

PARECER¹

Prof. Renato Seixas²

LIMITES LEGAIS À ATUAÇÃO DAS EMPRESAS DE *FACTORING*

- Conceito legal de instituição financeira e seu regime jurídico
- Conceito de empresa de *factoring* e seu regime jurídico
- Modelos societários do Direito brasileiro utilizáveis pela empresa de *factoring*
- Mecanismos lícitos de captação de recursos para as operações de *factoring*

Consulente: (...).

1. A consulente formulou indagações a respeito da atividade empresarial de aquisição de créditos faturizados gerados por seus clientes, conhecida como *factoring*, podendo-se sintetizar tais questões como segue:

(1ª) Em que limites legais a empresa de *factoring* pode atuar sem caracterizar atividade privativa de instituições financeiras?

(2ª) Que modelos societários podem ser adotados para a organização de uma empresa de *factoring* e que vantagens ou desvantagens esses modelos oferecem?

(3ª) De que meios lícitos a empresa de *factoring* pode se utilizar para obter os recursos financeiros necessários à sua atividade (*funding*)?

2. Para responder adequadamente a cada uma das indagações da consulente, indispensável fixar o contexto legal em que se desenvolvem as atividades privativas típicas de instituições financeiras e as de *factoring* propriamente ditas.

(I) DAS CONCEITUAÇÃO LEGAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E SEU REGIME JURÍDICO

3. As instituições financeiras estão sujeitas a um regime jurídico especial, vale dizer, a um conjunto de normas jurídicas que atribuem efeitos jurídicos diferentes para certas atividades quando realizadas pelas instituições financeiras. Assim, uma mesma

¹ Parecer dado pelo autor a empresa cliente para subsidiar a estruturação de negócios de *factoring*.

² Doutorando e Mestre em Integração da América Latina pelo PROLAM-USP, professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da PUC/SP, da Faculdade de Direito do Centro Universitário FMU, da Faculdade de Direito da Universidade Ibirapuera e dos cursos de pós graduação em Direito Empresarial das faculdades de Direito da PUC/SP, FMU, Universidade Mackenzie e Universidade Estadual de Londrina.

atividade tem efeitos jurídicos distintos conforme seja realizada por instituição financeira ou por outra entidade jurídica. Por exemplo, quando um comerciante comum cede uma duplicata a terceiro (ou seja, a alguém que não figura no título como sacado ou como sacador), está evidentemente fazendo circular um crédito. Essa operação é disciplinada pelo direito cambiário e não pelo regime jurídico reservado às instituições financeiras. Todavia, se o terceiro adquirente daquela duplicata mercantil for um banco e a cessão do crédito se der como um desconto bancário, a operação será disciplinada pelo regime jurídico próprio do direito bancário, ainda que o direito cambiário também seja aplicável a esse negócio jurídico. Vê-se, então, que o regime jurídico das instituições financeiras leva em consideração a **qualidade do sujeito** que intervém numa dada relação jurídica e, também e sobretudo, o **tipo de atividade** que tal sujeito realiza. Por isto, diz-se que as **instituições financeiras são os sujeitos autorizados a realizar privativamente certas atividades típicas do mercado financeiro**.

4. O art. 192 da Constituição Federal vigente dispõe em seu *caput*:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

I - a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;

II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador;

(*omissis*);

VIII - o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras;

(*omissis*).”

5. Decorrem do texto constitucional duas conclusões preliminares muito importantes para o presente estudo, a saber:

(a) **em primeiro lugar**, a estruturação do sistema financeiro nacional depende da edição de **lei complementar** à Constituição Federal; e

(b) **em segundo lugar**, a atual Constituição Federal desde logo indica, de maneira não exaustiva, algumas das entidades que estarão submetidas ao regime jurídico reservado às instituições financeiras.

6. Atualmente, o sistema financeiro nacional é disciplinado pela lei nº 4.595, de 31.12.64 que, apesar de ser uma lei ordinária, foi recepcionada transitoriamente pela

Constituição Federal como se fora uma lei complementar, havendo de permanecer assim até que seja editada a própria lei complementar a que se refere o *caput* do art. 192 acima mencionado.

7. Por outro lado, o art. 192 em exame não incluiu de modo explícito as empresas de *factoring* no elenco das entidades que estão submetidas ao regime jurídico especial das instituições financeiras. De fato, o texto do dispositivo menciona de modo explícito apenas as instituições bancárias públicas ou privadas, os estabelecimentos de seguro e de resseguro, de previdência e de capitalização e, finalmente, as cooperativas de crédito. Necessário investigar, portanto, se a atividade de *factoring* estaria implicitamente abrangida pela regra constitucional em foco.

8. Para os fins deste estudo, não há necessidade de se proceder à conceituação legal específica de cada uma das entidades que a Constituição Federal elencou como sendo instituição financeira. É até intuitivo que a empresa de *factoring* - **desde que atue nos limites legais** - não desenvolve atividade bancária, securitária ou de resseguro, previdenciária, de capitalização ou de cooperativa de crédito. Como se verá mais adiante, a empresa de *factoring* desenvolve típica atividade comercial regida pelo Direito comum, consistente na prestação de diversos serviços e na aquisição de créditos titularizados por seus clientes, sem que estes, ao cederem seus créditos à empresa de faturização, permaneçam com qualquer obrigação em face do faturizador no que concerne à insolvência ou inadimplência do devedor indicado no título creditício objeto do *factoring*.

9. Nesse contexto, **a inclusão explícita da atividade de *factoring* entre as atividades privativas de instituições financeiras dependerá da edição de lei complementar à Constituição Federal**, a não ser que, implicitamente, o *factoring* tenha sido abrangido pelas disposições da lei 4.595/64. Há que se verificar, então, se a lei 4.595/64 (que, como se disse, continua a disciplinar o sistema financeiro nacional) teria incluído as empresas de *factoring* entre as instituições financeiras.

(A) CARACTERIZAÇÃO LEGAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

10. É corrente na literatura jurídica o entendimento no sentido de que o conceito de instituição estaria contido no art. 17 da lei 4.595/64. Esse entendimento está correto apenas parcialmente. A norma jurídica que regula uma dada situação jurídica hipotética não se materializa, na maior parte das vezes, num único texto legal específico. Na verdade, a norma jurídica é formada pelos princípios gerais de Direito, pelos princípios específicos que inspiram um determinado ramo do Direito, por normas legais de Direito Positivo e ainda por normas legais de Direito consuetudinário. É muito mais freqüente, portanto, que uma norma jurídica encontre-se fragmentada no interior do sistema jurídico. Para que essa norma seja plenamente identificada, o operador do Direito precisa, em primeiro lugar, identificar e recolher os diversos fragmentos da norma, que se encontram espalhados no interior do ordenamento jurídico. A seguir, o operador do Direito precisa reunir e organizar de modo lógico, sistemático e teleológico aqueles fragmentos da norma jurídica, de maneira que ela possa ser apresentada de modo completo e apto a atingir os objetivos para os quais foi criada.

11. Admitida a necessidade dessas atividades preparatórias de qualquer atividade de hermenêutica legal, ou seja, de interpretação da norma jurídica, pode-se facilmente concluir que não seria razoável supor que o conceito de instituição financeira estivesse inteiramente encerrado no texto do art. 17 da lei 4.595/64 (ainda que muitos dos elementos essenciais do conceito estejam contidos no mencionado dispositivo legal). Na verdade, como se demonstrará adiante, o próprio art. 17 mencionado obriga o intérprete a realizar uma ampla atividade hermenêutica.

12. Deveras, para que se possa determinar de modo completo o conceito de instituição financeira, o art. 17 da lei 4.595/64 precisa ser submetido, inicialmente, a uma interpretação lítero-gramatical, que se mostra insuficiente para construir aquele conceito. Assim, o próprio art. 17 determina que é indispensável proceder à interpretação lógica do dispositivo, relacionando-o aos demais preceitos da lei 4.595/64 e, finalmente, também será necessário realizar a interpretação sistemática e teleológica do mesmo art. 17, vinculando-o a outros dispositivos legais contidos no ordenamento jurídico e identificando, desse modo, os verdadeiros objetivos perseguidos pela lei.

13. A lei 4.595/64 pretendeu conceituar a figura da instituição financeira em seu art. 17, que assim se lê (*com nossos destaques*):

“Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, **para os efeitos da legislação em vigor**, as **pessoas jurídicas** públicas ou privadas, que tenham como **atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros**, em moeda nacional ou estrangeira, e a **custódia de valor de terceiros**.

Parágrafo único. Para os **efeitos desta Lei e da legislação em vigor**, equiparam-se às instituições financeiras as **pessoas físicas** que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, **de forma permanente ou eventual**.”

14. O conteúdo do art. 17 da lei 4.595/64 indica apenas alguns dos elementos essenciais que caracterizam a instituição financeira. Esses elementos precisam ser associados a outros que o ordenamento jurídico indica serem também essenciais à construção do conceito de instituição financeira. Deve-se examiná-los, levando-se em conta não só a interpretação literal e gramatical do dispositivo, mas também o método de interpretação lógica, relacionando-o aos demais dispositivos da lei 4.595/64; sistemática, que implica em examinar o aludido artigo 17 no contexto maior do ordenamento jurídico e, finalmente, a interpretação teleológica, por meio da qual se procura fixar os objetivos, as finalidades jurídicas perseguidas pela norma sujeita a interpretação.

15. Pode-se extrair diretamente do art. 17 citado os elementos essenciais ao conceito de instituição financeira, como segue:

- (a) a atividade da instituição financeira há de ser realizada no mercado financeiro (como se pode deduzir do trecho “para os efeitos da legislação em vigor”);
- (b) a instituição financeira pode ser uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada;
- (c) a instituição financeira desenvolve atividade típica, em caráter principal ou acessório, de forma permanente ou eventual;
- (d) a atividade típica da instituição financeira tem por objeto os recursos financeiros em geral;
- (e) os recursos financeiros precisam caracterizar-se como moeda nacional ou estrangeira;
- (f) os recursos financeiros podem pertencer à própria instituição financeira ou a terceiros;
- (g) a atividade da instituição financeira consiste na coleta, intermediação ou aplicação e custódia de recursos financeiros.

16. Primeiramente, é preciso ressaltar que a conceituação de instituição financeira, nos termos pretendidos pelo art. 17 em análise, foi feita “para os efeitos da legislação em vigor”. **Esse trecho do art. 17 é importantíssimo porque remete o intérprete - obrigatoriamente - à atividade de pesquisa dos efeitos que o sistema jurídico atribui aos negócios realizados por instituições financeiras.**

17. De fato, o intérprete do art. 17 da lei 4.595/64 não conseguirá entender a redação desse dispositivo se não souber, de antemão, quais são os efeitos que a legislação em vigor atribui às atividades das instituições financeiras. Em síntese, **o art. 17 determina ao intérprete, antes de qualquer outra providência, que realize uma interpretação lógica, sistemática e teleológica desse preceito da lei 4.595/64.**

18. Ora, a lei 4.595/64 ocupa-se da disciplina do chamado Sistema Financeiro Nacional. Logo, deve-se ter em mente quem são os sujeitos que atuam no universo desse sistema financeiro, que atividades esses sujeitos realizam, que limites a lei em geral põe às atividades das instituições financeiras, de que instrumentos financeiros e legais esses sujeitos dispõem para o implemento de suas respectivas atividades. Nesse contexto, ressalta desde logo da lei o **caráter habitual e profissional** com que as instituições financeiras atuam no mercado financeiro.

19. Além disso, os sujeitos que atuam no sistema financeiro e as atividades que realizam de modo habitual e profissional estão condicionados principalmente pelos ditames constitucionais pertinentes à matéria. Tendo-se em vista todos esses aspectos, cada palavra contida no art. 17 da lei 4.595/64 apresenta significado muito mais específico do que se a análise do texto legal fosse feita apenas pelo método interpretativo lítero-gramatical.

20. De fato, examinando-se o art. 17 em conjunto com as demais disposições da lei 4.595/64, logo se constata que a atividade típica das instituições financeiras precisa ser profissional e habitual. Não cabe aqui fazer uma análise exaustiva e completa da interpretação lógica do referido art. 17. Bastam alguns exemplos.

21. O art. 3º da lei 4.595/64, ao estabelecer a política do Conselho Monetário Nacional, fixou como um dos objetivos dessa política (inciso IV) a orientação da aplicação de recursos pelas instituições financeiras de modo a viabilizar o desenvolvimento harmônico da economia nacional. O mesmo art. 3º, em seu inciso V, diz que também é objetivo político do Conselho Monetário Nacional propiciar o aperfeiçoamento das instituições financeiras e dos instrumentos de que estas se utilizam, da forma a obter maior eficiência do sistema de pagamentos e de mobilização de recursos. Ainda o inciso VI, do mesmo art. 3º, demonstra a preocupação política com a liquidez e solvência das instituições financeiras. Já o art. 4º, inciso VI, da lei 4.595/64 atribui ao Conselho Monetário Nacional competência para disciplinar o crédito e as operações creditícias em todas as suas modalidades quando tais matérias forem relacionadas à atividade das instituições financeiras. O inciso VIII desse art. 4º atribui àquele Conselho competência para regular a constituição e o funcionamento das instituições financeiras. Essa competência disciplinadora que o Conselho Monetário Nacional tem sobre as instituições financeiras é muito ampla e abrange as atividades mencionadas no mesmo art. 4º, incisos IX até XV, XVII, XIX até XXIII e XXXI e XXXII.

