercial e suas relações com a sociedade, como também, contribuir para o desenvolvimento socioeconômico e sustentável do País. O objetivo da ANFAC, dentre outros, é representar suas empresas associadas em todas as esferas – Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e entidades representativas da sociedade – além de contribuir para o aperfeiçoamento normativo da atividade.

A instituição congrega as empresas de fomento comercial que atuam no mercado comprando créditos mercantis e prestando serviços a pequenas e médias empresas, notadamente, dos setores produtivos industrial, comercial, atacado, varejo e serviços, atuando, ainda, como Corte de Arbitragem, em caso de controvérsia entre as empresas associadas (LEITE, pp. 99 – 100).

Com a política de contingenciamento adotada no governo de João Figueiredo (1979 – 1985), foi emitida a circular n.º 703⁸, de 16 de Junho de 1982, que de acordo com Leite (2005, p. 12), procurando coibir a prática de operações

⁸ CIRCULAR n.º 703. Em face das disposições da Lei n.º 4.595, de 31.12.64, em especial as contidas em seus arts. 2º, 3º, inciso V, 4º, incisos VI e VIII, 10, inciso V, 11, inciso VII, e 44, § 7º, o Banco Central do Brasil, ouvido o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada nesta data, decidiu tornar público os seguintes esclarecimentos: I - As operações conhecidas por "factoring", "compra de faturamento" ou denominações semelhantes - em que, 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 - apresentam, na maioria dos casos, características e particularidades próprias daquelas privativas de instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central. II - Assim, e até que a matéria seja regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional, as pessoas físicas ou jurídicas não autorizadas que realizarem tais operações continuam passíveis, na forma prevista no § 7º do art. 44 da Lei n.º 4.595, de 31.12.64, das penas de multa pecuniária e detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, ficando a estas sujeitos, quando pessoas jurídicas, seus administradores. Brasília-DF, 16 de junho de 1982. Carlos Geraldo Langoni. Presidente.

In:

https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/41436/Circ_0703_v1_O.pdf. Acesso em: 23 de Outubro de 2017.

financeiras definidas pela Lei n.º 4.594 de 29 de Dezembro de 1964, acabou por suscitar dúvidas quanto à legitimidade das empresas de *factoring* no Brasil, uma vez que gerou incompreensões quanto às principais características do fomento mercantil, aduzindo que estas se confundiam em alguns pontos com características típicas e exclusivas das instituições financeiras e dos bancos. Assim, as operações de *faturização* estavam proibidas até que o Conselho Monetário Nacional (CMN) regulamentasse tal contrato (MARTINS, 2010, p. 430).

A melindre dessa proibição, a prática da faturização já era àquele tempo “realidade inegável” como destaca Martins (2010, p. 428). Nesse sentido, a Instrução Normativa n.º 16, de 10 de dezembro de 1986, do Departamento Nacional de Registro do Comércio, com fundamento na decisão do Tribunal Federal de Recursos, com relação à Apelação em Mandado de Segurança n.º 99.964 - RS (4498011), julgado em 13 de maio de 1986, permitiu que os Órgãos de Registro do Comércio arquivassem os atos constitutivos das empresas que tenham como objeto a prática do *factoring*, independentemente de autorização prévia do Banco Central do Brasil, e, ainda que, para a formalização de tais empresas, não será exigido o cumprimento de outras formalidades além das já previstas pela nossa legislação para as empresas mercantis em geral (MARTINS, 2010, p. 429).

Com esse cenário, em 30 de setembro de 1988 uma nova circular sobre esse tema foi emitida, a de número 1.359⁹, que encerrava as dúvidas sobre a legalidade do *factoring*. Leite (2005, p. 14), aponta a análise realizada no texto da Circular de n.º 703, de 16 de junho de 1982, realizada pelo senhor Wilson do Egito Coelho, na qual esclarece que a regulação em comento não proibia a prática do fomento comercial, e os pontos contidos nela não tipificavam a atividade proposta pelas empresas de *factoring* no Brasil.

Assim, a partir da emissão da Circular n.º 1359, de 30 de setembro de 1988, o Banco Central possibilitou a expansão do *factoring* por todo o país, concedendo ampla liberdade às empresas de *factoring*, subordinadas apenas ao arquivamento na Junta Comercial e outras formalidades perante órgãos municipais para funcionarem (RIZZARDO, 2008, p. 1390).

⁹ CIRCULAR n.º 1.359. Documento normativo revogado pela Circular 3081, de 17/01/2002. Comunicamos que a Diretoria do Banco Central do Brasil, em sessão realizada em 08.09.88, decidiu revogar a Circular nº 703, de 16.06.82, relativa às operações de "factoring". Brasília-DF, 30 de setembro de 1988. Keyler Carvalho Rocha. Diretor. In:<
https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/42144/Circ_1359_v2_L.pdf> Acesso em: 16 de setembro de 2017.

É de suma relevância destacar que a Lei n.º 8.881 de 20 de Janeiro de 1995 (Imposto de renda das pessoas jurídicas), além de tratar da atividade de fomento comercial, a inserindo entre aquelas que estavam subordinadas ao seu regime, trouxe uma definição de *factoring*, em seu art. 28, §1º, como sendo:

[...] prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*).

Outras normas, posteriores à citada, abordaram o instituto levando em consideração esse conceito, assim, a Resolução n.º 2.144 de 1995, do Conselho Monetário Nacional (que “esclarece sobre operações de ‘*factoring*’ e operações privativas de instituições financeiras”); o art. 15, §1º, III, alínea “d” da Lei n.º 9.249 de 1995 e a Lei n.º 9.430 de dezembro de 1996 também reproduzem o mesmo conceito de *factoring*.

Por sua vez, Lei Complementar n.º 116 de julho de 2003, que trata do imposto sobre serviços de qualquer natureza, refere-se de forma expressa ao *factoring* e ainda traz um novo conceito, qual seja: “17.23 – Assessoria, análise, avaliação, atendimento, consulta, cadastro, seleção, gerenciamento de informações, administração de contas a receber ou a pagar e em geral, relacionados a operações de faturização (*factoring*)”.

Na data de 14 de agosto de 1995, o Senador José Fogaça apresentou no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 230/95, que dispõe sobre as operações de fomento mercantil, *factoring*, e dá outras providências. Como explica CASTRO (2004, p. 55), o projeto resultou da luta da ANFAC no sentido da regulamentação da atividade, em função desta estar cercada de incertezas, possibilitando que empresas utilizem-se indevidamente “da bandeira do *factoring* para praticar agiotagem”. O projeto encontra-se atualmente arquivado, de acordo com o Portal do Senado ¹⁰.

A expectativa atual para a Lei do *Factoring* no Brasil (CASTRO, 2009, p. 104) é o Projeto de Lei n.º 3.615 de 2000, do Deputado João Herrmann Neto. Este dispõe sobre as operações de *factoring* internacional, mas a ele foi apensado outro Projeto de Lei, o de n.º 3.896 de 2000, do Deputado Celso Russomanno, sobre

¹⁰ Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1622>>. Acesso em: 22 de Outubro de 2017.

factoring interno, assim sendo, tramitam juntos. Atualmente encontram-se aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

3.2. Modalidades e aspectos legais

Como visto, no Brasil, o *factoring* teve reconhecimento público em 1982 juntamente com a criação da ANFAC, presidida desde a sua origem pelo Sr. Luiz Lemos Leite, ex-diretor do Banco Central do Brasil e autodidata na temática de *factoring*.

Quanto às modalidades do *factoring* praticadas no Brasil, podemos mencionar as seguintes, de acordo com Donini (2004, pp. 17 - 22):

a) Modalidade Convencional – ou “*conventional factoring*” é a compra de direitos creditórios ou ativos, representativos de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços mediante notificação feita pelo vendedor (endossante-cedente) ao comprador (sacador - devedor). Não há antecipação ou adiantamento de recursos. O pagamento é feito à vista pela sociedade de fomento mercantil;

b) Maturity factoring - diferencia-se do convencional, porque os títulos de crédito são remetidos pela empresa cliente à sociedade de fomento mercantil e por esta liquidados no vencimento.

c) Trustee – produto idealizado em 1988 pela ANFAC e genuinamente integrado na filosofia do *factoring*. Nesta modalidade, o faturizador oferece uma gama de serviços diferenciados, dirigindo e administrando as contas a receber e a pagar do faturizado, realizando consultoria e assessorando o faturizado na seleção de clientes e riscos. No entanto, somente é objeto desta modalidade a prestação de serviços, não havendo a cessão de crédito;

d) Compra de matéria - prima – a empresa de *factoring* faz a intermediação da compra de matéria para seu cliente, negociando diretamente com o fornecedor, visando a obter melhor preço de compra;

e) Factoring de importação - exportação – como aponta Antônio Carlos Donini, este tipo de contrato é voltado exclusivamente para o campo do comércio exterior, onde o *factoring* atua em três frentes: importação, exportação e a chamada garantia ou securitização (DONINI, pp. 19 - 21). Nessa operação, atuam o exportador, o importador, o *factoring* de exportação e o *factoring* de importação (este está estabelecido no lugar da importação). Em resumo, o importador solicita ao

factoring de exportação um limite de crédito (baseado no valor das exportações). Assim, o *factoring* de exportação contata o *factoring* de importação, solicitando que este analise e aprove o crédito. Aprovado o crédito, o exportador embarca as mercadorias e notifica o importador de que os direitos constantes das faturas foram cedidos e que o pagamento deve ser realizado ao *factoring* de importação.

