Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

José Carlos Jordão Pinto Dias

A controvérsia sobre a assunção do risco pela faturizada no contrato de fomento mercantil

Rio de Janeiro

2018

José Carlos Jordão Pinto Dias

A controvérsia sobre a assunção do risco pela faturizada no contrato de fomento mercantil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

D541 Dias, José Carlos Jordão Pinto.

A controvérsia sobre a assunção do risco pela faturizada no contrato de fomento mercantil / José Carlos Jordão Pinto Dias. - 2018.
179f.
Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Contratos - Teses. 2. Direito de regresso – Teses. 3.Direito comercial – Teses. I.Alves, Alexandre Ferreira de Assumpção. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

José Carlos Jordão Pinto Dias

A controvérsia sobre a assunção do risco pela faturizada no contrato de fomento mercantil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Aprovada em 02 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Eduardo Tomasevicius Filho

Universidade de São Paulo

_____

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro

2018

DEDICATÓRIA

Em honra de José Rodrigues Pinto.

À Nossa Senhora do Rosário de Fátima e ao Padre Geraldo Bernardes.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, orientou este trabalho.

RESUMO

DIAS, José Carlos Jordão Pinto. *A controvérsia sobre a assunção do risco pela faturizada no contrato de fomento mercantil*. 2018. 179f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O presente trabalho tem por tarefa investigar a assunção do risco no contrato de fomento mercantil, em especial analisar a controvérsia sobre a faturizada assumir os riscos do inadimplemento do devedor. O contrato de fomento mercantil possui considerável relevância para as sociedades empresárias, em especial para as microempresas e empresas de pequeno porte, bem como para a economia em geral, devendo as partes contratantes ter pleno discernimento do significado e conteúdo das cláusulas pactuadas. Neste sentido, o estudo trata, numa abordagem atual, da característica essencial do contrato no Brasil segundo a doutrina e jurisprudência majoritárias, qual seja, o risco é característico do negócio e deve ser suportado pela faturizadora. Apresenta ainda uma proposta de sistematização do direito de regresso, bem como formula uma classificação do contrato de fomento mercantil, conforme os critérios do direito de regresso e da antecipação de recursos. O método utilizado foi o dedutivo, valendo-se de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Contratos comerciais. Fomento mercantil. Faturização. Riscos contratuais. Direito de regresso.

ABSTRACT

DIAS, José Carlos Jordão Pinto. *The controversy about assumption of risk by factorized in factoring*. 2018. 179f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

The present dissertation exposes the investigation about assumption of risk in factoring, in particular, analyzes the controversy over the factorized accepting the risks of debtor's default. Factoring contract has considerable relevance for businees enterprises, especially for micro and small enterprises, as well as for the economy in general, and the contracting parties must have full discretion as to the meaning and content of the clauses agreed upon. In this sense, the study deals, in an actual approach, with the essential characteristic of the contract in Brazil, according to majority doctrine and jurisprudence, that is, the risk is characteristic of the business and must be supported by the factorized. It also presents a proposal for systematizing the right of return, as well as formulating a classification of factoring contract, according to the criteria of the right of return and the advance of resources. The research aplies deductive method, using bibliographical and documentary research.

Keywords: Business contracts. Factoring. Contractual risks. Right of return.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

1 **OS ASPECTOS GERAIS DA FATURIZAÇÃO** 18

1.1 **A atividade de faturização e sua evolução** 21

1.2 **O contrato de faturização** 25

1.3 **As modalidades de faturização** 32

1.4 **A faturização e institutos afins** 34

1.5 **A faturização sob a perspectiva estrangeira** 38

1.5.1 Estados Unidos 38

1.5.2 Reino Unido 40

1.5.3 França 41

1.5.4 Itália 43

1.5.5 Alemanha 46

1.5.6 Argentina 48

1.5.7 México 50

1.5.8 Portugal 51

1.6 **A faturização internacional sob a perspectiva da Convenção de Ottawa** 59

2 **OS ASPECTOS CONTROVERSOS DA FATURIZAÇÃO NO BRASIL** 68

2.1 **O advento da faturização no Brasil, o regime jurídico das faturizadoras e o posicionamento do Banco Central** 68

2.2 **A característica essencial do contrato de faturização no Brasil segundo doutrina e jurisprudência predominantes** 74

2.3 **A exclusividade e a globalidade do contrato** 77

2.4 **A responsabilidade do faturizado em caso de não pagamento dos créditos pelo devedor** 78

2.5 **O endosso de títulos ao faturizador: especificidades** 86

2.6 **A faturização sobre duplicatas** 102

2.7 **A cessão de créditos provenientes de vendas a consumidores** 105

2.8 **O caso especial do endosso de cheques pós-datados** 106

2.9 **A ausência de regulamentação do contrato no Brasil: tentativa de positivação pelos Projetos de Código Comercial** 113

3 **O RISCO NA ATIVIDADE DE FATURIZAÇÃO. A QUESTÃO DA ASSUNÇÃO**

DO RISCO DE INADIMPLEMENTO DO DEVEDOR PELA FATURIZADA E O EXERCÍCIO DO DIREITO DE REGRESSO 117
3.1 **A proibição da assunção dos riscos pela faturizada: uma construção tautológica** 117
3.2 **A imposição da assunção dos riscos pela faturizada como mecanismo de retirada dessas sociedades do regime jurídico das instituições financeiras: desnecessidade** 119
3.3 **O regime jurídico da transmissão dos créditos na faturização. Cessão e endosso como dois regimes distintos igualmente válidos** 122
3.4 **A operacionalização da faturização por meio de duplicatas. Harmonização do direito positivo** 134
3.5 **A validade da cláusula *pro solvendo*, com a assunção dos riscos pela faturizada. Harmonização com a legislação nacional. Requisitos** 137
3.6 **O direito de regresso na atividade de faturização. Proposta de sistematização** ... 140
3.6.1 O direito de regresso resultante de fato imputável ao faturizado ou ao devedor, independentemente de previsão contratual 142
3.6.2 O direito de regresso pactuado pelas partes 144
3.7 **Uma proposta de classificação do contrato de faturização para o direito brasileiro** 162
3.7.1 A faturização sem direito de regresso e com antecipação de recursos 163
3.7.2 A faturização sem direito de regresso e antecipação de recursos 163
3.7.3 A faturização com direito de regresso e antecipação de recursos 164
3.7.4 A faturização com direito de regresso e sem antecipação de recursos 164
CONCLUSÃO 166
REFERÊNCIAS 169

INTRODUÇÃO

Uma das maiores preocupações dos empresários, sobretudo em tempos de grave crise econômica, é a obtenção de crédito, de modo a permitir o regular funcionamento da atividade empresarial.

Num cenário de forte concorrência, os empresários buscam saídas criativas e inovadoras, de modo a permitir a formação de novos modelos de estrutura organizacional. A experiência mostra estratégias empresariais que dão privilégio ao crescimento estrutural e à conquista de clientela. Com a forte dinamização da economia, ganha espaço o fomento à produção, em que a sociedade de fomento presta serviços de prospecção e seleção de fornecedores, podendo disponibilizar recursos financeiros para o pagamento ao fornecedor de matéria-prima ou insumos de produção. Também ganha terreno o serviço de acompanhamento das contas a receber e a pagar, que significa a prestação de serviços de ajuste do fluxo de caixa dos clientes (LEITE, 2012).

Pelo contrato de fomento mercantil ou faturização, a sociedade empresária de fomento assume a posição de credora dos créditos então titularizados pela sociedade faturizada, podendo antecipar ou não o pagamento desses valores.

O contrato de faturização permite reduzir essa preocupação com a realização do capital de giro, sobretudo em sua modalidade convencional, em que há antecipação do recebimento dos créditos. Deste modo, o empresário se protege contra um eventual inadimplemento do devedor e pode, assim, planejar melhor suas atividades, fator essencial para o sucesso do negócio.

Dados da Associação Nacional de Fomento Comercial (ANFAC, 2016) mostram que as sociedades de fomento mercantil associadas à entidade movimentaram R$ 81 bilhões no ano de 2010, último ano com estatística disponível, ajudando a sustentar cerca de 2,2 milhões de empregos diretos e indiretos gerados nas sociedades faturizadas, com destaque para o Estado de São Paulo, que representou 80,2% do volume total.

A modalidade de faturização convencional, em que há um financiamento com pagamento adiantado dos créditos transferidos, foi a que apresentou maior demanda. Trata-se, segundo consta, de um portfólio de 141 mil clientes, de porte e setores econômicos distintos.

Frise-se que, no Brasil, tradicionalmente, a sociedade de fomento assume os riscos em caso de inadimplemento dos devedores dos créditos. Trata-se de uma construção pretoriana e doutrinária, que não encontra amparo legal no ordenamento jurídico.

No contrato de faturização ocorre uma cessão de créditos provenientes de vendas ou prestação de serviços a um empresário (sociedade de fomento mercantil), com prestação cumulativa e contínua de serviços por parte deste. Essa prestação de serviços pode compreender assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber (*Idem*).

A Lei n. 9.249/1995 define, em seu art. 15, par. 1º, inc. III, al. d, a faturização para fins de incidência do Imposto de Renda, nos seguintes termos:

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

Justifica-se o estudo do tema, primeiramente, pelo fato de não haver regulamentação do contrato de faturização no Brasil. Essa ausência de tratamento legal é fator notório de insegurança jurídica para as partes contratantes, gerando efeitos negativos tanto para fomentador e fomentado, como para os consumidores em geral.

O estudo se justifica, da mesma forma, pela grande soma de recursos manejada nas transações de fomento mercantil no Brasil.

O problema central da pesquisa foi analisar se a ausência da assunção de riscos pela sociedade faturizadora desnatura o contrato de fomento mercantil. Caso positivo, ou seja, se a não-assunção dos riscos desfigura o contrato, questiona-se se é necessário incluir as sociedades de fomento entre as instituições financeiras, devido à estreita semelhança entre a operação de fomento mercantil sem a assunção do risco pelo inadimplemento – ao menos no fomento mercantil convencional – e a operação de desconto bancário. Será necessário enfrentar a seguinte questão: a sociedade de fomento é instituição financeira?

Por outro lado, caso negativo, se não desfigura o contrato a possibilidade de exercício do direito de regresso pela sociedade faturizadora, questiona-se em que condições o direito de regresso pode ser exercido.

A pesquisa realizada em nível de mestrado apresenta como hipótese de trabalho a ausência de fundamento legal para exigir a obrigatoriedade da assunção dos riscos do contrato pela sociedade de fomento mercantil, de modo que a não-assunção dos riscos poderia ser pactuada livremente entre as partes.

A definição da hipótese de trabalho esposada parte da premissa de que a mencionada

construção pretoriana e doutrinária – de exigir a assunção dos riscos pela faturizadora – encontra carência de legitimidade à luz do princípio da legalidade (CRFB, art. 5º, inc. II), basilar ao Estado Democrático de Direito. Tampouco encontra amparo no direito consuetudinário, este, diga-se de passagem, tão olvidado hodiernamente, embora seja uma das fontes do Direito Comercial.

A hipótese de trabalho será testada com posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais e profissionais, contribuindo deste modo para a elucidação do problema central da investigação científica.

O objetivo geral da pesquisa será analisar a distribuição do risco do inadimplemento do contrato de fomento mercantil, especialmente no caso de ele recair sobre a sociedade faturizada. A pesquisa levará em consideração o panorama do contrato no Brasil numa perspectiva de análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial, estudando o tratamento jurídico conferido ao tema e propondo uma contribuição para a elucidação do problema, de modo a enriquecer o conhecimento científico.

Os objetivos específicos serão o seguintes: a) apresentar a natureza jurídica do contrato de fomento mercantil; b) expor o regime jurídico aplicável às sociedades de fomento mercantil no Brasil; c) delinear as consequências da cláusula de exclusividade da prestação do serviço de fomento mercantil presente no contrato; d) explanar as peculiaridades do endosso de títulos de crédito à ordem à sociedade de fomento, bem como as implicações da emissão de duplicatas para a cessão do crédito a ser faturizado; e) analisar a alocação do risco do incumprimento sob a perspectiva da autonomia da vontade e da livre iniciativa; f) demonstrar o exercício do direito de regresso, propondo uma sistematização; e, g) sugerir uma classificação das modalidades do contrato para o direito brasileiro, tendo em vista os critérios da antecipação de recursos e da presença do direito de regresso.

Dentro do Direito Comercial, faz-se o corte epistemológico da grande subárea dos Contratos Comerciais. Tratará a dissertação de uma modalidade contratual em especial – fomento mercantil ou faturização – modalidade essa, no caso do Brasil, atípica, não obstante nominada, encontrando amparo legal no art. 425 do Código Civil, segundo o qual “é lícito às partes celebrar contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Não obstante, o art. 421 do mesmo diploma legal estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. E o art. 422 dispõe que as partes contratantes devem observar os princípios da probidade e da boa-fé objetiva.

Com essas cláusulas gerais, o Código impõe limitações de cunho principiológico e axiológico à liberdade de contratar.

As partes devem guardar a ética também nas relações contratuais. Segundo o professor Newton de Lucca (2014, p. 21-22), a ética compreende a parte da filosofia que é responsável pela investigação dos princípios que motivam, distorcem, disciplinam ou orientam o comportamento humano, refletindo de modo especial a respeito da essência das normas, valores, prescrições e exortações presentes em qualquer realidade social. Neste sentido já se encontrava a definição de Paulus no Digesto: "Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere" (1,10, §1º, D., 1, 1).

A palavra ética deriva, etimologicamente, do grego "ethos", significando o modo habitual de agir, no sentido de costume. Além disso, possui o sentido de modo de ser ou de caráter ou de lugar onde se habita. Moral, por sua vez, deriva de "mos", "mores", tendo também o sentido de costume (DE LUCCA, 2014, p. 22-24).

A investigação científica realizada em nível de mestrado usará o método dedutivo. Parte-se da premissa maior de que em todo contrato deve ser respeitada a autonomia da vontade, devendo a proibição de contratar determinada cláusula estar fundamentada em imperativo de lei, ou norma de ordem pública, ou mesmo em princípio jurídico. Leva-se em consideração a premissa menor de que o contrato de fomento mercantil é admitido no ordenamento jurídico brasileiro (à luz do art. 425 do Código Civil, que permite às partes celebrar contratos atípicos), para se chegar à dedução de que não há embasamento legal para proibir a assunção do risco do inadimplemento pela sociedade que faturizada.

A técnica utilizada será a pesquisa bibliográfica e documental, com análise crítica da doutrina, da jurisprudência e da legislação.

A pesquisa seguirá as recomendações presentes na Coletânea de Normas Técnicas – Elaboração de Trabalho de Conclusão de Curso, Dissertação e Tese (2012), elaborada e divulgada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Citam-se as seguintes normas: NBR 6023:2002; NBR 6024:2012; NBR 6027:2012; NBR 6028:2003; NBR 6032:1989; NBR 6034:2004; NBR 14724:2011; NBR 10520:2002; NBR 15287/2011.

Frise-se que a NBR 14.724:2011 define Dissertação como o

> documento que apresenta o resultado de um trabalho experimental ou exposição de um estudo científico retrospectivo, de tema único e bem delimitado em sua extensão, com o objetivo de reunir, analisar e interpretar informações. Deve evidenciar o conhecimento de literatura existente sobre o assunto e a capacidade de sistematização do candidato. É feito sob a coordenação de um orientador (doutor),

> visando a obtenção do título de mestre.

Portanto, não é necessário a um trabalho de dissertação a exigência do requisito da contribuição original. Isso não quer significar que a dissertação deva ser mera repetição da doutrina existente, mas, ao contrário, deve observar o tema estudado por ângulos diferenciados; em outras palavras, é preciso fazer observações ainda não feitas antes, dizer o que ainda não foi dito.

Por outro lado, requer-se a um trabalho em nível de mestrado a completa leitura das obras sobre o tema pesquisado, devendo o candidato ao mestrado demonstrar conhecimento da literatura acadêmica. É, outrossim, um passo a mais que a monografia de conclusão de curso, em que o candidato deve apenas ter o domínio do tema pesquisado; e um passo a menos que a tese de doutoramento, em que é necessário o requisito da contribuição original.

Ao tratar de contratos empresariais, o tema da presente dissertação guarda adequação com a linha de pesquisa Empresas e Atividades Econômicas, área de concentração Pensamento Jurídico e Relações Sociais, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

O marco teórico para a pesquisa parte, em primeiro lugar, das ideias presentes na obra "Contratos e Obrigações Comerciais", do iguatuense Fran Martins.

O autor conceitua o contrato de faturização como "aquele em que um empresário 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" (MARTINS, 2010, p. 426).

Acresce que a faturização evoluiu ao longo do tempo

> de um simples contrato de comissão para constituir um contrato em que o *factor* **assume a posição de financiador dos empresários**, adquirindo os seus créditos, mediante o pagamento dos mesmos em épocas aprazadas, mas, em regra, antes do vencimento (MARTINS, 2010, p. 427, grifo nosso).

A oração assinalada deverá ser levada em consideração para a resposta da questão formulada acima, sobre a natureza jurídica da sociedade de fomento mercantil, e o consequente regime jurídico aplicável.

Nos EUA, o contrato de *factoring*

> passou a ser considerado como uma operação em que um empresário, *factor*, adquiria os créditos de um outro empresário, responsabilizando-se pela cobrança dos mesmos, **sem direito de regresso contra o cedente**, mediante o pagamento de uma

> certa comissão. **Não sendo usado na América** [sic] **o desconto bancário, as empresas de *factoring* exercem uma atividade para bancária**; vários bancos, como o First National de Boston, possuem departamentos especializados para operar em *factoring*, o que fazem não apenas nos Estados Unidos, mas igualmente na Europa (MARTINS, 2010, p. 427, grifo nosso).

Esse excerto serve para se levar em consideração que o contrato não pode ser simplesmente transposto para o ordenamento brasileiro sem discernir sobre as diferenças entre os sistemas financeiros.

Por meio da Circular n. 703/1982, o Banco Central do Brasil considerou que a atividade de faturização apresentava, "na maioria dos casos, características e particularidades daquelas privativas das instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central". Assim, a atividade de faturização ficava impedida até que o Conselho Monetário Nacional regulamentasse essa atividade.

Sobre o assunto, ponderou Fran Martins (2010, p. 428) que:

> Logo após a Circular nº 703, de 16.06.1982, explicitamos o nosso pensamento a respeito e mantivemos orientação diversa da do Banco Central, pois não consideramos as empresas de faturização com características próprias das instituições financeiras de que trata o art. 17 da Lei n° 4.595, de 31.12.1964 (Lei da Reforma Bancária), apesar desse inciso legal se referir a empresas que tenham por atividade principal 'a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios'. 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 a 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*. Daí não serem, na França, as empresas de faturização consideradas instituições financeiras (grifo no original).

Em 1988, por meio da Circular n. 1.359, o Banco Central revogou a Circular n. 703, e desde então a atividade de faturização independe de autorização, por não estar enquadrada em atividade privativa de instituição financeira.

É justamente nesse contexto que entra a questão da assunção dos riscos do negócio. Segundo o pensamento martiniano, distingue-se a atividade de faturização da atividade privativa de instituição financeira, pois as sociedades de fomento mercantil realizariam operações de risco.

