

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

CARINA SARTORI

Da natureza jurídica do fomento comercial (*factoring*) ao controle do COAF

Orientador: Profº Dr. Rogério Alexandre de Oliveira Castro

Ribeirão Preto

2014

CARINA SARTORI

Da natureza jurídica do fomento comercial (*factoring*) ao controle do COAF

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São
Paulo como requisito parcial para obtenção
de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Dr. Rogério de
Alessandre de Oliveira Castro.

Ribeirão Preto

2014

Autorizo a reprodução e divulgação, total ou parcial, deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Sartori, Carina

Da natureza jurídica do fomento comercial (*factoring*) ao controle do COAF. Ribeirão Preto, 2014.

100 p.; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Castro, Rogério Alexandre de Oliveira

1. *Factoring*. 2. Atividade Financeira. 3. Fiscalização do COAF.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Carina Sartori

Título: Da natureza jurídica do fomento comercial (*Factoring*) ao controle do COAF

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Dr. Rogério de Alexandre de Oliveira Castro.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Rogério Alexandre de Oliveira Castro

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

Assinatura: _____

Professor Doutor _____

Assinatura: _____

Professor Doutor _____

Assinatura: _____

Dedico este trabalho à minha Família, por todo amor e compreensão de toda a vida.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Maria Inêz e Ulisses, pelo exemplo de perseverança, força e dedicação incansável à família, pelo carinho e amor de sempre, que se fizeram presentes durante a confecção deste trabalho e de toda a graduação.

À minha irmã Natália por ser a melhor companheira que a vida poderia me oferecer e pela compreensão e apoio dispensados durante estes anos de faculdade.

Aos professores da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP pela dedicação e qualidade no ensino jurídico oferecido aos alunos. Em especial, ao Prof^o Dr. Rogério Alexandre de Oliveira Castro, pela atenção, apoio e orientação na produção deste trabalho.

Aos amigos Brenner, Octávio, Ruth, Sara, Letícia, Raquel, Jéssica, Lilian, Ricardo, Raysa, Gabriel, Bruna, Paschoal e Guilherme pelos bons momentos juntos, pelo apoio durante a graduação e por torná-la mais leve e alegre.

RESUMO

SARTORI, Carina. **Da natureza jurídica do fomento comercial (*factoring*) ao controle do COAF**. 2014. 100 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, São Paulo, Ribeirão Preto, 2014.

RESUMO: O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo estudar os conceitos de *factoring* e de instituição financeira e o controle do COAF sobre as empresas de *factoring*. A natureza jurídica do *factoring* não é um consenso entre os juristas e não há lei que regulamente essa atividade. Embora as empresas de *factoring* não precisem de autorização do Banco Central do Brasil para funcionarem, questiona-se a possibilidade dessa atividade configurar atividade financeira, disciplinada em lei e controlada pelo Estado. Nesse contexto, discute-se também a natureza do controle exercido pelo COAF sobre as empresas de *factoring*, diante da possibilidade desse órgão estar condicionado ao setor financeiro. A pesquisa demonstrou que as operações de *factoring* têm natureza comercial, não financeira, portanto, não devem ser controladas pelo Estado, embora não haja irregularidade no controle exercido pelo COAF.

PALAVRAS-CHAVE: *Factoring*. Fomento Comercial. Atividade Financeira. Fiscalização. COAF.

ABSTRACT

SARTORI, Carina. **Da natureza jurídica do fomento comercial (*factoring*) ao controle do COAF**. 2014. 100 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, São Paulo, Ribeirão Preto, 2014.

The object of this essay is study the concepts of factoring and financial institution and study COAF's control on factoring companies. The legal nature of factoring is not a consensus among lawyers and there is no law regulating this activity. Although factoring companies do not need permission from Banco Central do Brasil to work, it discusses if this activity can configure a financial activity that is regulated by law and controlled by the state. In this context, we discuss the nature of the control exercised by COAF on factoring companies, faced with the possibility of that state agency being conditioned to the financial sector. This research showed that factoring operations have merchant, non-financial nature, therefore, should not be controlled by the state, although there is no irregularity in the control exercised by COAF.

KEYWORDS: Factoring. Merchant fomentation. Financial activity. Supervision. COAF.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	A ATIVIDADE DE FOMENTO MERCANTIL OU <i>FACTORING</i>	19
2.1.	Introdução	19
2.2.	Breve histórico e evolução da atividade	20
2.3.	Conceito de <i>factoring</i>	23
2.4.	Modalidades de <i>factoring</i>	26
2.5.	A importância do <i>factoring</i> para as pequenas e médias empresas	28
2.6.	Características contratuais	33
2.6.1.	Faturizador, faturizada e o devedor-cedido	33
2.6.2.	Classificação do contrato de <i>factoring</i>	36
2.7.	<i>Factoring</i> e a legislação brasileira	38
2.7.1.	Histórico legal do <i>factoring</i>	39
2.7.2.	Legislação base do <i>factoring</i>	41
2.8.	Natureza jurídica dos contratos de fomento mercantil	43
2.8.1.	Estudo comparado	43
2.8.2.	Natureza do <i>factoring</i> no Brasil	45
2.9.	A questão do direito de regresso	48
2.10.	Contratos semelhantes ao <i>factoring</i>	52
2.11.	Composição do capital do <i>factoring</i> – <i>funding</i>	53
3	A ATIVIDADE FINANCEIRA	55
3.1.	O Sistema Financeiro Nacional	55
3.1.1.	Os princípios que norteiam o Sistema Financeiro Nacional	56
3.1.1.1.	O princípio institucional das empresas financeiras	57
3.1.1.2.	O princípio da autoridade monetária única	58

3.1.1.3.	O princípio da segregação ou especialização	59
3.1.2.	A organização do Sistema Financeiro Nacional	60
3.1.3.	O Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional.....	61
3.2.	A Intermediação Financeira	63
3.3.	O conceito de Atividade Financeira	65
3.4.	As instituições financeiras por equiparação	73
3.5.	As operações de crédito, a atividade financeira e os contratos de <i>factoring</i>	74
4	A FISCALIZAÇÃO DO COAF	77
4.1.	A Lei nº 9.613/98 - Lavagem de capitais	77
4.1.1.	Terminologia, conceito e bens jurídicos tutelados.....	80
4.1.2.	O modelo trifásico: colocação, dissimulação e integração	81
4.1.3.	Pressuposto básico da lavagem de recursos	83
4.1.4.	Das pessoas sujeitas à lei.....	84
4.2.	A fiscalização do COAF sobre as operações de <i>factoring</i>	88
5	CONCLUSÃO FINAL	91
	REFERÊNCIAS	95

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata da controversa natureza jurídica dos contratos de fomento mercantil, ou *factoring*, e da atual fiscalização à qual essa atividade está submetida.

Primeiramente, o *factoring*, também conhecido por fomento comercial ou mercantil ou ainda por faturização¹, é atividade relativamente nova no Brasil, foi introduzido entre as décadas de 1970 e 1980, sendo que alguns autores tomam como marco da atividade a fundação da Associação Nacional de Fomento Comercial (ANFAC)², no ano de 1982.

O contrato de *factoring* figura entre os novos contratos que a prática comercial moderna exigiu em um contexto de evolução da economia, assim como os contratos de *leasing* e de franquia. Destacou-se no cenário econômico brasileiro principalmente porque atua na promoção das pequenas e médias empresas (PMEs), fornecendo o capital de giro necessário para a expansão dessas empresas. Grosso modo, essa operação ocorre por meio da venda de seu faturamento (BULGARELLI, 1999, p.541). E qual a importância dessa atividade na economia brasileira?

As operações de fomento mercantil são economicamente importantes, pois o perfil da empresa que procura os serviços de uma empresa de *factoring* é, em geral, de pequeno ou médio porte, as quais não têm acesso ao mercado tradicional de crédito, representados pelos bancos e outras instituições financeiras ou, mesmo com acesso ao crédito, enfrentam maiores dificuldades para acompanhar a burocracia bancária e/ou de negociar com os bancos por falta de conhecimentos técnicos. Dessa forma, o *factoring* aparece como solução para esse setor da economia.

¹Termo introduzido por Fábio Konder Comparato, em seu estudo intitulado “*Factoring*”, publicado na Revista de Direito Mercantil, nº6, Ano XI, de 1972. O termo não foi abraçado pela doutrina brasileira, que preferiu o termo *factoring* mesmo, mas será largamente utilizado neste trabalho, junto com os outros sinônimos desta atividade.

² A ANFAC - Associação Nacional de Fomento Comercial - é a principal entidade representativa do setor do fomento comercial brasileiro. Foi fundada em 1982, seu compromisso é fortalecer o sistema brasileiro de fomento comercial e suas relações com a sociedade, como também, contribuir para o desenvolvimento socioeconômico e sustentável do País. Texto com base na descrição fornecida pela *website* da instituição, endereço constante da lista de referências.

Por tratar-se de figura nova na economia do país, foi recebida com certa desconfiança, principalmente do setor financeiro, devido a sua semelhança com a atividade exercida privativamente pelas instituições financeiras a ponto de com elas ser confundido por alguns autores, como se verá adiante no transcorrer deste trabalho.

A falta de legislação específica a disciplinar essa atividade é outro fator que provoca a dúvida sobre sua natureza jurídica, assim, mesmo os mais renomados autores dividem-se quanto em considerar o *factoring* uma atividade comercial ou financeira.

Para Luiz Lemos Leite (1997, p. 35-37 e 48), presidente da Associação Nacional de Fomento Comercial (ANFAC), as empresas de *factorings* oferecem um conjunto de serviços complexos, não financeiros, pois compram créditos, sendo vedado a elas descontarem títulos e captar recursos junto ao público, atividade tipicamente bancárias, este último, indispensável para configurar atividade financeira. (LEMMI, 2005, p. 62 e 107).

De outro lado, alguns autores reconhecem na faturização uma operação semelhante à financeira. Comparato (1972, p. 65) afirma que, as operações de *factoring* que antecipem créditos, *conventional factoring*, configuram atividade privativa das instituições financeiras.

O fomento mercantil, até o momento, não pertence ao rol das atividades do Sistema Financeiro Nacional (SFN), resta-nos analisar se essa atividade adéqua-se ao conceito de atividade financeira trazido pela Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964, também chamada Lei da Reforma Bancária, que disciplina e cria o Sistema Financeiro Nacional.

Em breve análise é possível perceber que, quase cinquenta anos após a entrada em vigor da Lei 4.595/64, o conceito de instituição financeira ainda não é um acordo entre os juristas brasileiros, pois, a definição trazida pela referida lei é bastante ampla e confusa, o que tem gerado, até os dias atuais, diversas versões do que vem a ser atividade financeira, dificultando ainda mais a compreensão da natureza jurídica dos contratos de *factoring*.

As inadequações do conceito de instituição financeira fornecido pela lei são tantas que as hipóteses multiplicam-se e serão detalhadamente estudadas. A princípio, destaca-se que as imperfeições desse conceito, como se verá a frente, serão contornadas por meio da interpretação principiológica, buscando-se os objetivos que orientam a lei, para evitar-se a interpretação literal do art. 17 e 18 da lei, que leva a um resultado absurdo, segundo diversos

autores que se dedicaram ao estudo do conceito de atividade privativa de instituição financeira.

A busca por tal conceito é necessária porque dele depende a regulação e a fiscalização de autoridades do Sistema Financeiro Nacional (SFN), como o Banco Central do Brasil (BACEN) e o Conselho Monetário Nacional (CMN), e o próprio funcionamento das instituições financeiras, cujas atividades devem ser previamente autorizadas pelo BACEN, caso contrário estarão sujeitas a sanções previstas na lei. Para tanto, é imprescindível definir precisamente os contornos da atividade financeira, que está sob forte controle estatal e deve seguir as diretrizes da política monetária nacional de competência do CMN.

A falta de legislação específica e de uma melhor e mais nítida definição do que seja a atividade de fomento mercantil, permite que empresas mal intencionadas ou mal informadas, encobertas pela fachada da atividade comercial, não financeira, portanto, alheia à regulação que envolve o setor financeiro, atuem de forma ilícita, mascarando atividades como empréstimos a juros extorsivos (agiotagem), devido à confusão do objeto do *factoring*, que não contempla o empréstimo e a captação de recursos de terceiros, mas, sim, compra de créditos e prestação de serviços administrativos.

Essa pesquisa analisou a relação das sociedades de fomento mercantil com as instituições financeiras, por meio do estudo da sua natureza jurídica de origem mercantil e a semelhança que mantém com a atividade financeira, apesar de não fazerem parte do Sistema Financeiro Nacional, considerando que nos Estados Unidos e na Europa, as *factorings* são consideradas sociedades bancárias (MARTINS, 2010, p. 427), e possuem legislação própria.

Já no Brasil, não há legislação específica, mas, projetos e leis esparsas, além do entendimento doutrinário e jurisprudencial, configurando o *factoring* como atividade comercial. Ainda assim, para alguns resta a dúvida se as empresas de *factoring* precisam de prévia autorização do Banco Central para seu funcionamento, ou seja, se praticam atividade privativa de instituição financeira.

Outro ponto a ser tratado neste trabalho é a fiscalização exercida pelo Conselho de Controle das Atividades Financeiras (COAF). Esse órgão foi criado pelo Lei nº 9.613/98, também conhecida como Lei da Lavagem de Dinheiro, está vinculado ao Ministério da Fazenda, e tem a função de fiscalizar operações que ensejem o crime de lavagem de capitais.

A questão que se discute é se o COAF estaria condicionado à atividade financeira. Essa dúvida surgiu em função da definição trazida por tal lei, em seu art. 9º e incisos, que é bastante semelhante ao conceito de instituição financeira (art. 17 da Lei nº 4.595/64) e mesmo pela sua denominação, que traz expressamente controle de “atividades financeiras”. Contudo, a lei também traz um rol de pessoas sujeitas ao seu regime que inclui pessoas físicas e jurídicas de diversos setores da economia, sejam comerciais ou financeiros.

Dessa forma, refletindo-se a possibilidade do regime da lei de lavagem estar reservado à atividade financeira e a atentando-se à natureza controvertida das operações de *factoring*, poder-se-ia contestar a subordinação das empresas de *factoring* ao controle do COAF, assim sendo, passa-se ao estudo dessas questões.

A pesquisa inicia-se no capítulo 2 pelo estudo da atividade de fomento mercantil ou *factoring*, por meio do qual iremos colocar as origens históricas do instituto, os principais aspectos contratuais, a importância dessa atividade para as pequenas e médias empresas, as modalidades, a legislação aplicável, o conceito e a natureza jurídica segundo os estudiosos da área.

O capítulo 3 vai dedicar-se ao estudo da atividade financeira, passando pelo estudo do Sistema Financeiro Nacional e seus principais elementos, da intermediação financeira, do conceito de instituição financeira, das instituições financeiras por equiparação e por fim estudaremos as operações de crédito.

O capítulo 4 discorrerá sobre a fiscalização do COAF, por meio do estudo da Lei nº 9.613/98 (Da Lavagem de Dinheiro) e da fiscalização do COAF sobre as empresas de *factoring*, por meio da Resolução nº 21/2012.

2 A ATIVIDADE DE FOMENTO MERCANTIL OU *FACTORING*

2.1 Introdução

Como nos ensina Waldirio Bulgarelli (1999, p. 25), os contratos mercantis são o “núcleo básico da atividade empresarial”, uma vez que é por meio deles que o capital circula, através da compra e venda, de financiamentos, de transferências, dentre outras relações contratuais. Sendo assim, diante das transformações na Teoria Geral dos Contratos, a que o autor faz menção³, o contrato de *factoring* surge como uma das novas figuras contratuais ao lado dos contratos de leasing e de franquia, na prática comercial e como tal repercute na atividade comercial.

Atualmente, o *factoring* (internacional) representa uma parcela considerável do volume de negócios dos países, segundo a *Factors Chain International (FCI)*, a mais importante rede de empresas desse tipo no mundo, com sede em Amsterdam. Segundo ela, o volume mundial de transações ultrapassou a quantia de dois (2) trilhões de euros, nos anos de 2011 e 2012. E, no Brasil, as negociações de *factoring* (mercado interno) totalizaram um volume de mais de 43 bilhões de euros, no ano de 2012.

A tabela abaixo demonstra os volumes do *factoring* praticado no Brasil e nos Estados Unidos para ilustração do tema.

Tabela 1 – Números do *factoring*

³O autor explica sucintamente que a Teoria Geral dos Contratos sofreu transformações ao longo do tempo, adequando-se às novas demandas sócio-econômicas, necessárias ao equilíbrio da ordem e da paz social.

Nº de empresas de <i>Factoring</i>	País	Doméstico	Internacional	Total
1.127	Brasil	31,500 Bilhões de Euros	52 Milhões de Euros	31,552 Bilhões de Euros
110	Estados Unidos	71,739 Bilhões de Euros	12 Bilhões de Euros	83,739 Bilhões de Euros

Fonte: *Factors Chain International*(FCI, disponível em <http://www.fci.nl/about-fci/statistics/current-factoring-turnover-by-country>, acesso em 12 ago. 2014)

Tabela 1 – Os dados mostram os volumes das operações de *factoring* doméstico e internacional, no Brasil e nos Estados Unidos, referentes ao ano de 2013. O *website* da *Factors Chain International* fornece dados de diversos países.

As diferenças observadas nos valores entre os Estados Unidos e o Brasil podem ser explicadas em função de, naquele país, a operação de desconto bancário não ter prosperado, como destacou Newton de Lucca (1990, p.123) que relacionou “o extraordinário desenvolvimento da faturização à falta da operação de desconto”. Assim, o *factoring* ocupa um espaço proporcionalmente maior que o observado no Brasil, em que a operação de desconto bancário é bastante difundida na economia brasileira, distribuindo melhor as possibilidades para as empresas buscarem capital.

2.2 Breve histórico e evolução da atividade

Pode-se falar que o *factoring* tem sua origem marcada em dois momentos distintos, na Antiguidade grega e romana, com a atividade de comissários, que armazenavam e vendiam as mercadorias de comerciantes. Essa prática difundiu-se pela Idade Média, tendo maior desenvolvimento após os Grandes Descobrimentos nos países onde o comércio mais se desenvolveu, como Inglaterra, Holanda, Espanha, Portugal e França.

Porém, o *factoring* como é conhecido hoje foi desenvolvido nos Estados Unidos, onde os *factors* (agentes, comissários) transferiam o recebimento, a guarda e a venda das mercadorias para terceiros, reservando para si apenas a cobrança com a antecipação desses valores aos vendedores, mediante a dedução de uma comissão.

Assim, as sociedades de *factoring* se expandiram pelos Estados Unidos, onde não há a figura do desconto bancário, o que alavancou ainda mais essa expansão. Por isso, fala-se em *factoring* antigo e moderno (MARTINS, 2010, p.427). O *factoring* moderno prosperou, então, nos Estados Unidos durante os séculos XIX e XX, quando na Europa, se extinguiu. Foi reintroduzido na Inglaterra somente na década de 1960, espalhando-se a partir desse momento para o restante do continente. Comparato resumiu assim:

Sua origem remota se prende à atividade de certos comissários de comerciantes anglo-saxônicos, encarregados do armazenamento e da venda de mercadorias nos dois lados do Atlântico, e, que praticavam largamente o *star Del credere*. Mas em sua atual configuração, o *factoring* surge neste século, nos Estados Unidos da América, conhecendo desde logo apreciável desenvolvimento: (...). De lá expandiu-se ao Canadá, a todos os países da Europa Ocidental, aos países escandinavos, Austrália, África do Sul, México, Filipinas e Jamaica. (1972, p.60).

Já na opinião de Newton de Lucca (1990, p. 118 e 119), apesar da investigação histórica ser útil na compreensão da necessidade social de um novo instituto jurídico, ainda mais em se tratando do Direito Comercial, que é “um fenômeno histórico típico”, pois tem ligações com o surgimento da civilização burguesa e urbana, o estudo das mais longínquas origens da faturização não tem significado científico, pois as figuras que os demais autores trazem como antepassados do *factoring* “não guardam conexão com a atual instituição da faturização”, cuja origem pela doutrina dominante aponta à Inglaterra do Séc. XVIII, com a atividade das empresas têxteis inglesas.

Contudo o autor não descarta a possibilidade que ter acontecido com o *factoring* o fenômeno pelo qual se acrescenta novos elementos a velhos institutos para responder às novas exigências sociais, de modo a aproveitar-se a certeza e segurança do sistema jurídico consolidado.

Assim, Lucca admite que a atual faturização pode ter sua origem relacionada aos empresários têxteis ingleses do séc. XVIII, pois os *factors* eram encarregados da venda nas colônias das mercadorias produzidas na metrópole, e para tanto antecipavam valores referentes às mercadorias aos produtores ingleses e, portanto, assumiam o risco do negócio. Entretanto, faz a ressalva de que se tratava de compra de mercadoria, não propriamente de créditos como nos dias atuais. De qualquer forma, esse autor ressalta que a faturização nasceu como solução aos novos problemas surgidos, como a precariedade da comunicação, a grande distância entre produtores (Inglaterra) e compradores (colônias) e os riscos do próprio transporte. (LUCCA, 1990, p. 121).

