

AS EMPRESAS DE FOMENTO MERCANTIL E O RISCO JURÍDICO: UM ESTUDO SOBRE AS PRINCIPAIS CAUSAS E PREVENÇÕES DE LITÍGIOS JUDICIAIS

COMPANIES FOMENTO MERCANTIL AND LEGAL RISK: A STUDY OF THE MAJOR CAUSES AND PREVENTIONS OF LEGAL DISPUTES

PAULO WIENHAGE¹, RONI PETSON SANTANA DE SOUZA² E JORGE RIBEIRO DE TOLEDO FILHO³

Recebido em: 24/11/2009

Aprovado em: 05/08/2010

RESUMO

Em todo o Brasil, as empresas de Fomento – *Factoring* – tornam-se uma crescente fonte de financiamento externo para pequenas e médias empresas, devido à dificuldade dessas em obter recursos em outras fontes. Neste setor, o risco jurídico é inerente à atividade, e sua prevenção deve ser alvo de atenção tanto para as empresas de fomento quanto para os gestores de empresas contratantes. Esta pesquisa de caráter exploratório e qualitativo buscou identificar quais os principais motivos que levam empresas de fomento mercantil a participarem de litígios judiciais. Para tanto, foram avaliadas as frequências das causas com que esses litígios ocorrem através de pesquisas em 1.093 processos que envolvem empresas de *factoring*. Como resultados da pesquisa, são apontados os principais motivos que provocam a participação das empresas de *factoring* em litígios judiciais, como, por exemplo, a busca pelo direito de regresso que, segundo o estudo, não é um direito legítimo dessa atividade.

Palavras-chave: *Factoring*; Risco jurídico; Direito de regresso.

ABSTRACT

In the whole world, factoring companies become an increasing source of external financing for small and average companies, due to difficulty of these companies in getting resources in other sources. In this sector the risk is inherent to the activity, being one of main the legal risk. The knowledge of these risks and its correct management must be white of reflection for the managers.

The present study aims to identify which the main reasons that take the factoring companies to participate in judicial litigations. This research evaluated the frequency of the causes with that these litigations occur through research in site of the Superior Court of Justice finding 1,093 processes that involve companies of factoring. The research is of the exploratory and qualitative type having as inquiry technique a documentary analysis. As results of the work, the main reasons are pointed that provoke the participation of the factoring companies in judicial litigations: contractual clauses, mainly referring questions about interest rates; not fulfilment of formalities in securities collect and, mainly, the search for the return right that, according to study, is not in the truth a legitimate right of this activity

Keywords: Factoring; Legal risk; Right of return.

1 Introdução

No setor de fomento mercantil, o risco é iminente à atividade, segundo Desbesel (2009a) um dos principais riscos das *factoring* é o risco jurídico, o conhecimento desses riscos e sua correta gestão devem ser alvo de reflexão para os administradores.

Conforme Leite (2005), o *factoring* teve suas origens a partir das negociações dos fenícios com outros povos do Mediterrâneo. Os riscos inerentes ao comércio levaram os fenícios a criar suas *factorias* para restringir os riscos de créditos. Com o objetivo de dominar o comércio no Mediterrâneo, os fenícios lutavam com os romanos, estabelecendo, em pontos estratégicos, a figura de um agente, que era designado a fornecer informações para garantir bons negócios para seu país.

¹ Mestrando em Ciências Contábeis pela Universidade Regional de Blumenau (FURB) e docente do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP I).

² Mestrando em Ciências Contábeis do Programa de Pós-graduação da Universidade Regional de Blumenau (FURB).

³ Doutor em Controladoria e Contabilidade pela FEA-USP; professor do Programa de Pós-graduação em Administração e Contabilidade da Universidade Regional de Blumenau (FURB).

O *factoring*, com o passar do tempo, evoluiu de um simples contrato de comissão para assumir uma posição de financiador dos comerciantes, adquirindo seus créditos mediante o pagamento. Os agentes mercantis – *factors* – garantiam bons negócios e intermediavam as trocas comerciais, desenvolvendo, dessa forma, a economia e desempenhando um papel de fundamental importância, pois facilitavam e garantiam bons negócios. (DONINI, 2004).

Segundo Leite (2005), a atividade das *factorings* teve origem no Brasil em 1968, porém, institucionalmente, apenas a partir de 1982, com a criação da Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil (ANFAC). Essa associação é precursora e pioneira do fomento no Brasil e assumiu o compromisso junto às autoridades de situar as atividades dentro dos limites permitidos pelas leis brasileiras. (ANFAC, 2009).

A ideia de que as *factoring* apenas “trocam” duplicatas é ampliada por Beber (2006) ao analisar o conceito, a função das *factorings*, que objetivam prestar serviços de assessoria creditícia, mercadológica, de gestão de crédito, de seleção de riscos, de acompanhamento de contas a pagar e a receber e outros serviços, conjugada com a compra definitiva do crédito, assumindo o possível risco de solvabilidade de empresas resultantes de vendas mercantis, a prazo ou de prestação de serviços.

As vantagens da relação com as empresas de fomento para os empresários-clientes são inúmeras, pois os serviços oferecidos vão além da aquisição de títulos e, dessa forma, estes poderão se concentrar em aspectos mais importantes de sua atividade, como a procura por mais clientes, mas é importante destacar que os benefícios do fomento vão além dos benefícios para as empresas envolvidas, pois as empresas de fomento incentivam o crescimento econômico das empresas e de outras de forma indireta.