Feito isso, o exportador entrega os documentos de embarque ao *factoring* de exportação, que, em contrapartida, lhe paga o equivalente a 80% do valor das mercadorias. Por fim, o *factoring* de importação, em posse de toda documentação, remete o valor da importação ao *factoring* de exportação, descontadas as comissões pactuadas, e cobra do importador o montante devido.

No que se refere aos aspectos legais sobre o *factoring* no Brasil, como já dito, não existe regulamentação específica para a atividade de fomento mercantil.

Atualmente as principais bases jurídicas do contrato de *factoring* são¹¹:

- **Art. 5º, II e XIII, e Art. 170 da Constituição Federal:** Das Garantias Constitucionais e o respeito à Ordem Econômica e Financeira;

- **COAF – Lei n.º 9.613 de 03.03.1998** - Resolução n.º 21, de 20.12.2012 e Resolução n.º 16 de 28/03/2007: Da criação do COAF e da subordinação do *factoring* ao seu regime e fiscalização;

- **Código Civil de 2002:** art. 594 – Da Prestação de Serviços; arts. 481 ao 489 - Compra e venda; arts. 286 ao 298 - Cessão de Créditos; arts. 910, 911 e 914 – Endosso; arts. 441 ao 446 - Vícios Redibitórios; arts. 264 e 265 - Solidariedade Passiva;

- **Lei Uniforme de Genebra (Dec. n.º 57.633/66):** Arts. 15 e 16;

- **Lei n.º 5474/68 – Lei das Duplicatas:** Arts.13, § 4º e 18, § 2º;

- **Lei n.º 9249/95 e Lei n.º 9430/96:** respectivamente, art. 15, §1º, III, alínea “d” e art. 58, sobre a incidência do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica;

- **Lei n.º 9532/97:** Art. 58, sobre a incidência do IOF;

- **Lei n.º 9718/98:** Art. 14, inciso VI, sobre apuração de lucro real;

- **Lei n.º 10.637/2002 (PIS) e Lei n.º 10.833/2003 (PIS/COFINS):** Respectivamente, arts. 4º e 5º;

¹¹ Em conformidade com informações disponibilizadas pela ANFAC. Disponível em: < www.anfac.com.br/Home-PagedaAssociaçãodasEmpresasdeFomentoMercantil-Anfac > . Acesso em: 22/10/2017.

- **Lei n.º 4595/64 - Lei Bancária:** Arts. 17, 18 e 44, § 7º, limites da atuação das empresas de *factoring* a fim de não invadirem a esfera de atuação das instituições financeiras;

- **Lei n.º 7.492/86 (Crimes contra o SFN):** Arts. 1º e 16;

- **Código Penal:** art. 160;

- **Lei 1521/51:** dos crimes contra a economia popular;

- **Medida Provisória n.º 2172/01:** “Estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração”.

Existia ainda, como já dito no item 3.1, o Projeto de Lei n.º 3.615/2000, do Sr. João Hermann Neto¹². Ao estudar a justificativa do Projeto de Lei, percebe-se que a regulação dessa atividade poderia facilitar o aumento das nossas exportações, principalmente no que se refere a engajar nesse processo as micro, pequenas e médias empresas (MPME).

Uma das dificuldades para alcançar esse objetivo é que as MPME, afora, como dito, as dificuldades normais de entrar num novo mercado, mais sofisticado e mais competitivo, encontram ainda algumas barreiras para ter acesso ao crédito, mormente de exportação e importação.

Entre as justificativas do Projeto de Lei, uma alternativa para essa situação seria a de facilitar as operações de *factoring* de exportação, criando - se assim novas linhas de crédito para as MPME brasileiras exportadoras, por meio das empresas de *factoring* de outros países, que estão ou poderiam estar, no futuro, associadas às operações das empresas congêneres brasileiras.

Para alcançar tais objetivos, é necessário mobilizar os setores potencialmente beneficiários e tomar algumas medidas que permitam às empresas brasileiras de *factoring* atuar na exportação.

Empresas de *factoring* poderiam entrar nesse mercado e coligar - se a outras redes e sistemas como esse, ampliando assim o acesso das pequenas e médias empresas brasileiras a linhas de crédito e a outros serviços, como prospecção de clientes no exterior, administração de vendas, gerenciamento de créditos, cobranças etc. Em outros países, os próprios bancos, como alguns que operam no Brasil, têm suas próprias e bem capitalizadas subsidiárias especializadas

¹² Texto integral do Projeto de Lei n.º 3.615/2000 no Anexo 1.

em operações de *factoring*, voltadas para o mercado interno ou para o seu mercado externo, prática que poderia se estender ao nosso país, se houver uma legislação que ampare esse tipo de operação, em favor das micro e pequenas empresas brasileiras que querem e podem exportar, mas carecem de recursos e necessitam de outros serviços que viabilizem seus negócios internacionais.

A principal dificuldade para as empresas de *factoring* brasileiras atuarem na exportação é que os bancos que operam com câmbio não aceitam o endosso das cambiais dos exportadores ou importadores, problema esse que poderia ser solucionado pelo Banco Central do Brasil, reconhecendo esse tipo especial de operação comercial e, por conseguinte, dando respaldo aos mencionados bancos para aceitar tal endosso.

De acordo com a justificativa do PL n.º 3.615/2000, a aprovação permitiria o acesso das nossas empresas de *factoring* às linhas de crédito do SEBRAE e do BNDES destinadas a aportar recursos para apoiar as exportações das micro e pequenas empresas brasileiras. Ainda de acordo com o PL n.º 3.615/2000, como forma de garantir a realização urgente e premente de operações genuínas de *factoring* e evitar abusos futuros, enquanto as atividades de fomento mercantil não são regulamentadas pelas diversas instâncias do Poder Executivo, e enquanto as instituições nacionais aprendem a utilizá - las propriamente, em proveito das micro e pequenas empresas brasileiras exportadoras ou potencialmente exportadoras, há que fazer com que as empresas e operações pioneiras de *factoring* de exportação passem pelo crivo cuidadoso do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio e pelo Banco Central.

3.3. Natureza Jurídica

Existe na doutrina brasileira relevante discussão em torno da natureza jurídica do contrato de *factoring*. A causa dessa discussão revela - se pela inexistência – como visto no item anterior - de Lei específica regulamentando o instituto e, por sua atipicidade, doutrina e jurisprudência divergem quanto ao seu conteúdo essencial. Para Comparato (1972, p. 65), para quem a essência da faturização é a cessão de créditos, ainda que a operação de fomento mercantil que promova a gestão de créditos e a garantia (*maturity factoring*) não pode ser confundida com atividade de instituição financeira. Todavia, é direto ao afirmar que

as empresas de *factoring* que operem o *conventional factoring* (garantia, gestão de créditos associado ao adiantamento de valores a que o autor chamou de financiamento) seriam instituição financeira.

Para Hagstrom (1982, p. 38) a atividade de *factoring* teria ao mesmo tempo natureza comercial e financeira, devido aos serviços de crédito contidos. Vilaça (1989, p. 61), por sua vez, com entendimento parecido, assume que a atividade de fomento mercantil encerra uma operação de crédito, mas que, por não ser abarcada pelo Sistema Financeiro Nacional (SFN), não tem natureza financeira, e sim, comercial.

Em posição diametralmente oposta, Martins (2010, p. 428) afirma que a atividade de fomento mercantil não configura atividade financeira, pois não concretiza operações de crédito. Para o autor, as empresas de *factoring*, diferentemente dos bancos, realizam operações de risco.

Embora as empresas de faturização também apliquem, como as instituições financeiras, recursos próprios, seguindo a lição de Gavalda e Stoufflet (2002, p. 323), essas empresas se distinguem das instituições financeiras porque não realizam operações especulativas e sim operações de crédito, enquanto as empresas de faturização realizam operações de risco propriamente ditas.

No mesmo sentido, Leite (1997, p. 48) para quem as *factorings* são empresas comerciais, que não se confundem com as instituições financeiras, sendo ainda vedada às empresas de fomento mercantil a prática de qualquer operação com as características privativas daquelas.

Assim como Fran Martins, Luiz Lemos Leite defende que a atividade de *factoring* não encerra uma operação de crédito, como a atividade praticada pelos bancos, mas diferente daquele autor, que classifica as operações de *factoring* como operações de risco, este as entende como simples operação de compra e venda à vista.

