

# Fomento Mercantil (*factoring*)

**Rudi Baldi Loewenkron<sup>1</sup>**

Fran Martins conceituou a atividade de fomento mercantil da seguinte forma:

“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”.

Tal conceituação evoluiu, encontrando atualmente previsão no próprio Ordenamento Jurídico Positivado.

Neste sentido, a atividade de fomento mercantil é prevista na alínea “d” do Inciso III do § 1º do art. 15 da Lei nº 9.249/95 nos seguintes termos:

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

A palavra *Factoring* mundialmente conhecida, a partir do século XVII, não encontra tradução precisa em português. A palavra tem origem inglesa e contém o radical “factor” que seria o agente fazedor de negócios.

A finalidade do *Factoring* está ligada à necessidade de reposição do

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 34ª Vara Criminal - Capital.

capital de giro da pequena e da média empresa.

O fator de compra oscila na mesma proporção do risco do crédito cedido.

O *Factoring* se diferencia do sistema bancário, dentro de seus novos e modernos conceitos, pelas suas características básicas.

O *Factoring* é uma atividade de fomento comercial, desenvolvida por empresas independentes e autônomas, caracterizada sobretudo por: aquisição de ativos (contas a receber) de micros e pequenas empresas, mediante um preço à vista, sem riscos de inadimplemento ao cedente dos créditos transferidos, sem direito de regresso contra a empresa cedente.

Há, contudo, abalizadas opiniões em contrário que admitem o direito de regresso contra a empresa cedente.

Neste sentido, entende o Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo que o contrato de *factoring* tem natureza jurídica atípica com similitudes com a cessão de crédito inter vivos de caráter oneroso e com o desconto bancário, sendo este último um contrato típico de instituições financeiras que admite o direito de regresso do banco contra a empresa cedente por envolver uma cessão *pro solvendo* de crédito.

Prossegue seu raciocínio, destacando que o art. 425 do Código Civil estabelece a licitude dos contratos atípicos, observados os Princípios Gerais de Direito e a boa-fé objetiva. Assim, pela atipicidade do contrato e diante de expressa previsão contratual, não vê o Palestrante qualquer óbice legal à estipulação contratual do direito de regresso contra a empresa cedente que, de outra sorte, encontraria amparo nos arts. 296 e 914 do Código Civil.

Contudo, para a maioria da doutrina e da jurisprudência, não é possível o estabelecimento do direito de regresso nos contratos de fomento mercantil sem a desnaturação do negócio jurídico, que seria em essência uma atividade de risco. Para tal corrente, o direito de regresso seria uma característica t pica do contrato de desconto bancário.

Evidentemente que, se não houver a possibilidade de regresso contra a empresa cedente, o risco envolvido na atividade será maior. Se houver tal possibilidade, embora menor o risco, o mesmo não desaparecerá diante da possibilidade de insolvência também da empresa cedente.

O cedente no entanto responde de qualquer forma pela existência do crédito, mas não pela solvência do devedor, dependendo do entendimento adotado.

Classifica o Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo o contrato de *factoring* como consensual, oneroso, paritário ou de adesão, comutativo com certa carga de aleatoriedade ligada a solvência do devedor cedido e bilateral. A última característica se explicaria pela possibilidade de cessão do direito creditício independentemente do consentimento do devedor cedido.

Há, porém, a necessidade da notificação do devedor do direito creditício cedido, para que o mesmo tenha ciência de quem é o credor daquela obrigação. Se, porventura, não tiver ocorrido tal notificação e vier o devedor a pagar a obrigação ao credor anterior que a recebe, nada obstante tenha cedido o direito creditício respectivo, evidentemente ficará o devedor desobrigado da obrigação sem a necessidade de repetir o pagamento ao cessionário do direito creditício que terá evidentemente, contra o endossante do crédito, direito subjetivo à reparação dos danos materiais e morais acarretados pelo recebimento indevido da obrigação.

A Jurisprudência controverte sobre a possibilidade de se exigir garantia real ou fidejussória nos contratos de compra de ativos, havendo quem a admite e quem negue tal possibilidade.

Trata-se o *Factoring*, em essência, de uma cessão *pro soluto* de direito creditício. O dinheiro decorrente da venda do direito creditício vem como insumo da atividade do endossante.

O fomento mercantil é atividade autorregulada.

A atividade do fomento mercantil ou *Factoring* ainda não conta com legislação específica que a regule, embora haja diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional.

Por isto, é de fato premente a necessidade de esforços voltados para a construção de um marco regulatório com base nas experiências hauridas no mercado, destinado a manter a estabilidade institucional e a segurança jurídico-operacional com todas as medidas cabíveis para evitar conflitos de interesses e garantir o nível de profissionalismo da atividade.

Sem dúvida, o maior desafio da história do *factoring* no Brasil foi a

edição da Circular nº 703, baixada pelo Banco Central em 16 de junho de 1982, praticamente proibindo a atividade no País.