Como qualquer outro investimento, as *factoring*, que é uma forma de investimento, têm os seus riscos. Neste caso, os riscos deveriam ser cobertos pela tarifa, fator, das

compras, porém o risco jurídico aos quais as empresas de fomento estão vulneráveis nem sempre é analisado ou sequer imaginado, a não ser nos casos em que as empresas se envolvem em processos judiciais, gerando o que Desbesel (2009b) chama de “passivo judicial oculto”.

O Contrato de Fomento Mercantil deveria dar suporte jurídico necessário para tranquilidade dos empresários de fomento e das empresas contratantes, porém isso nem sempre ocorre, pois a natureza *pro soluto* do negócio impossibilita o direito de regresso, que Gonçalves (2008) explica ao destacar que, na hipótese de inadimplemento pelo terceiro devedor, a empresa de *factoring* não teria direito de ação contra a empresa contratante (ou faturizado) pelo simples inadimplemento dos títulos de crédito que lhe foram cedidos, devendo cobrá-los diretamente ao devedor, e que a responsabilidade da empresa contratante surge somente se houver vício de legalidade, legitimidade ou veracidade dos títulos negociados.

É comum deparar-se com manchetes de jornais e em sítios da Internet, destacando em letras garrafais, a batalha judicial a que estão sujeitas as empresas de fomento, tais como: *Empresa de Factoring é condenada por Protesto Indevido; Judiciário decide: Factoring não responde por dano moral fundado no simples risco de sua atividade; Factoring ainda sofre com negativa do direito de Regresso*, entre tantos outros.

Diante da situação exposta, surge a questão problema que norteia esta pesquisa: *Quais são os principais motivos que levam ao litígio judicial as empresas de factoring?* Assim, o trabalho tem como objetivo principal investigar as principais causas dos litígios judiciais das empresas de fomento com empresas contratantes, e, como objetivo específico, abordar os principais motivos dos litígios judiciais, apresentando meios de prevenção tanto para as empresas de fomento quanto para as empresas contratantes.

A pesquisa demonstra sua relevância por se tratar de uma atividade empresarial

que possui características de assessoramento em uma parcela considerável das empresas brasileiras e por esclarecer a legalidade desta atividade que, por vezes, é colocada em dúvida.

O presente artigo está organizado em seis sessões, incluindo a presente introdução. A sessão dois é dedicada à contextualização de *factoring*; a sessão três aborda o contrato de fomento mercantil; a sessão quatro apresenta a metodologia empregada; a sessão cinco faz uma análise dos resultados e a sessão seis apresenta as conclusões obtidas ao longo do artigo.

2 *Factoring*

A origem do fomento mercantil, segundo Martins (1993, p. 560), “[...] remonta a mais longínqua antiguidade quando, na Grécia e Roma, comerciantes incumbiam a agentes (*factors*), disseminados por lugares diversos, a guarda e venda de mercadorias de sua propriedade”. Bulgarelli (1998, p. 535) apresenta outra concepção da origem do *factoring*: “não obstante haja quem tenha visto a origem do *factoring* nas épocas mais remotas da humanidade, na verdade, ele surgiu na Inglaterra, no século XVII, e, na Europa, somente em 1960”.

O *factoring* envolve a prestação de serviços e a compra de créditos, direitos creditórios, resultante de vendas mercantis, sendo denominada como uma atividade comercial mista atípica (LEITE, 2005). A atividade de fomento mercantil, segundo Neto (2003, p. 567), destina-se a “negociar os créditos de curto prazo das empresas produtoras [...] essa atividade procura reequilibrar o fluxo monetário da empresa carente de liquidez imediata, por meio da canalização dos valores aplicados em contas a receber para seu disponível”. A operação com a empresa de *factoring* consiste em ceder os direitos creditórios sobre as duplicatas, recebendo o valor de face com deságio. É utilizada com maior frequência por empresas de pequeno e médio porte que encontram dificuldades de obtenção de créditos em bancos. (HOJI, 2006).

Na visão de Leite (2005, p. 377), a definição de *factoring* é:

[...] o mecanismo de alavancagem dos negócios do segmento das pequenas e médias empresas que tem como pressuposto básico a prestação contínua de serviços de apoio que lhes são disponibilizados, já que elas não têm condições de identificar e dimensionar seus problemas e deficiências propiciando-lhes crescer e ter lucro.

Gomes (2001, p. 468) define que “*factoring* é o contrato por via do qual uma das partes cede a terceiro o factor, créditos provenientes de vendas mercantis, assumindo o cessionário o risco de não recebê-los”. Rolim (1998) e Neto (2003) também chamam a atenção para os riscos inerentes da operação de fomento no que tange à questão do recebimento dos títulos adquiridos. Castro (2000) corrobora ao dar ênfase à questão do risco de insolvência dos títulos adquiridos ao alertar que a operação não se caracteriza como financiamento para a empresa-cliente e que a *factoring* não tem o direito de regresso.

Não se pode falar sobre fomento mercantil e deixar de lado um fator de grande relevância, a ética. Carlos (2005, p.14) elenca alguns princípios éticos:

Agir com probidade nos negócios, informar e advertir o cliente sobre riscos, incertezas e quaisquer circunstâncias desfavoráveis de negócios que lhe forem confiados; Prestar contas na forma legal, com exatidão e clareza, dissipando as dúvidas que surgirem; Agir com esforço para que as relações com o cliente sejam contratadas por escrito, com todos os requisitos legais claramente definidos; Assistir de forma contínua a sua clientela, prestando todo e qualquer apoio necessário a avaliação de riscos e seletividade de seus negócios; Zelar pela dignidade da atividade e pela correta divulgação dos conceitos e objetivos que caracterizam o *Factoring*.