Assim, entendeu o *factoring* desenvolvido no séc. XVIII na Inglaterra, mas não ignorou o seu desenvolvimento nos Estados Unidos no séc. XIX, que passou a dominar o setor produtivo e também o desenvolvimento da faturização até os dias atuais, por três principais motivos segundo Newton de Lucca: a) a necessidade do empresário em receber o subsídio de recursos correspondente ao que havia produzido e vendido aos seus clientes, b) a ausência do desconto bancário nos Estados Unidos, que apesar de ser instituto diferente do *factoring*, desempenha a mesma função, a de fornecer capital de giro para as pequenas e médias empresas e c) ao risco do inadimplemento. (1990, p. 122-123).

Atualmente, as empresas de *factoring* representam uma parcela considerável do volume de transações mundial, segundo a *Factors Chain International (FCI)*, o volume total de transações mundiais de *factoring*, foi de mais de 2 trilhões de Euros em 2013 (*FCI*, 2013).

Os dados fornecidos pela *FCI* atestam que o fomento mercantil tornou-se uma atividade difundida mundialmente, como opção de crescimento para PMEs, apesar de não regulamentada em alguns países como se verá adiante. Os volumes são significativos: Estados Unidos – 83,739 bilhões de Euros; França – 200,459 bilhões de Euros; Alemanha - 171,290 bilhões de Euros; Brasil – 31,552 bilhões de Euros (*FCI*, 2013).

2.3 Conceito de *factoring*

O conceito de *factoring* não é um consenso entre os juristas, alternam-se, em considerável frequência, não só quanto à natureza jurídica em si, mas, também quanto aos termos usados para defini-lo, o que vem aprofundar ainda mais a confusão encontrada na matéria. Para melhor compreensão dessas divergências passamos à análise de alguns dos mais frequentes conceitos de *factoring*.

Em seu livro sobre os variados tipos de Contratos e Obrigações Comerciais, Fran Martins (2010, p.425), definiu o contrato de faturização como sendo a cessão dos créditos oriundos das vendas a prazo de um médio ou pequeno empresário (faturizado) a um outro empresário (faturizador ou *factor*), mediante o pagamento de uma remuneração. O autor lembra que este contrato, utilizado em larga escala, ainda não está regulado em lei⁴.

Nesse sentido, também defendeu Wilson do Egito Coelho (1984, p.76 e ss), para quem o *factoring* se configura pela cessão total ou parcial de créditos resultantes das vendas a prazo das empresas clientes e prestação de serviços correlatos.

Já Fábio Konder Comparato, em seu artigo “*Factoring*” in Revista de Direito Mercantil, (1972, p. 59), definiu que a operação de *factoring* “Trata-se, fundamentalmente, da venda do faturamento de uma empresa”.

Entretanto, diversos autores afirmam que tal atividade não se exaure com a venda do faturamento do pequeno e médio empresário, mas que as sociedades de *factoring* atuam, contínua e cumulativamente, na prestação de serviços de assessoria creditícia, mercadológica e contábil, em garantia contra os riscos de inadimplemento. (CASTRO, 2004, p. 34; SOARES, 2010, p. 39; LEITE, 1997, p. 48).

Comparato (1972, p.61) defendeu ainda o tríplice objeto dos contratos de *factoring*: a) a garantia, b) a gestão de negócios e c) o financiamento. Isso garante muitas vantagens para as faturizadas, tais como: a) a obtenção de capital de giro, para alavancar sua atividade comercial, b) a avaliação de fornecedores e de clientes, c) a análise das contas em geral, e

⁴O estudo sobre as normativas que trataram do tema será feito mais adiante no trabalho.

outros serviços, que conjugados potencializam a capacidade da faturizada de se expandir, lembrando que pequenos e médios empresários têm a desvantagem de não possuírem recursos patrimoniais consolidados para o incremento da sua produção ou de seus serviços, e que os critérios para que os bancos concedam financiamentos são a própria faturizada, seus recursos patrimoniais e sua liquidez, o que limita o acesso dessas empresas ao crédito bancário, fazendo com que fiquem à margem das atuais facilidades de crédito ou que se submetam a formas ilegais de financiamento, como a agiotagem.

É por isso que se pode falar em parceria entre a empresa de fomento mercantil e seu cliente, pois alia a atividade produtiva ou de prestação de serviços da PME com o conhecimento de mercado e a disponibilidade imediata de recursos do *factor*. Nesse sentido, Guilherme J. Falcão⁵ (2001, p.04) escreveu:

O factoring é uma atividade complexa, cujo fundamento é a prestação de serviços, ampla e abrangente, que pressupõe sólidos conhecimentos de mercado, de gerência financeira, de matemática financeira, de estratégia operacional e de contabilidade, para exercer suas funções de parceiros dos clientes.

Nas palavras de Carlos Alberto Bittar (2008, p. 177):

Factoring ou faturização é, pois, o ajuste por meio do qual um comerciante cede a outrem os créditos correspondentes às suas atividades total ou parcialmente, recebendo, em contrapartida, remuneração consistente em desconto sobre os respectivos valores, com os juros respectivos. Representa, no fundo, verdadeira alienação ou venda de faturamento. (...). Traduz-se, pois, o ajuste em cessão onerosa de crédito, figurando a cessionária como financiadora da cedente, em cujos direitos se sub-roga, em relação aos respectivos clientes, quanto aos títulos de crédito existentes.

E Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 163) definiu o Fomento Mercantil assim:

⁵O autor, Guilherme Jurema Falcão, é Consultor Legislativo da Área de Direito Comercial, Finanças e Direito do Consumidor desde janeiro de 1995 (CÂMARA, acesso em 2014).

O fomento mercantil (*factoring*) é contrato pelo qual um empresário (faturizador) presta a outro (faturizado) serviços de administração do crédito concedido e garante o pagamento das faturas emitidas (*maturity factoring*). É comum, também, o contrato abranger a antecipação do crédito, numa operação de financiamento (*conventional factoring*).

Na versão de Luiz Lemos Leite (1997, p. 45):

(...) o *factoring* compreende uma relação complexa, de múltiplas funções. Só se opera o *factoring* se ocorrer a combinação de funções e serviços executados de forma *cumulativa* e *contínua*, que pode ter por consequência a compra de bens ou serviços produzidos por uma empresa comercial ou industrial, representados pelos direitos creditórios decorrentes de suas vendas mercantis a prazo. Este encadeamento é essencial.

Para Antônio Carlos Donini (2012, p. 641), as operações de *factoring* se caracterizam pela compra de recebíveis, representados por títulos de crédito oriundos de operações mercantis. Para esse autor, a prestação de serviços pode aparecer ou não, sem que isso descaracterize a atividade.

Apesar da atividade de fomento mercantil não ser regulamentada, foi conceituada também na Lei n.9249 de 1995 (Lei do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas), de acordo com seu art. 15, §1º, inciso III, alínea “d”, segundo o qual o *factoring* consiste na prestação de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, na gestão de crédito, na seleção de riscos, na administração de contas a pagar e a receber, e na compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços, de forma cumulativa e contínua.

Pelo exposto, percebe-se que os diferentes conceitos variam basicamente entre considerar o contrato de *factoring* como uma cessão de créditos onerosa ou venda de faturamento, ou ainda, a combinação de um ou ambos com a prestação de serviços de gestão financeira e empresarial. Há ainda autores em que predomina o conceito de contrato de prestação de serviços, combinada com a cessão de créditos.

Assim, o contrato de fomento comercial se perfaz com a cessão dos direitos que o faturizado (cliente do *factor*, cedente) tem contra terceiros (clientes do faturizado, devedores-cedidos) e com a prestação de serviços, que consiste na cobrança, administração e seleção desses créditos. A cessão de direitos ocorre pela transferência dos títulos de créditos da faturizada para a faturizadora (*factor*, cessionária), este último passa a ter o direito de cobrar esses créditos, assumindo o risco de inadimplemento dos devedores, que devem ser notificados da cessão.

2.4 Modalidades de *factoring*

Este estudo mostrou que, assim como assinalou Newton de Lucca (1990, p. 126), não há uniformidade na doutrina sobre as diferentes modalidades de *factoring*, contudo, foi possível apreender que, esta pode ocorrer interna (*factoring* doméstico⁶) ou externamente (*factoring* internacional), e apresenta cinco (5) principais modalidades: a) convencional ou tradicional *factoring*, b) *maturity factoring* ou *factoring* no vencimento, c) *trustee factoring*, d) *import-export factoring* ou *factoring* externo ou ainda *factoring* internacional, e, por fim, e) compra de matéria-prima.

A modalidade **Factoring Convencional** é a mais comum no Brasil, essa operação se perfaz através da cessão onerosa e, portanto, *pro-soluto*⁷, dos direitos creditícios, oriundos das vendas a prazo da empresa faturizada para a empresa faturizadora, que, dessa forma assume integralmente o risco do inadimplemento de tais créditos. Assim como defende Rogério Castro (2004, p. 34), a princípio, a sociedade de fomento mercantil não tem direito de regresso contra a cedente diante do não pagamento das dívidas. Essa operação traz alguma semelhança com o financiamento bancário, pois se destina ao mesmo fim, a alavancagem da

⁶A terminologia *factoring doméstico* referindo-se ao *factoring* realizado internamente por um país é utilizada pela *Factors Chain International*.

⁷A regra dos arts. 295 do Código Civil de 2002, deixa claro que, na cessão onerosa, o cedente responde apenas pela existência dos créditos (cessão *pro-soluto*), exceto estipulação em contrário (a responsabilidade pela solvência do devedor deve vir expressa, art. 296 – cessão *pro-solvendo*). Veja-se:

“**Art. 295.** Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.

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

produção da faturizada. A remuneração da empresa de fomento mercantil ocorre pela dedução da comissão, ou fator (CASTRO, 2004, p.34).

O *maturity factoring* é aquele em que os créditos são disponibilizados ao *factor* pela faturizada, mas a sua liquidação ocorre somente na data do vencimento do título cedido, apenas se houver o pagamento por parte do devedor. Nesse caso, não há a assunção do risco de inadimplemento da dívida, característica essencial da operação de *factoring*, que se processa, lembrando, pela cessão *pro-soluto* de direitos creditícios. Nesse sentido, Rogério Castro defendeu que essa modalidade de *factoring*, na verdade, trata-se de uma simples cobrança:

Enfim, a sociedade de fomento mercantil não assume riscos. Contudo, por ser um *factoring* condicional, isto é, vinculado à liquidação do título pelo devedor, entendemos que esta modalidade fuja à verdadeira concepção do instituto, não passando, ao nosso ver, de uma simples cobrança. (2004, p. 35)

O *trustee factoring* é a modalidade que mais se aproxima do conceito de *factoring* com maior aceitação dos doutrinadores, o qual entende o *factoring* como um contrato misto que envolve a cessão dos créditos e a prestação de serviços. Neste sentido, a relação que se dá no *trustee factoring* é uma parceria entre a empresa-cliente e a empresa de fomento comercial, em que esta última, além de comprar os créditos, passa a administrar as contas e a prestar assessoria mercadológica, por meio da seleção de compradores e de riscos. Nessa modalidade em que propriamente tem-se a promoção das atividades da empresa-cliente do *factoring*.

Ao nosso ver, esta modalidade abrange com propriedade ainda maior o instituto do fomento mercantil, pois busca algo mais para o desenvolvimento da atividade econômica. (CASTRO, 2004, p. 35).

O *factoring internacional* compreende as modalidades *import-export factoring*, em que ocorre a transferência de créditos procedentes das negociações internacionais. A operação é a mesma do *factoring* doméstico, a empresa de *factoring* assume o risco do inadimplemento, o diferencial mesmo é o valor da comissão cobrada no *factoring* internacional, que em função

da sua maior complexidade é maior que o valor cobrado internamente. (CASTRO, 2004, p. 36).

A modalidade para **compra de matéria-prima** é aquela em que a empresa de fomento mercantil faz a intermediação entre a empresa-cliente e seus fornecedores, buscando melhores preços à primeira (DINIZ, 2006, p. 86) e a garantia do pagamento ao segundo. Nessa operação, a faturizada passa a descrição da matéria-prima de que necessita e as informações sobre seu fornecedor para que o *factor* negocie essa compra, responsabilizando-se pelo pagamento à vista do fornecedor. (CASTRO, 2004, p. 36).

Essas são as principais espécies de contratos de *factoring* encontrados na doutrina brasileira, contudo, como explicou Arnaldo Rizzardo (2008, p. 1388), são variações de um mesmo elemento, qual seja a negociação de créditos das empresas-cliente, são expressões da “administração do crédito de uma empresa”, pela qual há o fornecimento de informações sobre o mercado, a seleção e indicação de clientes e a gerência das contas a pagar e a receber.

2.5 A importância do *factoring* para as pequenas e médias empresas

Há, segundo Comparato (1972, p. 59), a necessidade de proteção e reforço constantes do capital de giro, tanto para as grandes, quanto para as PMEs, devido ao fato da sua sobrevivência estar condicionada à sua capacidade de expansão, não bastando a simples manutenção dos volumes de negócios, e a expansão é ainda mais relevante para as PMEs, bem como a proteção contra o inadimplemento, segundo o autor. Ele explica que o reforço ou acréscimo do capital de giro é função do ativo realizável, em especial dos créditos contra terceiros.

A respeito da vantagem da faturização para a pequena e média empresa, Fran Martins (2010, p. 432) escreveu: “A utilidade da faturização destaca-se porque ela é destinada, principalmente, às pequenas e médias empresas, em que as dificuldades de capital de giro muitas vezes são prementes.” E ainda afirmou que, se aplicada com critério, a faturização pode representar um remédio eficiente para a pequena e média empresa, no suprimento de capital de giro para a expansão dessas empresas, geralmente, em processo de formação.

É nesses dois campos em que o *factoring* atua:

Na **mobilização financeira**, por meio da transformação das vendas a prazo em vendas à vista (FALCÃO, 2001, p. 04), quando o *factor* compra de forma definitiva os créditos da PME, sem o direito de regresso⁸, retirando da empresa faturizada o risco do inadimplemento, que passa a ser da empresa de *factoring*, sendo este um dos riscos do negócio assumidos por quem se propõe a desenvolver esse tipo de atividade empresarial.

E na **prestação de serviços** administrativos, pois a operação de *factoring*, além de capitalizar a PME e transferir o risco direto do inadimplemento, promove a gestão financeira e mercadológica da PME.

Nesse sentido, Fran Martins (2010, p. 432) afirmou que o *factoring* engloba uma técnica de gestão financeira e uma técnica de gestão empresarial. O autor explica que a gestão financeira consiste no financiamento da empresa faturizada, de modo que a empresa de *factoring* adquire da empresa faturizada seus créditos, mediante um pagamento e assumindo o risco da cobrança e do inadimplemento do devedor. Quanto à técnica de gestão empresarial, o autor explica que a faturizadora interfere nas operações da faturizada, promovendo a seleção dos seus clientes, o fornecimento de informações sobre o comércio em geral, de modo que o vendedor (faturizado) tenha reduzido seus encargos.

Sobre a mobilização financeira, Marcelo Negri Soares (2010, p. 33) escreveu o seguinte:

Nessa modalidade, com a faturização, as empresas mobilizam seus créditos, cedendo-os a uma empresa de *factoring*, por via obrigacional comum, e obtendo, não raro, capital de giro necessário, mediante determinada remuneração sobre o valor do crédito.

Agora sobre a transferência dos riscos, Bittar (2008, p.178.) salienta a necessidade de haver comunicação aos devedores da empresa cliente do *factoring* sobre a cessão dos créditos:

⁸A questão do direito de regresso é bastante discutida na doutrina e divide os autores entre os que defendem existir tal direito e os que defendem o contrário. Seguimos na linha defendida pela maioria dos autores, no sentido de considerar, como um diferencial da atividade do *factoring*, a inexistência do direito de regresso do *factor* contra a faturizada, diante do inadimplemento de terceiro (devedores da faturizada).

Nesse contrato interempresarial ocorre, portanto, a transferência de créditos do negociante comum à empresa de *factoring*, que fica com os direitos e as ações cabíveis contra os devedores (clientes dos faturizados), aos quais precisa comunicar a operação, para o oportuno pagamento. Com essa triangulação, a empresa *factor* torna certo o valor faturado para os negociantes, assumindo os riscos correspondentes, para depois cobrar os respectivos valores aos devedores originários.

Outra vantagem da faturização, para a PME, lembrou Comparato (1972, p.62), é o que o autor chamou de financiamento⁹, como sendo o adiantamento de recursos, a juros para um investimento específico, realizados de maneira diversa e mais simplificada que aquela versão de financiamento convencional oferecida pelas instituições financeiras, pois, tal financiamento “é concedido em função do financiado, dos seus recursos patrimoniais, do seu índice de liquidez”, e como as PMEs estão muitas vezes em processo de consolidação, da sua estrutura, da aceitação e competitividade no mercado, e, em especial do seu patrimônio, elas, “muito embora apresentem boa capacidade de expansão, dispõem de um financiamento forçosamente limitado às suas próprias dimensões”.

Ou seja, não possuem as mesmas condições de barganha com os bancos que uma grande empresa apresenta, já consolidada. Isso não ocorre quando a PME procura os serviços do *factoring*, que não analisa a empresa a ser faturizada (como fazem os bancos), mas, sim, os seus devedores, podem, dessa forma, obter maiores vantagens no relacionamento com o *factor* “se a sua clientela é de primeira ordem”.

Sobre o acesso aos bancos, Lucca (1990, p. 125) destacou o que os bancos levam em consideração quando da concessão de créditos: a) a reciprocidade que o cliente pode oferecer, b) sua situação econômico-financeira e c) o risco inerente à operação. Destacou que os empresários que mais necessitam de crédito são aqueles que menos têm condições de

⁹Comparato, como fora dito, apresenta três objetos da operação de *factoring*, a garantia, a gestão de créditos e o financiamento. Quando fala em financiamento, o renomado autor equipara a atividade do *factor* à dos bancos e outras instituições financeiras, considerando que o faturização financia, a juros, a produtividade da PME, posicionamento do qual discordamos, por defender que tal operação não constituiu um financiamento, mas, sim, a compra dos direitos relativos aos títulos de crédito (usualmente duplicatas) gerados das vendas a prazo da PME, promovendo a cessão dos créditos e permite que tenha recursos a sua disposição, sem que a PME precise esperar o decurso do prazo para receber o pagamento de seus créditos, por parte dos seus devedores, correndo ainda o risco da inadimplência destes.

reciprocidade, econômico-financeira e de garantias para oferecer e os que mais sofrem as conseqüências da inadimplência.

No mesmo sentido, Rogério Castro (2004, p. 39) destacou a dificuldade de acesso das PMEs ao crédito bancário:

Importante ainda destacar que o *factoring* é utilizado principalmente pelas pequenas e médias empresas, as quais encontram sérias e freqüentes dificuldades em conseguir capital de giro junto às instituições financeiras, em face de sua reduzida capacidade cadastral (faturamento reduzido, falta de reciprocidade com o banco, etc.).

Mais que disponibilizar o capital de giro necessário ao pequeno e médio empresário, a operação de *factoring* realiza, conforme defendido por Castro (2004, p. 38 e 77), a gestão comercial da empresa faturizada, executando a seleção de clientes e fornecedores e o exame da situação creditícia destes, análise de mercado, o controle de contas a pagar e a receber, conferindo àquele “maior liberdade para concentrar suas energias e preocupações no setor de produção”, este é outro ponto de divergência entre a atividade do *factor* e a atividade dos bancos.

Assim, como já mencionado que as *factorings*, quando da contratação com um pequeno ou médio empresário, fazem o exame dos seus devedores, ou seja, do “crédito que está sendo negociado, isto é, sua natureza, a sua origem” (CASTRO, 2004, p.76), e, não, da dimensão do patrimônio como fazem os bancos, e que a operação de faturização compreende a gestão dos créditos, enfatizando, neste momento, a seleção da clientela, compreende-se a ligação que há entre faturizada e a sociedade de *factoring*, pois, esta atua de modo a fornecer seu conhecimento do mercado àquela, de modo que, se os devedores daquela forem bons pagadores, melhoram suas condições de negociação com a *factoring*, que por sua vez, possibilita o incremento da sua produção e de seus lucros, por essa característica o *factoring* é também chamado de fomento mercantil ou comercial (CASTRO, 2004, p 77).

Comparato (1972, p. 62) citou em seu estudo os tipos de empresas para as quais o *factoring* foi recomendado pela Câmara Nacional dos Conselheiros Financeiros, na França, em 1966, a saber:

1) empresas cuja situação financeira é gravada por elevada por elevado montante de créditos não mobilizáveis junto ao sistema bancário ; 2) empresas de constituição recente ; 3) empresas de clientela dispersa, continuamente renovada e pouco conhecida pela empresário (é o caso, por exemplo, das empresas de exportação, devendo-se frisar que o *factor* dispõe geralmente de melhores informações comerciais sobre o conjunto do mercado estrangeiro do que a empresa faturizada) ; 4) empresas em fase de expansão, e que não dispõem da necessária liquidez para fazer face à demanda crescente ; 5) empresas que trabalham com elevadas margens de lucro unitário (indústrias de produtos de luxo, ou de aparelhos de precisão, por exemplo) ; 6) empresas de atividade sazonal.