Sendo assim, a empresa de fomento mercantil é uma empresa comercial e não uma instituição financeira, porque no *factoring* não ocorre uma operação de crédito, tal como uma operação bancária, mas simplesmente uma venda a vista de créditos em que o cedente se responsabiliza pela boa origem dos direitos que são gerados ao transferi-los para a cessionária – a companhia de *factoring*. (LEITE, 1997, p. 48). E ainda, que para a caracterização desta devem ser associadas à cessão de créditos e a prestação de serviços (LEITE, 1997, p. 48).

Também nesse sentido, Soares (2010, p. 24), disserta que o instituto “tem natureza essencialmente mercantil”, pois é “vocacionado à prestação de serviços de cobrança e gestão financeira”, com a assunção total do risco pelo *factor*.

Ainda, conforme a tese de Coelho (1984, p. 76), a atividade das empresas de *factoring*, embora assemelhada às figuras do financiamento, adiantamento e do desconto, não constituem atividades típicas bancárias, quando atuam com recursos próprios.

Por sua vez, para Luiz Rodrigo Lemmi, o núcleo da operação de *factoring* é a alienação de créditos, podendo haver a prestação de serviços, mas esta não é da essência do instituto e completa afirmando que esta não configura atividade financeira, exceto se captar recursos junto ao público, prática privativa de instituição financeira (LEMMI, 2005, p. 101 e 107).

Donini (2002, p. 729) adota posição semelhante à de Lemmi ao afirmar que é da natureza do *factoring* a cessão de créditos, mas que a prestação de serviços não necessariamente vem conjugada à operação.

Após a exposição, é possível depreender que a natureza jurídica da atividade de fomento mercantil é essencialmente comercial, assentada na cessão de direitos a título oneroso e na prestação de serviços, sendo que estes podem ser estipulados ou não, e ainda que da natureza da atividade a assunção do risco do inadimplemento e a utilização de recursos próprios.

4. PARTICULARIDADES DO FACTORING

Sabe-se que o *factoring*, de acordo com Rizzardo (1997), se realiza, sobretudo, na aquisição de créditos do faturizado. Dessa forma, as características dizem com a tipicidade ou a especialidade do negócio. Pode-se dizer que na operação de fomento mercantil estão envolvidos uma empresa-cliente (sacador), que consiste na pessoa que vende seus ativos e uma empresa compradora (factor), que fornecerá o dinheiro ao sacador, com deságio sobre o valor de face desse ativo.

Com o objetivo de aprofundar o estudo do instituto do fomento, neste Capítulo serão abordadas as particularidades dessa operação, inicialmente com a análise contratual da atividade. Feito isso, serão apresentadas as diferenças entre a atividade financeira bancária e a atividade de fomento mercantil.

Por fim, mas de importância indispensável ao estudo do instituto objeto desta pesquisa - podendo ser considerado como característica fundamental de eficiência e eficácia do negócio – será abordado o Direito de Regresso.

4.1. Contrato de *Factoring*

Bulgarelli (1999, p. 546) afirma que o contrato de *factoring* é “*bilateral, consensual, comutativo, oneroso, de execução continuada, intuito personae, interempresarial e atípico*”¹³.

¹³ Para que se possa analisar com mais atenção o contrato de *factoring*, faz-se necessário classificá-lo. Será utilizado, para explicar as características trazidas por Bulgarelli, a classificação de Flávio Basile (2013, p. 28), para quem o contrato de *factoring* pode ser classificado basicamente como: “**a) Atípico misto:** segundo Antônio Carlos Donini, o contrato é considerado atípico, visto que não possui lei que o regulamenta (art. 425, Código Civil) e misto já que mescla formas contratuais típicas, como prestação de serviços e cessão de crédito, e atípicas; **b) Bilateral:** tanto o faturizador quanto o faturizado têm obrigações; **c) Consensual:** como é natural dos contratos, há proposta e aceitação; **d) Oneroso:** Carlos Roberto Gonçalves define como contratos onerosos aqueles em que ambos os contraentes obtêm proveito, ao qual, porém, corresponde a um sacrifício; **e) Comutativo:** as prestações são certas e determinadas, desde a formação do contrato; **f) Personalíssimo:** como bem acentua, mais uma vez, Antônio Carlos Donini, o faturizador, no contrato de *factoring*, considera como elemento determinado para a contratação, a pessoa do faturizado, sendo elemento causal do contrato; **g) Não solene e não formal:** apesar de usual e recomendável que o seja, o contrato de *factoring* não necessita de forma escrita, perfazendo-se pela simples manifestação de vontade entre as partes; **h) De adesão:** o contrato de *factoring*, geralmente, possui um modelo pré-estabelecido, ao qual o faturizado adere. Assim, possui cláusulas pré-estabelecidas, como a que dita que haverá uma cessão de créditos ao faturizador, mediante o pagamento de determinada remuneração. No entanto, é possível que as partes negociem algumas cláusulas; **g) De execução sucessiva:** assim o é porque permite várias prestações continuadas.”

Disponível em: < <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/FlavioBasile.pdf> >.

Existem três sujeitos relacionados com o contrato de *factoring*: o faturizador, o faturizado (fornecedor ou vendedor) e o comprador (cliente ou devedor). É importante destacar, como aponta Castro (2004, pp. 128 - 129), que somente são partes do referido contrato o faturizado e o faturizador, uma vez que estes é que pactuam o contrato de *factoring*. Todavia, o comprador é elemento essencial, já que é ele quem deve pagar ao faturizador o crédito devido.

O sujeito denominado faturizado pode ser pessoa física ou jurídica, mas deve necessariamente ser empresário, e o comprador pode ser pessoa física ou jurídica, sem a necessidade de exercer atividade empresarial.

Neste contrato, o *factor* apenas terá direito de ação contra a faturizada quando existir vício nos créditos cedidos, de modo a torná-los inválidos. Dessa maneira, se limita a responsabilidade da empresa cedente à existência dos créditos no momento da cessão, vez que o *factor* assume o risco do inadimplemento¹⁴.

Notificado o terceiro - devedor, o faturizador se sub - roga nos direitos de cobrança, passando a ser o credor da dívida, dessa forma, no vencimento e diante do não pagamento, o faturizador tem direito à ação contra o devedor. Na hipótese de tratar-se o devedor de um empresário falido, em processo de recuperação ou em estado de insolvência, o credor deve “habilitar-se nos processos respectivos para a defesa de seus direitos” (MARTINS, 2010, p. 436).

Noutra hipótese, caso a notificação do devedor não se efetive, este ainda deve o pagamento ao faturizado, seu credor primeiro.

Celebrado o contrato, o faturizador deve pagar os valores relativos aos títulos cedidos e assumir o risco do inadimplemento. Quanto aos seus direitos, poderá não aprovar, na totalidade ou em parte, as contas remetidas a ela, poderá efetuar a cobrança das faturas pagas, deduzindo desse valor a sua remuneração e ,ainda, poderá analisar os livros e papéis da empresa faturizada, relativos às suas transações com clientes (MARTINS, 2010, p. 436).

Nesse tocante, a principal responsabilidade da micro e pequena empresa (em relação as quais o *factoring* é mais praticado) nessa transferência é garantir que os títulos de crédito vendidos à *factoring* existam, de forma lícita e regular

¹⁴ O tema do Direito de Regresso será discutido no item 4.3 deste trabalho, mas pode se adiantar que, em princípio, como característica essencial do *factoring*, não há direito de ação contra a faturizada diante do inadimplemento dos devedores dos créditos, visto que se trata de risco assumido pela empresa de fomento mercantil e um dos aspectos que a diferencia da atividade financeira.

(COMPARATO, 1972, p. 60). É possível apontar essa regra também no art. 295 do Código Civil de 2002, que trata da responsabilidade do cedente pela existência dos créditos cedidos¹⁵.

O faturizado tem basicamente duas obrigações para com o faturizador, que se referem ao pagamento da comissão e a entrega das contas dos clientes. O valor da comissão é vinculado ao importe dos créditos faturizados, sendo assim, a porcentagem e as regras da cobrança são estipuladas no contrato.

Todas as contas do faturizado devem ser submetidas à análise do faturizador, que deve aprová-las. Para evitar que aquele apresente a este apenas as dívidas consideradas ruins – isto é, com menos chances de adimplemento – essa apresentação não se deve dar de forma parcial, mas completa. Igualmente, a faturizada deve prestar assistência e informação de que necessite o faturizador sobre as dívidas assumidas e seus respectivos devedores, “para que as relações entre ambos se processem harmonicamente” (MARTINS, 2010, p. 437).

Como já debatido, para ocorrer a faturização, a compra e venda deve ser a prazo, de modo que o devedor tem o dever de efetuar o pagamento no termo acordado. Quando ocorre a faturização, há a transferência do crédito. O devedor, devidamente notificado, passa a dever o pagamento ao faturizador. Esclarece Fran Martins (2010, p. 437): “Só será o devedor obrigado a pagar ao cessionário ocorrendo essa notificação”, e ainda que, será válido o pagamento ao credor primeiro antes da notificação, por força do art. 292 do Código Civil de 2002¹⁶.

