

FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

HELLEN BEATRIZ RODRIGUES MONTEIRO

GARANTIAS REAIS E PESSOAIS NO *FACTORING*

UBERABA – MINAS GERAIS

2015

HELLEN BEATRIZ RODRIGUES MONTEIRO

AS GARANTIAS REAIS E PESSOAIS NO *FACTORING*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade Presidente Antônio Carlos de Uberaba Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Dr. Carlos Eduardo do Nascimento

UBERABA – MINAS GERAIS

2015

M757g

MONTEIRO, Hellen Beatriz Rodrigues.

Garantias Reais e Pessoais no Factoring /

Hellen Beatriz Rodrigues Monteiro. - 2015.

55p.

Orientador: Carlos Eduardo do Nascimento.

Trabalho de Conclusão de Curso - Fundação Presidente
Antônio Carlos - Uberaba, 2015.

Catálogo na Publicação: Elaine Lúcia de Oliveira – CRB6/3281

HELLEN BEATRIZ RODRIGUES MONTEIRO

AS GARANTIAS REAIS E PESSOAIS NO *FACTORING*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade Presidente Antônio Carlos de Uberaba Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 03/12/2015.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Me. Dr. Carlos Eduardo do Nascimento

Examinadora Professora Rossana Cussi Jerônimo.

Examinador Professor Paulo Henrique Delladona.

Dedico primeiramente a Deus, autor da minha existência, por ser essencial em minha vida, meu guia, amparo, aquele que deu sustento, coragem e força por toda minha vida acadêmica principalmente nos momentos de dificuldades e de maior solidão.

AGRADECIMENTO

Agradeço a todo corpo docente pela dedicação e desempenho em aulas ministradas, a nossa querida Zilma que tanto nos auxiliou por todo tempo de estágio e em especial meu orientador que apesar de pouco o tempo que lhe coube, desempenhou seu papel com perfeição, me dando o suporte necessário, suas correções que muito agregaram para a conclusão deste trabalho e pelas observações que serviram de incentivo.

Agradeço a meu esposo e as minhas filhas que apesar de toda minha ausência tiveram compreensão e muito me ajudaram para que fosse possível a construção deste trabalho.

No fundo temos mais medo às palavras, do que às coisas que elas representam e isso nos tem levado a equívocos tremendos.

ÉRICO VERÍSSIMO

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo pesquisar, analisar e compreender por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial a aplicação das garantias reais e pessoais nas operações do *Factoring*. Identificar a importância e o benefício do reconhecimento das garantias nas operações de *Factoring* no Brasil, para que tal atividade efetive a sua finalidade econômica e social. Pontuar e esclarecer a importância do embasamento legal na atividade do *Factoring* para aprimorar a prestação de serviço e sua relevância sócio-econômica, auxiliando o segmento de pequenas e médias empresas a expandir seus ativos e vendas.

Palavra Chaves: *Factoring*, garantias pessoais e reais.

ABSTRACT

This paper aims to research, analyze and understand through doctrinal and jurisprudential research the application of real and personal guarantees in *Factoring* operations. Identify the importance and benefit of the recognition of collateral in *Factoring* operations in Brazil, so that such activity effective its economic and social purpose. Rate and clarify the importance of the legal basis in *Factoring* activity to improve service delivery and its socio-economic importance, helping the segment of small and medium enterprises to expand their assets and sales.

Key word: *Factoring*, personal and real guarantees.

LISTA DE ABREVIATURA

ANFAC – Associação Nacional de *Factoring*

FEBRAFAC – Federação Brasileira de *Factoring*

SINFACs – Sindicato Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil

COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras

BACEN– Banco Central

NCC– Novo Código Civil

CND– Certidão Negativa de Débito

PL – Projeto de Lei

PLS– Projeto de Lei do Senado

SDE - Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça

GLOSSÁRIO

As denominações e expressões mais utilizadas na prática do *Factoring* são: *Factoring*-¹palavra inglesa, tem origem do latim do verbo *facere* (fazer), significando aquele que faz, ²desenvolve, fomenta uma atividade,³ também conhecida como fomento comercial, fomento mercantil e faturização,⁴ que são atos que envolvem a cessão de créditos, antecipação de recursos e prestação de serviços, conjugados ou separadamente, a título oneroso, entre duas pessoas jurídicas, faturizador e faturizado. E para os romanos é o agente comercial, o sufixo *ing* deriva do inglês que unido a fator entende-se fazendo ou agindo.

Fator – É o deságio (diferencial ou comissão) entre o valor de face do título cedido e o pagamento feito pela empresa de *Factoring*.

Factor ou Faturizador -⁵ é a empresa de *Factoring* denominada *Factoring*, faturizador, contratado-faturizador, cessionário, endossatário.

Faturizado - é o cliente do *Factoring* conhecido como contratante-faturizada, cedente, endossante, emitente-sacadora.

Recompra- é o ato pelo qual o faturizado (cliente) compra os títulos que cedeu para o faturizador. O motivo da recompra deverá estar estipulado no contrato. Podendo ser, obrigatório ou necessário, nos casos de vício nos títulos ou descumprimento contratual e voluntário ou opcional, nos casos de arrependimento ou desistência.

Ad valorem- essa expressão, quer dizer segundo valor, pelo valor de face do título. Na prática de *Factoring* conhecida como remuneração pelos serviços contratados.

Contrato-mãe- É o contrato principal de fomento mercantil, onde o faturizado estipula com o faturizador a maioria das condições e regras estabelecida entre eles. Para que haja validade perante terceiros, deverá ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos ou de Registro Público (art. 135 e 1067 do CC de 1916 e arts. 221 e 288 do novo CC). Devendo ser assinado pelas partes signatárias e duas testemunhas.

¹Fran Martins, nota n° 238, na obra Contratos e obrigações comerciais, p. 470, a respeito da discussão apresentada por Jean Gerbier, *Le Factoring*. Paris, Dunod, 1970, p. 5, sobre a tradução desse termo no direito francês, tendo sido sugeridos os termos *facturerie e factorage*, ficando o contrato, entretanto, conhecido como *Factoring*.

²RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 15.

³LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*, 6ª ed., Ed. Atlas, p. 26.

⁴COMPORATO, Fábio Konder. “*Factoring*”, in Revista de Direito Mercantil, n° 6, 1972, p. 59. Ed. Revista dos Tribunais.

⁵LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*, Ed. Atlas, 7ª ed. 2001, p. 28, explica que “o substantivo latino fator, *is*, da terceira declinação, tem seu radical no supino do verbo *facere*, cujos tempos primitivos são: *facio, facis, feci, factum*, que significa agir, fazer, desenvolver e fomentar. *Factor*, portanto, quer dizer aquele que faz alguma coisa, desenvolve ou fomenta uma atividade.”

Aditivo - Ele é um instrumento utilizado para documentar as operações de crédito e as prestações de serviços é também uma alteração, re-ratificação ou prorrogação do “Contrato-mãe” é genérico, não especifica as operações. (art. 1.093 do Código Civil).

Spread - é a diferença entre o que os bancos pagam na captação de recurso e o que cobram ao conceder um empréstimo para pessoa física ou jurídica. Neles são embutidos também os impostos IOF e CPMF. “MARGEM”

Funding - É a consolidação financeira das dívidas de curto prazo num prazo adequado à maturação do investimento e sua amortização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 <i>FACTORING</i> E SUA EVOLUÇÃO.....	15
1.1 HISTÓRICO.....	15
1.2 CONVENÇÃO DE OTTAWA	17
1.3 <i>FACTORING</i>	19
1.4 CRIAÇÃO DO ANFAC E FEBRAFAC.....	23
1.5 FUNÇÃO SOCIAL DO <i>FACTORING</i>	26
1.6 FUNÇÃO SOCIO-ECONÔMICA DAS GARANTIAS	27
1.7 FATURIZADORA-ENDOSSATÁRIA	27
1.8 FATURIZADA-ENDOSSANTE	28
1.9 SACADORA-DEVEDORA	28
2. GARANTIAS.....	29
2.1 INTRODUÇÃO ÀS GARANTIAS	29
2.2 AS GARANTIAS NO CONTRATO DO <i>FACTORING</i>	29
2.3 DIREITO DE REGRESSO	34
2.4 IMPORTÂNCIA E ESPECIALIDADES DAS GARANTIAS.....	36
2.5 GARANTIAS PESSOAIS.....	38
2.6 GARANTIAS REAIS.....	40
3. DOCTRINA	42
3.1 GARANTIAS PESSOAIS NO <i>FACTORING</i>	42
3.3 GARANTIAS REAIS NO <i>FACTORING</i>	43

3.4 GARANTIAS EM FAVOR DO ENDOSSANTE - VÍCIO	44
3.5 GARANTIAS EM FAVOR DO ENDOSSANTE – INADIMPLÊNCIA DO DEVEDOR PRINCIPAL	44
3.6 GARANTIAS EM FACE DO SACADO / DEVEDOR.....	44
3.7 AS GARANTIAS NAS RENEGOCIAÇÕES DE DÍVIDA	45
3.8 AS DIFICULDADES PARA FORMALIZAÇÃO DAS GARANTIAS REIAS.....	45
4. COAF.....	47
5. JURISPRUDÊNCIA	48
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O Fomento Mercantil no Brasil é conhecido por *Factoring*, uma alternativa para fomentar vendas, resolver problemas de captação de recursos para pequenas e médias empresas, reduzindo os riscos de insolvência, garantindo a liquidez dos ativos, dos efeitos comerciais, dos direitos creditórios e faturamento de bens e serviços.

Portanto, não se pode fechar os olhos para a realidade do mercado brasileiro, um mercado interno com grande característica de oscilações, em curto espaço de tempo. E permitir que o segmento do *Factoring*, fique sujeito às crises mercadológicas. Ficar inerte a esta situação é o mesmo que consentir com a extinção de uma das fontes incentivadoras da atividade mercantil.

Atividade do *Factoring* sempre enfrentou divergências e visões distorcidas, por parte da sociedade, doutrinadores e aplicadores do direito, devido à similaridade com bancos e agiotas causando para o *Factoring* problemas de cunho conceitual, executório e judicial.

O trabalho além de pesquisar, analisar, compreender as possibilidades e a importância do uso das garantias pessoais e reais nos contratos de fomento Mercantil, irá demonstrar as modificações e evolução do *Factoring*, apresentará as diferenças entre tais atividades buscando, desmistificar a ideia distorcida aos olhos da sociedade, doutrinadores e operadores do direito, trazendo tanto desconforto para a atividade do *Factoring*. Mostrará a importância da atividade para a economia e o sustento que proporciona para as pequenas e médias empresas.

Depois de um breve histórico, será definida a atividade do *Factoring*, apresentando sua finalidade e descrevendo sua evolução no entendimento dos tribunais. E as conclusões que levaram alguns desembargadores a admitir o uso das garantias nas operações do *Factoring* apesar de não existir um embasamento legal. Trata-se, portanto, de um marco profissional associado ao aprendizado do Direito.

1 **FACTORING E SUA EVOLUÇÃO**

1.1 **HISTÓRICO**

No período neo-babilônico o Código de Hamurabi foi o instrumento que emergiu a concepção dos bancos e as atividades comerciais de relações creditícias, dentre elas o *Factoring*. Passado este período o *Factoring* difundiu com os fenícios, etruscos, gregos, romanos e outros que movimentavam o comércio no Oriente Médio e Mediterrâneo.

Os Romanos que constituíram o maior império da História utilizavam a prática de expandir e manter o domínio do comércio valendo-se da figura do *Factor*. Comerciante próspero e conhecido que ficava encarregado de promover o comércio local, prestava informações creditícias dos comerciantes, recebiam e armazenavam mercadorias de outras localidades, fazia cobrança em troca de uma remuneração (comissão).

O *factor* era o agente comercial ou mercantil com a missão de facilitar e garantir bons negócios. Após o declínio do Império Romano, a prática difundiu pela Idade Média, entre os países do mediterrâneo, e em seguida, a Espanha, Holanda, Inglaterra, Veneza e Portugal, países que marcaram o descobrimento marítimo e fizeram uso da mesma prática.

O *Factoring* ancorou nos Estados Unidos, no século XVI, com o surgimento de colônias na América do Norte. Os ingleses começaram a promover atividade comercial, com o *factor*, que desenvolvia um papel importante entre as colônias e a metrópole. O *factor* era o sujeito de experiência e confiança, guardava produtos da indústria têxtil e manufaturados, oriundos da Inglaterra em troca de comissão. Com o tempo, começou a distribuir mercadorias, mais tarde, garantia a compra antecipada de produtos antes de efetivar as vendas.

A Declaração da Independência Americana, fez com que o *factor* ampliasse suas funções, já que o governo criou medidas protecionistas para indústria local, dificultando o ingresso de produtos europeus no país. E ainda restringindo o crédito das indústrias americanas, pois as mesmas não se dispõem de recursos e patrimônio para oferecer em garantia aos bancos.