22. Ora, é claro que esse poder disciplinador do Conselho Monetário Nacional, com objetivos políticos tão relevantes para a nação, não foi instituído em lei tendo-se em vista as **atividades não profissionais** de captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros, ou as demais atividades semelhantes àquelas que são realizadas de modo privativo por instituições financeiras. Por exemplo, um particular que aliene suas ações de uma sociedade anônima aberta não está realizando, com outro particular adquirente desse bem, um negócio privativo de instituição financeira. Se o mesmo negócio for celebrado entre aquele particular alienante e um fundo de investimentos administrado por instituição financeira, a operação imediatamente passará a ser regida pelas normas do regime jurídico das instituições financeiras, muito embora o negócio também seja regulado pelas normas comuns de Direito societário ou pelas que regulam as operações de alienação em geral.

23. Por outro lado, a partir do art. 18 até o art. 41, a lei 4.595/64 disciplina as atividades de diversas espécies de instituições financeiras. Não se vislumbra nessas disposições qualquer caso de atividade amadora dentro do mercado financeiro. Bem ao contrário, permeia o contexto legal a preocupação com o profissionalismo, com a liquidez, com a solvência, com a administração diligente das instituições financeiras no trato de seus negócios habituais.

24. Acrescente-se à essa linha de argumentação, apenas como mais um exemplo, o art. 119 do Código Comercial, que considerava a atividade bancária uma atividade mercantil. Essa atividade mercantil, como se sabe, caracteriza-se pela organização da empresa mercantil que, de modo profissional e habitual, tem o propósito de adquirir bens no mercado a certo custo para, depois, recolocar esses bens no mercado a preço maior, de maneira a obter lucratividade. Os bancos em geral captam no mercado

financeiro a poupança do público em geral e, de posse desses recursos financeiros, os tornam disponíveis, mediante certa remuneração, para terceiros que necessitem tais recursos para o desenvolvimento de suas próprias atividades.

25. No plano constitucional, apenas com caráter ilustrativo, pode-se citar aqui a importância que têm os preceitos que tratam da “Ordem Econômica e Financeira”, notadamente os princípios contidos no art. 170 e aqueles que permeiam o regramento do “Sistema Financeiro Nacional” no art. 192.

26. Evidente que estes são os critérios referenciais para o entendimento perfeito do conteúdo do art. 17 da lei 4.595/64.

27. O art. 17 em exame estabelece que a instituição financeira pode ser uma pessoa natural (física) ou moral (jurídica). Essa pessoa há que desenvolver certa atividade típica de instituição financeira, como se explicará mais adiante. A atividade típica de instituição financeira pode ser desenvolvida por aquela pessoa em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou como atividade acessória. O art. 17 da lei 4.595/64 **não concentra a substância do conceito de instituição financeira** no fato de esta última ser uma pessoa física ou jurídica, ou no fato de tal pessoa desenvolver em caráter permanente ou transitório a atividade financeira. Todos esses elementos referidos no texto do art. 17 daquela lei precisam estar relacionados a um certo tipo de atividade profissional desenvolvida pela **instituição financeira: a atividade de intermediação financeira de algum tipo de moeda, ou a atividade de aplicação dessa moeda, ou ainda a atividade de custódia de valores pertencentes a terceiros.**

28. A caracterização da **atividade típica de instituição financeira** encontra-se no seguinte trecho do art. 17 da lei 4.595/64: “**coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros (...) e a custódia de valor de propriedade de terceiros.**”

29. Os recursos financeiros a que se refere o dispositivo analisado não precisam ser necessariamente dinheiro. A moeda, conceituada amplamente, é uma unidade de valor que tem por finalidade servir de meio de pagamento (conforme Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, **moeda** “é tudo aquilo que exerce, concomitantemente, as funções de denominador comum de valores, de meio geral de trocas e de reserva de valor”, in Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, p. 1.148, Ed. Nova Fronteira). Um cavalo, um vaso, um produto agrícola ou industrial, por exemplo, podem ser usados como moeda se, sob certas circunstâncias, forem admitidos como meio de pagamento com valor relacionado a certa operação econômica. Todavia, o art. 17 da lei 4.595/64 refere-se a “recursos financeiros” que se caracterizem como “moeda nacional ou estrangeira”. Disto decorre que a moeda aqui considerada deve ser reconhecida como medida de valor e meio de pagamento aceito nacional ou internacionalmente. Portanto, não se trata de qualquer moeda, mas da moeda que cumpra suas finalidades de ser unidade de valor e meio de pagamento no território nacional ou no exterior. Além disso, essa **moeda** nacional ou estrangeira há também de ser **financeira**, isto é, deve ser moeda que **possa circular no âmbito do mercado financeiro**. Todos esses aspectos terminam por restringir a moeda tratada no art. 17 da lei 4.595/64 à moeda, nacional ou estrangeira, que funcione como medida de valor

e meio de pagamento nas atividades realizadas pelas instituições financeiras no universo do **mercado financeiro**.

30. É imprescindível então fixar o que se deve entender por “mercado financeiro”. Como informa Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, a palavra “mercado” provém do latim *mercatu* e significa o “lugar onde se comerciam gêneros alimentícios e outras mercadorias”, ou “povoação, cidade ou país onde há grande movimento comercial” ou, ainda, “mercado” significa “permutação, troca de produtos e/ou valores” ou comércio. No sentido econômico, Aurélio esclarece que “mercado” significa “a relação estabelecida entre a oferta e a procura de bens e/ou serviços e/ou capitais”. Por fim, ainda Aurélio é quem esclarece o significado de “mercado financeiro” como sendo o “que, operando com capitais para financiamento, se restringe à negociação de títulos e valores representados por operações monetárias” (in Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2ª edição, p. 1.120, Ed. Nova Fronteira).

31. Sendo assim, ainda que o sujeito “A” e o sujeito “B” considerem que certo cavalo representa, para eles, uma medida de valor e também um meio de pagamento e, por conseguinte, uma moeda no sentido amplo, tal animal não é considerado, nacional ou internacionalmente, uma moeda no âmbito do mercado financeiro. Se, ao invés do cavalo, “A” e “B” se utilizassem, por exemplo, de uma letra de câmbio, de debêntures, de títulos da dívida pública, esses instrumentos financeiros representariam **moeda** no sentido específico estabelecido no art. 17 da lei 4.595/64.

32. As instituições financeiras, tal como caracterizadas pela lei, desenvolvem a atividade de “**coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros**”. É certo que a instituição financeira, assim, não está proibida de aplicar os seus próprios recursos em operações típicas do mercado financeiro.

33. Não é suficiente a simples atividade de coletar recursos financeiros próprios ou de terceiros para caracterizar uma pessoa como instituição financeira. O Estado arrecada (coleta) tributos e taxas e nem por isto essa atividade é a de uma instituição financeira. Um comerciante recebe (coleta) valores decorrentes de suas vendas, a prazo ou a vista, e isto não é evidentemente atividade de instituição financeira. O empresário de uma peça teatral cobra (coleta) o preço dos ingressos do público do espetáculo e isto também não é uma atividade de instituição financeira. Um templo religioso coleta doações de seus fiéis e esta atividade igualmente não é incluída entre as que são privativas de instituição financeira.

34. Ora, a que “coleta” de recursos financeiros, então, teria se referido o art. 17 da lei 4.595/64? É intuitivo que se trata de uma “coleta” com finalidade específica (em termos técnicos, uma coleta de recursos financeiros *afetada* para certo fim jurídico). A instituição financeira “coleta” - **com profissionalismo e habitualidade** - recursos financeiros (próprios ou de terceiros) para fim específico, qual seja:

(a) para tornar tais recursos financeiros disponíveis para terceiros no mercado financeiro, caracterizando, assim, a operação de **intermediação de recursos financeiros**; e/ou

(b) para aplicar os recursos financeiros - no mercado financeiro ou fora dele - em proveito da própria instituição financeira ou de terceiros que tenham confiado a ela tais recursos.

35. De outro lado, igualmente não caracteriza a atividade de instituição financeira a simples “aplicação de recursos financeiros”. Uma dona de casa pode aplicar seus recursos financeiros na aquisição de produtos ou de serviços que tornem sua vida mais cômoda, mais econômica e até que lhe proporcionem lucratividade direta ou indireta. Um trabalhador comum pode aplicar parte de sua renda na aquisição de títulos negociados no mercado financeiro ou pode aplicar tal renda numa conta bancária de poupança. Um credor de nota promissória pode, mediante endosso, transferi-la a outrem, recebendo adiantadamente ou não o valor relativo à cessão do título por endosso. Nesse caso, há um verdadeiro comércio sobre o crédito representado pela nota promissória. Em qualquer desses exemplos ninguém diria, com seriedade, que a dona de casa, ou o trabalhador comum, ou o credor endossante da nota promissória, ou o endossatário desse título são instituição financeira porque estão aplicando recursos financeiros.

36. A atividade de “aplicação de recursos financeiros” mencionada no art. 17 da lei 4.595/64 também é uma atividade juridicamente *afetada*, vale dizer, vinculada a certos objetivos específicos. Os recursos financeiros, próprios ou de terceiros, *coletados* pela instituição financeira, são por esta *aplicados* em seu próprio benefício ou no interesse dos terceiros a quem tais recursos pertencem. A aplicação pode ocorrer quer no mercado financeiro, quer fora dele, **mas sempre por intermédio desse mercado**.

37. Por exemplo, quando um banco empresta dinheiro para que uma indústria adquira insumos industriais ou para que produza bens de consumo, essa indústria usa os recursos financeiros em atividade que não é típica do mercado financeiro (a atividade industrial). Entretanto, o acesso a esses recursos se dá por meio do mercado financeiro, quer por parte do banco, que capitou os recursos junto ao público em geral, quer por parte da indústria, que precisou recorrer ao banco para financiar suas atividades produtivas.

38. Nem o texto do art. 17 da lei 4.595/64 nem qualquer outra disposição legal atribuíram significado jurídico específico para a atividade de “aplicação de recursos financeiros”. Por isso, em atenção às regras tradicionalmente aceitas para a interpretação da lei (hermenêutica legal), há que se entender a atividade de “aplicação de recursos financeiros” no seu significado comum. Aplicar recursos financeiros significa usar esses recursos em atividades que possam proporcionar ao aplicador um aumento de riqueza, maior comodidade ou segurança, de modo a aumentar tais recursos financeiros ou a evitar que diminuam ou que se percam.

39. Dessa maneira, a instituição financeira coleta, reúne, concentra recursos financeiros que ela mesma tem em razão de seus negócios habituais, ou que terceiros entregam a ela. Com tais recursos financeiros em mãos, em nome próprio ou no interesse de terceiros aplicadores, a instituição financeira torna os mesmos recursos disponíveis para terceiros que estejam dispostos a pagar para obterem-nos, remunerando assim os aplicadores.

40. A aplicação dos recursos financeiros, por conseguinte, não exige necessariamente uma atividade de intermediação financeira. A instituição financeira pode coletar recursos próprios (ou seja, os que constituem seu patrimônio) e aplicá-los. Nesse caso, a atividade de aplicação não pressupõe a coleta de recursos de terceiros para serem aplicados, de modo que inexistente a atividade de intermediação. Também é possível que a instituição financeira colete recursos de terceiros e os aplique em nome desses terceiros ou em nome da própria instituição financeira, sendo que neste último caso atuaria como mandatária ou comissária mercantil daqueles aplicadores. Nessa hipótese, há a atividade de intermediação porque a instituição financeira obtém recursos de terceiros para aplicá-los em atividades produtivas diversas ou para financiar essas atividades.

41. Nessas condições, nos termos do art. 17 da lei 4.595/64, a **atividade típica** da instituição financeira é a de coletar recursos financeiros, próprios ou de terceiros, para torná-los disponíveis para uso de outros sujeitos (atividade de intermediação) ou para aplicá-los em proveito próprio ou dos terceiros de quem coletou aqueles recursos financeiros (atividade de aplicação).

42. Esses argumentos já são suficientes para demonstrar que o art. 17 da lei 4.595/64 só pode ter considerado as atividades de “coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (...) e a custódia de valor de propriedade de terceiros” como atividades privativas de instituição financeira se desenvolvidas com profissionalismo e habitualidade.

43. Por fim, o dispositivo legal em exame também considera atividade de instituição financeira a “custódia de valor de propriedade de terceiros.” Igualmente aqui é preciso ter cautela ao se interpretar a real abrangência da lei. A atividade que se tem em vista não é a “custódia” de valor considerada isoladamente. Se fosse admitida essa hipótese, um estacionamento de veículos seria uma instituição financeira porque teria sob sua “custódia” um valor (o veículo) ali estacionado. Do mesmo modo, um hotel, ao receber em “custódia” os pertences (valores) de seus hóspedes, também haveria de ser considerado uma instituição financeira. Não é este, obviamente, o objetivo do art. 17 da lei 4.595/64.

