

Doutrina

CONTRATO DE "FACTORING"

JORGE LOBO

I — Metodologia do estudo. II — Conceito de "factoring". III — Características do "factoring". IV — Natureza jurídica do "factoring". V — Pressuposto básico do "factoring". VI — Classificação do "factoring". VII — Ciclo operacional do "factoring". VIII — Finalidade do "factoring". IX — Conteúdo do contrato de "factoring": a) Serviços administrativos ou de gestão; b) Serviços de garantia; c) Serviços de financiamento. X — Diversidade de serviços como elemento caracterizador do "factoring". XI — O "factoring" como um contrato complexo. XII — Efeitos naturais do "factoring". XIII — Efeitos de compra de créditos. XIV — Ação de regresso do faturizador contra o faturizado. XV — Outras observações.

I — Metodologia do estudo

Nos itens II a VII *infra*, com apoio sobretudo na opinião de Luiz Lemos Leite, difundida em seu livro *Factoring no Brasil*, discorreremos sobre (a) o conceito, (b) as características, (c) a natureza jurídica, (d) o pressuposto básico, (e) a classificação, (f) o ciclo operacional e (g) a finalidade do *factoring*; nos itens VIII a XII, estenderemo-nos em considerações próprias e, afinal, nos itens XIII a XV, trataremos de algumas questões polêmicas com respaldo na jurisprudência dos tribunais.

II — Conceito de "factoring"

Entende-se por *factoring* a "prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, de gestão de crédito, de seleção de riscos, de acompanhamento de contas a receber e a pagar e outros serviços, conjugada com a aquisição *pro soluto* de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços a prazo", confor-

me se verifica do artigo 28 da Lei n. 8.991, de 20.1.95, repetida no Projeto de Lei do Senado n. 230, de 1995, de autoria do Senador José Fogaça, em tramitação no Senado Federal.

Para Maria Helena Diniz, contrato de *factoring* é "aquele em que um industrial ou comerciante (faturizado) cede a outro (faturizador), no todo ou em parte, os créditos provenientes de suas vendas mercantis a terceiro, mediante o pagamento de uma remuneração, consiste no desconto sobre os respectivos valores, ou seja, conforme o montante de tais créditos. É um contrato que se liga à emissão e transferência de faturas" (*Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, Saraiva, 1993, 1ª ed., 4ª v., p. 57).

Consoante Fran Martins, "o contrato de faturização ou *factoring* é aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração" (*Contratos e Obrigações Comerciais*, Forense, 8ª ed., p. 549, n. 417).

III — Características do “factoring”

Factoring é uma “atividade contínua e cumulativa de:

I. prestação de:

- a) serviço de assessoria creditícia;
- b) serviço de assessoria mercadológica (busca de novos clientes, produtos e mercados);
- c) serviços de avaliação de riscos;
- d) serviços de seleção de créditos;
- e) serviços de gestão de crédito;
- f) serviços de acompanhamento de contas a receber e a pagar;
- g) serviços de gestão empresarial ou gerencial (orientação na administração do fluxo de caixa, na compra de matérias-primas e insumos, na orçamentação de custos e na organização contábil, operacional e fiscal); e
- h) de outros serviços que vierem a ser solicitados pela empresa-cliente, conjugada com:

II. compra *pro soluto* de créditos (direitos) resultantes das vendas mercantis realizadas a prazo pela empresa-cliente” (Luiz Lemos Leite, *Factoring no Brasil*, Atlas, 5ª ed., p. 48).

portanto, fundamentalmente, de prestação de serviços, que pressupõe uma relação de confiança, e de compra e venda irrevogável e irretroatável de créditos, para alguns jamais operação financeira ou empréstimo ou desconto de títulos (o que não é pacífico, cfr. item IV *infra*), daí ensinar Luiz Lemos Leite:

“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. Esse encadeamento é essencial” (ob. cit., p. 45).

IV — Natureza jurídica do “factoring”

Lavra, no país e no exterior, acirrada controversia a respeito da natureza jurídica do *factoring*, sustentando Carlos Alberto Hagstrom (*RDM* v. 48/39) que a operação de *factoring* é, ao mesmo tempo, comercial e financeira; Fábio Konder Comparato que ela pode comportar um financiamento, se os créditos são liquidados no momento da cessão, ressaltando que se trata sempre de financiamentos de créditos a curto prazo (*Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, 1978, p. 348), e Orlando Gomes que é um contrato bancário atípico (*Contratos*, Forense, 1978, p. 573), cumprindo acentuar que na França é considerado uma operação financeira, assim como na Alemanha e na Bélgica.

Para Luiz Lemos Leite, contudo, o *factoring* não é operação bancária ou financeira, conforme para o ilustrado Autor deixaram claro dois acórdãos do Tribunal Federal de Recursos, cujas ementas têm o seguinte teor:

“Ora, a realização de empréstimos, com meios próprios e sem captação de recursos de terceiros, não se pode equiparar às atividades específicas das instituições financeiras, que consistem, como expresso no texto legal, na ‘coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros’. O traço característico das chamadas ‘financeiras’ é a captação de recursos do público em geral para investimentos financeiros, cujos resultados são atribuídos aos respectivos subscritores” (habeas corpus n. 2.555 — Espírito Santo, sendo Relator o Ministro Godoy Ilha — 2ª Turma do TRF — Ac. de 9. 8.1971).