É de suma relevância destacar, a esta altura da discussão, que a jurisprudência já consolidou o entendimento de que a cedente não responde pelo inadimplemento do devedor dos créditos, mas isso “não afasta a responsabilidade da cedente em relação à existência do crédito, pois tal garantia é própria da cessão de crédito comum - pro soluto” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA -

¹⁵ Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé. *In*: BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 de Julho de 2017.

¹⁶ Art. 292. Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título de cessão, o da obrigação cedida; quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação. *In*: BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 de Julho de 2017.

REsp: 1.289.995 - PE 2010/0213969-0. Relator: SALOMÃO, L. F. Data de Julgamento: 20/02/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/06/2014).

4.2. Diferenças entre Instituição Financeira e *Factoring*

Neste item serão trazidas as diferenças entre a atividade financeira bancária e a atividade de fomento mercantil. Como dito anteriormente, *factoring* não realiza atividade bancária.

No Brasil, foi com a Resolução n.º 2.144/1995 do Banco Central ¹⁷, que a distinção entre as atividades realizadas pelas sociedades de *factoring* e as efetuadas pelas instituições bancárias tornou-se mais clara.

A Resolução, ao tratar das sanções destinadas às sociedades que, sem autorização, realizam atividades de instituições financeiras, acabou por diferenciar a atividade do *factoring* em relação à atividade bancária.

Wald (1996, p. 260) aponta que a resolução foi considerada, pelas associações de empresas de *factoring* – a exemplo da ANFAC -, como um estatuto legal da atividade, concedendo a estas uma espécie de atestado de idoneidade e legalidade, retirando-as do limbo jurídico em que estas se encontravam após a revogação da Circular n.º 703/1982 do Banco Central pela Circular n.º 1.359/1988 do Banco Central.

Tratados os marcos normativos, torna-se essencial apresentar as distinções entre a atividade bancária e a atividade de *factoring* realizada pela doutrina pátria. Rizzardo (pp. 1387-1388) dita que: "(...) a finalidade que leva a constituir uma empresa de fomento mercantil nunca será a coleta ou captação de recursos monetários e a intermediação – o que é característico das instituições financeiras. Nesta ordem, não integram os escritórios de *factoring* o Sistema Financeiro Nacional". Por sua vez, Wald (1996, p. 260) disserta que a captação de recursos junto ao público, pela empresa de *factoring* é vedada, uma vez que resultaria em transformá-la numa instituição financeira. Dessa maneira, destaca-se, que o ponto mais nítido na distinção entre banco e *factoring* é a não captação de recursos de terceiros pelo último.

¹⁷ Texto integral da citada resolução no Anexo 2.

Apesar de o entendimento da natureza comercial da atividade e de sua não confusão com as instituições financeiras ser o majoritário, alguns autores sustentam que a atividade é tipicamente financeira e que deveria ser submetida ao crivo do Banco Central.

Fábio Ulhoa Coelho é representante dessa posição. Segundo o autor a única diferença que separa o contrato bancário do desconto para o de *factoring* seria a ausência de direito de regresso, possuindo os dois a mesma função econômica. Dessa maneira, o fomento mercantil deveria ser submetido à autorização do Banco Central para seu funcionamento. Todavia, o autor faz a ressalva de que enquanto o Banco Central não entender referida operação como tipicamente financeira, tal autorização não poderá ser exigida.

Apesar das ideias contrárias, é possível concluir que a posição acertada é a que distingue as sociedades de *factoring* das instituições financeiras, sobretudo por aquela não captar recursos junto ao público e ter natureza mercantil ou comercial, o que as desenquadra da definição adotada pelo art. 17 da Lei n.º 4595/64¹⁸. Necessário é aprofundar a análise deste dispositivo legal.

O artigo considera como instituições financeiras as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Diante desse parâmetro legal acerca das atividades que somente podem ser praticadas por instituições financeiras, cujo funcionamento deverá ser autorizado pelo Banco Central, a doutrina inclina-se em afirmar que, muito embora haja na faturização alguns aspectos de financiamento, adiantamento e desconto, essas operações, quando realizadas com recursos próprios e não coletados de terceiros, não se acham sob controle do Banco Central, pois falta - lhes a presença do trinômio - coleta, intermediação e aplicação de recursos.

¹⁸ Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Parágrafo único - Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Assim, segundo o magistério de Bertoldi e Ribeiro (2009, p. 819), caberá ao faturizador a cobrança de preço pelo serviço prestado e pelo risco assumido, preço este que não pode ser confundido com juros.

Para reforçar tal posição, Leite (2007, p. 28) revela as principais distinções entre a instituição financeira (banco) e atividade de *factoring* :

- **a)** o banco é um intermediário do crédito, realizando operações ativas (realização de empréstimos, por exemplo) e passivas (recebimento de depósitos), enquanto o *factoring* realiza operação dicotômica, compra de créditos e prestação de serviços;

- **b)** o banco capta recursos de terceiros no mercado, o *factoring* não o faz, trabalhando com recursos próprios;

- **c)** o banco, em suas operações ativas, remunera-se com a cobrança de juros, enquanto o *factoring* tem sua remuneração proveniente de duas fontes, a comissão cobrada ad valorem pela prestação de serviços, quando há, e o fator de compra na compra e venda dos direitos creditícios, que, como já citado, não é juros;

- **d)** o banco se remunera do *spread*, que é a diferença entre o custo de captação e aplicação dos recursos coletados no mercado, enquanto o *factoring* do fator, que é a precificação da compra de créditos, que leva em consideração o custo de oportunidade dos recursos, os custos operacionais, a tributação e a expectativa de lucro e risco.

Sendo assim, resta claro que *factoring* não realiza atividade bancária. Desta maneira, os bancos conforme o art. 17 da Lei n.º 4.595, executam operações que envolvem a captação de dinheiro, a intermediação do crédito e a aplicação de recursos próprios ou de terceiros.

Essa distinção foi reconhecida no âmbito do STJ no Recurso de Habeas Corpus 6.394 – RS, de 09.06.1997, DJ de 30.06.1997, com relatoria do Ministro Fernando Gonçalves: “O empréstimo e o desconto de títulos, a teor do art. 17, da Lei 4.595/1964, são operações típicas, privativas das instituições financeiras, dependendo sua prática de autorização governamental”.

Essa posição ainda é mantida no Superior Tribunal de Justiça, como observa - se em recente julgado, em sede de Recurso Especial (Resp. 1.219.210-RS), de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, que entendeu não existir relação

de consumo entre a empresa de fomento comercial avaliado. O eminente relator sedimentou que:

Com efeito, no caso em julgamento, verifica-se que a ora recorrida não é destinatária final, tampouco se insere em situação de vulnerabilidade, porquanto não se apresenta como sujeito mais fraco, com necessidade de proteção estatal, mas como sociedade empresária que, por meio da pactuação livremente firmada com a recorrida, obtém capital de giro para operação de sua atividade empresarial, não havendo, no caso, relação de consumo.

Tal decisão afasta um tipo de relação que de fato não existe, uma vez que a atividade de *factoring*, como visto, é a compra de ativos financeiros, sendo o valor obtido pela empresa cedente usado para seu capital de giro indistintamente. Observa-se também a inexistência de vulnerabilidade da empresa contratante (cedente) para que possa ser considerada hipossuficiente ¹⁹.

4.3. Direito de Regresso

Ponto crucial na análise do fomento mercantil - podendo ser considerado como característica fundamental de eficiência e eficácia do negócio – reside na análise quanto ao direito de regresso²⁰, em face do faturizado, por inadimplemento do devedor original do título.

Doutrina e Jurisprudência divergem quanto à responsabilidade do faturizado em adimplir a dívida, nas hipóteses de inadimplemento do devedor originário. A corrente minoritária, entende que no caso em que o devedor principal não pagar a dívida, poderá o faturizador voltar-se contra o faturizado. Nesse sentido, Bulgarelli (1997, pp. 501-502) disserta:

[...] o factor poderá voltar-se contra endossante, se o devedor recusar-se a pagar, justamente com base nas causas apontadas no art. 8 da Lei 5.474/68 (...). Contudo, o endosso do título ao factor não será meramente um endosso mandato, mas pleno, transferindo-se a propriedade do título; entretanto, como é normal em nosso meio, o endossante ficará como garante tanto do aceite como do pagamento, respondendo quer pela veracidade do título (garantia veritas), quer pela realização (garantia onitas); enfim, ficando o factor com direito de regresso.

¹⁹ O inteiro teor da ementa do Recurso Especial nº 1.219.210 - RS (2010/0201178-2) é apresentada no Anexo 3.

²⁰ Entende-se por direito de regresso o fato da faturizadora "regressar" à empresa cliente para cobrar um título objeto de inadimplência pelo respectivo devedor, independentemente do motivo.