De acordo com a perspectiva de Donini (2004), devido à grande necessida-

de de capital de giro das micros, pequenas e média empresas, a atividade principal do *factoring* é a compra dos créditos, representados por duplicatas e cheques pós-datados originários de operações mercantis.

Na concepção de Leite (2005), as atividades de fomento mercantil têm desempenhado um papel de fundamental importância para milhares de pequenas e médias empresas, sendo um mecanismo de gestão comercial. O *factoring* não é apenas aquela atividade destinada a “descontar ou trocar” cheques pré-datados, duplicatas ou outros títulos representativos de transições mercantis, é um conjunto de serviços oferecidos por empresa especializada, apoiando os empresários no desenvolvimento de seus negócios.

Em todo o mundo, o *factoring* é uma crescente fonte de financiamento externo para as pequenas e médias empresas, pois um desafio para muitas dessas empresas é o acesso ao financiamento. Klapper (2005) destaca que os serviços de *factoring* são utilizados em países desenvolvidos e em desenvolvimento. Em 2004, o volume mundial negociado atingiu US\$ 860 bilhões, com uma impressionante taxa de crescimento de 88% em relação a 1998. Esta evolução do fomento no mundo continua, porém de forma mais lenta. A tabela 1 apresenta a situação dos serviços de fomento nos últimos sete anos e evidencia, em 2008, a estagnação do mercado.

Tabela 1 – Evolução dos serviços de *factoring* (milhões de euros)

Ano/Região	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Europa	522.851	546.935	612.504	715.486	806.983	932.269	888.533
América	115.301	104.542	110.094	135.630	140.944	150.219	154.450
África	6.203	5.840	7.586	6.237	8.513	10.705	13.263
Ásia	69.849	89.095	111.614	135.813	149.945	174.617	235.619
Austrália	9.992	13.979	18.417	23.380	27.853	33.780	33.246
Total	724.196	760.391	860.215	1.016.546	1.134.238	1.301.59	1.325.111
Evolução %		1,05%	13,13%	18,17%	11,58%	14,75%	1,81%

Fonte: Dados da pesquisa.

Em função da falta de conhecimento e enquadramento da atividade do *factoring*, no Brasil, a princípio, essa atividade chegou a ser confundida com agiotagem; no entanto, hoje, representa um grande mecanismo de apoio às empresas de pequeno e médio porte que buscam sobreviver no mercado paralelo. (DONINI, 2004). Para Leite (2005), essa atividade tende a crescer e tornar-se mais competitiva, o que pode gerar uma depuração no mercado, onde só se manterão ativas aquelas capitalizadas e dotadas de uma hábil e inteligente administração.

Factoring não pode nem deve ser comparado com banco ou instituição financeira. O banco capta e empresta dinheiro e necessita do Banco Central para funcionar, já a empresa de *factoring* presta serviços e compra créditos, sendo uma sociedade mer-

cantil. (LEITE, 2005). Os bancos utilizam-se de capital de terceiros, diferenciando-se das empresas de *factoring*, que não captam recursos, utilizam-se de capital próprio, prestando serviços de apoio e comprando créditos vencíveis das empresas-clientes. (DONINI, 2004).

No quadro 1, Leite (2005, p. 30-35) diferencia a relação entre *factoring* e banco.

Quadro 1 – Diferenciação de Bancos x *Factoring*

De acordo com Leite (2005), a atividade de *factoring* adquire os direitos oriundos das vendas, à vista em dinheiro, não faz adiantamentos ou antecipações de recursos ao cliente, como se fosse um financiamento, ou seja, a empresa cliente não restitui o dinheiro recebido como antecipações.

BANCO	FACTORING
<p>É intermediário de crédito. De um lado, ele é devedor pela aplicação feita pelos investidores (depositantes) é uma exigibilidade. Uma operação passiva. É tomador de recursos. De outro lado, ele é credor pela aplicação dos recursos captados. É uma operação ativa. Pratica uma operação de crédito – um mútuo –, em que concede um prazo e cobra juros.</p> <p>Capta recursos de terceiros no mercado e empresta.</p> <p>Faz intermediação de recursos de terceiros, da poupança popular.</p>	<p>O <i>factoring</i> é uma operação dicotômica: prestação de serviços mais compra de crédito mercantil. Na parte rel ativa à compra de crédito, não existe uma operação de crédito. Trata-se de venda, à vista, de um bem móvel (papel de crédito comercial) e de uma compra, à vista, em dinheiro, desse bem móvel (recebível mercantil). Não é mútuo.</p> <p>Não capta recursos.</p> <p>Presta serviços e compra créditos (direitos).</p> <p>Opera com recursos não captados do público.</p> <p>Não coloca em risco a poupança popular.</p>
<p>Em suas operações ativas, remunera -se com a cobrança de juros (remuneração pelo uso do dinheiro durante determinado prazo).</p>	<p>É uma operação tipicamente mercantil, com dois polos distintos:</p> <p>a) Serviços;</p> <p>b) Compra de créditos.</p> <p>Sua remuneração não tem a natureza nem de juros, nem de desconto. Pela prestação de serviço, a sociedade de fomento mercantil se remunera com a comissão cobrada <i>ad valorem</i>. Na venda e compra de bens móveis (papéis de crédito comerciais), pactua-se um preço – fator de compra.</p>
<p><i>Spread</i> – diferença entre o custo de captação e o de aplicação dos recursos coletados no mercado.</p>	<p>Fator – precificação da compra de créditos.</p> <p>Compõe-se de:</p> <ul style="list-style-type: none"> – custo de oportunidade dos recursos; – custos operacionais; – tributos; – expectativa de lucro e de risco.
<p>IOF – Federal IR Demais contribuições</p>	<p>ISS – Municipal – sobre a comissão cobrada pela prestação dos serviços. IR Demais contribuições IOF – objeto de ADIN 1.763/98, arguida sua inconstitucionalidade no STF.</p>