Ainda sobre a ligação entre a empresa de *factoring* e a sua cliente faturizada, Luiz Lemos Leite (1995 *apud* CASTRO, 2004, p. 39) defendeu que a operação de *factoring* não comporta apenas o provimento de capital à faturizada, mas, também e tão importante quanto, comporta apoio técnico, administrativo e gerencial.

consiste em dar apoio técnico, administrativo e gerencial aos clientes. Assim, o fornecimento de recursos não deve ser entendido como parte preponderante das atividades de “*factoring*”, mas, como consequência de uma compra bem feita, de uma produção adequada, que permite vendas competitivas para a alavancagem da empresa-cliente. Consequentemente, “*factoring*” e cliente estarão crescendo juntos, dentro do sentido de parceria.

Segundo Leite (1997, p. 48 e 49), a prestação de serviços compreende: acessória creditícia, mercadológica (busca por novos clientes, produtos e mercados), avaliação de riscos, seleção de créditos, gestão de créditos, acompanhamento de contas a pagar e a receber, orientação na administração do fluxo de caixa, na compra de matéria-prima, organização contábil, e outros serviços.

Por meio desses serviços o fomento mercantil incrementa as atividades da empresa-cliente, aumentando suas vendas, expandindo seus ativos, aumentando a produtividade porque elimina o endividamento e reduz os seus custos, e por fim, transformando as vendas a prazo em vendas à vista, assim a empresa passa a ter caixa, sem endividar-se.

A tabela abaixo mostra os setores que mais se utilizam das operações de fomento mercantil, segundo a ANFAC:

Tabela 2 – Direcionamento das operações de *factoring*

Segmento Econômico	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Metalurgia	25,00%	25,75%	26,00%	26,50%	25,50%	26,00%	25,00%	26,75%	26,50%
Outras Indústrias	31,00%	20,00%	19,50%	18,50%	19,50%	20,50%	20,00%	19,50%	19,25%
Têxtil e Confecção	8,00%	10,75%	10,50%	9,00%	8,00%	7,50%	9,05%	8,75%	8,50%
Química	4,00%	4,75%	5,00%	5,25%	6,00%	5,50%	4,50%	4,75%	4,25%
Gráfica	3,50%	4,00%	3,50%	3,75%	4,00%	3,00%	3,50%	2,75%	3,00%
Transportes	1,00%	1,75%	1,50%	1,25%	1,50%	1,75%	1,70%	1,50%	1,75%
Sucro-Alcooleiro	1,50%	2,50%	3,50%	4,75%	4,50%	4,75%	4,00%	5,00%	5,25%
Prestação de Serviços	11,00%	14,00%	13,50%	13,75%	14,00%	13,75%	13,50%	12,75%	13,00%
Empresas Comerciais	15,00%	16,50%	17,00%	17,25%	17,00%	17,25%	18,75%	18,25%	18,50%

*Outras Indústrias (alimentícia, bebidas, ceramista, couro - calçadista, eletroeletrônica, moveleira).

Fonte: Associação Nacional de Fomento Comercial (ANFAC, disponível em <http://www.anfac.com.br/v3/factoring-estatistica.jsp#factoring>, acesso em 12 ago. 2014).

Tabela 2 – Distribuição das operações de *factoring* por setor da economia.

2.6 Características contratuais

2.6.1 Faturizador, faturizada e o devedor-cedido

O *factor* terá direito de ação contra a faturizada apenas quando houver vício nos créditos cedidos, de modo a invalidá-los, como no caso em que a faturizada emite duplicatas frias. Assim, limita-se a responsabilidade da cedente à existência dos créditos no momento da cessão, pois o *factor* assume o risco do inadimplemento¹⁰. Assim, defendeu Fran Martins (2010, p. 436):

O faturizado faz ao faturizador uma *cessão de créditos*, a título oneroso, trazendo esse ato todas as suas consequências: notificação ao comprador da cessão, para que ele pague o seu débito ao faturizador; direito de agir o faturizador em nome próprio, na cobrança das dívidas etc. Pela cessão o cedente se responsabiliza pela *existência* da dívida no momento da cessão (Código Civil, art. 295); como o faturizador, com a cessão, assume o risco sobre o recebimento, certamente só terá direito de ação contra o faturizado se a dívida cedida estiver evitada de vício que a invalide, como, por exemplo, se não se referir a fatura a uma venda efetiva.

Uma vez notificado¹¹ o terceiro-devedor, o faturizador sub-roga-se nos direitos de cobrança da dívida, passando a ser o credor, assim, chegando o vencimento e diante do não pagamento, o faturizador tem direito à ação contra o devedor. No caso de tratar-se o devedor de um empresário que entra em falência, recuperação ou insolvência, o credor deve “habilitar-se nos processos respectivos para a defesa de seus direitos”. (MARTINS, 2010, p. 436). Em não se constatando a notificação do devedor, este ainda deve o pagamento ao faturizado, seu credor primeiro.

Celebrado o contrato, o faturizador deve pagar os valores relativos aos títulos cedidos e assumir o risco do inadimplemento. Quanto aos seus direitos, poderá não aprovar, na totalidade ou em parte, as contas remetidas a ela, poderá efetuar a cobrança das faturas pagas, deduzindo desse valor a sua remuneração e, ainda, poderá analisar os livros e papéis da empresa faturizada, relativos às suas transações com clientes. (MARTINS, 2010, p. 436).

¹⁰ A questão do Direito de Regresso será discutida à frente neste trabalho, mas adianta-se que, em princípio, e como característica essencial do *factoring*, não há direito à ação contra a faturizada diante do inadimplemento dos devedores dos créditos em questão, visto que trata-se de risco assumido pela empresa de fomento mercantil e um dos aspectos que a diferencia da atividade financeira.

¹¹ Segundo o Código Civil - “Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas **por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.**” (grifo nosso).

A responsabilidade principal da PME nessa transferência é garantir que os títulos de crédito vendidos à *factoring* existam, de forma lícita e regular (COMPARATO, 1972, p. 60). É possível observar essa regra também no art. 295 do Código Civil de 2002, que trata da responsabilidade do cedente pela existência dos créditos cedidos, assim:

Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.

O faturizador tem basicamente duas obrigações para com o faturizador, quais sejam o pagamento da comissão e a entrega das contas dos clientes. A comissão tem seu valor vinculado ao montante de créditos faturizados, a porcentagem e as regras da cobrança estão estipuladas no contrato. Devem ser submetidas todas as contas dos clientes da faturizada, para que o faturizador aprove-as, não apenas algumas, para evitar que a faturizada disponibilize apenas as contas ruins, que têm menos chances de adimplemento, para que o faturizador não perca seu capital, assumindo a responsabilidade por contas que não serão adimplidas.

A faturizada deve ainda prestar toda a assistência e informação de que *necessite* o faturizador sobre as dívidas assumidas e seus respectivos devedores. Assim, também deve-se proceder o faturizador, prestando toda informação e assistência de que *necessite* a faturizada, que tem o direito de receber o pagamento das faturas, como contratado, “para que as relações entre ambos se processem harmonicamente” (MARTINS, 2010, p. 437).

Quanto ao terceiro-devedor das dívidas, ele não participa do contrato de faturização, apenas do contrato de compra e venda por meio do qual vinculou-se à faturizada, com quem tem direitos e obrigações.

Para haver faturização, essa compra e venda deve ser a prazo, de modo que o devedor tem o dever de efetuar o pagamento no termo acordado, quando ocorre a faturização, há a transferência do crédito, então o devedor, devidamente notificado, passa a dever o pagamento ao faturizador.

Assim, esclareceu Fran Martins (2010, p. 437): “Só será o devedor obrigado a pagar ao cessionário ocorrendo essa notificação”, e ainda que, será válido o pagamento ao credor primeiro antes da notificação, por força do art. 292 do Código Civil de 2002.

Art. 292. Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título de cessão, o da obrigação cedida; quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação.

Importante salientar nesse ponto que a jurisprudência já consolidou o entendimento de que a cedente não responde pelo inadimplemento do devedor dos créditos, mas isso “não afasta a responsabilidade da cedente em relação à existência do crédito, pois tal garantia é própria da cessão de crédito comum - pro soluto” (Recurso Especial Nº 1.289.995 - PE (2010/0213969-0))¹².

2.6.2 Classificação do contrato de *factoring*

Segundo Bulgarelli (1999, p. 546), o contrato de *factoring* é “*bilateral, consensual, comutativo, oneroso, de execução continuada, intuito personae, interempresarial e atípico*”.

Bilateral: uma vez que estabelece obrigações para ambos os contratantes, assim, o faturizador deve adquirir os créditos da faturizada, efetuando seu seu pagamento, e prestar os serviços constantes do contrato, como a gestão financeira e empresarial; e a faturizada deve ceder seus créditos ao *factor*;

Consensual: porque se aperfeiçoa pelo acordo (simples manifestação de vontade) entre o faturizador e a empresa faturizada;

¹²Esse acórdão será discutido na seção sobre o Direito de Regresso (item 2.9.).

Comutativo: pois as prestações são de antemão conhecidas, como explica Caio Mario da Silva Pereira (2013, p. 61), não há necessidade de que as prestações sejam iguais, mas devem guardar certa equivalência de valores. Assim, como defendeu Rogério Castro (2009, p. 114), muito embora exista o risco do inadimplemento, isso não é suficiente para classificá-lo como aleatório¹³ (dependente de fato futuro e imprevisível), pois esse risco é conhecido e assumido pela empresa de *factoring* no momento em que celebra o contrato, o que permite que seja calculado e cobrado da faturizada “um valor para cobrir possíveis perdas”;

Oneroso: pois tanto faturizador como faturizado obtêm vantagens e suportam encargos em função da faturização;

De execução continuada: pois a execução do contrato de *factoring* não ocorre em um momento específico, cujas obrigações de ambas as partes persistem até o decurso do prazo (determinado ou indeterminado) estipulado para duração do contrato, dessa forma, o *factor* se obriga a adquirir os créditos da faturizada por cesto tempo e a faturizada se obriga a cedê-los, até o fim da relação contratual;

Intuitu personae: visto que, como esclareceu Rogério Castro (2009, p. 116), é analisada a qualidade das partes no momento da celebração do contrato, assim, contam a capacidade financeira e econômica e a reputação das empresas para que as partes se escolham para para o acordo. A faturizada deposita sua confiança na faturizadora para a expansão do seu negócio; Orlando Gomes (2008, p. 98) aponta a necessidade da relação de causalidade para realização desse tipo de contrato (“havendo *semper* uma relação de causalidade”).

Interempresarial: porque é celebrado entre dois empresários;

Atípico-misto: atípico porque falta regulamentação específica, não há lei que discipline o contrato de *factoring*; e misto porque abarca elementos de contratos típicos (CASTRO, 2009, p. 115) como prestação de serviços, cessão de direitos;

De Exclusividade: uma vez que não é permitido à empresa faturizada manter contrato de *factoring* com outro faturizador (MARTINS, 2010, p. 434);

¹³ Para Caio Mario, o contrato aleatório é aquele em que uma das partes não conhece precisamente sua prestação, de modo que não é possível fazer uma estimativa prévia, e não há uma relativa equivalência entre as prestações. Para o autor, é da essência do contrato aleatório o risco, no contrato de *factoring*, se retirado o risco ele subsiste.

De Adesão: assim, são classificados porque seu conteúdo é, em partes, pré-constituído por uma das partes (GOMES, 2008, p. 128), no caso pelas empresas de *factoring*, que optam por um contrato padrão, cujas cláusulas foram fixadas previamente, o que permite pouca discussão acerca do seu conteúdo (CASTRO, 2010, p. 115);

Não Solene ou Não Formal: é assim considerado porque a forma escrita não é exigida, porém, é aconselhada (CASTRO, 2010, p. 114);

Neste ponto, basta observar a importância assumida pela fidúcia, característica desse tipo de contrato, em que a parceria se dá um em função do outro empresário, sendo de especial interesse o bom desempenho no mercado e nas finanças de ambas empresas, mesmo porque como fora dito, a relação ocorre em exclusividade.

2.7 *Factoring* e a legislação brasileira

A atividade de *factoring* foi introduzida no Brasil como alternativa às pequenas e médias empresas diante das dificuldades de acesso às formas bancárias de financiamento.

Autores como Rogério Castro (2009) e Newton de Lucca (1990, p. 117) afirmam o pioneirismo do Prof^o Fábio Konder Comparato no estudo deste instituto, em seu artigo “*Factoring*” publicado na Revista de Direito Mercantil, n.6, de 1972, da Revista dos Tribunais. Contudo, o início das atividades de *factoring* é marcado pela fundação da Associação Nacional de Fomento Comercial (ANFAC), no ano de 1982 (CASTRO, 2004, p. 51).

Porém, até o momento, essa atividade não foi regulamentada pelo legislador brasileiro. A atividade é regulada pelo Código Civil brasileiro e por leis esparsas, no que tange aos elementos de que é formado o contrato de *factoring*, como a cessão de créditos, o endosso, a prestação de serviços, etc.

A aparente semelhança com a atividade financeira fez com que autores, como Comparato (1972) e Orlando Gomes (1978 apud CASTRO, 2009, p. 86)¹⁴ e o Banco Central (BACEN) entendessem o *factoring* como uma prática privativa de instituição financeira e, portanto, dependente de autorização e fiscalização do BACEN.

2.7.1 Histórico legal do *factoring*

A abordagem do instituto do *factoring* pelo Direito pátrio iniciou-se no ano de 1982, com a edição da **Circular nº 703, de 16 de junho de 1982**, do Banco Central. Por meio dessa circular o BACEN criminalizou a atividade de *factoring*, pois a considerou como privativa de instituição financeira. Dessa forma, as operações de faturização estavam proibidas até que o Conselho Monetário Nacional (CMN) regulamentasse tal contrato. (MARTINS, 2010, p. 430)

A despeito dessa proibição, a prática da faturização já era àquele tempo “realidade inegável” como destacou Fran Martins (2010, p. 428). Nesse sentido, a **Instrução Normativa nº16, de 10 de dezembro de 1986**, do Departamento Nacional de Registro do Comércio, com fundamento na decisão do Tribunal Federal de Recursos, com relação à Apelação em Mandado de Segurança nº 99.964-RS (4498011), julgado em 13 de maio de 1986, permitiu que os Órgãos de Registro do Comércio arquivassem os atos constitutivos das empresas que tenham como objeto a prática do *factoring*, independentemente de autorização prévia do Banco Central do Brasil, e, ainda que, para a formalização de tais empresas, não será exigido o cumprimento de outras formalidades além das já previstas pela nossa legislação “para as empresas mercantis em geral”, veja-se:

(...) *Factoring* ou faturização. Enquanto não regulada por lei a constituição ou registro de sociedades que se proponham ao exercício desse tipo de

¹⁴O autor explica que àquela época (6ª Ed.) Orlando Gomes referia-se aos contratos de *factoring* como contratos bancários atípicos e portanto realizados por instituições financeiras. Porém, frente à jurisprudência do STJ que entendeu que a operação de *factoring* não é atividade privativa de instituição financeira (REsp.489.658/RS – j. em 05.05.2005), na 26ª Ed., de seu livro sobre *Contratos*, Orlando Gomes deixa de usar a expressão “*Instituição bancária*”, passando a tratar como “*empresa de factoring*”.

atividade comercial, não cabe às autoridades administrativas, com apoio em simples opiniões doutrinárias opor-lhes, *a priori*, restrições de qualquer natureza. Se, no exercício efetivo de suas atividades comerciais, se verificar que interferem em atividades financeiras não autorizadas, então, sim caberá ao Banco Central agir na forma da lei. (DINIZ, 2006, p. 94)

Diante desse cenário, o Banco Central do Brasil, através da **Circular nº 1359 de 1988**¹⁵, revogou a Circular 703/86, e, assim, permitiu ampla liberdade a empresas de *factoring*, subordinadas apenas ao arquivamento na Junta Comercial e outras formalidades perante órgãos municipais para funcionarem (RIZZARDO, 2008, p. 1390).

É oportuno observar que a **Lei nº 8981 de 20 de janeiro de 1995** (sobre o imposto de renda das pessoas jurídicas), não apenas tratou da atividade de *factoring*, elencando-a entre aquelas subordinadas ao seu regime, como trouxe uma definição de *factoring*, em seu art. 28, §1º, c.4, como sendo:

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

Esse conceito é bastante abrangente da prática da faturização e coaduna com a posição adotada por este trabalho e por grandes estudiosos do assunto como Luiz Lemos Leite (1997). Outras normas, posteriores a essa, abordaram o *factoring* levando-se em consideração esse conceito, assim, a **Resolução nº 2.144 de 1995**, do Conselho Monetário Nacional (que “esclarece sobre operações de ‘*factoring*’ e operações privativas de instituições financeiras”; o

¹⁵Esta circular encontra-se atualmente revogada pela Circular nº 3.081 de 17 de janeiro de 2002, em função do Programa Nacional de Desburocratização, que revogou circulares e cartas-circulares sem função por decurso de prazo ou por regulamentação superveniente (CIRCULAR, 2002).

art. 15, §1º, III, alínea “d” da **Lei nº 9.249 de 1995**¹⁶ e a **Lei nº 9430 de dezembro de 1996**¹⁷ também reproduzem o mesmo conceito de *factoring*.

A Lei Complementar nº116 de julho de 2003, que trata sobre o imposto sobre serviços de qualquer natureza, refere-se de forma expressa ao *factoring* e ainda traz um novo conceito, qual seja: “17.23 – Assessoria, análise, avaliação, atendimento, consulta, cadastro, seleção, gerenciamento de informações, administração de contas a receber ou a pagar e em geral, relacionados a operações de faturização (*factoring*)”.

Em 14 de agosto de 1995, o Senador José Fogaça apresentou no Congresso Nacional o **Projeto de Lei nº 230/95**, que dispõe sobre as operações de fomento mercantil, *factoring*, e dá outras providências. Como bem explica Rogério Castro (2004, p. 55), esse projeto foi fruto da luta da ANFAC no sentido da regulamentação dessa atividade, em função desta estar cercada de incertezas, possibilitando que empresas utilizem-se indevidamente “da bandeira do *factoring* para praticar agiotagem”. O projeto encontra-se atualmente arquivado.

A expectativa atual acerca para a Lei do *Factoring* no Brasil (CASTRO, 2009, p. 104) é o **Projeto de Lei nº 3.615 de 2000**, do Deputado João Herrmann Neto. Este dispõe sobre as operações de *factoring* internacional, mas a ele foi apensado outro projeto de lei de nº 3.896 de 2000, do Deputado Celso Russomanno, sobre *factoring* interno, assim sendo, tramitam juntos. Atualmente encontram-se aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputado.

2.7.2 Legislação base do *factoring*

Como já mencionado, não há regulamentação específica para a atividade do *factoring*. Atualmente as principais bases jurídicas do contrato de *factoring* são¹⁸:

¹⁶ Altera a Lei nº 8981 de janeiro de 1995.

¹⁷ “Dispõe sobre legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta”, chamada Lei do Ajuste Tributário.

¹⁸ Em conformidade com informações disponibilizadas pela ANFAC.

Art. 5º, incisos II e XIII, e Art. 170 da Constituição Federal: Das Garantias Constitucionais e o respeito à Ordem Econômica e Financeira;

COAF - Lei 9.613 de 03.03.1998 - Resolução nº 21, de 20.12.2012 e Resolução nº 16 de 28/03/2007: Da criação do COAF e da subordinação do *factoring* ao seu regime e fiscalização;

Código Civil de 2002:Arts. 594 – Da Prestação de Serviços; Arts. 481 ao 489 - compra e venda; Arts. 286 ao 298 - Cessão de Créditos; Arts. 910, 911 e 914 – Endosso; Arts. 441 ao 446 - Vícios Redibitórios; Arts. 264 e 265 - Solidariedade Passiva;

Lei Uniforme de Genebra (Dec. 57.633/66):arts. 15 e 16;

Lei 5474/68 – Lei das Duplicatas: Art.13, § 4º e 18, § 2º;

Lei 9249/95 e Lei 9430/96: respectivamente, art. 15, §1º, III, alínea “d” e art. 58, sobre a incidência do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica;

Lei nº 9532/97: Art. 58, sobre a incidência do IOF;

Lei 9718/98: Art. 14, inciso VI, sobre apuração de lucro real;

Lei 10.637/2002 (PIS) e Lei 10.833/2003 (PIS/COFINS): respectivamente, arts. 4º e 5º;

Lei 4595/64 - Lei Bancária:Arts. 17, 18 e 44, § 7º, limites da atuação das empresas de *factoring* a fim de não invadirem a esfera de atuação das instituições financeiras;

Lei 7.492/86 (Crimes contra o SFN):arts. 1º e 16;

Código Penal: art. 160;

Lei 1521/51: dos crimes contra a economia popular;

Medida Provisória 2172/01: “Estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração”.

2.8 Natureza jurídica dos contratos de fomento mercantil

A natureza jurídica do contrato de *factoring* é questão bastante controvertida na doutrina brasileira, em função tanto da falta de legislação específica que discipline o instituto do *factoring*, como pelas diferentes definições do que seja a atividade, como já foi dito os principais autores dividem-se na conceituação do contrato de *factoring*, essa confusão é observada na fixação da sua natureza.

Ensinou-nos Wilson do Egito Coelho (1984) que os estudos sobre *factoring* iniciaram-se a partir do estudo comparado do *factoring* praticado nos Estados Unidos e na Europa, e, sendo instituto novo, mas já bastante praticado em diversos países, gerou considerável controvérsia, seja em função de sua natureza jurídica, seja em função da conseqüente influência no mercado financeiro brasileiro.