O Tribunal Federal de Recursos, em 1986, encerrou o processo em que se discutia a legalidade da Circular nº 703 do Banco Central, nestes termos:

“Não pode o Banco Central do Brasil interferir nas funções de registro comercial, reguladas pela Lei nº 4.726/65. Estas funções competem às Juntas Comerciais, sob supervisão e orientação técnica do Departamento Nacional do Registro do Comércio. Não há confundir o registro comercial de firmas como seu funcionamento. Controle e fiscalização deste, quando implique atividades financeiras, é que cabe ao Banco Central.” (novembro/2006)

Só em 30 de setembro de 1988, a Diretoria do Banco Central com a edição da Circular nº 1359 revogou de direito a Circular nº 703 e mudou sua posição, enfatizando contudo que a atividade de *factoring* não podia ser confundida com atividade de instituição financeira definida na Lei nº 4.595/64 nem a ela se assimilar.

Com base nessas decisões, restou clara a conceituação do fomento mercantil – *factoring* como atividade cujos fundamentos são regidos basicamente pelos princípios do direito mercantil e em normas existentes em nosso País, dentre as quais:

a) Instrução Normativa nº 16, de 10/12/1986, do DNRC dispensa a aprovação prévia do Banco Central para o arquivamento de atos constitutivos de empresas de fomento mercantil;

b) Circular nº 1.359, de 30/09/1988, do Banco Central do Brasil, revoga a Circular nº 703, de 16/06/1982, e reconhece ser o fomento mercantil-*factoring* atividade comercial mista atípica que consiste na prestação de serviços conjugada com a aquisição de direitos creditórios ou créditos mercantis;

c) Resolução 2.144, de 22/02/1995, do Conselho Monetário Na-

cional, com base no art. 28 da Lei nº 8.981, de 25/01/1995, reconhece definitivamente a tipicidade jurídica própria e delimita nitidamente a área de atuação da sociedade de fomento mercantil que não pode ser confundida com a das instituições financeiras, autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil que têm por objeto a coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiros no mercado (Art. 17 da Lei nº 4.594 de 31/12/1964 e Arts. 1º e 16 da Lei nº 7.492/1986);

d) Circular 2.715 de 28/08/1996, do Banco Central do Brasil, permite às instituições financeiras a realização de operações de crédito com empresas de fomento mercantil;

Em dezembro de 1987, a sessão plenária do Conselho do UNIDROIT, composto de 33 membros de vários países, inclusive juristas, empresários e representantes de associações profissionais, aprovou as conclusões do relatório final elaborado assim como a minuta de um contrato para transações internacionais de *factoring*, que seria objeto de grande assembleia que foi proposta para realizar-se em Ottawa, capital do Canadá, em maio de 1988.

Após 14 anos de estudos, de 1974 a 1988, dentre as conclusões alcançadas, convém destacar aquela que estabelece que a operação de *factoring* deve ter como característica a continuidade e a conjugação de alguns desses serviços ou atividades:

I- prestação de serviços a pequenas e médias empresas do setor produtivo, a saber: a) acompanhamento comercial e das contas a receber e a pagar; b) exame da situação creditícia da empresa compradora dos produtos; c) seleção e avaliação dos fornecedores; d) cobrança; e) outros serviços;

II- suprimento de recursos: a empresa-cliente poderá ceder, no todo ou em parte, à empresa de *factoring* direitos (créditos) decorrentes de contratos de venda de seus produtos (venda mercantil), excluídas as transações de consumo.

III- proteção contra a falta de pagamento pelos credores.

Deve-se destacar que o documento final dessa convenção é extremamente importante, ainda que se ocupe de comércio internacional, porque

trouxe elementos e considerações oportunos e compatíveis com a realidade do *factoring* doméstico.

O Dr. Luiz Lemos Leite classifica o contrato de fomento mercantil como um contrato atípico misto, de natureza sinalagmática consensual, comutativa, onerosa e *intuitu personae*.

Entre o rígido instituto civil da cessão de crédito e as normas flexíveis do direito cambiário que possibilitam a transferência segura e ágil de títulos de crédito mediante a ação depuradora do endosso, há o contrato de fomento mercantil que obedece normas do nosso ordenamento jurídico e que não se confunde com outros contratos, sobretudo no mercado financeiro.

Entende o Dr. Luiz Lemos Leite que o contrato de fomento mercantil é um contrato atípico ou inominado, que contém elementos de várias figuras contratuais e se constitui em ato jurídico perfeito, com objeto lícito, agente capaz, de forma prescrita e não defesa em lei, de acordo com o Art. 425 do Código Civil.

São partes do contrato: a) empresa contratante endossante – cliente; b) empresa contratada endossatária – empresa de fomento mercantil; c) eventuais responsáveis solidários.

De acordo com o art. 481 do Código Civil, no contrato de fomento mercantil se consolidam os pressupostos de existência de um negócio jurídico bilateral de uma transação mercantil de venda e compra à vista, celebrado entre duas empresas inseridas na cadeia produtiva: uma vendedora (a empresa-cliente contratante) e a outra compradora (contratada), a empresa de fomento mercantil.