“Atuação como instituição financeira. Somente com a conjugação dos três pressupostos do *caput* do art. 17 da Lei n. 4.595, de 1964 — coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros — se há caracterizado a atividade privativa de instituição financeira” (loc. cit.), acentuando o Relato, Ministro Jarbas Nobre, em seu voto no segundo acórdão:

“O empréstimo de dinheiro só se caracteriza como operação privativa das instituições financeiras quando o emprestador se situar na posição de intermediário recolhendo recursos de uns para emprestar a outros. Nestas condições, o empréstimo de recursos financeiros próprios, por ser matéria ligada à livre disposição de bens, que se atribui a todo homem civilmente capaz, não constitui atividade sob controle do Banco” (*idem*).

V — Pressuposto básico do “factoring”

Para que se caracterize a operação de *factoring* é indispensável, prossegue o renomado Autor, que haja efetiva prestação dos serviços discriminados no item II *supra*, pois, acentua:

“A prestação de serviços é o início da operação de *factoring*. É obrigatória para quem de fato quer praticar o *factoring*. Não é opcional.

Vale lembrar que o *factoring* é uma atividade comercial mista atípica, compreendendo a prestação contínua e cumulativa dos serviços, os mais variados, conjugada com a compra de créditos endossáveis oriundos de transações mercantis ou de prestação de serviços. As empresas de *factoring* obtêm sua personalidade jurídica, como sociedades mercantis, com o registro na Junta Comercial. Pela circular n. 1.359, de 30.9.88, o Banco Central liberou definitivamente o *factoring* como atividade comercial, com o compromisso por nós assumido de que não seriam praticadas operações de natureza própria daquelas realizadas pelas instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central de acordo com a Lei n. 4.595/64. Pela Portaria Conjunta n. 4, de 15.6.93, a Secretaria da Receita Federal-MF e a Secretaria de Política Comercial-MICT, acolhendo o pedido da ANFAC, de 18.8.91, incluíram o *factoring* no Código de Atividades Econômicas reproduzindo, *ipsis litteris*, a definição de *factoring* por nós apresentada. Mais ainda: o Contrato de Fomento Mercantil,

adotado pela ANFAC desde agosto de 1989, foi idealizado para abarcar todas as atividades típicas de uma operação de *factoring*. Portanto, o *factoring* caracteriza-se por ser uma atividade complexa e abrangente de múltiplas funções, que se alicerça em:

a) Prestação de serviços — que historicamente caracteriza o início de uma operação de *factoring*. A empresa de *factoring*, contribuinte do ISS, é a prestadora de serviços, atividade integrada no Contrato de Fomento Mercantil e respaldada nos artigos 1.226 e 1.236 do Código Civil; e

b) Compra de Créditos — representada pela negociação de títulos correspondentes a legítimas transações mercantis amparada nos artigos 191 a 220 do Código Comercial” (Luiz Lemos Leite, ob. cit., pp. 90/91), para, afinal, concluir:

“A receita de *factoring* tem dois componentes básicos oriundos:

(a) de prestação de serviços, que representa os serviços que obrigatoriamente devemos prestar a nossos clientes (pessoas jurídicas), remunerada pela cobrança de uma comissão *ad valorem*, variável de 0,5 a 3% e contabilizada em receita de prestação de serviços; e

(b) de compra de créditos que traduz o diferencial obtido na compra dos créditos mercantis representativos das vendas efetuadas por nossos clientes (pessoas jurídicas) e que devem ser contabilizadas como receita de operações de *factoring*” (ob. e v. cits.).

VI — Classificação do “factoring”

Partindo do fato de o *factoring* ter como pressuposto básico a prestação de serviços, a doutrina o classifica em:

“(a) Convencional — é a compra de direitos creditórios ou ativos, representativos de vendas mercantis a prazo, mediante a cessão *pro soluto* notificada pelo vendedor (endossante) ao comprador (sacado-devedor). Há assunção de risco.

(b) *Maturity* — diferencia-se do convencional, porque os títulos são remetidos pelo cedente à sociedade de fomento mercantil e por esta liquidados no vencimento.

(c) *Trustee* — trata-se de gestão financeira e de negócios da empresa cliente da sociedade e de fomento mercantil. Vale dizer: administra todas as contas do cliente que passa a trabalhar com o caixa 0 (zero), otimizando sua capacidade financeira.

(d) Exportação — a vocação histórica do *factoring* é o mercado internacional. Servirá para comercializar no exterior bens produzidos pelo segmento de nossas pequenas e médias empresas, que não têm a menor possibilidade de fazê-lo. É, nos dias atuais, largamente utilizado na Europa e no Extremo Oriente” (Luiz Lemos Leite, ob. cit., p. 22/23).