44. No texto do art. 17 mencionado, a atividade típica de instituição financeira é a “coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (...) e a custódia de valor de propriedade de terceiros.” A conjunção aditiva “e” relaciona a atividade de custódia àquelas outras atividades de “coleta, intermediação ou aplicação”. Logo, a instituição financeira realiza a atividade de **custódia relacionada ao seu poder de coletar, intermediar ou aplicar os recursos financeiros de terceiros**. Para que a instituição financeira possa intermediar ou aplicar os recursos financeiros, precisa primeiro coletá-los e, a seguir, custodiá-los. Além disso, essa **atividade de custódia**, na linguagem do dispositivo aqui considerado, pode ser **principal** ou **acessória** e, por isto mesmo, não está restrita ao significado técnico de “recursos financeiros”, já que a lei refere-se genericamente à custódia de “valor de propriedade de terceiros”.

45. A interpretação lógica do art. 17 da lei 4.595/64 obriga o intérprete a relacioná-lo ao art. 18 da mesma lei que, com nossos destaques, dispõe como segue:

“Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil ou por decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 1º Além dos **estabelecimentos bancários** oficiais ou privados, das **sociedades de crédito, financiamento e investimentos**, das **caixas econômicas** e das **cooperativas de crédito** ou a sessão de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às **disposições e disciplinas desta Lei** no que for aplicável, as **bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização**, as **sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadoria ou dinheiro**, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as **pessoas físicas ou jurídicas que exerçam**, por conta própria ou de terceiros, **atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos**, realizando, nos **mercados financeiros e de capitais, operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras**.

(*omissis*);

§ 3º Dependerão de prévia autorização do Banco Central do Brasil as campanhas destinadas à **coleta de recursos do público**, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas abrangidas neste artigo, salvo para subscrição pública de ações, nos termos da lei das sociedades por ações.

(*omissis*).”

46. Observe-se desde logo que também o art. 18, § 1º, da lei 4.595/64, ao dizer “também se subordinam às disposições e disciplinas desta Lei no que for aplicável”, exige interpretação lógica da disposição. Além disto, a primeira consequência importante decorrente do art. 18 aludido é o fato de que tal dispositivo relaciona expressamente quais são as entidades que se caracterizam como instituições financeiras ou que, embora não sendo instituições financeiras em sentido estrito, estão a estas equiparadas. O elenco legal não menciona as empresas de *factoring* de modo explícito. Para que isto ocorra, repita-se, necessário que lei complementar à Constituição Federal expressamente equiparasse a empresa de *factoring* a uma instituição financeira. Todavia, é possível que a empresa de *factoring* esteja implicitamente abrangida pela regra do art. 18 se, de modo irregular (vale dizer, sem prévia autorização do Banco Central do Brasil), vier a realizar alguma das atividades privativas de instituição financeira.

47. Assim, se a empresa de *factoring* vier a coletar junto ao público em geral recursos financeiros para, posteriormente, realizar suas operações, tornando disponíveis no mercado financeiro os recursos coletados, evidente que estará exercendo atividade privativa de instituição financeira. É exatamente isto o que diz o trecho final do § 1º do art. 18 acima transcrito: “(...) também se subordinam às disposições e disciplinas desta Lei no que for aplicável, (...) as **pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de (...) quaisquer títulos, realizando, nos mercados**

financeiros e de capitais, operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.”

48. Esse § 1º do art. 18 da lei 4.595/64 é complementado pelo § 3º do mesmo artigo, que expressamente veda que qualquer pessoa - sem prévia autorização do Banco Central do Brasil - capte, colete, arrecade recursos do público em geral, ressalvados os casos mencionados no próprio dispositivo.

49. Portanto, já no âmbito da lei 4.595/64, pode-se afirmar desde logo que **a empresa de *factoring* estará atuando de modo ilícito se:**

(a) por sua própria conta ou representando terceiros, coletar, captar, arrecadar **recursos financeiros do público em geral** sem prévia autorização do Banco Central do Brasil, desviando, assim, essa poupança do público do mercado financeiro;

(b) também por sua própria conta ou como representante de terceiros, **usar os recursos coletados junto ao público em geral para adquirir os títulos** de créditos de seus clientes faturizados, caso em que a empresa de *factoring* estará realizando típica atividade de intermediação financeira, já que o faturizado, ao invés de recorrer a uma instituição financeira regularmente autorizada a funcionar no mercado financeiro, irá recorrer à empresa de *factoring* ainda não autorizada a operar nesse mesmo mercado.

50. A conceituação de instituição financeira foi parcialmente modificada pela lei 7.492, de 16.06.86 **para fins criminais**. Essa lei tipifica os crimes contra o sistema financeiro nacional e, com o propósito de caracterizar o sujeito ativo desses crimes, assim conceituou a instituição financeira (*com nossos destaques*):

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

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a **pessoa** jurídica que **capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros**;

II - a **pessoa** natural que **exerça quaisquer das atividades referidas** neste artigo, ainda que de forma eventual.”

51. A conceituação de instituição financeira do art. 1º da lei 7.492/86 que, repita-se, deve ser considerada **para fins criminais**, coincide em grande parte com a conceituação contida nos arts. 17 e 18 da lei 4.595/64.

52. Há controvérsia sobre se o art. 1º da lei 7.492/86 teria revogado os arts. 17 e 18 da lei 4.595/64. Parece-nos que não houve dita revogação. Os arts. 17 e 18 da lei 4.595/64 estabelecem, em conjunto, o conceito geral de instituição financeira, ao passo que o art. 1º da lei 7.492/86 estabelece o **conceito de instituição financeira específico para fins criminais**. Por essas razões, o fato de a lei 7.492/86 ser posterior à lei 4.595/64 não é suficiente para se dizer que houve a revogação acima mencionada. Na verdade, as duas leis consideradas são especiais e, de acordo com o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, cada qual tem seu próprio âmbito de aplicação sem que uma revogue a outra. Não bastasse isto, como foi dito anteriormente, nos termos do art. 192, da Constituição Federal, a atual lei ordinária 4.595/64 tem transitoriamente o *status* de lei complementar à Carta Magna. Se adotado o critério jurídico de hierarquia entre as normas legais, a lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária e, dessa maneira, a lei 7.492/86 não teria modificado o teor conjunto dos arts. 17 e 18 da lei 4.595/64.

53. Feitas essas considerações de ordem geral, o que se pode verificar é que o conceito de instituição financeira contido no art. 1º da lei 7.492/86 é mais restrito que o da lei 4.595/64, porque presta-se apenas para fins criminais. No entanto, **há que se relembrar que o art. 17 da lei 4.595/64, logo no seu início, diz que estabeleceu o conceito de instituição financeira “para os efeitos da legislação em vigor”**. Ora, a lei 7.492/86 é lei em vigor e, por conseguinte, o conceito de instituição financeira que estabeleceu em seu art. 1º foi absorvido, abrangido, integrado ao conceito de instituição financeira decorrente dos arts. 17 e 18 da lei 4.595/64.

54. **Forçoso reconhecer, a final, que o conceito legal de instituição financeira existente no Direito brasileiro é construído com os elementos fornecidos em conjunto pelos arts. 17 e 18 da lei 4.595/64 e pelo art. 1º da lei 7.492/86, relacionados todos esses elementos por meio dos métodos interpretativos lítero-gramatical, lógico, sistemático e teleológico.**

55. A maior parte dos elementos do conceito de instituição financeira contido no art. 1º da lei 7.492/86 coincide com os elementos constantes dos arts. 17 e 18 da lei 4.595/64 e que já foram suficientemente examinados. No art. 1º da lei 7.492/86 há alguns elementos diferenciadores que merecem algum comentário.

56. A instituição financeira de que trata o art. 1º da lei 7.492/86 também pode ser pessoa jurídica ou natural, de direito público ou privado. Nesses aspectos, os elementos do conceito aqui examinado coincidem com os elementos do conceito trazido pelos arts. 17 e 18 da lei 4.595/64. Essa pessoa referida no art. 1º em análise também deve exercer a atividade típica de instituição financeira, quer se trate de atividade principal ou acessória, cumulada ou não com outras atividades. Também no que concerne a esses elementos equivalem-se os conceitos de instituição financeira contidos nas leis que se está comparando neste estudo.

57. Os elementos diferenciadores entre os dois conceitos de instituição financeira que aqui se comparam são os que dizem respeito à caracterização do que é **típica atividade de instituição financeira** e que se passa agora a examinar.

58. O art. 17 da lei 4.595/64, inicialmente, considera atividade de instituição financeira “a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira”. Já o art. 1º da lei 7.492/86, também inicialmente, diz que a atividade da instituição financeira se caracteriza pela “**captação**, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de **terceiros**, em moeda nacional ou estrangeira”. Os dois conceitos legais são praticamente idênticos, até porque a palavra “captação” não só equivale mas também abrange a atividade de “coleta”, que é uma das espécies de captação. O que efetivamente distingue esses dois conceitos é que, para os fins da lei 7.492/86 (caracterização de crimes), a **captação ou a aplicação de recursos próprios** sem autorização governamental não constitui crime. Essa autorização somente é exigida para a captação, intermediação ou aplicação de **recursos de terceiros**.

59. Na sequência, o art. 17 da lei 4.595/64 também considera como atividade de instituição financeira, nos limites já explicitados nos itens 43 e 44 deste parecer, a atividade de “custódia de valor de propriedade de terceiros.” Lembre-se que essa atividade de custódia foi relacionada às atividades de coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros por meio da conjunção aditiva “e” constante do texto do art. 17. De modo muito diverso e mais abrangente tratou da matéria o art. 1º da Lei 7.492/86, ao dizer que são atividades de instituição financeira “**a custódia, emissão, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários**” e, ainda, as atividades de **captação ou administração de “seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros”**.

60. Importantíssimo observar que o texto do art. 1º da lei 7.492/86 usou a conjunção alternativa “**ou**” para relacionar as atividades referidas nos itens 50 e 59 acima às outras atividades de captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros”. Dessa forma, **tanto será atividade típica** de instituição financeira a “captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros” **como também será sua atividade típica** qualquer das demais relacionadas no art. 1º aqui comentado.

61. Pode-se concluir que, para fins criminais, o conceito legal de instituição financeira caracteriza-se pela prática não autorizada de qualquer das atividades indicadas expressamente no art. 1º da lei 7.492/86, observado que:

(a) às atividades de captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros”, aplicam-se as considerações feitas a respeito dos arts. 17 e 18 da lei 4.595/64; e

(b) para a caracterização do crime, basta o exercício cumulativo ou isolado de qualquer das demais atividades relacionadas no art. 1º, umas em relação às outras, ou também em relação às atividades de “captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros”.

62. A pessoa física ou jurídica que pretenda realizar qualquer das atividades mencionadas no art. 1º da lei 7.492/86, nos termos explicitados acima, deverá obter prévia autorização do órgão governamental competente para cada uma das referidas matérias. Se assim não proceder, poderá ficar caracterizado crime contra o sistema financeiro nacional.

63. Nessas circunstâncias, em adição ao que já foi dito no item 49 deste parecer, conclui-se que a empresa de *factoring* não pode, sem prévia autorização governamental, captar, intermediar, aplicar ou administrar qualquer tipo de poupança ou recursos de terceiros no âmbito do mercado financeiro.

(B) LIMITAÇÕES LEGAIS À ATIVIDADE DA EMPRESA DE FACTORING EM FACE DO CONCEITO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

64. Em decorrência da análise até aqui realizada a respeito do art. 192 da Constituição Federal, dos arts. 17 e 18 da lei 4.595/64 e do art. 1º da lei 7.492/86, pode-se concluir que, em princípio, a típica atividade da empresa de *factoring* não está desde logo e expressamente incluída entre aquelas atividades privativas das instituições financeiras autorizadas a operar regularmente.

65. Noutras palavras, o regime jurídico que disciplina a atividade típica da empresa de *factoring* não é o mesmo que regula as atividades privativas das instituições financeiras.

66. Para que essa conclusão inicial possa ser sustentada, é preciso que a empresa de *factoring* **não realize qualquer das atividades privativas das instituições financeiras.**

67. Tendo em consideração tudo o que foi esclarecido a propósito do conteúdo dos arts. 17 e 18 da lei 4.595/64 e do art. 1º da lei 7.492/86, é possível dizer que **a empresa de *factoring*, no curso de seus negócios normais, está proibida de realizar as atividades que seguem:**

(a) **captar recursos** financeiros do **público em geral** no âmbito do **mercado financeiro** para aplicá-los, em seu próprio nome, na aquisição de créditos dos clientes da empresa de *factoring* (atividades de **captação** e **aplicação** de recursos do público em geral no mercado financeiro);

(b) **captar recursos** financeiros **de terceiros** para, no âmbito do **mercado financeiro** e no interesse destes, aplicar tais recursos na aquisição de créditos dos clientes da empresa de *factoring* (atividades de **captação**, **intermediação** e **aplicação** de recursos do público em geral no mercado financeiro);

(c) **captar ou administrar qualquer tipo de poupança** ou de **recursos de terceiros** no âmbito do **mercado financeiro** para, com tais recursos, desenvolver as atividades da empresa de *factoring* (atividades de **captação**, **intermediação** e **aplicação**, no mercado financeiro, de recursos do público em geral, de investidores institucionais ou de pessoas jurídicas ou físicas);

68. Uma das atividades privativas de instituição financeira, como foi visto, é a de intermediar recursos financeiros, coletando-os ou captando-os junto ao público em geral e, depois, recolocando-os no mercado financeiro, aplicando-os em atividades e

negócios proveitosos para a própria instituição financeira e para os terceiros cujos recursos financeiros esta administra.