No mesmo raciocínio o STJ decidiu:

CHEQUE – ENDOSSO – FACTORING – RESPONSABILIDADE DA ENDOSSANTE-FATURIZADA PELO PAGAMENTO. Salvo estipulação em contrário expressa na cártula, a endossante-faturizada garante o pagamento do cheque a endossatária-faturizadora (Lei do Cheque, Art. 21) (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp: 820.672 - DF, 2006/0033681-3, Relator: Ministro BARROS, H. G. DE. Data de Julgamento: 06/03/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/04/2008).

Em posição oposta, a corrente majoritária é contrária ao posicionamento do STJ²¹ por compreender ser incabível o direito de regresso contra o faturizado, uma vez que operada a transferência definitiva do crédito, o faturizado está exonerado de responder pelo adimplemento da dívida. Ou seja, é da essência do contrato de fomento mercantil a assunção do faturizador dos riscos da impontualidade e da insolvência do sacado²².

Assim, ao ceder seus ativos financeiros ao faturizador e pagando-lhe a remuneração em comento, o faturizado libera-se de qualquer elo obrigacional, uma

²¹ Exemplo de decisão nesse sentido: 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 (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp: 1.289.995 PE 2010/0213969-0, Relator: Ministro SALOMÃO, L. F. Data de Julgamento: 20/02/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/06/2014).

²² ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO C.C. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – FACTORING – CONTRATO MEDIANTE O QUAL O FATURIZADOR ASSUMO O RISCO SOBRE O NÃO-RECEBIMENTO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO DE REGRESSO CONTRA O FATURIZADO, À EXCEÇÃO DA OCORRÊNCIA DE VÍCIO DA CEDIDA QUE INVALIDE – DUPLICATAS EMITIDAS SEM CAUSA – AUTOR QUE SE DESINCUMBIU DO ÔNUS PROBATÓRIO – PERDAS E DANOS DEVIDOS – Tem o contrato de faturização como característica o fato de não responder o faturizado, ao ceder seus créditos, pela solvência do devedor, correndo por conta do faturizador o risco do não-recebimento, já que não existe o direito de regresso. Exceção à regra, quando o faturizador terá direito de ação contra o faturizado, ocorre se a dívida cedida estiver eivada de vício de invalidez, como, por exemplo, no caso da emissão de duplicata sem causa. (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – AC 0149390-9 – 1ª C.Civ. – Rel. Rau J. M. – DJPR 06.02.2001).

vez que é do espírito do contrato a renúncia, pelo faturizador, ao direito de regresso em caso de inadimplemento do devedor-sacado. Nesse sentido, leciona Rizzardo (2004, pp. 130 - 131):

Diante da colocação jurídica deste tipo de negócio, não há qualquer natureza financeira, distinguindo-se totalmente da concessão de crédito.(...)[...]"Nada tem a reclamar o factor se não recebe o crédito adquirido, desde que existente quando da sua transferência. Pela formação do factoring, por sua natureza e história, não podendo se voltar o faturizador contra o vendedor do crédito, se não há vício em sua origem ou formação, garantia nenhuma pode aquele tomar deste. Não é válida a fiança, e muito menos se admite o aval no endosso. Inteiramente sem efeito garantias reais, como a hipoteca ou o penhor.

Nem é válida a cláusula de garantia dada pelo próprio faturizado". [...]Compreende-se, daí, a total ilegalidade dos contratos de transferência de títulos com garantias, ante o eventual inadimplemento do comprador, cliente do faturizado". [...] Há um aspecto, porém, que admite exceção. Como já ressaltado várias vezes, é reconhecido o direito de regresso se o título ou o crédito apresentar vício ou nulidade em sua causa ou origem.

Todavia, é uníssono o entendimento de que, como já visto, admite-se o direito de regresso em face do faturizado, nos casos de o título apresentar algum vício.

Afinal, o crédito deve ser verdadeiro, isto é, deve ter uma origem lícita, ou representar um negócio. Dessa forma, não sendo certo, lícito e regular o crédito, são oponíveis as exceções que afetam a sua própria substância. Dispõe o Art. 295 do Código Civil que "na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé".

Assim, a responsabilidade do faturizado exsurge somente se houver vício de legalidade, legitimidade ou veracidade dos títulos negociados.

5. IMPORTÂNCIA DO *FACTORING* PARA AS EMPRESAS

Existe, segundo Comparato (1972, p. 59), a necessidade e reforço do capital de giro, tanto para as grandes como para as micro e pequenas empresas (PMEs), uma vez que a sobrevivência das mesmas está condicionada à sua capacidade de expansão, não sendo suficiente a simples manutenção do volume negocial. Essa expansão é ainda mais relevante para as PMEs, assim como a proteção contra o inadimplemento. O autor ainda explica que o reforço do capital de giro é função do ativo realizável, em especial dos créditos contra terceiros.

No que se refere à vantagem da utilização do *factoring* para as PMEs, Martins (2010, p. 432) dissertou: “A utilidade da faturização destaca-se porque ela é destinada, principalmente, às pequenas e médias empresas, em que as dificuldades de capital de giro muitas vezes são prementes.” Neste sentido, para o autor, a faturização pode se apresentar como um remédio eficiente para as PMEs, no que se refere ao suprimento de capital de giro, indispensável para a expansão dessas empresas, geralmente em processo de formação. O autor afirma que o *factoring* compreende uma técnica de gestão financeira e uma técnica de gestão empresarial. A gestão financeira consiste no financiamento da empresa faturizada, de modo que a empresa de *factoring* adquira da empresa faturizada seus créditos, mediante um pagamento, e assume o risco da cobrança e do inadimplemento do devedor.

No que se refere à técnica de gestão empresarial, o autor explicou que a faturizadora interfere nas operações da faturizada, efetivando a seleção dos seus clientes, o fornecimento de informações sobre o comércio em geral, de modo que o faturizado tenha seus encargos reduzidos. Sobre a mobilização financeira, Soares escreveu:

Nessa modalidade, com a faturização, as empresas mobilizam seus créditos, cedendo-os a uma empresa de *factoring*, por via obrigacional comum, e obtendo, não raro, capital de giro necessário, mediante determinada remuneração sobre o valor do crédito (SOARES, 2010, p. 33).

Outra vantagem da faturização para a PME é a de financiamento, como sendo o adiantamento de recursos a juros para um investimento específico, realizado de maneira mais diversa e simplificada que a versão convencional oferecida pelas instituições financeiras, uma vez que, tal financiamento é concedido em função do financiado, dos seus recursos patrimoniais, do seu índice de liquidez.

Assim sendo, como as PMEs estão muitas vezes em processo de consolidação, da sua estrutura, da aceitação e competitividade no mercado, e, em especial do seu patrimônio, elas, “muito embora apresentem boa capacidade de expansão, dispõem de um financiamento forçosamente limitado às suas próprias dimensões” COMPARATO (1972, p. 62).

Na mesma temática, Castro (2004, p. 39) destaca a dificuldade de acesso das PMEs ao crédito bancário: “Importante ainda destacar que o *factoring* é utilizado principalmente pelas pequenas e médias empresas, as quais encontram sérias e freqüentes dificuldades em conseguir capital de giro junto às instituições financeiras, em face de sua reduzida capacidade cadastral (faturamento reduzido, falta de reciprocidade com o banco, etc.)”.

Dessa forma, mais que disponibilizar crédito (capital de giro) ao pequeno e médio empresário, a operação de *factoring* realiza, como defende Castro (2004, pp. 38 e 77), a gestão comercial da empresa faturizada, executando a seleção de clientes e fornecedores e o exame da situação creditícia destes, análise de mercado, o controle de contas a pagar e a receber, conferindo àquele “maior liberdade para concentrar suas energias e preocupações no setor de produção”, este é outro ponto de divergência entre a atividade do *factor* e a atividade dos bancos.

A partir deste ponto é possível compreender melhor a ligação existente entre a empresa faturizada e a sociedade de *factoring*: esta atua de modo a fornecer seu conhecimento do mercado àquela, de modo que, se os devedores daquela forem bons pagadores, melhoram suas condições de negociação com a *factoring*, o que possibilita o incremento da sua produção e de seus lucros (CASTRO, 2004, p 77).

Nesse sentido, Leite (1995 apud CASTRO, 2004, p. 39) defende – como já debatido - que a operação de *factoring* não comporta apenas o provimento de capital à faturizada, mas, também e tão importante quanto, comporta apoio técnico, administrativo e gerencial, consiste em dar apoio técnico, administrativo e gerencial aos clientes.

Dessa maneira, o fornecimento de recursos não deve ser entendido como parte preponderante das atividades de “*factoring*”, mas, como consequência de uma compra bem - feita, de uma produção adequada, que permite vendas competitivas para a alavancagem da empresa - cliente. Conseqüentemente, “*factoring*” e cliente estarão crescendo juntos, dentro do sentido de parceria.

Por meio desses serviços o fomento mercantil incrementa as atividades da empresa-cliente, aumentando suas vendas, expandindo seus ativos, aumentando a produtividade porque elimina o endividamento e reduz os seus custos, e por fim, transforma as vendas a prazo em vendas à vista, assim a empresa passa a ter caixa, sem endividar-se.