Fran Martins (2010, p. 428-429), em seu raciocínio, vai além e defende que o motivo para a dificuldade de regulamentação do contrato de faturização no Brasil seria a exclusividade da extração de duplicata como título de crédito que documenta as operações de venda de mercadorias a prazo, pois o emitente do título pode eximir-se da garantia de

aceitação da letra, mas não pode eximir-se do pagamento (art. 9º da Lei Uniforme de Genebra):

> No nosso entender, o importante para a regulamentação do *factoring* no Brasil não é ser considerado o contrato uma mera operação bancária ou representar a empresas de faturização uma instituição financeira ou não. Em qualquer desses casos existe outro elemento que deve ser levado em conta para que o contrato de *factoring* possa ser introduzido regularmente no Brasil, como tivemos oportunidade de explanar no Seminário Nacional sobre Contratos – Novas modalidades de contratos no direito brasileiro (Belo Horizonte, junho-julho, 1978).
> Realmente, segundo ali esclarecemos e mais tarde reafirmamos, a dificuldade maior que existe para a regulamentação legal do contrato de faturização no Brasil se deve ao fato de, segundo o art. 2º da Lei nº 5.474, de 18.07.1968, que dispõe sobre as duplicatas, apesar de não ser mais obrigatória a extração das duplicatas em todas as vendas a prazo, feitas entre comprador e vendedor localizados em território nacional, como estatuía o art. 1º da lei revogada (Lei n. 189, de 15.01.1936), a lei atual dispõe que, mesmo não sendo extraída a duplicata de fatura (extração essa que é meramente facultativa), *não será admitida qualquer outra espécie de título para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador*. Desse modo, somente através de duplicatas podem ser cobrados os créditos decorrentes das vendas de mercadorias feitas a prazo.
> Ora, se a faturização se baseia em uma cessão de crédito do vendedor da mercadoria ao faturizador, o natural seria que a duplicata de fatura, que constitui o instrumento para a cobrança do crédito, fosse transferida do vendedor-emissor da duplicata para o faturizador ou empresa de *factoring*. Como a duplicata representa um título de crédito, sujeitando-se, assim, às regras que regem esses títulos, principalmente no que diz respeito à circulação (Lei nº 5.474/68, art. 25), para que a empresa de faturização possa cobrar do comprador a importância devida, necessário será que a duplicata seja transferida para o faturizador, o que será feito mediante um endosso, na forma da regra do art. 14 da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas promissórias em vigor no Brasil. Como o endossante, segundo os princípios básicos do direito cambiário, é garante tanto da aceitação como do pagamento do título, a Lei Uniforme, para facilitar a circulação das letras de câmbio, admitiu o chamado *endosso sem garantia* (art. 15), que é o em que, transferindo o título, o *endossante* não só deixa de garantir a aceitação da letra como se exime do pagamento da mesma.
>
> Essa solução para a transferência do crédito pelo endosso sem garantia da duplicata por parte do faturizado ao faturizador é, na realidade, uma solução apenas aparente. Isso porque, nas duplicatas de fatura, como nos títulos de crédito em geral, o *emitente* ou *sacador*, que no caso da duplicata é o vendedor (faturizado) que extrai a fatura, pode exonerar-se da aceitação do título, *mas não pode eximir-se do pagamento* (Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, art. 9º). Quando extrai uma duplicata, o vendedor ocupa no título duas posições: a de *sacador*, pois é ele o proprietário original de crédito, e a de *tomador* ou *beneficiário*, já que a dívida deve ser paga a ele ou à sua ordem. Assim, quando endossa a duplicata o vendedor o faz como beneficiário ou tomador, que é o único que pode endossar a duplicata por ser aquele a quem a mesma deve ser paga. Mas se o tomador-endossante pode eximir-se do pagamento, de modo subsidiário, àquele a quem o título foi endossado, para isso utilizando-se de um endosso *sem garantia* (Lei Cambial,, art. 15), *como emissor do título não pode ele eximir-se da responsabilidade de pagar* à pessoa a quem a duplicata foi transferida já que a lei, aplicável às duplicatas, estatui peremptoriamente que 'toda e qualquer cláusula pela qual ele se exonere da garantia de *pagamento considera-se como não escrita*' (Lei Cambial, art. 15, 2ª al.).

A sugestão de Fran Martins (2010, p. 230) para solucionar o obstáculo é a de se promover alteração legislativa para permitir que outros títulos possam ser emitidos para titularizar direito de crédito de vendas a prazo de mercadorias:

> Nessas condições, sendo característica essencial do contrato de faturização a isenção do faturizado da responsabilidade de pagar o crédito cedido caso o comprador das mercadorias não o faça – o que torna o contrato de *factoring* uma operação de *risco*, portanto especulativa, e não uma operação de crédito, como são as operações bancárias -, sendo a duplicata o único título válido para a cobrança das vendas a prazo (Lei nº 5.474/68, art. 2º), o *endosso sem garantia* não soluciona o problema da isenção da responsabilidade do sacador do título (faturizado), a não ser que não fosse levada em conta aquela isenção que é da natureza do contrato.
> Por isso, no nosso entender, para a regulamentação do contrato de *factoring* a fim de ser o mesmo introduzido legalmente no país, necessário se faz que seja modificado o art. 2º da Lei das Duplicatas para permitir que outros títulos, que não a duplicata – a letra de câmbio, por exemplo – possam servir de instrumento de cobrança de vendas a prazo, feitas com vendedor e comprador localizados em território nacional. Se assim acontecer, o faturizado, por documento particular, transfere à empresa de faturização os créditos dos seus clientes que sejam aceitos pelo faturizador. Esse, não sendo o vendedor e sim apenas o cessionário dos créditos, não pode emitir duplicatas contra o comprador; mas, se a lei, *uma vez modificada, permitir* a cobrança dessa venda a prazo *por outros títulos que não a duplicata*, o faturizador poderá sacar uma letra de câmbio contra o comprador das mercadorias, sendo resguardada, desse modo, a característica principal do contrato de faturização, que é a isenção de responsabilidade do faturizado ou cedente do crédito pelo pagamento deste por parte do comprador.

Desse modo, a assunção dos riscos do negócio estaria compatibilizada com a emissão de títulos de crédito em operações de faturização. Estaria mantida, para essa doutrina, a característica essencial do contrato de faturização no Brasil: a assunção dos riscos pela sociedade fomentadora, em caso de inadimplemento do devedor.

Arnaldo Rizzardo, na obra intitulada “Factoring”, expõe que a doutrina majoritária não admite o direito de regresso da sociedade de fomento contra a sociedade fomentada:

> Domina, em nosso direito, o princípio de que o cedente não é garante do crédito cedido. Prescreve o art. 296 do Código Civil (art. 1.074 do Código anterior): “Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor”. Envolvendo a cessão de duplicatas, a validade dos títulos e a sua exigibilidade regem-se pelos ditames da Lei 5.474. No entanto, diante do novo instituto jurídico do *factoring*, devem se moldar aos princípios que o estruturam (2004, p. 120).

Argumenta Arnaldo Rizzardo (2004, p. 121) que a assunção do risco do inadimplemento pela sociedade de fomento justifica a remuneração do contrato:

> Uma vez admitido o direito de regresso, não encontra qualquer justificativa a remuneração ao faturizador. E a remuneração envolve precisamente o quantum

> correspondente ao risco que assume o factor pelas vicissitudes do crédito, inserindo-se nele a possibilidade de insolvência do devedor. Assim, o crédito é comprado pelo factor, que paga um preço abatido correspondente ao risco.

Newton de Lucca, na obra "A faturização no direito brasileiro", elaborada a partir de estudo em homenagem a Tullio Ascarelli, expõe o mesmo entendimento, de que o contrato pressupõe a inexistência do direito de regresso da sociedade de fomento:

> Que a operação de faturização repousa numa cessão de crédito a título oneroso, ainda que sem o direito de regresso, parece não haver maiores dúvidas entre os autores, não obstante persista grande divergência, entre elas, no tocante à natureza jurídica da operação.
> Mas, como acentuou oportunamente Guillamón, dizer que a faturização consiste numa cessão de créditos sem direito de regresso e que não é comissão mercantil, nem seguro de crédito, nem operação de desconto, é "dizer muito pouco ou quase nada", assim como descrever o conteúdo pactuado (faculdade de aprovação, conta corrente, liquidação, formas, notificação etc.) também não significa muito.
> Tudo isso, provavelmente, porque a operação se apresenta, como foi salientado por Sussfeld, como "complexa e multiforme", tendo em vista os diferentes aspectos em que a mesma se desdobra (1986, p. 37).

A dissertação, com a devida cautela e modéstia, procurará demonstrar a imprecisão das afirmações acimas esposadas, por estarem desprovidas de embasamento no ordenamento jurídico brasileiro, além do fato de repousarem em argumentos tautológicos.

A divisão do trabalho será feita em três capítulos. Após a presente introdução, o primeiro capítulo apresentará noções gerais da faturização. O segundo capítulo abordará temas sobre a faturização que têm suscitado polêmica no Brasil. O terceiro capítulo trata da assunção do risco do inadimplemento do devedor pela faturizada, e do exercício do direito de regresso, apresentando uma proposta de sistematização. Ao final, serão apresentadas as conclusões.

1 OS ASPECTOS GERAIS DA FATURIZAÇÃO

A faturização representa um mecanismo de obtenção de crédito que, se utilizado adequadamente, auxilia empresários individuais e sociedades a dar estabilidade ao seu fluxo de caixa, fator determinante para alcançar o sucesso.

Waldírio Bulgarelli (1997, p. 533) destaca que a faturização se insere entre as novas técnicas utilizadas modernamente na atividade econômica, ligando-se à necessidade de reposição do capital de giro das sociedades empresárias, em especial as pequenas e médias.

Luiz Lemos Leite (2012, p. 51) destaca que, a partir de 1982, ano da fundação da ANFAC[1], a atividade de fomento mercantil tem se desenvolvido num ambiente autorregulado com base em normas corporativas emanadas pela instituição, amparadas em diversos atos normativos da Administração Pública federal e em atos legislativos infraconstitucionais. Para acompanhar a velocidade da tecnologia e a evolução dos negócios de uma clientela de mais de 190.000 pequenas e médias sociedades empresárias, dos mais diversos segmentos do mercado, as sociedades de fomento devem pautar sua conduta nas melhores práticas com base em uma estrutura organizacional com rigorosa atenção ao chamado programa de integridade (*compliance*)[2], no acompanhamento da observância das normas operacionais, jurídicas, trabalhistas, contábeis e tributárias, de modo a aprimorar a imagem do setor e salvaguardar o público de interesse da atividade.

Acrescenta Marcelo Moraes Tavares (2012, p. 60) que o contexto econômico-social contemporâneo das atividades econômicas tem levado os empresários, especialmente de pequeno porte, ainda discriminados pelas instituições financeiras na concessão de créditos, a buscar outras soluções para a manutenção de suas atividades mercantis. De fato, a dificuldade no acesso ao crédito causa grandes problemas na vida de uma sociedade de menor porte, pois a ausência de capital de giro pode causar a ruína de uma empresa construída com muito

---

1 "A Associação Nacional de Fomento é a principal entidade representativa do setor do fomento comercial brasileiro. Foi fundada em 1982, na cidade do Rio de Janeiro, com o compromisso de fortalecer o sistema brasileiro de fomento comercial e suas relações com a sociedade, como também, contribuir para o desenvolvimento socioeconômico e sustentável do País." Dados retirados de <http://www.anfac.com.br/v3/>.

2 Programa de integridade ou *compliance* pode ser conceituado como a posição, observância e cumprimento das normas, não necessariamente de natureza jurídica. Trata-se de instituto nascido na ciência econômica, que foi recentemente transposto para o Direito (CASTILHO, 2015, p. 8). O principal campo de sua aplicação é na Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção. Tal lei trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, prevendo que serão levados em consideração na aplicação das sanções, dentre outros meios, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

esforço, mas sem suporte financeiro necessário. Assim sendo, a atividade de fomento mercantil é considerada como uma forma de amenizar essas dificuldades, pelo que esta tem se difundido no país.

Newton de Lucca (1986, p. 17) destaca que nos países pobres, como é o caso do Brasil, onde o crédito disponível não é suficiente para as necessidades existentes, a seletividade aumenta mais, e a consequência é a de que os recursos bancários são, a par do direcionamento feito pelas autoridades monetárias, destinados fundamentalmente às empresas multinacionais e às estatais, pouco sobrando, na verdade, para a pequena e média empresa. Além disso, menciona o autor que os inadimplementos, cada vez mais corriqueiros em tempos de crise, podem ser absorvidos com consequências menos graves pelas grandes corporações, enquanto eles podem ser fatais para o pequeno empresário.

Marcelo Negri Soares (2010, p. 15) afirma que o contrato de fomento mercantil tem forte diferencial no que tange a desburocratização dos procedimentos, em comparação com o desconto bancário, sendo este o motivo do alto grau de consolidação e penetração no mercado, que não mais se imagina dissociada dessa modalidade contratual. Outrossim, sua difusão também é devida ao incremento das transações internacionais, no contexto da globalização, bem como no desenvolvimento das atividades de exportação que proporciona, sobretudo para os pequenos e médios empresários.

Jacobo Leonis (1976, p. 459) lembra que enquanto os bancos consideram que os créditos concedidos a seus clientes devem guardar uma certa relação com a respectiva solvência e se fixam no processo de gestão da empresa do beneficiário, a sociedade de fomento considera mais a solvência dos compradores de seu cliente – sem esquecer também a saúde financeira deste – e se fixa nos processos de produção e de venda da sociedade faturizada.

Carlos Renato de Azevedo Ferreira (1986, p. 139) destaca que o fomento mercantil permite às pequenas e médias sociedades empresárias preocupar-se com aquilo que sabem fazer bem, isto é, industrializar, comercializar e prestar serviços, ficando a faturizadora com a incumbência de municiar-lhes de capital de giro, organizar o faturamento e cobrar os seus créditos, dentre outras atividades.

A atividade de fomento mercantil, como qualquer atividade econômica lícita, tem fundamento axiológico na Constituição da República Federativa do Brasil, que em seu art. 1º, IV, elenca o valor social da livre iniciativa como um de seus fundamentos. Como

desdobramento, o *caput* do art. 170 da Constituição destaca novamente a livre iniciativa como alicerce da ordem econômica pátria.

Destaque-se que um dos elementos da livre iniciativa compreende justamente o livre exercício da atividade econômica pelo particular (pessoa física e jurídica), prioritariamente, como exsurge da interpretação sistemática dos arts. 170, parágrafo único, e 173, *caput*, da Constituição.

A liberdade de contratar consubstancia outro princípio constitucional econômico: a livre concorrência, relacionado no inciso IV do art. 170. Isso ocorre porque quando se garante ao adquirente a opção de escolha entre os bens ofertados no mercado por vários agentes econômicos, eles serão forçados a disputar a oportunidade de troca; quem oferecer melhores condições ganhará o contrato (FORGIONI, 2012, p. 170). A liberdade de contratar subdivide-se em três aspectos: o que contratar, como contratar e com quem contratar.

Ricardo Sacramento Lima (2017, p. 10) aponta que o art. 5º, inc. II, da Constituição apresenta o princípio da legalidade: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e que sua aplicação no direito privado está voltada à liberdade do particular na tomada de ações, desde que não se achem vedadas em lei vigente.

Acrescenta o autor que outro princípio, da autonomia da vontade, significa a faculdade de contratar e de não contratar, a liberdade de escolha do outro contraente, e o poder de estabelecer o conteúdo do contrato. Esse último aspecto, obviamente, não é absoluto, encontrando limites na boa-fé objetiva, na socialidade, bem como nas normas de ordem pública.

A empresa de fomento mercantil tem sua maior exteriorização no contrato respectivo, também denominado faturização ou fomento mercantil.

O contrato classifica-se, como será visto com mais atenção no item 1.2, como contrato atípico, pois não é previsto no Código Civil ou em lei especial. Sem embargo, o contrato pode ser livremente celebrado pelas partes, com respaldo no art. 425 do Código Civil, que estipula ser lícito às partes pactuar livremente contratos atípicos, observadas as cláusulas gerais do mesmo Código. Desse modo, Luiz Roldão de Freitas Gomes (1999, p. 31) afirma que o Projeto, que culminou no Código Civil de 2002, consagrou o princípio da liberdade contratual.[3]

[3] Luiz Roldão de Freitas Gomes (1999, p. 30) menciona que um dos princípios do moderno direito contratual é o da abolição da tipicidade dos contratos. No Direito Romano, ao contrário, somente eram admitidos os contratos previstos pelo direito objetivo. Esse rigor formal seria amenizado tempos depois pelo direito

Mariana Ribeiro Santiago (2008, p. 240) afirma que o contrato de fomento mercantil acumula características da cessão de crédito, mandato e prestação de serviços, aplicando-se à espécie, no que for compatível, as normas do Código Civil sobre cessão de crédito. Esse mesmo entendimento encontra-se em Luiz Roldão de Freitas Gomes (1999, p. 41).

Feita estas breves considerações, a seguir será analisada a atividade de faturização e um escorço de sua evolução.

1.1 A atividade de faturização e sua evolução

Num cenário de disputa cada vez maior por mercados, e sobretudo em tempos de grave crise econômica, os empresários se veem compelidos a vender mercadorias ou prestar serviços mediante pagamento a prazo. Caso não o façam, seus concorrentes podem lhes tomar fatias de mercado.

Realizar transações a prazo acarreta uma série de encargos para os empresários. Com efeito, deverão eles manter uma série de diligências para receber os valores a que fazem jus. Imagine-se, por exemplo, determinada sociedade empresária do ramo de alimentos que por ventura tenha centenas de fregueses com prestações a vencer. Alguns desses clientes atrasam o pagamento, mudam de domicílio, ficam insolventes, falecem...

Enfim, em vez de esperar até o advento da data acordada para receber o pagamento das prestações, podem esses empresários ceder a terceiros os direitos de créditos que titularizam.

Arnoldo Wald (1997, p. 146) explica a operação de faturização do seguinte modo:

> Em virtude da operação de *factoring*, o comerciante A cede, total ou parcialmente, créditos de vendas de um valor X a um outro comerciante, B. Em contrapartida a esta cessão, A recebe de B o pagamento dos créditos que foram cedidos. Esse pagamento pode ser feito no ato da cessão ou no vencimento dos créditos. A contrapartida de B nessa operação se faz através de uma remuneração ou do pagamento de um preço. A natureza do *factoring* é comercial, pois tanto o faturizador quanto o faturizado são comerciantes.

A remuneração pelo serviço prestado compreende um abatimento sobre o valor dos créditos adquiridos na cessão. Por evidente, esses terceiros que adquirem os créditos

---

comum, premido pela exigência do comércio, a reclamar flexibilidade e resguardo da boa-fé, e pelo Direito Canônico, que valorizava o juramento mais que o sinal exterior. Depois, o formalismo é suplantado com o Direito Natural, que dá papel central à vontade humana na produção de efeitos dos atos jurídicos.

desenvolvem atividade empresarial almejando lucro. Além disso, o cessionário dos créditos pode prestar cumulativamente serviços de assessoria, ou mesmo de gestão desses créditos.

No Brasil, uma sociedade empresária pode ser constituída para desenvolver a atividade de fomento, não sendo considerada instituição financeira, e, portanto, não estando sob a autoridade do Banco Central, como será visto adiante.

A atividade de faturização, responsavelmente desenvolvida, tem grande utilidade para as pessoas que contratam seus serviços, sobretudo empresários e sociedades enquadrados como Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, que são justamente as que encontram maiores dificuldades com a obtenção de capital de giro, de modo a honrar suas despesas.

É de grande relevância para toda a sociedade que esses entes econômicos de menor porte tenham saúde financeira, pois são, no conjunto, grandes geradores de empregos, bem como recolhem grande soma de impostos para o país.

Além disso, a prestação de serviços de assessoria, feita corretamente, pode representar importante auxílio na organização empresarial dessas empresas de menor porte, visto que muitas delas não possuem condições de manter um quadro extenso de empregados.

Antônio Carlos Donini (2012, p. 642) afirma que a atividade de faturização envolve i) a aquisição dos créditos pela faturizadora; ii) a prestação de serviços de consultoria, administração, gestão e cogestão, cobrança dos créditos; e iii) fomento à produção, que é a compra de matéria-prima pela faturizadora para a sociedade faturizada.[4]

Eduarda Monteiro de Castro Souza Campos (2012, p. 57-58) aponta que a atividade de fomento mercantil não abrange as seguintes práticas: i) operações em que o contratante não seja pessoa jurídica; ii) empréstimo com garantia de linha de telefone, veículos, cheques, etc; iii) empréstimo via cartão de crédito; alienação de bens móveis e imóveis; iv) financiamento ao consumo; v) operações privativas de instituições financeiras; vi) ausência de contrato de fomento mercantil. Todas estas restrições apontadas pela autora não podem ser impostas ao conteúdo do contrato em razão da falta de regulamentação do contrato, persistindo sua atipicidade e a liberdade contratual, como se depreende do art. 425 do Código Civil.

Fran Martins (2010, p. 426-427) apresenta substancioso estudo do percurso histórico do contrato de faturização. Afirma o autor que a origem do instituto remonta à Antiguidade, pois em Grécia e em Roma os comerciantes incumbiam a agentes, denominados “factors”, disseminados por lugares diversos, a guarda e venda de mercadorias de sua propriedade. Na

[4] No mesmo sentido, Denise Vaccari Machado Paes (2012, p. 50).

Idade Média esse costume se difundiu, principalmente entre os comerciantes do Mar Mediterrâneo.

Com a Era dos Descobrimentos (séculos XVI a XVIII), prossegue o autor, a instituição de *factors* ou agentes de venda e cobrança de mercadorias cresceu, sobretudo na Inglaterra, Espanha, França e Países Baixos.