VII — Ciclo operacional do “*factoring*”

Ensina Luiz Lemos Leite que “o ciclo operacional do *factoring* inicia-se com a prestação de serviços, os mais variados e abrangentes, e se completa com a compra dos créditos (dos direitos) gerados pelas vendas mercantis que são efetuadas por suas empresas-clientes. São dois tempos e dois componentes:

1º — Os serviços de gestão empresarial constituem-se o pressuposto básico da operação de *factoring*. Serviços que normalmente presta uma empresa de *factoring* a sua clientela-alvo, a pequena e média empresa, notadamente do setor produtivo: ajuda a comprar matéria-prima, a organizar a contabilidade, a controlar o fluxo de caixa, a acompanhar suas contas a receber e a pagar, a fazer o orçamento de custos, a buscar novos clientes, a melhorar o padrão de seus produtos e expandir as vendas. O Agente de Fomento Mercantil tem de ser o parceiro de suas empresas-clientes com elas mantendo estreito, e até diário, contato. É um profissional polivalente que deve estar preparado para dar ampla assistência a suas empresas-clientes, possibilitando-lhes alcançar o equilíbrio financeiro e permitir expansão segura de seus

negócios. Pela prestação de serviços cobra-se uma comissão.

2º — A consequência de toda aquela gama de serviços prestados justifica-se para facilitar o crédito a suas empresas-clientes, propiciando-lhes a oportunidade de negociar os direitos de suas vendas mercantis a prazo, representadas por títulos de crédito. Ou seja: a empresa de *factoring*, fornece os recursos necessários ao giro dos negócios de suas empresas-clientes, através da compra a vista dos créditos, por ela aprovados, resultantes das vendas a prazo realizadas por suas empresas-clientes. É tipicamente uma venda mercantil prevista no art. 191 do Código Comercial. Como a empresa de *factoring* compra créditos, é necessário calcular o preço pela qual ela vai adquiri-los. Chama-se *fator de compra*. Empresa de *factoring* não faz empréstimos, portanto, não pode cobrar juros” (ob. cit., p. 37).

VIII — Finalidade do “*factoring*”

Segundo René Rodière e J.L. Lange, o *factoring* é uma técnica financeira e uma técnica de gestão comercial (*Droit Bancaire*, Dalloz, 1973, n. 335): como técnica financeira, o faturizador adquire do faturizado, mediante o desconto de determinada porcentagem do valor de face, ficando o faturizado exonerado de responder pela solvência do devedor dos títulos cedidos, abrindo mão o faturizador do direito de regresso contra o faturizado; como técnica de gestão comercial, o faturizador fica encarregado e responsável pela seleção de clientes e obtenção de informações comerciais, de modo a permitir a redução de custos do faturizado, daí destinar-se sobretudo às pequenas e médias empresas.

IX — Conteúdo do contrato de “*factoring*”

A nosso ver, os serviços prestados por sociedades de *factoring* podem dividir-se em três tipos básicos:

a) serviços administrativos ou de gestão;

b) serviços de garantia; e

c) serviços de financiamento

além de outros, que não chegam, propriamente, a formar uma categoria, daí podermos denominá-los de "serviços diretos".

a) *Serviços administrativos ou de gestão*

É pacífico, na doutrina estrangeira, em especial espanhola, francesa e italiana (García-Cruces, *El contrato de factoring*, Madrid, 1990, pp. 49-50; Torres Riesco/Jiménez-Ménez-Laiglesia, *Gestión del crédito comercial: factoring*, Valencia, 2ª ed., pp. 31 e ss.; Gerbier, *Le factoring*, Paris, 1970, pp. 10 e ss.; Ruozi / Rosignoli, *Manuale del factoring*, Milán, 1985, pp. 43 e ss.; Schwarz, *Factoring*, Stuttgart, 2ª ed., 1993, pp. 24 e ss.; Otto Nielsen, *Factoring and Data Processing*, pp. 41/42), que os serviços de gestão ou administração dos créditos cedidos é a operação essencial do *factoring*, pois, com eles, o empresário-faturizado-cedente se desobriga de adotar uma série de onerosas e complexas medidas administrativas como, v.g., verificar a idoneidade econômico-financeira de seu cliente; registrar cada operação de compra e venda ou de prestação de serviços com seus clientes, substituindo-a por apenas uma conta com a empresa de *factoring*; enviar, antes do vencimento, e cobrar, no vencimento, os títulos de crédito, decorrentes de suas operações comerciais; diligenciar, através de prepostos, inclusive advogados, a cobrança dos títulos não pagos no vencimento etc.