6. FACTORIZAÇÃO E A “AGIOTAGEM”

O *factoring* confunde-se com a agiotagem? Definitivamente NÃO! Mesmo sem uma Lei própria, o instituto encontra-se recepcionado pelas legislações civis e aquelas pertinentes aos títulos de crédito, dentre outras.

A diferenciação definitiva entre a atividade de fomento mercantil e agiotagem é o objetivo central deste capítulo. Para isso, serão inicialmente apresentadas as características principais da usura no direito pátrio para posteriormente diferenciá-la da faturização.

6.1. A “Agiotagem”: aspectos cíveis e criminais

A agiotagem consiste no empréstimo de dinheiro a juros excessivos, constituindo crime sua prática, conforme o Decreto 22.626, de 07 de abril de 1933 e a Lei n.º 1.521/1951²³, chamada Lei de Economia Popular. Esses diplomas legais continuam em vigor, como já disseram o Supremo Tribunal Federal²⁴ (STF) e o Superior Tribunal de Justiça²⁵ (STJ), exceto para as instituições financeiras, em razão da revogação feita pela Lei n.º 4.595/1964²⁶ (da cobrança de juros pelas instituições financeiras, inclusive administradoras de cartão de crédito e bancos de microcrédito).

Além disso, pode ainda ser configurado crime contra o Sistema Financeiro Nacional, já que o agiota atua no mercado financeiro sem autorização do Banco Central, como dispõe o artigo 7º, inciso IV da Lei n.º 7.492/86²⁷.

²³ “Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;”.

²⁴ RE-AgR 477336/RS, rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento: 03/08/2007; AI-AgR 574599/RS, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 19/09/2006; AI-ED 459061/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 14/03/2006; REAgR 451634/RS, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 28/06/2005.

²⁵ AgRg no REsp 1491278 / MG, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma j. 18/06/2015; AgRg no AREsp 293866 / MG, rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 16/06/2015.

²⁶ STJ: REsp 1.061.530/RS, 2ª Seção, Rel. Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJe de 10.3.2009.

²⁷ Art. 7º - Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: IV – sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida: (grifos nossos)

Importante ressaltar algumas advertências sobre o conceito de agiotagem ou usura. Inicialmente, convém ter em consideração que ao particular não é proibido emprestar dinheiro a outrem, podendo inclusive exigir garantia imobiliária. Nessa relação, há designações próprias: quem empresta é prestamista ou mutuante. Quem toma emprestado é prestatário ou mutuário. Os abusos e a rejeição social daí decorrente criaram ao mutuante particular a denominação de agiota, que deu lugar a outras que caíram em desuso como onzenário. Mas essa prática de empréstimo de dinheiro a juros qualifica-se como usura quando ultrapassa os limites legais para a taxa percentual de cobrança (SANT'ANNA, 2008, p. 105).

O art. 1º do Decreto n.º 22.626, de 07 de abril de 1933, que, como visto, ainda está em vigor, estabelece que: "Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal".

Levando em consideração a época em que foi editado esse Decreto, qual seria a taxa legal a ser considerada atualmente? O Código Civil é quem o diz, a partir da combinação do artigo 406 com o artigo 591. Diz aquele: "Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional".

Por sua vez, o art. 591, do mesmo Código, dispõe: "Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual".

Assim percebe-se que o art. 460, do Código Civil, trata dos juros moratórios. O art. 591, dos remuneratórios. Mas a taxa legal destes é a mesma da daqueles, como remete este último artigo.

Há divergências na caracterização desta taxa.

Para a doutrina majoritária, esta seria de 1% (um por cento) ao mês, com base no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional (CTN). O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), no seu Enunciado 209, rejeita a taxa do Selic (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia), comumente chamada "taxa Selic".

Para o Superior Tribunal de Justiça, entretanto, é a taxa Selic a aplicável, sendo ela um misto de juros e correção monetária, que equivale à taxa de juros média que o Governo Federal paga por seus débitos e é estabelecida pelo Comitê

de Política Monetária (Copom). Para o STJ, que afirmou e reafirmou o tema, ela se funda nos arts. 13 da Lei n.º 9.065/1995, 84 da Lei n.º 8.981/1995, 39, § 4º, da Lei n.º 9.250/1995, 61, § 3º, da Lei n.º 9.430/1996 e 30 da Lei n.º 10.522/2002²⁸.

Nesta linha, assim fica a aplicação do art. 1º do Decreto 22.626/33. Se um particular empresta dinheiro a outro, a taxa legal, ao mês, é de 1% (art. 161, § 1º, do CTN) ou Selic (0,805% por exemplo para junho/2017). Se não for pactuado nenhum outro percentual, este é o que pode legalmente ser cobrado. No caso de consenso, essa taxa poderá ser dobrada. Essa dobra da taxa legal é o máximo permitido.

Todavia, atualmente, há alguns Tribunais que entendem que os arts. 591 e 406, do Código Civil, revogaram o art. 1º do Decreto n.º 22.626/33. Assim, não seria possível pactuar taxa legal dobrada nos contratos de empréstimo particular de dinheiro. Assim, quem emprestar, ainda que haja concordância, não poderá fazê-lo além de 1% (art. 161, § 1º, do CTN) ou Selic (0,805% por exemplo para junho/2017) ao mês ²⁹.

6.2. Distinção entre o *Factoring* e a “Agiotagem”

A Lei n.º 7.492/86, em seu art. 1º, assim conceituou a expressão “*instituição financeira*”:

Artigo 1º - Considera-se instituição financeira, para efeito desta Lei, a pessoa jurídica, de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Como dito, o *factoring* não é banco nem instituição financeira. Banco capta dinheiro, empresta dinheiro e necessita de autorização do Banco Central para funcionar. À empresa de *factoring* é proibido, por lei, fazer captação de dinheiro no

²⁸ EREsp 727.842-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgados em 8/9/2008; REsp 1.003.955/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe de 27/11/2009, EDcl no REsp 1.025.298-RS, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgados em 28/11/2012.

²⁹ Neste sentido: “Confissão de dívida. Nulidade resultante da cobrança de juros usurários. Não ocorrência. Invalidez do acessório não alcança o principal. Redução da taxa de juros de 2% ao mês. Cabimento. Limite de 1% previsto pela Lei da Usura e art. 591 do CC. Recurso parcialmente provido” (TJSP, APL: 00094964620128260224 SP 0009496-46.2012.8.26.0224, Relator: Vicentini Barroso, Data de Julgamento: 18/03/2014, 15ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/03/2014).

mercado e emprestar dinheiro, e quem pratica, sem autorização do Banco Central, qualquer atividade que legalmente é de banco, responde por um processo administrativo e por um processo criminal, de acordo com a Resolução n.º 2.144/95 do CMN.

Certamente, revela-se um grave problema, de ocorrência muito frequente, os desvios da função do *factoring*. A questão mais importante é manter a atividade de fomento mercantil dentro dos limites permitidos, sem transgressão ou ofensa ao que está na Lei 4.595/1964, em seu art. 17, que define as atividades bancárias. Sendo assim, e como já visto neste trabalho, as companhias de *factoring* não podem praticar as mesmas atividades das instituições financeiras, o que exigiria a prévia autorização do Banco Central, conforme os ditames dos arts. 18 e 19 da Lei 4.595/1964.

Entendimento esse que se coaduna com o art. 2º, parágrafo único, do Projeto de Lei n.º 230/1995, que se encontra arquivado, quando discrimina as seguintes proibições:

É vedado à sociedade de fomento mercantil:

- a) captar recursos junto ao público; e
- b) executar operações de natureza própria daquelas realizadas pelas instituições financeiras que dependem de prévia autorização do Banco Central do Brasil para funcionar, de acordo com a Lei 4.595, de 31.12.1964 e a Lei 7.492, de 16.06.1986.

A concessão de empréstimos ou mútuos, sem dúvida, é atividade própria dos bancos. Isto é, empresas que dizem atuar com o fomento mercantil, mas que se dedicam a práticas onzenárias (agiotagem), definitivamente não realizam *factoring*, mas sim extorquem sua clientela. Qualquer pessoa física ou jurídica - não necessariamente empresa de *factoring* - que realize operações com características daquelas privativas das instituições financeiras, pode ser fechada pelo Banco Central e classificadas como "*mercado marginal*", e sujeitas a processo administrativo e criminal. Penalidades previstas no art. 44, § 7º, da Lei n.º 4.595 (BRASIL, 1964).

Assim, empresas de *factoring* poderão incorrer em crimes comuns, tais como os afetos a economia popular, crimes de usura e lavagem de dinheiro, entre outros, sem prejuízo de agregar crimes contra o SFN (Sistema Financeiro Nacional).

No que se refere aos crimes comuns, a agiotagem ganhou novas características com a edição da Medida Provisória n.º 2.172 - 32 de 23 de Agosto de 2001. Em breve síntese, a legislação que define a prática usurária e ilegal também determina a inversão do ônus da prova.