Com essa premissa, passamos ao estudo da natureza jurídica dos contratos de *factoring*, parte essencial para a conclusão deste trabalho.

2.8.1 Estudo comparado

Levando-se em conta que o desenvolvimento da atividade de *factoring* deu-se de forma bastante diversa em cada país, devido às diferenças culturais e de estrutura do sistema financeiro de cada país em que se faz presente, passamos à análise da natureza jurídica dos contratos de *factoring* à luz da doutrina estrangeira.

Assim como nos explicou Marcelo Negri Soares (2010, p. 16), o contrato de *factoring* em países como França, Itália, Espanha e Portugal é praticado de forma semelhante ao Brasil, formado por institutos conhecidos e regulados em códigos ou legislações.

Na França, inicialmente, o instituto sofreu com a pressão dos bancos e foi obrigado a adotar o Estatuto das Instituições Financeiras. Wilson do Egito Coelho (1984), em seu artigo, faz um estudo de autores franceses, como Roger Noly e Serge Rolin. Esses defenderam a natureza

financeira do *factoring*, que seria uma nova forma de financiamento. No mesmo sentido, entendeu a Câmara Nacional de Conselheiros Financeiros da França que definiu o *factoring* como a transferência do crédito comercial do titular para um *factor*, que se encarrega da cobrança desses créditos e assume os riscos de impontualidade e inadimplência.

Diante desse conceito, o Conselho Nacional de Crédito da França estabeleceu que para o empresário que quisesse operar o *factoring* deveria adequar-se às regras de à organização dos estabelecimentos financeiros (COELHO, 1984).

Apesar disso, o direito francês com fundamento na origem dos recursos, faz a distinção entre as empresas de *factoring* e as instituições bancárias, pois as *factorings* também lá são proibidas de captar recursos junto ao público, podendo aplicar somente recursos próprios. (SOARES, 2010, p. 19; MARTINS, 2010, p. 428).

Na Itália, os contratos de *factoring* são classificados entre os contratos comerciais. Luiz Lemos Leite (1997 p. 237) resumiu a atividade de *factoring* na Itália pelo fornecimento de “serviços de conteúdo heterogêneo”, que envolvem a contabilização dos créditos dos clientes, avaliação dos riscos e ajuda na compra de matéria-prima. E conclui que assim não é possível incluir a atividade de *factoring* entre as operações bancárias.

De outro lado, Comparato (1972) e Wilson do Egito Coelho (1984) explicam que as *factorings*, na Itália, são semelhantes às “sociedades financeiras”, vez que o direito italiano só considera *azienda di credito* as instituições que recebam depósito do público. Porém, surgiram as “sociedades financeiras”, permitidas a operar com recursos próprios. As *factorings* estariam enquadradas nessa categoria, ao lado dos bancos, mas com eles não se confundem em função da origem dos recursos aplicados e, portanto, não há controle direto do Estado. Apesar disso, há fiscalização por órgão governamental, chamado *Banca d'Itália*. (SOARES, 2010, p. 18).

É oportuno observar que, apesar da doutrina italiana considerá-la uma atividade de natureza financeira, a posição do autor italiano, Aldo Frignani¹⁹ (1980, *apud* COELHO, 1984, p. 75), em muito se assemelha à adotada por autores brasileiros que defendem a natureza mercantil do instituto, como se verá adiante. Frignani argumenta que o *factoring* é uma relação

¹⁹ O autor também é citado por Fran Martins (2010, p. 428), reiterando a posição italiana sobre a natureza jurídica do *factoring*, não financeira.

complexa, em que o *factor* se obriga a adquirir de outro empresário os créditos oriundos da venda de seus produtos ou de prestação de serviços, a título oneroso e sem direito de regresso.

Assim sendo, os benefícios do *factoring* seriam, basicamente, aliviar os serviços da empresa faturizada, simplificando a gestão comercial e possibilitando uma visão antecipada das disponibilidades de caixa, e, em função da cessão dos créditos, a operação proporciona “uma nova fonte de liquidez”, que não as mais comuns como a bancária. Resume assim as vantagens do *factoring*: “(...) com tal instrumento, o empresário obterá liquidez antecipada, certeza de encaixe e colaboração administrativa”.

Em Portugal, as empresas de fomento mercantil não são bancárias, mas o *factoring* pode ser praticado por bancos múltiplos e comerciais uma vez que essa atividade não está reservada somente às empresas de *factoring*. (SOARES, 2010, p. 18).

Na Bélgica, as empresas de *factoring* são instituições financeiras (COELHO, 1984) é regulamentado por lei específica, há bastante rigidez e limitações impostas à atividade. (LEITE, 1997, p. 235).

Esse breve estudo sobre a natureza jurídica do *factoring* em alguns países onde é praticado ajuda a compreender a dificuldade que doutrinadores e mesmo legisladores encontram ao encarar a questão. Passamos agora ao estudo da natureza jurídica do *factoring* no Brasil, segundo os maiores estudiosos sobre o instituto.

2.8.2 Natureza do *factoring* no Brasil

Diversos estudiosos do Direito já deram sua contribuição sobre qual seria a natureza jurídica dos contratos de fomento comercial, analisaremos algumas delas.

Começamos por Fábio Konder Comparato, o primeiro estudioso do *factoring*, para quem a essência da faturização é a cessão de créditos. E ainda que a operação de *factoring* que promova a gestão de créditos e a garantia (*maturity factoring*) não pode ser confundida com instituição financeira. Contudo, é direto ao afirmar que as *factorings* que operem o

conventional factoring (garantia, gestão de créditos associado ao adiantamento de valores a que o autor chamou de financiamento) são instituição financeira. (1972, p. 65).

Para Carlos Alberto Hagstrom (1982, p.38) o *factoring* teria natureza tanto comercial como financeira, devido aos serviços de crédito contidos.

Maria Elizabete Vilaça (1989, p. 61) adota posição em parte parecida, pois assume que o *factoring* encerra uma operação de crédito, mas em seu estudo a autora conclui que as empresas de *factoring* não são abrangidas pelo Sistema Financeiro Nacional, portanto, não tem natureza financeira, mas, sim, comercial.

Contrariando esses autores, Fran Martins (2010, p. 428) e Carlos Renato de Azevedo Ferreira (1985, p. 72, 73) que afirmaram que a atividade de fomento mercantil não configura atividade financeira, pois, não realizam operações de crédito²⁰. Para Fran Martins (2010, p. 428), as empresas de *factoring*, diferente dos bancos, realizam operações de risco.

Se bem que as empresas de faturização também apliquem, como as instituições financeiras, *recursos* próprios, sempre entendemos, seguindo a lição de Gavalda e Stoufflet que as empresas de faturização se distinguem das instituições financeiras porque estas não realizam operações especulativas e sim *operações de crédito*, enquanto as empresas de faturização realizam *operações de risco*.

Isso se deve ao fato de que as empresas de faturização realizam operações de risco uma vez que é da essência desse instituto a “isenção do faturizado da responsabilidade de pagar o crédito cedido caso o comprador das mercadorias não o faça”.²¹

²⁰Sobre operações de crédito ver seção 3.5.

²¹O autor defende ainda, que, para a regularização da atividade de fomento mercantil não é urgente a definição de sua natureza jurídica, se configuraria ou não atividade própria de instituição financeira, mas, sim, seria necessária a modificação da Lei das Duplicatas, para permitir que outros títulos, além das duplicatas, sejam usados para a cobrança de vendas a prazo e assim possam garantir a isenção do faturizado diante do inadimplemento do comprador, pois, segundo a Lei das Duplicatas, o “emissor do título não pode ele eximir-se da responsabilidade de pagar à pessoa a quem a duplicata foi transferida”, e segundo o autor o vendedor ou faturizado ocupa duas posições ao emitir uma duplicata, a de emitente ou sacador e a de beneficiário ou tomador. (MARTINS, 2010, p. 429).

Nesse sentido, também defendeu Luiz Lemos Leite (1997, p.48) para quem as *factorings* são empresas comerciais, que não se confundem com as instituições financeiras, sendo ainda vedada às empresas de fomento mercantil a prática de qualquer operação com as características privativas daquelas.

Esse autor dedicou boa parte de seu livro “*Factoring no Brasil*” (LEITE, 1997) à essa distinção, como os capítulos “Banco não faz *factoring*”, “Banco é banco. *Factoring* é *factoring*”, “Empresa de *Factoring* não é instituição financeira”, bem como em várias outras passagens, em que o autor reitera sua posição sobre as *factorings* não praticarem atividade privativa de instituição financeira, assim como definida no art. 17 da Lei nº 4595 de 1964.

Assim como Fran Martins ensinou, Luiz Lemos Leite defende que a atividade de *factoring* não encerra uma operação de crédito, como a atividade praticada pelos bancos, mas diferente daquele autor, que classifica as operações de *factoring* como *operações de risco*, este as entende como simples operação de compra e venda à vista.

A empresa de *factoring* é uma empresa comercial e não uma instituição financeira, porque no *factoring* não ocorre uma operação de crédito, tal como uma operação bancária, mas simplesmente uma venda a vista de créditos em que o cedente se responsabiliza pela boa origem dos direitos que são gerados ao transferi-los para a cessionária – a companhia de *factoring*. (1997, p. 48).

E ainda, que para a caracterização da operação de *factoring* devem ser associadas a cessão de créditos e a prestação de serviços, (1997, p. 48).

Também se posicionam nesse sentido Marcelo Negri Soares, para quem o instituto “tem natureza essencialmente mercantil”, pois é “vocado à prestação de serviços de cobrança e gestão financeira”, com a assunção total do risco pelo *factor*. (2010, p. 24).

E ainda, conforme a tese de Wilson do Egito Coelho, (1984, p.76 e ss), a atividade das empresas de *factoring*, apesar de assemelhar-se às figuras do financiamento, adiantamento e do desconto, não constituem atividades típicas bancárias, quando atuam com recursos próprios. Portanto, não deviam ficar sob o controle do Banco Central, pois, faltar-lhes-ia o que o autor chamou do trinômio que compõe necessariamente o ato de comércio de

intermediação na circulação de bens para fim lucrativo ou intermediação especulativa, que são: a coleta, intermediação e a aplicação dos recursos.

O autor reitera seu entendimento no sentido de que a atividade somente se caracteriza financeira quando tratar-se de intermediação especulativa ou quando a empresa captar recursos de terceiros (coleta) e define o *factoring* como a cessão total ou parcial de créditos resultantes das vendas a prazo das empresas clientes e prestação de serviços correlatos.

Na visão de Luiz Rodrigo Lemmi, o núcleo da operação de *factoring* é a alienação de créditos, podendo haver a prestação de serviços, mas esta não é da essência do instituto e completa afirmando que esta não configura atividade financeira, exceto se captar recursos junto ao público, prática privativa de instituição financeira. (2005, p. 101 e 107).

Antônio Carlos Donini (2002, p. 729) adota posição semelhante ao afirmar que é da natureza do *factoring* a cessão de créditos, mas que a prestação de serviços não necessariamente vem conjugada à operação.

Pelo exposto, é possível depreender que a natureza jurídica do *factoring* é essencialmente comercial, assentada na cessão de direitos a título oneroso e na prestação de serviços, sendo que estes podem ser estipulados ou não, e ainda que é da natureza da atividade a assunção do risco do inadimplemento e a utilização de recursos próprios.

2.9 A questão do direito de regresso

Apesar de haver alguma discussão a respeito, a doutrina e jurisprudência majoritárias defendem que a operação de faturização ocorre pela cessão de créditos *pro-soluto*, ou seja, de modo definitivo e sem direito de regresso.

Dessa forma, o faturizador não tem ação contra o faturizado, diante do inadimplemento do devedor, parece certo afirmar que é predominante a posição da doutrina e dos tribunais de que é da essência do instituto a assunção do risco do inadimplemento.

Transcreveremos algumas das principais opiniões para ilustrar melhor tal entendimento.

Alguns autores que defendem que para a configuração do *factoring* é necessário que o faturizador se responsabilize pelo risco (*pro-soluto*), como forma de assegurar a garantia do pagamento das faturas cedidas, um dos objetos do *factoring*, são: Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 164), Maria Helena Diniz (2006, p. 76,77 e 82), Fábio Konder Comparato (1972)²², Fran Martins (2010, p. 429), Waldirio Bulgarelli (1999, p. 541), Luiz Lemos Leite (1997, p. 36), Marcelo Negri Soares (2010, p. 25, 28), Maria Elizabete Vilaça (1989, p. 59) e outros.

Fran Martins disse:

Esse procedimento parece o apropriado para ser o adotado na cessão dos créditos, no contrato de faturização, do faturizado para o faturizador, pois é *princípio da essência do contrato de faturização* o fato de *não responder o faturizado, ao ceder os seus créditos, pela solvência do devedor*, no caso o comprador, correndo, assim, por conta da empresa de faturização o risco do não recebimento já que a mesma não pode se voltar contra o faturizado para que esse satisfaça a obrigação não cumprida pelo comprador. (2010, p. 429)

O procedimento que o autor faz referência é o endosso sem garantia (art. 15 da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas promissórias), mecanismo pelo qual o faturizado isenta-se tanto da aceitação como do pagamento do título ao transferi-lo ao *factor*.

Segundo Martins (2010), é nesse ponto que se concentra a questão maior para a regularização do *factoring* no Brasil, pois o endosso sem garantia não seria suficiente para isentar o faturizado do pagamento do título, diante da inadimplência do devedor, uma vez que, o vendedor ocupa duas posições na emissão da duplicata, a de sacador ou emissor (pois é o proprietário original do crédito) e a de tomador ou beneficiário (pois a dívida de ser paga a ele ou à sua ordem).

Assim, segundo nos explica o autor, o vendedor pode eximir-se da responsabilidade pelo pagamento na posição de beneficiário, mas não o pode na posição de emissor do título, com

²²Esse autor manifesta-se expressamente que “a transferência de créditos se opera de modo definitivo, sem direito de regresso”, contudo, como analisou Rogério Alexandre de Oliveira Castro (2009, p. 138), Comparato parece entender na verdade que a cessão de créditos é, via de regra, *pro-soluto*, podendo operar-se a cláusula *pro-solvendo*, quando a operação de *factoring* caracterizar-se apenas pela cobrança dos títulos, o autor explica que como a operação está regida pelo princípio da globalidade dos créditos decorrentes do faturamento do faturizado, o faturizador poderá selecionar alguns desses créditos *pro-solvendo*, para efetuar somente sua cobrança.

fundamento no art. 15 da Lei Cambial, pela qual “toda e qualquer cláusula pela qual ele se exonere da garantia de *pagamento considera-se como não escrita*” (MARTINS, 2010, p. 429).

Com fundamento na questão do endosso sem garantia não ser suficiente para a isenção do pagamento por parte do faturizado, Fran Martins, assumindo que é da essência do *factoring* essa isenção, fazendo do *factoring* uma operação de risco, defende que para regularizar a operação de *factoring* é necessária a mudança da legislação sobre as duplicatas, especificamente, o art. 2º da Lei das Duplicatas, possibilitando que além dessas, outros títulos possam ser utilizados para cobrança das vendas a prazo, afim de resguardar a principal característica do *factoring*, a isenção de responsabilidade do faturizado pelo pagamento.

Há ainda autores que defendem que o diferencial da operação de *factoring* em relação à operação de desconto bancário é basicamente a inexistência do direito de regresso contra o faturizado, assim, não se observando o pagamento por parte do devedor dos títulos, os bancos podem cobrar do cliente descontário, enquanto que o *factor* não tem qualquer direito contra o faturizado, nesse sentido: Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 164) e Marcelo Negri Soares (2010, p. 28-31).

Cabe nesse momento analisar a posição majoritária dos tribunais.

Recentemente, o STJ decidiu assim o Recurso Especial Nº 1.289.995 - PE (2010/0213969-0):

DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO DE **FACTORING**. CESSÃO DE CRÉDITO PRO SOLUTO. ARTS. 295 E 296 DO CÓDIGO CIVIL. GARANTIA DA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO CEDIDO. DIREITO DE REGRESSO DA **FACTORING** RECONHECIDO.

1. Em regra, a empresa de **factoring** não tem direito de regresso contra a faturizada - com base no inadimplemento dos títulos transferidos -, haja vista que esse risco é da essência do contrato de **factoring**. Essa impossibilidade de regresso decorre do fato de que a faturizada não garante a solvência do título, o qual, muito pelo contrário, é garantido exatamente pela empresa de **factoring**.

2. Essa característica, todavia, não afasta a responsabilidade da cedente em relação à existência do crédito, pois tal garantia é própria da cessão de crédito comum - pro soluto. É por isso que a doutrina, de forma uníssona, afirma que no contrato de **factoring** e na cessão de crédito ordinária, a faturizada/cedente não garante a solvência do crédito, mas a sua existência sim. Nesse passo, o direito de regresso da **factoring** contra a faturizada deve

ser reconhecido quando estiver em questão não um mero inadimplemento, mas a própria existência do crédito.

3. No caso, da moldura fática incontroversa nos autos, fica claro que as duplicatas que ensejaram o processo executivo são desprovidas de causa - "frias" -, e tal circunstância consubstancia vício de existência dos créditos cedidos - e não mero inadimplemento -, o que gera a responsabilidade regressiva da cedente perante acessionária.

4. Recurso especial provido.

Neste outro acórdão o STJ reitera sua posição.

Recurso Especial Nº 949.360 - RN (2007/0098642-0):

COMERCIAL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. FAC-SÍMILE. TEMPESTIVIDADE. **FACTORING**. DIREITO DE REGRESSO. CLÁUSULA CONTRATUAL. NULIDADE.

1. Os originais do recurso interposto via fac-símile devem ser entregues em juízo, como ocorreu no presente caso, em cinco dias após o término do prazo para a interposição do referido recurso, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.800/1999.

2. O risco assumido pelo faturizador é inerente à operação de **factoring**, não podendo o faturizado ser demandado para responder regressivamente, salvo se tiver dado causa ao inadimplemento dos contratos cedidos.

3. Recurso especial não provido.

Assim votou o Ministro Antônio Carlos Ferreira (Recurso Especial nº 949.360 - RN (2007/0098642-0):

Não se desconhece a importante função econômica das empresas de **factoring**, embora ausente regulamentação específica. Todavia, conforme doutrina e precedentes deste Tribunal Superior, o risco assumido pelo faturizador é inerente à operação de **factoring**, não podendo o faturizado ser demandado para responder regressivamente, salvo se tiver dado causa ao inadimplemento dos contratos cedidos.

A jurisprudência do STJ demonstra sua posição consolidada no sentido de negar o direito de regresso em favor da empresa de *factoring*, uma vez que considera da sua essência a assunção do risco do inadimplemento do devedor.

Dessa forma, parece certo concluir no mesmo sentido da maioria doutrinária e jurisprudencial brasileiras negando direito de regresso à *factoring*, considerando próprio da caracterização do contrato de fomento mercantil a cláusula *pro-soluto*.

2.10 Contratos semelhantes ao *factoring*

Há diversos contratos que se assemelham ao contrato de *factoring*, passaremos brevemente pela análise e diferenciação deles.

Factoring não é operação de crédito²³. Crédito é uma operação que envolve a confiança entre credor e devedor²⁴, “característica reservadas às operações das instituições bancárias ou afins, bem como ao mútuo civil, nicho do qual as empresas de *factoring* não participam” (SOARES, 2010, p. 28). Assim, reitera-se que o *factoring* não tem natureza creditícia.

A faturização também não faz antecipação de crédito, pois na antecipação a titularidade do crédito continua na pessoa do credor primitivo, assim, não há cessão do direito de crédito. E ainda, o *factoring* se consubstancia na compra e venda dos direitos sobre os créditos, não na antecipação de recebíveis, um dos efeitos do desconto de duplicatas.

Factoring também não é desconto de duplicatas. A diferença está no fato de que o *factoring* é operado pela cessão dos créditos *pro-soluto*, o que não ocorre no desconto bancário, que encerra uma operação de cessão de crédito *pro-solvendo*, em que os títulos são meras garantias (SOARES, 2010, p. 28; LOPES, 1989, p. 59). Uma vez não efetuado o pagamento

²³As operações de crédito serão estudadas em seção própria.

²⁴O *factoring* também envolve a fidúcia, mas essa marca principalmente a relação de confiança que a empresa faturizada deposita na faturizadora em função da sua experiência, capacidade e profissionalidade em gerir as contas e na prestação dos serviços a que se dispõe. Enfim, a faturizada deposita sua confiança na faturizadora de que ela irá contribuir para a alavancagem da produção da faturizada, fim maior do *factoring* – fomento comercial.

pelo devedor (sacado), o descontante deverá resgatar o título e efetuar a recompra, do contrário pode acionado via direito de regresso.

Desse modo, apesar de apresentar semelhanças entre esses contratos e o *factoring*, não podem ser confundidos, uma vez que o *factoring* atua principalmente na disponibilização de recursos próprios e na remuneração da prestação de serviços, enquanto que os bancos têm como atividade principal a administração e a intermediação de recursos de terceiros.