Hindenburg Köhler Brasil Cabral Pinto da Silva (2012, p. 102) lembra que Portugal estabeleceu em suas possessões as chamadas *factorias* (ou feitorias), que eram centros comerciais polarizadores entre a metrópole e a colônia. Denise Kung Bruel (2005, p. 88) comenta que as feitorias atlânticas eram grandes depósitos de mercadorias dirigidos pelo feitor, que atuava como uma espécie de agente comercial. Este, ao receber a mercadoria, disponibilizava sua negociação no mercado, cobrava o preço e, ao receber o pagamento, efetuava o repasse do valor ao dono, descontada sua comissão pelos serviços prestados. Por outras vezes, o feitor adquiria mercadorias locais em nome e por conta do *dominus*, as quais eram enviadas para a metrópole.

Com a colonização da América, agentes de comerciantes ingleses começaram a operar nas Treze Colônias, observando-se que esse modo de comerciar apresentava grandes vantagens para lugares com grandes distâncias, sobretudo em face das dificuldades que os meios de transporte apresentavam à época.

Fran Martins (2010, p. 427) destaca que nessa época os *factors* nada mais eram do que comissários dos vendedores, e tinham por incumbência receber destes as mercadorias, encarregando-se de vender e cobrar o preço, ganhando uma comissão por isso. Com o tempo, com a disseminação do fomento mercantil nos Estados Unidos, os *factors* passaram a encarregar a terceiros o recebimento, a guarda e venda das mercadorias, ficando os *factors* apenas com o encargo do recebimento das vendas, antecipando, contudo, aos vendedores o valor das mesmas, deduzida uma comissão, que representava a remuneração do *factor*. Nessa época, o ramo de principal atuação dos *factors* era o têxtil, setor de grande importância econômica para a Inglaterra, embora outros ramos também fossem explorados, como o agrícola, em especial a produção de trigo.[5]

---

[5] Arnaldo Rizzardo (2004, p. 23), entretanto, afirma que não há semelhança dessa operação dos tempos coloniais com a faturização, visto que os agentes não adiantavam o preço das mercadorias, nem compravam os títulos representativos de transações. O argumento do autor não nos convence inteiramente, pois nem sempre o adiantamento dos valores ocorre na faturização hodierna. Por sua vez, Newton de Lucca (1986, p. 10) da mesma forma não enxerga a origem do instituto na Antiguidade, mas na Inglaterra do século XVIII, acompanhando posição esposada por Jean-Louis Rives-Lange e René Rodiere (*Droit Bancaire*, 1973, p. 354-355). Antônio Carlos Donini (2002, p. 12) segue igualmente esta orientação.

Arnaldo Rizzardo (2004, p. 24) afirma que no auge da colonização europeia na América, especialmente a da Inglaterra, eram colocados agentes familiarizados com os compradores. Conhecendo a situação patrimonial destes, e em vista do clima de confiança que se criava, os agentes remetiam aos vendedores o preço das mercadorias tão prontamente quando recebidas, com a dedução de uma comissão remuneratória. Posteriormente, recebiam os preços junto aos adquirentes, quando efetivamente se reembolsavam dos pagamentos adiantados.

Agindo localmente, os *factors* recolhiam informações sobre os clientes e detinham conhecimento das características das mercadorias. De posse dessas informações, os *factors* forneciam assessoramento às sociedades europeias, fomentando o desenvolvimento da atividade.

O fomento mercantil nos Estados Unidos, sobretudo em razão de circunstâncias especiais, como a inexistência de desconto bancário (GOMES, 1999, p. 41), teve imensa expansão, ainda que operando quase que exclusivamente no setor têxtil, o que se verifica até hoje.

O sucesso da faturização observado nos Estados Unidos não se repetiu na Europa, onde caiu em declínio ao longo do séc. XIX e primeira metade do séc. XX.

Nos EUA, o contrato de faturização evoluiu de um contrato de comissão para constituir um contrato em que o *factor* assume a posição de financiador dos empresários, com a aquisição de seus créditos, por meio do pagamento desses créditos em determinado prazo, em geral antes do vencimento (MARTINS, 2010, p. 427).

Explica Fran Martins (*Idem*) que a história da faturização possui duas etapas distintas: a antiga (*colonial factoring*) – em que o *factor* era apenas um comissário do vendedor – e a moderna – em que um empresário, *factor*, adquiria os créditos de outro empresário, responsabilizando-se pela sua cobrança, sem direito de regresso contra o cedente, mediante o pagamento de uma certa comissão. Com essa nova roupagem, a faturização foi reintroduzida na Europa na segunda metade do século XX.

Com o desenvolvimento mais recente da atividade, a faturização que se limita à cessão dos créditos passa a ser chamada de *old line factoring*, ao passo que o mais recente *new line* ou *new style factoring* adiciona à atividade diversos serviços (CASTRO, 2008, p. 48).

Waldírio Bulgarelli (1997, p. 535), com arrimo em René Rodière e Jean-Louis Rives-

---

Por outro lado, Denise Vaccari Machado Paes (2012, p. 50) acompanha o pensamento martiniano.

Lange (*Droit Bancaire*, 1973), sustenta que a faturização remonta à Inglaterra do século XVIII, sendo introduzida no restante da Europa, nos anos 1960.

Importante tecer uma observação ainda dentro desta seção, para destacar que a faturização pode ser nacional, se praticada dentro de um único país, ou internacional, se a venda das mercadorias ou a prestação de serviços for contratada por pessoa residente em outro país.

Analisada a atividade de faturização e feito um escorço de sua evolução, na seção seguinte será apresentado em linhas gerais o respectivo contrato.

1.2 O contrato de faturização

Fran Martins (2010, p. 425) conceitua o contrato de fomento mercantil ou faturização[6] como "aquele em que um empresário 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".

Arnaldo Rizzardo (2010, p. 13) define-o como "uma relação jurídica entre duas empresas, em que uma delas entrega à outra um título de crédito, recebendo, como contraprestação, o valor constante do título, do qual se desconta certa quantia, considerada a remuneração pela transação". Esclarece que um empresário faz a venda de seus produtos à outra, sem que o pagamento se concretize à vista, postergando-se para um prazo, em geral, de trinta ou sessenta dias. Esse empresário emite uma duplicata contra o comprador, sendo esse o título representativo do valor devido. Em seguida, o empresário transfere o título à sociedade faturizadora. Dependendo da modalidade de faturização, como será visto adiante, o empresário receberá os valores de imediato ou não. Em qualquer caso, esse empresário se libera das custas que teria com serviços de cobrança.

Informa ainda Arnaldo Rizzardo (*Idem*) que o contrato de faturização em geral possui a duração de 1 (um) ano, com cláusula de renovação automática. Desse modo, uma vez que o

---

[6] Ao longo do trabalho serão adotadas preferencialmente ambas as expressões, em especial o neologismo "faturização", cunhado pelo Prof. Fábio Konder Comparato (1975, p. 387-391). Fran Martins (2010, p. 425-426), a título de exemplo, adota preferencialmente a denominação "faturização", sendo essa expressão já consagrada na doutrina e jurisprudência brasileiras. Newton de Lucca (1986, p. 8) segue o mesmo juízo. Luiz Lemos Leite (1994, p. 23), entretanto, critica asperamente o neologismo, afirmando que não significa nada, além de desrespeitar a etimologia latina, do verbo *facere*, e os respectivos substantivos *factor* (caso nominativo) e *factoris* (caso genitivo). Arnaldo Rizzardo (1997, p. 15), a seu tempo, não considera inapropriada a utilização do neologismo.

contrato esteja em vigor, o vendedor ou prestador de serviços simplesmente remete à sociedade faturizadora todos os títulos recebidos pelas vendas que efetuou, podendo alguns ou todos ser recusados, como será analisado.

Destaca o autor que, a par do conceito tradicional, o instituto evoluiu, passando a abranger novos campos, como a gestão financeira, a administração do crédito ou de contas a receber e a pagar, o planejamento econômico e de mercados, a seleção e o cadastramento de clientes, a assessoria creditícia e a elaboração de política de conquistas de mercados.

Marcelo Negri Soares (2010, p. 32) define-o nos seguintes termos

> Assim, o contrato de *factoring* se consubstancia em cessão financeira e na prestação se serviços em que uma parte – o cliente, faturizado, aderente ou cedente – cede à outra – o *factor*, faturizador ou cessionário financeiro – os créditos ou direitos que possui perante terceiros (clientes do faturizado) – o devedor ou *debitor* – e contrata, de forma conjunta ou separadamente, a prestação de serviços (cobrança, administração, seleção de créditos), mediante o pagamento de uma remuneração, chamada tecnicamente de fator (comissão pela aquisição de recebíveis futuros ou pelos serviços contratados).

Luiz Roldão de Freitas Gomes (1999, p. 41) apresenta a seguinte definição: "é o contrato pelo qual uma das partes cede à outra vários créditos de vendas mercantis, assumindo o risco de não os receber, mediante o pagamento de comissão pelo cedente".

Waldírio Bulgarelli (1997, p. 534) afirma que o contrato de faturização compreende basicamente três funções: *garantia* – visto que a sociedade de fomento fica obrigada ao pagamento do crédito cedido, ainda que haja inadimplemento do devedor do crédito, salvo em casos excepcionais; *gestão de crédito* – pois a sociedade de faturização examina os créditos, podendo devolver ou levar à cobrança os créditos duvidosos, a seu parecer, podendo também incumbir-se da própria contabilidade e do faturamento e ainda assessorar a sociedade faturizada quando efetuar vendas a prazo; e de *financiamento*, quando adianta os recursos dos créditos cedidos.[7]

Marcelo Negri Soares (2010, p. 34) entende que definir o fomento mercantil como contrato em que se mesclam as formas de cessão de crédito, de prestação de serviço e de garantia mercantil seria limitar demais um instituto que possui características extremamente flexíveis, bastando não adentrar em matéria bancária e objetivar realizar, de fato e de direito, o fomento mercantil.

Neste sentido, Antônio Carlos Donini (2002, p. 11) dá interpretação mais ampliativa,

---

[7] Mesma posição de Hygino Sebastião Amanajás de Oliveira (2014, p. 361).

ao conceber o contrato como "atos que envolvem a cessão de crédito, antecipação de recursos não financeiros e prestação de serviços convencionais ou diferenciados, conjugados ou separadamente, a título oneroso, entre dois empresários, faturizador e faturizado"

Luiz Rodrigo Lemmi (2005, p. 67), afirma que o conceito de faturização no Brasil hoje não é dado diretamente pela lei. Leis tributárias pretenderam definir o contrato, para finalidades fiscais, mas o fizeram de modo insatisfatório. Desse modo, o autor entende que é necessário recorrer ao direito comparado, consultando a doutrina e a legislação estrangeiras, bem como a convenção firmada por algumas nações para regular a faturização internacional. Além disso, o autor aponta, em percuciente análise, que é necessário investigar se alguns elementos fazem parte do contrato de faturização – como o direito de regresso, a exclusividade ou globalidade e a prestação de serviços. Esses aspectos polêmicos serão, por fins didáticos, estudados em capítulo próprio.

As partes do contrato são a sociedade de fomento (*factor* ou faturizadora) e a sociedade fomentada (ou faturizada, ou ainda aderente ou fornecedor). Um terceiro elemento pessoal, que não é parte do contrato, é o devedor dos créditos, também chamado de comprador ou cliente.

O contrato se aperfeiçoa com a simples manifestação de vontade. Não se exige forma especial, sendo contrato consensual. Trata-se de contrato sinalagmático (PEREIRA, 2012, p. 97), pois gera obrigações para ambas as partes. É ainda oneroso e de execução sucessiva. Afirma-se tradicionalmente que se trata de contrato de exclusividade, porque a sociedade só poderia contratar com apenas uma sociedade de faturização (MARTINS, 2010, p. 434). Os contratos em geral preveem a cláusula de exclusividade. Todavia, não há proibição legal para a contratação de mais de uma sociedade de faturização por uma mesma faturizada, se as partes assim pactuarem.[8]

São cláusulas essenciais do contrato de faturização: (i) faculdade para a sociedade de fomento escolher e aprovar as contas que deseja faturizar[9]; (ii) modo de liquidação dos créditos[10]; (iii) cessão dos créditos à sociedade de fomento[11]; (iv) cláusula sobre a assunção

---

[8] A característica da exclusividade será discutida com mais atenção no próximo capítulo.

[9] Ex.: À contratante caberá a seleção, a seu exclusivo e livre critério, e aprovação dos títulos de crédito comprados, devolvendo à contratante os que não forem objeto de negociação (RIZZARDO, 2004; DONINI, 2002).

[10] Ex.: A contratada abrirá uma conta gráfica para lançar toda a movimentação de valores oriundos deste contrato, facultado à mesma o direito à compensação de quaisquer valores que lhe forem devidos pela contratante, nos termos deste contrato e de seus aditivos, com os créditos recebidos por conta da contratante.

[11] Ex.: A cessão de títulos de crédito *pro soluto* dar-se-á por endosso pleno, em preto, respondendo a contratante

dos riscos pela sociedade de fomento (segundo a corrente amplamente majoritária, como será visto mais no capítulo 4)[12]; (v) remuneração da sociedade faturizadora[13]; (vi) duração do contrato[14]. Destaque-se que cada modalidade de faturização possui cláusulas especiais, como se pode ver nos exemplos de contratos adotados pela ANFAC citados.

Na doutrina prevalece a opinião de que o contrato de faturização tem natureza empresarial. Assinala Fran Martins (2010, p. 476-477) que o contrato tem esta natureza, devendo o faturizador e o faturizado ser empresários, seja pessoa física ou jurídica. Já o devedor do faturizado, que não é parte no contrato, pode ser pessoa física ou jurídica, empresário ou não. Acrescenta o mesmo autor que o contrato é destinado, principalmente, às pequenas e médias empresas para a obtenção de capital de giro.

Waldírio Bulgarelli (1997, p. 571) também afirma que o contrato é empresarial. Arnaldo Rizzardo (2004, p. 31) afirma que é pacífico entre os estudiosos se tratar de contrato empresarial. Para esse autor, "existe a mercancia de títulos de crédito como objeto visado preponderantemente". Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 163) segue o mesmo entendimento, e pondera que a faturização é pactuada entre duas partes empresárias.

Indaga-se se o contrato de faturização é empresarial pela qualidade dos sujeitos ou pelo seu objeto (aquisição de créditos incorporados a títulos à ordem e prestação de serviços adicionais). Além disso, discute-se se a faturizada pode ser considerada consumidora e parte vulnerável na relação contratual, invocando a proteção do Código de Defesa do Consumidor.

Em relação à primeira indagação, sustenta-se que o contrato de faturização é empresarial em relação a seu objeto e não aos sujeitos. Não se pode diante da absoluta falta de normatização do contrato impor a qualidade de empresário ao faturizado e considerar-se que

---

(endossante) por todas as obrigações inerentes ao endosso com base na legislação aplicável à espécie, exceto no que se refere à liquidação dos títulos de crédito pela devedora sacada.

12 Ex.: A condição *pro soluto* pactuada na cláusula segunda supra se extinguirá automaticamente, tornando-se pro solvendo, assumindo, em consequência, a contratante integral responsabilidade pelo pagamento dos títulos negociados, e respondendo, portanto, por todas as obrigações jurídicas do endosso, caso sejam opostas exceções quanto à legalidade ou veracidade dos títulos negociados.

13 Ex.: Os serviços prestados à contratante importam no pagamento de um valor livremente convencionado entre as partes, que será resultado da aplicação de um percentual sobre o valor total de face (*ad valorem*) do aditivo apresentado para análise e aprovação por parte da contratada, para realização de cada operação.

14 Ex.: O presente contrato é feito por prazo indeterminado, bastando, para revogá-lo, a comunicação por escrito de uma das partes, com antecedência mínima de trinta dias. O presente contrato ficará rescindido de pleno direito em caso de concordata, falência ou liquidação da contratante, ou, ainda, por descumprimento de qualquer uma de suas cláusulas ou condições, respeitando, em qualquer caso, o disposto no parágrafo único desta cláusula.
Parágrafo único. Em caso de rescisão do presente contrato, a contratada permanece com o direito de receber todos os créditos que lhe houverem sido transferidos. A conta corrente prevista na cláusula nona será encerrada na data da rescisão do contrato, apurando-se, então, o respectivo saldo.

seria, *prima facie*, ilícito a pessoas jurídicas não societárias, sociedades simples qualquer que seja o tipo adotado ou mesmo profissionais liberais a contratação dos serviços de fomento mercantil ou aquisição de créditos oferecidos por faturizadoras. À guisa de ilustração, a prevalecer este entendimento doutrinário, as faturizadoras seriam "obrigadas" a recusar como clientes quaisquer pessoas que não ostentassem a qualidade de empresário (cooperativas, EIRELI simples, sociedade simples do tipo limitada, associações etc). Ao contrário, o faturizador deve ser empresário ou sociedade empresária, por estar caracterizado, respectivamente, como tal segundo os artigos 966 ou 982 do Código Civil brasileiro.

No que tange a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, ocorrida em 2012, foram aprovados e publicados dois enunciados que auxiliam o intérprete do direito a resolver a dúvida. O Enunciado n. 20 afirma que "Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços". Portanto, sendo as partes contratantes empresários e destinando-se o objeto do contrato a suprir insumos para a atividade de produção, comércio ou prestação de serviços, ou seja, não sendo uma das partes a destinatária final do serviço, não se aplica a legislação consumerista.

O Enunciado n. 28, a seu tempo, dispõe que "em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência". Portanto, sendo empresários, não se presume a existência de vulnerabilidade da pessoa jurídica contratante, afastando a anulação do negócio com motivo na lesão fundada na inexperiência.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se pronunciar sobre essa questão, afirmando que a atividade de fomento mercantil não se submete às regras do Código de Defesa do Consumidor, quando não for evidente a situação de vulnerabilidade da parte[15].

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 162), sustenta que o contrato faturização é "bancário

[15] "A atividade de *factoring* não se submete às regras do CDC quando não for evidente a situação de vulnerabilidade da pessoa jurídica contratante. Isso porque as empresas de *factoring* não são instituições financeiras nos termos do art. 17 da Lei n. 4.595/1964, pois os recursos envolvidos não foram captados de terceiros. Assim, ausente o trinômio inerente às atividades das instituições financeiras: coleta, intermediação e aplicação de recursos. Além disso, a empresa contratante não está em situação de vulnerabilidade, o que afasta a possibilidade de considerá-la consumidora por equiparação (art. 29 do CDC). Por fim, conforme a jurisprudência do STJ, a obtenção de capital de giro não está submetida às regras do CDC." (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 938.979/DF, Relator Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento em 19/06/2012.

impróprio", pois sua natureza é objeto de divergências entre tecnólogos do direito, juízes e autoridades monetárias. Entende o autor que os contratos bancários são aqueles que viabilizam a função de intermediação de recursos monetários, sendo função exclusiva das instituições financeiras. Contudo, nem sempre há acordo sobre os exatos contornos do conceito de atividade bancária.[16]

Waldírio Bulgarelli (1997, p. 538), classifica o contrato como bilateral, consensual, comutativo, oneroso, de execução continuada, *intuitu personae*, interempresarial e atípico.[17] Afirma o autor que basta o simples consenso para formá-lo, sendo recomendável, porém a forma escrita. Além disso, trata-se de contrato de duração.

Sendo um contrato bilateral, a faturização impõe obrigações e direitos para ambas as partes. A sociedade de fomento deve pagar ao faturizado as importâncias relativas às faturas apresentadas e assumir o risco do inadimplemento pelo devedor. Tem o direito de recusar a aprovação, total ou parcial, das faturas remetidas, bem como cobrar as faturas pagas e deduzir sua remuneração. Caso pactuado no contrato, o faturizador pode agir como mandatário do faturizado para cobrar as faturas não admitidas na transação de faturização. Pode ainda examinar os livros e papéis da sociedade fomentada relativos às transações com os devedores.

O faturizado tem o dever de pagar à sociedade de fomento mercantil as comissões devidas, geralmente no momento da liquidação das faturas, com o lançamento do débito na conta do faturizado. O faturizado deve submeter ao faturizador todas as contas dos clientes, cabendo a escolha da faturização ao faturizador. Deste modo, o faturizador evita escolher contas cujo recebimento seja difícil. O faturizado tem o direito ao pagamento das faturas, bem como direito a informações e assistência por parte do faturizador (MARTINS, 2010, p. 436).