É sabido que de forma geral, os institutos com o transcorrer do tempo se alteram, aprimoram e se ajustam à nova realidade e com o *Factoring* não foi diferente. Foi aí que o *Factoring* incorporou em sua atividade, a compra de créditos de vendas, antes mesmo de serem concretizadas as vendas. Concepção muito próxima da que vem sendo adotando atualmente nos maiores mercados mundiais, ou seja, prestação de serviço coligada com a compra de créditos provenientes de vendas mercantis.

Os Estados Unidos foi o palco de maior transformação do instituto do *Factoring*, e onde surgiu em 1808 a primeira sociedade de *Factoring* do mundo. Em 1954, surge o *Uniform*

Commercial Code, - código adotado por todos os Estados Americanos, exceto *Lousiana*, que já continha em suas normas, dispositivos que poderiam ser aplicáveis no *Factoring*. Na década de 60, o instituto se desenvolve na Europa com a mesma formatação Americana, e foi ganhando espaço e aumentando a concorrência bancária.

Até que 1974 o Conselho do *UNIDROIT* (*Institut International Pour l'Unification Du Droit Privé*), que estuda os contratos na área comercial, resolveu incluir os contratos de *Factoring*, com vista de elaborar normas uniformes. Quando em 1987 a sessão plenária do Conselho *UNIDROIT*, com 33 membros de vários países, inclusive juristas e associações profissionais, aprovou conclusão de relatórios e minuta de um contrato para transações internacionais de *Factoring*, que seria objeto a ser apresentado em grande assembleia em *Ottawa*, no Canadá em 1988. A Convenção diplomática de *Ottawa*, com base nas conclusões dos relatórios, no período de 14 anos, sobre vários aspectos do *Factoring*, aprovou em 28/05/1988, um contrato de *Factoring* destinado a negócios entre países.

Com o desenvolvimento mundial, ficou clara a carência de créditos, principalmente para pequenas e médias empresas, o que permitiu a expansão do *Factoring*, com a tentativa de suprir a necessidade do mercado. Tanto que, hoje é praticado em mais de 55 países, sendo de relevante importância para o fomento comercial, já que, o comércio depende de crédito para sua permanência e funcionamento.

Nas pesquisas feitas surgiram divergências até em relação ao período de surgimento do instituto. Como se não bastasse tantas controvérsias já sobre a sua regulamentação.

Para Willians Hillyer⁶, Luiz Lemos Leite⁷, Luiz Alexandre Markusons⁸ e Jacobo Leonis⁹ na cultura neo-babilônica, há aproximadamente 2000 AC, surgiu uma modalidade de *Factoring* em que alguns comissários garantiam a cobrança em troca de pagamento, chamado de comissão.

Para Fran Martins¹⁰, a origem do *Factoring* ou faturização remonta a mais longínqua antiguidade quando, na Grécia e Roma, comerciantes incumbiam agentes, disseminados por diversos lugares, a guardar e vender mercadorias de sua propriedade.

Arnaldo Rizzardo¹¹ discorda e afirma que:

⁶*Keys to business Cash. Origin of Factoring. Traced back to ancient babylon. Barron's, October, 20, 1941.*

⁷*Factoring no Brasil. 3. Ed., São Paulo-SP: Atlas, 1995, p. 17-19.*

⁸*Factoring. Livraria do advogado, 1997, p. 16.*

⁹O contrato de *Factoring*. RF/253.

¹⁰Contratos e obrigações comerciais. 7. ed., Rio de Janeiro-RJ: Forense, 1984, p.549.

¹¹*Factoring. São Paulo-SP: Revista dos tribunais, 1997, p. 20.*

Verifica-se, como se vê, uma confusão do *Factoring* com uma simples garantia. Procura-se encontrar em figuras jurídicas ou formas contratuais próximas, talvez semelhantes, à origem da *Factoring*. Isto especialmente naqueles negócios que apareceram com o desenvolvimento do comércio e o começo da industrialização, quando as mercadorias eram distribuídas a comissários ou representantes, encarregando-se eles de efetuar os pagamentos, ou adiantá-los, e até a efetuar as cobranças. Esta prática de operações foi muito desenvolvida, mas com o significado de os produtores faturarem as mercadorias ou consigná-las, e não como um tipo de transação monetária, em que se negociam os títulos das vendas para conseguir imediata liquidez.

O *Factoring* surgiu, na antiguidade com o “Código de Hamurabi” e apesar de conservar elementos de sua estrutura básica, como a confiança para troca de créditos, hoje apresenta em sua definição, características diferentes. Os institutos com o decorrer do tempo sofrem alterações, se aprimoram, se moldam à realidade e com o *Factoring* não foi diferente.

Diante deste breve histórico, verifica-se e confirma-se que o Instituto do *Factoring* teve uma evolução significativa de acordo com a realidade de cada momento, passando de um contrato de consignação de mercadorias, com a obrigação de comercialização e administração, para serviços agregados de gestão de créditos, administração de contas, seleção de riscos, análise de clientes, assessoria contábil, cobrança de dívidas, e é claro, fornecimento de recursos através de compras de créditos decorrentes de vendas mercantis.

Portanto, mesmo com todas as divergências em relação ao período de surgimento e a prática diversificada das operações, sua finalidade sempre consiste em expandir o comércio, a indústria e alavancar a economia.

1.2 CONVENÇÃO DE OTTAWA

A Convenção Diplomática de Ottawa, preparada pelo *Unidroit* (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado) e já mencionada em nosso histórico, adotou em uma de suas convenções as matérias sobre *Leasing* Internacional e *Factoring* Internacional. A Convenção aconteceu no período de 09 a 28 de Maio de 1988, com a participação de 55 países. Tal Convenção esteve aberta do dia 28 de Maio de 1988 até 31 de dezembro de 1990, para assinatura.

O objetivo da Convenção é reger os contratos âmbito internacional, proporcionando um equilíbrio nos negócios entre países. Reconhecendo o importante papel a ser cumprido pelo Instituto do *Factoring* para o comércio internacional, procurou adotar normas uniformes para se obter uma estrutura legal, facilitando o *Factoring* internacional e favorecendo um equilíbrio de interesses para as partes envolvidas. Acordaram conforme segue:

Art. 1- 1. Esta Convenção rege os contratos de *Factoring* e a cessão de valores a receber conforme descritos neste capítulo.

Nos termos da Convenção, encontra expresso no seu art. 1 -2, (b) claro as funções a que deve desempenhar o faturizador em suas relações contratuais. O faturizador deverá desempenhar no mínimo duas funções das quatro estabelecidas.

Art. 1 – 2. Para as finalidades desta Convenção, o contrato de *Factoring* refere-se ao contrato concluído entre uma parte (o fornecedor) e outra (o representante), nos termos do qual:

- (a) O fornecedor possa transferir ou irá transferir ao representante os valores a receber provenientes de contratos de vendas de bens celebrados entre o fornecedor e seus clientes (devedores) diferentes daqueles para a venda de bens, adquiridos principalmente para seu uso pessoal, familiar ou residencial;
- (b) O representante deverá desempenhar no mínimo duas das seguintes funções:
 - financiamento ao faturizado, incluindo empréstimo e pagamentos adiantados;
 - manutenção de contas relativa a valores a receber;
 - cobrança dos valores a receber;
 - proteção contra inadimplemento do pagamento pelos devedores, (Cessão pro solvendo com direito de regresso).
- (c) Deverá ser entregue aviso aos devedores referente à cessão de valores a receber.

Na Convenção Diplomática de Ottawa- Maio / 88, foi aprovada, a seguinte definição para o *Factoring*:

Factoring é a prestação contínua de serviços de alavancagem mercadológica, de avaliação de fornecedores, clientes e sacados, de acompanhamento de contas a receber e de outros serviços, conjugados com a aquisição de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, realizadas a prazo.

A convenção deixa aos países a ela signatários, a liberdade de excluir sua aplicação, possibilitando assim que cada um tenha sua legislação própria não criando nenhum obstáculo. Um exemplo é a Itália, que mesmo sendo signatária da Convenção de *Ottawa*, possui uma legislação própria admitindo o direito de regresso nos contratos e operações do *Factoring*.

O Brasil apesar de ter participado das duas Convenções (*Leasing* e *Factoring*), não assinou, nem ratificou e não aderiu à Convenção de Ottawa, assinando apenas a ata de reunião. O embaixador Marcos Coimbra foi o representante do Brasil nas duas convenções, porém não possuía poderes para assinar como signatário a Convenção de Ottawa¹².

¹² Disponível em: < Fonte: Ministério das Relações Exteriores (Itamaraty) > Acesso em: 15 Nov. 2015.

1.3 FACTORING

Instituto relativamente novo no Brasil do qual obteve uma evolução significativa. Seu início foi na década de 80, tem como finalidade econômica e social, auxiliar segmentos de pequenas e médias empresas a expandir seus ativos e vendas, para se evitar um endividamento.

Factoring é uma parceria entre duas empresas. Uma relação contratual em que o faturizado (industrial ou comerciante) cede ao faturizador (*Factoring*), parte ou o todo de seus créditos, provenientes do resultado de suas vendas mercantis. Esta relação jurídica favorece de forma considerável, as pequenas e médias empresas.

É o fomento mercantil, que possibilita o crescimento dos ativos e das vendas de seus parceiros, transformando seus créditos mercantis a prazo, em créditos à vista. Ele tem várias modalidades, atua também como consultora e prestadora de serviços de conciliação de contas a pagar e recebíveis, avalia créditos aos fornecedores, clientes e sacado. Trata-se de um contrato celebrado entre empresas, principalmente as com carência de crédito junto aos bancos, surgindo assim uma sociedade “*Factoring*”.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I- Agente capaz;
- II- Objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III- Forma prescrita ou não defesa em lei.

Devido sua complexidade, suas definições até hoje sofrem divergências. Em uma das vertentes doutrinadores e juristas limitam e engessam a prática das garantias nos contratos e operações do *Factoring* e em outra conceitua com flexibilidade, considerando toda a evolução da atividade em conjunto com a necessidade econômica e social do momento.

Na vertente que engessa encontramos a lição do Mestre Arnoldo Wald:¹³

O contrato de *Factoring*, ou de faturização, consiste na aquisição, por uma empresa especializada, de créditos faturados por um comerciante ou industrial, sem direito de regresso contra o mesmo. Assim, a empresa de *Factoring*, ou seja, o *factor* assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor, recebendo uma remuneração ou comissão, ou fazendo a compra dos créditos com redução ao valor dos mesmos.

Apresentando uma flexibilidade a doutrina de Fran Martins¹⁴,

O contrato de faturização ou *Factoring* é aquele em que um comerciante cede a outros os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração.

¹³Apud. Curso de Direito Civil, vol. II, Ed. Revista dos tribunais, 1992, p. 466.

¹⁴MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1990. P. 469

Para Arnaldo Rizzardo¹⁵, pode-se afirmar que o *Factoring* é; uma relação jurídica entre duas empresas, em que uma delas entrega à outra um título de crédito, recebendo, como contraprestação, o valor constante do título, do qual se desconta certa quantia, considerada a remuneração pela transação.

Neste mesmo sentido definem os mestres Caio Mario da Silva Pereira¹⁶ e Maria Helena Diniz¹⁷, *Factoring* é:

Aquele em um industrial ou comerciante (faturizado) cede a outro (faturizador), no todo ou em parte, os créditos provenientes de suas vendas mercantis a terceiros, mediante o pagamento de uma remuneração; ou consiste no desconto sobre os respectivos valores, ou seja, conforme o montante de tais créditos. E um contrato que se liga à emissão e transferência das faturas.

Nobres Juristas exprimem sob apenas uma modalidade – a convencional. Dizendo que *Factoring* é em a cessão de crédito cumulada com prestação de serviço, o que para Guillamón¹⁸ é muito pouco ou praticamente nada, diante das várias modalidades que o constitui.

Luiz Lemos Leite¹⁹, o maior especialista na área do *Factoring* no Brasil e presidente da ANFAC (Associação Nacional de *Factoring*), traz como definição:

O *Factoring* é uma atividade complexa, cujo fundamento é a prestação de serviços, ampla e abrangente, que pressupõe sólidos conhecimentos de mercado, de gerência financeira, de matemática e de estratégia empresarial, para exercer suas funções de parceiros, dos clientes. O sentido da parceria é essencial ao exercício efetivo do '*Factoring*'. Como em tantas oportunidades, insisto em repetir que '*Factoring*' não é empréstimo. Não é desconto de duplicata. Não é compra de faturamento. *Factoring* é *Factoring*, porque é muito mais.

O projeto de autoria do Senador José Fogaça define *Factoring* como:

A prestação contínua e cumulativa de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, de gestão de crédito, de seleção de riscos, de acompanhamento de contas a receber e a pagar e outros serviços, conjugada com a aquisição '*pro soluto*' de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis, a prazo, ou de prestação de serviços.

¹⁵Ob. cit., p. 11.