2.11 Composição do capital do *factoring* – *funding*

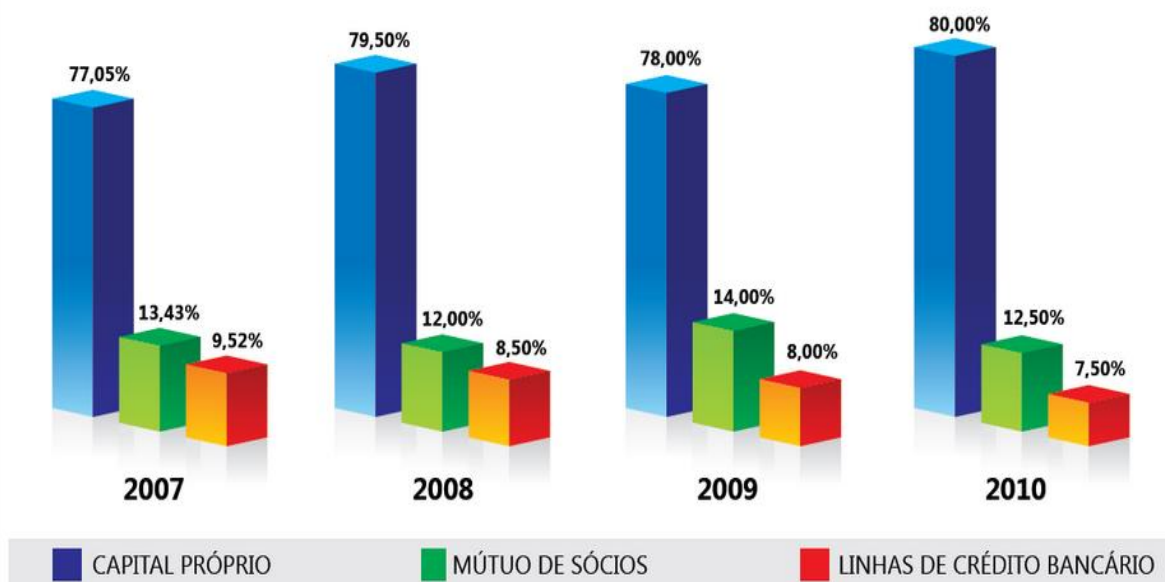
A origem do capital do fomento mercantil é considerada, por muitos autores, um dos elementos que o diferenciam da atividade financeira, pois é vedado ao *factoring* captar recursos de terceiros, dessa forma faz-se necessário estudar a composição do capital para a atividade de fomento mercantil.

Segundo um dos maiores estudiosos do assunto, Luiz Lemos Leite (1997, p. 141), o *funding* (financiamento) das *factorings* é constituído por recursos próprios dessas empresas, por linhas de créditos bancário, por recursos de empresas coligadas e por recursos de sócios e acionistas das empresas de *factoring*.

Em função das características de seu capital, a operação de *factoring* não precisa ser autorizada pelo Banco Central, pois não apresenta: a) o risco do capital de terceiros, pois, não há capitação, b) o *spread* bancário, assim, a formação do preço do *factoring* se faz como em uma empresa comercial, dessa forma independe de autorização. (LEITE, 1997, p.141).

Como Luiz Lemos Leite disse, as *factorings* são “grandes clientes dos bancos e das financeiras”, quando toma um empréstimo bancário, para complementar seu capital de giro, a empresa de *factoring* recebe tratamento de “atacadista”, assim, semelhante a uma grande empresa, beneficia-se de taxas favorecidas junto aos bancos e grande volume de recursos disponibilizados. (LEITE, 1997, p. 142).

Gráfico 1 – Composição do *funding* das empresas de *factoring*



Fonte: Associação Nacional de Fomento Comercial (ANFAC, disponível em <http://www.anfac.com.br/v3/factoring-estatistica.jsp#factoring>, acesso em 12 ago. 2014).

Gráfico 1 – Origem do capital utilizado pelas empresas de *factoring* em suas operações.

O gráfico fornecido está disponibilizado no *site* da ANFAC e demonstra o que fora dito acima sobre a origem do capital utilizado em operações de fomento mercantil, que não contempla a captação de recursos junto ao público.

3 A ATIVIDADE FINANCEIRA

3.1 O Sistema Financeiro Nacional

O Sistema Financeiro Nacional é o conjunto das instituições financeiras e instrumentos financeiros que visam transferir recursos entre os diversos agentes econômicos (pessoas, governo, empresas, etc.), que se diferenciam quanto as suas intenções de investimento e poupança. Foi criado e estruturado em 1964 através da Lei n.4.595, a conhecida Lei da Reforma Bancária.

Os agentes “deficitários” são aqueles cujas pretensões de investimento são maiores que sua capacidade de gerar poupança e os agentes “superavitários”, pelo contrário, são aqueles cuja capacidade de poupar é maior que sua necessidade de investir. Assim, o SFN tem a função de fornecer os canais adequados para que os agentes deficitários obtenham os recursos de que necessitam para seus investimentos, enquanto que, os agentes superavitários aplicam suas poupanças. (ERZIRIK et al; 2011, p. 2).

O sistema financeiro é dividido em quatro subsistemas (ERZIRIK et al, 2011, p. 6):

- a) Mercado de crédito: ocupado das operações típicas bancárias, com a captação de recursos de terceiros e seu posterior empréstimo, para financiar o consumo corrente de bens de duráveis e de capital de giro para empresas;
- b) Mercado monetário ou *open market*: aquele em que são realizadas operações com títulos da dívida pública;
- c) Mercado cambial: em que se opera a compra e venda de moeda estrangeira, com necessariamente a intermediação de uma instituição financeira, que viabilizam o fluxo de capitais dentro e fora do país; e
- d) Mercado de Capitais ou mercado de valores mobiliários: que operam negócios não creditícios, mas que pretendem abastecer de recursos as entidades emissoras

(principalmente sociedades anônimas de capital aberto), por meio da emissão pública de títulos mobiliários, através do capital de risco.

Importante salientar que o crescimento econômico está ligado a um sistema financeiro bem desenvolvido, que pode proporcionar: a) aumento do volume de poupança no país, pois, a intermediação financeira favorece a criação de instrumentos de poupança mais atraentes e b) maior eficiência na transformação dos recursos poupados em capital produtivo. (ERZIRIK et al, 2011, p. 3).

3.1.1. Os princípios que norteiam o Sistema Financeiro Nacional

O legislador constitucional de 1988 ao estabelecer no art. 192 reconheceu a necessidade de proteger e regulamentar o sistema financeiro nacional. Assim, a Constituição admite três princípios básicos que pretendem o bom funcionamento do sistema financeiro nacional, considerando que este está sempre se transformando para adequar-se a realidade econômica inconstante também. Este sistema é formado por instituições públicas e privadas que compartilham da interferência estatal.

O marco da introdução do sistema financeiro nacional é a edição da Lei nº 4.595/1964, antes disso havia um “controle modesto” da Superintendência da Moeda e do Crédito, a SUMOC do Banco do Brasil e outros órgãos do governo que controlavam as instituições financeiras e a emissão de moeda (BERNARDES; SANTOS, 2009, p.127).

Os princípios que orientam o nosso sistema financeiro constantes da Constituição Federal de 1988 são os mesmos da referida lei, considerados, então, estruturais ou de permanência de longo período, são eles: a) o caráter institucional obrigatório das empresas financeiras, b) a autoridade monetária única, c) a segregação ou especialização das instituições financeiras.

Elencamos alguns motivos para a adoção de tais princípios, bem como da necessidade de regulamentação do sistema: a) o natural interesse do Estado em apoderar-se da renda substancial gerada pelo poder de emissão de moeda (“senhoriagem”), b) possibilidade do

Estado ser credor dos bancos em momentos de crise, c) discriminação por parte dos bancos contra determinados setores do mercado, geralmente de alto risco, como agricultura, pequenas e médias empresas, novas atividades em geral, etc., d) a dificuldade de novos bancos entrarem no mercado por ainda não terem boa reputação tende a concentrar o sistema financeiro em poucos bancos já consolidados, e por fim, e) poder de restringir a atividade financeira aos bancos nacionais como forma de proteger as novas empresas nacionais. (BERNARDES; SANTOS, 2009, p.127).

Estudiosos como Aldo Luiz Mendes (1993, *apud* BERNARDES; SANTOS, 2009, p.128) perceberam que o Sistema Financeiro nacional passou por um processo de “sofisticação e, ao mesmo tempo, de descaracterização de suas principais funções”, houve redução na intermediação de recursos para as esferas produtivas e aumento no investimento em informatização para diversificar suas atividades e melhorar a sua prestação de serviços, dessa forma, passaram a oferecer menos recursos ao financiamento de atividades do setor privado. Isso em decorrência também do receio das incertezas do futuro e dos riscos inerentes ao investimento produtivo.

3.1.1.1.O princípio institucional das empresas financeiras

Bernardes e Santos (2009, p. 129) explicam que as empresas são institucionais quando atraem toda a comunidade, local ou nacional, não somente seus sócios, acionistas, prepostos, gerentes e controladores, por isso mesmo devem estar sob o controle e fiscalização permanentes do Estado.

Tal controle pressupõe a intromissão por via eletrônica do Estado nos dados contábeis, na padronização de seus planos de contas (COSIF- Consolidação das Normas Contábeis do Sistema Financeiro Nacional), no controle dos saldos das contas de reservas bancárias das instituições financeiras monetárias e outras.

Assim, o sistema financeiro nacional desenvolve-se por meio da harmonização da intervenção estatal com a atividade operacional privada. A fiscalização é intensa, muito em função do fim

a que se destina o SFN na ordem econômica (“promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”²⁵).

Essas empresas ficam equilibradas a intervenção estatal e a liberdade da atividade econômica privada, afastando assim os riscos do predomínio de uma ou de outra, sabendo-se que há discriminação por parte do mercado de crédito contra atividades de risco ou pouco conhecidas, “como os empréstimos de longo prazo à agricultura e a novos empreendimentos.”

Completando o raciocínio, a institucionalização das empresas que fazem parte do SFN permite que o Estado interfira para determinar limites que garantam a segurança da ordem econômica. Enfim, a preocupação maior é com o controle do risco sistêmico, principal justificativa dos atos de poder de polícia da atividade estatal.

O equilíbrio, entre a intervenção estatal e a liberdade da atividade econômica privada, promovido pela institucionalização das empresas financeiras é o princípio fundamental do SFN.

3.1.1.2.O princípio da autoridade monetária única

O princípio da autoridade monetária única tem o propósito de afastar o risco sistêmico e a vulnerabilidade externa, atuando também na preservação do valor da moeda, por meio de ferramentas de controle do processo inflacionário. Representa “a própria viabilidade e existência da política monetária, creditícia e cambial”, assim como da adoção de políticas econômicas generalizadas pelo SFN. (BERNARDES; SANTOS, 2009, p.131).

Em 1964, foram criados o Banco Central do Brasil - BACEN - (instância operacional de assessoramento e decisória) e o Conselho Monetário Nacional - CMN - (instância decisória máxima), antes disso, as autoridades monetárias nacionais eram a Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC, o Banco do Brasil e o Tesouro Nacional. Porém, mesmo após essas

²⁵ Art. 192 da Constituição Federal de 1988.

mudanças havia um sistema monetário bastante complexo, que confundia as contas e as funções do Banco do Brasil, Banco Central e do Tesouro Nacional.

Em 1985, devido a essa desorganização das contas públicas, decidiu-se pelo reordenamento financeiro do governo, separando-se bem as contas e as funções desses entes. A partir desse momento até 1988, as funções de autoridade monetária foram transferidas do Banco do Brasil para o Banco Central.²⁶

3.1.1.3.O princípio da segregação ou especialização

A tese da especialização das instituições por atuação é uma das diretrizes da Lei 4.595/1964 para o Sistema Financeiro Nacional (SFN), abrangendo tanto a captação como a aplicação dos recursos. Segundo essa tese, há aumento dos ganhos de escala e redução dos custos operacionais. (BERNARDES; SANTOS, 2009, p.132).

Bernardes e Santos (2009, p. 132) resumiram a segregação das instituições financeiras brasileiras assim:

As operações de curto prazo, basicamente empréstimos de capital de giro, foram atribuídas aos bancos comerciais, enquanto para as operações de médio e longo prazos foram criados os bancos de investimento. As sociedades de crédito, financiamento e investimento assumiram o mercado de crédito ao consumidor e as operações de financiamento imobiliário passaram a ser realizadas por instituições componentes do Sistema Financeiro da Habitação. O crédito de longo prazo para o setor produtivo ficou sob a responsabilidade do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social/BNDES, criado em 1952.

²⁶A complexidade do sistema monetário brasileiro era grande, como bem explicam os autores Luiz Antônio Bernardes e Márcio Francisco dos Santos (2009), e as mudanças feitas no sentido da unificação orçamentária também foram muitas, mas o seu detalhamento não é interessante para o desenvolvimento deste trabalho.

Esse processo de segregação foi sendo fortalecido a partir de 1967, com a concentração das instituições financeiras por meio de fusões e incorporações bancárias e também de incentivos para a capitalização das empresas; e com a criação de novos tipos de instituições, como as sociedades distribuidoras de títulos e valores (1968) e as sociedades de arrendamento mercantil (1975).

Bernardes e Santos explicam que o princípio da segregação ou especialização das instituições financeiras contribui para a eficácia do SFN e fortalece os mercados financeiro e de capitais e defendem ainda que as vantagens da especialização não desapareceram, mesmo após a Resolução nº 1.524 do Conselho Monetário Nacional em 1987, que permitiu que intermediários financeiros se convertessem em bancos múltiplos. A especialização não desapareceu porque os segmentos permaneceram, mas agora divididos em carteiras distintas, dentro dos bancos múltiplos promovendo a diversificação dos serviços bancários. (2009, p.134).

A especialização é o princípio que garante o atendimento das demandas específicas do Sistema, de forma eficaz, mesmo com as dificuldades inerentes ao setor, como a capitalização dos setores agrícola, habitacional e industrial e a captação de recursos por meio de títulos e valores mobiliários.

O conteúdo principiológico tripartite do SFN foi admitido pela CF e pela Lei 4594/64 e tem um caráter estrutural, pois se apresenta flexível e amoldável às diferentes conjunturas econômicas.

3.1.2. A organização do Sistema Financeiro Nacional

O Sistema Financeiro Nacional (SFN) está doutrinariamente dividido em duas partes: a) as autoridades monetárias, que são responsáveis pelo funcionamento do sistema, promovendo a fiscalização e regulamentação e b) as instituições financeiras responsáveis pela intermediação entre os poupadores e os investidores. (BARROS, 2007, p. 132)

As instituições financeiras funcionam sob um regime de controle de organizações estatais, uma forma de intervenção na atividade privada, por isso deve ser especificamente regulado. Essa intervenção ocorre no momento da aplicação dos recursos e sua motivação é a proteção à poupança popular, a estabilidade da moeda e a contenção do processo inflacionário. (ABRÃO, 2007, p. 15 e 45)

A Lei nº 4.594/64 constituiu o SFN do Banco Central do Brasil, do Conselho Monetário Nacional, do Banco do Brasil S/A, do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social e das instituições financeiras públicas e privadas.

3.1.3. O Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional

O Conselho Monetário Nacional foi criado pela Lei nº 4.595/64 e é, segundo o art. 16, VII, da Lei nº 9.649/98, o órgão máximo do Sistema Financeiro Nacional, integra a estrutura do Ministério da Fazenda.

O Banco Central do Brasil, por sua vez, é uma autarquia federal, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, cuja administração é de responsabilidade de uma diretoria composta de cinco membros, escolhidos pelo CMN.

A competência do BACEN é vasta e está estabelecida nos art. 9º ao 11 da Lei nº 4.595/64 e em leis esparsas.

A Lei da Reforma Bancária, Lei nº 4595/64, em seu art. 10, inciso IX, estabeleceu que compete ao Banco Central do Brasil a fiscalização das instituições financeiras, bem como aplicar as penalidades prescritas.

O BACEN é competente, entre outros, exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais, e para aplicar as punições cabíveis, quando a instituição financeira deixar de cumprir as obrigações estabelecidas na Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei nº 9.613/1998.

As empresas de auditoria e os auditores independentes que atuam na auditoria contábil das instituições financeiras também estão submetidas à competência do Banco Central do Brasil, bem como estão submetidas à sua fiscalização e às suas penalidades.

Considerando-se o art. 10 da Lei em estudo, especialmente os incisos X e IX, percebe-se que estão sob a fiscalização e precisam de autorização do BACEN os seguintes agentes:

- a) Bancos múltiplos, bancos comerciais e caixas econômicas;
- b) Bancos de investimento e de desenvolvimento;
- c) Sociedades financeiras;
- d) Sociedades corretoras e distribuidoras;
- e) Sociedades de arrendamento mercantil;
- f) Sociedades de crédito imobiliário;
- g) Associações de poupança e empréstimo;
- h) Cooperativas de crédito;
- i) Administradores de instituições financeiras;
- j) Empresas administradoras de consórcios;
- k) Auditores independentes;
- l) Exportadores, importadores e agências de turismo; e
- m) Pessoas físicas ou jurídicas que atuem profissional e habitualmente, sem autorização do Banco Central, em atividades por ele supervisionadas.

O Banco Central por sua vez está subordinado ao às Resoluções emitidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN, cuja competência foi abordada pelo art. 4º da mesma Lei, assim, resumidamente, o CMN edita as normas a serem observadas pelas instituições financeiras e pelo BACEN, ele formula as diretrizes da política financeira.

A instituição financeira, por sua vez, que descumpra uma dessas normas comete ilícito administrativo financeiro, que será reprimido pelo BACEN. Esse ilícito ainda pode configurar um ilícito tributário, quando atinente à Secretaria da Receita Federal, ou ainda um ilícito penal, quando configura um tipo de crime financeiro, previsto em legislação própria. (VERÇOSA; PELIZZARO, 2007, p. 116).

Outro ponto é a análise da Lei n.4.594/64, quanto à competência do BACEN (arts. 9º ao 11) e do CMN (art. 4º), que permite afirmar que não têm competência para definir ou alterar o

conceito de atividade financeira, que fora definido pela Lei n.4.595/64, em seus arts. 17 e 18, como será visto detalhadamente a frente. (LEMMI, 2005, p. 53).

E ainda, em se considerando a competência do CMN em coordenar a política monetária e creditícia (art. 3º, inciso VII, da Lei nº 4.595/64), Newton de Lucca (1990, p. 133) defendeu a tese de que todos aqueles que interferem no fluxo de moeda e crédito estariam sujeitos a este órgão. Contudo, não é isso o que se verifica examinando alguns dispositivos da lei:

Art. 4º. Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

VI – Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das **instituições financeiras**; (grifo nosso)

Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as **instituições financeiras**, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: (grifo nosso)

Sendo assim, como fez Lemmi (2005, p. 54-56), rebate-se tal tese pela análise da lei em seus dispositivos e objetivos, que permitem afirmar que seu âmbito de aplicação se restringe às instituições financeiras, assim não faz sentido submeter toda operação de crédito à disciplina do CMN, somente aquelas praticadas pelas empresas que compõe o SFN.

O importante a esclarecer nesse ponto é que o relacionamento do BACEN ocorre entre ele e as instituições financeiras públicas e privadas, exclusivamente, sua competência não recai sobre o público comum, salvo sobre aquelas expressamente permitidas por lei, e quando atua como entidade regulamentadora do mercado, por meio de informes e outros procedimentos gerados como respostas a reclamações do cliente-consumidor. (ABRÃO, 2007, p. 44).

3.2. A Intermediação Financeira

A intermediação financeira é a principal função das instituições financeiras e tem o objetivo de ligar os diversos agentes econômicos, para tanto, essas instituições realizam a captação de recursos dos agentes econômicos superavitários para emprestá-los aos agentes deficitários, atuado como “**intermediários de créditos**”, de forma habitual e profissional. (PAULIN, 1998, p. 197; BARROS, 2007, p. 132; ERZIRIK et al, 2011, p. 2).

A instituição que atua na intermediação de capitais, ou seja, colhendo recursos de uns e emprestando a outros, em nome próprio, com intuito de lucro e com profissionalidade e habitualidade, sem prévia autorização do Banco Central, deve ser considerada uma instituição financeira irregular ou de fato, e estarão sujeitas às sanções previstas na lei. (PAULIN, 1998, p. 198). Essas instituições serão estudadas mais a frente, no item sobre “As instituições financeiras por equiparação”.

As instituições financeiras apresentam uma estrutura patrimonial peculiar, em que são credoras dos agentes beneficiários dos empréstimos (deficitários) e devedoras dos agentes depositantes (superavitários), isso ocorre em função da **fungibilidade** dos seus bens, formados basicamente por moeda. Outra característica dessas instituições é que atuam em nome próprio, como se aqueles recursos depositados fossem recursos próprios, mas, em verdade, foram previamente captados junto ao público com a finalidade de transferi-los sob a forma de empréstimos. (LOPES, 1989, p. 63; COELHO, 1984, p. 76 e 77; ERZIRIK et al, 2011, p. 3).

O intermediário financeiro é um tipo especial de empresário, pois, capta recursos junto ao público, toma-os como próprios com a finalidade de repassá-los, de forma habitual e com finalidade lucrativa. Sua atividade é dupla, no sentido que, remunera com juros os poupadores quando capta deles seus recursos e, de outro lado, cobra juros dos tomados de seus recursos. A sua remuneração vem do chamado “spread bancário”, que é constituído da diferença entre a taxa de juros pagos e os juros cobrados. E ainda, suas operações são divididas em passivas, quando ocupam a posição de devedoras, e ativas, quando ocupam a posição de credoras.