69. Não pode a empresa de *factoring*, por conseguinte, proceder do mesmo modo, realizando essas atividades de captação, administração, intermediação ou de aplicação financeira no mercado financeiro. **Para poder implementar seus próprios negócios, a empresa de *factoring* precisa:**

(a) organizar-se de tal modo que possa atuar empresarialmente **sob o regime jurídico de Direito comum**, notadamente o regime de Direito Comercial e de Direito Civil, afastando-se tanto quanto possível do regime jurídico especial a que estão submetidas as instituições financeiras;

(b) **ter recursos financeiros próprios**, (obtidos, por exemplo, mediante integralização de seu capital social e do aumento de seu patrimônio) com os quais possa adquirir os créditos de seus clientes, descaracterizando, desse modo, as atividades de captação, de intermediação, de aplicação ou de administração de recursos do público em geral no desenvolvimento de sua atividade de *factoring*; **ou**

(c) **obter empréstimos financeiros realizados por suas empresas ligadas**, porque, nesse caso, tem-se verdadeira unidade empresarial que viabiliza a faturização que se tem em vista, igualmente descaracterizando as atividades de captação, de intermediação, de aplicação ou de administração de recursos do público em geral no desenvolvimento de sua atividade de *factoring*; **ou**

(d) **obter recursos financeiros por meio das instituições financeiras**, já que, nesta hipótese, a empresa de *factoring* é a tomadora final da operação de intermediação financeira realizada por instituição financeira e, por conseguinte, não estará atuando ela própria como se fosse uma instituição financeira.

70. Determinados, assim, os limites legais em que a empresa de *factoring* pode exercer sua atividade **sem caracterizar-se como instituição financeira** com operação irregular e não autorizada, deve-se explicitar melhor no que consiste, exatamente, a atividade típica de faturização comercial que tal empresa realiza.

(II) CONCEITO DE EMPRESA DE FACTORING E SEU REGIME JURÍDICO

71. A literatura jurídica nacional e estrangeira muitas vezes tem confundido a atividade da empresa de *factoring* com a atividade de financiamento privativa das instituições financeiras. Renomados autores têm esse entendimento que, contudo, parece ser equivocado.

72. É preciso compreender perfeitamente o que é um negócio jurídico de financiamento, para, depois, distinguir esse negócio jurídico da atividade desenvolvida pela empresa de *factoring*.

(A) CARACTERIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO DE FINANCIAMENTO

73. O negócio jurídico de financiamento exige a presença de certos requisitos essenciais e, por isto mesmo, na falta de qualquer destes, o negócio fica descaracterizado como tal. Deveras, a operação de financiamento **exige que:**

(a) um sujeito, que é o financiado, queira adquirir um bem jurídico presente, cujo preço de aquisição o financiado não pode ou não quer pagar no presente, mas sim no futuro;

(b) um outro sujeito, que é o vendedor, queira vender o bem jurídico de que o financiado necessita, mas cujo preço de aquisição deva ser pago no momento presente e não no futuro;

(c) um outro sujeito, que é o financiador, tenha recursos financeiros ociosos e que os queira empregar no presente para serem recuperados no futuro com aumento de valor ou de quantidade;

(d) haja coordenação de interesses entre o financiador, o financiado e o vendedor, de tal modo que o financiador:

(d.1) pagará diretamente ao vendedor o preço de aquisição do bem presente que o financiado deseja adquirir;

(d.2) o vendedor, mediante o compromisso de pagamento do preço por parte do financiador, entregue ao financiado o bem presente que este último tem interesse em adquirir; e

(d.3) o financiado obrigue-se a pagar ao financiador, no futuro e nas condições previstas no contrato de financiamento, o preço de aquisição do bem presente pago pelo financiador ao vendedor, acrescido de taxa de juros e outras despesas convencionadas entre o financiador e o financiado;

(e) exista entre o financiador e o financiado uma relação subjetiva ou objetiva de confiança que justifique que aquele conceda a este último o **crédito**.

74. Esse negócio jurídico pode ser simplificado quando as figuras do vendedor e do financiador coincidem na mesma pessoa, de modo que o vendedor-financiador entrega ao financiado o bem no presente, para receber, só no futuro, o preço de aquisição, com os acréscimos pactuados, **tendo em vista a confiança creditícia** que o financiador tem no financiado. Nessa hipótese, não se tem, rigorosamente, um negócio jurídico de financiamento, mas sim uma compra e venda a prazo (ou, se for o caso, uma prestação de serviços com pagamento do preço a prazo). Todavia, essa modalidade de operação é vulgarmente designada como “financiamento direto ao consumidor”.

75. Devem ser ressaltados alguns dos aspectos caracterizadores do negócio jurídico de financiamento acima descrito.

76. O financiador faz o pagamento do preço, mas não adquire, para si, o bem jurídico objeto do financiamento. Mesmo quando o financiador, eventualmente, adquire o bem financiado em seu próprio nome, como acontece nas operações de *leasing* financeiro ou de alienação fiduciária em garantia, esse financiador não tem interesse algum na utilização direta e pessoal do bem objeto do contrato. Esse bem é adquirido, nesses casos, em nome do financiador para que este tenha melhor **garantia** de recebimento do financiamento, já que, como proprietário do objeto, tem maior e melhor proteção jurídica para recuperar o bem e, então, aliená-lo a terceiros para receber o valor do financiamento em caso de inadimplemento do financiado. Assim, embora nos casos referidos o bem seja adquirido em nome do financiador, a utilização direta do objeto é feita pelo financiado, de maneira que, para o financiador, a propriedade do bem exerce típica função de garantia do crédito.

77. Outro aspecto a ser ressaltado é a questão do crédito. **Nem toda operação que envolve a outorga de crédito é um financiamento, mas todo financiamento envolve a outorga de crédito ao financiado.** O crédito é, pois, um gênero que apresenta diversas espécies.

78. No sentido econômico, há crédito quando um sujeito transfere a outro um **bem presente** que tem à sua disposição, **em troca de um bem futuro** que, de modo legítimo e razoável, espera receber daquele a quem entregou o bem presente antes mencionado. Não há conceito legal de crédito, de modo que, em Direito, admite-se a conceituação acima indicada, com a observação de que os bens devem ser jurídicos e apresentar conteúdo patrimonial.

79. Fixados esses conceitos de crédito, pode-se dizer que há outorga de crédito quando, por exemplo, uma pessoa torna-se assinante de uma revista mensal, pagando antecipadamente o preço da anuidade cobrada pelo editor. O assinante troca um bem presente (seu dinheiro) por um bem futuro que o editor lhe entregará (os exemplares mensais da revista). Há igualmente operação de crédito quando um sujeito vende a outro um imóvel mediante pagamento parcelado do preço. Nesse caso, examinado o contrato do ponto de vista do vendedor, este concede crédito ao comprador, que deverá pagar as parcelas do preço como previsto no contrato. O vendedor trocou um bem presente (o imóvel) por um bem futuro (as parcelas do preço de venda do imóvel). Quando uma pessoa emite uma duplicata mercantil, diz-se que foi realizada uma operação de crédito, porque o sacado indicado na duplicata terá que pagá-la. O vendedor da mercadoria trocou um bem presente (a mercadoria) por um bem futuro (o preço dessa mercadoria). Um taxista, ao transportar um passageiro, realiza com este uma operação de crédito. Tal motorista de táxi troca bens presentes (seu tempo, sua habilidade de motorista, seu automóvel) por bem futuro que lhe é devido pelo passageiro (o pagamento da tarifa de transporte).

80. Ora, em todos esses exemplos vê-se que foram realizados negócios jurídicos que envolvem a outorga de crédito, mas nenhum deles pode ser caracterizado como um financiamento, tal como descrito no item 73 deste parecer.

81. Por outro lado, como foi esclarecido, em todo negócio jurídico de financiamento existe a outorga de crédito que é, contudo, apenas um dos vários elementos essenciais que caracterizam tal negócio jurídico. Em resumo, **não é o crédito que caracteriza o financiamento, pois o crédito é tão somente uma das peças jurídicas necessárias a tal financiamento.**

82. Nos negócios jurídicos de financiamento, **o financiador outorga crédito ao financiado e não ao vendedor.** De fato, é exatamente o financiado quem haverá de restituir ao financiador o valor financiado com os acréscimos convencionados. Por isto, o financiador analisa de modo subjetivo e objetivo a situação jurídica do financiado, especialmente a patrimonial, a fim de certificar-se de que este último terá, provavelmente, adequadas condições para pagar o financiamento.

83. Por todos esses motivos, as atenções do financiador concentram-se na pessoa (e no patrimônio) do financiado ou de seu eventual garantidor. Como regra geral, o financiador não tem interesse jurídico muito relevante em relação ao vendedor do bem financiado, exceto no que concerne à real titularidade deste sobre o bem que venderá ao financiado.

84. O negócio jurídico de *factoring*, embora também envolva outorga de crédito, nada tem a ver com qualquer das modalidades de financiamento acima descritas. Para que se entenda bem essa afirmação, são necessários alguns esclarecimentos de ordem técnica.

(B) NOÇÕES GERAIS SOBRE BENS JURÍDICOS E MODO DE TRANSMISSÃO DE SUA TITULARIDADE

85. O art. 83, inciso III, do Código Civil/2002 considera o direito de crédito um bem móvel para efeitos legais. Por isto, numa dada relação obrigacional, o direito do credor em face do devedor é tecnicamente um bem móvel, tal como a obrigação do devedor em face daquele credor também o é.

86. O meio técnico-jurídico para se transferir a outrem direitos ou obrigações sobre bens móveis, ou para que se adquiram os direitos ou obrigações sobre tais bens, é designado **tradição**. A tradição consiste na entrega do bem móvel de um sujeito para o outro. Essa entrega pode ser física e real, ou também pode ser simbólica e até mesmo presumida pela lei ou pelo contrato.

87. O crédito ou a obrigação, no contexto assinalado, são bens jurídicos imateriais. Quando o bem jurídico é corpóreo, material, a sua alienação, ou seja, a transferência do direito de propriedade de um sujeito para outro, pode dar-se por vários meios jurídicos, como por exemplo a compra e venda, a doação, a desapropriação, a usucapião, entre outros casos. No caso dos bens jurídicos imateriais, sua alienação ocorre tecnicamente por meio da **cessão de direitos** (ou de obrigações, quando for o caso). Essa cessão de direitos, todavia, igualmente pode decorrer de doação ou de desapropriação, por exemplo.

88. Interessa fixar aqui, enfim, que os **bens imateriais circulam juridicamente por meio do negócio jurídico de cessão** (de crédito ou de obrigação). Já os bens materiais, *no que interessa aos fins deste parecer*, circulam principalmente por meio do negócio jurídico de compra e venda. Assim, quer se trate de bem material, quer de bem imaterial, na operação jurídica de transferência desse bem móvel de um sujeito para outro, é imprescindível ocorrer a **tradição** em qualquer de suas modalidades (real, ficta, simbólica, presumida).

89. A cessão de direitos de crédito é regulada basicamente pelos arts. 286 a 298 do Código Civil/2002. A tradição do crédito, nesse negócio jurídico, ocorre por meio documental, seja prevendo-se no documento que o crédito é transferido pelo cedente ao cessionário, seja por meio da entrega, pelo cedente ao cessionário, do título material representativo do crédito cedido. Assim, transfere-se o crédito por tradição nos casos de cessão da nota promissória, da duplicata, do cheque ou de outros títulos de crédito corporificados numa cártula e, nesses casos, muitas vezes não basta a tradição, devendo-se proceder ao endosso do título ao endossatário-cessionário.

90. No entanto, deve-se esclarecer que, naquilo em que a disciplina específica da cessão de crédito for omissa, há que se recorrer às demais normas legais que, subsidiariamente ou por aplicação analógica, prestam-se a regular a matéria. Nesse contexto, especial relevo têm, por exemplo, a legislação cambial, a lei de duplicatas e também o Código Civil, notadamente quando este último regula o contrato de compra e venda.

91. Pois bem, é relevante comentar aqui algo sobre o art. 491 do Código Civil/2002 que, como dito, regula subsidiariamente o negócio de cessão de crédito previsto nos arts. 286 a 298 do mesmo Código.