¹⁶Esta é definição de Caio Mario Silva Pereira: “Pelo *Factoring* ou faturização, uma pessoa (factor ou faturizador) recebe de outra (faturizado) a cessão de créditos oriundos de operações de compra e venda e outras de natureza comercial, assumindo o risco de sua liquidação. Incumbe-se de sua cobrança e recebimento...” in “A Nova Tipologia Contratual no Direito Brasileiro”, RF 281/12.

¹⁷**DINIZ**, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**, Ed. Saraiva, S. Paulo, 4ª ed., 1993, p. 57.

¹⁸Juan Roca Guillamón, El Contrato de '*Factoring*' y su Regulación por El Derecho Privado Espanõl, Espanha, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales do Derecho Reunidas, 1977, p. 25, apud Newton De Lucca, ob. cit., p. 37.

¹⁹“*Factoring is a simple form of commercial finance in which a small business, which can't qualify for more conventional financing, sells its accounts receivable (invoices), representing money due from its business/ governmental customers for the sale of its goods and/ or services, to a factor or Factoring company, at a discount from face value so that it does not have to wait the normal 30-90 days for its invoices to be paid. In short, Factoring helps a small business speed up its cash flow, thereby enabling it to more readily pay its current obligations and grow*”.

As definições do presidente da ANFAC (Associação Nacional de *Factoring*), Luiz Lemos Leite e a do autor do projeto de Lei 230/95 o Senador José Fogaça são mais abrangentes. Apesar de evidente o equívoco do legislador e a divergência doutrinária, pois, não se trata apenas de compra *pro-soluto* de créditos mercantis, mas de um conjunto de serviços prestados às empresas cedentes, tornando além de um contrato entre empresas jurídicas, uma relação de confiança, efetivando assim o fomento da atividade econômica, possibilitando uma elaboração atualizada em suas vendas mercantis.

Acreditava-se ser uma atividade creditícia de prospecto bancário, com autorização do Banco Central do Brasil. Mas nos últimos anos o que ocorre são empresas que adquirem crédito de outras empresas ou de pessoas físicas. Não é financiamento, é a compra de título, pagando por ele valor do risco no empreendimento, conforme a condição de solvabilidade do devedor.

O Projeto de Lei 230/95 foi aprovado na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado e se encontra na Comissão de Constituição e Justiça da mesma casa. E independente Luiz Lemos Leite encaminhou o ofício Nº 163/99, em 04 de agosto de 1999, ao Deputado Federal Celso Russomano, sugestões para o projeto de lei sobre o fato de que as mutações da economia e a dinâmica dos negócios indicam a necessidade da atualização.

- Vedando as sociedades de fomento mercantil adquirir créditos de entidades de administração pública direta, indireta e funcional dos Poderes da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, nem intermediar a negociação de títulos públicos ou privados.
- Sugeriu também que o Conselho Federal de Fomento Mercantil teria sua organização, estrutura e funcionamento regulados em assembleia geral da categoria profissional do *Factoring* assim vedando o vínculo como Administração Pública ou qualquer intervenção sendo apenas órgão consultivo.
- Dentre as competências, autorizar o funcionamento das sociedades de fomento mercantil e a de fiscalizar as atividades a ela relacionadas sendo responsáveis por arquivar por processos eletrônicos, os contratos celebrados pela sociedade para validade perante terceiros.
- Exigir o diploma do curso da ANFAC, para a permissão do exercício da profissão de agente de fomento mercantil e das atividades das sociedades de fomento mercantil. E ainda as devidas sanções às pessoas físicas e jurídicas que atuarem sem a devida licença.

Este é o *Factoring*, instituto que vem expandindo no Brasil nas 2 (duas) últimas décadas, versando sobre aquisição ou compra de crédito, ativos financeiros de empresas comerciais ou industriais, o fomento mercantil, assessoria empresarial em gestão de crédito, administração de contas a receber e planejamento de políticas creditícias.

O *Factoring* encontra disciplinado no âmbito positivo pela Resolução nº 2.144, do Banco Central, de 22 de Fevereiro de 1995, esse dispositivo foi um marco para a admissão do *Factoring* como atividade lícita no Brasil, perante o sistema jurídico e conceituado na Lei 8.981/95 na alínea ‘c. 4’, do parágrafo 1º, do artigo 28:

Art. 28, § 1º, ‘c. 4’ - A atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de créditos, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber e compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços

Factoring é forma simples de financiamento comercial para atender pequenos e médios comerciantes que não conseguem financiamento convencional, e vendem suas contas a receber decorrente de vendas mercantis e serviços, mediante desconto em face do valor do título, de forma que não precise esperar o prazo de 30, 60 dias e também tem forma complexa diante da amplitude de serviços que disponibiliza para auxiliar seus clientes.

O *Factoring* antecipa o aumento do capital de giro à capacidade de pagamento de suas obrigações proporcionando assim o resultado fim da empresa cliente. Exerce sua atividade envolvendo três pessoas distintas: a sociedade de *Factoring*, que é a faturizadora que presta serviços e adquire os créditos do cedente; empresa-cliente, ou seja, a faturizada que cede os créditos e a sacadora-devedora que deverá pagar o título de crédito negociado pela faturizada com a sociedade de *Factoring*.

As modalidades praticadas na atividade do *Factoring* são:

- a) Convencional: Conjugação de serviços e compras de direitos creditórios, resultantes de vendas mercantis, esta é a modalidade mais utilizada em nosso país.
- b) *Trustee*: Serviço de acompanhamento de contas a receber e a pagar (é aberta uma conta bancária em nome da faturizada e o *Factoring* administra) e presta contas mensalmente sobre contas a receber e pagas.
- c) Fomento à produção: O *Factoring* apoia aquisição da matéria prima para viabilizar o processo produtivo. Ele efetua o pagamento da matéria prima para o fornecedor e o cliente cedente paga através de títulos a prazo após a conclusão de um serviço ou produto.

- d) O fomento mercantil tem participação na indústria da construção civil, atendendo empresas de serviços que atuam no segmento. A construção civil tem um efeito imenso na economia. A cadeia produtiva que gera a construção civil é extensa podemos citar: indústria ceramista (azulejo, piso, louça), granito, vidro, aço, ferro, madeira, assoalho, móveis, cal, cimento, concreto, tinta, elevador, esquadria e outras. Na prestação de serviço temos: eletricidade, tubulação, marcenaria, alvenaria, azulejista e corretores (cadastrados no CRECI) que recebem sua corretagem a prazo, etc.

As operadoras de *Factoring* tornaram-se novas empresas comerciais no contexto econômico e passaram a contribuir com pequenas e médias empresas que dela se utilizam para o fomento mercantil de suas atividades e ainda provocando aumento de empregos, aumento de renda, aumento de arrecadação de tributos, e enfim, alavancando o ciclo produtivo como um todo.

Factoring é uma atividade comercial mista atípica = serviços + compra de créditos (direitos creditórios) resultantes de vendas mercantis. É o fomento mercantil que expande os ativos de empresas clientes, que agregam no aumento de suas vendas, transformando vendas a prazo em à vista, evitando endividamento.

1.4 CRIAÇÃO DO ANFAC E FEBRAFAC

O *Factoring* como qualquer outra atividade comercial passou por alterações e problemas que maculavam a imagem do Instituto *Factoring* no país. Um exemplo é a agiotagem, com a cobrança de juros abusivos e garantias extorsivas na compra de um título, deturpando a imagem do *Factoring*, às vezes vinculando sua atividade à prática do agiota e as atividades bancárias.

Devido à similaridade entre as atividades é extremamente importante pontuar suas diferenças com o *Factoring*. Agiota, é a pessoa física que cobra juros e garantias abusivas e extorsivas e não exerce uma atividade regulamentada, caracterizando uma atitude ilícita diante das normas estabelecidas para instituições financeiras.

A atividade bancária é financeira e intermedia recursos de terceiros, poupança, empréstimo e financiamentos. Sua remuneração é através de juros, sua atividade é regulamentada pelo Banco Central, sua carteira de clientes é composta de pessoas físicas e jurídicas.

Devido essa visão distorcida quanto à atividade do *Factoring* e atividades similares, a ANFAC (Associação Nacional do *Factoring*) resolveu lutar por uma regulamentação, encaminhando um projeto de lei ao Congresso Nacional e sugerindo a criação de um órgão fiscalizador das atividades relacionadas ao fomento mercantil. Luta esta, que resultou no Projeto de Lei nº 230/95, de autoria do Senador José Fogaça.

ANFAC é a Associação Nacional de *Factoring* criada em 11 de Fevereiro de 1982, sem fins lucrativos, com a fim de reunir as sociedades de fomento mercantil e divulgar a verdadeira finalidade e funcionamento da atividade, e a efetiva prática estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional e as normas do direito vigente no Brasil.

A dicotomia entre Bancos e *Factoring* é que o desconto de direitos ocorre no caso das operações bancárias e a compra desses direitos no caso do *Factoring*. Na verdade são atividades complementares, a atividade bancária tem como principais características: a remuneração através de juros e captação de recursos no mercado.

No *Factoring* a atividade é comercial, presta serviço e compra crédito (direito creditório) a remuneração é através de ad valorem ou fator de compra; o capital é próprio.

Veja no quadro comparativo algumas diferenças:

Bancos	<i>Factoring</i>
<p>É intermediário de crédito. De um lado, ele é devedor pela aplicação feita pelos investidores (depositantes). Operação passiva. É tomador de recursos.</p> <p>De outro lado é o credor pela aplicação dos recursos captados. É uma operação ativa. Pratica uma operação de credito- um mútuo, em que concede um prazo e cobra juros.</p>	<p>Atividade Comercial Mista e Atípica.</p> <p>É uma operação dicotômica, prestação de serviços mais compra de crédito mercantil.</p> <p>Na parte relativa à compra de crédito não existe uma operação de crédito. Trata-se de venda, avista de um bem móvel (papel de crédito comercial) e de uma compra, a vista em dinheiro, desse bem móvel (recebível mercantil). Não é mútuo.</p>

Capta recursos de terceiros no mercado e empresta. Faz intermediação de recursos de terceiros da poupança popular.	Não é instituição financeira; Não é agente captador de recursos financeiros; Presta serviços e compra créditos (direitos). Opera com recurso próprio, não faz captação. Não coloca em risco poupança popular.
Em suas operações ativas, remunera-se com a cobrança de juros (remuneração pelo uso do dinheiro durante determinado prazo)	É uma operação tipicamente mercantil, com dois pólos distintos: serviços e compra de créditos. Sua remuneração não tem natureza nem de juros, nem de descontos. Pela prestação de serviços, a sociedade de fomento mercantil se remunera com uma comissão cobrada “ad valorem”. Na venda e compra de bens móveis (papéis de crédito comerciais) se pactua em preço- fator de compra.
Spread – diferença entre o custo de captação e o de aplicação dos recursos coletados no mercado.	Fator- precificação da compra de créditos. Compõe de: custo de oportunidade dos recursos; custos operacionais; tributos; expectativa de lucro e de risco.
Órgão regulador: Banco Central	Órgão regulador: Código Civil – Lei nº 3.071 de 01/01/1916 Arts. 275 aos 298, 441, 593 aos 609, 1065 a 1078 e 1216 a 1236.
Clientela com pessoas físicas e jurídicas.	Clientela exclusivamente da Pessoa Jurídica;

Devido à expansão do fomento mercantil no Brasil e a dimensão territorial, a ANFAC descentralizou a administração de suas atividades. Criando Diretorias Regionais e em seguida os Sindicatos Regionais. Em Janeiro de 1991 a ANFAC idealizou, planejou e constituiu todos os sindicatos regionais. O SINFACs (Sindicato Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil) custeado pela ANFAC e em Fevereiro de 1993 foi, constituída a FEBRAFAC (Federação Brasileira de *Factoring*) que reunia todos os sindicatos com a finalidade de fortalecer o setor.

Dando início ao Sistema FEBRAFAC/ANFAC, sendo a ANFAC a precursora e orientadora do *Factoring* no Brasil, com objetivo essencial de seguir a economia, formulando regras de adaptação às mudanças do mercado garantindo e tranquilizando as empresas filiadas; dando apoio logístico e operacional aos Sindicatos Regionais, estando estes subordinados à FEBRAFAC.

ANFAC orienta as empresas filiadas, em relação às operações de *Factoring*, questões tributárias, contábil e administrativa através de circulares que apresentam as alterações e novidades que possam interessar às sociedades de fomento mercantil.

1.5 FUNÇÃO SOCIAL DO FACTORING

São notórias as dificuldades encontradas por pequenas e médias empresas na obtenção de cadastro em instituições financeiras; e por não terem patrimônio consolidado e capital de giro imediato, ocorre a interrupção na produtividade, inibindo a atividade econômica da empresa. O *Factoring* tem como função social auxiliar pequenas e médias empresas, aumentando seu capital de giro para enfrentar este mercado cada vez mais competitivo.

A função social é um dos pilares entre as relações contratuais além da boa-fé objetiva cumprindo com os deveres e responsabilidades. Seu objetivo é aumentar a circulação de riquezas, gerar empregos, renda e recolhimentos de impostos buscando como resultado final, alavancar o progresso econômico e social. A função social do contrato deve ocorrer em face do interesse da sociedade seja em uma atividade ou relação comercial.