Para a caracterização jurídica da intermediação financeira é necessário verificar a existência dos seguintes elementos (EIZIRIK, 1992, p. 26-27):

- a) A intermediação, ou seja, captar recursos de terceiros e vendê-los, ocupando duas posições, a de credor e devedor entre os agentes econômicos, com juros, assim, o

objeto das instituições financeiras é a “negociação de crédito”, portanto, não basta meramente a captação ou o empréstimo para caracterizar atividade típica financeira;

- b) Participar da cadeia de obrigações, assim, não existe intermediação financeira se não existir a relação devedor/credor da instituição financeira com aqueles de quem ela adquiriu recursos e aqueles para quem ela os emprestou, respectivamente;
- c) A habitualidade nessa atividade, ou seja, deve operá-la de forma constante e em caráter permanente;
- d) A profissionalidade, sua atividade deve ser especializada e determinada a uma finalidade, com fins lucrativos e operada de forma pública e notória.

Esse quadro traz as idéias centrais do que se vai discutir a seguir sobre o conceito de instituição financeira e lança as bases da posição defendida nesta pesquisa.

3.3. O conceito de Atividade Financeira

O conceito de instituição financeira foi trazido pelos Arts. 17, *caput* e parágrafo único, e 18, §1º da Lei nº 4.595/1964 e pelo art. 1º da Lei nº 7.492/1986, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional.

Lei n.4.595 de 1964:

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 propriedade 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**.

Art. 18. (...)

§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 seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina 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, mercadorias 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.

(Grifos nossos)

Lei nº 7.492 de 1986:

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, **cumulativamente ou não**, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, 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**.

(Grifos nossos)

O conceito trazido pela Lei nº 4.595/64 é abrangente, tem o interesse de incluir nele todas as possíveis espécies de instituições financeiras, incluindo as pessoas físicas equiparadas, conforme o parágrafo único do art. 17 da lei. Por sua vez, o §1º do art. 18 da mesma lei, ao catalogar alguns tipos de atividades financeiras, acaba por estabelecer também um conceito dessa atividade.

Convém destacar que o objeto social da empresa deve corresponder ao conceito acima, seja essa sua atividade principal ou acessória, caracteriza-se pelo próprio exercício de seu negócio, não é uma eventualidade, um incidente em seu objeto.

Esse conceito é amplo e traz definições bastante imprecisas e inadequadas, se tomadas literalmente, ao ponto de possibilitar conclusões insensatas, assim, concluíram diversos autores, (EIZIRIK, 2011; VERÇOSA; PELIZZARO, 2007; LOPES, 1989; LEMMI, 2005), como veremos a seguir:

Nos termos do parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.595 de 1964, poder-se-ia concluir que, pratica atividade financeira, qualquer pessoa que aplique “recursos próprios”, como a mãe que empresta dinheiro ao filho em dificuldade financeira, financiando-o, sem prévia autorização do BACEN, exemplo usado por Lemmi em sua crítica.

Ou ainda, nos termos do parágrafo único do art. 17 da mesma lei e do parágrafo único, inciso II, do art. 1º da Lei nº 7.492 de 1986, também pratica atividade financeira, aquele que aplique recursos (próprios ou de terceiros), de **forma eventual**. Os autores criticam o uso do termo “eventual” em função da necessidade da prática habitual e profissional da atividade financeira, e não de forma casual ou inesperada, como o dispositivo propõe.

É essa também a posição de Lemmi, (2005, p. 46), para quem o próprio termo utilizado pela lei, “atividade” financeira, justifica a necessidade de profissionalidade e habitualidade, pois é caracterizada pela “sequência ordenada de atos de captação e aplicação de recursos”.

Em decorrência das incoerências apontadas, os autores dividem-se basicamente entre duas correntes:

1ª – Da Interpretação Literal ou alternatividade: são aqueles que acreditam que o artigo 17 da Lei nº 4594/64 deve ser tomado literalmente, portanto, não consideram que os elementos, coleta, intermediação e aplicação de recursos, devam ser necessariamente reunidos, mas podem ser considerados também isoladamente.

2ª - Da cumulatividade dos elementos: são os que defendem a cumulatividade dos elementos do art. 17 da Lei nº 4.595, ou seja, que para a configuração da atividade financeira é necessário que, coleta, intermediação e aplicação de recursos, estejam conjugados, e

A primeira corrente interpreta os art. 17 e 18 da Lei nº 4.595/64 **literalmente**, resultando que, para a configuração da atividade financeira é suficiente a captação ou a intermediação ou a

aplicação de recursos, aplicação que se configuraria por qualquer mútuo de dinheiro ou desconto de créditos²⁷.

Adotam essa corrente: Comparato (1972, p. 64) ao considerar como instituição financeira as operações de “conventional *factoring*”, tendo como justificativa a mera existência de um financiamento nessa operação; Carlos Alberto Hagstrom (1982, p. 43), para quem as operações de crédito configuram atividade financeira, e Gonçalo Ivens Sá (1989, p. 109), para quem qualquer mútuo, financiamento ou desconto caracterizam atividade financeira.

E também, Verçosa e Pelizzaro (2007, p.110), que defendem que constitui atividade financeira qualquer das atividades descritas no referido artigo, coleta, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros, ou ainda que ocorra a custódia de valor de propriedade de terceiro, considerados isoladamente, portanto, eles discordam da tese da cumulatividade desses elementos.

Esses autores complementam que isso ocorre em função da própria história do Sistema Financeiro Nacional, fundado no princípio da segmentação ou especialização, ou seja, está fundado sobre instituições financeiras especializadas em determinados segmentos. O exemplo usado pelos autores foi o das distribuidoras de títulos e valores imobiliários, que não fazem a intermediação de recursos financeiros, mas fazem a intermediação na “*oferta pública de valores mobiliários*”, justificando não tratar-se de recursos em espécie.

Entretanto, a doutrina dominante adota a segunda corrente (da **cumulatividade**), afirmando que a atividade típica financeira desenvolve-se pela reunião dos elementos captação de recursos de terceiros, intermediação e aplicação desses recursos. Nesse sentido, entendem que o mero empréstimo de recursos próprios, ausente de captação junto ao público ou intermediação, não configura atividade privativa de financeira. Nelson Eizirik (1977; 1992; 2011), Wilson do Egito Coelho (1984, p. 76), Luiz Gastão (1999, p. 243), Marcelo Negri Soares (2010, p.25), Maria Elizabete Vilaça (1989, p. 63), Luiz Lemos Leite (1997, p. 66) e Luiz Alfredo Paulin (1998, p. 199).

Nelson Eizirik (2011, p. 6), adota posição majoritária e a resume assim:

²⁷Luiz Rodrigo Lemmi (2005, p. 21) explica que essa corrente é geralmente adotada em peças processuais do Ministério Público, em decisões judiciais e em partes secundárias de doutrinas, que geralmente não se apóiam em reflexões teóricas muito aprofundadas.

Assim, de acordo com a melhor interpretação do art. 17 da Lei nº 4.595/1964, para caracterizar-se a atividade privativa da instituição financeira exige-se a presença cumulativa dos seguintes elementos: a captação de recursos financeiros e nome próprio; seguida do repasse mediante operação de mútuo financeiro; com o intuito de auferir lucro; realizada tal modalidade de operação em caráter habitual.

O mesmo autor ainda destaca que, apesar de a “intermediação da circulação do dinheiro” ser a principal função de tais instituições, ela não esgota suas atividades, que podem apresentar como operações acessórias outras atividades na prestação de serviços bancários, como a cobrança de títulos, o aluguel de cofres de segurança, transferências eletrônicas, e outros.

Por sua vez, Wilson do Egito Coelho afirmou:

(...) que a aplicação de recursos financeiros próprios só será atividade privativa de instituições financeiras quando ficar caracterizada a intermediação especulativa, ou coleta desses recursos, isto é, nos casos em que ficar bem configurada a captação de recursos de terceiros (coleta) para aplicação mediante empréstimo a outros (intermediação). (1984, p. 77)

Luiz Alfredo Paulin (1998, p. 199) também considerou absurda a interpretação literal do conceito apresentado pela lei:

Ora, tal conclusão não se justifica. Até porque, como é sabido, a interpretação de um texto de lei não pode conduzir a resultados absurdos. E, assinala-se que, em rigor, caso prevalecesse esta interpretação, um número infindável de pessoas, que praticam atos absolutamente regulares, corretos e socialmente aceitos, passariam imediatamente à condição de desrespeitadores da lei.

Maria Elizabete Vilaça Lopes (1989, p. 63) chega à conclusão em favor da cumulatividade dos elementos do art. 17 da Lei da Reforma Bancária através da negativa da tese da interpretação literal desse artigo, a autora explica que:

O interprete deve, por premissa, afastar a exegese que conduza ao absurdo. Se cada um dos atos discriminados pela lei fosse considerado isoladamente, qualquer empresa que aplicasse recursos próprios no mercado financeiro ou os coletasse, *v.g.*, via debêntures, poderia ser caracterizada como instituição financeira.

(...)

Afastada a possibilidade de interpretar-se de maneira isolada, cada um dos atos referidos, impõe-se tomá-los em conjunto.

A autora conclui sua crítica afirmando que à expressão “aplicação de recursos financeiros próprios”, constante do art. 17 da lei em análise, somente pode ser entendida no sentido de que as instituições financeiras, além de captarem recursos de terceiros, também são autorizadas a usarem capital próprio.

É essa também a opinião de Luiz Rodrigo Lemmi (2005, p. 25), para quem a expressão “recursos próprios” foi trazida pela lei para garantir que, quando uma instituição financeira utilizasse, além de recursos captados do público, recursos próprios, ainda seria configurada a atividade financeira, evitando que sua atividade fosse ora financeira (quando usasse recursos de terceiros), ora não financeira (quando usasse recursos próprios), o que representaria uma dificuldade à empresa, com liberdades diferentes.

Luiz Rodrigo Lemmi (2005, p. 22) também se dedicou à crítica da interpretação literal do art. 17 e da alternatividade de seus elementos, afirmando que levam a uma conclusão absurda:

A principal crítica que se faz essa corrente está no absurdo a que ela conduz: se qualquer empréstimo, financiamento ou desconto caracterizasse atividade financeira, chegar-se-ia à conclusão pouco razoável de que pouquíssimos seriam os cidadãos brasileiros e empresários que não teriam praticado sem a prévia autorização autárquica, o que os qualifica como criminosos.

Partindo do pressuposto de que a lei não pode querer o absurdo, nem permitir situações irrazoáveis, conclui que a Lei nº 4.595/64 não pode impedir qualquer empréstimo, financiamento ou descontos.

E ainda explica a tal irrazoabilidade gerada pela interpretação literal dos dispositivos em apreço, por meio da interpretação com fundamento nos princípios objetivos que orientam a lei da reforma bancária: a proteção à poupança pública e a contenção dos efeitos inflacionários da multiplicação das reservas, que somente ocorre com a captação de poupança pública.

A doutrina elenca os seguintes objetivos para a conceituação das instituições financeiras pela Lei n.4.595/64:

- a) a proteção da poupança popular, pois aquele que atua na intermediação financeira está autorizado a coletar recursos do público, e o Estado é o responsável pela proteção das economias da população;
- b) a própria proteção do sistema financeiro nacional, pois a quebra de uma instituição financeira não atinge somente seus clientes, mas coloca em risco a higidez de todo o sistema com a desconfiança do mercado no sistema financeiro, e
- c) impedir a multiplicação das reservas bancárias, por meio da imposição sobre os bancos do recolhimento compulsório de parte de seus depósitos à vista em favor do BACEN.

Nesse sentido ver Luiz Alfredo Paulin (1998, p. 199), Gonçalo Ivens de Cunha e Sá (1989, p. 108) e Luis Rodrigo Lemmi (2005, p. 40).

Por fim, existem mais dois debates a serem feitos resumidamente, para finalizar a crítica à interpretação literal da aludida lei.

Primeiro, há quem analise que o parágrafo 1º do art. 18 da Lei da Reforma leva a conclusão de que a simples compra de títulos, e, portanto, qualquer desconto de títulos, feito por pessoa física ou jurídica, caracteriza uma instituição financeira. Nesse sentido Gonçalo Ives Ferraz da Cunha e Sá (1989, p. 110).

Porém, o que se verifica, em realidade, é o cuidado da lei em declarar que, aquela (e somente aquela) compra de títulos, que se realiza no contexto do mercado financeiro (em que ocorre a negociação de créditos), conforma uma atividade financeira. Nesse sentido LEMMI (2005, p. 27).

E por fim, há quem entenda que a mera intervenção especulativa no mercado financeiro, ou seja, a aplicação de recursos com finalidade lucrativa caracteriza a atividade financeira. Conforme essa teoria, qualquer mútuo, garantia²⁸ ou desconto, com recursos próprios e de terceiros, e de forma habitual e profissional, realiza atividade privativa de instituição financeira. Nesse sentido Haroldo Verçosa (1999, p. 169) e Ofício do BACEN datado de 08 de abril de (1992 *apud* LEMMI, 2005, p. 33).

Contudo, em se tratando da aplicação de recursos próprios, recorreremos, mais uma vez, aos princípios que motivam a Lei Bancária acima estudados, para esclarecer que, na hipótese em questão, não se verifica o interesse do Estado em **proteger a poupança popular e a hígidez do sistema**, pois não há captação de recursos junto ao público, conseqüentemente, não existe risco ou prejuízo à poupança popular ou ao sistema e não representa uma pressão potencialmente inflacionária, assim, não há justificativa para a aplicação de tal norma. Nesse sentido Paulin (1998, p. 199) e Lemmi (2005, p. 28).

Assim, como explicou Luiz Alfredo Paulin (1998, p. 199), não é função do Estado fiscalizar a utilização de capital próprio pelo empresário, que inserido em um sistema capitalista, baseado na livre iniciativa, tem discernimento para decidir em que investir seu capital, se responsabilizando pelo bom ou mau desempenho do negócio escolhido.

O mesmo não ocorre quando se trata de aplicação de recursos de terceiros, por óbvio, nesse caso a incidência da Lei nº 4.594/64 é necessária, em função dos mesmos princípios já analisados.

Portanto, os elementos coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiros devem ser tomados em reunião, afinal, como se viu, a intermediação financeira se perfaz, justamente,

²⁸Lemmi (2005, p. 29-32) faz uma análise da garantia, tendo como base dois casos de operadoras de cartão de crédito, e conclui que a garantia, assim como o mútuo e o desconto, apesar de não serem iguais juridicamente, configura aplicação de recursos, e como tal tem potencial para constituir atividade financeira, desde que acompanhada de outros elementos, os quais estudamos neste capítulo, como a captação de poupança pública. Concordamos com esse entendimento.

pela aplicação de recursos, previamente, coletados de terceiros, por intermédio de uma instituição financeira, que deve atuar de forma habitual e profissional.

Conclui-se então, que a aplicação da lei nº 4.595/64 está, objetivamente, condicionada a existência de captação de poupança pública, pois não haveria risco a poupança popular se esta não fosse confiada às instituições financeiras e não haveria multiplicação de recursos se não fossem realizados depósitos à vista a essas mesmas instituições. O que justifica considerar insensata a interpretação literal dos art. 17 e 18.

3.4. As instituições financeiras por equiparação

O parágrafo único do art. 17 trata da equiparação às instituições financeiras das “pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual”.

Quando um agente pratica de forma permanente as atividades próprias de instituição financeira, independente de prévia e expressa autorização do Banco Central do Brasil, este configura uma instituição financeira *irregular* ou *de fato*, e está sujeito à legislação apropriada, inclusive quanto às penalidades aplicáveis.

Diferenciando as duas temos que, uma instituição financeira *irregular* é aquela que não cumpriu todos os requisitos para a devida autorização do BACEN ou deixou de cumpri-los em determinado momento, ou ainda, ela atua em um campo para o qual o BACEN não a autorizou, como no caso de um banco múltiplo em que uma de suas carteiras ainda não foi autorizada.

Por sua vez, a instituição financeira *de fato* é aquela que atua completamente à margem da lei, invadindo a competência privativa das instituições financeiras, como é o caso dos agiotas, que fazem parte do chamado *mercado marginal*, e, como pessoa física ou sob a fachada de uma empresa, com objeto social diverso da prescrita para a instituição financeira, executa a atividade descrita no art. 17 da Lei nº 4.594/64.

Outro ponto a ser observado é que não basta a prática eventual dessas condutas, ao contrário do que consta do referido parágrafo, como defendem Verçosa e Pelizzaro, (2007, p. 114), há que se verificar se o fazem de forma profissional e habitual.

Logo, “onde o legislador escreveu *eventual*, deve-se ler *acessória*”, por exemplo, uma empresa que realize empréstimos eventuais a outra empresa de seu grupo econômico não poderá ser tomada como uma instituição financeira *de fato*, uma vez que não passou a praticar essa atividade profissional e habitualmente.

Quanto ao Direito Tributário aplicável, verifica-se que o Código Tributário Nacional (CTN) apresenta um caráter realista (VERÇOSA; PELIZZARO, 2007, p. 112), portanto, não importa se a atividade é regular ou irregular, o imposto por operações de empréstimos realizados por instituições não financeiras é devido, pois ocorreu o fato gerador.

Com essa lógica o CTN, longe de autorizar o funcionamento das instituições financeiras *irregulares* ou *de fato*, até porque não tem competência para tanto, pretende posicionar-se “contra um eventual comportamento oportunista de pessoas naturais ou jurídicas”, que intentam escapar do ônus de pagar impostos ao safar-se da regularização.

O tratamento jurídico para essas empresas é diferente ao passo que a irregularidade da primeira pode ser sanada, o que não ocorre com a segunda, cuja irregularidade é “genética” (VERÇOSA; PELIZZARO, 2007, p. 112), não pode ser corrigida.

3.5. As operações de crédito, a atividade financeira e os contratos de *factoring*

Sobre operações de crédito, defendeu Alberto Xavier ²⁹(1989 *apud* LEMMI, 2005, p. 34), que estas são aquelas operações em que a pessoa que recebe recursos fica obrigada a restituir esse valor, assim, quando a obrigação de restituir é eventual não há operação de crédito.

²⁹XAVIER, Alberto. Regime Tributário da diferença entre o valor nominal e preço da cessão de créditos nas operações de “*factoring*”. In: Revista de Direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, v. 50, p. 50-67.

Já a maioria da doutrina, explica que as operações de crédito são baseadas na confiança e se caracterizam pela ocorrência de uma prestação presente, por uma das partes, e a promessa de prestação futura pela outra parte. Essas operações, portanto, envolvem o direito da primeira parte de exigir essa prestação contra a segunda e são marcadas pela existência de um prazo, entre a primeira e a segunda prestação, ou, entre a concessão e a restituição.

Nesse sentido ver: Carlos Renato de Azevedo Ferreira (1985, p. 72, 73), Maria Elizabete Vilaça Lopes (1989, p. 60), Luiz Rodrigo Lemmi (2005, p. 34-39) e Luiz Lemos Leite (1997, p. 48).

Sendo assim, Lemmi (2005, p. 35) defendeu que todas as operações financeiras são formadas por operações de crédito, mas que nem todas as operações de crédito configuram a atividade financeira. O autor pensa na hipótese da compra e venda a prazo, pela qual o vendedor dá o bem presente pelo pagamento futuro, essa operação é fundada no crédito, no direito de exigir do vendedor, mas não é atividade financeira, pois faltam-lhe os elementos do art. 17 da Lei nº 4.595/64.

Portanto, ao ocorrer uma operação de crédito é preciso observar que esta pode ou não configurar uma operação financeira. Assim sendo, uma operação creditícia é atividade financeira quando é acompanhada pelos elementos do art. 17 da lei bancária, cumulativamente, captação, intermediação e aplicação de recursos de terceiros, como se viu.

Fran Martins (2010, p. 428), Carlos Renato de Azevedo Ferreira (1985, p. 73), Maria Elizabete Vilaça Lopes (1989, p. 60), Luiz Rodrigo Lemmi (2005, p. 34-39) e Luiz Lemos Leite (1997, p. 48) entendem que o *factoring* não configura uma operação de crédito, uma vez que nele ocorre a cessão *pro-soluto* de créditos oriundos das vendas do cliente do *factor*, portanto, sem direito de regresso.

Assim sendo, a empresa de *factoring* adquire os títulos de seu cliente, paga o preço estipulado, sem que seu cliente não fique obrigado a restituir esse valor diante do não pagamento dos títulos pelo devedor, assim, a prestação e contraprestação já foram consumadas, não há promessa de prestação e nem prazo.

Porém, como se pode perceber, as operações de *maturityfactoring* configuram operações de crédito, afinal, nelas ocorre a prestação presente, marcada pela cessão dos títulos à empresa de *factoring*, que se obriga a prestação futura do valor negociado, assim, o cedente tem contra o

factor um crédito, que poderá ser cobrado após o prazo estipulado. Mas, ainda assim, não configura atividade financeira, como querem alguns autores (COELHO, 2011, p. 162; HAGSTRON, 1982, p. 38; COMPARATO, 1972, p. 65)³⁰, uma vez que não estão presentes os elementos do art. 17 da lei já estudada.