Essa atividade ou função do *factoring* tem a virtude de iniciar um processo de descentralização em matéria de gestão de crédito, através do qual o faturizado transfere a um agente externo um setor importante de sua atividade — precisamente a administração de sua carteira de crédito —, a qual, funcionalmente, é estranha ao seu objeto social de produção de bens ou serviços.

b) *Serviços de garantia*

Para o faturizado, é de fundamental importância que a empresa de *factoring* o resguarde dos riscos da inadimplência, temporária ou definitiva, de seus clientes, assumindo-os integralmente (cfr. García-Cruces, *El contrato...*, cit., p. 50; Torres Riesco/Jiménez-Laiglesia, *Gestión...*, cit., pp. 35 e ss.; Gerbier, *Le factoring*, cit., pp. 154 e ss.; Ruozi/Rosignoli, *Manuale...*, cit., pp. 25 e ss.), como se de um seguro de crédito se tratasse, partindo do pressuposto que a empresa de *factoring*, por sua alta especialização na previsão de créditos bons e ruins, saberá selecionar os clientes do faturizado.

c) *Serviços de financiamento*

Elemento essencial do contrato de *factoring*, ao lado dos serviços de gestão e garantia, o financiamento é a operação pela qual a empresa de *factoring* paga ao empresário-faturizado-cedente o montante dos créditos transmitidos, permitindo que este obtenha liquidez imediata, sob a forma de antecipação de uma porcentagem do valor nominal dos créditos transmitidos.

X — *Diversidade de serviços como elemento caracterizador do "factoring"*

Embora todos reconheçam essenciais os serviços administrativos ou de gestão de créditos, de garantia e de financiamento no contrato de *factoring*, muitos sustentam que os três tipos não precisam estar, sempre, necessariamente, reunidos para caracterizar-se a operação de *factoring*, argumentando que a empresa de *factoring* pode prestar serviços de gestão de créditos e de financiamento e não de garantia ou, então, de gestão de créditos e de garantia e não de financiamento, ou, ainda, haver certos tipos de serviços em relação apenas a um determinado volume de títulos e não a todos os títulos do faturizado, ou em relação

a títulos de determinada praça ou de determinada categoria profissional etc., daí classificarem o *factoring* em (a) *factoring* com recurso, (b) *factoring* sem recurso, (c) *factoring* financeiro; (d) *factoring* de vencimento, (e) *factoring* internacional; (f) *factoring* de gestão etc., o que levou Vicent Chuliá a falar na “grande plasticidade ou variedade do contrato de *factoring*” (*Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1990, 3ª ed., t. II, p. 267), e a acentuar que o *factoring* não se apresenta sob uma forma rígida e imutável, mas, pelo contrário, a regra é a variabilidade de seu conteúdo e sua grande flexibilidade.

XI — O “*factoring*” como um contrato complexo

O *factoring*, a nosso ver, é um contrato complexo, cuja função econômica e objeto determinado revestem-no de individualidade própria, através do qual o faturizador se obriga a exercer diversas diferentes atividades ou funções (como visto, cumulativamente, de gestão, de garantia e de financiamento), que culminam com a venda, irrevogável e irretirável, dos créditos do faturizado, passando o risco a correr por conta única e exclusiva do faturizador, mesmo na hipótese de insolvência plena do devedor do título cedido, não podendo haver dúvida que, se o faturizador apenas (a) presta serviços administrativos ou de gestão de créditos ou (b) de garantia, sem adquirir créditos, se está diante de um contrato de prestação de serviços e de garantia, não de um contrato de *factoring*, assim como se o faturizador apenas compra os créditos do faturizado mediante o pagamento de parte do valor de face do títulos cedidos, em verdade ele está realizando uma operação de desconto, não de *factoring*.

XII — Efeitos naturais do “*factoring*”

Como contrato consensual e informal, o *factoring* produz, instantaneamente, efeitos entre o faturizador e o faturizado.

Em relação a terceiros, é mister distinguir os devedores dos títulos cedidos dos terceiros de um modo geral, eventuais credores do faturizado:

a) em relação aos devedores dos títulos cedidos, basta notificá-los da cessão e transferência dos créditos, para que paguem ao faturizador no vencimento;

b) em relação aos demais terceiros, que podem vir a ser prejudicados com a cessão dos créditos pelo faturizado, é necessário tornar pública a cessão.

XIII — Efeitos de compra de créditos

Se a empresa supostamente faturizadora não pratica o negócio jurídico complexo que mencionamos no item XI *supra*, mas, exclusivamente, o de compra de créditos, ela está sujeita à censura e às consequências apontadas por Luiz Lemos Leite:

“Os negócios realizados em infringência aos dispositivos legais citados são tratados pelo Banco Central como mercado marginal.

O Banco Central pode punir, como já puniu, pessoas físicas ou jurídicas funcionando como se instituições autorizadas fossem, e até mesmo empresas de *factoring*, que faziam intermediação no mercado, captando recursos junto ao público e realizando o “desconto de duplicatas”, com todas as características de banco, operando como se banco fosse.

O *factoring* não é panacéia que resolve qualquer problema ou que serve de bumbo para mascarar a sonegação de impostos ou outras práticas comerciais pouco equitativas.

Assim, por exemplo, empresas travestidas de *factoring*, que mascarem a realização de operações que envolvam “adiantamentos” ou “antecipações” (financiamento), desconto de duplicatas ou a prática de operações privadas de instituições financeiras, à luz da Lei n. 4.595/64 e da Lei n. 7.492/86, estão sujeitas à penalização por parte do Banco Central, ao qual caberá ado-

tar sanções, visto que nada têm a ver com o *factoring*.