92. O aludido art. 491 estabelece que quando a compra e venda de coisa móvel ou imóvel for realizada mediante o pagamento do preço a vista, o vendedor não é obrigado a entregar (a traditar) a coisa ao comprador antes que este último, por sua vez, pague (entregue, tradite) o preço ao vendedor. Em síntese, **primeiro** o comprador **paga o preço** para depois exigir a entrega do bem que adquiriu. Por outro lado, quando o negócio jurídico de compra e venda for realizado mediante pagamento a prazo, em parcelas ou de uma única vez no futuro, a regra do art. 491 estabelece que o vendedor é o primeiro a cumprir sua obrigação, de modo que deve entregar ao comprador o bem vendido para, somente depois, no futuro, receber o preço pactuado, conforme as parcelas convencionadas ou no vencimento aprazado. Observe-se, por oportuno, que em qualquer dessas hipóteses, uma das partes do contrato concede à outra crédito, ou sejam ou o vendedor dá crédito ao comprador, concordando em receber o preço no futuro, ou o comprador dá crédito ao vendedor, ao concordar em receber o bem adquirido somente depois de paga o preço.

93. Essa regra do art. 491 do Código Civil é inteiramente aplicável ao negócio jurídico de cessão de crédito, salvo se as partes estipularem de modo diverso.

94. Esses conhecimentos eram imprescindíveis para que se possa compreender com perfeição um negócio jurídico de aquisição de faturamento, designado *factoring* e distingui-lo do negócio jurídico de financiamento.

(C) CONCEITUAÇÃO DO *FACTORING* E SUA CARACTERIZAÇÃO

95. A atividade empresarial de *factoring* é bastante complexa, resultando da combinação de diversos negócios jurídicos ordenados e coordenados para que os interessados consigam alcançar suas respectivos objetivos jurídicos e econômicos. Por isto, a estrutura do contrato de *factoring* necessariamente tem que contemplar todos esses aspectos.

96. Fundamentalmente, por meio do contrato de *factoring*, a empresa faturizadora passa a ter o direito de, a seu critério, adquirir créditos titularizados pelo faturizado contra os devedores deste. Não se trata, porém, de singela operação jurídica de cessão de créditos nos termos tradicionais dos arts. 286 a 298 do Código Civil. A transferência dos créditos do faturizado para a empresa faturizadora é apenas uma das operações jurídicas abrangidas pelo *factoring* e, sob o ponto de vista tanto do faturizador como do faturizado, pode ser que essa nem seja a principal e mais importante atividade da faturização. Deveras, o negócio jurídico de *factoring* envolve diversas atividades por parte da empresa faturizadora em favor do faturizado, ou seja, daquele que irá ceder créditos para o faturizador.

97. Por exemplo – e de modo não exaustivo - a empresa de *factoring* pode desenvolver em favor do faturizado a prestação de serviços de identificação e classificação de carteiras de crédito compostas por clientes ou possíveis clientes do faturizado, seleção dos créditos classificados, análise do risco de crédito, administração desses créditos, cobrança de créditos, administração de fluxo de caixa do faturizado (incluindo contas a pagar e a receber), planejamento tributário relativo às operações comerciais do faturizado.

98. Exatamente porque a empresa de *factoring* presta ao faturizado um ou vários dos serviços mencionados, pode aquele faturizador realizar melhor avaliação dos créditos do faturizado e, assim, escolher entre esses créditos quais os que tem interesse em adquirir mediante o negócio jurídico de cessão de crédito do faturizado para a empresa de *factoring*. É também por causa desse contexto negocial que surge **um dos elementos essenciais caracterizadores do *factoring*, qual seja, o cedente faturizado não responde perante a empresa de *factoring* em caso de insolvência ou de inadimplência do devedor do crédito objeto da cessão.** O cedente faturizado responde em face do faturizador apenas pela existência do crédito cedido e pelos eventuais vícios redibitórios do produto ou serviço que foi adquirido pelo devedor indicado no título creditício cedido.

99. Ora, a empresa de *factoring*, porque é mais especializada, pode realizar melhor e de modo mais eficiente os aludidos serviços; tem o faturizador melhores condições de avaliar o risco inerente a cada crédito do faturizado; e, ainda, tem a empresa de faturização o direito de escolher de que créditos do cedente faturizado tornar-se-á cessionária. Em decorrência disto, é justo que o faturizado não precise responder pela insolvência ou inadimplência dos devedores dos créditos cedidos à empresa de faturização. Enfim, os risco de crédito é inteiramente assumido pelo faturizador.

100. Ao realizar essas atividades, a empresa de *factoring* obtém diversas vantagens negociais porque:

(1º) receberá remuneração pela prestação de serviços ao faturizado, nos termos dos artigos 593 a 609 do Código Civil/2002 (apenas para se ficar no regramento geral dessa matéria);

(2º) cobrará do faturizado uma taxa para assumir o risco de insolvência ou de inadimplência dos devedores dos créditos que forem cedidos pelo faturizado ao faturizador;

(3º) terá lucro com a realização do *factoring*, já que pagará ao cedente faturizado valor inferior ao valor dos créditos que serão cedidos à empresa de *factoring*.

101. É conveniente ressaltar, mais uma vez, que **o pagamento que o faturizador faz ao faturizado não é um financiamento e nem é um adiantamento de recursos semelhante a qualquer modalidade de empréstimo**. A cessão de crédito tem por objeto um bem jurídico móvel e imaterial que é o **próprio crédito**, como foi esclarecido anteriormente. Nos termos do art. 491 do Código Civil, o faturizador primeiro pagará o preço pactuado para a cessão dos créditos e, em seguida, tais créditos lhe serão transferidos pelo cedente faturizado. O faturizador paga a vista pela aquisição dos créditos que lhe são cedidos.

102. O fato de o faturizado receber no presente um valor (ainda que menor) relativo a um crédito que somente iria receber no futuro não é suficiente para caracterizar o *factoring* como uma operação de financiamento. O faturizador entrega ao faturizado um bem presente (o preço da cessão de crédito) e recebe deste último outro bem também presente (o título representativo do crédito, que é o próprio objeto da cessão). O faturizador, tendo em seu poder esse bem jurídico presente – a titularidade do crédito – poderá, se quiser, realizar outra cessão a terceiro e, assim, receber imediatamente o valor que desembolsou para adquirir aquele mesmo bem jurídico do faturizado. Pode o faturizador, por outro lado, aguardar o vencimento do crédito para exigí-lo do devedor. A utilização econômica que o faturizador fará com o bem que adquiriu (o crédito) não é suficiente para caracterizar o *factoring* como uma operação de financiamento ou como uma modalidade de empréstimo.

103. Tome-se por exemplo o caso do sujeito que adquire de uma construtora um bem imóvel futuro, que ainda será construído, mediante o pagamento parcelado do preço do bem. Imagine-se que o prazo para a entrega do imóvel futuro, devidamente concluído, seja de trinta meses. Depois de pagar à construtora algumas das parcelas do preço, e com a concordância desta, o adquirente transfere a alguém todos os seus direitos e obrigações decorrentes do contrato em tela. Para fazer essa cessão, o adquirente cedente recebe do cessionário certo valor, menor do que o valor total que até então o cedente havia pago à construtora. Em contrapartida, o cessionário adquirente assume a obrigação de continuar a pagar as parcelas faltantes do preço e, ainda, assume o risco de eventualmente não receber o imóvel concluído, ou de recebê-lo após o prazo contratual, ou até de recebê-lo com defeitos. O cessionário

adquirente do imóvel futuro não poderá voltar-se contra o cedente para reclamar a respeito do eventual inadimplemento da construtora. Ora, teria havido, nesse exemplo, um financiamento por parte do cessionário adquirente em favor do cedente? Teria havido um mútuo entre esses dois sujeitos? Claro que as respostas são negativas. O cessionário adquirente não adiantou recursos – no sentido de financiamento – para o cedente: apenas pagou pelo bem jurídico que ele – cessionário – adquiriu, ou seja, o objeto “crédito contra a construtora”. O cedente, ao receber o preço pactuado pelo bem que alienou ao cessionário, pode dar a destinação econômica que quiser a esse valor. Por seu turno, também o cessionário adquirente já recebeu do cedente o bem que lhe interessava: o crédito em face da construtora. Se quiser, o cessionário poderá transferir a outrem esse crédito. Se quiser, pode aguardar o recebimento do imóvel construído. Pode o cessionário, portanto, dar ao bem jurídico “crédito” a destinação que quiser, porque já o tem à sua disposição.

104. Ora, porque se deveria dar tratamento diverso à operação de *factoring*, na qual, à semelhança do exemplo anterior, o faturizador troca um bem presente (o preço da cessão de crédito) por outro bem presente (o próprio crédito cedido)?

105. Para que a empresa de faturização pudesse ser qualificada como um agente financiador, seria preciso que estivessem presentes todos os elementos essenciais do negócio jurídico de financiamento, que já foram examinados anteriormente. Esses elementos essenciais não são encontráveis na operação de *factoring*, nem mesmo considerando-se apenas o fato de o faturizador pagar ao faturizado o valor relacionado a um crédito que somente seria exigível no futuro.

106. Apenas por facilidade de exposição, pode-se agora apresentar o conceito do negócio jurídico de *factoring* e, mais adiante, voltar-se-á a tratar das diferenças entre o tal negócio e o de financiamento.

107. Feitas essas considerações, **pode-se conceituar o negócio jurídico de *factoring* como sendo o contrato em que uma pessoa (o faturizador) presta a outra (o faturizado) serviços relacionados à seleção, análise, classificação e administração de créditos que o faturizado tem ou pretenda ter contra aqueles com quem negocia, facultado ao faturizador, a seu critério, adquirir um, alguns ou todos esses créditos do faturizado, mediante o preço que pactuarem para essa cessão de direitos, sem que o faturizado tenha perante o faturizador qualquer responsabilidade pela insolvência ou inadimplência dos devedores dos créditos cedidos.**

108. O conceito, apesar de longo, evidencia todos os elementos essenciais que caracterizam o negócio jurídico de *factoring*, especialmente aqueles atinentes à prestação de serviços do faturizador em favor do faturizado.

109. Apenas com o propósito de contrastar a operação de *factoring* com a operação de financiamento, é preciso concentrar o exame numa das atividades (mas não a única e nem a mais importante) desenvolvida pela empresa de *factoring*, qual seja, a compra de faturamento do faturizado.

110. No contexto do negócio jurídico de *factoring*, a operação de compra de faturamento é, na verdade, um negócio jurídico de cessão de direitos de crédito, com efeitos especiais. Esse negócio - nos limites aqui considerados - pode ser assim descrito:

(a) há um sujeito, designado cedente faturizado, que é titular de diversos direitos de crédito em face de outros sujeitos, que se tornaram seus devedores em decorrência da aquisição de produtos ou serviços fornecidos pelo cedente faturizado;

(b) os créditos que o cedente faturizado tem em face de seus próprios clientes devedores são representados por títulos de crédito ou por outros instrumentos jurídicos;

(c) os créditos que o cedente faturizado tem em face de seus devedores podem ser exigíveis no presente ou no futuro mas, em qualquer dos casos, envolvem o risco da inadimplência ou da insolvência de qualquer desses devedores e, por outro lado, exigem do cedente faturizado uma série de atividades de seleção, análise, classificação e administração de crédito, entre outras;

(d) para administrar correta e eficientemente o recebimento desses créditos, o cedente faturizado precisaria criar uma estrutura operacional, fazer investimentos de tempo e de capital, de modo a realizar a análise de cada crédito e dos riscos envolvidos na concessão de créditos a seus clientes;

(e) as atividades descritas na alínea “d” acima impedem que o cedente faturizado concentre-se na essência de seu próprio empreendimento e o obriga a desviar sua atenção para essa atividade subsidiária de administração creditícia, que, em si mesma, não lhe traz lucratividade;

(f) nesse contexto, surge um outro sujeito, que é o faturizador, também designado empresa de *factoring*, que tem, em primeiro lugar, capital ocioso que quer utilizar e, em segundo lugar, uma estrutura organizacional e operacional altamente especializada para a realização das atividades de seleção, análise, classificação e administração de créditos;

(g) a empresa de *factoring*, então, mediante prévia contratação com o faturizado, procede à análise criteriosa da carteira de crédito deste último e dos riscos creditícios a ela inerentes, podendo optar por comprar (vale dizer, tornar-se cessionária) de um, alguns ou todos os direitos creditícios que o cedente faturizado tem em face de seus devedores;

(h) manifestado o interesse do faturizador em tornar-se cessionário dos direitos de crédito titularizados pelo cedente faturizado, as partes realizam, então, a operação de *factoring*;

(i) por meio da operação de *factoring*, **o faturizador sub-roga-se na posição do cedente faturizado e passa a titularizar os créditos** em questão, exonerando o cedente faturizado de qualquer responsabilidade pela solvência

ou pelo inadimplemento dos devedores dos créditos cedidos e, em contrapartida, o cedente faturizado recebe do faturizador um valor convencionado entre as partes para a cessão de tais créditos;

(j) o faturizador paga ao cedente faturizado, para tornar-se cessionário dos créditos que escolher, um valor correspondente aos créditos cedidos, com descontos decorrentes: (1º) da remuneração devida ao faturizador pela prestação dos serviços de seleção, análise, classificação e administração de créditos; (2º) da taxa de risco de crédito que o faturizador cobra por assumir o risco de insolvência ou de inadimplência dos devedores; (3º) do valor correspondente ao lucro do faturizador pela realização do negócio, que não se confunde com taxa de juros e nem com modalidade alguma de empréstimo;

(k) realizada a operação de *factoring*, fica estabelecida uma relação jurídica entre o faturizador, na **posição de credor sub-rogado**, e os devedores indicados nos títulos creditícios objeto da cessão, de modo que o risco de recebimento desses créditos passa a ser exclusivamente do faturizador.