Fonte: Dados da Pesquisa

Leite (2005, p.272) destaca que o *factoring* se difere do Banco, pois:

[...] presta amplos serviços de apoio e alavancagem de negócios e compra à vista *créditos* (direitos) das empresas-clientes resultantes de suas vendas a prazos. No *factoring* não há o efeito multiplicador da moeda porque não recebe depósito. Remuneram-se os serviços prestados pelo

factoring com a cobrança de uma comissão e a compra de créditos mediante um preço (fator). Quando uma sociedade de fomento mercantil quebra, os prejuízos são de seus gestores. Não se coloca em risco a poupança popular.

No quadro 2, são demonstradas as modalidades praticadas geralmente no Brasil.

FUNÇÕES	ATIVIDADES	MODALIDADES	REMUNERAÇÃO
Compra de crédito.	Compra de crédito.	Convencional e <i>Maturity</i> .	Fator
Prestação de serviços convencionais.	Análise de crédito, cobrança simples em nome do faturado.	Convencional e <i>Maturity</i> .	<i>Ad valorem</i> – entre 0,5% e 1,0%, com base no valor de face dos títulos.
Prestação de serviços diferenciados.	Serviços de gestão empresarial, parcerias, administração, etc.	<i>Trustee</i>	Estipulação livre.
Antecipação de recursos não-financeiros.	Antecipação de matéria-prima/insumo/estoque.	Matéria-prima	Fator que poderá ser pago com a venda do produto industrializado.
Compra de crédito e prestação de serviços.	Compra de crédito, consultoria, gestão, análise de crédito etc.	Exportação e importação.	Estipulação conforme serviços prestados.

Fonte: Donini (2004, p. 22).

Quadro 2 – Modalidades de *factoring*

Em se tratando de remuneração, o fator é o diferencial entre valor do título e o valor da compra pela *factoring*, e *ad valorem* é a remuneração dos serviços convencionais prestados e tem como base de pagamento o valor de face dos títulos comprados. (DONINI, 2004).

São praticadas as modalidades no Brasil descritas como:

– Convencional: consiste na prestação de serviços, com a compra de direitos ou ativos de vendas mercantis a prazo, mediante a cessão dos direitos, por suas empresas clientes contratantes. Conforme a necessidade de capital de giro das empresas clientes, efetua a venda dos créditos mercantis a prazo, geralmente representado por duplicatas, obtendo recursos à vista através do contrato de fomento mercantil. (LEITE, 2005);

– Compra de matéria-prima: consiste na negociação junto a fornecedores de matéria-prima, insumo ou estoques, para atender às necessidades de desenvolvimento dos negócios das empresas-clientes. O *factoring* compra à vista o direito futuro desse fornecedor, em que a empresa-cliente paga o

factoring com o faturamento gerado pela transformação dessa matéria-prima. (LEITE, 2005). Na perspectiva de Donini (2004), nesta modalidade, a empresa-cliente não terá como fomento recursos financeiros, mas matéria-prima/insumos e estoques para produzir e vender. O custo nesta operação é arcado pela *factoring* junto ao fornecedor;

– *Trustee*: o *factoring* presta assessoria administrativa e financeira, com acompanhamento de contas a receber e a pagar, oferecendo, ainda, assessoria e planejamento para a expansão do negócio. Pode-se entender como uma parceria entre a empresa de *factoring* e a empresa-cliente. (LEITE, 2005). De acordo com Donini (2004), a empresa de *factoring* dirige e administra as contas da empresa-cliente, não havendo compra de crédito. Nesta modalidade, envolve a gestão de contas a pagar e receber da empresa-cliente, consultoria e parceria confiando a gestão da empresa à *factoring*;

– *Maturity*: de origem inglesa, tem como significado “no vencimento”, nesta modalidade, o valor só é creditado para o emitente na data fixada de seu vencimento, garantindo à empresa-cliente a liquidação e o recebimento do título negociado. Diferente do convencional, não há adianta-

mento do valor dos créditos, e os riscos não são assumidos pela *factoring*, que realiza apenas a cobrança pela sua insolvência. (LEITE 2005). Na visão de Donini (2004, p.17), nesta modalidade operacional, “o objeto de contrato é a compra de crédito com pagamento na data do vencimento dos títulos cedidos através da cessão de créditos, títulos oriundos das operações mercantis da faturizada”;

– Exportação: é conhecida também como *factoring* internacional. A exportação é intermediada por duas empresas de *factoring*, sendo uma de cada país envolvido, garantindo a operacionalidade e liquidação do negócio. (LEITE, 2005). De acordo com Donini (2004), é voltada para o campo do comércio exterior, atuando o *factoring* em três frentes: importação, exportação e a garantia ou securitização. Decorrente de vendas realizadas por exportadores ao exterior, esta modalidade implica na aquisição definitiva dos créditos pela sociedade de fomento mercantil.