Segundo lição de Consuelo Taques Ferreira Salamacha (2004, p. 90), as contas deverão ser remetidas pelo faturizado ao faturizador de forma clara, relacionadas em um *bordereau*, devendo ser acompanhadas de cópias das faturas e demais documentos que sejam necessários ao esclarecimento das operações. Tudo em conformidade com o convencionado com o faturizador. Desta feita, é necessário que haja entre faturizador e faturizado presteza e assistência efetivas, quanto às informações relativas aos clientes e ao recebimento das dívidas.

Flávia Machado da Silva Gonçalves Pereira (2012, p. 99) salienta que não há relação

---

[16] Mesma posição de Cláudia Cardoso de Menezes (2012, p. 22).

[17] Denise de Araújo Capiberibe (2012, p. 41) e Eduarda Monteiro de Castro Souza Campos (2012, p. 58) também consideram que o contrato é atípico. Com a devida vênia, não concordamos com o posicionamento de Hygino Sebastião Amanajás de Oliveira (2014, p. 360), para quem o contrato de fomento mercantil é típico, por se enquadrar na figura contratual da cessão de créditos.

de natureza contratual entre a sociedade de fomento mercantil e o devedor.

Para Luiz Lemos Leite (2010, p. 61), o contrato de fomento mercantil é misto[18] e atípico, por envolver a prestação de serviços de apoio às pequenas e médias sociedades empresárias, bem como a compra, à vista, dos direitos creditórios oriundos das vendas mercantis[19] realizadas pelos clientes, mediante preço ajustado entre as partes (denominado *fator de compra*). Tais direitos creditórios são materializados em títulos de créditos, que possuem a natureza de bens móveis. A sociedade cliente vende os créditos à vista e a sociedade de fomento mercantil compra à vista, em dinheiro, com recursos não coletados da poupança pública.

Marcelo Negri Soares (2010, p. 23) lembra que o contrato de fomento mercantil pode nem mesmo envolver qualquer alusão ao instituto da cessão de créditos, restringindo-se à prestação de serviços de cobrança e gestão financeira, sem desnaturá-lo.

A extinção do contrato pode ocorrer (i) pelo distrato; (ii) pela mudança de estado da parte (por ser tratar de contrato *intuitu personae*); (iii) pelo decurso do prazo; (iv) unilateralmente (resilição), mediante aviso prévio; (v) por infração contratual; (vi) pela morte do empresário individual (GOMES, 1999, p. 44).

A falência do faturizador ou do faturizado não determina a extinção de pleno direito do contrato. Por se tratar de contrato bilateral quanto a seus efeitos para as partes, a decretação da falência não resolverá o contrato, nos termos do preceituado no *caput* do art. 117 da Lei nº 11.101/2005. Caberá ao administrador judicial da massa falida avaliar se o cumprimento reduzirá ou evitará o aumento do passivo da massa falida ou será necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê de Credores, se houver. Caso haja resposta negativa à interpelação da parte solvente por parte do administrador judicial, ou seu silêncio, o contrato estará extinto, podendo o contraente exercer seu direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário no processo falimentar (art. § 2°, da Lei nº 11.101/2005).

Segundo Marcelo Negri Soares (2010, p. 26), se o contrato de fomento mercantil envolver também a prestação de serviços, a sua estipulação terá prazo máximo de quatro anos,

---

[18] Mesmo entendimento de Marcelo Negri Soares (2010, p. 23).

[19] Ao se referir a "vendas mercantis" o autor olvida que o Código Civil determinou em seu art. 2.045 a revogação expressa da Parte Primeira do Código Comercial, que disciplinava o contrato de compra e venda mercantil. O Código Civil não disciplinou esse contrato de modo separado, distinto da compra e venda "civil", podendo-se concluir pela sua extirpação do direito contratual brasileiro. Portanto, a compra e venda é UNA, ou seja, é sempre regulada pelo Código Civil, sejam as partes empresários ou não, tal qual a hipoteca.

nos termos do art. 598 do Código Civil[20], após o que findará o contrato, não se admitindo dilação, em razão da proibição legal.

O contrato de faturização pode assumir mais de uma modalidade, o que gera repercussões nos direitos e deveres das partes, de modo que o operador do direito deve identificá-la em cada caso concreto, como será exposto a seguir.

1.3 As modalidades de faturização

O pagamento pelos créditos cedidos ao faturizado pode ocorrer no momento do vencimento (*maturity factoring*) ou antecipadamente (*conventional factoring*) (GOMES, 1999, p. 41-42).[21]

Quando o elemento essencial é o serviço de financiamento, com a concessão antecipada do valor nominal de todos os créditos, afirma-se que há *credit cash factoring* ou *discounting factoring*. Neste caso, a operação assemelha-se a um desconto de faturas.

Tanto o *maturity* como o *conventional*, incluindo o *discounting*, são chamados de *old line factoring*, ou faturização tradicional.

Na obra seminal sobre o tema no Brasil, o Prof. Fábio Konder Comparato (1975, p. 391) assevera que, em caso de financiamento (no *conventional factoring*), o prazo deve ser curto, de no máximo seis meses.

Mais recentemente, a dinâmica empresarial tem dado origem a variantes contratuais, chamadas de *new line factoring*, praticadas em diversos países.[22] Neste caso, a faturização é praticada pelas mesmas entidades que operam a modalidade tradicional, mas a operação é integrada num quadro creditício mais amplo, em que modalidade tradicional coexiste com suas variantes (VASCONCELOS, 1999, p. 43).

No *non-notification factoring* (SOARES, 2010, p. 40), como o nome sugere, o devedor não é notificado da cessão de crédito. Esta modalidade surgiu nos EUA a partir da operacionalização da faturização como instrumento dirigido a sociedades empresárias com

---

[20] Art. 598. A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra.

[21] Importante fazer aqui a observação de que não existe uniformidade na doutrina a respeito da denominação das modalidades de faturização. O trabalho leva em conta as designações mais difundidas, num esforço de harmonização.

[22] Newton de Lucca (1986, p. 24), considera que o *conventional factoring* e o *maturity factoring* estão presentes tanto no *old line factoring* quanto no *new line factoring*.

graves problemas financeiros. Assim sendo, a celebração do negócio jurídico era tida como indício de fragilidade econômica da sociedade. O faturizado permanece com a função de cobrança dos créditos, transferindo ao faturizador o montante cobrado, e enviando-lhe cópia das faturas emitidas e dos documentos que comprovam a expedição das mercadorias. O faturizador permanece com as funções de consultoria, garantia dos créditos e antecipação dos valores, se for o caso. Nesta modalidade, quase sempre está presente no contrato uma cláusula de confidencialidade.[23]

O *undisclosed factoring* (DONINI, 2002, p. 42) busca evitar o mesmo tipo de repercussão gerada em face da reputação da saúde financeira da sociedade, mas neste caso há uma união de elementos dos contratos de compra e venda e de comissão. O faturizado vende as mercadorias ao faturizador, que nomeia o primeiro como um comissário. O faturizado age em nome próprio, mas por conta do faturizador, de modo que as mercadorias são revendidas aos clientes habituais. Neste caso, o faturizado não garante, em princípio, o cumprimento das obrigações por parte do comprador. Além disso, não há nesta modalidade a existência de cláusula de globalidade[24], e os serviços de gestão e de contabilidade ficam a cargo do faturizado.[25]

No chamado *bulk factoring* (SANTANA, 1995, p. 30), a técnica utilizada consiste na cessão de créditos notificada ao devedor, mas este só pode pagar em conta bancária em nome do faturizador. O faturizado continua a administrar seus créditos, podendo o faturizador prestar o serviço de financiamento e de garantia. Essa modalidade tem utilidade para faturas de baixo valor, o que torna pouco atrativa a cobrança de comissão. Tem inegável semelhança com a operação de desconto bancário, com a diferença de que há verdadeira transmissão do crédito.[26]

No *factoring parcial* apenas parte dos créditos é cedida, e o faturizado gere o restante dos créditos. No *split factoring*, parte dos créditos é cedida a um faturizador, e outra parte é cedida a outro faturizador. A divisão dos créditos é feita por critérios que levam em conta a natureza das mercadorias. No *split risk factoring*, por sua vez, o risco do negócio é repartido entre as partes.

---

[23] Tal operação é admissível na ordem jurídica brasileira, pois o art. 290 do Código Civil estipula que a ausência de notificação apenas torna a cessão ineficaz em relação ao devedor, não comprometendo sua validade.

[24] Por esta cláusula, todos os créditos do faturizado devem ser submetidos ao faturizador para apreciação, conforme será visto no próximo capítulo.

[25] No Brasil, o art. 693 do Código Civil estipula que "o contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente".

[26] Mesma noção apresentada por Antônio Carlos Donini (2002, p. 44).

No *selective transfer credit* não há cláusula de globalidade, e o próprio faturizado decide os créditos que serão cedidos ao faturizador. Geralmente, são cedidos os créditos de maior risco, o que eleva os custos da operação. Não obstante, o faturizador aprova ou não a cessão do crédito (VASCONCELOS, 1999, p. 43-49).

Pode o *factoring* ser ainda interno ou doméstico, quando a operação ocorre dentro de um mesmo país, ou internacional, nos demais casos. Neste último caso, incide a Convenção de Ottawa Sobre *Factoring* Internacional, de 1988, nas jurisdições que ratificaram o instrumento. Em geral, as operações de *factoring* internacional envolvem maiores riscos, o que eleva a comissão devida pelo faturizado (MARTINS, 2010, p. 433).

Newton de Lucca (1986, p. 19) considera – de modo absolutamente oportuno – que o operador do direito tem a necessidade de identificar qual a modalidade a que se refere quando faz tais e quais afirmações, eis que as modalidades se apresentam distintas em seus caracteres e funções, de modo que a diversidade de tratamento entre elas se impõe de maneira inevitável.

Expostas as modalidades, no próximo item serão examinados brevemente institutos afins com a faturização.

1.4 A faturização e institutos afins

Alguns institutos se assemelham em certos aspectos ao fomento mercantil, mas com este não se confunde.

O primeiro é o chamado *accounts receivable financing*. Esclarece Luís Miguel Vasconcelos (1999, p. 54) que de acordo com a forma típica de atuação deste meio de financiamento das sociedades empresariais, estas cedem os seus créditos em garantia às *finance companies*, sem, entretanto, notificarem o devedor, encarregando-se o cedente da cobrança.

As *finance companies* não assumem o risco da operação e concedem ao cliente um montante de cerca de 20% do valor dos créditos cedidos. Entre os contratantes estabelece-se uma relação fiduciária, pois o cliente é *trustee* das somas por si cobradas. A função destas companhias resume-se à monetarização dos créditos cedidos. Nesta modalidade, os serviços de garantia, cobrança, e consultoria estão excluídos. Isto o diferencia da faturização (*Idem*). Trata-se de instituto muito utilizado nos EUA (BERTUCCELLI, 1984, p. 185).

Outro instituto que se distingue da faturização é o *confirming*. Segundo Luís Miguel

Vasconcelos (1999, p. 57-60), as *confirming houses* são instituições tipicamente inglesas, voltadas para a área internacional, não desempenhando um papel único. A operação de *confirming* é celebrada por três entes: o exportador, o adquirente estrangeiro, e a *confirming house*. Por iniciativa do adquirente, a *confirming house* garante ao exportador o pagamento da encomenda que o cliente externo fez. Caso o devedor não cumpra a obrigação, a *confirming house* fará o pagamento, a não ser que haja uma exceção fundada no contrato base. Além disso, a *confirming house* obriga-se a entregar ao exportador o montante global do crédito, assim que os documentos de expedição das mercadorias estejam em sua posse, ao mesmo tempo que concede ao importador uma dilação no pagamento, por meio de títulos de crédito.

Na operação de *confirming*, há cessão de créditos do exportador para a *confirming house*, mas não há, todavia, qualquer cláusula de globalidade quanto à transferência dos direitos, bem como de consultoria. Quanto aos riscos do negócio, estes são assumidos pela *confirming house*. Em geral o pagamento é feito por meio de saque de letra de câmbio pela *confirming house* à sua ordem, com aceite realizado pelo adquirente das mercadorias, ou pela emissão de nota promissória em favor da *confirming house*.

A retribuição das *confirming houses* pelos serviços prestados é feita por cobrança de juros em razão do adiantamento feito ao exportador e pela cobrança de uma comissão. Em geral, a adquirente arca com os juros e o exportador paga a comissão. Além disso, a *confirming house* celebra um seguro de crédito, deixando a cargo do adquirente uma franquia de risco de operação.

Um terceiro instituto que não guarda identidade com a faturização é o *forfaiting* (VASCONCELOS, 1999, p. 57-66). Trata-se de operação comum em compras a longo prazo. Nesses contratos, o devedor pode ter necessidade de alargar o prazo para pagamento previsto em contrato. O exportador dirige-se a uma instituição financeira que pratica *forfaiting*, sendo que esta, após analisar as condições do negócio, aceita a operação, comunicando ao comprador das mercadorias o custo dessa operação.

O *forfaiting* é um contrato inominado, atípico, celebrado entre o exportador e o *forfaiter*, cujo objeto é a transferência de um conjunto de títulos de crédito, subscritos pelo comprador. Seria uma espécie de venda *tout court* de títulos de crédito.

Assim, sendo, desde que haja concordância do devedor, visto que os custos da operação lhes são imputados, o exportador celebra contrato de *forfaiting*, por meio de um instrumento chamado *forfaiter*, em que são estipuladas as cláusulas da venda ou fornecimento

a celebrar com o importador.

O negócio é realizado mediante a transferência *pro soluto* do exportador ao *forfaiter*, de acordo com as condições estabelecidas no instrumento, e nas letras de câmbio aceites e nas notas promissórias subscritas. O exportador transfere para a entidade de *forfaiting* todos os riscos do negócio, obtendo imediatamente o preço da venda, ao mesmo tempo em que o importador obtém prazo mais alargado. A prática comercial pede ainda que os títulos de créditos tenham aval de banco de grande credibilidade do país do devedor, ou seja dada garantia extra-cartular.

O *forfaiting*, titularizado em títulos de crédito, está na órbita de aplicação da Lei Uniforme de Genebra, e suas obrigações são dotadas de abstração, princípio geral dos títulos de crédito à ordem.

No *forfaiting*, o valor recebido pelo exportador é igual ao preço de venda. O importador é quem suporta o custo do financiamento, pela adição de juros no valor nominal dos títulos emitidos. Frise-se que em caso de inadimplemento, o *forfaiter* não tem ação de regresso contra o exportador.

Para o comprador, a operação visa ao financiamento de sua aquisição.

O *forfaiting* e a faturização têm em comum as funções de financiamento e de garantia do risco do crédito (dependendo da modalidade de *factoring*). Contudo, as operações são diferentes em relação a estrutura, custos e instrumentos jurídicos.

O *forfaiting* envolve a carta compromisso entre o *forfaiter* e o vendedor, contrato de venda e a venda dos títulos de crédito ao *forfaiter*. O custo da operação é arcado pelo comprador, recebendo o vendedor o valor da mercadoria.

Arnaldo Rizzardo (1997, p. 45) destaca que o *forfaiting* teve maior implantação nos países em que os importadores não gozavam de grande credibilidade, especialmente nos momentos de instabilidade econômica.

O *factoring* internacional envolve o contrato de venda internacional, cujo teor não é influenciado pelo faturizador, bem como o contrato de faturização propriamente dito, entre o faturizador e a sociedade faturizada. Neste caso, o contrato de fomento obriga a posteriores cessões de crédito, não apenas um negócio em particular. O custo da operação é suportado pelo faturizado, que pode compensá-lo no preço de venda das mercadorias.

Maior polêmica reside na distinção entre a faturização e o desconto bancário.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 164), a distinção entre faturização e desconto está

no direito de regresso, que não existe na faturização, mas está presente no desconto, na hipótese de inadimplemento pelo terceiro devedor.

Cite-se também a posição de Waldírio Bulgarelli (1997, p. 534), para quem a distinção entre faturização e desconto se dá pela exigência de exclusividade que o faturizador faz, de modo que o faturizado lhe confia todos os créditos comerciais.

Arnaldo Rizzardo (1997, p. 40) considera que há estreito relacionamento entre fomento mercantil e desconto bancário, pois ambos institutos procuram satisfazer a necessidade de crédito que possui o detentor dos títulos. Nas duas figuras cede-se o título cambial ou cambiariforme, recebendo, em troca, o valor monetário constante do título. O princípio – prossegue – é o mesmo para os dois institutos: a cessão do título e o recebimento do valor nele constante, diminuída a taxa de juros entre a data da transação e a do vencimento. Mas para o autor, a grande diferença reside na inexistência do direito de regresso no fomento mercantil, enquanto esse direito se faz presente no desconto bancário.

Fábio Konder Comparato (1975, p. 389) perfila o mesmo entendimento

> A diferença específica se encontra no fato de que o desconto é sempre operado pro solvendo, enquanto a cessão de créditos faturizados é feita sem direito de regresso do *factor* contra o cedente. Não obstante, como vimos, nem sempre a empresa de *factoring* aceita os créditos cedidos sem direito de regresso. Em tais hipóteses, se tiver havido adiantamentos do seu valor ao cedente, ter-se-á uma autêntica operação de desconto.

Mariana Ribeiro Santiago (2008, p. 241) da mesma forma credita a distinção entre os institutos na característica da cessão *pro soluto* no fomento mercantil, ausente o direito de regresso do faturizador contra o faturizado. Segundo esse posicionamento, no desconto bancário o descontário se responsabiliza pela solvabilidade do devedor principal, aumentando a garantia do negócio, diferentemente do que ocorre com o faturizado, o qual garante apenas a existência, legitimidade e validade do crédito, podendo ser responsabilizado apenas no caso de vícios redibitórios, quando a fatura não corresponde a uma venda efetiva, por exemplo. Segundo o posicionamento da autora, se houver cláusula contratual prevendo a responsabilidade subsidiária da faturizada pelo inadimplemento do devedor, a faturização se descaracteriza. Idêntico posicionamento já era perfilhado por Arnoldo Wald (1997, p. 146)

Por outro lado, Luiz Lemos Leite (2012, p. 51) e Antônio Carlos Donini (2002, p. 136-137) entendem que a diferença entre fomento mercantil e desconto não está na característica da cessão (*pro soluto* ou *pro solvendo*), mas na aplicação de recursos próprios pela sociedade

de fomento, ao passo que as instituições financeiras aplicam recursos próprios e de terceiros[27]. Segundo este último autor, podem ser elencadas as seguintes diferenças entre os institutos:

a) dedução de juros e não fator, na forma de calcular a remuneração: dedução (desconto ou descarte) de juros e demais despesas no desconto, ao invés de fator *ad valorem*, como no fomento mercantil;

b) empréstimo e não cessão de crédito: o elemento preponderante do contrato de desconto é o empréstimo, enquanto no fomento é a cessão de crédito, onde, para concretização deste, é necessária a notificação. O banco recebe o título tão somente, via endosso, apenas tendo que apresentá-lo ao devedor, sem necessidade de notificá-lo;

c) títulos objetos das operações: os títulos objetos do desconto deverão apenas ser classificados como títulos de crédito (desconto, duplicata, cheque, nota promissória, letra de câmbio, certificado de depósito, *warrants*, debêntures, letras de câmbio, cédulas rurais, industriais e comerciais, notas promissórias rurais), enquanto no fomento o objeto do contrato deverá ser a duplicata ou o cheque oriundo de uma operação mercantil;

d) encargos de inadimplência: os encargos de inadimplência (comissão de permanência) cobrados envolvem, além do principal, juros de mora de 1 % (um por cento) ao mês, multa de 10% (dez por cento) e juros bancários correspondentes à maior taxa diária permitida pelo Banco Central, cujo débito, em quatro meses, chega a dobrar, enquanto no fomento os juros são os legais;

e) capital próprio e capital de terceiros: na instituição financeira, na qual se enquadram o desconto e a antecipação, os recursos são de terceiros. No fomento mercantil os recursos são próprios e sem captação de recursos de terceiros.

1.5 A faturização sob a perspectiva estrangeira

A seguir será vista a prática do fomento mercantil em determinados ordenamentos jurídicos, sobretudo naqueles em que há maior proximidade cultural e comercial com o Brasil.

1.5.1 Estados Unidos

Nos EUA o *factoring* possui âmbito mais restrito, ao contrário do que ocorre na

[27] Essa questão será analisada mais detidamente no próximo capítulo.

Europa, onde é mais alargado. Na prática norte-americana, o faturizador limita-se a adquirir os créditos de seus clientes, geralmente *assumindo o risco do inadimplemento do* devedor (TATGE, 2015, p. 10).