Destacamos o entendimento de Maria Elizabete Vilaça Lopes, para quem todas as operações da *factoring* são operações de crédito, mas não financeiras, como já foi visto no capítulo sobre a natureza do *factoring*. Posição da qual discordamos no sentido do que defendeu Fran Martins (2010, p. 428) e Luiz Lemos Leite (1997, p.48) e do que foi acima discutido.

³⁰Quanto às operações de *conventional factoring*.

4 A FISCALIZAÇÃO DO COAF

4.1 A Lei nº 9.613/98 - Lavagem de capitais

Faz-se necessário o estudo da Lei de Lavagem de Capitais, nos pontos em que interessa para a compreensão do tema da fiscalização do COAF sobre as operações de fomento mercantil.

A globalização econômico-financeira provoca uma maior integração entre os diversos mercados e blocos econômicos mundiais e conseqüentemente uma maior interdependência econômica dos países.

A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, também conhecida como Lei da Lavagem de Dinheiro, está inserida no contexto de grandes corporações empresariais, financeiras e bancárias, que atuam no mercado de circulação de bens e valores e da cooperação internacional na área de combate à criminalidade, uma vez que foi criada em função dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na Convenção de Viena de 1988. (COAF; BARROS, 2007; ABRÃO, 2007; ROBALDO, 2003)

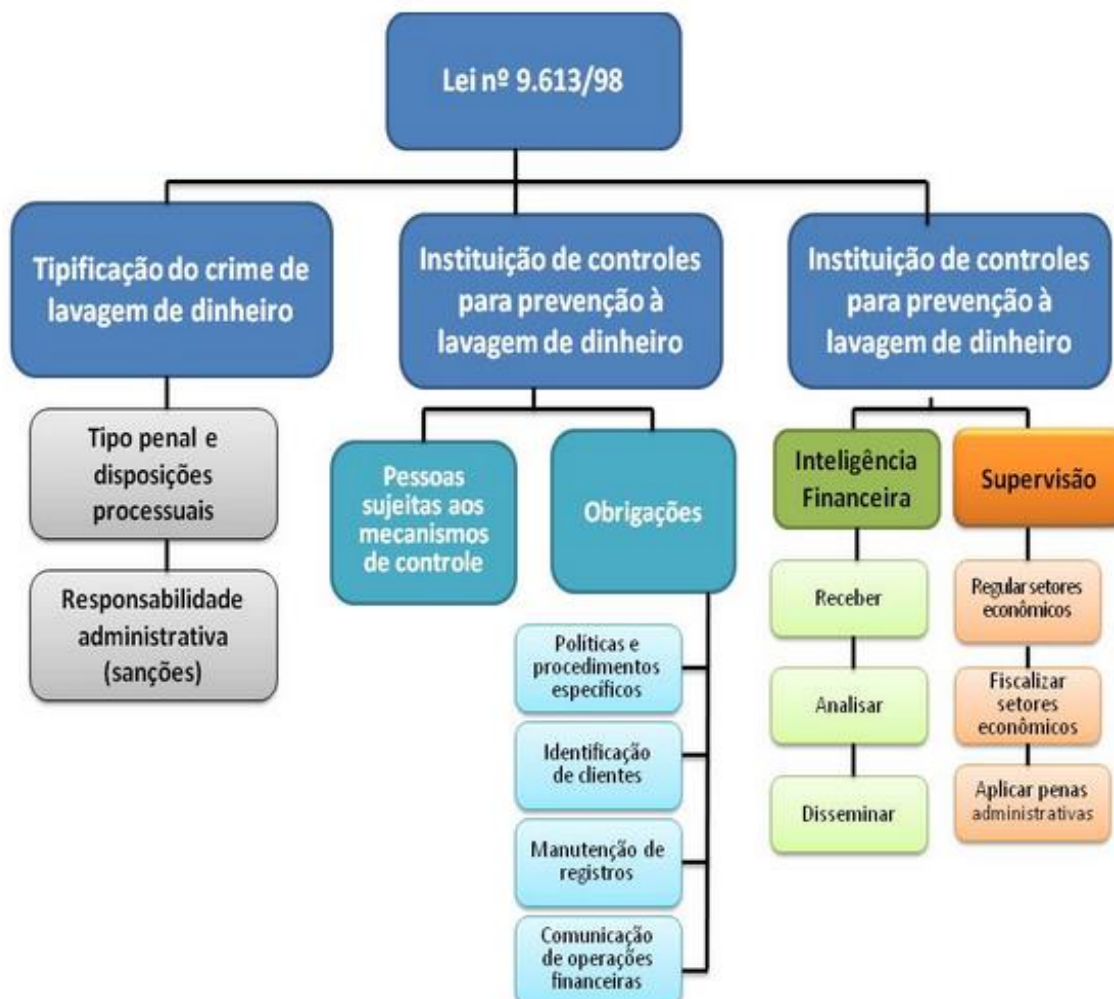
A lavagem de capitais é crime em expansão global, caracterizado pela transnacionalidade, pois é praticado por redes internacionais de criminosos organizados que utilizam métodos sofisticados de informação e de comunicação eletrônica, com auxílio da internet ou outros meios tecnológicos. Esse crime ultrapassa as fronteiras entre os países, por isso a colaboração internacional é indispensável para combatê-lo. (BARROS, 2007, p. 38; ABRÃO, 2007, p. 446; ROBALDO, 2003).

A análise da lei permite afirmar que ela atua em, basicamente, em duas frentes. Na primeira, tipifica o crime de lavagem de capitais e prescreve sanções administrativas. Na segunda, institui um regime de prevenção à lavagem de capitais.

A prevenção ocorre pela responsabilização administrativa de pessoas físicas e jurídicas de diversos setores econômico-financeiros pela identificação de seus clientes, pela manutenção

de registros de operações e pela comunicação sobre operações suspeitas, sujeitando-as às penalidades administrativas pelo descumprimento dessas obrigações. Para efetivar esse sistema, preservou as competências dos órgãos reguladores já existentes de cada setor, como o BACEN, a CVM, a SUSEP e outros e criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) para regular e fiscalizar os demais setores. (COAF; ABRÃO, 2007).

Figura 1 - Organograma da Lei de “Lavagem” de dinheiro



Fonte: Conselho de Controle de Atividades Financeiras(COAF, disponível em <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/sobre-a-lavagem-de-dinheiro>>, acesso em 12 ago. 2014).

Figura 1 - mostra o organograma da lei e permite visualizar o regime da Lei da Lavagem, nas duas faces, tipificação e prevenção.

O COAF é a unidade de inteligência financeira do Brasil, responsável pelo recebimento, análise e intercâmbio de informações, e de supervisão, responsável pela regulação, fiscalização e pelo processo e punição administrativa dos setores regulados.

Outra finalidade da lei é combater o financiamento do terrorismo e a proliferação de armas de destruição em massa, ligados a organizações criminosas transnacionais que se utilizam da lavagem de capitais para financiar ações terroristas. Para tanto, o COAF é o responsável por coordenar a participação brasileira em organismos internacionais de combate ao financiamento do terrorismo e para internalizar as diretrizes e recomendações adotadas pelos organismos de cooperação internacional contra o terrorismo. Além disso, disciplina, aplica penas administrativas, recebe, examina e identifica operações suspeitas de atividades ilícitas, e ainda comunica às autoridades competentes quando perceber a existência do crime de lavagem de capitais e de financiamento do terrorismo, ou tiver fundados indícios da sua existência. (ABRÃO, 2007; COAF, 2014; BARROS, 2007)

Diante disso, editou a Resolução n.15, de 28 de março de 2007, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados por pessoas físicas e jurídicas relativos ao combate ao terrorismo e seu financiamento.

Em resumo, essa resolução prescreve, em seu art. 1º, que as pessoas reguladas pelo COAF (art. 9º da Lei nº 9.613/98), devem comunicar imediatamente ao COAF, operações realizadas ou serviços prestados, ou propostas para sua realização, qualquer que seja o valor, que envolvam: I – Osama Bin Laden, membros da Al-Quaeda, membros do Talibã, e outros; II – o antigo governo do Iraque ou de seus entes estatais, bem como empresas, fundos, etc. que tenham envolvimento com o antigo regime iraquiano, III - pessoas que perpetrem ou intentem perpetrar atos terroristas ou deles participem ou facilitem o seu cometimento, ou as entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por essas pessoas; ou IV – que possam constituir sérios indícios do financiamento ao terrorismo. (COAF)

Através da Lei de Lavagem de capitais e das Resoluções do COAF, o Brasil procura harmonizar-se com as 40 Recomendações do GAFI³¹ (Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de capitais e o Financiamento do Terrorismo) e com os compromissos assumidos no âmbito da Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, e ratificada pelo Brasil em 16 de setembro de 2005.

De acordo com Marco Antônio de Barros (2007, p. 42), o Brasil atrai esse crime em função da sofisticação do sistema econômico-financeiro e pela variedade de instrumentos cambiais em uso por todo território nacional, inclusive próximo às fronteiras com outros países, o que favorece a expansão global do crime de lavagem de capitais, com grande capacidade lucrativa.

4.1.1 Terminologia, conceito e bens jurídicos tutelados

O termo “lavagem” de dinheiro surgiu nos Estados Unidos aproximadamente nos anos 1920, entre as “máfias americanas”, mas só foi usado em juízo na década de 1980 no curso de um processo que julgava um caso de lavagem de dinheiro oriundo do tráfico de cocaína de origem colombiana. Não foi adotada por todos os países, na Espanha, por exemplo, usa-se *blanqueo de capitales* ou *blanqueo de dinero*, e em Portugal, usa-se branqueamento de dinheiro. (BARROS, 2007, p. 44; ROBALDO, 2003, p.309)

No Brasil, o termo dinheiro “sujo” refere-se ao dinheiro com origem ilícita e “lavagem” é o processo empregado para tornar esse dinheiro “limpo”, por meio de operações econômicas ou financeiras que procuram não deixar rastros. Ainda sobre o tema é preciso dizer que o crime em questão envolve a incorporação de recursos, sejam bens ou valores, por isso, prefere-se o termo genérico “lavagem” de capitais, não apenas de dinheiro (moeda), assim como defendeu Barros (2007).

³¹O GAFI é um organismo internacional que atua na esfera da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e reúne países com o objetivo de fortalecer os mecanismos globais de prevenção e combate ao crime de lavagem de ativos.

O conceito de lavagem de capitais, segundo a maioria doutrinária, é assim caracterizado: conjunto de operações comerciais ou financeiras, que visam incorporar na economia de cada país, recursos (bens ou valores) de origem ilícita, dando-lhe aparência legal, de forma transitória ou permanente. Essa operação ocorre geralmente em três fases independentes e simultâneas, que são: a colocação, a dissimulação e a integração. (BARROS, 2007, p. 46; PRADO, 2010, p.10; COAF; ROBALDO, 2003)

Quanto ao bem jurídico tutelado, a versão mais defendida pela doutrina é aquela para a qual a lei procura **proteger a estabilidade da moeda nacional, a credibilidade financeira do país, preservar a saúde das finanças públicas e privadas produzidas aqui** e ainda visa **proteger os direitos e interesses econômico-financeiros de outros Estados** que mantém relações internacionais de cooperação com o Brasil. (BARROS, 2007, p.39; ROBALDO, 2003).

E ainda, nas palavras de Luis Regis Prado (2010, p. 10):

Acolhe-se esta última posição, vale dizer, o bem jurídico protegido – de caráter transindividual – vem a ser a ordem econômico-financeira, o sistema econômico e suas instituições ou a ordem socioeconômica em seu conjunto (bem jurídico categorial), em especial a licitude do ciclo ou tráfego econômico-financeiro (estabilidade, regularidade e credibilidade do mercado econômico), que propicia a circulação e a concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais (bem jurídico em sentido técnico).

Ainda segundo esse autor, foi essa a posição adotada pela Diretiva 91/308/CEE.

4.1.2 O modelo trifásico: colocação, dissimulação e integração

Faz-se necessário o estudo do processo pelo qual se dá o crime de lavagem, uma vez que envolve, como se verá adiante, diversos setores econômicos e financeiros, podendo envolver empresas de fomento mercantil e instituições financeiras, objetos dessa pesquisa.

O modelo trifásico se baseia na necessidade da organização criminosa de incorporar o capital “sujo”, sem justificar sua real procedência. Para isso é necessário um processo que torne invisível a relação entre o delito e os recursos produzidos por essa conduta. É nesse sentido que a doutrina refere-se a um processo formado pela colocação, dissimulação e integração.

A **colocação** caracteriza-se pela ocultação dos recursos ilícitos, para tanto, procura-se afastar os bens, direitos ou valores do crime antecedente. Em geral, essa operação ocorre no âmbito do sistema financeiro (bancos, empresas de créditos) e do sistema geral de economia (bolsas de valores, transações imobiliárias, compra de jóias, obras de arte, etc.), nessa fase podem aparecer diferentes pessoas para diluir grandes valores.

Já a **dissimulação** é caracterizada pelo conjunto de investimentos com o qual se pretende esconder o trajeto percorrido pelos recursos provenientes do crime antecedente. Nesse momento, ocorrem várias operações econômico-financeiras, utilizando-se diferentes contas bancárias, nacionais e internacionais, envolvendo diversas pessoas físicas e jurídicas e investimentos, com o intuito de camuflar a origem ilícita dos recursos. É operada pela sobreposição de transições, em uma ramificação de contas bancárias, as chamadas “contas de passagem”.

Finalizando a lavagem, tem-se a **integração**, pela qual, depois de conseguir a aparente licitude dos recursos, conquistada através das fases anteriores, processa-se a reintrodução desses recursos no setor econômico, financeiro e produtivo do país, por meio da criação de negócios lícitos, investimentos em negócios lícitos ou pela aquisição de bens em geral (imóveis, obras de arte, jóias, veículos, etc.).

Marco Antônio Barros (2007, p. 49) observa que a doutrina tem questionado a necessidade dessas três etapas aparecerem juntas ou mesmo nessa ordem e conclui:

De qualquer modo, a movimentação de bens e valores provenientes do crime-base deve ser feita com o objetivo de se integrar ao patrimônio do criminoso, com a aparência de produto lícito, (...).

(...), até porque, o texto descritivo do tipo penal não exige expressamente a superação das fases *dissimulação* e *integração* para a configuração do crime de “lavagem”.

Assim sendo, diz-se que essas fases são independentes e autônomas.

Importante observar nesse ponto que existe uma grande variedade de empresas tanto dos setores econômicos, quanto do setor financeiro, que podem ser usadas de fachada para encobrir a lavagem de recursos. Desse modo, não é de se espantar que a lei definisse um rol bastante amplo de pessoas sujeitas a obrigações administrativas e ao controle do COAF e demais órgãos reguladores.

4.1.3 Pressuposto básico da lavagem de recursos

Não se poderia passar em branco sobre o pressuposto básico da lavagem de recursos, ou seja, a prática de outro crime, chamado genericamente de crime antecedente.

No princípio do combate à lavagem de capitais, alguns países adotaram em suas legislações apenas o crime de tráfico de entorpecentes como crime antecedente, porém, posteriormente, verificou-se que a lavagem também estava sendo usada para concluir outras modalidades criminosas. Diante disso, o rol dos crimes antecedentes foi ampliado, sendo que em alguns países passou a abranger todos os tipos penais da sua legislação.

O Brasil, a princípio, havia adotado uma posição intermediária, não limitava os crimes anteriores somente ao tráfico de entorpecentes, mas também não o estendia a todos os ilícitos do sistema penal brasileiro. A Lei nº 9.613/98 havia adotado um rol taxativo de crimes anteriores, contudo, a Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, alterou a lei de lavagem “para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”, veja-se a nova redação do art. 1º, *caput*:

Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de **infração penal**. (grifo nosso)

Em resumo, a alteração alterou a redação dos §§1º e 2º e revogou os incisos do art. 1º que prescreviam um rol taxativo dos crimes antecedentes, com isso, a legislação brasileira amplia para toda e qualquer infração penal o rol de possíveis crimes anteriores ao crime de lavagem de recursos.

Essa alteração demonstra a intenção do legislador brasileiro em concentrar esforços no combate à lavagem de capitais e ao financiamento do terrorismo.

4.1.4 Das pessoas sujeitas à lei

As medidas de prevenção da Lei da Lavagem têm o objetivo de inibir e dificultar a utilização de setores da economia como via para o crime de lavagem de recursos. Em função disso, o legislador previu exaustivamente as pessoas sujeitas ao regime administrativo de combate à lavagem. Veja-se:

Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II - a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:

I - as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado;

II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização;

III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;

IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;

V - as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*) e as de fomento comercial (*factoring*);

VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;

VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;

VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;

IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;

X - as pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;

X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;

XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades.

XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie.

XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermediem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;

XIII - as juntas comerciais e os registros públicos;

XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares;

XVI - as empresas de transporte e guarda de valores; XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermediem a sua comercialização; e

XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.

Observa-se que a primeira parte do art. 9º, *caput* e incisos I, II e III, parece repetir o conceito de instituição financeira trazido pelo art. 17 da Lei nº 4.594/64 do qual já tratamos. Isso poderia levar a conclusão de que as pessoas referidas nos incisos I ao XVIII, do parágrafo único, estariam equiparadas às instituições financeiras, pelo menos para efeitos daquela lei.

Concluir-se assim, seria dizer que a Lei de lavagem equiparou às instituições financeiras, algumas pessoas jurídicas típicas de direito comercial, sem qualquer vínculo com a atividade financeira, ou mesmo, pessoas físicas a instituições financeiras.

Como se viu, quando do estudo do conceito de instituição financeira, o legislador de 1964 definiu um conceito que se tomado em sua literalidade conduz a absurdos jurídicos³².

A começar pelo uso do termo “eventual”, que se mostrou inadequado por tratar-se de uma atividade e como tal deve ser praticada de forma habitual e profissional.

Outra irregularidade foi vincular a intermediação financeira ao uso de recursos próprios, o que não tem justificativa, uma vez que a intermediação financeira pressupõe a prévia captação de recursos de terceiros³³.

E quanto à expressão “cumulativamente ou não”, viu-se que não encontra respaldo a interpretação de que os elementos, coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiros, podem aparecer separadamente, uma vez que a própria intermediação pressupõe a captação e posterior aplicação de recursos de terceiros. Assim, a melhor interpretação é considerar esses elementos cumulativamente apenas.

Fazendo-se essas considerações, fosse intenção da Lei da Lavagem trazer em seu art. 9º o conceito de instituição financeira, tal qual o fez a Lei Bancária, estaria cometendo as mesmas irregularidades, o que contraria os objetivos de ambas as leis, que se resumem à **proteção da poupança popular** e à **proteção dos sistemas econômico e financeiro**.

Nesse caso e quanto à atividade de fomento mercantil, a análise da doutrina e jurisprudência permitiu concluir que o *factoring* não guarda qualquer relação com a atividade financeira, porque é instituto de direito comercial, que se dedica à compra de direitos creditórios, pelo instrumento da cessão *pro-soluto* de créditos, e à prestação de serviços de gestão creditícia e mercadológica dos seus clientes, em geral pequenas e médias empresas, com pouco ou nenhum acesso ao crédito junto a instituições financeiras, pelos motivos já estudados.

³² Ver item 3.3, sobre o conceito de instituição financeira.

³³ A intermediação financeira é a interligação entre os agentes econômicos que poupam recursos e os agentes econômicos que investem, para tanto, opera-se a prévia captação dos recursos dos primeiros, para posterior repasse aos investidores, sob a forma de mútuos, descontos, garantias, ou quaisquer outras formas de aplicação de recursos de terceiros.

Contudo, em uma análise mais concentrada, buscando-se os objetivos e a motivação da Lei da Lavagem de Capitais, depara-se com outra interpretação.

Marco Antônio de Barros (2007, p. 285) observou que é preciso compreender que as obrigações civis e administrativas definidas na lei com o objetivo de evitar que “ativos sujos” integrem-se no circuito econômico e, em função da origem, destino e aplicação confusos, impossibilitem o cumprimento eficaz de medidas assecuratórias.

E ainda, conforme a exposição de motivos da lei (seção 74) as medidas em caráter preventivo têm como objetivo **inibir e dificultar que setores da atividade econômica sejam usados para a prática da lavagem de dinheiro.**

Considerando-se também que o caminho feito para se lavar recursos, nas três etapas, colocação, dissimulação e integração, pode valer-se de qualquer agente, comercial ou financeiro, pessoa física ou jurídica, para encobrir a origem criminosa dos capitais³⁴, é possível concluir que, deixar de contemplar algum setor da economia, poderia criar-se um vazio (BARROS, 2007, p.286), pelo qual a lavagem certamente se desenvolveria.

Por esses motivos, parece certo concluir que, ao definir a abrangência do art. 9º, contemplando pessoas físicas e jurídicas, em caráter permanente ou eventual, em atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, pretendeu-se alcançar os mais diversos setores da economia, evitando-se buracos por onde crime organizado pudesse agir.

Desse modo, ao elencar, no parágrafo único do art. 9º, pessoas também sujeitas às mesmas obrigações (arts. 10 e 11) das pessoas definidas anteriormente, os legislador não poderia estar equiparando-as com as instituições financeiras, uma vez que a definição trazida no art. 9º, *caput* e inciso I-III, não tem a pretensão de chamar para si o conceito de instituição financeira, mas tão somente, pretende abraçar os mais diversos setores da economia, envolvendo, sim, o conceito dessas instituições e mais também, os que ficam à sua margem.