Há essencialmente uma relação de produção, e não de consumo, em que se agregam, de ambas as partes, valores à economia, ou seja, há circulação e geração de riqueza e de bens. Do ponto de vista econômico, uma relação recíproca de produção, em que o bem transacionado se destina para revenda e obtenção de lucro.

O fomento é uma atividade dicotômica exercida regularmente entre duas empresas e tem por finalidade precípua oferecer serviços de suporte e apoio gerencial e, ao mesmo tempo, comprar direitos creditórios, origi-

nados do faturamento das vendas mercantis efetuadas por suas empresas-clientes, que constituem bens móveis corporificados em títulos de crédito – recebíveis.

Esses bens móveis constituem a mercadoria das empresas de fomento mercantil. A empresa cliente vende à vista o bem móvel, representado pelo título de crédito e a empresa de fomento mercantil os compra à vista, em dinheiro – caixa. É portanto uma compra e venda à vista em que há o objeto, a coisa e o preço. Não sendo uma operação de crédito, não cabe a cobrança de juros.

Essa transferência de titularidade se opera mediante o endosso translativo sendo responsável pelo seu pagamento o sacado devedor. A empresa endossante não pagará a obrigação corporificada no título no vencimento, mas sim o sacado que é o devedor da operação. O contrato-mãe regula os direitos e obrigações das partes. No dia-a-dia usa-se o termo aditivo ao contrato-mãe, em que consta o borderô e os demais elementos da operação.

A atividade do fomento mercantil se insere dentre as contempladas pelos arts. 67 e 84 da Lei de Falências como extraconcursal, o que lhe confere o direito de recuperar antes dos credores concursais os aportes financeiros realizados durante a recuperação judicial de uma empresa, em caso de insucesso da mesma e de conversão em falência.

O objetivo da norma legal é estimular e atrair investimentos, barateando o crédito e capitalizando a empresa que, assim, terá maiores chances de se recuperar e pagar os demais credores.

Segundo entendimento do Min. Luis Felipe Salomão, o contrato de fomento mercantil seria caracterizado por ser aleatório, facultativo, oneroso, consensual, bilateral, não formal, nominado, comutativo, adesivo, não envolvendo relação de consumo e não admitindo, *em regra*, o direito de regresso contra o cedente do crédito.

Entende portanto o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 296 do Código Civil que, em regra, não há o direito de regresso frente ao cedente (a transferência do crédito ocorre *pro soluto* valendo como pagamento) e qualquer cláusula em contrário seria nula.

No que concerne à responsabilidade civil entre cedente e cessionário-

rio, entende-se que o cedente responde em regra pela existência do crédito ao tempo da cessão, o qual deveria ter origem lícita, representar uma efetiva venda ou prestação de serviço (duplicata ou cheque), não estar prescrito, não ter suspensa sua exigibilidade e, finalmente, não haver pendência de condição para o cumprimento da obrigação respectiva.

O STJ, ao julgar o REsp 992421/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 12/12/2008, entendeu que:

“1- O contrato de *factoring* convencional é aquele que encerra a seguinte operação: a empresa-cliente transfere, mediante uma venda cujo pagamento dá-se à vista, para a empresa especializada em fomento mercantil, os créditos derivados do exercício da sua atividade empresarial na relação comercial com a sua própria clientela – os sacados, que são os devedores na transação mercantil; 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 mobiliário, exonerando-se o endossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; (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.”

Já no julgamento do REsp 820672/DF, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 06/03/2008, DJe 01/04/2008, o entendimento foi diverso, a saber: “Salvo estipulação em contrário expressa na cártula, a endossante-faturizada garante o pagamento do cheque à endossatária-faturizadora (Lei do Cheque, Art. 21)”

A mesma Corte, ao julgar o REsp 1048341/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 09/03/2009 entendeu que “as empresas de *factoring* não se enquadram



no conceito de instituições financeiras, e por isso os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, nos termos da Lei de Usura.”

Outro julgamento interessante proferido pelo STJ se deu no REsp 434433/MG, Rel Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 25/03/2003, DJ 23/06/2003, p. 378 onde se entendeu que

“A autonomia do cheque não é absoluta, permitida, em certas circunstâncias especiais, como a prática de ilícito pelo vendedor de mercadoria não entregue, após fraude notória na praça, a investigação da causa subjacente e o esvaziamento do título pré-datado em poder de empresa de *factoring*, que o recebeu por endosso.”

Finalmente, no julgamento do REsp 43914/RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 28/11/1995, DJ 04/03/1996, p. 5402, entendeu o STJ que “frustrada a expectativa do cessionário de títulos, por força do contrato de *factoring*, de receber o respectivo valor, por ato imputável ao cedente, fica este responsável pelo pagamento.”

Como se percebe, a jurisprudência ainda é bastante dissonante quanto ao tema do fomento mercantil, especialmente no que se refere as obrigações, direitos e responsabilidades jurídicas nele envolvidas, o que reafirma a necessidade de um diploma legal que estabeleça claramente seus parâmetros e efeitos para as partes e terceiros interessados. ◆