Nesse país a faturização está fortemente ligada à indústria fabril, por motivos históricos já vistos. As tentativas de expansão do fomento mercantil para outras atividades econômicas não obtiveram muito êxito (DONINI, 2002, p. 156).

A doutrina aponta que o *factoring* representa instrumento importante para o fomento de pequenas sociedades (SALABERRIOS, 2016, p. 31).

O *factoring* nos EUA sempre ocorreu mediante a cessão dos créditos, sendo que a jurisprudência desde cedo mitigou a regra geral de proibição da cessão dos créditos, presente na *Common law*, mediante a presença de dois requisitos: interesse relevante (*equitable interest*) e de causa (*consideration*) (VASCONCELOS, 1999, p. 79-82).

De acordo com Luís Miguel Vasconcelos (*Idem*), uma vez admitida pacificamente a cessão dos créditos, surgiu perante os tribunais o problema da eficácia da cessão perante terceiros. Os *Statutes* dos Estados pacificamente admitiam a cessão independente de notificação, mas divergiam em relação à eficácia perante terceiros. Alguns Estados consideravam como marco temporal a notificação, enquanto outros, a maioria, adotavam o momento da transmissão, para fins de verificação do direito de prioridade.

Desta feita, o *Uniform Commercial Code* (UCC), promulgado em 1952 e adotado por 49 Estados (exceto a Luisiana), trata do problema no art. 9º, que dispõe da cessão de créditos com função de garantia.

O UCC admite expressamente a cessão global de créditos presentes e futuros (art. 9º, section 9204, 2 e 3)[28], consagrando a nulidade do pacto que proíbe a cessão de créditos (art. 9º, section 9318, 4).

Assim sendo, segundo o autor, a transmissão do crédito ocorre no momento do acordo de vontades. A notificação apenas tem a função de produzir efeitos perante o devedor. Neste sentido, o pagamento feito pelo devedor ao cedente, antes da notificação, tem efeito liberatório.

---

[28] Art. 9º, section 9204. 2 A security interest does not attach under a term constituting an after-acquired property clause to either of the following: (a) Consumer goods, otlher than an accesion when given as additional security, unless the debtor acquires rights in them within 10 days the secured party gives value. (b) A commercial tort claim. 3 A security agreement may provide that collateral secures, or that accounts, chattel paper, paymente intangibles, or promissory notes are sold in connection with, future advances or other value, whether or not the advances or value are given pursuant to commintment.

Para ser eficaz perante terceiros, o instrumento de cessão deverá ser inscrito no registro público do domicílio do cedente. Essa inscrição tem validade de cinco anos, podendo ser renovada ao fim de cada termo.

Nos EUA, os contratos de *factoring* têm por característica a previsão da cessão global de todos os créditos do faturizado, presentes e futuros, com caráter de exclusividade. Há especial atenção para a aprovação pelo faturizador das operações comerciais do faturizado, e também na análise econômica do faturizado, bem como nas garantias oferecidas pela faturizadora.

Diferentemente ao que sucede na Europa, nos EUA há menor ênfase nos serviços de gestão e consultoria.

Importante destacar que, não obstante o faturizador assumir os riscos do contrato, o UCC confere ao faturizador um direito de garantia sobre os créditos presentes e futuros do faturizado, assim como sobre capital circulante (*inventory*) e sobre as mercadorias depositadas nos armazéns (*warehouses*).

Outrossim, o faturizado pode solicitar ao faturizador o adiantamento dos valores cedidos, o que depende da concordância deste último, após análise das finanças dos envolvidos na operação (MARIN, 2002).

Há também a prática de prestação de garantias aos fornecedores do faturizado por parte do faturizador. Geralmente não há previsão no contrato de *factoring* para essas garantias, que dependem de acordos paralelos (VASCONCELOS, 1999, p. 79-82).

1.5.2 Reino Unido

O *factoring* no Reino Unido se assemelha ao praticado nos EUA, pela afinidade da cultura jurídica desses países (VASCONCELOS, 1999, p. 82-84).

Igualmente, o faturizador assume o risco do inadimplemento, sem direito de regresso em face do faturizado; porém, não possui o faturizador qualquer direito sobre os bens do faturizado (FARRENKOPF, 2014, p. 20).

O contrato é elaborado na forma de um acordo principal (*master agreement*), por meio do qual o faturizado promete a cessão dos créditos a serem adquiridos, ou cede todos os créditos presentes e futuros.

A cessão de crédito no ordenamento britânico possui peculiaridades. A *Law of*

Property Act de 1925 impõe requisitos para que a cessão seja válida. Ela deve ser incondicional, guardar a forma escrita e ter a assinatura do cedente. A notificação do devedor é obrigatória e deve ser feita por escrito. A cessão será válida ainda que não haja a contraprestação (*consideration*) da outra parte.

Não obstante, uma cessão que não obedeça aos requisitos legais pode ser válida com base na *equity*. Neste caso, pode ser válida a cessão ainda que não tenha a forma escrita e que não seja feita a notificação ao devedor. Mas se este pagar ao cedente ficará livre da obrigação. Em se tratando de *equity*, exige-se, contudo, a contraprestação da outra parte, ou seja, a *consideration*.

Assim, pode-se dizer que há dois regimes para a cessão: legal ou por equidade. Em ambos os casos, o devedor pode opor contra o cessionário as exceções que teria contra o cedente, a não ser que a exceção seja estritamente pessoal, desconhecida do cessionário no momento da cessão. Se o mesmo crédito for cedido uma segunda vez, a prioridade recai sobre a primeira notificação.

Em acréscimo, se a notificação da cessão for feita pelo cessionário, o devedor possui o direito de exigir o visto da operação, de modo a assegurar de que o pagamento feito ao primeiro terá efeito liberatório.

No Reino Unido, não há previsão de juros no contrato de *factoring*, evitando-se a qualificação da operação como um financiamento, pois as sociedades de *factoring* buscam evitar a incidência do *Money Lenders Act* de 1900, afastando qualquer traço de mutuante em sua atividade.

Por fim, o faturizador é obrigado a constituir um fundo de segurança (*contingencies reserve*), que tem a finalidade de compensar eventuais dívidas do cedente perante a sociedade de *factoring* (VASCONCELOS, 1999, p. 82-84).

1.5.3 França

Por determinação do Conselho Cultural Francófono, o contrato em estudo é denominado *affacturage* em França. O termo já vinha sendo utilizado pela Corte de Cassação, e remonta ao tempo medieval. O grande crescimento da faturização ocorreu nos anos 1960 (BONIN, 2016, p. 19).

De início, o contrato, nos contornos modernos, foi mal recebido pelas instituições

financeiras e pelos empresários. Isto porque o conjunto de serviços prestados já eram feitos de modo eficiente pelas instituições financeiras. Igualmente, as pequenas empresas já tinham à disposição a operação de desconto de títulos de crédito, bem como os *Crédits de Mobilisation des Créances Commercielles* (CMCC), surgidos em 1967 (VASCONCELOS, 1999, 85-89).

Além disso, outro fator que inicialmente atrapalhou o desenvolvimento da *affacturage* foi o costume dos comerciantes franceses no sentido de proteger o segredo dos negócios de qualquer intromissão estranha. Não obstante o contrato em estudo normalmente ter cláusulas de confidencialidade, os comerciantes viam com desconfiança as funções de análises da situação financeira das faturizadas e de contabilidade.

Outro empecilho inicial foi o excessivo formalismo que o art. 1690 do *Code Civil*[29] impõe à cessão de créditos, exigindo que a notificação seja solene, feita por funcionário judicial ao devedor cedido ou aceite por este. Deste modo, os faturizadores franceses recorreram ao instituto da sub-rogação convencional para contornar o problema (DONINI, 2002, p. 135).

Assim sendo, o terceiro sub-rogado paga, em parte ou totalmente, o montante do crédito ao credor sub-rogante, sub-rogando no direito que lhe cabia sobre o devedor.

A sub-rogação transmite o direito de crédito com todos os acessórios e garantias, mas nos limites do pagamento efetuado, podendo, se for o caso, o sub-rogado obter um direito mais limitado do que aquele que pertencia ao credor primitivo.

O credor primitivo não assume obrigação de garantia da existência do crédito, ao contrário do que se verifica na cessão. Não obstante, o sub-rogado tem direito de regresso contra o sub-rogante caso o crédito não exista, com base na ação de *répétition de l'indu*, que obedece a regras diferentes das aplicáveis à obrigação de garantia.

Na sub-rogação não é necessária a notificação ao devedor, mas neste caso o devedor poderá pagar de boa-fé ao sub-rogante.

O contrato de *affacturage* opera-se com a faturizada sub-rogando à sociedade faturizadora em todos os créditos aprovados por esta.

O faturizado deve oferecer os créditos ao faturizador, enviando-lhe a fatura do respectivo crédito, acompanhada dos documentos justificativos da expedição da mercadoria, junto da quitação sub-rogatória. O faturizador paga os créditos diretamente na conta corrente

---

[29] Art. 1690 - Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.

que o faturizado possui, por força do contrato, especificamente para esse fim. O pagamento pode ser feito imediatamente, ou em data posterior acordada.

Em relação aos créditos não aprovados pelo faturizador, este poderá exercer as funções de gestão e cobrança, por meio de contrato de mandato. Os contratos de *affacturage* podem prever ainda que o faturizado possa obter adiantamento sobre os créditos não aprovados, operando-se um mútuo, não existindo transmissão dos créditos.

Com a entrada em vigor da *Loi* n. 81-1, de 2 de janeiro de 1981, também chamada de *Loi Dailly*, alguns faturizados passaram a sacar letra de câmbio em favor do faturizador como meio de transmitir os direitos de crédito. Porém, o costume prevalecente ainda é o da sub-rogação, pois a referida Lei impõe ao faturizado a obrigação de garantir a solvabilidade dos créditos.

Deste modo, o instituto da sub-rogação, com mais de quatrocentos anos em França, encontrou novas aplicações, no que toca a atividade de faturização naquele país (VASCONCELOS, 1999, 85-89).

Destaca Arnaldo Rizzardo (2004, p. 28), que a *Chambre Nationale des Conseillers Financiers* de França definiu o instituto da *affacturage* como uma operação que consiste numa transferência de crédito comercial de seu titular a um *factor*, que se encarrega de fazer a respectiva cobrança e garante o seu êxito, mesmo em caso de impontualidade ou inadimplemento momentâneo ou permanente do devedor, mediante remuneração.

Além disso, o Conselho Nacional de Crédito francês decidiu que todas as entidades de faturização devem adotar as regras e a organização das instituições financeiras, estando sob fiscalização do Poder Público.

1.5.4 Itália

Na Itália a atividade de fomento mercantil teve grande desenvolvimento a partir dos anos 1960, por meio de sociedades norte-americanas, tendo obtido grande aceitação. O aumento exponencial ocorreu nos anos 1980, em razão de restrições creditícias impostas pelo governo, momento em que a atividade de faturização cresceu mais de 100% ao ano (VASCONCELOS, 1999, p. 90-96).

Nesse país a faturização assumiu carácter nitidamente financeiro, estando a atenção do negócio voltada para os adiantamentos oferecidos pelos faturizadores. Os outros serviços, *v.*

g., consultoria, possuem importância diminuta. Em geral, o contrato é celebrado com direito de regresso em favor da faturizadora.

Em 1973, a justiça de Milão decidiu que a notificação ao devedor fosse formal, feita por meio do *ufficile giudiciario*, por meio de aplicação restritiva do artigo 1264 do *Codice Civile*[30]. Em 1975, porém, o Tribunal de segunda instância, revendo decisões anteriores, decide que não é necessária a utilização do *ufficile giudiciario*, exigindo para a validade da notificação apenas carta registrada com aviso de recepção.

De fato, a lei italiana atribui o mesmo efeito à notificação, à aceitação ou ao mero conhecimento. Desde então, o entendimento pacífico é aquele cristalizado pelo tribunal milanês.

Outro problema enfrentado foi determinar a forma como a notificação deveria se revestir para ser oposta a terceiros, em face do art. 1265 do diploma civil[31].

A Lei n. 52/91, que trata da cessão de créditos empresariais em geral, norma de caráter especial em relação ao Código Civil, estipula, em seu art. 5º[32], uma tripla distinção no que toca a relação entre o terceiro e o cedente: segundo cessionário do mesmo crédito, credor pignoratício, liquidatário judicial do cedente (DONINI, 2002, p. 148).

A cessão será eficaz perante qualquer um desses três sujeitos se o cessionário fizer o pagamento com data certa da transmissão do crédito, independente de notificação ou aceitação do crédito (LEMMI, 2005, p. 75).

O art. 3º da Lei n. 52/91[33] apresenta os pressupostos necessários para a cessão de

---

[30] Art. 1264 - Efficacia della cessione riguardo al debitore ceduto - La cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando questi l'ha accettata o quando gli è stata notificata. Tuttavia, anche prima della notificazione, il debitore che paga al cedente non è liberato, se il cessionario prova che il debitore medesimo era a conoscenza dell'avvenuta cessione.

[31] Art. 1265 - Efficacia della cessione riguardo ai terzi - Se il medesimo credito ha formato oggetto di più cessioni a persone diverse, prevale la cessione notificata per prima al debitore, o quella che è stata prima accettata dal debitore con atto di data certa, ancorché essa sia di data posteriore. La stessa norma si osserva quando il credito ha formato oggetto di costituzione di usufrutto o di pegno

[32] Art. 5º - Efficacia della cessione nei confronti dei terzi 1. Qualora il cessionario abbia pagato in tutto o in parte il corrispettivo della cessione ed il pagamento abbia data certa, la cessione è opponibile: a) agli altri aventi causa del cedente, il cui titolo di acquisto non sia stato reso efficace verso i terzi anteriormente alla data del pagamento; b) al creditore del cedente, che abbia pignorato il credito dopo la data del pagamento; c) al fallimento del cedente dichiarato dopo la data del pagamento, salvo quanto disposto dall'articolo 7, comma 1. 2. E' fatta salva per il cessionario la facoltà di rendere la cessione opponibile ai terzi nei modi previsti dal codice civile. 3. E' fatta salva l'efficacia liberatoria secondo le norme del codice civile dei pagamenti eseguiti dal debitore a terzi.

[33] Art. 3º - Cessione di crediti futuri e di crediti in massa. 1. I crediti possono essere ceduti anche prima che siano stipulati i contratti dai quali sorgeranno. 2. I crediti esistenti o futuri possono essere ceduti anche in massa. 3. La cessione in massa dei crediti futuri può avere ad oggetto solo crediti che sorgeranno da contratti da stipulare in un periodo di tempo non superiore a ventiquattro mesi. 4. La cessione dei crediti in massa si considera con oggetto determinato, anche con riferimento a crediti futuri, se è indicato il debitore ceduto,

créditos futuros e em massa. Anteriormente, a jurisprudência impunha interpretação restritiva, exigindo que à data da transferência do crédito já subsistisse a relação jurídica da qual este deveria nascer. A nova Lei permitiu que os créditos possam ser cedidos ainda antes de celebrados os contratos de que nascerão. Porém, a cessão de créditos futuros e em massa só pode ser celebrada por prazo de até 24 meses, devendo-se indicar, no momento da transferência do crédito, o devedor cedido, sob pena de o objeto ser considerado indeterminado.

O art. 4º da mesma Lei[34] dá fundamento à faturização na vertente exclusivamente financeira, pois inverte o regime geral da cessão de créditos em relação à garantia de solvência do devedor, que passa a estar a cargo do cedente.

Na prática italiana, a faturização prevê as cláusulas de exclusividade e de globalidade.

Há ainda a distinção entre aceitação e aprovação dos créditos. No primeiro caso, a transferência para o faturizador pode ser com ou sem direito de regresso contra o faturizado. No segundo caso, significa que o faturizador assume os riscos do negócio.

Na Itália, os contratos de fomento mercantil dão especial atenção às condições em que o faturizador deixa de garantir um crédito que anteriormente aprovou, bem como as causas de resolução do contrato.

Todos os contratos preveem a possibilidade de adiantamentos ao faturizado, a pedido deste. Na prática, o faturizador sempre credita imediatamente na conta do faturizado os valores, de 80 a 100% do valor nominal, no momento em que aceita o crédito, sendo desnecessária a manifestação de vontade do cedente.

Frise-se que o financiamento é elemento constante na atividade de faturização italiana (VASCONCELOS, 1999, p. 90-96).

Goffredo Zuddas (1986, p. 86) defende que na Itália o contrato de fomento mercantil pode ser celebrado com direito de regresso.[35] Afirma o autor que

---

salvo quanto prescritto nel comma 3.

[34] Art. 4º - Garanzia e solvenza. 1. Il cedente garantisce, nei limiti del corrispettivo pattuito, la solvenza del debitore, salvo che il cessionario rinunci, in tutto o in parte, alla garanzia.

[35] O autor aponta que a doutrina italiana apresenta alguma divergência sobre o direito de regresso. Riccardo Alessi (*Segnalazioni*, 1991, p. 379-380); Fabiana Massa Felsani (*Il contratto di factoring e la nuova disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, 1991, p. 734); Marcello Labianca e Ferdinando Parente (*Garanzie e autonomia privata nel leasing e nel factoring*, s/d, p. 97-100); Franco Ferrari (*L'ambito di applicazione internazionale della convenzione di Ottawa sul "factoring" internazionale*, s/d, p. 201); Aldo Frignani (*Recenti sviluppi del factoring in Italia*, s/d, p. 196) aceitam o direito de regresso. Monica Bighetti (*Factoring*, s/d, p. 241) e Bianchi (*Il Factoring e i problemi gestionali che comporta*, 1970) não admitem o direito de regresso.

> Le clausole più comuni sono le seguenti: […] all'atto dell'accettazione il factor determina se il credito è anche "approvato", ed in tal caso egli assicura al cliente il pagamento qualora non vi provveda il debitore (c.d. cessione *pro soluto*). In mancanza di approvazione il factor verserà il corrispettivo alla scadenza solo se il debitore paga, ed há il diritto di richiedere al cliente, in caso de mancato pagamento, la restituzione delle anticipazioni corrisposte (c.d. cessione *pro solvendo*).

Neste sentido, as partes poderão pactuar livremente se o faturizador assumirá ou não os riscos do negócio.

1.5.5 Alemanha

Na Alemanha, a faturização também teve impulso a partir dos anos 1960, ganhando grande espaço desde então (VASCONCELOS, 1999, p. 97-103).

O instrumento jurídico utilizado para operar a transmissão dos créditos é a cessão. Em geral, a faturização na prática alemã consiste numa cessão global de créditos futuros, desde que suficientemente determináveis (BUCHMANN, 2007, p. 193).

Importante ressaltar que a transmissão prévia de créditos não existentes em garantia de um empréstimo representa uma prática comum no sistema financeiro alemão. O ente financiado cede em garantia ao banco financiador os créditos futuros de seus clientes. A par disso, também já existia a prática do chamado "fornecedor com reserva de propriedade", que pode envolver também a cessão de créditos futuros do cliente, decorrentes de venda dos bens que este lhe adquiriu, sob reserva de propriedade[36].

O desenvolvimento da faturização na Alemanha envolve a discussão dessas práticas de cessão de créditos futuros em garantia e fornecimento com reserva de propriedade.

Os tribunais tiveram que enfrentar a questão do conflito de interesses entre o faturizador e o banqueiro, ou entre o faturizador e o fornecedor com reserva de propriedade, igualmente cedidos, pela mesma entidade, os mesmos créditos futuros.

De início, o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha entendeu, em 1959, que a cessão global de créditos futuros contrariaria os bons costumes, devendo prevalecer o direito do fornecedor com reserva de propriedade, com base na teoria da violação do contrato, pois o

[36] Luís Miguel Vasconcelos (1999, p. 99) destaca que o instituto do fornecimento com reserva de propriedade não encontra qualquer paralelo no direito latino. Por meio dele, o fornecedor vende suas mercadorias aos clientes, retendo a propriedade das mesmas até o integral pagamento. Contudo, o fornecedor autoriza o comprador a alienar esses produtos em nome próprio, mas por conta do primeiro, sendo que este comprador cede ao fornecedor previamente os créditos que resultem das vendas. Trata-se de uma cessão em garantia. Assim, o vendedor com reserva de propriedade concede ao comprador duas autorizações: uma para a revenda dos produtos em nome próprio, e outra para a cobrança dos créditos.

banco, ao exigir a cessão global de todos os créditos futuros de seu cliente sabe que esse não terá êxito em obter crédito junto de seus fornecedores. A única exceção seria se o cliente fizesse a cessão do mesmo crédito futuro uma segunda vez, enganando o fornecedor ao esconder a existência da cessão global de créditos futuros. Deste modo, o comprador com reserva de domínio violará o contrato com o fornecedor, pois os créditos já foram transmitidos ao banco, que tem privilégio em razão do princípio da prioridade temporal.

