

Fomento Mercantil

Denise Vaccari Machado Paes¹

Introdução

O presente trabalho tem por fim o de esquadrihar, ainda que, sucintamente, as lições extraídas do Seminário promovido pela EMERJ e sob o título II ENCONTRO JURÍDICO DE FOMENTO MERCANTIL.

Para tanto, valerá esta subscritora da divisão apresentada para a explanação da matéria nele tratada.

1. História e Conceito

O contrato de faturização ou factoring, na lição de Fran Martins, 16ª edição, Forense, páginas 425/438, é a cessão por um empresário dos 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.

Sua origem remonta à antiguidade e consistia na atividade de agentes, denominados de *factors*, que eram comissários dos vendedores e deles recebiam mercadorias para a venda e, em contrapartida, auferiam comissão.

Com a expansão dessa atividade, os factors encarregavam terceiros do recebimento, guarda e venda das mercadorias, cabendo-lhes, então, perceber o produto da venda, adiantando o valor aos vendedores com a devida dedução da comissão, que era a sua remuneração.

Segundo o citado autor:

¹ Juíza de Direito da 19ª Vara Criminal - Capital.

Evoluiu, desse modo, o factoring de um simples contrato de comissão para constituir um contrato em que o fator assume a posição de financiador dos empresários, adquirindo os seus créditos, mediante o pagamento dos mesmos em épocas aprazadas, mas, em regra, antes do vencimento. Uma abundante legislação foi posta em prática na Inglaterra e nos Estados Unidos, regulando as atividades dos factors; o mais antigo factor's Act da Inglaterra é de 1823 e o último 1889. Nos Estados Unidos, vários Estados baixaram leis especiais a r respeito.²

Concluiu, então, que:

A história do factoring tem duas etapas distintas: o factoring antigo, em que o fator era apenas um comissário do vendedor, e o factoring moderno, que é o predominante hoje. Essa mudança de orientação se fez lentamente, enquanto as operações de faturização se ampliavam nos Estados Unidos e se extinguíam na Europa.³

No Brasil, o instituto do factoring tem sua legalidade respaldada em algumas leis especiais e em regulamentos administrativos, que o reconhecem por sua capacidade de contribuir para o crescimento das pequenas e médias empresas, sendo, aliás, uma atividade em crescimento no nosso país.

Antes, porém, e através da Circular nº 703, do Banco Central, editada em 16.6.1982, proibida foi a constituição das sociedades de factoring até que o contrato fosse regulamentado pelo Conselho Monetário Nacional.

A discussão que se acendeu fez com que, no ano de 1986, o Tribunal Federal de Recursos ordenasse o arquivamento na Junta Comercial do Rio Grande do Sul, sem anuência do Banco Central, dos atos constitutivos de

² MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p 427.

³ Idem (id)–, p. 427.

uma sociedade da faturização.

Após, e na data de 30.9.1988, o Banco Central revogou a Circular, sendo mister salientar que se encontra em tramitação o projeto de Lei nº 3615/2005, que encerrará a discussão legal a respeito do tema e delineará a sua forma, tal como ocorreu em 1994 com a edição da lei que dispôs sobre a franquia.

Importante frisar que a mesma já tem por norma a de que o faturizado se compromete a ceder seus créditos produtos de suas vendas a prazo e o faturizador se obriga a adquiri-los, mediante o pagamento de valores expressos nos respectivos títulos menos o deságio aplicado, que engloba os valores pertinentes à prestação do serviço, taxa de risco, da cobrança, do gerenciamento dos recebíveis, da análise de crédito e dos fornecedores etc.

E isso ao se considerar que o *factor* assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor.

Trata-se de uma atividade lícita e que afasta a prática perniciosa do agiota, na medida em poderá a empresa se libertar e voltar a faturar com a prestação de serviço oferecida pelas empresas de *factoring*.

No entanto, e como noticiam os registros criminais, há empresas que se dizem de *factoring*, mas, na verdade, escamoteiam seus negócios lícitos e enxovalham a atividade do fomento mercantil, que fica, para alguns, como se vinculada ao ilícito.

No entanto, e como notório, agiotagem é a especulação fundada nos empréstimos de dinheiro a juros extorsivos, de modo a obter lucros incalculáveis, o que é ilegal.

Convém lembrar que a empresa de *Factoring* não pode fazer captação de recursos de terceiros, nem intermediar para emprestar recursos, como os bancos, o que equivale dizer que lhe é defesa tal prática, por ser atribuição especial dos bancos, os quais, para tanto, dependem da autorização do Banco Central.

Forçoso, assim, asseverar que o *factoring* não é banco, mas, como antes já se disse, desempenha um papel fundamental no fortalecimento da economia nacional, especialmente, para as pequenas e médias empresas, ou melhor, para os pequenos comerciantes, que, em muitas vezes, não obtém

apoio das instituições financeiras.

Todavia, as empresas de *factoring* não podem cobrar juros superiores ao limite da Lei da Usura (12% ao ano), pois que não são instituições financeiras.

Confira-se:

PROCESSUAL PENAL. FACTORING. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. INEXISTÊNCIA. EMPRÉSTIMO A JUROS ABUSIVOS. USURA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A caracterização do crime previsto no art. 16, da Lei n° 7.492/86, exige que as operações irregulares tenham sido realizadas por instituição financeira.