3 Contrato de fomento mercantil

O contrato de fomento mercantil deve assegurar as condições mínimas de segurança para a empresa de fomento mercantil e para as suas empresas-clientes, entretanto, estes contratos são questionados judicialmente em muitos aspectos. Um dos principais litígios é em função do direito de regresso, pois ao adquirir os créditos da empresa-cliente a *factoring* o faz de forma *pro soluto*, o que significa que a *factoring* os adquire e não tem o direito de cobrar da empresa os títulos não recebidos de terceiros. É comum encontrar casos em que a empresa de fomento inclui cláusulas nos contratos que a resguardem do direito de regresso, porém estas, perante os tribunais, não têm nenhuma validade.

O contrato de *factoring* é conceituado por Rizzardo (2004) ao destacar que este evidencia uma relação entre duas empresas, em que uma delas entrega à outra o título de crédito e, em contrapartida, recebe o valor constante do título, descontado determi-

nado valor pela remuneração da operação realizada. Já Martins (1993, p. 548) ensina que o contrato de *factoring* é “aquele em que um comerciante cede a outro créditos na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante pagamento de uma remuneração”. Wald (1998, p. 531) complementa ao destacar “[...] 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”.

Donini (2004) aconselha que a relação entre *factoring* e empresa-cliente seja sua constituída por escrito, tendo em vista sua natureza complexa,. A atividade de fomento mercantil está em plena evolução, assumindo fisionomia própria. Conforme relata Leite (2005, p. 235), a atividade de *factoring* “é o resultado da coordenação de uma série de serviços e de compra de direitos em apoio à pequena e média empresa, seu mercado alvo”.

De acordo com Leite (2005), por refletir um ato de liberdade individual, o contrato é considerado válido e eficaz quando cumprido pelas partes envolvidas. O contrato de fomento mercantil, conforme Donini (2004, p. 89-90), classifica-se como:

- a) atípico misto: é considerado atípico devido não existir uma lei regulamentadora, mas é definido em lei pelos institutos jurídicos (cessão de crédito e prestação de serviços) composto assim com formas típicas e atípicas;
- b) não solene: independente de forma descrita em lei, depende do consentimento das partes para sua validade, pode ser feito o contrato de forma escrita ou não;
- c) bilateral: as partes envolvidas assumem direitos e obrigações, sendo constituído mediante concursos de vontade dos contraentes;
- d) personalíssimo: a *factoring* considera, como elemento determinado para a contratação, a empresa-cliente, sendo elemento causal do contrato;
- e) relação mercantil e não de consumo: a empresa-cliente na cessão de crédito se apresenta como tomador de recursos para

- fomentar sua empresa;
- f) não é título de crédito: o contrato de fomento mercantil utilizado no mercado por não existir disposição expressa de lei, não se enquadra no art. 585, inciso VII, do CPC. Se assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, reclamando como pressupostos a quantia determinada a pagar, seria considerado título de crédito conforme prescrito no inciso II, descrito no art. citado;
- g) contrato de adesão: a empresa-cliente, no contrato, tem duas opções: assinar ou não o contrato, podendo ser discutido o percentual do fator, direito de regresso e garantias, não descaracterizando sua condição adesiva;
- h) boa-fé objetiva: todos os integrantes do contrato devem ter lealdade na contratação e execução do contrato;
- i) função social: o contrato deverá preponderar sobre a intenção e vontade, aspectos técnicos, econômicos e sociais no interesse comum dos mesmos.

As operações de crédito de fomento mercantil estão instrumentalizadas através do “contrato-mãe” e aditivos, conforme descreve Donini (2004):

- contrato-mãe: é um contrato de adesão, em que, havendo interesse da empresa-alvo em operar, a *factoring* apresenta o contrato-mãe com as condições impostas, podendo a empresa-alvo aceitar ou não;
- aditivos: são instrumentalizadas através do aditivo todas as operações de compra de crédito e prestação de serviço. O borderô com a relação das duplicatas e cheques acompanha o termo aditivo.

De acordo com Leite (2005), nas negociações que antecedem a celebração do contrato, as partes envolvidas devem pautar-se pelos princípios da boa-fé (fidelidade a um compromisso, sinceridade) e da probidade (honestidade, integridade de caráter).

Leite (2005) destaca que, conforme o Art. 296 do Código Civil: “Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor”. Porém este autor explica que estando no contrato de *factoring* cláusula específica onde a empre-

sa-cliente se responsabilize pela solvência do devedor, configurando estipulação em contrário, conforme o artigo 296, o contrato deixa de ser revestido da forma *pro soluto*, passando, assim, para a forma *pro solvendo*. A mesma concepção é apresentada por Meskelis (2008), ao afirmar que é válida a cláusula que transfere o risco da operação para o faturizado. Em posição contrária ao pensamento de Leite (2005) e Meskelis (2008), Silva (2007, p. 3) enfatiza:

A ineficácia de qualquer estipulação contratual em que o faturizador exija aval, fiança, penhor, hipoteca ou qualquer outro meio de garantia de recebimento do crédito cedido tem por fundamento a inexistência de relação jurídica de crédito entre o faturizador e o faturizado. A obrigação contratual do faturizado é ceder seus direitos creditícios, e não garantir ao faturizador o recebimento desses créditos perante o devedor principal.