As instituições financeiras devem obedecer às normas regulamentares de crédito, com objetivo de proteger a poupança pública e os depósitos de terceiros na rede bancária. Elas possuem políticas próprias que suprem as deficiências das normas regulamentares. Tornando inviável o financiamento para micro, pequenas e médias empresas, que além de pequenas apresentam restrições creditórias, como protestos ou apontamentos negativos no mercado de crédito. Em alguns casos ocorre até com grandes empresas devido às informações precisas que os bancos possuem sobre o nível de crédito que a empresa já se dispõe e as faixas de “*rating*”²⁰ que classifica as empresas por faixa de riscos, aquelas que se enquadram nas faixas de risco elevada, tem dificuldades para obter um financiamento bancário.

As operações de *Factoring* se consolidam na compra de recebíveis, direcionando a análise de crédito para o comprador de produtos e dos serviços ofertados (sacado) por seus clientes. Tornando viável que as empresas de *Factoring* atendam as empresas classificadas como de alto risco e atue em importantes segmentos do mercado, que gera emprego, circulação de valores das quais os bancos restringem o atendimento.

Desta forma o *Factoring* supre uma lacuna na economia, assumindo alto risco, auxiliando empresas tradicionais e de grandes marcas populares que graças às empresas de fomento mercantil permanecem com suas portas abertas.

²⁰*Rating*- faixa de risco

1.6 FUNÇÃO SOCIO-ECONÔMICA DAS GARANTIAS

Na verdade é uma função oculta e implícita, quando aumenta o risco. As garantias são fatores de redução do “*spread*”,²¹ dos custos do financiamento para o tomador do recurso.

Nos contratos bancários a garantia tem o objetivo de minimizar o risco e proteger a poupança pública e conseqüentemente os recursos de terceiros, que são os geradores do “*funding*”²² dos créditos bancários.

Nos contratos comerciais não seriam diferentes, as garantias buscam reduzir riscos das corporações, preservando o emprego, renda e impostos. Hoje ocorre um aumento na procura de captação de recursos não bancário, porém, em empresas não financeiras, exigindo uma proteção semelhante para as suas operações.

A redução dos riscos nas operações sejam elas de qualquer natureza inclusive a comercial, visam atender aos interesses dos bancos e das empresas, protegendo os recursos de terceiros, aplicadores, empregados e do sistema social e econômico no geral.

No Brasil é relevante dizer que a institucionalização do *Factoring* significa aumento de produção, geração de empregos e redução de custos, facilita o acesso nos recursos para as pequenas e médias empresas com custos compatíveis com a sua capacidade e ainda estimula a atividade econômica. Aumenta a geração de bens e serviços, aumenta a concorrência, enfraquece as especulações e reduz custos financeiros.

1.7 FATURIZADORA-ENDOSSATÁRIA

As obrigações do *Factoring* são: pagar à empresa faturizada a importância relativa aos títulos de créditos por ela adquiridos; notificar a devedora-sacada da cessão dos direitos de crédito, a fim de que o pagamento seja realizado à devida faturizadora e correr o risco do não recebimento do título que adquiriu.

Em se tratando desta última, trata-se de uma condição gerada devido a complexibilidade e distorções conceituais sobre a atividade.

Os direitos do *Factoring* são: o de analisar os títulos de crédito, recusá-los, cobrar da faturizada a remuneração na aquisição dos créditos futuros e serviços prestados e ainda exigir da faturizada a restituição do valor pago pela cessão nos casos de vícios na origem do título.

²¹*Spread* – é a diferença entre o que os bancos pagam na captação de recurso e o que cobram ao conceder um empréstimo para pessoa física ou jurídica. Neles são embutidos também os impostos IOF e CPMF. “MARGEM”

²²*Funding* -É a consolidação financeira das dívidas de curto prazo, em um prazo adequado para a maturação do investimento e sua amortização”.

1.8 FATURIZADA-ENDOSSANTE

As obrigações sobre a faturizada (cedente-endossante) são: pagar comissões à faturizadora em suas operações; enviar os títulos a negociar para a faturizadora de preferência via *bordereau*, responsabilizar-se pelo título em negociação, em relação a vícios existentes; prestar todas as informações necessárias para a faturizadora, sobre o sacado-devedor.

Seus direitos são: receber da faturizadora o valor do título já descontado a remuneração e encargos; receber informações sobre a liquidação dos títulos por ela negociados, e caso queira e a faturizadora atenda por mais de uma modalidade, usufruir de outros serviços.

1.9 SACADORA-DEVEDORA

Primeiramente, é preciso que tenha ocorrido entre a faturizada e a sacadora uma venda ou compra mercantil e até mesmo uma prestação de serviços, com pagamentos a prazo, e que haja uma obrigação de pagar com uma quantia determinada e prazo estabelecido.

Desde a celebração do contrato eis que surge a obrigação da sacadora de pagar no vencimento, para a faturizadora; exceto nos caso em que ocorrer a ausência de notificação sobre a compra do título por parte da faturizadora ou a inexistência da relação mercantil do título negociado.

2. GARANTIAS

2.1 INTRODUÇÃO ÀS GARANTIAS

Até meados do plano real, o volume de operações em *Factoring* no Brasil era pequeno, rentabilidades altas, baixa concorrência, uma carga tributária menor, podendo até adotar o regime de lucro presumido.

Atualmente verifica-se uma queda na rentabilidade, aumento na concorrência e no volume de operações, o regime tributário é de lucro real. Trazendo uma inadimplência para o segmento principalmente ligado a golpes e fraudes. Exigindo do segmento, uma gestão integrada dos riscos de créditos com os riscos legais.

Por isso, o setor tem vivido mudanças significativas, alguns riscos são identificáveis e outros de difícil identificação. Utiliza-se para tratar os riscos desconhecidos e incertos, uma ferramenta importantíssima, a “**garantia**” em seus contratos e operações, proporcionando equilíbrio contratual ao negócio jurídico, pois o risco do negócio se torna maior para o faturizador, já que o faturizado recebe à vista e o crédito muitas vezes não se realiza, por razões diversas.

Para o cliente do *Factoring* o uso de garantias e de gestão integrada, sobre o risco, pode reduzir o custo operacional. Todos os problemas que surgem: impedimentos de novos produtos e modalidade e as inviabilidades por questões econômicas dentro do setor poderiam ser evitados por meio da gestão integrada de riscos e a aplicação das garantias pessoais e reais.

2.2 AS GARANTIAS NO CONTRATO DO *FACTORING*

Na doutrina há divergência de opiniões quanto ao uso das garantias nos contratos de fomento, este é o tema em questão. Neste caso, a função social do contrato, sofre prejuízo, impedindo a empresa de *Factoring* de exercer o papel de produtora e geradora de riquezas em grande escala. A ausência das garantias na maioria das vezes causa efeitos maléficos aos clientes da empresa de faturização, onde o aumento do risco se transforma em custos.

Em 1982 o instituto do direito civil, especificamente a cessão de crédito serviu de instrumento nas operações de *Factoring*. Os contratos de cessão de crédito adotados na época não atendiam a plenitude, os requisitos e pressupostos das funções complexas e abrangentes do *Factoring*. Em 1916 quando foi aprovado o Código Civil pela Lei 3.071, o nosso legislador não imaginava que a cessão de crédito um dia seria utilizada como instrumento na permissão de aquisição de créditos de empresa constituída como sociedade mercantil, que tem como objeto a aquisição de créditos decorrente das vendas e serviços prestados por empresa-cliente.

Por se tratar de uma atividade de função complexa e que ultrapassa os limites da cessão de crédito e ser o seu contrato atípico e misto, o uso do instituto jurídico de cessão de crédito tornou-se inadequado e obsoleto. Em 1989, a inovação veio. Adotou-se o Contrato de Fomento Mercantil uma vez que a transferência de crédito não esgota o conteúdo do *Factoring*. Dois são os institutos de transferência do direito: o endosso e cessão.

Aquele que transfere os direitos o faz por cessão de crédito e endosso. Um dos efeitos é a responsabilidade das partes contratantes. Quanto à responsabilidade do cedente ela é:

a) obrigatória pelo crédito cedido, chamada de direito de regresso nos casos de vícios do título;

b) opcional pela solvência do devedor neste caso chamada de direito de regresso independente de vício ou pagamento do sacado-devedor, ocorre quando envolve a garantia pela solvência do devedor.

O endosso que é exclusivo para documentos cambiais visando a sua circulação, é uma declaração de vontade, operando efeitos autônomos e independentes.

Verificando a Lei cambial do Decreto 57.663/66 em seu artigo:

Art. 15. O endossante, salvo cláusula em contrário, é garante tanto da aceitação, como do pagamento da letra.

E a Lei do Cheque – 7.357/85 em consonância com a Lei Cambial no artigo abaixo citado.

Art. 17. O cheque pagável a pessoa nomeada, com ou sem cláusula expressa ‘a ordem’ é transmissível por via de endosso.

§ 2º O endosso pode ser feito ao emitente, ou a outro obrigado, que podem novamente endossar o cheque.

Art. 21. Salvo estipulação em contrário, o endossante garante o pagamento.

Na Lei das Duplicatas nº 5.474 de Julho de 1968:

Art. 18. § 2º Os coobrigados da duplicata respondem solidariamente pelo aceite e pelo pagamento.

Art. 25. Aplicam-se à duplicata e a triplicata, no que couberem, os dispositivos da legislação sobre emissão, circulação e pagamento das Letras de Câmbio.

Porém a Lei 10.406/02, nosso Código Civil apresenta um equívoco se comparado ao Direito Cambiário e versa:

Art. 914. Ressalvada cláusula expressa em contrário, constante do endosso, não responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título.

§ 1º Assumindo responsabilidade pelo pagamento, o endossante se torna devedor solidário.

§ 2º Pagando o título, tem a endossante ação de regresso contra os coobrigados anteriores.

A cessão de crédito é bilateral e consensual, com efeitos derivados, onde a nulidade de um ato determina a nulidade de atos futuros. Sua característica é contratual seu meio de transmissão é oneroso, requer manifestação de vontade entre faturizado e faturizador. Podendo se formalizar no próprio documento ou por instrumento à parte, público ou particular respeitando as solenidades obrigatórias. Com determinação encontrada em nosso Código Civil:

Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654.

§ 1º O cheque pagável a pessoa nomeada. Com a cláusula ‘não à ordem’, ou outra equivalente, só é transmissível pela forma e com os efeitos de cessão.

Admitiu-se por instrumento para o contrato também o direito comercial que enquadra a compra e venda mercantil (arts. 191 a 220).

Revogados pela Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, que apresenta uma liberdade para a contratação gerando um modelo atípico e misto de contratos em geral. Conforme encontramos expresso nos artigos abaixo:

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste código.

Sob ótica do instituto civil de cessão (arts. 1065a 1078 do Código Civil) que não se restringe ao título de crédito e o direito cambiário (duplicatas) por endosso para viabilizar, as operações de *Factoring* é oferecer segurança para as partes, cuja função do *Factoring* ultrapassa os limites da cessão de crédito. Representados hoje pelos artigos do Código Civil abaixo:

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.

Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

Art. 297. O cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros, mas tem de ressarcir-lhe as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança.

Conforme pontuação anterior os institutos de fomento mercantil não possuem uma lei específica, por isso, vem se adotando o sistema jurídico vigente de cada país, prática exercida no mundo inteiro. Por se tratar de um contrato misto e atípico, encontra-se possibilidade da aplicação de princípios e aspectos gerais dos contratos do Código Civil. Um dos princípios é o da sociedade, que foi um pilar fundamental para as mudanças em suas características, deixando de ter uma visão individualista e centralizada, passando para uma visão descentralizada e social.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração;

O Contrato tem como função social, o interesse da sociedade como um todo, seja nas relações comerciais ou qualquer outra atividade. O objetivo da empresa deve ser o de exercer atividade que resulte na prosperidade social, sendo detentora de riquezas, alavancando o progresso social e econômico.

A ampla liberdade contratual encontrada no direito brasileiro para os contratos atípicos não permite que se utilize de ferramentas para desvirtuar contratos ou burlar regramentos, devendo os contratantes agir nos limites legais, morais e de bons usos e costumes. Conforme texto regido no Código Civil:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 425. É lícito as partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste código.

Contrato de Fomento Mercantil é juridicamente perfeito e se classifica entre os atípicos ou inominados quanto à necessidade de encontrar fórmulas para efetivação dos negócios atendendo a evolução do mercado até que se transforme em lei o PL 230/95 que tramita no Senado. É a fusão de elementos característicos de negócios baseados nas fontes tradicionais do direito e normas que regem os contratos em geral. Trata-se de um contrato mercantil que apresenta a combinação de variados negócios jurídicos de acordo com natureza complexa das atividades do *Factoring*.