É importante enfatizar que, mesmo sem a Circular n. 703/82, no caso de realização de operações ditas de *factoring*, com características daquelas privativas de instituições autorizadas, cabe ao Banco Central fiscalizar e punir. A verdade é que o Banco Central continua munido do arsenal de penalidades do artigo 44 da Lei n. 4.595/64 e do artigo 1º da Lei n. 7.492/86. E com esse conjunto de penalidades o órgão fiscalizador está apto, em quaisquer circunstâncias, a punir todos aqueles que, sem estarem autorizados a funcionar como instituições financeiras, venham a agir como tal, pela prática de operações delas privativas" (ob. cit., pp. 208/9).

XIV — Ação de regresso do faturizador contra o faturizado

Há duas correntes de opinião a propósito da possibilidade de poder voltar-se, em regresso, o faturizador contra o faturizado, na hipótese de inadimplemento do devedor originário do título, uns entendendo que o faturizador assume o risco, não podendo ir contra o faturizado; outros, que, se o faturizador não receber do devedor principal a dívida, poderá voltar-se contra o faturizado.

Orlando Gomes ensina que o *factoring* "distingue-se do desconto porque é uma cessão de crédito, sem direito de regresso contra o cedente" (*Contratos*, Forense, 10ª ed., p. 530, n. 395).

Maria Helena Diniz doutrina que o *factoring* "consiste numa técnica de mobilização do preço, oriundo de vendas comerciais. Trata-se, geralmente, de financiamento de créditos a curto prazo (seis meses no máximo). O cessionário assumirá o risco de não recebê-los contra o pagamento de determinada comissão, a que o cedente se obriga, não tendo ação *in rem verso* contra o faturizado" (ob. e p. cit.).

Fran Martins, a seu turno, é taxativo, ao declarar que o faturizador, "adquirindo

os créditos, pagando "a comissão" e "assumindo o risco da cobrança e o não pagamento das contas", não tem "direito de regresso contra o faturizado" (ob. cit., p. 555, n. 420).

Defendendo ponto de vista contrário, Waldirio Bulgarelli, em longo comentário sobre o tema ensinado: "No que toca à cessão de créditos, os problemas jurídicos decorrentes não têm sido de maior monta. Na França, alude Rodière que ela se processa pela sub-rogação convencional, assinalando que os *factors* franceses não puderam utilizar o mecanismo da cessão de crédito utilizado pelos *factors* americanos e ingleses, dadas as formalidades muito pesadas e inadequadas do art. 1.690 do Código Civil. Os *factors* franceses, desprezando por razões inexplicáveis o mecanismo das facturas protestáveis, utilizam o sistema de sub-rogação convencional do art. 1.250 do Código Civil. Dadas as exceções atribuídas ao devedor, entende o autor que isto constitui um incentivo para que os *factors* venham a abandonar a utilização da sub-rogação convencional como suporte da operação de *factoring*, passando a adotar o sistema das *factures protestables*, criadas pela Ordenação de 28 de setembro de 1967, posto que este novo título oferece mais segurança ao portador, sendo o regime de inoponibilidade de exceções calcado naquele previsto no art. 121 do Código Comercial. Para que bem se compreenda o mecanismo do *factoring*, necessário é atentar-se para o tipo de relações entre o *factor* e a empresa cedente; esta transmitirá seus créditos ou por via obrigacional comum (cessão propriamente dita) ou através de endosso, em caso de títulos de crédito, sendo o mais comum o endosso de duplicatas (até porque o comerciante brasileiro está impedido de, pelas suas vendas, emitir outro título que não a duplicata de mercadorias, segundo a Lei n. 5.764/68). Não se tratando de desconto bancário, em que o banco conserva direito de regresso contra o cliente, em caso de não pagamento da dívida representada pelo título ou pelo documento, mas de verdadeira

compra dos créditos (função de garantia do *factoring*) têm-se duas situações distintas: a da transmissão do crédito simples, a da transmissão por endosso, em caso de títulos de crédito. Em relação à cessão de crédito pelo direito obrigacional comum, tornando-se necessária a notificação do devedor, ao teor do art. 1.069 do Código Civil, que dispõe: "A cessão de crédito não vale 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", devendo ainda ser feito através de instrumento público ou particular (art. 1.067 do Código Civil). Evidentemente que, carregando consigo a cessão as exceções do devedor contra o cedente originário, estas podem ser opostas ao cessionário (art. 1.072 do Código Civil) e, neste caso, o *factor* poderá voltar-se, em regresso, contra o cedente, se o crédito não for certo, lícito ou regular. Já quando se tratar de título de crédito, a cessão se fará pela forma peculiar do direito cambiário, ou seja, o endosso. Neste caso, o *factor* poderá voltar-se contra o endossante, se o devedor recusar-se a pagar, justamente com base nas causas apontadas no art. 8º da Lei n. 5.474, de 18.7.1968, ou seja: "O comprador só poderá deixar de aceitar a duplicata por motivo de: I — avaria ou não recebimento das mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por sua conta e risco; II — vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovados; III — divergência nos prazos ou nos preços ajustados, ..." (casos em que pelo disposto no art. 16 da recente Lei n. 6.458, de 1º de novembro de 1977, a ação de cobrança só poderá ser feita pelas vias ordinárias). Contudo, o endosso do título ao *factor* não será meramente um endosso mandato, mas pleno, transferindo-lhe a propriedade do título; entretanto, como é norma em nosso meio, o endossante ficará como garante tanto aceite como do pagamento, respondendo quer pela veracidade do título (garantia *veritas*), quer pela rea-

lização (garantia *bonitas*); enfim, ficando o *factor* com o direito de regresso" (*Contratos Mercantis*, Atlas, 3ª ed., pp. 501/2).