Conforme Leite (2005), as cláusulas no contrato de fomento mercantil devem estar de forma clara e explícita, sendo a compra dos títulos feitas na condição *pro solvendo*. A empresa-cliente vendedora dos créditos não é denominada devedora, não sendo obrigada a restituir o valor do título no caso de inadimplência, mas assume a garantia de solvência do sacado, que é o verdadeiro devedor da operação através da força do endosso.

Desbesel (2009) orienta alguns cuidados mínimos na aquisição dos créditos, tais como: verificar a idoneidade dos sacados, sua capacidade de pagamentos, confirmar com estes o valor de cada título e o recebimento da mercadoria; evitar a concentração de títulos em apenas um único sacado; receber da empresa-cliente as duplicatas endossadas; confrontar os valores dos títulos com o histórico do sacado, a fim de acompanhar a evolução do faturamento.

Este mesmo autor continua sua orientação ao destacar a importância de notificar os sacados dos títulos negociados. O mais importante é o cuidado ao enviar os títulos para cartório, confirmando a veracidade des-

tes, preocupando-se em confirmar se a mercadoria realmente foi entregue ou se foi devolvida para o fornecedor, tendo o cuidado de não gerar, neste momento, um passivo jurídico, fruto de ações por dano moral ou por abalo de crédito, por parte dos sacados.

Em se tratando de problemas jurídicos, é imprescindível salientar os riscos que as empresas de fomento estão sujeitas. Desbesel (2008, p. 2) destaca algumas situações comuns e frequentes:

- (a) ações sustação de protestos associada a ação de reparação do dano moral e abalo de crédito por protesto indevido: são aquelas ações em que as empresas de *factoring* são demandadas pelo protesto, ou somente pela tentativa de protesto, de títulos por ela comprados com vícios (sem causa, em duplicidade, com mercadoria devolvida, etc.), e
- (b) ações revisionais de contrato: são aquelas promovidas pelas empresas clientes, que vão a Justiça alegando diversas irregularidades na condução dos negócios entre estas e a empresa de *factoring*, querendo discutir juros, tarifas cobradas, recompra de títulos, etc., sendo que estas ações, na maioria das vezes, utilizadas pelo método de defesa da empresa-cliente quando da cobrança de alguma pendência deixada por estas junto à empresa de *factoring*.

Um risco de perda muito comum para as empresas de fomento mercantil é o protesto indevido de um título, o que gera ações de dano moral. Porém as *factoring* também recorrem à justiça para obter o direito de regresso, tentando recuperar as perdas com títulos não liquidados pelos sacados.

4 Métodos e procedimentos da pesquisa

Esta pesquisa investiga os problemas enfrentados pelas *factoring*. Para isso, foram analisados os litígios judiciais e quais as suas causas e foram estabelecidos os critérios básicos que nortearam a pesquisa, pois, de acordo com Cervo e Bervian (2002, p. 23),

“método é a ordem que se deve impor aos diferentes processos necessários para atingir um certo fim ou um resultado desejado”. Na visão de Kestring e Kuhnen (2004, p.47), “a palavra método é de origem grega e significa o conjunto de etapas a serem vencidas ordenadamente na investigação dos fatos ou na procura da verdade”.

Nesta parte do trabalho, observa-se que os métodos são os procedimentos ou os caminhos que o pesquisador define para realizar sua pesquisa. Segundo Gil (2002, p. 41), “pesquisas têm como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses”.

Quanto aos objetivos, este trabalho é de caráter exploratório, pois foi realizado com intuito de analisar os motivos pelas quais as empresas de fomento mercantil sofrem processos judiciais. Segundo Vieira (2002, p. 5), afirma ser uma pesquisa em que o pesquisador visa a ter uma maior familiaridade com o problema em estudo. Sobre este tipo de pesquisa, Gil (2002) relata que a pesquisa exploratória é útil quando há pouco conhecimento sobre o tema pesquisado, sendo difícil formular hipóteses precisas e operacionalizáveis. Do ponto de vista da abordagem do problema, esta pesquisa é qualitativa, por buscar maiores informações e identificar quais as ações movidas contra as empresas de fomento mercantil e quais as causas de tais ações.

Conforme citado por Malhotra (2005, p.113),

A pesquisa qualitativa proporciona melhor visão e compreensão do problema. Ela o explora com poucas idéias preconcebidas sobre o resultado dessa investigação. Além de definir o problema e desenvolver uma abordagem, a pesquisa qualitativa também é apropriada ao enfrentarmos uma situação de incerteza, como quando os resultados conclusivos diferem das expectativas. Ela pode fornecer julgamentos antes ou depois do fato.

Para a elaboração deste estudo, recorreu-se a fontes primárias, que foram as con-

sultas realizadas no sítio do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br) e que proporcionou uma amostra constituída por 1.093 processos judiciais contras as empresas de fomento mercantil. Também foram utilizadas fontes secundárias, nas quais se buscou contribuições dos autores sobre *factoring*.

Para Beuren (2003, p. 134):

A coleta de dados em documentos pode ser dividida em: pesquisa documental ou de fontes primárias e pesquisa bibliográfica ou de fontes secundárias. A pesquisa bibliográfica reporta-se a contribuições de autores sobre o determinado tema, entretanto, a pesquisa documental, parte de dados que ainda não receberam um tratamento analítico que podem ser reescritos de acordo com os objetivos da pesquisa.