111. A descrição do negócio jurídico de *factoring*, como acima consta, evidencia que tal operação em nada se aproxima de uma operação de financiamento.

(D) DIFERENÇAS ENTRE O NEGÓCIO JURÍDICO DE FINANCIAMENTO E O FACTORING

112. Na operação de financiamento a relação jurídica se estabelece entre o financiador, o financiado e o vendedor do bem objeto do financiamento. Conforme já foi explicado, o financiador entrega diretamente ao vendedor do bem o respectivo preço a vista para, no futuro, o financiador receber **do financiado** esse valor com os acréscimos pactuados. Por força do art. 491 do Código Civil, o pagamento feito pelo financiador ao vendedor é a vista porque este último tem o direito de primeiro exigir o pagamento do preço do bem para, depois, entregar o bem ao financiado e assim retirar-se dessa relação jurídica. Na operação de financiamento, o risco de inadimplência ou de insolvência **do financiado** é integralmente suportado pelo financiador, que realizou o financiamento tendo em vista a **relação de confiança que teve nesse financiado**. Logo, o financiador deve se preocupar em analisar o risco de crédito **do financiado**, de quem pretende receber a dívida. A situação jurídica do *factoring* é completamente diversa.

113. Na operação de *factoring*, o faturizador não atua como agente financeiro. Já foi explicado que o faturizador troca um bem presente (o preço da cessão de crédito) por um bem também presente (o próprio crédito cedido). **O faturizador não troca bem presente por bem futuro na sua relação com o faturizado**. Além disto, o **faturizador paga o preço de bem que ele próprio está adquirindo para si**. Esse **faturizador não paga preço ao vendedor de bem adquirido por terceiro financiado**. O faturizador é, ele próprio, o adquirente de um bem jurídico pertencente ao cedente faturizado. Esse bem jurídico é o crédito que, como foi esclarecido neste parecer, é um bem jurídico móvel e imaterial, cuja titularidade se transfere de um titular para outro por meio do negócio jurídico da cessão de crédito.

114. O faturizador, por conseguinte, adquire para si mesmo um bem jurídico: o crédito que lhe é cedido pelo cedente faturizado. O faturizado nada mais deve ao faturizador senão a própria transferência do crédito, respondendo, obviamente, por sua existência perante o devedor indicado no título creditício.

115. Para adquirir o bem jurídico “crédito”, o faturizador tem que pagar ao cedente faturizado o preço que ambos pactuarem. Esse preço é determinado em função de vários fatores, como por exemplo a qualidade do devedor, os riscos de insolvência ou inadimplência desse devedor, o tipo de título creditício cedido, o prazo de pagamento, o lugar de pagamento, etc. Como ocorre com qualquer outro bem objeto de relação jurídica obrigacional, **o valor do crédito é sempre relativo em função de elementos objetivos e subjetivos**. Por exemplo, o preço de um automóvel pode ser maior ou menor no mercado, conforme este objeto tenha ou não bom estado de conservação. O mesmo automóvel pode estar em excelente estado de conservação mas, por outro lado, ser objeto de litígio judicial sobre sua titularidade e, então, esse litígio poderá determinar redução do valor do bem em face de um potencial adquirente. Isto também pode acontecer com o bem jurídico “crédito”.

116. Assim, se o faturizador paga pelo crédito cedido um valor global menor que o próprio valor nominal do crédito objeto do *factoring*, isto não significa que esteja *ipso facto* ocorrendo uma operação de financiamento. Pode ser que o crédito hoje cedido ao faturizador seja prontamente exigível do devedor e, no entanto, o faturizador pagará ao cedente faturizado, pelo crédito em tela, valor menor que o constante no título cedido, porque o devedor pode apresentar alto risco de inadimplência, porque a análise de crédito desse devedor pode ter exigido altos custos para o faturizador ou porque, naquele caso específico, o faturizador obteve lucro maior.

117. É importante que fique claro que o faturizador paga um preço ao cedente faturizado porque adquire deste um bem jurídico e não porque está financiando o devedor indicado no título de crédito cedido. Haja ou não operação de *factoring*, o devedor indicado no título creditício tem uma dívida a honrar. Terá que pagá-la quer ao credor original, quer **a quem se sub-rogue no lugar daquele credor**. Logo, **não existe relação jurídica de financiamento entre esse devedor e o sujeito que se apresentar como seu credor**. Entre o credor (original ou sub-rogado) e o devedor, há, sim, uma relação de crédito, mas não necessariamente uma operação de financiamento. Financiamento só ocorrerá se presentes seus elementos essenciais.

118. Ora, nos termos do que dispõe o art. 491 do Código Civil, se o cedente faturizado realizar a cessão de crédito a vista, o faturizador tem que pagar-lhe primeiro o preço da cessão para, depois disto, receber a transferência de titularidade do crédito cedido. Se, por outro lado, a cessão de crédito for a prazo, o cedente faturizado é obrigado a transferir ao faturizador, desde logo, a titularidade do crédito cedido e, mais tarde, no futuro, terá direito de exigir o pagamento do preço da cessão. Nota-se, em resumo, que o faturizador entrega dinheiro ao faturizado não porque esteja financiando, para este último, a obtenção de um bem jurídico presente – pertencente a um terceiro vendedor – e cujo pagamento o faturizado teria que restituir ao faturizador no futuro. O faturizado não é um financiado. O faturizado aliena bem que lhe pertence (o crédito) e não bem pertencente a terceiro. O faturizado troca seu

crédito pelo preço da cessão, sendo ambos os bens presentes e que devem prontamente ser traditados. O faturizado não terá que restituir ao faturizador o preço da cessão que recebeu para realizar a operação. O faturizador não analisa o crédito do faturizado, não examina os riscos de crédito do faturizado, não adianta ao faturizado recursos financeiros para que tal sujeito possa adquirir bem presente que vá pagar no futuro. O preço da cessão será pago prontamente ou em momento futuro conforme as regras do art. 491 do Código Civil e não a título de financiamento. O faturizador, NA QUALIDADE DE SUB-ROGADO NA POSIÇÃO DO CREDOR ORIGINAL, exigirá o pagamento da dívida do devedor indicado no título cedido e não do cedente faturizado. Este não tem responsabilidade pela solvência ou inadimplência do devedor do crédito cedido, embora responda pela existência desse crédito.

119. O *factoring* tem por substrato uma relação jurídica estabelecida entre o cedente faturizado e o faturizador. Em decorrência dessa relação jurídica de base, o faturizador poderá tornar-se credor sub-rogado dos devedores indicados nos títulos creditícios objeto da cessão de crédito realizada entre o faturizador e o faturizado. Antes da realização dessa operação de cessão de crédito, os riscos de inadimplemento ou de insolvência do devedor são inteiramente suportados por seu credor, que é o faturizado. Todavia, esse se o faturizado ceder seu direito creditício para a empresa de *factoring*, recebendo certo valor por essa cessão, os riscos creditícios apontados serão transferidos para o faturizador. Ocorrendo a dita cessão, o cedente faturizado retira-se da relação jurídica obrigacional objeto da cessão e, em seu lugar, **como sub-rogado, ingressa a empresa de *factoring***. Observe-se mais uma vez que não se trata de uma cessão de crédito comum, em que o cedente, se isto for convencionado, continuaria a ser solidariamente responsável pelo pagamento da dívida em caso de inadimplemento ou de insolvência do devedor (arts. 295 a 297 do Código Civil). **A empresa de *factoring* não tem em vista o risco de crédito do cedente, porque este em caso algum responderá perante o faturizador pela inadimplência ou insolvência do devedor do crédito cedido.** O risco de crédito considerado pelo faturizador refere-se à pessoa devedora do crédito cedido, tanto é que o faturizador tem o direito de escolher que créditos adquirirá e que outros rejeitará.

120. Disto resulta que a **empresa de *factoring* não concede crédito ao cedente faturizado, mas sim ao devedor da dívida objeto da cessão de crédito.** O faturizador não atua como um agente financiador, pois não paga ao cedente faturizado pela venda de bens que este fez aos devedores.

121. Conforme já foi explicado, o negócio jurídico de *factoring* é interessante para o faturizado porque este:

- (a) exime-se completamente do risco de inadimplência ou de insolvência dos devedores dos créditos que tem em sua carteira;
- (b) ao contrário do que normalmente ocorre numa cessão de crédito comum, no *factoring* o cedente faturizado não assume responsabilidade alguma, perante o faturizador, pela insolvência ou inadimplência dos devedores dos créditos cedidos, respondendo apenas pela existência desses créditos;

(c) pode concentrar-se nas atividades empresariais que são, efetivamente, o foco e a fonte de sua lucratividade, desonerando-se de manter estrutura operacional e administrativa complexa e cara, necessária aos serviços de seleção, análise, classificação e administração de créditos.

122. A finalidade de financiamento não é inerente às operações de *factoring*, até mesmo porque nem sempre existe o adiantamento de recursos pelo faturizador ao faturizado. Talvez a única semelhança existente entre o *factoring* e a operação de financiamento esteja na noção de crédito, na medida em que tanto o financiador como o faturizador dão ou não crédito a seus respectivos devedores. Cessa aí a coincidência entre as operações de *factoring* e as de financiamento.

123. Por todas essas razões, ao contrário do que sustentam renomados autores, o *factoring* - desde que regularmente realizado - não pode ser em hipótese alguma equiparado a uma operação de financiamento ou a uma atividade privativa de instituição financeira.

124. Acrescente-se, ainda, que a função contratual do faturizador não é a de um garantidor de dívida alheia. Se é verdade que o faturizado, ao ceder seu crédito ao faturizador, elimina os riscos de inadimplência ou de insolvência do devedor daquele crédito, **isto não significa que o faturizador seja garantidor da dívida**. Primeiro, porque, operada a cessão de crédito, o faturizador passa a ser o titular do crédito, ou seja, sub-roga-se na posição do primitivo credor cedente e, para esse fim, pagou para o cedente faturizado o preço ajustado. O **faturizado deixa de se expor ao risco de inadimplência ou de insolvência do devedor indicado no título cedido não porque seu crédito esteja garantido por alguém, mas sim porque deixou de ser titular desse crédito** e porque recebeu o preço convencionado para esse fim. Em segundo lugar, o faturizador não cobra a dívida do devedor na qualidade de **garantidor** subrogado na posição do credor original, caso em que esse direito de regresso estaria limitado por inúmeros fatores, como por exemplo a limitação imposta ao garantidor de reembolsar-se apenas até o limite do que pagou ao credor garantido. Ora, o faturizador pagará valor menor pelo crédito que lhe foi cedido e, não obstante isto, tem direito de cobrar do devedor o valor integral da dívida, exatamente porque o faturizador é o atual credor do valor total dessa dívida **e não mero garantidor subrogado na posição do credor satisfeito**.

125. Enfim, as operações de *factoring* estão subordinadas a um regime jurídico composto pelas normas que regulam o contrato de compra e venda mercantil, o contrato de compra e venda civil, o contrato de cessão de créditos, o contrato de prestação de serviços, pelo Direito Cambiário e pelo Direito Obrigacional em geral.

126. É equivocado, s.m.j., o entendimento de que o *factoring*, praticado na modalidade *convencional*, seria uma modalidade de financiamento, ao passo que quando praticado na modalidade *maturada* estaria descaracterizada a operação de financiamento. Ora, a unidade estrutural do negócio jurídico de *factoring*, como descrita neste parecer, evidencia que em hipótese alguma tal negócio se identifica com o financiamento.

127. O *factoring* convencional é aquele em que o faturizador paga ao cedente faturizado, prontamente, o preço da cessão de crédito e, então, aguarda o vencimento do crédito cedido para exigir o pagamento do respectivo devedor. Já no *factoring* maturado, ou *maturity factoring*, o faturizador somente pagará ao cedente faturizado o preço da cessão na data em que o crédito cedido for exigível do respectivo devedor. Dadas essas diferenças entre as duas espécies, há quem sustente que o *factoring* convencional é financiamento que o faturizador faz em favor do faturizado.

128. Depois de contrastar o negócio jurídico de financiamento com o negócio jurídico de *factoring*, não se pode admitir que qualquer das espécies de *factoring* seja assimilada a um financiamento. Como visto, o *factoring* é um negócio jurídico complexo e que até levar a resultados jurídicos assemelhados ao seguro de crédito, à concessão de crédito, à disponibilidade imediata de recursos financeiros. Mas também é forçoso reconhecer que os elementos caracterizadores do *factoring* dão-lhe feições jurídicas próprias e inconfundíveis com outros contratos, especialmente com os de financiamento.

129. Examinados, desse modo, os caracteres jurídicos do *factoring* e seu regime jurídico, pode-se concluir que a empresa de *factoring* que atue nos limites apontados não desenvolve atividade de financiamento e nem é uma instituição financeira.