Por igual, Fábio Konder Comparato, que sustenta: "O fulcro da operação é, portanto, a cessão de crédito a título oneroso. Em nosso Direito, "não vale, em relação a terceiro, a transmissão de um crédito, se não celebrar mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do art. 135", isto é, subscrito pelas partes e por duas testemunhas (CC, art. 1.067); e "salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor" (mesmo Código, art. 1.074). Mas quando há emissão de títulos de crédito, a sua transferência obedece regras próprias. Assim, nos títulos à ordem, há necessidade de endosso. Ora, a regra do art. 1.074 do Código Civil brasileiro é compatível com o endosso? Em outras palavras, admite-se a cláusula "sem garantia" no endosso cambial? É sabido que no regime do Decreto n. 2.044, de 1908, a doutrina sem discrepância tem lhe negado validade cambial, interpretando a maior parte dos autores o disposto em seu art. 44, n. IV, como proibitivo dessa cláusula (cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. V, 2ª parte, 5ª ed., n. 686; João Eunápio Borges, *Títulos de Crédito*, 1971, n. 82; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., t. XXXIV, p. 332). A Lei Uniforme de Genebra, ao contrário, admite-a expressamente (art. 15). Se esta lei entrou em vigor em nosso país, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, deve-se reconhecer, por via de consequência, que ao endosso de duplicatas também se aplica a cláusula "sem garantia", por força da norma remissiva contida no art. 25 da Lei n. 5.474, de 1968. No entanto, ainda que se não admita a sua validade para efeitos de cambiais, é bem de ver que ela produz todos os seus efeitos entre as partes que a pactuaram, constituindo uma defesa de mérito na eventual ação de regresso que o endossatário intente contra aquele que lhe

endossou o título" ("*Factoring*", *RDM*, Nova Série, 1972, v. 6, p. 64, n. 11).

A controvérsia chegou ao Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, tendo a 6ª Câmara Cível, à unanimidade, entendido que, se o faturizado, por cláusula contratual, de forma clara e expressa, admite a possibilidade de ação de regresso do faturizador, a ele não pode opor-se, sob pena de auferir "injustificado enriquecimento à custa do faturizador, situação com a qual não se compecede o direito" (Ap. Cível n. 0191.034.685 — Porto Alegre, publ. no *Boletim Informativo ADV/COAD* verbete 64.991).

Perfilhando idêntico ponto de vista, temos:

"*Factoring* — Contrato travestindo mútuo garantido por nota promissória e hipoteca — endosso da nota promissória ao faturizador.

— Ao faturizador, a quem foi endossada nota promissória pela faturizada, é conferida legitimidade para cobrá-la dos devedores. Não se cuida de ação de regresso aquela através da qual o faturizador busca haver o valor da nota promissória diretamente de seus emitentes. Se o contrato de faturização está travestindo um mútuo celebrado entre o faturizador e a faturizada, constituída esta e a endossante pelas mesmas pessoas físicas, tem-se, ante a simulação praticada, não poderem estas alegá-las para se exonerar do pagamento do título em execução. Ademais, eventual nulidade do contrato de faturização não atingiria, via de consequência, a nota promissória, por existente o débito por ela representado. Entendimento diverso equivaleria admitir-se o locupletamento injusto dos devedores à custa do faturizador" (TA-RS — Ac. unân. da 6ª Câm. Cív., de 11.3.93 — Ap. 191.034.685 — Rel. Juiz Moacir Adiers — Arroeira Centro-Sul Ltda x Factor Administração Financeira Ltda.) (*Boletim Jurisprudência ADV-COAD* verbete n. 64.991).

Em sentido contrário, temos:

"*Factoring* — Não-pagamento pelo devedor dos títulos negociados — Responsabilidade do faturizado — Ineficácia de promissória emitida pelos gerentes da faturizada garantindo a dívida dos títulos negociados.

— A operação de *factoring*, face à elevada comissão cobrada pelo faturizador, distingue-se de operação bancária de desconto de títulos, razão porque o faturizador assume o risco do não-pagamento, pelo devedor dos títulos negociados. A emissão de promissória pelos gerentes da faturizada, com expressa menção de que se destina a garantir o pagamento do devedor do título negociado, representa engenho contornador da irresponsabilidade do faturizado, sem eficácia na relação faturizador-faturizado. Recurso improvido" (TA-RS — Ac. unân. da 7ª Câm. Cív., publ. na *JRTARS* n. 92329 — Ap. 194.214.144 — Rel. Juiz Leonello Paludo — JS Factoring e Fomento Comercial Ltda. x Péricles Roberto Gottardi) (*Boletim de Jurisprudência ADV-COAD* — verbete n. 75.352).