Quanto à técnica de investigação, a presente pesquisa utilizou a análise docu-

mental. Beuren (2003, p. 140) explica que: “a análise documental consiste em uma série de operações que visam estudar um ou vários documentos para descobrir as circunstâncias sociais e econômicas com as quais podem estar relacionados”.

5 Apresentação e análise dos dados

Segundo Brito (2008), o contrato de *factoring* constitui-se um meio simplificado de viabilização das pequenas e médias empresas, porém, se mal elaborado, este contrato pode ocasionar uma série de problemas jurídicos. Esta pesquisa buscou identificar as causas que levam as empresas de fomento mercantil aos tribunais; para tanto, foi necessário investigar no sítio do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br) quais os tipos de ações que as empresas de fomento mercantil estão suscetíveis, conforme demonstrado na tabela 2.

Tabela 2 – Tipos de ações

Tipo de Ação	Quantidade
Direito de regresso	102
Dano moral, cheque, protesto indevido de duplicata e mercadoria devolvida	991
Total	1.093

Fonte: dados da pesquisa.

A tabela 2 apresenta dois tipos de ações envolvendo as empresas de fomento mercantil: ações que reclamam o direito de regresso, impetradas pelas *factoring* contra as empresas-clientes; e os casos em que estas são sujeito passivo, fruto de reclamações das empresas-clientes e dos sacados dos títulos, sendo estas ações ligadas a dano moral, protesto indevido de títulos garantias solicitadas na compra das duplicatas, entre outras. Para realizar este trabalho, foram pesquisados 1.093 processos.

As empresas de fomento mercantil têm por prática incluir no Contrato de Fomento Mercantil cláusulas que garantam o direito de regresso, porém, ao ocorrer litígio entre as partes, os juízes dão ganho de cau-

sa à empresa-cliente, anulando totalmente a cláusula. O processo 2008/0143492-9, envolvendo a empresa de fomento Pontual *Factoring* e a empresa-cliente Flexa Retentores, disponível em www.stj.jus.br, é um exemplo claro dessa situação, em que a *factoring* exigiu da empresa-cliente notas promissórias como garantia do negócio e perdeu judicialmente, conforme determina o relator:

Na realidade, o Tribunal de origem entendeu pela inexigibilidade das cambiais que constituíram o objeto da ação declaratória tratada nos autos, sob o fundamento da ilegalidade da realização, pela empresa de factoring, de operação de descontos de títulos com garantia de direito

de regresso contra a cedente, conforme se extrai de trecho do v. acórdão:

[...] Houve, portanto, uma cândida admissão de que a faturizadora estava realizando uma operação de descontos de títulos, já garantindo o direito de regresso contra a cedente, o que era não só inadmissível, como ilegal.

Como é de entendimento pacífico na jurisprudência, é vedada às empresas de 'factoring' a realização de simples operações de crédito direto, como o mútuo em dinheiro. Essas operações de crédito, como atividade empresarial, são restritas às instituições financeiras regulares autorizadas pelo Banco Central.

É vedado também a elas realizar descontos de títulos, podendo apenas adquiri-los com deságio, caracterizando-se sua atividade como uma operação de risco, não permitindo exigir garantia de pagamento de forma regressiva. [...]

É notório, entretanto, que as empresas de 'factoring' costumam assumir uma interpretação equivocada da natureza e limites de suas atividades e habitualmente pretendem garantir-se, inserindo estipulações contratuais de garantia da idoneidade dos títulos e exigindo a emissão de cambiais semelhantes aos tratados nos autos, para através deles cobrar seus prejuízos perante a faturizada, num ilegítimo direito de regresso. [...]

Tal entendimento coaduna-se com a jurisprudência desta Corte, que já se manifestou no sentido de que o factoring distancia-se de instituição financeira, porquanto as empresas que operam nesse ramo não se incluem no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, sendo que os seus negócios não se abrigam no direito de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso [...].

O processo Ag 1124575, envolvendo as empresas Extra Factoring Fomento Comercial Ltda. e Suefa Mecânica Usinagem em Geral Ltda., é um caso de falha da empresa de fomento, pois, sem tomar a cautela de exigir o comprovante da efetiva compra e venda de mercadorias, recebeu a duplicata mercantil sem verificar a idoneidade dos

títulos, o que, neste processo, revelou-se uma duplicata mercantil "fria".

Um exemplo de processo judicial envolvendo a questão do direito de regresso envolveu a FS Fomento Mercantil e a empresa Protenge Distribuidora de Materiais de Segurança Ltda., através do Recurso Especial 992421/RS, cujo parecer do tribunal acusa:

O contrato de *factoring* convencional é aquele que encerra a seguinte operação: a empresa-cliente transfere, mediante uma venda cujo pagamento dá-se à vista, para a empresa especializada em fomento mercantil, os créditos derivados do exercício da sua atividade empresarial na relação comercial com a sua própria clientela – os sacados, que são os devedores na transação mercantil.

Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o endossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes.

6 Conclusões

Uma pesquisa nos tribunais revela uma imensidade de processos de várias ordens, principalmente questões ligadas ao direito moral por protesto indevido de títulos e discussões sobre direito de regresso.