As empresas de *factoring* se diferenciam por que não emprestam dinheiro, atuam apenas na antecipação de recursos e, na modalidade mais difundida, fazem troca de sua disponibilidade imediata com títulos de crédito realizáveis a curto e médio prazo, atuando na prestação de serviços. A utilização de *factoring* para maquiar uma operação de empréstimo com juros é crime.

Caso o empresário ou agente de *factoring* venha captar recursos no mercado financeiro, estará operando à margem da lei, pois isso não é apenas uma deformação conceitual do instituto, é prática criminal, contrária à Lei Penal. Banco não compra créditos, ou seja, direitos oriundos de vendas mercantis, nem presta os serviços inerentes ao fomento mercantil. Banco capta recursos do público e os empresta.

Entretanto, pessoas desavisadas, que ignoram os fundamentos do fomento mercantil, a priori o julgam concorrente dos bancos (na verdade, são atividades que se completam ou se complementam, e esta é uma constatação só aferível por pessoas que efetivamente tenham vivência do mundo dos negócios e do *factoring*, hoje praticado em cerca de cinquenta países).

7. CONCLUSÃO

Neste trabalho de conclusão de curso é abordado o fomento mercantil ou *factoring*, iniciando - se com a sua análise histórica. Apresentou - se a posição da doutrina dominante, que aponta a origem da atividade de fomento na Inglaterra do séc. XVIII, com a atividade das empresas têxteis. Concluiu - se neste ponto que a atividade de *factoring* jamais poderia ser enquadrada satisfatoriamente no paradigma da teoria dos atos do comércio, mas, de acordo com o paradigma contemporâneo da teoria da empresa, enquadra - se como atividade empresarial, mesmo que não exista uma legislação específica no Brasil.

O trabalho, ao levantar algumas discussões sobre o tema, conclui que as diferentes definições apresentadas pela doutrina variam entre considerar o contrato de *factoring* como uma cessão de créditos onerosa ou venda de faturamento - conceituação tradicional -, ou ainda, a combinação de um ou ambos com a prestação de serviços de gestão financeira e empresarial - *factoring* como atividade complexa.

O fomento mercantil, apesar de ser figura nova na economia brasileira, é bastante difundido e utilizado, principalmente por empresários de pequeno e médio porte. As operações de *factoring* movimentam um grande volume de capitais, no Brasil e no mundo, interna e externamente, como ficou demonstrado pelos dados coletados de entidades representativas desse setor, como a Associação Nacional de Fomento Comercial (ANFAC).

Assim, foi possível reconhecer a importância econômica do fomento mercantil para a economia brasileira, em especial, para as pequenas e médias empresas, as principais clientes do *factoring*. Em geral, essas empresas estão nos primeiros anos de formação, sua estrutura e patrimônio não estão consolidados e não possuem conhecimentos técnicos suficientes, assim, enfrentam dificuldades para alavancar suas atividades. Essas empresas necessitam de capital de giro para expandir suas atividades como qualquer empresa, porém, enfrentam maiores dificuldades para ter acesso ao crédito bancário, pois estão limitadas às suas próprias dimensões e à situação econômico - financeira não consolidada, além de não apresentarem reciprocidade com os bancos.

No aspecto legislativo, obteve - se o entendimento de que inexistente no país Lei específica para regular o instituto, isto é, que defina as suas características

essenciais e os direitos e as obrigações das partes contratantes. Inexistem também projetos de Lei tramitando, mas há normas esparsas que tratam de alguns aspectos do fomento mercantil, assim como o reconhecimento pelos Tribunais Brasileiros.

A atividade tem sua base na cessão de direitos a título oneroso e na prestação de serviços, sendo que estes podem ser estipulados ou não. Caracteriza – se também por ser da natureza da atividade a assunção do risco do inadimplemento e a utilização de recursos próprios do faturizador.

Foram apresentadas as diferenças entre a atividade bancária e a de *factoring* para concluir – se que estas não integram o Sistema Financeiro Nacional.

Fomento mercantil caracteriza – se ainda pela existência de parceria entre faturizador e faturizado. O primeiro atua na mobilização financeira e na gestão financeira e mercadológica do segundo. A gestão compreende serviços de seleção de clientela, de análise das contas, de avaliação de riscos e outros, que permitem a expansão da produção e dos lucros da empresa - cliente.

Constatou - se também neste estudo que a corrente doutrina majoritária (sendo contrária ao posicionamento do STJ) compreende como incabível o direito de regresso contra o faturizado, uma vez que operada a transferência definitiva do crédito, o faturizado está exonerado de qualquer responsabilidade pelo adimplemento da dívida.

O *factoring* não realiza antecipação de crédito. Na antecipação a titularidade dos créditos permanece com o credor original, o que não ocorre nas operações de fomento mercantil, em que há a cessão de créditos. O *factoring* não faz desconto de títulos. O desconto de títulos é realizado pela cessão *pro - solvendo* dos créditos, já no *factoring* ocorre a cessão *pro - soluto* de créditos.

O fomento mercantil também se diferencia da prática da agiotagem, em que pese as empresas de fomento mercantil poderem incorrer em crimes comuns, tais como os afetos a economia popular, crimes de usura e lavagem de dinheiro, entre outros.

REFERÊNCIAS

- ALVES, G. R. R.; RIBEIRO, M. C. P. Empresa não empresária: um paradoxo a ser enfrentado. **In: Os negócios e o Direito**. KOURY, S. E. C. (Coord.). São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2013, pp. 159-180.
- ASCARELLI, T. **Ensaio e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1952.
- BERTOLDI, M.; RIBEIRO, M. C. P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. _____. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BULGARELLI, W. **Contratos mercantis**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.
- BRITO, M. H. Os contratos bancários e a Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. **Revista da Banca**, n.º 28, pp. 32 – 47, 1993.
- CASTRO, R. A. de O. **Factoring: seu reconhecimento jurídico e sua importância econômica**. 2ª ed. Leme – SP: Editora de Direito, 2004.
- COELHO, W. do E. O *Factoring* e a Legislação Brasileira. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, n.º 54, pp. 7382, 1984.
- COMPARATO, F. K. *Factoring*. **Revista de Direito Mercantil**. N.º 6. Ano XI. São Paulo, 1972, pp. 59 - 66.
- CORDEIRO, A. M. **Da cessão financeira (factoring)**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994.
- DONINI, A. C. **Manual do Factoring**. 1ª ed. São Paulo: Klarear, 2004.
- DUARTE, R. P. **Notas sobre o contrato de factoring. Novas perspectivas do direito comercial**. Coimbra: Almedina, 1988.
- FERREIRA, C. R. de A. *Factoring*. **Revista de Direito Mercantil**, n.º 59, p. 68-94 1985.
- GAVALDA, C. e STOUFFLET, J. **Droit bancaire: institutions, comptes, opérations, services**, 5ª ed., Paris: Litec, 2002, p. 323.
- GORON, L. G. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. Rio de Janeiro, n.º 124, pp. 153-173, 2001.
- HAGSTROM, C. A. de S. T. O *factoring* no Brasil. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, pp. 38 - 47, 1982.

- HENTZ, L. A. S. **Direito da empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002.** 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- KIGNEL, L. Os modernos contratos e o direito brasileiro. In: **Os negócios e o Direito.** FRANCO, V. H. de M. (Coord.). São Paulo, Maltese, 1992, p. 88-89.
- LEITE, L. L. **Factoring no Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- _____, _____. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____, _____. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- LEMMI, L. R. **Atividade financeira e factoring no Brasil,** São Paulo: QuartierLatim, 2005.
- LOPES, M. E. V. O contrato de “*factoring*” e o Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Mercantil**, n.º 74, Ano XXVIII, p. 57-71, 1989.
- LUCCA, N. de. **Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito.** São Paulo: Pioneira, 1979.
- MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais.** 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____, _____. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MARTINS, R. M. **Série aperfeiçoamento de magistrados. Curso Fomento Mercantil - Factoring,** pp. 145-152. Rio de Janeiro : EMERJ, 2012.
- GAVALDA, C.; STOUFFLET, J. **Droit bancaire: institutions, comptes, opérations, services,** 5ª ed., Paris: Litec, 2002.
- GOMES, O. **Contratos.** 26ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- PETIT, C. **Historia del derecho mercantil.** Madrid, Marcial Pons, 2016.
- RIVES-LANGE, J. L.; RODIERE, R. **Droit bancaire.** Pariz: Dalloz, 1973, n.º 299, p. 354.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____, _____. **Factoring.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- RODRIGUES, S. **Direito civil: parte geral das obrigações.** 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RÜSEN, J. **Razão Histórica: teoria da História: os fundamentos da ciência histórica.** Trad. de MARTINS, E. de R. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.
- SANT’ANNA, V. **Factoring:fomento mercantil: Doutrina, Prática e Jurisprudência.** Bauru – SP: Edipro, 2008.
- SOARES, M. N. **Contrato de factoring.** São Paulo: Saraiva, 2010.