"*Factoring* — Cessão definitiva — Endosso típico.

— Sendo o *factoring* uma operação de risco, assume o faturizador a responsabilidade pela inadimplência dos sacados, eis que o crédito é cedido em caráter definitivo, *cessio pro soluto*, não podendo falar em direito de regresso. O endosso é forma típica e exclusiva de transferência dos documentos cambiais, não existindo endosso específico para cada tipo de título de crédito" (TA-MG — Ac. unân. da 6ª Câm. Cív. publ. em 17.3.93 — Eap. 120.719-2/01 — Rel. Juiz Pedro Henriques — Direta Factoring — Sociedade Fomento Comercial Ltda. x Banco Itaú S.A.) (*Boletim de Jurisprudência ADV-COAD* — verbete n. 62.385).

"*Factoring* — Cessão de crédito — Reapresentado por duplicatas — Responsabilidade do faturizador pelas duplicatas emitidas em causa.

— A regra é a irresponsabilidade do faturizado, pelo não pagamento, total ou

parcial, pelo sacado. Entretanto, é responsável o faturizado pelo reembolso ao factor relativamente às duplicatas emitidas, inobstante devolvida a mercadoria" (TA-RS — Ac. unân. da 7ª Câm. Cív., de 16.6.93 — Ap. 193.084.993 — Rel. Juiz Leonello Paludo — Credisul Fomento Comercial Ltda. x FERPAR - Ferramentas e Representações Ltda.) (*Boletim de Jurisprudência ADV-COAD* — verbete n. 62.896).

XV — Outras observações

a) Quanto à possibilidade de discussão da *causa debendi* pelos devedores dos títulos, atente-se para a jurisprudência dos tribunais:

(1) "Factoring — Endosso de cheque e duplicatas sem causa.

— Embora, à luz dos princípios, com o endosso o endossante assuma a qualidade de garantidor do pagamento, tal fundamento cede diante da prova documental e pericial produzida, que revela as exatas condições em que foi criado o cheque, assim como demonstra a emissão de duplicatas sem causa, que constitui crime, em tese, autorizando remessa de cópias ao Ministério Público. (TA-RS — Ac. unân. da 2ª Câm. Cív., de 7.12.95 — Ap. 195.117.726 — Rel. Juiz João Freire — Margil Gestão de Negócios e Participações Ltda. x Meat Factoring Fomento Comercial Ltda.) (*Boletim de Jurisprudência ADV-COAD* — verbete n. 73.495).

(2) "Factoring — Exceções que competem ao devedor — Possibilidade de discussão da causa que deu origem ao título.

— É possível o exame da causa que deu vida às duplicatas incluídas no negócio de *factoring*. Sem a fatura que originou a compra e venda mercantil, torna-se imprópria e suspeita a operação. A posição do demandado não é somente de endossatário e terceiro de boa-fé, desvinculado da operação de nascimento da duplicata, mas sim de um autêntico adquirente do faturamento do cedente, contra quem, evidente-

mente, o devedor pode opor (como ao cedente) as exceções que lhe competirem (art. 1.071, do Código Civil). Daí a necessidade de o cessionário possuir, nesse tipo de operação, a fatura correspondente, ante a possibilidade de discussão do negócio subjacente" (TA-RS — Ac. unân. da 2ª Câm. Cív., de 11.4.96 — Ap. 196.030.019 — Rel. Juiz Alberto Benke — Vale Couros Trading x Renato Jardim da Silva) (*Boletim de Jurisprudência ADV-COAD* — verbete n. 75.433).

(3) "Factoring. ... representado por duplicatas inaceitas e sem prova de entrega da mercadoria. Ônus da prova.

— A relação que vincula o faturizador (cessionário) ao faturizado (cedente) possui natureza contratual e não cambial, e na ação do primeiro contra o eminente sacado é lícita a investigação da *causa debendi*, cumprindo a ele (*factor*) a prova de validade do negócio, até porque assume o risco de não receber os valores. Permanece o faturizado responsável pelo não-pagamento do título, por razões ligadas à causa de emissão. Inexistindo comprovação da remessa e entrega da mercadoria, tratando-se de duplicatas não aceitas, compete ao faturizador provar a existência do negócio subjacente na ação de execução contra o emitente, se este nega qualquer relação comercial como faturizado, porque ao credor que alega deve-se imputar o ônus de provar a existência do crédito que pretende cobrar, mormente quando se cuida da relação não cambial. Apelação provida. Voto vencido" (TARGS, APC n. 193059177, 2ª Câmara Cível, Rel. Juiz Pedro Freire, RT V 604, p. 147).

b) Quanto à proposição de ação monitória para cobrança de cheques sem fundos:

(1) "Empresa de Factoring. Pedido instruído com cheque. Exigência de junta da fatura a que ele estava vinculado. Título não oriundo de operação mercantil da firma. Estando a ação monitória devidamente instruída, com cheque já destituído

de força executiva, não pode o Juiz, apenas por dedicar-se a empresa requerente à atividade de *factoring*, exigir-lhe a complementação da documentação que acompanha a inicial com comprovantes de operação mercantil sequer realizada, porquanto referido título, por si só, representa crédito em dinheiro tutelável por este novo procedimento especial” (Agravado de Instrumento n. 96.000807, Rel. Des. Eder Graf. Acordam, em Terceira Turma Civil do TJSC).