Por meio dos dados coletados neste estudo com o objetivo de responder ao problema da pesquisa, chega-se à conclusão que os principais motivos que levam as empresas de fomento mercantil a se envolverem em litígios judiciais estão relacionados a:

– questões contratuais: as empresas de fomento mercantil participam de litígios relacionados a questões contratuais principalmente no que diz respeito às taxas de juros e tarifas

consideradas abusivas pelos sacados bem como duplicidade de cobrança de títulos de crédito;

b) busca por direitos inexistentes: as *factorings* buscam, em juízo, o direito de regresso que, segundo verificado nesta pesquisa, não é um direito legítimo das empresas de fomento;

c) falta de cumprimento da legalidade dos títulos: parte dos litígios estão relacionados ao descumprimento de formalidades no processo de protesto de títulos, dentre os quais se destacam a não comprovação da efetiva realização da operação comercial e o protesto do título sem prévio aviso ao devedor.

Como possível solução para diminuir a frequência desses litígios judiciais, esta pesquisa apresenta duas situações principais: a primeira está relacionada ao cuidado na elaboração dos contratos de serviços a serem prestados pelas *factorings*, onde deverão estar claras as cláusulas, principalmente no que se refere aos direitos das empresas de fomento, sendo que tal contrato poderá gerar uma maior segurança às empresas se orientadas por profissionais de direito. A segunda provável solução está relacionada a questões administrativas das empresas de fomento, que deveriam manter um programa de acompanhamento junto aos sacados para confirmarem a legitimidade dos títulos.

Esta pesquisa destaca como principal limitação o fato de terem sido verificadas apenas as *factorings* brasileiras, não analisando se em outros países ocorrem a mesma situação, além de ter sido verificada apenas na base de dados do Superior Tribunal Federal, não se analisando em instâncias inferiores a ele. Como recomendação para pesquisas futuras, sugere-se estudos relacionados a partir das limitações desta.

7 Referências bibliográficas

ANFAC. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS SOCIEDADES DE FOMENTO MERCANTIL. **Cartilha do factoring**. Disponível em: <<http://www.anfac.com.br/jsp/index.jsp>>. Acesso em: 17 jun. 2009.
BEBER, Jorge. **Revista Técnica, Publicação da ANFAC- Fomento Mercantil**, ano XVI, n. 59, mar. 2006.

BEUREN, Ilse Maria (Org.). **Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2003.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

BRASIL. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 jun. 2009.

BRITO, Cristiano Gomes de. O Direito de regresso no contrato de *factoring*. **Revista UCG**, Goiânia, v. 35, n. 4, p. 527-550, jul./ago. 2008.

CASTRO, Rogério A. de Oliveira. **Factoring: seu reconhecimento jurídico e sua importância econômica**. 2. ed. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

DESBESEL, Ernani. Vamos falar sobre gestão do risco jurídico em *factoring*? 2009. **A. Toth gestão empresarial**. Materiais. Disponível em: <<http://www.toth.adm.br/materiais.php>>. Acesso em: 12 mai. 2009.

- DESBESEL, Ernani. A necessidade do suporte jurídico como uma das ferramentas de decisão do empresário de *factoring* no desempenho de suas atividades operacionais e gerenciais. 2008. **Federal Invest**, Notícias do dia. Disponível em: <<http://federalinvest.org/blog/>>. Acesso em: 05 maio 2009.
- DESBESEL, Ernani. Gestão de processos judiciais no setor de *factoring* 2009. **B. RBM WEB Sistemas Inteligentes**. Disponível em: <<http://www.rbmweb.com.br>>. Acesso em: 12 mai. 2009.
- DONINI, Antonio Carlos. **Manual do factoring**. São Paulo: Klarear, 2004.
- GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GONÇALVES, Elaine Moraes. O direito de regresso no exercício do fomento mercantil (*Factoring*). **BDJur**, Brasília, DF, 15 abr. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16867>>. Acesso em: 02 jun. 2009.
- HOJI, Masakazu. **Administração financeira: uma abordagem prática**. São Paulo: Atlas, 2006.
- KLAPPER, Leora F. The role of factoring for financing small and medium enterprises, **World Bank Policy Research Working**, 2005.
- KESTRING, Silvestre; KUHLEN, Volney José. **Teoria e prática da metodologia científica: exemplos na área da administração de empresas**. Blumenau: Nova Letra, 2004.
- LEITE, Luiz Lemos. **Factoring no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MALHOTRA, Naresh K. et al. **Introdução à pesquisa de marketing**. Tradução de Robert Bryan Taylor. São Paulo: Prentice Hall, 2005
- MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MESKELIS, Wladimir Echeverria. **O contrato de fomento mercantil e a cláusula de regresso**. 2008. Disponível em: <<http://www.portaldofomento.com.br>>. Acesso em: 2 jun. 2009.
- NETO, Alexandre Assaf. **Finanças corporativas e valor**. São Paulo: Atlas, 2003.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Factoring**. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.
- ROLIN, João Dácio. Da tipologia da atividade de factoring e as incidências do PIS, COFINS, ISS e IOF (Lei 9.532/97 e Ato Declaratório Normativo n° 31/97). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 33, p. 59-74, jun. 1998.
- SILVA, Viviane Mandato Teixeira Ribeiro da. Alguns aspectos do contrato de *factoring* na visão jurisprudencial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1423, 25 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9919>>. Acesso em: 11 jun. 2009.
- WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- VIEIRA, Valter Afonso. **As tipologias, variações e características da pesquisa de marketing**. Revista FAE, Curitiba, v.5, n.1, p.61-70, jan/abr. 2002.