ANEXOS

ANEXO 1 – PROJETO DE LEI N.º 3.615/2000, DO SR. JOÃO HERRMANN NETO, COM TRAMITAÇÃO ENCERRADA NO SENADO:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as operações de fomento mercantil.

Art. 2º Entende-se por fomento mercantil para os efeitos desta Lei a prestação contínua por sociedade de fomento mercantil de um ou mais dos seguintes serviços a sociedades ou firmas que tenham por objetivo o exercício das atividades mercantis ou de prestação de serviços, bem como a pessoas que exerçam atividade econômica em nome próprio e de forma organizada:

- I – acompanhamento de processo produtivo ou mercadológico;
- II – acompanhamento de contas a receber e a pagar;
- III – seleção e avaliação de clientes, devedores ou fornecedores.

§ 1º O contrato de fomento mercantil poderá prever, conjugadamente com a prestação de serviços, a compra, à vista, total ou parcial, pela sociedade de fomento mercantil de direitos creditórios no mercado nacional ou internacional.

§ 2º Por direitos creditórios entendem-se os direitos e títulos representativos de crédito, originários de operações realizadas nos segmentos comercial, de agronegócio, industrial, imobiliário, de prestação de serviços e de warrants; contratos mercantis de compra e venda de produtos, mercadorias e/ou serviços para entrega ou prestação futura; bem como títulos ou prestação futura e títulos ou certificados representativos desses contratos.

Art. 3º As operações de fomento mercantil reger-se-ão pelas disposições pactuadas em contrato específico, que estabelecerá as obrigações das partes contratantes, obedecido o disposto nesta Lei.

Art. 4º São partes, no contrato de fomento mercantil:

- I – pessoa jurídica ou pessoa que exerça atividade econômica em nome próprio e de forma organizada;
- II – a sociedade de fomento mercantil;
- III – eventuais responsáveis solidários.

Art. 5º As operações realizadas com títulos de crédito deverão conter endosso em preto.

Art. 6º A sociedade de fomento mercantil se constituirá sob a forma de sociedade anônima ou sociedade limitada e terá por objeto social exclusivo a prática do fomento mercantil.

Art. 7º O nome empresarial da sociedade de fomento mercantil conterà a expressão “fomento mercantil” e nele bem como em qualquer texto de divulgação das atividades da referida sociedade não poderão constar o vocábulo “banco” ou qualquer outra expressão identificadora de instituição financeira.

Art. 8º As receitas operacionais da sociedade de fomento mercantil compõem-se de:

I – comissão de prestação de serviços;

II – diferencial na aquisição de créditos;

III – outras que não conflitem com o disposto no inciso II e III do caput do art. 11 desta Lei.

Art. 9º As pessoas mencionadas nos incisos I e III do caput do art. 4º desta Lei responsabilizam-se civil e criminalmente pela veracidade, legitimidade e legalidade do crédito cedido à sociedade de fomento mercantil, respondendo pelos vícios redibitórios e, quando contratualmente previsto, pela solvência do devedor.

Art. 10. No caso de operação no mercado internacional, a sociedade de fomento mercantil, como cessionária de crédito à exportação, responsabiliza-se pela respectiva cobertura cambial.

Parágrafo único. A sonegação de cobertura cambial de valores de exportação sujeita a sociedade de fomento mercantil e seus administradores às penalidades previstas no art. 6º do Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, sem prejuízo da penalidade de que trata o parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.

Art. 11. É vedado à sociedade de fomento mercantil:

I – adquirir créditos de entidades integrantes da administração pública direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II – executar operações de natureza própria daquelas realizadas pelas instituições financeiras; III – captar recursos do público, exceto por meio de valores mobiliários.

Art. 12. A sociedade de fomento mercantil somente poderá funcionar mediante autorização de órgão designado pelo Poder Executivo, ao qual competirá a regulação e a fiscalização de suas atividades e a aplicação de penalidades.

Art. 13. Atuar como sociedade de fomento mercantil sem a devida autorização ou com autorização obtida mediante declaração falsa, bem como praticar qualquer das operações vedadas pelo art. 11 desta Lei: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 14. Praticar operações não lastreadas em direitos creditórios definidos no § 2º do art. 2º desta Lei ou conceder empréstimos ou financiamentos: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 15. As infrações aos dispositivos desta Lei e das normas editadas pelo órgão a que se refere o art. 12 desta Lei sujeitam as sociedades de fomento mercantil e seus administradores às seguintes penalidades:

I – advertência;

II – multa pecuniária variável de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

III – inabilitação temporária, pelo prazo de 1 (um) a 5 (cinco) anos, para o exercício de cargos nas sociedades de fomento mercantil;

IV – cassação da autorização de funcionamento.

§ 1º A pena de advertência será aplicada pela inobservância das disposições constantes da legislação em vigor, ressalvadas as sanções nela previstas, sendo cabível também nos casos de fornecimento de informações inexatas, de infringência de normas de serviços e operações e de escrituração mantida em atraso ou processada em desacordo com os dispositivos regulados pelo órgão supervisor.

§ 2º A pena de multa será aplicada nos seguintes casos:

I – reincidência específica;

II – embaraço à fiscalização pelo Poder Executivo.

§ 3º A pena de inabilitação temporária será aplicada nos casos de infração grave na condução dos negócios da sociedade de fomento mercantil.

§ 4º A pena de cassação da autorização de funcionamento será aplicada no caso de utilização da denominação social da sociedade de fomento mercantil para a realização de operações estranhas à atividade de fomento mercantil.

§ 5º As multas a que se refere o § 2º deste artigo serão pagas mediante recolhimento ao órgão designado pelo Poder Executivo no prazo de 15 (quinze) dias contado do recebimento da respectiva notificação.

§ 6º Admitir-se-á recurso, com efeito suspensivo, ao órgão designado pelo Poder Executivo das decisões pela aplicação das penas, desde que interposto no prazo de 15 (quinze) dias contado do recebimento da notificação.

Art. 16. As sociedades de fomento mercantil já constituídas terão o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da publicação desta Lei, para se adaptarem aos seus preceitos.

Art. 17. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Sala da Comissão.”

ANEXO 2 – RESOLUÇÃO N.º 2144/1995 DO BANCO CENTRAL DO BRASIL:

RESOLUÇÃO N.º 2144/1995. Esclarece sobre operações de "factoring" e operações privativas de instituições financeiras. O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31.12.64, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada em 22.02.95, tendo em vista o disposto no art. 4º, inciso VI, da referida Lei, e face ao contido no art. 28, "parágrafo 1º, alínea ""c.4""", da Lei nº 8.981, de 20.01.95, que conceitua como "factoring" a atividade de 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. RESOLVEU:

Art. 1º Esclarecer que qualquer operação praticada "por empresa de fomento mercantil ("factoring") que não se ajuste ao" "disposto no art. 28, parágrafo 1º, alínea ""c.4""", da Lei nº 8.981, de" 20.01.95, 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 (Lei nº 4.595, de 31.12.64) e criminal (Lei nº 7.492, de 16.06.86).

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 22 de fevereiro de 1995.

Persio Arida Presidente.

ANEXO 3 - RECURSO ESPECIAL N.º 1.219.210 - RS (2010/0201178-2).

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO.

“RECURSO ESPECIAL N.º 1.219.210 - RS (2010/0201178-2) RELATOR:
MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE: SAFRA COMÉRCIO E
TRANSPORTES LTDA ADVOGADO: LUÍS FELIPE BARROS DA LUZ E OUTRO (S)
RECORRIDO : CIRIO ADMINISTRADORA DE VALORES LTDA ADVOGADO :

ALEXANDRE FUCHS DAS NEVES E OUTRO (S) RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FACTORING. CARACTERIZAÇÃO DO ESCRITÓRIO DE FACTORING COMO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À AVENÇA MERCANTIL, AO FUNDAMENTO DE SE TRATAR DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. As empresas de factoring não são instituições financeiras, visto que suas atividades regulares de fomento mercantil não se amoldam ao conceito legal, tampouco efetuam operação de mútuo ou captação de recursos de terceiros. Precedentes. 2. "A relação de consumo existe apenas no caso em que uma das partes pode ser considerada destinatária final do produto ou serviço. Na hipótese em que produto ou serviço são utilizados na cadeia produtiva, e não há considerável desproporção entre o porte econômico das partes contratantes, o adquirente não pode ser considerado consumidor e não se aplica o CDC, devendo eventuais conflitos serem resolvidos com outras regras do Direito das Obrigações". (REsp 836.823/PR, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJ de 23.8.2010). 3. Com efeito, no caso em julgamento, verifica-se que a ora recorrida não é destinatária final, tampouco se insere em situação de vulnerabilidade, porquanto não se apresenta como sujeito mais fraco, com necessidade de proteção estatal, mas como sociedade empresária que, por meio da pactuação livremente firmada com a recorrida, obtém capital de giro para operação de sua atividade empresarial, não havendo, no caso, relação de consumo. 4. Recurso especial não provido."