130. Entretanto, para que possa desenvolver sua atividade empresarial típica, a empresa de *factoring* precisa de recursos, notadamente os financeiros. Cabe investigar, portanto, de que modelos societários a empresa de *factoring* pode se utilizar para conseguir os recursos indispensáveis à sua atividade.

MODELOS SOCIETÁRIOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA EMPRESA DE FATURIZAÇÃO

131. É preciso examinar que vantagens e desvantagens cada modelo societário previsto no Direito brasileiro oferece para uma empresa de *factoring*. Deve-se esclarecer desde logo que o faturizador **não pode** usar qualquer desses modelos societários de modo simulado, com o propósito de esconder operações de mútuo celebrados com o público em geral ou para disfarçar a captação de tais recursos financeiros.

132. Foi reiteradamente dito neste estudo que a empresa de *factoring* não pode captar recursos financeiros no mercado financeiros mediante a prática de atividade privativa de instituições financeiras. Por isto mesmo, é vedado ao faturizador utilizar qualquer meio de captação de recursos financeiros do público em geral, mesmo que a forma societária adotada pela empresa de *factoring* em tese permita esse tipo de captação financeira. Por exemplo, a sociedade anônima pode emitir debêntures e assim captar recursos financeiros do público em geral. Contudo, se o faturizador adotar a forma de sociedade anônima, não poderá captar recursos financeiros de terceiros mediante a emissão de debêntures, pois isso caracterizaria típica atividade de intermediação financeira: captação de recursos financeiros do público, com remuneração do capital coletado, e aplicação desses recursos nos negócios de faturização.

133. A mesma observação é pertinente para outros tipos de instrumentos de captação, pela empresa de *factoring*, de recursos do público em geral, como por exemplo a emissão de partes beneficiárias, emissão de ações comercializáveis em bolsa de valores e valores mobiliários em geral negociados no mercado de capitais.

134. O faturizador deve desenvolver seu empreendimento com recursos financeiros próprios. O entendimento corrente na literatura jurídica é o de que a empresa de *factoring* somente pode obter recursos financeiros necessários às suas atividades:

(1º) com o exercício lucrativo de seus negócios e da administração de seu próprio patrimônio;

(2º) por meio de aumento de capital social realizado pelos seus sócios;

(3º) mediante empréstimos que lhe sejam feitos por suas empresas ligadas; ou, ainda,

(4º) junto a instituições financeiras que lhe abram crédito para financiamento de capital de giro.

135. A ANFAC, Associação das Empresas de *Factoring*, recomenda às suas associadas que realizem operações de aquisição de crédito com recursos próprios. Se o patrimônio do faturizador não for suficiente para suportar essas operações, então a ANFAC recomenda que **no máximo** 60% desses negócios sejam suportados com empréstimos que a empresa de faturização obtiver de empresas às quais seja ligada, ou de entidades do sistema financeiro. É muito importante ressaltar que as empresas ligadas ao faturizador e que a este emprestarem recursos financeiros não poderão, por sua vez, captar aqueles recursos junto ao público em geral, pois essa seria uma forma simulada de a própria empresa de *factoring* obter os mencionados recursos junto ao público. Nessa hipótese, poderia ser desconsiderada a personalidade jurídica das empresas cúmplices na simulação e as consequências civis e criminais para seus dirigentes poderiam ser muito graves.

(A) MODELOS SOCIETÁRIOS COM RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL LIMITADA PARA TODOS OS SÓCIOS

(1º) Sociedade Anônima

136. A sociedade anônima é regulada pela lei nº 6.404/76. É constituída no mínimo por dois sócios, tecnicamente designados “acionistas” (exceto no caso de ser subsidiária integral de outra companhia) que devem integralizar o capital social, necessariamente dividido em ações a serem adquiridas pelos acionistas.

137. Em caso de insucesso, inadimplência ou insolvência da sociedade anônima na sua atividade, o acionista não responderá perante os credores da sociedade, nem mesmo subsidiariamente, desde que não tenha ocorrido situação de fraude contra

esses credores provocada pelos acionistas. Assim, ao adquirir ações da sociedade anônima, o acionista retira de seu próprio patrimônio certo valor (o preço das ações) e, depois disso, os credores da companhia nada mais podem pleitear contra o acionista em decorrência das dívidas da sociedade.

138. A lei das Sociedades Anônimas autoriza que essa modalidade de sociedade possa captar recursos financeiros junto ao público em geral por meio de variados e eficientes instrumentos, tais como a negociação de suas ações em mercado de capitais, a divisão das ações em preferenciais e ordinárias, a emissão de debêntures, de partes beneficiárias, etc. Esses instrumentos de captação de recursos financeiros seriam extremamente úteis para uma empresa de *factoring* que, contudo, não pode se aproveitar deles licitamente.

139. Na sua atividade, a empresa de *factoring* não pode realizar operações privativas de instituições financeiras. Dadas as características da atividade do faturizador, não está ele autorizado a usar os instrumentos previstos na lei de Sociedades Anônimas para captar recursos financeiros do público em geral. Se a empresa de *factoring* assim procedesse, poderia ficar caracterizado o exercício de atividade de intermediação de recursos financeiros privativa das instituições financeiras.

140. Ora, se o objetivo da empresa de *factoring* ao adotar o modelo da sociedade anônima for o de fazer uso dos instrumentos de captação de recursos financeiros permitidos na lei 6.404/76, tal modelo será inútil para o faturizador. Para esse fim, o modelo da sociedade anônima mostra-se inadequado para a atividade comercial da empresa de faturização.

(2º) Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada

141. A sociedade por cotas de responsabilidade limitada é disciplinada pelos arts. 1052 e seguintes, do Código Civil/2002 e, subsidiariamente, no que não contrariar sua natureza, também pela lei das sociedades anônimas.

142. Essa sociedade é constituída no mínimo por dois sócios, chamados sócios quotistas, que integralizam o capital social em decorrência da aquisição de cotas desse capital. Tão logo o capital social seja inteiramente integralizado, a responsabilidade dos sócios quotistas fica limitada ao valor de suas respectivas cotas desse capital. Tal como ocorre no modelo da sociedade anônima, também na sociedade por cotas de responsabilidade limitada o sócio quotista não responderá perante os credores da sociedade, nem mesmo subsidiariamente, desde que não tenha ocorrido situação de fraude contra esses credores provocada pelos sócios. Assim, ao adquirir as cotas do capital social, o sócio quotista retira de seu próprio patrimônio certo valor (o preço das cotas sociais) e, depois disso, os credores da sociedade nada mais podem pleitear contra o sócio quotista em decorrência das dívidas da sociedade

143. A lei permite que a atividade da sociedade por cotas de responsabilidade limitada seja regulada, subsidiariamente, pela lei das sociedades anônimas (lei nº 6.404/76). Essa possibilidade seria muito útil se a sociedade ora em análise pudesse utilizar os instrumentos de captação de recursos financeiros do público em geral

permitidos para a sociedade anônima. Ocorre que, como foi explanado nos itens 138 a 140, tais mecanismos de captação de recursos financeiros não podem ser usados por uma empresa de *factoring*. Além disso, significativas e prestigiadas opiniões doutrinárias entendem que as sociedades por cotas de responsabilidade limitada não podem, de qualquer modo, usar os referidos instrumentos de captação de recursos financeiros, porque tais instrumentos seriam incompatíveis com o tipo de estrutura societária das sociedades por cotas.

144. Consequentemente, o modelo da sociedade por cotas de responsabilidade limitada, por ser mais simples e de manutenção menos custosa para o faturizador, é geralmente adotado pelas empresas de *factoring*. Todavia, esse modelo societário não permite ao faturizador o acesso aos recursos financeiros do público em geral.

(B) MODELOS SOCIETÁRIOS COM RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL ILIMITADA PARA ALGUNS OU PARA TODOS OS SÓCIOS

145. Além das novas disposições sobre direito empresarial trazidas pelo Código Civil de 2002, o Código Comercial, que data de 1.850, ainda é importante diploma legal em matéria de Direito Societário. Esses conjunto de normas trata das chamadas **sociedades de fato** e também as **sociedades irregulares**, bem como a **sociedade em comandita**, a **sociedade em nome coletivo**, a **sociedade de capital e indústria** e a **sociedade em conta de participação**.

146. Há que se examinar as características gerais desses modelos societários.

(1º) Sociedades de Fato

147. A sociedade de fato não tem personalidade jurídica própria e consiste numa agremiação societária informal, muitas vezes transitória por ser destinada a um único empreendimento. Por esses motivos, gera **responsabilidade pessoal e patrimonial ilimitada e solidária para todos os sócios**.

148. Tendo em vista a grande insegurança jurídica que esse modelo societário traz para os sócios e para a consecução do próprio empreendimento, não é recomendável que uma empresa de *factoring* o adote, até mesmo porque haveria o risco adicional de que os sócios, atuando sem uma sociedade formalmente constituída, viessem a ser confundidos com os chamados “agiotas”.

149. Se a empresa de *factoring*, mesmo que constituída regularmente de acordo com qualquer modelo societário, vier a estabelecer uma sociedade de fato com outras pessoas (físicas ou jurídicas), estará sujeita à disciplina legal acima referida.

(2º) Sociedades irregulares

150. Como ocorre com as sociedades de fato, também as sociedades irregulares não se prestam ao negócio de faturização. A diferença técnica entre a sociedade de fato e a sociedade irregular está em que a primeira não é constituída de modo formal,

enquanto que a segunda o é. Entretanto, apesar de a sociedade irregular ser constituída de modo formal, ou seja, por documento escrito, tal sociedade é irregular porque:

(a) ou não está registrada na Junta Comercial competente;

(b) ou, apesar de estar registrada na Junta Comercial, esse registro apresenta vício formal ou substancial que torna a sociedade juridicamente irregular.

151. Os mesmos inconvenientes que a sociedade de fato apresenta são os que se poderia ressaltar para a sociedade irregular. Esse modelo societário, portanto, deve ser rejeitado pela empresa de *factoring*. Como foi dito no item 149 deste parecer, se a empresa de *factoring* (mesmo que constituída regularmente de acordo com qualquer modelo societário) vier a estabelecer uma sociedade de irregular com outras pessoas (físicas ou jurídicas), estará sujeita à disciplina legal acima referida.

(3º) Sociedade em comandita simples

152. Considerando-se que o modelo de sociedade anônima mostrou-se inadequado para o fim de permitir que o faturizador possa captar recursos financeiros do público em geral, não há necessidade de se examinar aqui a chamada “sociedade em comandita por ações”. Basta a análise das características mais relevantes da **sociedade em comandita simples**.

153. A sociedade em comandita simples está regulada pelos arts. 1045 e seguintes, do Código Civil de 2002.

154. Sobre a sociedade em nome coletivo, referida no art. 1039, do Código Civil de 2002, serão feitos comentários específicos mais adiante. Neste momento, é preciso entender o mecanismo de funcionamento que caracteriza a sociedade em comandita simples.

155. Tal como as demais sociedades, igualmente a sociedade em comandita simples é constituída no mínimo por dois sócios. Para simplificar a explicação dessa modalidade societária, admita-se que seja ela formada por dois sócios apenas.

156. Um dos sócios da sociedade em comandita simples é chamado **sócio ostensivo**, ou **sócio comanditado**, porque seu nome e qualificação figurará em todos os documentos da sociedade e, especialmente, nos registros constantes da Junta comercial. Esse sócio ostensivo tem **responsabilidade pessoal e patrimonial ilimitada** pelos negócios da sociedade. Logo, se o patrimônio da sociedade for insuficiente para a satisfação dos credores desta, poderão esses credores atacar o patrimônio privativo do sócio ostensivo.

157. O outro sócio da sociedade em comandita simples é o chamado **sócio oculto** ou **sócio capitalista**, ou **sócio comanditário**, que ingressa nessa sociedade como **simples prestador de capital** necessário aos negócios sociais e, ainda, sob a condição de que sua responsabilidade seja limitada ao capital que integrou ao patrimônio social. O sócio capitalista aqui examinado tem tratamento legal semelhante

ao acionista da sociedade anônima, ou ao do sócio quotista da sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Ao integralizar o capital na sociedade em comandita simples, o sócio capitalista destaca de seu próprio patrimônio aquele valor e, desde então, fica desobrigado de responder com qualquer outra contribuição patrimonial para satisfazer qualquer credor da sociedade. Por essas razões, o sócio oculto, capitalista, comanditário, não pode exercer qualquer ato de gerência da sociedade em comandita, sob pena de perder essa proteção legal de limitação de sua responsabilidade ao montante do capital que integralizou na mesma sociedade (art. 314 do Código Comercial). De fato, seria injusto que esse sócio oculto pudesse administrar a sociedade e, ao mesmo tempo, ter responsabilidade limitada, enquanto o sócio ostensivo continuaria tendo responsabilidade ilimitada.

158. O nome e a qualificação do sócio oculto não precisa figurar nos documentos societários e nem nos registros da Junta Comercial.

159. Ora, o modelo da sociedade em comandita simples mostra-se excelente instrumento legal para resolver o problema de captação de recursos necessários à atividade da empresa de *factoring*.