(2) “Juntada de faturas. Exigência descabida. Recurso provido. A ação monitória leva em conta a necessidade de facilitar o acesso do credor ao título executivo e descabe, aqui, discutir sobre o instituto do *factoring* e suas implicações jurídicas, até porque qualquer pessoa, física ou jurídica, munida de prova “escrita sem eficácia de título executivo”, que pretender pagamento de soma em dinheiro, diz a lei, tem legitimidade para propor a ação monitória. Se atendido o preceito contido no art. 1.102a do CPC, o fato de ser empresa de faturização não a distingue das demais entidades e, conseqüentemente, não se lhe exclui o direito de exercitar a norma em tela.

Estando a ação monitória devidamente instruída, com cheque já destituído de força executiva, não pode o Juiz, apenas por dedicar-se a empresa requerente à atividade de *factoring*, exigir-lhe a complementação da documentação que acompanha a inicial com comprovantes de operação mercantil sequer realizada, porquanto referido título, por si só, representa crédito em dinheiro tutelável por este novo procedimento especial” (AL n. 96.000807-I, de Joinville, Rel. Eder Graf, DJ de 17.9.96, p. 54). Agravo de Instrumento n. 96.002219-8, de Joinville, Rel. Des. Francisco Borges. (Agravado de Instrumento n. 96.002219-8, de Joinville, Rel. Des. Francisco Borges).

c) Quanto ao protesto da duplicata emitida sem a entrega da mercadoria:

“A operação de *factoring*, face a elevada comissão cobrada pelo faturizador, distingue-se da operação bancária de des-

conto de títulos, razão pela qual o faturizador assume o risco pelo não pagamento pelo devedor dos títulos negociados. Duplicata emitida sem a entrega da mercadoria ou sem a prestação de serviços não podia ser protestada contra o devedor, porque viola todos os princípios de lei cambiária, sendo irregular. Apelo desprovido” (TARGS, APC n. 196111561, 7ª Câmara Cível, Rel. Vicente Barroco de Vasconcelos, 2333, 10.12.96, 2333, 22.1.97, Cível).

d) Quanto à emissão de nota promissória pela faturizada em caução do pagamento dos títulos cedidos:

“Factoring. Não pagamento pelo devedor dos títulos negociados. Ineficácia de promissória emitida pelos gerentes da faturizada garantindo a dívida dos títulos negociados. 1. A operação de *factoring*, face a elevada comissão cobrada pelo faturizador, distingue-se da operação bancária de desconto de títulos, razão porque o faturizador assume o risco do não pagamento pelo devedor dos títulos negociados. 2. A emissão de promissória pelos gerentes da faturizada, com expressa menção de que destina-se a garantir o pagamento do devedor do título negociado, representa engenheiro contornador da irresponsabilidade do faturizado, sem eficácia na relação faturizador-faturizado, recurso improvido” (TARGS, APC n. 194214144, 7ª Câmara Cível, Rel. Leonello Pedro Paludo, *Julgados TARGS*, V-92, p. 328).

e) Quanto ao saque de letra de câmbio com a mesma finalidade:

“Título de crédito. Saque por faturizador, com base em contrato que autoriza, a cobrar, do faturizado, diferenças de juros e correção monetária, proveniente de títulos cedidos pagos em cartório de protesto. Abusividade da cláusula e do aponte da letra de câmbio para protesto. É abusiva a cláusula inserida em contrato de faturização, que autoriza o faturizador a sacar de câmbio contra o faturizado, na hipótese de insucesso, total ou parcial, no recebimento do crédito cedido, por ter em vista a cria-

ção de título executivo e possibilitar seu aponte em cartório de protesto, forma mais eficiente de pressionar o devedor ao pagamento, sem maiores questionamentos, considerados os efeitos danosos que advêm, no plano econômico e financeiro, a pessoa que tem contra si, tirado o protesto. A par disso, a abusividade também decorre da circunstância de a inserção do valor da letra de câmbio ficar a critério do sacador, estabelecido unilateralmente. A cobrança das referidas diferenças quanto a juros e corre-

ção monetária pelo fato de os títulos cedidos terem sido pagos em cartório de protesto, somente se pode dar através de processo de conhecimento, com a indicação dos percentuais e índices utilizados para a obtenção do valor cobrado, possibilitando ampla discussão e defesa por parte do fatuzado. Letra de câmbio declarada nula, com sustação definitiva de seu protesto. A apelação provida, por maioria. Voto vencido” (TARGS, APC n. 193138195, 6ª Câmara Cível, Rel. Moacir Adiers).