Cogitou-se aplicar este mesmo raciocínio ao contrato de faturização, visto que este também opera uma cessão global de créditos futuros. De início, entendeu-se pela negativa, uma vez que o recurso à faturização, por parte do comprador com reserva de propriedade não prejudicaria a posição do fornecedor.

O Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*) enfrentou a questão em 1977, quando tomou por base a teoria de Rolf Serick, que distingue duas modalidades de faturização, tendo por critério a assunção ou não dos riscos do inadimplemento pelo faturizador: faturização autêntica (*echt factoring*), em que o faturizador assume os riscos, e faturização falsa (*unechtes factoring*), em que o faturizador não assume os riscos. Essa distinção marcou toda a jurisprudência e a doutrina alemãs desde então.

Nesse julgado de 1977, o *Bundesgerichtshof* (BGH), tratando apenas do conflito com a faturização autêntica, considerou que há compra de créditos, estando o negócio conforme os bons costumes. A cessão dos créditos ao faturizador equivale a uma venda dos bens produzidos, apresentado diferença com uma cessão global de créditos futuros em garantia de um mútuo.

Em 1981, o Tribunal Federal de Justiça analisou o conflito entre o faturizador e o fornecedor com reserva de propriedade na faturização falsa. Considerou que devem ser aplicadas as regras definidas para a resolução do conflito entre o vendedor com reserva de propriedade e cessão global de créditos futuros a um banco, por considerar que há analogia entre as situações.[37]

Ocorre que esta segunda decisão levou em conta a pouca publicidade da cessão de

[37] Comenta Luís Miguel Vasconcelos (1999, p. 100), que surgiu crítica doutrinária a essa segunda decisão do BGH, entendendo que a decisão em relação ao *unechtes factoring* foi muito radical, sem deixar margem para acomodação deste negócio às necessidades de segurança do vendedor com reserva de propriedade, nem tendo suficientemente em conta a liberdade de gestão que cabe às sociedades empresárias. É a posição de Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris, segundo a qual não há razão para considerar negócio nulo, por ser contrário aos bons costumes, por se entender que o faturizador induz o comprador com reserva de propriedade a violar o contrato com o fornecedor. O faturizado pode obter adiantamentos que lhe permitem saldar sua dívida com o fornecedor.

créditos na Alemanha. Entendeu-se que o faturizador induz o faturizado a violar o contrato, uma vez que este omite do fornecedor com reserva de propriedade a primeira cessão, transferindo uma segunda vez esse direito, sabendo que não poderá cumprir o contrato com este fornecedor.

Não existe na Alemanha regra semelhante à dos EUA, que dá privilégio à primeira cessão registrada, dando às cessões de crédito publicidade eficaz e segura.

Assim, a solução seria a inserção, no contrato de faturização, de cláusula que obrigasse o faturizado a comunicar a seus fornecedores a prévia cessão, bem como permitir ao faturizador verificar a aplicação dos adiantamentos concedidos. O faturizado teria a opção de escolher entre o fornecimento com reserva de propriedade ou a faturização falsa, tendo depois que pagar de pronto aos fornecedores.

Outra questão enfrentada na Alemanha deriva da cláusula contratual de incessibilidade dos créditos, que as grandes corporações impõem a seus fornecedores. Essa cláusula de proibição de transferência de créditos é muito comum nos contratos em geral. O Tribunal Federal entendeu que o *pacto de non cedendo* é válido. Entretanto, parte da doutrina entende que o correto seria que o pacto deveria ter validade apenas inter-partes. Há também posicionamento considerando o pacto contrário aos bons costumes, por induzir os vendedores a enganarem os seus fornecedores, quando estes exigirem uma cessão de créditos futuros em garantia do seu financiamento (VASCONCELOS, 1999, p. 97-103).

Carlos Renato de Azevedo Ferreira (1986, p. 140) destaca que na Alemanha as sociedades de fomento estão sujeitas aos rigores legais dos estabelecimentos bancários, embora não sejam, propriamente, consideradas bancos.

1.5.6 Argentina

O *Código Civil y Comercial de la Nación* – Lei n. 26.994/2014, vigente desde 1 de agosto de 2015 – trata da faturização em seu Título IV, Capítulo 13, intitulado “Contrato de factoraje”. As disposições tiveram grande influência da Convenção de Ottawa da UNIDROIT, conforme analisaremos a seguir (CASTRO, 2008, p. 186).

O art. 1.421 afirma que há contrato de *factoraje* quando uma das partes, denominada “factor”, se obriga a adquirir por um preço em dinheiro determinado ou determinável os créditos originados das vendas da outra parte, denominada “factoreado”, podendo antecipar

tais créditos, assumindo ou não os riscos do negócio[38].

Importante observar, portanto, que para a lei argentina o risco não é elemento essencial do contrato de fomento mercantil, podendo ser elidido pela avença, mesma orientação da Convenção da Ottawa. Também fica facultado o adiantamento dos créditos pela faturizadora à faturizada.

Rogério Alessandre de Oliveira Castro (2008, p. 212) informa que, antes da positivação do instituto pelo *Código Civil y Comercial de la Nacíon*, a doutrina argentina não era unânime ao definir se a cessão do crédito pelo cliente à sociedade de fomento deveria ser obrigatoriamente por soluto, ou seja, se seria cláusula essencial ou não do contrato de fomento a assunção do risco de não recebimento do crédito por parte da sociedade de fomento.

O art. 1.422, por sua vez, estabelece que outros serviços podem ser agregados ao contrato, como administração e gestão de cobrança, assistência técnica, comercial ou administrativa sobre os créditos cedidos[39]. Mais uma vez, trata-se de uma faculdade das partes contratantes, não de uma imposição. Como visto, a legislação brasileira (Lei n. 9.249/95) também inclui a prestação de serviços adicionais ao faturizado.

O art. 1.423 permite que o *factoring* tenha por objeto a cessão de créditos futuros, desde que sejam determináveis, uma vez mais no mesmo sentido do art. 5º da Convenção de Ottawa.[40]

Também inspirado na Convenção de Ottawa, o art. 1.424 determina que o contrato deve incluir a relação dos créditos objetos da transmissão, bem como a identificação do *factor* e do *factoreado* e os dados necessários para identificar os documentos representativos dos direitos de crédito.[41]

Esclarece Carlos Molina Sandoval (2016, p. 296) que o rol de requisitos do art. 1.424 não é taxativo, devendo ser inseridas outras cláusulas, como a fixação de comissão, a existência ou não de antecipação dos valores, a assunção ou não dos riscos, dentre outras.

---

[38] Art. 1.421. “Definición. Hay contrato de factoraje cuando una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir por un precio en dinero determinado o determinable los créditos originados em el giro comercial de la outra, denominada factoreado, pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos, asumiendo o no los riesgos”. (grifo nosso).

[39] Art. 1.422. “Otros servicios. La adquisición puede ser complementada com servicios de administración y gestón de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos”.

[40] Art. 1.423. “Créditos que puede ceder el factoreado. Son válidas las cesiones globales de parte o todos los créditos del factoreado, tanto los existentes como los futuros, siempre que estos últimos sean determinables”.

[41] Art. 1.424. “Contrato. Elementos que debe incluir. El contrato debe incluir la relación de los derechos de crédito que se transmiten, la identificación del factor y factoreado y los datos necesarios para identificar los documentos representativos de los derechos de crédito, sus importes y sus fechas de emisión y vencimiento o los elementos que permitan su identificación cuando el factoraje es determinable”.

O art. 1.428 do Código exige a notificação do devedor, que pode ocorrer por qualquer meio que evidencie racionalmente a recepção pelo devedor.[42]

1.5.7 México

A *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, diploma consolidado vigente desde 2014, trata do chamado *factoraje financiero* em seus artigos 419 a 431, acréscimo promovido pelo Decreto de 27 de abril de 2006. O art. 419 conceitua o instituto nos seguintes termos:

> Por virtud del contrato de factoraje, el factorante conviene con el factorado, quien podrá ser persona física o moral, en adquirir derechos de crédito que este último tenga a su favor por un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y la forma en que se pague, siendo posible pactar cualquiera de las modalidades siguientes: I. Que el factorado no quede obligado a responder por el pago de los derechos de crédito transmitidos al factorante; o II. Que el factorado quede obligado solidariamente com el deudor, a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos al factorante.
> La administración y cobranza de los derechos de crédito, objeto de los contratos de factoraje, deberá ser realizada por el factorante o por un tercero a quien éste le haya delegado la misma, en términos del artículo 430.
> Todos los derechos de crédito pueden transmitirse a través de un contrato de factoraje financiero, sin el consentimiento del deudor, a menos que la transmisión esté prohibida por la ley, no lo permita la naturaleza del derecho o em los documentos en los que consten los derechos que se van a adquirir se haya convenido expressamente que no pueden ser objeto de una operación de factoraje.
> El deudor no puede alegar contra el tercero que el derecho no podía transmitirse mediante contrato de factoraje financiero porque así se había convenido, cuando ese convenio no conste en el título constitutivo del derecho. (*grifo nosso*)

Deste modo, permite a lei mexicana que o *factorado* seja pessoa física ou jurídica. Além disso, na linha da Convenção de Ottawa e dos diplomas português e argentino, consagra as modalidades com recurso e sem recurso, ou seja, pode o *factorado* responder ou não pela solvência do devedor (DELGADO, 2013, p. 55-57).

O diploma também faculta a possibilidade de a administração dos créditos ser realizada por terceiros.

O art. 422 estipula que os *factorados* estão obrigados a garantir a existência e

---

[42] Art. 1.428. “Notificación al deudor cedido. La transmisión de los derechos del crédito cedido debe ser notificada al deudor cedido por cualquier medio que evidencie racionablemente la recepción por parte de éste”.

legitimidade dos direitos de crédito, ao tempo da celebração do contrato[43]. Diante da redação desse artigo, Mario de la Madrid Andrade (2016, p. 25) considera que não é possível celebrar o contrato de faturização sobre créditos futuros.

O art. 426 estabelece a obrigação de registro da operação de transmissão dos créditos para produzir efeitos perante terceiros[44]. A produção de efeitos será *ex nunc*.

O art. 427 apresenta o dever de notificação do devedor. Esse dever é mitigado na hipótese em que ao *factorado* tenha sido outorgado mandado de cobrança dos créditos, isto é, ele seja contratualmente responsável pela realização da cobrança[45].

O art. 431 permite ao *factorante* transmitir os direitos de crédito a terceiros, sendo aplicável às disposições gerais de transmissão desses direitos[46].

1.5.8 Portugal

Em Portugal, o Decreto-Lei n. 171/95 regula as sociedades de fomento mercantil e o contrato de *factoring*, na versão consolidada vigente desde 7 de junho de 2015 devido a alterações promovidas pelo Decreto-Lei n. 100/2015.

As sociedades de faturização em Portugal são instituições financeiras. O preâmbulo do Decreto-Lei n. 171/95 assinala que o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n. 298/92, inclui tais sociedades entre as instituições de crédito. Com isso, essas sociedades se submetem às normas emanadas da autoridade reguladora, ou seja, o Banco de Portugal e as que disciplinam a constituição, administração, fiscalização e supervisão das instituições de crédito.

O Decreto-Lei n. 171/95 revogou a lei anterior que tratava do assunto, Decreto-Lei n. 56/86, com o intuito de "clarificação e desregulamentação do regime do contrato de

---

[43] Art. 422. "Los factorados estarán obligados a garantizar la existencia y legitimidad de los derechos de crédito objeto del contrato de factoraje, al tiempo de celebrarse el contrato, independientemente de la obligación que, en su caso, contraigan conforme a la fracción II del artículo 419 de esta Ley".

[44] Art. 426. "La transmisión de derechos de crédito efectuada con motivo de una operación de factoraje financiero surtirá efectos frente a terceros, desde la fecha en que haya sido inscrita en la Sección Única del Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público de Comercio, sin necesidad de que sea otorgada ante fedatario público".

[45] Artículo 427 - El factorante deberá notificar al deudor respectivo la transmisión de los derechos de crédito objeto de un contrato de factoraje financiero, excepto en el caso de factoraje en el que se otorgue al factorado mandato de cobranza o se conceda a este último la facultad de llevar a cabo la cobranza del crédito correspondiente […].

[46] Artículo 431 - El factorante podrá transmitir a un tercero los derechos de crédito objeto del correspondiente contrato de factoraje financiero que haya celebrado, para lo cual deberá sujetarse a las disposiciones aplicables a dicha transmisión.

factoring". Além disso, teve o cuidado de evitar repetir as normas já presentes na lei geral das instituições de crédito e sociedades financeiras.

O art. 2º do Decreto-Lei n. 171/95 conceitua a atividade de faturização nos seguintes termos:

> 1 – A atividade de *factoring* ou cessão financeira consiste na aquisição de créditos a curto prazo derivados da venda de produtos ou da prestação de serviços, nos mercados interno e externo.
> 2 – Compreendem-se na atividade de *factoring* as ações complementares de colaboração entre as entidades habilitadas a exercer a atividade de *factoring* nos termos do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n. 298/92, de 31 de dezembro e os seus clientes, designadamente de estudo de riscos de crédito e de apoio jurídico, comercial e contabilístico à boa gestão dos créditos transacionados".[47] [48]

Afirma Luís Miguel Vasconcelos (1999, p. 103-104) que o legislador, no Dec.-Lei n. 171/95, optou de forma sensata, tendo em vista as inúmeras variedades de faturização praticadas nos EUA e na Europa, por não definir nenhum contrato de *factoring* em particular, limitando-se de uma forma vaga a regular, em contornos gerais, a atividade.

Além disso, como será visto a seguir, o diploma, voltado à desregulamentação do regime do contrato, limita-se a fixar a forma escrita e a fazer uma breve referência aos pagamentos dos créditos cedidos.

Assevera Luís Miguel Vasconcelos (*Idem*), que não se pode falar de maneira alguma que o Dec.-Lei 171/95 representa uma lei restritiva ao livre exercício da autonomia privada pelos participantes do tráfico jurídico[49]. Não há modalidade de contrato de faturização que a lei impeça às partes de celebrar, nem exige que a transferência dos créditos opere mediante o instituto da cessão, muito embora este seja utilizado quase unanimemente. É a posição também defendida por António Menezes Cordeiro (1994, p. 190), para quem é dispensável regular o contrato de faturização.

O que se observa na prática é que o contrato apresente uma parte geral, com regras comuns a todas as modalidades que o faturizado limita-se a concordar, e outra parte especial, com condições negociadas de acordo com a modalidade, sendo livremente pactuadas pelas

---

[47] O Decreto-Lei n. 56/86 qualificava o *factoring* como atividade parabancária (art. 1º). Segundo a doutrina majoritária, a atividade parabancária não possibilitava a captação de depósitos diretamente junto ao público em geral.

[48] Na praxe lusitana, as partes do contrato são chamadas de *factor* e aderente, conforme lição de João Caboz Santana (1995, p. 45).

[49] Posição defendida por Pinto Duarte (*Notas sobre o contrato de factoring*, 1988, p. 150ss)

partes.

Com relação à exigência de que os créditos sejam de curto prazo, o costume em Portugal é o de que esse período de tempo varie de 30 a 90 dias, chegando eventualmente a 180 dias.

Também é praxe a inserção de cláusula de exclusividade, ficando proibido o faturizado de celebrar contrato com outro faturizador durante a vigência do contrato.

A cláusula de globalidade também é sempre presente, obrigando-se o faturizado a ceder todos os seus créditos (de curto prazo) ao faturizado. Contudo, é feita uma certa restrição ao princípio da globalidade. Explica-se: o dever se circunscreve, mediante acordo prévio contratual, aos créditos que o faturizado venha a adquirir sobre pessoas que já são suas devedoras ou virão a sê-lo, constantes de uma lista anexa ao contrato (VASCONCELOS, 1999, p. 109).

Em Portugal, o faturizador pode assumir o risco do incumprimento ou de insolvência de alguns ou todos os devedores até um montante previamente fixado e dentro de determinadas condições – é a chamada *faturização sem recurso*, ou seja, sem direito de regresso. Ao contrário, quando o risco do negócio permanece com o faturizado, diz-se que há *faturização com recurso*.

A assunção dos riscos pelo faturizador depende de solicitação do faturizado, devendo o primeiro aprovar os créditos do faturizado em questão até que somem um determinado montante, previamente fixado pelo faturizador.

A legislação e os contratos não distinguem os conceitos de aceitação dos créditos (ou seja, a transmissão dos mesmos) e aprovação (assunção do risco do incumprimento do devedor pela sociedade de faturização).

Luís Miguel Vasconcelos (1999, p. 109-110) destaca que a cláusula de assunção dos riscos pela faturizadora é eventual, não estando presente em todos os contratos, ao passo que as cláusulas de gestão e cobrança dos créditos, consultoria, e a possibilidade de concessão de adiantamentos são permanentes no tipo contratual português de faturização. Em acréscimo, comenta que

> Desta forma, poderemos ter contratos de cessão financeira celebrados inteiramente com direito de recurso da entidade financeira sobre o facturizado, embora o inverso já seja difícil verificar-se na prática, dado que, a partir do momento em que o *plafond* de aprovação é ultrapassado, os créditos passam necessariamente a serem aceites com recurso. É, no entanto, perfeitamente possível combinar as duas modalidades de cessões num mesmo contrato, desde que o factor só aprove sempre

> mediante solicitação da outra parte) determinados devedores do facturizado, ou, então, o montante aprovado seja inferior àquele que este último havia proposto. Só a esta luz é possível compreender algumas cláusulas das condições gerais do contrato, que pressupõem, necessariamente, uma determinada modalidade de transferência do crédito (*Idem*).

O art. 4º[50] da lei lusitana exige que as sociedades de fomento mercantil adotem a forma de sociedade anónima. Trata-se de exigência reintroduzida no regulamento das sociedades faturização pelo Decreto-Lei n. 100/2015, não estando prevista na redação original do Decreto-Lei n. 171/95. Essa exigência tinha lugar no art. 6º do Decreto-Lei n. 56/86.

O texto original do Decreto-Lei de 1995 previa que somente "as sociedades de *factoring* e os bancos podem celebrar, de forma habitual, como cessionários, contratos de *factoring*" (art. 4º, n.1, princípio da exclusividade). Com a nova redação, é estabelecido que o *factor* ou cessionário podem ser as entidades habilitadas a exercer a atividade de *factoring* nos termos do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (art. 3º)[51]. O mais comum é prestação de serviços pelas sociedades específicas de *factoring*.[52]

O art. 5º da lei portuguesa consigna que

> as sociedades de *factoring* podem financiar sua atividade com fundos próprios e através dos seguintes recursos: a) emissão de obrigações de qualquer espécie, nas condições previstas na lei, em montante que não exceda o quádruplo dos seus capitais próprios, considerando a soma do preço de subscrição de todas as obrigações emitidas e não amortizadas, bem como emissão de papel comercial; b) financiamentos concedidos por instituições de crédito, nomeadamente no âmbito do mercado interbancário, se a regulamentação aplicável a este mercado o não proibir, bem como por instituições financeiras internacionais; c) financiamentos previstos nas alíneas a) e d) do nº 2 do artigo 9º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de dezembro.

---

[50] Art. 4º – Forma e verdade da firma. 1 (revogado); 2 – As sociedades de *factoring* adotam a forma de sociedade anónima; 3 – As designações "sociedade de factoring", "sociedade de cessão financeira" ou quaisquer outras que sugiram essa atividade só podem ser usadas pelas entidades habilitadas a exercer a atividade de *factoring* nos termos do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

[51] Decreto-Lei n. 298/92, Diploma consolidado. Art. 3º. "Tipos de instituições de crédito. São instituições de credito: a) Os bancos" […]. Art. 4º. "Atividade das instituições de crédito. 1 – Os bancos podem efetuar as operações seguintes: [...] b) operações de crédito, incluindo concessão de garantias e outros compromissos, locação financeira e factoring;" […]. Art. 6º "Tipos de sociedades financeiras. 1 – São sociedades financeiras: […] b) As instituições financeiras referidas nas subalíneas ii) e iv) da alínea z) do artigo 2º-A, nas quais se incluem: […] iv) As sociedades de *factoring*; […].
Art. 10º. "Entidades habilitadas. 1 – Estão habilitadas a exercer as atividades a que se refere o presente diploma as seguintes entidades: a) Instituições de crédito e sociedades financeiras com sede em Portugal; b) Sucursais de instituições de crédito e de instituições financeiras com sede no estrangeiro". Registre-se que o Princípio da Exclusividade é previsto no art. 8º do Regime Geral.