Em 2006 a ANFAC elaborou um contrato genérico contendo todos os elementos indispensáveis e abrangendo todas as possibilidades. O empresário que utilizá-lo estará seguro, os princípios do código civil estão presentes. O contrato especifica com clareza a prestação tratada entre as partes e a compra de crédito que incide sobre os títulos. Sendo necessário colocar com ênfase as garantias para ambas às partes esclarecendo em caso de surgir algum

problema no cumprimento do contrato e se a empresa devedora vai ou não ressarcir a faturizadora. O faturizado e o faturizador estipulam as condições e regras para vigorar entre eles.

Contrato Geral de Fomento Mercantil, conhecido também como contra mãe, embora ainda não tipificado no direito brasileiro, obedece a normas do ordenamento jurídico e traduz a manifestação de vontade das partes faturizador e faturizado, estabelecendo garantias em suas operações. Devendo ser um contrato registrado em Cartório de Títulos e Documentos ou Registro Público, para que haja validade perante terceiros e ter assinatura das partes e duas testemunhas.

Nos contratos de *Factoring*, a legislação prevê que figure a garantia “*pro soluto*” que direciona a responsabilidade devida para o comprador do título. Na responsabilidade “*pro soluto*”, o cedente transfere o crédito em definitivo ao faturizador, não respondendo pela solvabilidade do mesmo. Apesar da previsão legal da garantia *pro soluto* pode também figurar na responsabilidade “*pro solvendo*” o cedente transfere o crédito, mas continua responsável pela solvência do mesmo, se liberta apenas quando o faturizador (cessionário) receber o crédito. Caso não seja cumprida a obrigação o *Factoring* cobra o valor inadimplido da empresa que cedeu o crédito. O cedente responde pela dívida sem que desqualifique a atividade do *Factoring* e sem ferir nenhum preceito legal.

Depois de superada a fase do direito romano em que o devedor sofria fisicamente os ônus do descumprimento de uma obrigação, o direito moderno afastou a prisão civil por dívidas sendo admitida especialmente por dívida de alimentos, conforme previsão constitucional. O tratado chamado de Pacto São José da Costa Rica, foi assinado em novembro de 1969, ratificado no Brasil em setembro de 1992, estabelecendo os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, à educação, entre outros. A convenção proíbe a escravidão e a servidão humana, trata das garantias judiciais, da liberdade de consciência e religião, de pensamento e expressão, bem como da liberdade de associação e da proteção à família.

Desde então o credor com receio de não receber o que lhe é devido, se assegura através das garantias previstas em lei, exigindo do cedente a garantia com o seu patrimônio ou também o patrimônio de um terceiro.

2.3 DIREITO DE REGRESSO

Impossível falar de garantias sem antes falarmos do Direito de Regresso, nas operações de *Factoring*.

Em 1966 o Presidente Castello Branco promulgou a adoção da Lei Uniforme de Genebra- LUG, sendo relevante para o *Factoring* uma vez que determinou a prática do endosso e responsabilidades inerentes à referida norma, proporcionando proteção ao portador de boa-fé na circulação de títulos cambiários refletindo um conforto nas operações de *Factoring*.

Nos créditos representados por títulos regidos em legislação específica, pode ser feita por endosso, podendo observar a Lei Uniforme de Genebra:

Art. 15. O endossante, salvo cláusula em contrário, é garante tanto da aceitação como do pagamento da letra. O endossante pode proibir um novo endosso, e, neste caso, não garante o pagamento às pessoas a quem a letra for posteriormente endossada.

Ainda assim há quem defenda que no *Factoring* não há direito de regresso, já que não se trata de atividade financeira, nem de autorizada do Banco Central. Mas admitem em seus contratos às cláusulas “*pro solvendo*” que incide em uma contradição. Já se conclui que a existência ou não do direito de regresso do faturizador contra o faturizado é indiferente para a caracterização da atividade financeira. Em ambas as hipóteses não há caracterização se praticada com recursos próprios.

O direito de regresso e as garantias contratuais protegem o negócio jurídico de situações imprevisíveis e coíbe a atuação do tomador de má fé e afasta a atuação temerária de alguns, que possa refletir de forma negativa no interesse social. A atividade de *Factoring* é a mola propulsora do progresso social e econômico, estabilizando e incentivando as empresas que encontram dificuldades para permanecer no mercado e de conseguir financiamento nas redes bancárias.

Não há também dentro do ordenamento jurídico regra que obrigue o indivíduo a correr risco em seus contratos, aliás o que se busca nos contratos é exatamente fugir do risco tornando o negócio certo, determinável e lícito.

Não admitir o direito de regresso, não seria uma forma de fragilizar o uso das garantias em algumas situações e também causar um desequilíbrio em detrimento da segurança contratual da empresa de fomento mercantil, diminuindo a responsabilidade da empresa cedente?

O *Factoring* adianta recursos, de créditos que às vezes, não serão cumpridos por falta de liquidez, certeza e exigibilidade e ainda por cima não se admite a cobrança célere ao devedor do crédito, exceto nos casos que se comprovem vícios originário.

Na verdade, o direito de regresso não isenta o adquirente do crédito do risco em suas operações. O adquirente correrá o risco de perder seu dinheiro mesmo que haja direito de regresso. O direito de regresso diminui o risco, na medida em que aumenta o número de responsáveis pelo cumprimento da obrigação.

No ordenamento jurídico brasileiro o *Factoring* não encontra uma lei específica que o regulamente e o defina, mas no direito civil, cambiário e em outros dispositivos, encontra uma base legal que sustenta seus contratos, inclusive contemplando respaldo sobre o direito de regresso por inadimplemento.

O contrato de *Factoring* sendo atípico no início do *Factoring* celebrava apenas a modalidade *pro soluto*, hoje vem sendo aceita a modalidade *pro solvendo* de acordo com o Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

Luiz Lemos Leite, em seu livro *Factoring no Brasil*, publicado em 1994, ensinava que: a empresa da *Factoring* faz compra definitiva de ativos representados por títulos de crédito a receber (duplicatas) a preço certo. Há assunção de riscos. Não há retorno (sem direito de Regresso) ²³.

Até mesmo Luiz Lemos Leite, que não admitia o direito de regresso hoje admite. Hoje para Luiz Lemos Leite, o *Factoring* pode operar na modalidade *pro solvendo* (garantia de solvência) ou “*pro soluto*” (sem garantia de solvência). Para Leite, no desconto bancário a responsabilidade é solidária, enquanto no *Factoring* “*pro solvendo*” a responsabilidade é subsidiária, como em outros países. O objetivo do *Factoring* em exercer o direito de regresso é a garantia da solvência e não a restrição de créditos adquiridos.

Hoje, Leite ensina que:

O tempo tem determinado constantes alterações na natureza operacional (do *Factoring*), preservando sempre seu conteúdo filosófico, sedimentado pela doutrina de Ottawa. Temos sido sensíveis à dinâmica do mercado e acompanhando decisões das autoridades tanto na esfera administrativa como na judicial²⁴.

Leite conclui que: do ponto de vista jurídico, não há qualquer óbice. Em qualquer transação, seja com a cláusula '*pro solvendo*' ou '*pro soluto*'.

Rubens Filinto da Silva, conclui que o direito de regresso não só é admitido, mas é uma regra, sendo involuntária a obrigação do endossante pelo pagamento. No que tange o direito de regresso em nosso Código Civil, Lei 10.406/2002, estipula:

²³LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, pag. 18.

²⁴*Ibidem*. pag.245.

Art. 914. Ressalvada cláusula expressa em contrário constante do endosso, não responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título.

§ 1º Assumindo responsabilidade pelo pagamento, o endossante se torna solidário.

§ 2º Pagando o título, tem a endossante ação de regresso contra os coobrigados anteriores.

Segundo Rubens Filinto da Silva se os créditos representados por títulos não regidos por legislação especial, ainda assim sua transferência poderá ser feita por endosso. Portanto, nada que venha falar em permissão ou não do direito de regresso. Em razão do princípio da legalidade consagrado em nossa constituição, o que não está proibido está permitido.

2.4 IMPORTÂNCIA E ESPECIALIDADES DAS GARANTIAS

Como já colocado anteriormente, o *Factoring* encontra enorme dificuldade para a formalização do uso de garantias em seus contratos e operações. Sempre se defendeu a total assunção dos riscos por parte do faturizador. Esquecendo que micro, pequenas e médias empresas, não encontram crédito nas instituições financeiras, e se apoiam nas Instituições de *Factoring* que atualmente exerce a função social, conforme em outros países, a diferença é que estes países utilizam sistemas de garantias nos contratos e nas operações de *Factoring*.

A garantia é vinculada a um ativo ou a uma responsabilidade, assegurando a liquidez de determinado crédito. Tem como principal função, garantir o pagamento de uma dívida, na ausência da fonte primária que é o adimplemento. Sendo assim a garantia é uma fonte secundária de pagamento. As garantias nem sempre são para garantir as operações, mas para garantir a recompra de títulos viciados, nos casos em que a má-fé do faturizado se faz presente no *Factoring* (duplicatas frias).

Garantia é o vínculo que assegura a liquidação de um crédito, garantindo o pagamento de uma dívida, no descumprimento de um contrato, é fonte secundária de uma liquidação.

José Fernando Simão ensina que:

É princípio antigo do direito civil que o patrimônio do devedor deve responder por suas dívidas. O Código civil de 2002 consagra expressamente a regra em seu artigo 391 no tocante à responsabilidade contratual e no art. 942 com relação à responsabilidade extracontratual.

Superada a fase arcaica do direito romano em que o devedor sofria fisicamente os ônus do descumprimento da obrigação, o direito moderno ocidental afasta a prisão civil por dívidas e só a admite em situações especialíssima de acordo com a previsão constitucional (prisão de devedor de alimentos e do depositário infiel)²⁵

²⁵ Extraído de artigo publicado na Revista do *Factoring* n° 10 – Editora Klarear, pag. 13.

Hoje ocorreu mais uma alteração foi extinta a prisão civil para o depositário infiel. Podemos aqui pontuar com muita segurança que a vigência do nosso ordenamento ocorre conforme a necessidade do momento. Visando sempre um bem estar coletivo através de um instituto ou modalidade para auxiliar e facilitar o exercício da jurisdição.

Antônio Carlos Donini, invocando Simão:

O princípio básico, conforme ensina o prof. Jose Fernando Simão, é que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas. Todavia, diante do receio de não receber o que lhe é devido, em face de eventual descumprimento contratual, a parte interessada pode se valer de garantias previstas em lei como verdadeiro reforço, exigindo que a outra parte garanta a obrigação não só com seu patrimônio, mas fornecendo patrimônio de terceiros²⁶.

Na visão contrária do mestre José Odílio dos Santos, assim se define a matéria e em seguida afirma: “Define-se garantias, em seu aspecto de risco, como a vinculação de um bem ou de uma responsabilidade conversível em numerário que assegure a liquidação do empréstimo...”.

A finalidade da garantia é evitar que fatores imprevisíveis, ocorridos após a concessão do crédito, impossibilitem a liquidação dos empréstimos. Esses fatores são de natureza sistemática ou externa à atividade da pessoa física ou da empresa, podendo ser resultantes de medidas governamentais (política fiscal, monetária, creditícia, cambial, etc.) concorrências, climáticas ou acidentais (incêndio, inundações, morte do cliente ou do principal dirigente da empresa, etc.)²⁷.

Afirma ainda que:

Normalmente, as melhores garantias são aquelas de maior liquidez, especialmente as chamadas auto-liquidáveis, ou seja, aquelas cuja conversão em caixa e respectiva liquidação do contrato de crédito se dá independente de sentença judicial. Como regra geral, os profissionais de crédito devem considerar que nenhum empréstimo deve ser concedido exclusivamente em função da garantia, por melhor que seja. No momento da concessão de crédito, o profissional deve ter a convicção de que o crédito foi bem concedido e que não será necessário utilizar a garantia para liquidar o empréstimo. A decisão de conceder crédito deve ser baseada na capacidade de reembolso do cliente e não sobre as garantias²⁸.

A garantia é uma modalidade utilizada para segurança e certeza do cumprimento de uma relação seja ela física ou jurídica. A flexibilidade dos institutos jurídicos em relação às garantias serviria para preencher a lacuna existente nos contratos e operações do *Factoring*. Tais lacunas que deixam brechas para que ocorra um número considerável do não cumprimento de uma obrigação por parte do devedor e uma comodidade por parte do cedente que na maioria das vezes nem se dá conta do quanto o *Factoring* ou o Fomento Mercantil serve de amparo e sustento para seu negócio.

²⁶ Extraído de artigo publicado na Revista do *Factoring* nº 10 – Editora Klarear. Pag. 7.

²⁷ SANTOS, Jose Odílio dos. **A Análise de Crédito** – Empresas e Pessoas Físicas. São Paulo: Atlas, pag. 33.

²⁸ *Ibidem*. Pag. 33 e 34.

Carlos Alberto de Carvalho Paiva ensina sobre garantias que:

Seu objetivo é dar maior probabilidade de recebimento do crédito, caso o cliente se torne insolvente. No entanto, o interesse do banco é o de receber o crédito concedido na data e nas condições acordadas, com base em recursos gerados pela atividade do cliente, e não com a execução das garantias, sabidamente onerosa, demorada e de difícil exequibilidade.