Essa interpretação é possível considerando-se o bem jurídico tutelado pela lei, que segundo a doutrina e a exposição de motivos da lei é **a credibilidade e a estabilidade econômico-financeira do país** e ainda, **a proteção dos direitos e interesses econômico-financeiros de outros Estados que mantêm relações internacionais de cooperação com o Brasil.** Além

³⁴Ver seção 4.1.2.

disso, pretendeu-se sensibilizar a sociedade para o fato de que não é possível atribuir somente ao Estado a fiscalização das operações ilícitas. (EM, seção 83; BARROS, 2007, p. 39; ROBALDO, 2003).

4.2 A fiscalização do COAF sobre as operações de *factoring*

O Conselho de Controle das Atividades Financeiras, o COAF, é órgão regulador, criado pela lei da lavagem, art. 14, e subordinado ao Ministério da Fazenda. Caracteriza-se por ser autoridade administrativa destinatária das comunicações, mas não é autoridade financeira, a exemplo do BACEN e CMN. (BARROS, 2007, p.351).

E ainda, conforme diretrizes internacionais de combate à “macrocriminalidade transnacional” e seguindo uma tendência mundial, o COAF criado foi para ser a unidade de inteligência financeira brasileira, para disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar, identificar e investigar ocorrências suspeitas de envolverem as atividades ilícitas previstas na lei da lavagem. Para corresponder a essas atribuições esse órgão tem uma estrutura administrativa especializada, habituada aos mecanismos dos mercados comercial e financeiro, para realizar o cruzamento de informações. (ABRÃO, 2007; BARROS, 2007).

É de sua competência editar as instruções referidas no art. 10 da lei, para as pessoas que não estão subordinadas à fiscalização ou regulamentação de órgão próprio. Assim, caberá ao COAF a fiscalização e regulamentação daquelas pessoas cuja fiscalização ou regulamentação não couber ao BACEN, CVM, Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e Secretaria da Previdência Complementar (SPC), sua competência é, portanto, residual.

Assim, estão sob seu controle e fiscalização os seguintes setores: empresas do ramo imobiliário (construtoras, imobiliárias, incorporadoras, loteadoras, administradores de bens imóveis, e outras), **empresas de *factoring***, entidades que efetuem sorteios e loterias, joalheiras e pessoas físicas e jurídicas que comercializem pedras e metais preciosos, galerias de arte, bingos, pessoas físicas e jurídicas que comercializem bens de luxo, consórcios, empresas de carro forte, administradoras de cartão de crédito e bolsas de mercadorias ou futuros corretores. Percebe-se que sua competência não se restringe a empresas que compõe o

sistema financeiro nacional, apesar da denominação “Conselho de Controle das Atividades Financeiras” permitir que se pensasse o contrário.

Essa pesquisa se restringe ao estudo da fiscalização do COAF sobre as operações de *factoring*. Essa atividade é marcada por produzir grande circulação de capitais, motivo pelo qual é interesse da lei da lavagem sujeitá-la.

O controle do COAF sobre as empresas de fomento mercantil se dá sob o regime da Resolução nº 21 de 20 de dezembro de 2012, essa resolução prescreve uma série de obrigações que as *factorings* devem observar, como o fornecimento de informações cadastrais, a manutenção de registros de operações que realizarem, o dever de implantar procedimentos de controle interno compatíveis com seu porte, de comunicar ao COAF e de dispensar especial atenção as operações que apresentem indícios do crime de lavagem, devem classificar o risco de clientes e operações, e ainda, devem enumerar quais são as possíveis “operações atípicas” ou suspeitas, etc.

Pelo exposto, reitera-se que o regime de controle do COAF não está condicionado à configuração da atividade financeira, a despeito do que se poderia concluir, ao se considerar somente a aparente similaridade da definição dos sujeitos, no art. 9º da lei de lavagem, com o conceito de instituição financeira, art. 17 da Lei Bancária. Como se viu no tópico acima, esses conceitos não coincidem. O conceito de instituição financeira compõe a definição dos sujeitos da lei de lavagem, mas não o esgota.

A denominação Conselho de Controle das Atividades Financeiras (COAF) poderia trazer a dúvida quanto à natureza dos sujeitos a esse órgão submetidos, mas essa questão também já foi superada pela constatação de que diversos setores tipicamente comerciais, e ainda pessoas físicas, sem qualquer vocação à atividade financeira, estão sob sua jurisdição.

Assim sendo, conclui-se que não há irregularidade jurídica em submeter as operações de fomento mercantil à regulamentação e fiscalização do COAF, sob o fundamento de que a lei de lavagem tutela a credibilidade e a estabilidade dos setores comerciais e financeiros do país e os direitos e interesses dos países que negociam com o Brasil, no combate ao crime organizado.

5 CONCLUSÃO FINAL

O *factoring*, apesar de ser figura relativamente nova na economia brasileira, é bastante difundido e utilizado, principalmente por empresários de pequeno e médio porte. As operações de *factoring* movimentam um grande volume de capitais, no Brasil e no mundo, interna e externamente, como ficou demonstrado pelos dados coletados de entidades representativas desse setor, como a *Factors Chain International* e a Associação Nacional de Fomento Comercial.

Com esses dados foi possível reconhecer a importância econômica do fomento mercantil para a economia brasileira, em especial, para as pequenas e médias empresas, as principais clientes do *factoring*. Em geral, essas empresas estão nos primeiros anos de formação, sua estrutura e patrimônio não estão consolidados e não possuem conhecimentos técnicos suficientes, assim, enfrentam dificuldades para alavancar suas atividades.

Essas empresas necessitam de capital de giro para expandir suas atividades como qualquer empresa, porém, elas enfrentam maiores dificuldades para ter acesso ao crédito bancário, pois estão limitadas às suas próprias dimensões e à situação econômico-financeira não consolidada, além de não apresentarem reciprocidade com os bancos. Dessa forma o *factoring* aparece como solução à falta de capital da PME, pois transforma as suas vendas a prazo em vendas à vista.

Empresa de *factoring* e empresa-cliente são parceiras. A primeira atua na mobilização financeira e na gestão financeira e mercadológica da segunda. A gestão compreende serviços de seleção de clientela, de análise das contas, de avaliação de riscos e outros, que permitem a expansão da produção e dos lucros da empresa-cliente.

O *factoring* é o contrato pelo qual a empresa de fomento mercantil adquire os créditos oriundos das vendas a prazo da empresa-cliente e ainda se compromete a prestar serviços de gestão financeira e mercadológica à faturizada, mediante uma remuneração. Essa operação ocorre pela cessão *pro-soluto* de direitos, combinada com a prestação de serviços que consistem na cobrança, administração e seleção desses créditos e outros serviços.

As operações de fomento comercial ocorrem sem direito de regresso, pois é da natureza dos contratos de *factoring* a assunção do risco do inadimplemento pela faturizadora.

O *factoring* não realiza antecipação de crédito. Na antecipação a titularidade dos créditos permanece com a pessoa do credor original, o que não ocorre nas operações de faturização, em que há a cessão de créditos.

O *factoring* não faz desconto de títulos. O desconto de títulos é realizado pela cessão *pro-solvendo* dos créditos, já no *factoring* ocorre a cessão *pro-soluto* de créditos.

O capital do *factoring* é constituído por recursos próprios, por linhas de créditos bancário, por recursos de empresas coligadas e por recursos de sócios e acionistas das empresas de *factoring*. Não há captação de recursos de terceiros.

O Sistema Financeiro Nacional é composto pelas instituições financeiras, que realizam a intermediação financeira entre os agentes poupadores e os investidores, necessariamente, por meio da captação de recursos junto ao público e posterior aplicação desses recursos, através de mútuos, descontos, garantias, ou qualquer outro meio de aplicação de recursos de terceiros.

Rege-se pelos princípios: a) princípio institucional das empresas financeiras, instituições financeiras são de interesse de toda a comunidade, b) princípio da autoridade monetária única, o Banco Central do Brasil e c) o princípio da segregação ou especialização, atualmente representado pelas carteiras bancárias. Acredita-se que a especialização favoreça a eficácia do SFN.

As atribuições do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil estão restritas ao âmbito das instituições financeiras e, portanto, não são competentes para regular/fiscalizar empresas sem natureza financeira. Esses órgãos também não têm competência para definir ou alterar o conceito de atividade financeira, já definido na Lei nº 4.595/64.

A intermediação financeira é a interligação entre os agentes econômicos (poupadores e investidores). Essa é a principal função das instituições financeiras. A intermediação é configurada quando se verifica a captação de recursos junto ao público para aplicá-los em forma de empréstimos, financiamentos, descontos, dentre outras operações financeiras típicas, de forma habitual e profissional.

Após a devida análise, conclui-se que o conceito de instituição financeira trazido pela Lei nº 4.595/64, nos arts. 17 e 18, é amplo e incoerente e sua interpretação literal conduz a equívoco. Portanto, foi preciso observar os objetivos desse conceito (a proteção da poupança popular, a própria proteção do Sistema Financeiro Nacional e impedir a multiplicação das reservas bancárias) para melhor defini-lo.

Assim, os elementos coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiros devem ser tomados cumulativamente, afinal, como se viu, a intermediação financeira se perfaz, justamente, pela aplicação de recursos, previamente, coletados de terceiros, por intermédio de uma instituição financeira, que deve atuar de forma habitual e profissional.

Conclui-se então, que a aplicação da Lei nº 4.595/64 está, objetivamente, condicionada a existência de captação de poupança pública, pois não haveria risco a poupança popular se esta não fosse confiada às instituições financeiras e não haveria multiplicação de recursos se não fossem realizados depósitos à vista a essas mesmas instituições. É por isso que não se justifica considerar a interpretação literal dos art. 17 e 18 da referida lei.

Quanto ao parágrafo único do art. 17 da citada lei, é possível entender que para configuração de instituição financeira por equiparação é necessário ser pessoa jurídica (caráter institucional), atuar, com profissionalidade e habitualidade, no campo da atividade privativa das instituições financeiras.

Conclui-se também que todas as operações financeiras são formadas por operações de crédito, mas que nem todas as operações de crédito configuram a atividade financeira. Uma operação creditícia é atividade financeira quando é acompanhada pelos elementos do art. 17 da Lei nº 4.595/64, cumulativamente, captação, intermediação e aplicação de recursos de terceiros.

As operações de *factoring* não são operações de crédito, exceto as operações de *maturity factoring*, ainda assim, nem uma, nem outra, configura atividade financeira porque faltam-lhes os elementos típicos do art. 17 da Lei n.4.595/64 (coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiros).

Pelo exposto, conclui-se que a natureza jurídica dos contratos de *factoring* é comercial, não financeira, pois essa atividade não se adéqua ao conceito de instituição financeira trazido pela referida lei. Desse modo, as empresas de fomento mercantil não praticam atividade privativa de instituição financeira e, portanto, e não devem ficar sujeitas ao BACEN e ao CMN.

A parte final do trabalho trata da fiscalização do Conselho de Controle das Atividades Financeiras, o COAF. Nesse momento foi estudada a lei da lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98) e dela foi possível aferir que os bens jurídicos tutelados são a credibilidade e a estabilidade dos sistemas econômico e financeiro do país e a proteção dos direitos e interesses dos Estados que mantêm relações comerciais e financeiras com o Brasil. Percebe-se ainda que os objetivos dessa lei são inibir e dificultar a utilização de setores da economia como via para o crime de lavagem de recursos, além de sensibilizar a sociedade brasileira de que não é viável atribuir somente ao Estado a responsabilidade pela fiscalização de atividades ilícitas.

Com essas conclusões acerca da lei da lavagem, prosseguimos ao estudo das pessoas sujeitas ao regime administrativo do COAF, definida no art. 9º, que, como se viu, é bastante abrangente. Foi realizada a análise dessa definição à luz das conclusões tiradas nos capítulos iniciais deste trabalho, em que se tratou do *factoring* e da atividade financeira.

A partir das conclusões tiradas naquele momento, em especial, sobre o conceito de instituição financeira, concluiu-se que o regime administrativo de controle e fiscalização do COAF não está restrito à típica atividade financeira, mas também às atividades que com ela se relacionam, como é o caso do *factoring*. Portanto, conclui-se que não há irregularidade na fiscalização exercida pelo COAF sobre as empresas de *factoring*.

Finalmente, conclui-se que as operações de *factoring* não apresentam natureza jurídica financeira. É atividade essencialmente comercial e, portanto, não se enquadra no conceito de instituição financeira, condicionado ao princípio da proteção da poupança popular. Ademais, a fiscalização do COAF não está restrita à atividade financeira e, desse modo, as empresas de *factoring* devem estar sujeitas ao seu regime.

REFERÊNCIAS³⁵

ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ASCARELLI, Tullio. Panorama do Direito Comercial. 2ª ed. Sorocaba - SP: Editora Minelli, 2007.

_____. Teoria Geral dos Títulos de Crédito. Campinas/SP: Editora Servanda, 2009.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE FOMENTO COMERCIAL (ANFAC). Disponível em <<http://www.anfac.com.br>>, acesso em 14 jul. 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). Disponível em <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em 05 fev. 14.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). **Circular nº 3081, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2002/pdf/circ_3081_v1_O.pdf> Acesso em 03 de junho de 2014.

BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas, 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BERNARDES, Luiz Antônio; SANTOS, Márcio Francisco dos. Os Princípios que Norteiam o Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Mercantil**, v. 151/152, p. 125-135, jan-dez, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. Contratos Comerciais. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL. **Lei nº 7.492 de 16 de junho de 1986.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm>, acesso em: 23 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.240, de 26 de dezembro de 1995.** Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras

³⁵De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR 6023.

providências. Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm>, acesso em 20 de maio 2014.

BRASIL. **Lei nº 4.594, de 31 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm, acesso em 11 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8981 de 20 de janeiro de 1995.** Altera a legislação tributária e dá outras providências. Receita Federal. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/Ant2001/lei898195.htm>>, acesso em 20 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm, acesso em 10 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 949.360 - RN (2007/0098642-0).** Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Recorrente: Iguana *Factoring* Fomento Mercantil Ltda. Recorrido: Dca Distribuidora Central De Alimentos Ltda. Julgamento em 17/12/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.289.995 - PE (2010/0213969-0).** Recorrente: P S *Factoring* Fomento Comercial Ltda. Recorrido: Nacional Plásticos Indústria E Comércio S/A E Outro. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 20.02. 2014.

BRITO, Cristiano Gomes de. O Regresso no Contrato de Fomento Mercantil. **Revista de Direito Mercantil**, v. 148, p.45-58, out-dez, 2007.

BULGARELLI, Waldirio. Diretrizes Gerais dos Contratos Empresariais. In: BITTAR, Carlos Alberto (coordenador). **Novos Contratos Empresariais**. São Paulo: RT, 1990, P. 15-22.

_____. Títulos de Crédito. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. Contratos Mercantis. 11ª ed. São Paulo, SP: Atlas, 1999.

CÂMARA dos Deputados. **Consultoria Legislativa.** Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/conle/consultores/area7/curriculo5.html>>.

acesso em 10 jul. de 2014.

CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. *Factoring: Seu Reconhecimento Jurídico e sua Importância Econômica*. 2ª ed. Leme-SP: Editora de Direito, 2004.

_____. *Factoring no Brasil e na Argentina – Análise Histórica, Estrutural e Funcional – Estudo de Direito Comparado, Convenção de Otawa do Unidroit*, Curitiba: Juruá Editora, 2009.

COELHO, Wilson do Egito. Empréstimos de dinheiro por particulares - quando se caracteriza operação privativa dos bancos – interpretação teleológica do art. 17 da lei nº 4.595/64. **In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 1970, v.4, p. 341-346.

COELHO, Wilson do Egito. O“*Factoring*” e a Legislação Brasileira. **Revista de Direito Mercantil**, nº 54, p. 73-82, abr-jun, 1984.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

CONSELHO DE CONTROLE DAS ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF). Disponível em <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/>>. Acesso em 07 abril 2013.

CONSELHO DE CONTROLE DAS ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF). EM - **Exposição de Motivos nº 692/ MJ**. De 18 de dezembro de 1996. Disponível em <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/>>, acesso em 20.07.2014.

CONSELHO DE CONTROLE DAS ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF). **Resolução nº 21, de 20 de dezembro de 2012**. Disponível em <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/coaf-resolucao-no-21-de-20-de-dezembro-de-2012-esta-resolucao-entra-em-vigor-em-1.3.2013>>, acesso em 10 jul. 2014.

_____. **Resolução nº 15 de 28 de março de 2007**. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas e jurídicas reguladas pelo COAF, em decorrência do contido no § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, relativamente a operações ou propostas de operações ligadas ao terrorismo ou seu financiamento. Disponível em <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/coaf-resolucao-no-015-de-28-de-marco-de-2007-1>, acesso em 10 jul. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *Factoring*. **Revista de Direito Mercantil**. Nº 6, Ano XI,

1972, São Paulo.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

DONINI, Antônio Carlos. *Factoring: Regulação, Funções Desempenhadas, Modalidades e Direito de Regresso*. **Revista dos Tribunais**, v. 802, p. 727-748, agosto de 2002.

_____. *Garantias no contrato de factoring*. **Revista dos Tribunais**, v. 918, p. 631-648, agosto de 2012.

EIZIRIK, Nelson. **O papel do Estado na Regulação de Mercado de Capitais**. Rio de Janeiro: IBMEC, 1977, p. 114-115.

EIZIRIK, Nelson. “Administração de cartões de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira?”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 88, out-dez, p. 26-27, 1992.

EIZIRIK, Nelson. Et al. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FACTORS CHAIN INTERNATIONAL (FCI). Disponível em <<http://www.fci.nl/home/>>, Acesso em 05 de fev. de 2014, as 14:00.

_____. **Total Factoring Volume by Country in the last 7 years**. Disponível em <<http://www.fci.nl/about-fci/statistics/total-factoring-volume-by-country-last-7-years>>. Acesso em 20.07.2014.

FALCÃO, Guilherme J. *Legislação que regula as empresas de fomento mercantil (“factoring”) no Brasil*. Outubro de 2001. **Acervo da Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados**. Disponível em <http://www.google.com/url?q=http%3A%2F%2Fbd.camara.gov.br%2Fbd%2Fbitstream%2Fhandle%2Fbdcamara%2F1292%2Flegislacao_regula_falcao.pdf%3Fsequence%3D1&sa=D&sntz=1&usq=AFQjCNGHS8gBM3qCAa6BgWs6ABND3EhRmQ> Acesso em 30 de jan. de 2014, as 15:02.

FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. “*Factoring*”. **Revista de Direito Mercantil**, nº 59, p. 68-94, jul-set, 1985.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUERRA, Alexandre; BENACCHIO Marcelo (coordenadores). *Responsabilidade Civil Bancária*. São Paulo: QuartierLatin, 2012.

HAGSTROM, Carlos Alberto de São Tiago. O “*factoring*” no Brasil. In: **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 48, 1982, p. 38-47.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A operação de *factoring* como operação mercantil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 115, jul-set, 1999.

LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

LEMMI, Luiz Rodrigo. *Atividade financeira e Factoring no Brasil*, São Paulo: QuartierLatin, 2005.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O contrato de “*FACTORING*” e o Sistema Financeiro Nacional. **Revista e Direito Mercantil**, Nº 74, Ano XXVIII, 1989, p. 57-71.

LUCCA, Newton de. *A Faturização no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

_____. O Contrato de “*Factoring*”. In: BITTAR, Carlos Alberto (coordenador). **Novos Contratos Empresariais**. São Paulo: RT, 1990, P. 115-155.

_____. *Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de Metodologia Jurídica: Teses, Monografias e Artigos*. 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

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

PAULIN, Luiz Alfredo. Das instituições financeiras de fato ou irregulares – análise com base na Lei nº 4.595/64. **Revista de Direito Mercantil**, v.110, abr-jun, p. 196-206, 1998.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. v.III. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PRADO, Luiz Regis. Delito de Lavagem de Capitais: Um Estudo Introdutório. **Centro de Investigación Interdisciplinaria em Derecho Penal Económico (CIIDPE)**. 2010. Disponível em <<http://www.ciidpe.com.ar/area2/lavagem%20de%20capitais.pdf>>, acesso em 10 jul. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Considerações sobre o Crime de Lavagem de Capitais: Uma visão político-criminal. In: SILVA, Geraldo José Guimarães da; GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Direito Bancário e temas afins**. Campinas: CS Ed., 2003.

SÁ, Gonçalo Ivens de Cunha e. O “*factoring*” e a nova constituição. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, v. 73, p. 100-119.

SOARES, Marcelo Negri. Contrato de *Factoring*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O significado da expressão “operar instituição financeira” constante do art. 16 da lei “dos crimes do colarinho branco” (Lei nº 7.492/86). **Revista de Direito Mercantil**, v.115, p.142-170, São Paulo: Malheiros, 1999.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos: O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato. São Paulo: QuariterLatin, 2010.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; PELIZZARO, Renato S. Algumas Considerações sobre a Atuação Ilícita no Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Mercantil**, v. 145, p.110-127, jan-mar, 2007.

ZANCHIM, Kleber Luiz. Contratos Empresariais: Categoria - Interface com Contratos de Consumo e Paritários - Revisão Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2012.