[52] As caixas agrícolas podem exercer excepcionalmente a atividade de *factoring*, em favor de seus associados e para financiar atividades agrícolas, mediante autorização do Banco de Portugal, com base no Dec.- Lei n. 24/91.

Permite-se, portanto, a captação de recursos de terceiros, atividade consentânea com o objeto das instituições financeiras.

O art. 6º[53] permite às sociedades de fomento mercantil realizar as operações cambiais necessárias ao exercício de suas atividades.

O art. 7º[54] exige que o contrato seja celebrado por escrito, constando o conjunto das relações do *factor* com o respectivo aderente. Além disso, a transmissão de créditos deve ser acompanhada pelas respectivas faturas ou suporte documental equivalente, nomeadamente informático, ou título de crédito.

As ofertas de cessão dos créditos e sua aceitação pela faturizadora sujeitam-se a um formalismo especial. A transferência do crédito só ocorre com a aceitação expressa do faturizador, formalizada em documento próprio, enviado ao faturizado. Somente a partir desta data a cessão começa a produzir efeitos. O faturizador assume ainda o dever de aceitar os créditos objeto do contrato, com ou sem recurso, de acordo com o que tiver sido pactuado nas estipulações especiais do contrato (VASCONCELOS, 1999, p. 111).

O art. 8º[55] trata do pagamento dos créditos transmitidos, que poderá ser na data de vencimento dos créditos ou antecipadamente, podendo neste caso ser prestada garantia.

O art. 9º manda aplicar subsidiariamente as regras do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras e legislação complementar.

A doutrina especializada informa que em Portugal o *factoring* cresceu substancialmente nos anos anteriores à crise econômica de 2008 (SOUSA, 2005, p. 8). Segundo dados da Associação Portuguesa de *Leasing*, *Factoring* e *Renting*, em 2015, após queda da atividade de fomento mercantil em decorrência da crise, o peso dos créditos tomados nessa atividade representou 12,9% do PIB, o que ainda assim é um percentual muito elevado.[56]

---

[53] Art. 6º – Operações cambiais. As sociedades de *factoring* podem realizar as operações cambiais necessárias ao exercício da sua actividade.

[54] Art. 7º – Contrato de *factoring*. 1 - O contrato de *factoring* é sempre cclebrado por escrito e dele deve constar o conjunto das relações do factor com o respectivo aderente. 2 - A transmissão de créditos ao abrigo de contratos de *factoring* deve ser acompanhada pelas correspondentes facturas ou suporte documental equivalente, nomeadamente informático, ou título cambiário.

[55] Art. 8º – Pagamento dos créditos transmitidos 1 - O pagamento ao aderente dos créditos por este transmitidos ao factor deverá ser efectuado nas datas de vencimento dos mesmos ou na data de um vencimento médio presumido que seja contratualmente estipulado. 2 - O factor poderá também pagar antes dos vencimentos, médios ou efectivos, a totalidade ou parte dos créditos cedidos ou possibilitar, mediante a prestação de garantia ou outro meio idóneo, o pagamento antecipado por intermédio de outra instituição de crédito. 3 - Os pagamentos antecipados de créditos, efectuados nos termos do número anterior, não poderão exceder a posição credora do aderente na data da efectivação do pagamento.

[56] Dados disponíveis em <http://www.alf.pt/pt/factoring>. Acesso em 03/12/2016.

Quanto à transmissão dos créditos, admite-se a existência de quatro modalidades: i) contrato com recurso e com antecipação, em que há uma cessão de créditos *com direito de regresso e com antecipação de valores*; ii) contrato com recurso e sem antecipação, *em que há direito de regresso, mas sem antecipação de valores*; iii) contrato sem recurso e com antecipação, em que não há direito de regresso, mas há antecipação; e iv) contrato sem recurso e sem antecipação, em que não há tanto o direito de regresso quanto antecipação de qualquer numerário (SOUSA, 2005, p. 28-33). Nota-se que a norma portuguesa, consentânea com a Convenção de Ottawa, prevê a flexibilidade do tratamento da delicada questão do direito de regresso do faturizador em face do faturizado, permitindo às partes a escolha da modalidade que lhes for mais conveniente.

A notificação ao devedor é exigida para que a cessão de créditos produza efeitos, nos termos do art. 583º, n. 1, do Código Civil[57]. A notificação é feita a todos os devedores, presentes e futuros, em relação aos créditos que o faturizador se comprometeu a aceitar, por meio de carta registrada com aviso de recepção (DONINI, 2002, p. 151).

Os contratos preveem ainda que o faturizado deixe expresso nas respectivas faturas a remeter aos devedores que o pagamento do crédito só é liberatório se for feito ao faturizador.

Os contratos celebrados em Portugal costumam excluir de sua incidência só créditos relativos a fornecimento de produtos ou serviços efetuados a devedores identificados como sócios ou familiares da sociedade faturizada, assim como sociedades subsidiárias ou associadas da faturizada, incluindo os respectivos sócios, empregados e familiares; sociedades empresariais que, embora distintas da faturizada, tenham em comum com este sócio ou gerente (SOUSA, 2005, p. 33).

Outra cláusula comum aos contratos de faturização em geral é a de convenção de conta-corrente, em que serão lançados os créditos e débitos recíprocos originados durante a execução do contrato. Entende-se que esses créditos e débitos possuem natureza conexa e indivisa, compensando-se entre si, independentemente de estarem presentes os pressupostos legais da compensação. A conta-corrente é fechada periodicamente, sendo o saldo enviado ao faturizado para ciência. A conta não pode apresentar saldo devedor, caso contrário o faturizado terá que compensar o saldo e pagar juros de mora, sob pena de resolução do contrato (*Idem*).

Cláusula também presente em todos os contratos é a da remuneração da entidade

[57] Art. 583º (Efeitos em relação ao devedor) - 1. A cessão produz efeitos em relação ao devedor desde que lhe seja notificada, ainda que extrajudicialmente, ou desde que ele a aceite.

financeira. Ela consiste numa comissão pactuada entre as partes nas condições particulares, estabelecendo-se um percentual sobre o valor dos créditos cedidos, além de levar em conta também os serviços prestados pelo faturizador, a data de vencimento média dos créditos, o montante médio unitário das faturas e o volume de cessões.

Segundo o autor citado, as partes, dependendo da modalidade de faturização, podem convencionar a concessão antecipada dos valores correspondentes aos créditos, dentro de limites pactuados, levando em consideração a análise econômica do faturizado e do devedor. Em caso de adiantamento vencem juros, cobrados no momento da antecipação. Além disso, o faturizado presta uma garantia sob forma de letra de caução, ou nota promissória.

Os contratos ainda preveem que se os devedores pagarem diretamente ao faturizado os créditos cedidos, estes montantes serão recebidos por ele, mas a título de mandatário da entidade financeira, a quem deverá restituir os valores imediatamente. Se o pagamento foi feito mediante emissão ou endosso de cheque, o faturizado compromete-se a endossá-los ao faturizador.

Normalmente há previsão de um fundo de reserva, formado a partir do abatimento de um determinado montante, calculado sobre o valor nominal do crédito cedido, sobre o valor antecipado, de modo a servir de garantia à faturizadora contra casos imprevistos resultantes do contrato, entre faturizado e devedor. (ex.: devolução de mercadorias, atraso na entrega, danos patrimoniais etc.) Caso não haja imprevistos, o valor será creditado na conta da faturizada, assim que o devedor quite sua obrigação (*Idem*).

Se houver litígio entre faturizada e devedor, por culpa da primeira, como no caso de falta de prestação do serviço, os contratos preveem que, após determinado prazo, a faturizadora exerça o direito de regresso em face da faturizada, debitando o montante do crédito depositado em conta corrente, e devolvendo as respectivas faturas. Os contratos podem prever ainda a resolução do contrato, se o litígio envolver grande percentual dos créditos.

O faturizado é obrigado por contrato a garantir a existência, legitimidade, validade, vigência e exigibilidade dos créditos cedidos, bem como a coincidência com o valor efetivo dos fornecimentos ou serviços prestados. Recai sobre o faturizado um dever geral de informação sobre qualquer ocorrência que possa vir a afetar a efetiva cobrança do crédito cedido (VASCONCELOS, 1999, p. 115-116).

Na prática lusitana, o faturizador tem amplos poderes de controle e fiscalização sobre

a empresa do faturizado, como a prerrogativa de examinar a escrituração contábil.

Tem o faturizado o dever de prestar esclarecimentos ao faturizador, assim como enviar o balanço anual e demonstração de resultados, e a previsão de venda dos próximos meses. Estipula-se também cláusula de convenção de arbitragem, bem como a eleição do foro competente.

À faturizadora reserva-se, normalmente, o direito potestativo de revisar ou resolver o contrato, se ocorrer mudança fundamental na estrutura ou atividade da faturizada, como a alteração na personalidade jurídica.

Em outras hipóteses, como falência, liquidação judicial, dissolução, prevê-se a extinção do contrato. Em qualquer caso, o faturizador deixa de aceitar os créditos e fica a faturizada obrigada a reembolsar, de imediato, todos os adiantamentos realizados pelo faturizador, sobre os créditos ainda não cobrados (*Idem*, p. 118).

No que toca a modalidade de faturização sem recurso, ou seja, sem direito de regresso do faturizador contra o faturizado, os contratos preveem algumas cláusulas especiais.

Antes mesmo da celebração da avença, o candidato a faturizado envia ao faturizador a lista de todos os seus clientes, atuais e futuros. Após análise econômico financeira, o faturizador negocia com o faturizado os clientes que poderão ser incluídos na lista anexa ao contrato.

O faturizado pode propor que o faturizador se responsabilize pelo risco do crédito em relação a alguns ou todos os clientes. De posse da análise econômico-financeira, o faturizador decide se concorda ou não com a assunção dos riscos. Caso positivo, fixa-se uma comissão de garantia, bem como um *plafond* ou valor máximo para cada um dos devedores. Dentro desse limite, as cessões serão admitidas por risco do faturizador. Se o limite for ultrapassado, as cessões passam automaticamente a ser com direito de regresso. Nada impede que esse limite seja posteriormente alterado (*Idem*, p. 119).

Caso o contrato não tenha direito de regresso, e não haja antecipação de recursos, o faturizador pagará os valores ao faturizado, descontadas as comissões, no momento da cobrança do crédito ou ainda em outra data convencionada, frise-se, independentemente do adimplemento do devedor.

Ainda que o faturizador assuma o risco do negócio, em determinadas hipóteses contratualmente previstas a entidade financeira poderá exercer direito de regresso. Isso ocorre por exemplo caso o devedor oponha compensação; o faturizado não cumpra as condições do

contrato ou modifique as condições contratuais com os devedores, ou contrate com devedores em estado de falência, ou em caso de força maior (*Idem*).

Se o risco de o negócio recair sobre o próprio faturizado, ou seja, se a faturização for com recurso, caberá ao faturizador exercer o direito de regresso. Nesta segunda modalidade, algumas cláusulas comumente estão presentes nos contratos. Igualmente, o faturizador realizará análise econômico-financeira da contraparte e dos devedores, fixando os limites de créditos para cada um. Todavia, neste caso, esses limites (ou *plafonds*) têm diferente significado, pois se referem ao limite máximo de adiantamentos que o faturizador poderá fazer ao faturizado. Assim, a classificação dos créditos serve para que as partes negociem o montante de adiantamentos, com relação aos devedores indicados na lista anexa do contrato (*Idem*).

Também na modalidade de faturização com recurso há exigência de garantia do faturizador em relação ao faturizado, sob forma de aceite de letra de câmbio sacada pelo faturizado à ordem do faturizador. Poderá haver ou não adiantamento dos valores na modalidade com recurso. Se não houver, o contrato cinge-se à gestão e cobrança das faturas. Neste caso, se o devedor não realizar o pagamento no vencimento, o faturizador pode debitar o montante do crédito, além da comissão, na conta-corrente do faturizado, ou manter em cobrança os valores em conta-corrente especial, por determinado período de tempo (variando de 30 a 45 dias, em média), a contar da data do vencimento, após o que realizará o débito (VASCONCELOS, 1999, p. 109-116).

1.6 A faturização internacional sob a perspectiva da Convenção de Ottawa

Segundo Lauro Augusto Vieira Santos Pinheiro (2013, p. 73), a faturização internacional é a operação de fomento mercantil realizada com cessão de créditos havidos de uma compra e venda ou prestação de serviço internacional.

A faturização internacional pode envolver a intervenção de dois faturizadores (o exportador e o importador), que celebram entre si um contrato, denominado *inter factors agreement*. Neste caso, verifica-se o *import-export factoring*, que constitui uma avença complexa envolvendo quatro partes: um exportador/credor, um e*xport-factor*, um *import-factor* e um importador/devedor.[58]

[58] Por isso, essa operação é chamada também de *two factors system* (PINHEIRO, 2013, p. 61).

Assim, Denise Kung Bruel (2005, p. 97) identifica as seguintes modalidades de faturização internacional: i) *import-export factoring* ou sistema de dois *factors*, aquele em que ocorre a cessão, por um exportador, de créditos sobre devedores estabelecidos em outro país, a uma sociedade de faturização estabelecida no seu próprio país (o *export-factor*). Este, por sua vez, ao invés de efetuar diretamente a cobrança dos créditos sobre devedores estabelecidos fora do seu país, contrata uma sociedade de faturização do país do devedor (o *import-factor*), que se incumbe de fazê-lo; ii) d*irect import factoring*, que consiste no contrato concluído diretamente entre o exportador e o *factor* do país da importadora (o *import-factor*), e; iii) *direct export factoring*, em que o credor cede seus créditos a uma sociedade de faturização estabelecida no seu país (o e*xport-factor*). Este, por sua vez, desempenha todas as funções tradicionais e trata diretamente com o devedor.

Comenta Luís Miguel Vasconcelos (1999, p. 28-31) que a falta de confiança no parceiro contratante, o desconhecimento do ordenamento estrangeiro e o receio de não conseguir cobrar o crédito, levam as sociedades empresárias, especialmente as de menor porte, a ter dificuldades de participar no comércio internacional, ou só conseguirem fazê-lo em condições especiais, que ofereçam maior segurança. O meio mais tradicional utilizado nesses casos é o uso de crédito documentário, irrevogável e confirmado, mas esse meio encontra resistência por parte do comprador, em razão da onerosidade da operação, e também pela exigência feita pelas instituições financeiras de realização de depósito, que fica bloqueado, o que repercute negativamente no fluxo de caixa da sociedade. O seguro de crédito é, em geral, algo laborioso e custoso para a sociedade.

Pela faturização internacional, os faturizadores regulam a relação entre eles, com base na obrigação mútua de cessão dos créditos adquiridos junto aos seus clientes (as faturizadas), em seus respectivos países. Por meio do contrato, as partes estabelecem ainda a garantia da existência dos créditos transferidos, as consequências do inadimplemento do comprador, as condições de remuneração (comissões e juros), a repartição das despesas, assim como a previsão de cláusula de arbitragem (*Idem*).

Segundo o autor, um segundo contrato presente na operação é o de cessão financeira entre o exportador (faturizado) e a sociedade de faturização nacional. Por esse contrato de faturização de exportação, o faturizado obriga-se a ceder ao faturizador os créditos que envolvem transações internacionais.

Assim, uma sociedade exportadora que pretenda realizar uma venda internacional

apresenta pedido de aprovação ao faturizador exportador de seu país, com quem realizou o contrato de faturização de exportação. Então, há o contato entre os dois faturizadores: o da sociedade exportadora apresenta o pedido de cobertura do risco de crédito ao faturizador do outro país (importador). Esse, de posse das informações da sociedade faturizada de seu país, aprova ou recusa o pedido, comunicando a decisão ao outro faturizador, que em seguida informa seu cliente. Desta forma, Lauro Augusto Vieira Santos Pinheiro (2013, p. 61) afirma que a faturização internacional tem formação quadrangular.

Uma vez aprovado o crédito, o exportador pode celebrar o contrato de venda ou prestação de serviços diretamente com o importador. Concluído o negócio, o exportador encaminha ao comprador a fatura original, com a indicação de que o crédito em questão foi cedido ao faturizador de seu país, a quem deverá ser pago. Além disso, o exportador encaminha uma cópia da fatura ao faturizador. Recebida a fatura, o faturizador confirma ao faturizador estrangeiro a realização da operação, podendo antecipar ao faturizado o valor do crédito, caso assim seja pactuado.

Após, cabe ao faturizador do país do adquirente realizar a cobrança dos valores e remeter o montante ao faturizador do país do vendedor, repassando o valor, em todo ou em parte, ao seu cliente.

Cabe frisar que normalmente o faturizador importador assume o risco do inadimplemento do devedor, assim como o risco cambiário, e de caso fortuito ou força maior

O contrato de faturização internacional simplifica o tráfico mercantil entre os países, o que é também fator de incentivo às exportações, em especial para as sociedades de menor porte econômico, que passam a ter maior competitividade, sobretudo em relação aos prazos para pagamento dos contratos.

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) elaborou a Convenção sobre o *Factoring* Internacional, celebrada em 1988 na cidade de Ottawa[59]. A Convenção tem por objetivo "estabelecer uma estrutura legal que facilitará o *factoring* internacional, ao manter um justo equilíbrio de interesses entre as diferentes partes envolvidas nas transações de *factoring*".[60]

---

[59] Em fevereiro de 1974, o Conselho do UNIDROIT decidiu incluir no programa de trabalho para o biênio de 1975/1977 o estudo sobre o contrato de faturização com vistas à elaboração de normas uniformes, segundo informações da ANFAC (<http://www.anfac.com.br/v3/factoring_fomento_comercial.jsp>).

[60] Até o presente momento, são signatários da Convenção: Alemanha, Bélgica, EUA, Filipinas, Finlândia, França, Gana, Guiné-Conacri, Hungria, Itália, Letónia, Marrocos, Nigéria, Reino Unido, Rep. Eslovaca, Rep. Tcheca, Rússia, Tanzânia e Ucrânia. Antônio Carlos Donini (2002, p. 163) informa que o Brasil não assinou, nem ratificou ou aderiu à Convenção, apesar de ter participado da sua elaboração. O representante brasileiro

Lauro Augusto Vieira Santos Pinheiro (2013, p. 70) releva que a Convenção de Ottawa foi editada no salutar desiderato de tentar uniformizar a disciplina material da faturização internacional. O seu reduzido espectro de abrangência, sem intromissões indevidas na seara do direito doméstico, deveria servir de propulsor à adesão e incorporação pelos ordenamentos jurídicos dos países membros do UNIDROIT. Não obstante o pequeno número signatários, o modelo legislativo da Convenção tem informado, com sucesso, as determinações que se tornaram praxe nos contratos de faturização internacional, visto que consolidam as linhas que devem ser seguidas pelos interessados na operação, resultando, segundo o autor, em um profícuo instrumento de solução de conflitos.[61]

Segundo Denise Kung Bruel (2005, p. 95), o sistema de dois *factors* não constitui o objeto exclusivo de regulamentação pela Convenção de Ottawa, que também se aplica às demais modalidades de contrato de faturização internacional.

O art. 1º da Convenção define o instituto nos seguintes termos:

> Al. 2. Para as finalidades desta Convenção, o contrato de *factoring* refere-se ao contrato concluído entre uma parte (o fornecedor) e uma outra parte (faturizador), nos termos do qual: (a) o fornecedor pode ou deve transferir ao faturizador os valores a receber provenientes de contratos de vendas de bens celebrados entre o fornecedor e seus clientes (devedores) diferentes daqueles para as vendas de bens, adquiridos principalmente para seu uso pessoal, familiar ou residencial; (b) o faturizador deverá desempenhar *no mínimo duas das seguintes funções*: (i) financiamento ao fornecedor, incluindo empréstimos e pagamentos adiantados; (ii) manutenção de contas (livro-razão) relativo aos valores a receber; (iii) cobrança dos valores a receber; (iv) proteção contra inadimplemento do pagamento pelos devedores […] (grifo nosso).

Registra Luís Miguel Vasconcelos (1999, p. 35-39) que, durante a elaboração da Convenção, os delegados optaram pela criação de um conjunto de regras materiais uniformes, aplicáveis aos contratos, em detrimento da adoção de normas de conflitos.