Uma garantia excelente, quando vista isoladamente, não é justificativa para o deferimento de uma operação de crédito. Não é válido o raciocínio de muitos gerentes, quando afirmam a oportunidade de conceder o empréstimo quando uma operação for garantida por um CDB, por exemplo. Caso o cliente apresente elevado nível de risco, a melhor solução será propor a compra do ativo com deságio. Assim, o banco não fica sujeito a risco, quer quanto ao cliente, quer quanto à possibilidade de ação dos credores, em caso de falência²⁹.

O que não se pode esquecer que no caso do *Factoring*, a operação é de compra de títulos e prestação de serviço. O Instituto tem um papel social e econômico de grande relevância. A análise creditícia exercida em uma *Factoring* é criteriosa e o seu cliente na maioria das vezes se encontra seguro em concretizar um serviço ou entregar mercadorias diante desta avaliação.

A capacidade de pagamento do sacado e do cedente é critério de maior segurança no momento de efetuar uma operação. E a garantia sempre será a segunda opção encontrada para tornar, o *Factoring* uma mola propulsora do progresso social e econômico, de micro, pequenas e médias empresas do Brasil. Fomentando o comércio e indústria de forma geral e aumentando a capacidade produtiva de seus clientes, gerando emprego, renda, proporcionando um crescimento e incentivo aos novos empreendedores.

E o que ocorre com essa forma engessada de ver o uso das garantias nos Contratos de *Factoring* é a possibilidade das empresas do *Factoring* mesmo com todo seu aparato e experiência na concessão de crédito e em suas análises creditícias perderem, a capacidade de aumentar sua carteira de clientes e inovar suas modalidades de prestação de serviço. Se valendo apenas de recurso próprio e expectativas de adimplemento do título.

As garantias são apresentadas em dois tipos: Garantias Pessoais e Garantias Reais. Garantias pessoais (fidejussórias que são representadas por aval e fiança), garantias reais (são as garantias que recaem sobre coisas ou imóveis).

2.5 GARANTIAS PESSOAIS

Garantias pessoais (fidejussórias que são representadas por aval e fiança) já celebradas em operações de *Factoring*, devendo observar o instrumento adequado, como é o caso da

²⁹PAIVA, Carlos Alberto de Carvalho. *Administração do Risco de Crédito. Quality-mark*, 1997, pags. 19 e 20.

outorga conjugal. Tem a função de assegurar a liquidez ou obrigação principal e o princípio básico do Código Civil 2002 de que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas.

As garantias exigidas não só garantem as operações de *Factoring*, como a recompra de títulos viciados (duplicatas frias), que muitas vezes o empresário em ato de má-fé, despeja em operações de *Factoring*. A recompra de títulos nem sempre recai somente sobre operações de *Factoring*. É o meio que se propõem as partes a adimplir os negócios jurídicos caso não haja o cumprimento da obrigação principal.

As garantias pessoais ou fidejussórias como são conhecidas, são as obrigações acessórias em que a pessoa assume perante o credor, se tornando responsável pela liquidez da dívida, caso o faturizado não pague ou não possa cumprir total ou parcial com sua obrigação.

Não se vinculam a nenhum bem material, dá-se mediante promessa de terceiro em adimplir a obrigação, seu respaldo está na confiança, na probidade e no caráter de quem esta garantindo a operação.

As garantias pessoais são divididas em: Aval e Fiança.

Aval é o ato formal, autônomo e independente da obrigação principal. Garantia dada por terceiro, não podendo este ser menor de 16 (dezesesseis) anos, aos interditos e aos incapazes de expressar sua vontade. Quando casado deverá obter autorização do cônjuge ou fazê-lo assinar conjuntamente, ainda que em regime de comunhão universal.

Basta uma simples assinatura no verso ou anverso (frente e verso) do próprio título. O aval dado em título posterior ao seu vencimento terá o mesmo efeito de um título a vencer. É a garantia pessoal de pagamento dada por um terceiro, trata-se de pessoa física ou jurídica ao faturizado (devedor). A obrigação é sempre solidária, e é vedado o aval parcial. O avalista terá o direito à ação de regresso contra o avalizado e demais coobrigados anteriores.

A fiança é a garantia dada pelo fiador seja ele pessoa física ou jurídica se responsabilizando em nome do faturizado (devedor), assumindo, total ou parcialmente a obrigação pecuniária contraída e não paga pelo afiançado (faturizado devedor), conforme contratos e operações efetuadas.

O Código Civil estabelece nos seus artigos 818 e seguintes que a fiança garante ao credor (faturizador), satisfazer a obrigação da dívida específica, não sendo permitida interpretação extensiva. Faz-se necessária a formalização detalhada da obrigação do fiador, e não é necessária à anuência ou manifestação de vontade do devedor, mas o credor poderá se opor e recusar a pessoa do fiador. A obrigação é subsidiária por esse motivo o benefício de ordem.

O fiador só será demandado após esgotar todas as formas de negociação com o devedor, e se tornar certa e líquida a obrigação do principal devedor. Exceto nos casos em que o próprio fiador abre mão do seu direito de preferência.

2.6 GARANTIAS REAIS

Garantias reais (são as garantias que recaem sobre coisas ou imóveis) são recomendadas nos casos de confissão de dívida e recompra, devendo observar os requisitos legais. São elas: penhor, anticrese, hipoteca e alienação fiduciária. São as garantias que recaem sobre bens móveis ou imóveis. Este bem garante o cumprimento da obrigação principal.

2.6.1 Penhor Mercantil

É a entrega de um objeto ou bem móvel em garantia de uma obrigação. É o tipo de garantia pignoratícia que recai sobre bens móveis, veículos, equipamentos, máquinas, aparelhos, instrumentos, animais, matérias primas, produtos industrializados, commodities ou mercadorias, que ficam lastreadas ao pagamento da dívida.

2.6.2 Penhor de Crédito

De natureza pignoratícia, por meio da formação de penhor em títulos de créditos, que também se constitui por instrumento público ou particular, registrado em cartório de títulos e documentos. Sua eficácia está em notificação ao devedor.

2.6.3 Anticrese

É ceder um imóvel ao credor para que perceba frutos e rendimentos, o imóvel continua sendo do devedor, e ao credor é cedido o direito de fruição ou usufruto em razão de uma obrigação não cumprida. Retenção de posse para percepção de frutos até a quitação.

2.6.4 Hipoteca

Direito real sobre um imóvel, para assegurar o cumprimento de obrigação. A posse desse imóvel não se transfere ao credor. Para que se legitime a hipoteca, deve se lavrar em instrumento público e registrado em cartório de registro de imóveis do local do bem. É um tipo de garantia que permite que o devedor ofereça o mesmo bem em hipoteca para mais de um crédito ou devedor. Esta hipoteca se apresenta em diversos graus, devendo se respeitada a ordem de registro da mesma. Em caso de inadimplemento, a hipoteca pode ser executada judicialmente pelo credor, na forma de venda judicial, arrematação, ou adjudicação, conforme estipula nossa legislação.

2.6.5 Alienação Fiduciária

Representa a transferência do domínio de bens móveis como: máquinas, veículos ou equipamentos lastreados em pagamento de dívida, feita pelo devedor para o credor, em garantia de uma obrigação, mantendo o devedor com a posse. Muito comum em financiamentos de bens móveis, em que a transferência do bem é efetiva para o devedor após a quitação do financiamento. Esta garantia apresenta uma vantagem que é a celeridade na recuperação do crédito. Diferente, da hipoteca que tem os inconvenientes e a morosidade de uma execução e do penhor mercantil em que a posse permanece com o devedor, tornando o também depositário.

Esta garantia evita também a venda do bem em garantia, mas no caso de veículos pode ocorrer uma dificuldade na restituição da posse do bem nas questões de multas de trânsito, IPVA atrasado ou o risco de acidente.

3. DOUTRINA

3.1 GARANTIAS PESSOAIS NO *FACTORING*

Luiz Lemos Leite em sua publicação sobre a liberdade contratual brasileira nos esclarece perfeitamente.

No direito brasileiro vivem alguns princípios básicos que necessariamente devem ser obedecidos. Em primeiro lugar, o princípio maior da nossa Carta Magna, assim redigida: Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (art. 5º, inciso II).

Forçoso concluir, nestas condições, que há, em nosso direito, a ampla liberdade contratual, somente deixando está de existir diante da lei de ordem pública que proíba determinada forma de contratar, ou exija, que determinado ato jurídico tenha esta ou aquela forma. Nada impede, destarte, a existência de contratos atípicos (art. 425 CC), isto é, que contenham elementos de várias figuras contratuais, desde que o objeto seja lícito, o agente capaz e forma prescrita e não defesa em lei (art. 104 cc)³⁰.

Já o mestre Arnaldo Rizzardo, contra põe:

Nada tem a reclamar o fator se não receber o crédito adquirido, desde que existente o mesmo, quando de sua transferência. Pela formação do *Factoring*, por sua natureza e história, não podendo voltar-se contra o vendedor do crédito. Se não há vício em sua origem e 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 hipoteca ou o penhor³¹.

Diante de tal colocação o que pode salientar é que mesmo com todas as alterações e evolução no segmento do *Factoring* aqui apresentadas e as mudanças encontradas no nosso ordenamento jurídico, vamos, nos depara com a opinião de doutrinadores que se encontram engessados com uma visão limitada sobre o conceito e a real finalidade da atividade e a relevante importância do *Factoring* que veio como mola propulsora para alavancar o comércio e a economia.

Antônio Carlos Donini nos ensina que:

Na elaboração do contrato-geral de fomento empresarial, também conhecido como contrato mãe, as partes (faturizados e faturizador) podem estabelecer garantias. A função da garantia, como o próprio nome diz, é garantir a dívida ou obrigação principal³².

As garantias pessoais ou fidejussórias, já aceitas nas operações de *Factoring*, devem observar os instrumentos adequados, outorga conjugal, por carta de fiança, autorização ou mandato. A garantia em face da insolvência do título é perfeitamente cabível conforme o artigo 296 do Código Civil e disposições da lei do endosso prevista na Lei Uniforme de Genebra.

³⁰ LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2004, págs. 258 e 259

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, págs. 91 e 92. Rizzardo ratifica este seu pensamento em *Factoring*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, págs. 130 e 131.

³² Antônio Calos Donini, em artigo escrito para a Revista do *Factoring* nº 10 – Editora Klarear, pag. 7.

No Brasil as operações de *Factoring* vêm sendo formalizadas com garantias pessoais. As garantias pessoais vinculam o patrimônio do garantidor. Tornando esta garantia mais abrangente, o terceiro (fiador) fornece garantia pessoal disponibilizando seu patrimônio como garantia.

3.3 GARANTIAS REAIS NO *FACTORING*

Em relação às garantias reais, recomenda-se em caso de confissão de dívida e recompra, onde deverão observar os requisitos legais para tanto. No posicionamento flexível de Marcos Augusto Pordeus de Paula ele nos ensina que:

Inexiste dispositivo ou lei que impeça, proíba ou limite a pactuação de garantias em contratos de Fomento Mercantil. Segundo a Constituição Federal, no art. 5º inciso II, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Na ausência de regras que limite seus direitos, usa-se o princípio da livre iniciativa expresso na constituição federal em seus artigos (art. 1º, IV; art. 170, caput e parágrafo único), portanto, conclui-se a possibilidade de se pactuar garantias reais, aos contratos de fomento mercantil³³.

De Paula, discorre um ponto interessante sobre o efeito psicológico: As garantias atingem mais a psique do obrigado que sua consciência de haver um dever jurídico de eliminar o risco do credor.³⁴

No Brasil a formalização de operações de *Factoring* com garantias reais tem menor uso pela dificuldade de se operacionalizar. As garantias reais vinculam o bem específico. O terceiro que fornece a garantia real corre o risco do bem disponibilizado. Um bem fornecido em hipoteca, a perda é apenas deste bem específico.

As garantias sejam elas pessoais ou reais são prestadas para garantir os casos de inadimplência futura. Na ótica de Ana Graziela Acosta Silva, que cita Orlando Gomes e Silvio Rodrigues, encontramos os seguintes ensinamentos: Os contratos de faturização, assim como os demais contratos que versam sobre créditos, podem ser revestidos das chamadas Garantias Reais.

O mestre ORLANDO GOMES leciona que: O que confere ao seu titular o privilégio de obter o pagamento de uma dívida com o valor de um bem aplicado exclusivamente à sua satisfação.

Já SILVIO RODRIGUES define: O direito real de garantia da seguinte maneira: a garantia real se apresenta quando o devedor separa de seu patrimônio um bem e o destina, primordialmente, ao resgate de uma obrigação³⁵.

³³ Extraído de artigo publicado na Revista do *Factoring* nº 10 – Editora Klarear, págs. 17,18 e 19.

³⁴ *Ibidem*.p. 17,18 e 19.

³⁵ SILVA, Ana Graziela Acosta. **Artigo publicado no Portal:** www.portaldofactoring.com.br.