2. As empresas popularmente conhecidas como factoring desempenham atividades de fomento mercantil, de cunho meramente comercial, em que se ajusta a compra de créditos vencíveis, mediante preço certo e ajustado, e com recursos próprios, não podendo ser caracterizadas como instituições financeiras.

3. In casu, comprovando-se a abusividade dos juros cobrados nas operações de empréstimo, configura-se o crime de usura, previsto no art. 4°, da Lei n° 1.521/51, cuja competência para julgamento é da Justiça Estadual.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo estadual, o suscitado. CC 98062 / SP CONFLITO DE COMPETENCIA Ministro JORGE MUSSI 2008/0174755-1 TERCEIRA SEÇÃO S325/08/2010 DJe 06/09/2010

Também deve ser ressaltado que a empresa de *factoring* não capta recursos populares, não faz empréstimos, intermediação ou aplicação de recursos financeiros, apenas presta serviços, compra créditos (cheques ou duplicatas) vencíveis de empresas oriundos de operações mercantis desta (venda e compra de produto e prestação de serviços, com pagamento a prazo, que poderá estar representado por cheques pré-datados ou duplicatas),

com recursos próprios, mediante preço certo e ajustado com o faturizado.

Poderá, ainda, antecipar recursos não-financeiros, adquirindo, para o cliente faturizado, matéria-prima, insumos e estoques.

2. Do Direito e da Jurisprudência.

Restou claro que o Código Civil de 2002 não trata do *factoring* e que há em tramitação o projeto de Lei nº 3615/2005, que disporá sobre a matéria.

Enquanto isso, pode-se dizer que a empresa de *factoring* se apresenta como uma técnica financeira e de gestão empresarial, tendo como precípua função a de contribuir com o pequeno comerciante e empresário, os quais, muitas das vezes, esbarraram na dificuldade de capital de giro.

Acertados, estabelece-se a relação entre o faturizador e o faturizado, consistente essa na cessão de créditos, a título oneroso, responsabilizando-se o cedente pela existência da dívida no momento da cessão, assumindo o faturizador o risco sobre o recebimento.

Entretanto, terá direito de ação contra o faturizado se a dívida cedida não se constituir validamente. Cabe, aqui, dizer que como se torna ele credor do comprador, através da sub-rogação, deve ser aquele notificado da cessão.

Por via de consequência, tem, como credor, ação contra o comprador quando do não pagamento da dívida.

Quanto ao direito de regresso, muito se discute, mas, diante da natureza do contrato de *factoring*, não há tal direito contra o empresário que cede os créditos, porque o *factor* assume os riscos da cobrança e, eventualmente, a insolvência do devedor.

Vale, então, dizer que o faturizador não pode se insurgir contra o cedente do crédito, exigindo-lhe qualquer forma de garantia, salvo se houver vício na formação do título. A assunção dos riscos, por parte do faturizador, é, portanto, fundamental para caracterizar o contrato de fomento mercantil.

Da mesma forma, não pode o faturizador obrigar o faturizado a assinar nota promissória em garantia ao contrato firmado, visto que o cré-

dito cedido é da titularidade de terceiros e não do faturizado, o que afasta a abstração do título e conseqüentemente a sua possibilidade de embasar a execução.

Em suma, chega-se ao convencimento de ser vedada a garantia de regresso nos contratos de *factoring*, salvo a exceção das hipóteses de ilegalidade dos títulos de crédito cedidos.

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto a não ser permitido às empresas de *factoring* exigir garantia de pagamento de forma regressiva, porque o faturizador não pode se insurgir contra o cedente do crédito, exigindo-lhe qualquer forma de garantia, salvo se houver vício na formação do título.

Ademais, as empresas de fomento mercantil distanciam-se de instituição financeira e não estão autorizadas a conceder empréstimo, além de não lhes ser assegurado o direito de regresso e a garantia representada por aval, ou endosso.

Assim, a emissão de nota promissória por força de confissão de dívida e com o fim de disfarçar a garantia de regresso, não tem amparo legal.

No mesmo diapasão, colaciona-se a decisão do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DUPLICATA. NULIDADE. CAUSA DE BENDI. AUSÊNCIA. ENDOSSO. SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. “A devedora pode alegar contra a empresa de factoring a defesa que tenha contra a emitente do título.” (REsp 469051/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/05/2003 p. 308, LEXSTJ vol. 167 p. 85, RSTJ vol. 184 p. 376)

2. “Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o endossante/cedente

de responder pela satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes.” (REsp 992421/RS, Rel. para Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 12/12/2008)3. Agravo regimental não provido. AgRg no Ag 1115325 / RS. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 2008/0230462-3, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011 e publicado no DJe na data de 09/09/2011).

A emissão de nota promissória por força de confissão de dívida disfarça a garantia de regresso, o que não tem amparo legal, impondo-se o acolhimento dos embargos.

Conclusão:

A operação de *factoring* é uma forma de fomento mercantil, possibilitando à empresa fomentada a cessão de seus créditos, gerados por suas vendas a prazo, a uma empresa de *factoring*.

O resultado, como diz seu próprio significado, ou seja, fomentar = promover o desenvolvimento e o progresso, é o recebimento imediato dos créditos futuros, de modo a alavancar o crescimento da pequena e média empresa, em repercutindo, positivamente, no capital de giro e do seu poder de negociação no mercado.

Por óbvias razões, o seu desvirtuamento pode configurar a nefasta atividade do agiota. ◆