160. Numa sociedade em comandita simples, o faturizador estabelece uma sociedade formal e regular com o sócio comanditário, devidamente registrada na Junta Comercial. Nessa sociedade, o **faturizador** deve assumir a posição de **sócio ostensivo**, ou seja, de sócio comanditado, que terá **responsabilidade** pessoal e patrimonial **ilimitada** perante os credores dessa sociedade. Por outro lado, o **prestador de capital** necessário aos negócios da empresa de *factoring* assumirá, dentro da sociedade em comandita simples, a posição de **sócio oculto**, capitalista, comanditário, que terá responsabilidade limitada ao capital que integrar ao patrimônio social.

161. Esse capital fornecido pelo sócio capitalista à sociedade em comandita simples **não pode, obviamente, ter sido captado por ele junto ao público em geral, porque isto colocaria o faturizador numa situação jurídica de simulação, destinada a disfarçar o exercício de atividade privativa de instituição financeira.**

162. Pois bem, se o **capital** a ser fornecido pelo sócio capitalista à sociedade em comandita simples **não tiver sido obtido junto ao público em geral**, então o faturizador pode usar esse capital na realização de seus negócios de *factoring* (que serão também o objeto da sociedade em comandita). Nesse caso, a obtenção do capital tem fundamento societário e não pode ser caracterizada como captação de recursos financeiros junto ao público em geral. Trata-se da situação em que, para ser formada uma sociedade, cada sócio contribui com parte do capital necessário à consecução dos negócios sociais.

163. Há ainda outro importante aspecto a considerar. Na sociedade em comandita simples, como dito, o faturizador deve figurar como sócio comanditado, ostensivo. Nessas circunstâncias, sua responsabilidade perante os credores da sociedade é pessoal e ilimitada patrimonialmente. Ora, se o faturizador, enquanto pessoa jurídica, estiver organizado sob a forma de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, não responderá com mais patrimônio do que tem, quer perante os seus

próprios credores, quer em face dos credores da sociedade em comandita simples. Por exemplo, se o patrimônio do faturizador, enquanto pessoa jurídica, for 100, os seus credores somente serão satisfeitos até esse limite patrimonial de 100. Se essa pessoa jurídica faturizadora tornar-se sócia ostensiva de uma sociedade em comandita simples, os credores desta poderão satisfazer-se: (1º) atacando o patrimônio da sociedade em comandita e, (2º) se o patrimônio da sociedade em comandita for insuficiente para a satisfação dos credores, poderão estes atacar o patrimônio do sócio ostensivo (que é o faturizador) **ilimitadamente**, isto é, até que se esgote o patrimônio do sócio ostensivo que, neste exemplo, é de 100.

164. Vê-se que o modelo da sociedade em comandita simples é, até este momento, o mais adequado para a empresa de *factoring* que precisa capitalizar-se de modo lícito e sem realizar atividade privativa de instituições financeiras.

(4º) Sociedade em nome coletivo

165. A sociedade em nome coletivo está prevista no art. 1039 do Código Civil/2002.

166. A característica da sociedade em nome coletivo está em que os negócios sociais podem ser conduzidos por todos os sócios, porém esses sócios atuam sempre sob o mesmo nome comum, ou nome de firma. **Os sócios que usarem a firma social contraem direitos e obrigações para a sociedade, estabelecendo solidariedade entre todos os sócios.** Por isto, os credores da sociedade poderão atacar o patrimônio social e, se este for insuficiente para a satisfação de seus respectivos créditos, poderão subsidiariamente atacar o patrimônio pessoal de qualquer dos sócios da sociedade em nome coletivo.

167. Em decorrência dessa solidariedade entre os sócios, estabelecida pela lei, é preciso escolher entre duas alternativas:

(1ª) ou admite-se que todos os sócios tenham poder de gerência da sociedade, caso em que poderão controlar melhor os riscos empresariais a que se expõem;

(2ª) ou se estabelece que apenas um ou alguns dos sócios terão poder de gerência, enquanto que os outros terão menor poder de controle sobre os negócios sociais e assumirão maiores riscos por causa disto.

168. A primeira alternativa é inconveniente para o faturizador, porque seu sócio puramente capitalista poderá imiscuir-se demasiadamente na administração dos negócios de faturização. A segunda alternativa é inconveniente para o sócio capitalista, que fica exposto a uma responsabilidade solidária por dívidas que o sócio gerente faturizador vier a contrair em nome da sociedade.

169. Pode-se concluir, então, que a sociedade em nome coletivo não é suficientemente segura como modelo societário a ser adotado por uma empresa de *factoring*.

(5º) Sociedade de Capital e Indústria

170. A sociedade de capital e indústria vinha regulada pelo art. 317 do Código Comercial nestes termos:

“Art. 317. Diz-se sociedade de capital e indústria aquela que se contrai entre pessoas, que entram por uma parte com os fundos necessários para uma negociação comercial em geral, ou para alguma operação mercantil em particular, e por outra parte com a indústria somente.

O sócio de indústria não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em operação alguma comercial estranha à sociedade; pena de ser privado dos lucros daquela e excluído desta.”

171. A simples leitura do texto do dispositivo legal referido já evidencia que a empresa de *factoring* não pode organizar-se por meio do modelo de sociedade de capital e indústria.

170. Se o faturizador tivesse todo o capital de que necessita para realizar os negócios de *factoring*, não precisaria de um sócio capitalista. Por outro lado, se a empresa de *factoring* precisar de um sócio capitalista e, para esse fim, constituir com tal capitalista uma sociedade de capital e indústria, o faturizador estaria legalmente proibido de contribuir com fundos para a realização dos negócios sociais dessa sociedade. Ora, se o faturizador captar recursos de um sócio capitalista e, então, aplicá-los nas operações de *factoring*, estará realizando atividade de intermediação de recursos financeiros de terceiro, já que a sociedade de capital e indústria não se confunde com a pessoa jurídica que reveste o faturizador.

171. Mas, mesmo que se admitisse que o objeto social da sociedade de capital e indústria é o mesmo objeto social da pessoa jurídica faturizadora, esta última estaria impedida de realizar qualquer outra atividade comercial, nos termos da segunda parte do art. 317 do Código Comercial. Essa restrição é incompatível com a amplitude de atuação e de oportunidades comerciais que se apresentam a uma empresa de *factoring*.

172. Não bastassem esses inconvenientes, nesse modelo societário os sócios capitalistas são solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais, ao passo que o sócio de indústria (que seria o faturizador) não responde com seu patrimônio pessoal pelas obrigações sociais, porque contribui apenas com seu trabalho para a consecução dos objetivos sociais (arts. 320 e 321 do Código Comercial). Esse regime jurídico é evidentemente desestimulante para o sócio capitalista.

173. Conclui-se, assim, que a sociedade de capital e indústria é inadequada aos negócios de *factoring* e oferece consideráveis riscos de que a atividade do faturizador venha a ser considerada ilícita e privativa de instituições financeiras.

(6º) Sociedade em conta de participação

174. O Código Civil/2002 previu a sociedade em conta de participação no art. 991.

175. O que caracteriza a sociedade em conta de participação é, em primeiro lugar, sua informalidade e, depois, sua tendência à transitoriedade relacionada a um empreendimento comercial específico. Não é preciso que essa sociedade seja constituída por escrito e sequer precisa ser registrada na Junta Comercial. Pode realizar um ou mais empreendimentos comerciais, porém, concluídos esses empreendimentos, a sociedade tende a dissolver-se.

176. Por outro lado, é interessante examinar o regime jurídico dessa sociedade em conta de participação. A lei estabelece que apenas o sócio ostensivo da sociedade se obriga em face de terceiros. Naturalmente, tendo em vista as peculiaridades da empresa de *factoring*, somente o faturizador pode ser o sócio ostensivo da sociedade em conta de participação. Os demais sócios, que são ocultos porque administram diretamente a sociedade, podem contribuir com trabalho, com conhecimento tecnológico, com capital e com qualquer outro recurso, financeiro ou não, necessário ao sucesso do empreendimento comum.

177. Esse modelo parece atender perfeitamente a necessidade do faturizador de associar-se a outros sujeitos que possam contribuir, com capital ou com outros recursos, para o desenvolvimento das atividades de faturização.

178. O sócio ostensivo pode, por exemplo, receber capital dos demais sócios e utilizá-lo para os fins sociais, lançando em título contábil específico, as entradas de capital e as saídas deste, de modo a sempre ter condições de prestar aos demais sócios informações muito precisas sobre o andamento dos negócios comuns.

179. No caso das empresas de *factoring*, essa sociedade não pode ser constituída de modo informal. É imprescindível que tal sociedade seja formalmente constituída e registrada na Junta Comercial. Todavia, há doutrinadores que entendem que esse tipo de sociedade nem mesmo pode ser registrado na Junta Comercial, opinião da qual discordamos. Para superar essa dúvida, parece-nos que a sociedade em conta de participação poderia adotar a forma de **consórcio**, prevista no art. 278 da lei das Sociedades Anônimas.

180. O consórcio de que trata o art. 278 da lei nº 6.404/76 é uma parceria comercial, formalizada em documento próprio e com os requisitos exigidos no art. 279 da mesma lei. Esse contrato de consórcio deve ser registrado na Junta Comercial para ter eficácia em face de terceiros.

181. Por meio do contrato de consórcio, define-se qual é o empreendimento consorcial, definem-se os direitos, obrigações e atribuições de cada consorciado, bem como os critérios de partilha dos resultados do negócio. Sobretudo, prevê a lei que cada consorciado responde pelas obrigações consorciais nos exatos limites definidos no contrato de consórcio.

182. Todas essas características tornam o modelo da sociedade em conta de participação, sob a forma consorcial, extremamente adequado às atividades e necessidades da empresa de faturização. Também nesse caso, como ocorre na

hipótese da sociedade em comandita simples, o aporte de capital para o faturizador decorre de uma relação societária legalmente prevista e, se adotada a forma consorcial, ostensiva. Daí porque este modelo societário é recomendado às empresas de faturização que queiram associar-se a outros sócios que contribuam com capital ou com qualquer outro recurso útil ao negócio de faturização.

CONCLUSÕES FINAIS

183. Neste parecer procurou-se demonstrar que a empresa de *factoring*, desde que atue nos limites legais apontados, não é instituição financeira, não desenvolve atividade privativa de instituição financeira e nem realiza negócio jurídico de financiamento.

184. Não se pode deixar de dizer, contudo, que já significativa literatura jurídica e muitos precedentes jurisprudenciais defendendo a concepção de que o *factoring* é **uma espécie de financiamento**, embora a empresa de *factoring* não seja uma instituição financeira. Há também alguns doutrinadores e julgadores que entendem que a empresa de *factoring* deve submeter-se ao regime jurídico das instituições financeiras. Neste estudo foram apresentados vários argumentos contra tais posicionamentos.

185. A conclusão final deste trabalho é a de que a empresa de *factoring* que atua nos limites legais delineados durante a exposição:

(a) não é uma instituição financeira e não desenvolve atividade privativa de instituição financeira, razão pela qual não está submetida ao regime jurídico que regula as atividades das instituições financeiras;

(b) realiza atividade tipicamente comercial, consistente não só na aquisição de créditos do faturizado, mas também – e principalmente – presta àquele faturizado importantíssimos serviços de seleção, análise, classificação e administração de carteiras de crédito, de modo que a atividade de faturização está disciplinada por regime jurídico de Direito comum, notadamente o do Direito Comercial e o do Direito Civil;

(c) não realiza nenhum tipo de financiamento, mas sim negócios jurídicos de cessão de crédito *pro soluto*, trocando bem presente (o preço da cessão) por outro bem presente (o bem jurídico móvel, imaterial, denominado “crédito”).

186. Para realizar suas atividades de modo lícito e regular, a empresa de *factoring* pode obter recursos financeiros:

(a) mediante aumento do seu capital social ou de seu próprio patrimônio, decorrente de incorporação de lucros, receitas ou investimentos dos seus sócios;

(b) mediante empréstimos que lhe sejam feitos por empresas ligadas, desde que estas, por seu turno, não tenham captado os recursos financeiros junto ao público em geral.

187. Em hipótese alguma a empresa de *factoring* poderá captar recursos financeiros junto ao público em geral, seja direta ou indiretamente, porque nesse caso poderia ficar caracterizada a atividade de intermediação financeira da poupança popular, que é atividade privativa das instituições financeiras.

188. Com o propósito de desenvolver suas operações normais, a empresa de *factoring* (que, no caso da consulente, já é uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada) pode adotar alguns modelos societários condizentes com suas necessidades, que são indicados a seguir pela ordem:

(1º) uma sociedade em conta de participação, porém sob a forma de consórcio prevista nos arts. 278 e 279 da lei nº 6.404/76; ou

(2º) uma sociedade em comandita simplesl.

189. Repita-se, por fim, que a adoção de qualquer desses modelos societários não poderá caracterizar-se como simulação com o fito de disfarçar contratos de mútuo com investidores em geral ou operações de recursos financeiros do público em geral. O aporte de capital para tais sociedades deve ocorrer realmente com base no vínculo societário formado entre os sócios.

190. É este o nosso parecer, s.m.j.

São Paulo, 05 de março de 2003.

Renato Seixas
OAB 87.209