As garantias reais como o penhor e hipoteca, podem ser utilizadas nos contratos de faturização, exceto nos casos de contrato na modalidade “*pro soluto*”, sabido e notório que em tais contratos o cedente não se responsabiliza pela solvência da dívida negociada. Tornando mais segura a prática de garantias reais de penhor e hipoteca em contratos com cláusula “*pro solvendo*”, onde o cedente se responsabiliza pela solvência do devedor.

Conforme já apresentamos, as garantias encontram previsão legal civil brasileira, o princípio da igualdade é constitucional e a realização de contratos típicos, atípicos e mistos é permitido a todas as pessoas sejam elas físicas ou jurídicas, desde que encontre dispositivo legal que autorize e não exista diploma que a proíba.

Pode parecer que as garantias em uma operação de *Factoring* proporcione uma situação privilegiada. Isso não é verdade o *Factoring*, opera em uma fatia de mercado em que os bancos não operam. As *Factoring* operam em ambiente de risco operacional e crédito elevado. O risco de “*default*”³⁶ dos clientes faturizado é bastante alto.

3.4 GARANTIAS EM FAVOR DO ENDOSSANTE - VÍCIO

Situação pacífica de admissão do direito de regresso do faturizador contra o faturizado, nas esferas legais, doutrinárias e jurisprudenciais. As garantias pessoais e reais que satisfazem o crédito com vícios têm grande respaldo jurídico.

3.5 GARANTIAS EM FAVOR DO ENDOSSANTE – INADIMPLÊNCIA DO DEVEDOR PRINCIPAL

No regresso por inadimplemento do devedor, há divergência doutrinária para a contratação de garantias. A ausência do direito de regresso torna, fragilizadas e inexigíveis as garantias pessoais e reais colhidas em face do cedente. Diminuindo a efetividade judicial desta avença. Nesse sentido, José Fernando Simão ensina que:

Todas as garantias são acessórias, pois garantem dívida (obrigação principal). Como corolário lógico desta premissa, se nulo for o contrato principal, nula será também a garantia que não terá vida própria, seguindo a sorte, o destino do principal³⁷.
Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.

3.6 GARANTIAS EM FACE DO SACADO / DEVEDOR

As garantias pessoais e reais, em face do devedor principal do crédito, seja o sacado de uma duplicata ou emitente de um cheque, ganha eficácia em situações distantes da discussão de regresso.

³⁶*Default* – expressão da língua inglesa, significa falta, descuido, negligência ou omissão. Na área jurídica significa revelia, falta de comparecimento em juízo. Também a falta de pagamento.

³⁷Extraído de artigo publicado na Revista do *Factoring* n° 10 – Editora Klarear, pág. 14.

O aval que apor sua assinatura com a redação “por aval ao devedor” em uma duplicata ou “aval ao emitente” no cheque, passa a garantir a liquidação do título e não o cedente. Tem-se assim um ato jurídico perfeito, autônomo e independente do contrato de *Factoring* e do direito de regresso. As garantias colhidas desta forma são revestidas de maior segurança, que as colhidas em face do cedente.

A duplicata poderá ter a garantia por aval, garantia suplementar é que é dada por terceiro. Ato formal, autônomo e independente da obrigação principal, não podendo o avalista opor ao credor as exceções pessoais avalizadas.

O aval pode ser prestado, peço endossante garantindo a recompra do crédito inadimplido, em face da assunção contratual deste ônus, por estar vinculado ao direito de regresso, se vinculará em todas as discussões aqui elencadas e pelo sacado-devedor o principal garante o título de crédito independente da faturização, sendo responsável na mesma proporção que o avalizado. E proporcionando ao credor maior amparo na recuperação de um recebível.

O aval é instituto de direito cambiário, é declaração unilateral com a finalidade de garantir o título de crédito e obrigação autônoma literal, cambial e segue os princípios dos títulos de crédito.

Definida a responsabilidade do avalista é sempre autônoma e independente das outras e prevalece mesmo quando nula a própria obrigação garantida. Não tem nenhuma influência sobre a natureza e a validade da obrigação firmada. Podendo o avalista ser executado sem a necessidade de se discutir o contrato do *Factoring* em si, sendo muito mais fácil executar um aval que um contrato de *Factoring*. Diante de tal discussão, resta então colher garantias por aval de pessoa física, em face do emitente nos cheques e em face do sacado-devedor nas duplicatas.

3.7 AS GARANTIAS NAS RENEGOCIAÇÕES DE DÍVIDA

Nos casos de se renegociar dívida de títulos com vício o uso das garantias pessoais e reais, são admissíveis, consistentes e de boa efetividade judicial.

Nos casos de título inadimplido onde não há obstáculos legais sua eficácia judicial é frágil por se trata de direito de regresso por inadimplência simples, e ainda não pacificado, diminuindo a probabilidade de recuperação do recebível.

3.8 AS DIFICULDADES PARA FORMALIZAÇÃO DAS GARANTIAS REIAS

As garantias Reais terão efeito judicial após registro em cartório competente. É exigida a apresentação da CND – Certidão Negativa de Débito para a alienação de bens móveis e imóveis de pessoas jurídicas por parte da Receita Federal e INSS.

Imprescindível para a segurança do negócio, dação em pagamento, compra e venda ou alienações as demais certidões são relevantes: Certidão da justiça do trabalho, justiça federal, ações civis e criminais, protestos e ações reais e pessoais reipersecutórias.

4. COAF

Devido ao aumento de crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores foi editada a Lei Nº 9.613, visa à coibição para este tipo de crime e prevenir a utilização do sistema financeiro para esta pratica. E criou-se o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) encontra-se vinculado ao Ministério da fazenda com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas.

Embora as operações de fomento mercantil não se encontram dentro do sistema financeiro os dispositivos da lei a alcança. Por força do dispositivo desta mesma Lei

Art. 9º, V do C.C., as empresas de Fomento mercantil estão obrigadas a:

- Identificar seus clientes e cadastro atualizado pelo período mínimo de 05 (cinco) anos, contados a partir do encerramento da conta ou conclusão da transação.
- Manter o registro de todas as transações em moeda nacional, estrangeira ou ativos passíveis de serem convertidos em dinheiro, que ultrapassem os limites fixados pela autoridade competente.
- Atender às requisições formuladas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras no prazo fixado pelo órgão judicial competente.

Caso as empresas de *Factoring* deixem de cumprir essas obrigações acima, estarão sujeitas, à advertência, multa pecuniária variável, inabilitação temporária, no prazo de 10 (dez) anos, para o exercício de administrador ou cassação da autorização para operação ou funcionamento.

Para fechar o cerco a ANFAC, em 27 de maio de 1999, assinou um acordo com prazo de 2(dois) anos, com Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), estabelecendo que ANFAC além de funcionar como órgão consultivo da SDE, poderá emitir certificado de protocolo para empresas filiadas, e denunciar exercício de comércio marginal de empréstimos distorcidos, anuncio e oferta pública de empréstimos, captação de poupança de terceiros utilizando da expressão *Factoring* “fomento mercantil/comercial” para camuflar negócios alheios à atividade.

5. JURISPRUDÊNCIA

Após, toda pesquisa sobre uso das garantias nos contratos e operações do *Factoring*, e em meio a tantas divergências este capítulo apresentará a decisão de uma apelação do TJES, do Relator Desembargador Elpídio José Duque, que trata do tema em questão e descrevendo de forma ordenada toda e qualquer conclusão expressa anteriormente. Vejamos:

ADMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA ‘PRO SOLVENDO’ – Contrato de *Factoring*. Garantias contratuais. Possibilidade. Ementa oficial: 1 – O contrato de fomento mercantil – *Factoring* – tem natureza de contrato misto e atípico. Mista porque presta serviços e compra créditos mercantis. Atípica porque compra créditos e não mercadorias. 2 – A cessão de crédito é o meio de transmissão dos títulos de créditos adquiridos do cedente-faturizado pelo cessionário-faturizador. 3 – A factor, através do ato de cessão, fica investida de todos os direitos de agir em nome próprio na cobrança da dívida. 4 – É lícita a exigência de garantias no contrato de fomento mercantil; 5 – Admite-se a condição de ‘pro-solvendo’ do faturizado, conforme permitido pelo artigo 296, do NCC. 6 – O fim social ou teleológico da legislação da *factoring* é incentivar e permitir que a iniciativa privada se desenvolva. (Apelação cível n. 024.02.017047-8, TJES, rel. Elpídio José Duque, 12 de junho de 2005).³⁸

O contrato de fomento mercantil possui natureza mista e atípica, permitindo liberdade de contratação, conforme art. 296 do Código Civil. E em apelação o pedido dos autores foi proferido, para nulidade de cláusulas das quais nem se quer foram apresentadas. Trata-se de cláusulas que citam os riscos e prejuízos dos títulos negociados, Onde se questiona as modalidades ‘pro solvendo’ em que o deságio é menor não ultrapassando a margem de 4 a 4,5% se houver inadimplemento, será cobrado juros de mora de 1% ao mês e multa. As cláusulas compõe previsão de recompra se opostas as exceções, de legitimidade, legalidade e veracidade; em caso de vício ou se após conclusão da operação for provado vício de origem dos títulos este último a multa é de 2%. Devido a diversidade das cláusulas é de grande importância estipular a cláusula que pretendi anular.

Ao decidir, no final, o nosso Douto magistrado diz:

Ante o exposto, com esteio nas argumentações ora expendidas, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO DOS AUTORES, para declarar nulas as cláusulas constantes dos Contratos de Fomento nº 236 e 318, que responsabilizam os contratantes-vendedores e seus fiadores a recompra de títulos inadimplidos pelo devedor, sem que tenham sido caracterizados vícios que comprometam a existência do crédito.

³⁸Disponível em SILVA, Rubens Filintoda. “**As garantias reais e pessoais do *Factoring***”/Rubens Filinto da Silva; prefácio Nelson Juliano Schaefer Martins-São Paulo: Editora Pillares; Campo Grande.MS: Hedge Corporate Ltda, 2006.

Nesses processos, os senhores irão encontrar cartas deles mesmos, admitindo a recompra e pedindo a devolução dos títulos.

Vejam bem! No decorrer da gestão contratual, vários títulos apresentados foram recomprados mediante solicitação expressa dos apelados. Os apelados mandaram a carta e pediram, conforme provas de várias correspondências, que V. Ex^{as} poderão encontrar às fls. 110/112, 120/123, 131/133, 144/146.

Aqui podemos afirmar com clareza a importância das garantias, resguardando a *Factoring*, da má fé do faturizado, em que no momento de conveniência o abandona seu papel de empresa parceira e se apresenta juridicamente como vítima de acordo desleal e ilícito. Causando para o *Factoring* um desconforto desnecessário.

A SR^a ADVOGADA KÁTIA LEÃO BORGES DE ALMEIDA – Exma. Desembargadora-Presidente, Eminentes Desembargadores.

Através da presente apelação, a empresa da *Factoring* COMPROCRED se insurge contra sentença proferida nos autos de Ação de Declaração de Nulidade de Cláusulas Contratuais Abusivas c/c Cobrança.

A sentença guerreada declarou nulas as cláusulas do Contrato de Fomento Mercantil que responsabilizam os contratantes e seus fiadores, ora apelados, a recompra de títulos inadimplidos pelos devedores, sem que tenham sido caracterizados vícios redibitórios, - e nesse ponto foi clara a sentença – considerando que tais itens desvirtuam a relação pactuada entre as partes, que é de *Factoring*.

Condenou, ainda, a COMPROCRED a devolver as notas promissórias e as quantias pagas a recompra dos títulos inadimplidos, sem apresentação de vícios.

Em suas razões, a apelante busca a validade das cláusulas que determinam a recompra dos títulos, fazendo crer que os mesmos eram títulos viciados. Inclusive, junta aos autos correspondências que lhe foram encaminhadas pelos apelados, solicitando a baixa de duplicatas, alegando equivocadamente, para não dizer, de má-fé, que tais baixas foram solicitadas por apresentarem, as duplicatas, vícios na sua origem que comprometiam a existência do crédito.

A distorção sobre a atividade do *Factoring* se dá em situações devido ao equivoco sobre empréstimos e taxas, limitando e engessando a aplicação do direito de regresso.

A COMPROCRED adquiria o título de crédito dos apelados, deduzindo de seu valor de em face de sua remuneração para assumir os riscos pela cobrança e aguardava o vencimento do título. Se pago, já existente o lucro, uma vez que houve a remuneração no ato da cessão do crédito.

No contexto da função social é mister esclarecer que os contratos de fomento mercantil são muito bem elaborados pela ANFAC que é a associação que orienta e, formula regras, dando apoio logístico e operacional para a atividade e que nele se encontra todos os dispositivos elencados em nosso ordenamento deixando o operador e o investidos do *Factoring* seguros e tranquilos para exercer sua atividade.

E contrato que cumpre sua função social é aquele que promove a realização de uma justiça comutativa, retirando de uma justiça comutativa, retirando ao máximo as desigualdades materiais entre os contratantes.

Observa-se assim, que a função social do contrato pode ser enfocada sob dois ângulos: (1) um individual, atinente aos contratantes, que utilizam o contrato como instrumento para consecução de sua satisfação pessoal, enquanto que o outro (2) **sob um enfoque público, que é o interesse da sociedade sobre o contrato. Nesse aspecto, a função social do contrato será executada quando seu objetivo, que é a circulação de riqueza, for realizado de forma justa, isto é, quando o contrato representar uma fonte de EQUILÍBRIO SOCIAL.**

Por outras palavras, a produção e circulação de riquezas não podem ser feita de forma desmensurada e desregrada, sob pena do pacto produzir efeitos maléficos no seio social e por via reflexa, a uma das partes do negócio jurídico. Outrossim, não pode ser feita sem que as partes envolvidas no negócio jurídico estejam, ao máximo, resguardadas de situações imprevisíveis que afetem o patrimônio da outra banda da relação jurídica de direito material.

Conforme escrito em capítulos anteriores às garantias tem como finalidades proteger o negócio e as partes que estão inclusas na relação contratual, de qualquer eventual ocorrência, ainda mais quando se trata de uma economia com tamanha oscilação e que em momento de crise, não se encontra uma direção certa e segura.

Por que seria defeso às sociedades empresariais (que certamente possuem patrimônio muito menor do que as citadas instituições financeiras) fomentadas da atividade mercantil exigí-las, quando livremente pactuado no contrato de *Factoring*?

Dentre os vários contratos celebrados pelas instituições financeiras, destaca-se o contrato de alienação fiduciária. Nestes contratos, é praxe a garantia através de títulos de créditos, mormente notas promissórias. Portanto, não é de hoje que o contrato entre particulares pode e, na grande maioria das vezes, é resguardado pelas mais variadas formas de garantias.

Destaca-se ainda que a exigência de garantias contratuais também não são estranhas ao “leviatã”, quando em momento prévio a celebração dos contratos administrativos exige garantias do outro pólo da relação contratual, para que a quebra contratual por parte do contratado não lhe cause abalos; porque não permitir que as sociedades faturizadoras ajam assim, já que uma mesma situação imprevisível que cause uma pequena lesão ao Estado e às instituições financeiras, pode significar a extinção dos faturizadores, dada a grande diferença patrimonial que há entre ambos.

Quanto aos princípios do contrato é certo que o *Factoring* não tem objeção sobre o nenhum deles. Constando em seu texto todos os pressupostos ou requisitos de validade jurídica no negócio e as obrigações das partes envolvidas.

Por fim, as cláusulas sob análise também não ofendem ao princípio da boa-fé, seja em seu aspecto subjetivo ou objetivo (art. 422, NCC). Quanto à boa-fé, em seu aspecto SUBJETIVO, não há qualquer ofensa porque as partes tinham plena

consciência de todos os termos do contrato de fomento mercantil. E a boa-fé subjetiva nada mais é do que a noção equivocada de dado assunto, em um erro que o contratante incide, o que certamente não se vê no caso dos autos.

Em se cuidando da boa-fé, mas agora encarada **sob o olhar objetivo, também não vejo qualquer afronta a ela no contrato em questão. Na concepção objetiva, a boa-fé está calcada na honestidade, retidão e lealdade.**

Em suma, este princípio exige que as partes se comportem de forma correta nas tratativas, formação e cumprimento dos contratos. Em outros termos, pode-se dizer que é a maneira criteriosa de cumprir com TODOS direitos e, **em especial, os deveres previstos no contrato.**

Deve-se, mais uma vez, mencionar que o princípio da autonomia da vontade, também encontra eco no contrato em questão, **já que permitir que cláusulas firmadas livremente pelas partes sejam posteriormente impugnadas judicialmente, é, em última análise, ofender o princípio geral de direito que impede que algum venha a juízo para se beneficiar de sua própria torpeza e semear no campo social a semente da insegurança jurídica e da má-fé nas relações contratuais.**

Como o tema em questão e o recurso aqui exposto não buscam solução para o conceito de *Factoring*, e sim o uso das garantias nos Contratos de *Factoring* por cláusulas ‘*pro soluto*’ ou ‘*pro solvendo*’ o Relator e desembargador Elpidio José Duque expressa com propriedade e objetividade.

Na cessão *pro solvendo*, o cedente permanece obrigado pelas importâncias cedidas na hipótese de inadimplemento dos devedores originários. Ou seja, **“Il rischio di insolvenza resta a carico del creditore cedente: cio significa che, in caso di insolvenza, ilfactor si rival esull’impresa cedente”.**

Na cessão *pro soluto*, o cedente não responde pelas importâncias cedidas, se o devedor originário tornar-se inadimplente. O faturizador-endossatário assume todos os riscos do não-pagamento, não existindo qualquer responsabilidade do faturizador-endossante. Isto é, **“Il rischio di insolvenza viene assunto dal factor che si sostituisce in tutto all’impresa nel rapporto com la clientela, e La cessione del debito esse renotificata al debitore”.**

Nestes casos devemos considerar os dispositivos presentes no Código Civil, nos art. 295 e 296 sem esquecer o art. 297 tornando assim certa a validade das garantias nos versos do contrato de fomento mercantil seja no tocante ‘*pro soluto*’ ou ‘*pro solvendo*’

Assim sendo, e pedindo vênua pelo longo exposto, acompanho o brilhante voto do Emitente e culto Relator, conhecendo do Recurso e lhe DANDO PROVIMENTO, **para declarar a validade das cláusulas pro solvendo dos contratos de Factoring. Porém, na forma do artigo 297 do CC/02, limito a responsabilidade da Apelada (faturizada- endossante) apenas ao valor que recebeu da apelante (faturizadora-endossatária), com os respectivos juros fixados de acordo com a Lei de Usura.**

Sendo assim para concluir:

As cláusulas ‘*pro soluto*’ ou ‘*pro solvendo*’ não podem de forma alguma ser o elo ou o alvo sobre o uso das garantias expressa nos contratos de fomento mercantil, porque o que determinará a proteção da relação jurídica entre as duas empresas, será o conceito sobre cada caso, restando para os operadores do direito avaliar a individualidade dos fatos, independente da origem do título, do prazo, do deságio. Até que o Projeto de Lei 23095 seja aprovado surgindo a sonhada Lei do Fomento Mercantil “*FACTORING*”.

Lembrando que a ausência de garantias pessoais e reais no contrato e operação do *Factoring* causa efeitos negativos para o resultado da atividade. As garantias proporcionam equilíbrio contratual para o negócio jurídico evitando prejuízos e extinguindo a desigualdade contratual entre os envolvidos tirando a comodidade da empresa faturizada em relação às obrigações sobre o título referente a solicitação de um serviço ou compra de mercadoria por ela emitido a um terceiro. Resultado de uma relação de cunho mercantil.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por laborar a anos no segmento de fomento mercantil, especificamente com *Factoring*, foi inevitável a observação do seu desenvolvimento, visando ainda à importância do reconhecimento legal da atividade, que ainda sofre por “silêncios” do estado em ajustar este ofício. Posto isto, a justificativa recai sobre a reconstrução da trajetória histórica e a evolução da atividade no mundo jurídico do *Factoring*.

Pontuar e esclarecer a importância do embasamento legal na atividade do *Factoring* para aprimorar a prestação de serviço e sua relevância sócio-econômica, auxiliando o segmento de pequenas e médias empresas a expandir seus ativos e vendas sem endividamento. Trata-se, portanto, da fixação de um marco profissional concatenando-o com o aprendizado do Direito.

Factoring é uma atividade recente no Brasil sem uma lei específica que o embase, mas se constituiu por um contrato misto e atípico, encontra a possibilidade de aplicação dos princípios e aspectos gerais dos contratos do Código Civil. Encontrando respaldo em leis esparsas do nosso ordenamento Jurídico.

Um instituto possuidor de um contrato, que apresenta com clareza toda relação jurídica entre as partes, a compra de títulos de crédito negociados e expressa com ênfase às garantias para ambas às partes, esclarecendo as obrigações para o cumprimento do contrato e se a empresa devedora irá ressarcir a faturizadora.

Cumpra sua função social, promovendo a manifestação de vontade e a efetivação do direito positivo das partes, elencados em nossa Constituição Federal, extinguindo as desigualdades entre os contratantes. Proporcionando benefícios comerciais, econômicos e sociais. Possibilitando o uso das garantias pessoais e reais em suas operações, mesmo, não tendo uma lei específica. Já que em nosso ordenamento jurídico não se encontra lei que o proíba.

De que adianta o amparo as pequenas e médias empresas, que é o público alvo do fomento mercantil, se o faturizador se sujeita às intempéries do mercado colocando em risco todo seu empreendedorismo? Seria esta a forma de atender aos fins sociais e ao bem comum? É evidente que as respostas são negativas, já que, uma das partes do contrato está o tempo todo sujeitando e arriscando a perdas financeiras consideráveis, sem um respaldo jurídico para se garantir.

Identificar a importância e o benefício do reconhecimento legal das garantias nas operações de *Factoring* no Brasil, para que tal atividade efetive a sua finalidade econômica e

social, foi o que motivou a pesquisa, análise e compreensão do uso das garantias pessoais e reais na atividade de fomento mercantil o “*Factoring*”.

É o fomento mercantil que proporciona o crescimento dos ativos e das vendas de seus faturizados, transformando seus créditos a prazo em créditos a vista.

Com base em nossa Carta Magna também conhecida por Constituição Federal mais precisamente em seu art. 5º, II, que traz o seguinte texto: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Com base em toda pesquisa, controvérsias doutrinárias e judiciais apresentadas sobre as garantias usadas nas operações de *Factoring* e importância de uma lei específica para a atividade, eis surge então, a grande possibilidade de chegar ao fim todas as discussões até aqui apresentadas.

Quebrando todos os tabus, eis, à criação de uma nova atividade comercial com certidão de nascimento outorgada pelo PL 25/2007, no Estatuto da Micro e Pequena Empresa em 1º de Julho de 2015 a Empresa Simples de Crédito (ESC) que diferente do *Factoring* estará enquadrada no Simples Nacional. Liberada a concessão de empréstimos, e recebimento de garantias.

Apresenta a quebra de tradicionais paradigmas das sociedades de fomento comercial. Reconhecida como a filha do *Factoring*, mas com a diferença que o *Factoring* nasceu, cresceu e consolidou pelas forças do mercado, e sem segurança jurídica por tantos anos.

Esta modalidade miscigena os conceitos básicos do *Factoring* com os bancos. Nasceu com segurança jurídica que faltou no *Factoring*. Deverá ter objeto social exclusivo, não podendo ter filiais, devendo constar em seu nome a expressão ‘Empresa Simples de Crédito’ e vedada a utilização da expressão ‘banco’ ou similar.

Toda a luta realizada em prol do *Factoring* na busca de sua regulamentação e reconhecimento de sua função social foi contemplada na criação desta nova modalidade, filha do *Factoring*. Sendo para ela estabelecido respaldo jurídico, enquadramento no Simples Nacional e a Concessão de créditos de crédito para pessoa jurídica em qualquer modalidade (exemplo: capital de giro, financiamentos com garantia hipotecária e alienação fiduciária, reserva de domínio e a compra de título atividade típica do *Factoring*) além do recebimento de garantias.

E agora, diante de mais um contraditório, o nascimento das Empresas Simples de Crédito (ESC), resultado de uma longa e constante luta e alterações causadas pelas questões econômicas e sociais. Podendo trazer o amparo também para as *Factoring* que esperam por estes reconhecimentos há tantos anos.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Rogerio Alessandro de Oliveira. “*Factoring*” / - Rogério Alessandro de Oliveira Castro - São Paulo: Editora de Direito Ltda. 2000.

DONINI, Antônio Carlos. “*A Revista do Factoring*” / Antônio Carlos Donini coordenador é uma publicação da Editora Klarear. Ano II - nº 10 - Novembro e dezembro de 2004 e nº 14 - Outubro e Novembro de 2005.

DONINI, Antônio Carlos. “*Factoring*”; **de acordo com o Novo Código Civil** (Lei nº 10.406, de 10.01.2002)/Antônio Carlos Donini. – Rio de Janeiro: Forense, 2002

LEITE, Luiz Lemos. “*Factoring no Brasil*” / Luiz Lemos Leite. – 8. Ed. – São Paulo: atlas,2003.

RIZZARDO, Arnaldo. “*Factoring*” / Arnaldo Rizzardo. – 2, ed.rev. atual. eampl. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2000.

SILVA, Rubens Filinto da. “*Análise de Crédito para empresas de Factoring*” /abordagem teórico-prática voltada às operações de fomento mercantil/ Rubens Filinto da Silva – 1.Ed.- Campo Grande, MS: Hedge editora,2004.

SILVA, Rubens Filinto da. “*As garantias reais e pessoais do Factoring*” /Rubens Filinto da Silva; prefácio Nelson Juliano Schaefer Martins-São Paulo: Editora Pillares; Campo Grande. MS: Hedge Corporate Ltda, 2006.