Além disso, as normas da Convenção têm alcance limitado ao regime da cessão de crédito entre as partes, não interferindo na relação entre os faturizadores internacionais, nem na relação entre faturizador e faturizado.

Como exposto, acrescenta, o art. 1º da Convenção caracteriza-se pela largueza conceitual, o que permite abranger uma ampla margem de liberdade para os contratantes.

Exige-se que o faturizador desempenhe duas das quatro funções elencadas

---

não possuía carta com poderes para assinar a Convenção, tendo apenas assinado a ata da reunião.

[61] Apesar de o número de países signatários ser baixo, durante as reuniões de elaboração da Convenção participaram representantes de 55 países, informa Antônio Carlos Donini (2002, p. 160).

(financiamento, gestão, cobrança e garantia de créditos).

A preocupação do intérprete da Convenção, portanto, não deve ser elencar um conjunto de notas essenciais que caracterizam o contrato de faturização internacional, mas sim enquadrar as avenças que, revestindo características diferentes, possam ser consideradas como tal. A preocupação dos redatores da Convenção foi a de evitar que um contrato que tivesse por objeto uma só das funções pudesse ser caracterizado como faturização. Ao invés, entendeu-se que ele deve abranger um conjunto de funções, a partir de duas. O legislador preferiu a descrição de um tipo à elaboração de um conceito. (*Idem*).

Frise-se que, nos termos da Convenção, a assunção dos riscos do negócio pelo faturizador não é elemento essencial do contrato, ao contrário do que apregoam a doutrina brasileira e a jurisprudência. Ou seja, não basta apenas o financiamento e a consequente transferência dos créditos para que o contrato seja válido, deve ser prestado ao menos um serviço adicional.

Ainda segundo o art. 1º da Convenção, é dever do faturizador entregar ao devedor do faturizado aviso referente à cessão de valores a receber. Tal aviso por escrito não necessitará ser assinado, mas deverá identificar a pessoa por quem ou em cujo nome o mesmo está sendo fornecido, de modo a permitir ao devedor identificar a pessoa do faturizador. O aviso por escrito inclui, mas não está limitado aos telegramas, telex ou qualquer outra telecomunicação capaz de ser reproduzida de um modo tangível: o aviso por escrito é considerado entregue ao ser recebido pelo destinatário. Tais providências são muito úteis porque revelam a boa-fé do faturizador em dar ciência da transmissão do crédito ao principal interessado, ou seja, o devedor.

Em relação ao âmbito de aplicação, pelo art. 2º[62] dois critérios são aplicados. O primeiro é geográfico, a partir de crédito resultante de contratos internacionais. O segundo é objetivo, ou seja, venda de produtos ou prestação de serviços, exceto para uso pessoal ou familiar.

---

[62] Art. 2 - 1. Esta Convenção será aplicável sempre que os valores a receber transferidos nos termos de um contrato de *factoring*, surgirem de um contrato de venda de bens entre um fornecedor e um devedor cujos locais de negócios estiverem em diferentes Estados, e: (a) àqueles Estados e ao Estado no qual o representante tiver seu local comercial são os Estados Contratantes; ou (b) o contrato de venda de bens e o contrato de *factoring* são regidos pela lei de um Estado Contratante. 2.Uma referência nesta Convenção ao local comercial de uma parte, se a mesma tiver mais de um local comercial, significará que o local comercial que estiver relacionado de maneira mais próxima ao contrato em questão e ao seu desempenho, levando em conta as circunstâncias conhecidas pelas partes ou contempladas pelas mesmas em qualquer momento antes ou na conclusão do contrato.

O art. 3º[63] permite o afastamento da aplicação da Convenção por manifesta vontade das partes.

O art. 5º expressamente faculta a contratação de faturização sobre créditos futuros, permitindo a securitização desses créditos em prol da obtenção de capital pelo faturizado.[64]

Assim, nos termos da Convenção, a operação está construída em termos variados, de modo que o fornecedor pode ceder ao cessionário um crédito em particular, ou pode ceder a globalidade dos créditos futuros, desde que identificáveis.

Caso a cláusula de cessão global de créditos futuros não esteja prevista, prevalece a regra geral do art. 1º, n. 2, al. A, que prevê que recai sobre o fornecedor uma obrigação de ceder o crédito, sendo necessário um ato posterior de transmissão.

O art. 6º[65] considera válida a transferência dos créditos entre faturizado e faturizador, ainda que haja instrumento contratual entre o devedor e o faturizado que proíba a cessão, exceto se o devedor tiver domicílio comercial em Estado que tenha feito reserva a esse dispositivo[66]. Em regra, portanto, não terá validade o chamado *pactum de non cedendo* (DONINI, 2002, p. 162).

Sobre esse dispositivo, objeto de acesa polêmica no momento da elaboração da Convenção, considera Luís Miguel Vasconcelos que

> No tocante à proibição imposta ao cedente de livremente transmitir o seu crédito, a solução encontrada, após acesa discussão, filia-se diretamente na Sec. 9 – 318(4) do *Uniform Commercial Code* do E.U.A.: o crédito é livremente transmissível, não obstante a existência de convenção em contrário (art. 6º, n. 1) entre devedor e credor que a proibisse. Contudo, e dado o caráter controverso desta solução (oposta àquela adotada pela maioria dos países da *Civil Law*), procurou-se um compromisso que

[63] Art. 3º – 1. A aplicação desta Convenção poderá ser excluída: (a) pelas partes do contrato de *factoring*; ou (b) pelas partes do contrato de venda de bens, com relação aos valores a receber que surgirem quando for entregue um aviso escrito ao representante acerca de tal exclusão ou após tal entrega. 2. Onde a aplicação desta Convenção for excluída em conformidade com o parágrafo anterior, tal exclusão poderá ser feita apenas com relação à Convenção, como um todo.

[64] Art. 5º – Entre as partes do contrato de *factoring*: (a) uma disposição do contrato de *factoring* referente à cessão dos valores a receber existentes ou futuros não deverá ser considerada inválida pelo fato de o contrato não a especificar individualmente, se quando do término do contrato ou quando a mesma aparecer, puder ser identificada como pertencendo ao contrato; (b) uma disposição do contrato de *factoring* através da qual os valores futuros a receber são cedidos opera a transferência dos valores a receber ao representante ao aparecem e necessitarem de qualquer novo ato de transferência.

[65] Art. 6º – A cessão de um valor a receber pelo fornecedor ao representante será eficaz independentemente de qualquer contrato entre o fornecedor e o devedor proibindo tal cessão. 2. No entanto, tal cessão não será eficaz contra o devedor quando, no momento da conclusão do contrato de venda de bens, o mesmo tiver seu local comercial em um Estado Contratante que tiver feito uma declaração conforme a Cláusula 18 desta Convenção. 3. Nada do parágrafo 1 afetará qualquer obrigação de boa-fé devida pelo fornecedor ao devedor ou qualquer responsabilidade do fornecedor perante o devedor com relação a uma cessão feita em violação dos termos do contrato de venda de bens.

[66] Entre os signatários, Bélgica, França e Letónia exerceram esse direito de reserva.

> assumiu as seguintes linhas: por um lado, permite-se que os Estados introduzam reservas quanto a este artigo (n. 2 do art. 6), por outro, faz-se ressaltar a obrigação da boa fé do fornecedor em relação ao devedor e a responsabilidade do primeiro face a este último, no caso de transferir o crédito, violando uma cláusula de incedibilidade (art. 6º, n. 3).
> Igualmente, ao contrário da solução adotada pela grande parte dos ordenamentos jurídicos de base romano-germânica, o direito de crédito transmite-se, salvo disposição em contrário, isolado, isto é, despido de todas as garantias e outros acessórios que o envolviam na titularidade do cedente (1999, p. 36-37).

O art. 7º[67], por influência do direito norte-americano, permite que o contrato possa estabelecer entre as partes contratantes a transferência de direitos do fornecedor originados do contrato de venda de bens, como a reserva de domínio.

O art. 8[68] disciplina a relação entre o faturizador e o terceiro devedor. São dois os pilares da relação. Primeiro, o faturizador tem o interesse próprio em cobrar o crédito; segundo, o devedor tem o interesse em não ver sua situação econômico-financeira piorada pela cessão do crédito. Assim, estipula esse artigo que o devedor é obrigado a pagar ao faturizador sempre que a cessão lhe seja notificada, por escrito, pelo cedente ou pelo faturizador. A notificação deve identificar o devedor cedido, especificar o faturizador a quem deve ser paga a dívida e identificar os créditos oriundos de um contrato concluído, anteriormente ou no momento da notificação (*Idem*).

Ainda que estejam presentes as condições apresentadas, o pagamento só será liberatório se o devedor não tiver conhecimento de "direito superior de qualquer pessoa ao pagamento", nos termos do art. 8º, n. 1.

Acrescenta Luís Miguel Vasconcelos (1999, p. 37) que o disposto no art. 8º, n. 1 é uma formulação incompleta e criticável. Isto porque não especifica qual o grau de diligência que deve ser exigida ao devedor, tendo-se retirado, da versão final do texto a referência à boa fé, que o projeto da Convenção estabelecia.

---

[67] Art. 7º – Um contrato de *factoring* poderá validamente estabelecer entre as partes do mesmo a transferência, com ou sem um novo ato de transferência, de todos e quaisquer dos direitos do fornecedor originados do contrato de venda de bens, incluindo o benefício de qualquer disposição do contrato de venda de bens, reservando ao fornecedor a titularidade dos bens ou criando qualquer participação em garantia.

[68] Art. 8º – 1. O devedor terá a obrigação de pagar o representante se, e apenas se, o devedor não tiver conhecimento do direito superior de qualquer pessoa ao pagamento e aviso por escrito da cessão: (a) for entregue ao devedor pelo fornecedor com a autorização do fornecedor; (b) identificar adequadamente os valores a receber, os quais tiverem sido transferidos e o representante a quem ou para cuja conta o devedor deverá fazer o pagamento; e (c) referir-se aos valores a receber que surgirem de um contrato de venda de bens celebrado no momento em que o aviso for entregue ou antes deste momento; e (d) referir-se aos valores a receber que surgirem de um contrato de venda de bens celebrado no horário em que o aviso for entregue ou antes do mesmo. 2. Independentemente de qualquer outro motivo com relação ao qual o pagamento pelo devedor ao representante liberar o devedor da responsabilidade, o pagamento será efetivo para esta finalidade se realizado em conformidade com o parágrafo anterior.

Assim, há dificuldade em avaliar a existência de um direito de ordem superior no âmbito internacional, em razão da diversidade de legislações nacionais. Deve-se entender que o grau de diligência é mínimo, só devendo o devedor deixar de pagar ao faturizador se provar de modo irrefutável a existência de um direito superior de terceiro. Ou seja, o conhecimento do devedor, que o libere de pagar ao cessionário, deve ser qualificado, caso contrário há margem para instalação de elemento de insegurança jurídica, em prejuízo do faturizador. Deste modo, o equilíbrio dos interesses dos intervenientes (devedor, faturizador e terceiros) fica equacionado.

O art. 9º[69] trata da defesa do devedor. O cerne o dispositivo é o de que a posição do devedor não pode ser prejudicada em razão de um negócio jurídico de que não participou. Assim, pode o devedor opor ao cessionário todos os meios de defesa que teria podido invocar contra o cedente, caso a transmissão do crédito não tivesse acontecido. Em relação à compensação dos créditos, o parágrafo 2º reza que o devedor cedido pode opor ao adquirente do crédito todos aqueles direitos de que seja titular e que teria podido fazer valer contra o cedente no momento da cessão dos créditos.

O art. 10º[70] dispõe que o devedor que tenha pago ao cessionário não tem direito de repetição, alegando incumprimento do contrato pelo fornecedor (o faturizado), ainda que pudesse fazê-lo contra o vendedor. Exceção se abre no caso em que o faturizador não tenha ainda pago os valores devidos pela cessão, se essa hipótese foi pactuada, e quando o faturizador pagou ao vendedor, sabendo que este não cumpriu o contrato, evidenciando sua má-fé.

O art. 11 ratifica a possibilidade de subsequentes cessões dos créditos faturizados.[71]

---

[69] Art. 9º – 1. Em uma reivindicação do representante em relação ao devedor pelo pagamento de um valor a receber que surgir de um contrato de venda de bens, o devedor poderá interpor contra o representante todas as defesas que surgirem naquele contrato das quais o devedor poderia ter se beneficiado se tal reivindicação tivesse sido feita pelo fornecedor. 2. O devedor também poderá interpor contra o representante qualquer direito de indenização com relação às reivindicações existentes contra o fornecedor em cujo valor surgiu o valor a receber ao devedor quando da entrega ao devedor de um aviso escrito de cessão nos termos do Artigo 8º (1).

[70] Art. 10 – 1. Sem prejuízo dos direitos do devedor previstos no Artigo 9, o não-desempenho ou o desempenho imperfeito ou retardado do contrato de venda de bens não deverá por si só intitular o devedor a recuperar o valor perdido pelo devedor ao representante se o devedor tiver o direito de recuperar aquele valor do fornecedor. 2. O devedor que tiver tal direito de recuperar o fornecedor um valor pago ao representante com relação a um valor a receber deverá todavia ser intitulado a recuperar aquele valor do representante na medida em que: (a) o representante não tiver liberado uma obrigação de realizar pagamento ao fornecedor com relação aquele valor a receber; ou (b) o representante realizou tal pagamento quando ele sabia do não-desempenho ou do desempenho imperfeito ou atrasado do fornecedor com relação aos bens aos quais o pagamento do devedor referirem-se.

[71] Art. 11 - 1. Onde um valor a receber for cedido pelo fornecedor a um representante nos termos de um contrato

Apesar do avanço que representou, visto que anteriormente o contrato de faturização internacional carecia de maior atenção por parte do direito internacional, a Convenção de Ottawa não deixou de ser alvo de críticas por parte da doutrina. Neste sentido, Luís Miguel Vasconcelos anota que

> A doutrina dirige dois tipos de críticas ao texto final aprovado em 88 no Canadá. Em primeiro lugar, a Convenção denota uma forte influência do Direito anglo-saxônico ao nível das soluções consagradas (e. g. arts. 6º e 7º); por outro lado – este reparo é o mais importante – é incompleta. Assim, regular-se-iam apenas determinados aspectos do contrato de cessão financeira internacional, deixando-se em aberto outros pontos como o conflito entre cessionário e a proteção do terceiro adquirente de boa-fé. Não se regularam igualmente as condições de validade do contrato entre *factor* e o faturizado, os contratos *inter-factors*, além de que a Convenção não se aplica ao *non-notification factoring*.
> Apesar destes reparos – que são corretos – parece-nos que as virtudes deste acordo alcançado pela Unidroit ultrapassaram em muito os seus defeitos.
> Na verdade, pese embora o seu caráter restrito, a Convenção tratou e regulou alguns aspectos centrais da cessão de crédito, instrumento operativo nuclear do contrato de cessão financeira internacional. De fato, não abordou outros como a questão do conflito entre o *factor* e o terceiro cessionário. Contudo, neste aspecto, a legislação dos diversos Estados é demasiado díspar para se poder encontrar uma solução que gerasse a adesão de todos eles (ou pelo menos dos mais importantes). E este é um ponto central numa Convenção, pois ela só se aplica e é verdadeiramente eficaz se for ratificada pelos Estados e obtiver a adesão dos agentes econômicos. Neste aspecto, a Convenção foi, sem dúvida, um bom passo no sentido da uniformização das regras substanciais aplicáveis ao contrato de cessão financeira internacional, constituindo, mesmo para aqueles contraentes de Estados que não a ratificaram, um importante ponto de referência e critério hermenêutico (1999, p. 38-39).

Denise Kung Bruel (2005, p. 94) comenta que a Convenção de Ottawa evitou a conceituação pormenorizada do contrato de faturização, a fim de evitar maiores delongas, bem como a imposição de restrições quanto ao seu âmbito de aplicação por mero rigorismo formal.

Em que pese as críticas expostas, entende-se que a amplitude do conceito de faturização presente na Convenção é um aspecto positivo, pois as normas internacionais devem justamente buscar um grau de uniformização que permita sua aplicação na sociedade internacional.

Feito o estudo das noções gerais da faturização, o próximo capítulo volta-se para o plano brasileiro, abordando em especial alguns temas polêmicos na doutrina e na jurisprudência.

---

de *factoring* regido pela presente Convenção: (a) as normas estabelecidas nos Artigos 5 a 1 deverão, sujeitas ao subparágrafo (b) deste parágrafo, aplicar-se a qualquer cessão subsequente do valor a receber pelo representante ou por um subsequente cessionário; (b) as disposições dos Artigos 8 a 10 serão aplicáveis como se o subsequente cessionário fosse o representante. 2.Para as finalidades desta Convenção, o aviso ao devedor da subsequente cessão também representa aviso da cessão ao representante.

2 OS ASPECTOS CONTROVERSOS DA FATURIZAÇÃO NO BRASIL

O advento da faturização é relativamente recente no Brasil, sendo que a primeira manifestação doutrinária, pelas mãos de Fábio Konder Comparato, data de 1975, em artigo intitulado *Factoring*, publicado na Revista Forense. A atividade ganhou impulso no início dos anos 1980, sendo que desde então diversos aspectos controversos acerca da faturização têm sido suscitados na doutrina e nos tribunais pátrios, e muitas das vezes não há consenso para a solução dos problemas. A seguir, esses aspectos serão abordados, procurando em especial apresentar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, numa análise eminentemente expositiva, para, no capítulo seguinte, dar ensejo a uma abordagem mais propositiva.

2.1 O advento da faturização no Brasil, o regime jurídico das faturizadoras e o posicionamento do Banco Central

Fábio Konder Comparato (1975, p. 387-391) assinala que a faturização surge no Brasil como meio de auxílio às pequenas e médias empresas, para a obtenção de capital de giro, visto que o desconto bancário acaba sendo de difícil acesso para esses entes de menor porte econômico.

O contrato de faturização ganhou impulso no Brasil a partir do início dos anos 1980, sendo que a Associação Nacional de Fomento Comercial (ANFAC) foi fundada em 1982.

Não tardou para que surgissem dúvidas na doutrina e na jurisprudência sobre se a atividade de faturização se enquadraria como atividade financeira, e consequentemente, se as faturizadoras seriam submetidas ao regime jurídico das instituições financeiras, sob a autoridade do Banco Central do Brasil.

Em 1982, o Banco Central proibiu, por meio da Circular n. 703, de 16 de junho de 1982, as operações de faturização, enquanto não houvesse a regulamentação do contrato pelo Conselho Monetário Nacional. A Circular apresentava entendimento segundo o qual essas operações apresentavam "na maioria dos casos, características e particularidades daquelas privativas das instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central".[72]

[72] Circular n. 703/1982. Artigo único, inc. I. "As operações conhecidas por 'factoring', 'compra de financiamento' ou denominações semelhantes – em que, em geral, ocorrem a aquisição, administração e garantia de liquidez dos direitos creditórios de pessoas jurídicas, decorrentes do faturamento da venda de seus bens e serviços – apresentam, na maioria dos casos, características e particularidades próprias daquelas privativas de instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central".

Nos termos da Lei n. 4.595/1964, que disciplina o sistema financeiro nacional, o art. 17 dispõe:

> 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 [grifos nossos].

Não obstante a redação do dispositivo (que se vale da conjunção "ou"), a doutrina pátria majoritária, na linha do pensamento de Fran Martins (2010, p. 472), entende que só será instituição financeira a pessoa jurídica que exercer cumulativamente as atividades de coleta, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros. Ou seja, segundo esse entendimento, se a faturizadora aplica na atividade recursos próprios, oriundos de seu capital social, não há coleta de recursos, e desse modo, não há intermediação, estando descaracterizada a atividade financeira.

Em 1986, o Departamento de Normas do Mercado de Capitais do Banco Central encaminhou ao Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC) um ofício orientando as Juntas Comerciais a realizar o arquivamento dos atos constitutivos de sociedades de faturização, dispensando a análise prévia dos pedidos pelo BC, até que a matéria fosse regulamentada. Essa mudança de orientação atendeu à ordem judicial proferida pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, na Apelação do Mandado de Segurança n. 99.964-RS, publicado no Diário da Justiça em 12 de junho de 1986, cuja ementa é a seguinte:

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

No mesmo ano, o Diretor do Departamento Nacional de Registro de Comércio, atendendo à orientação do Banco Central, baixou a Instrução Normativa n. 16, dispensando a análise prévia do BC para a promoção de arquivamento dos atos constitutivos das sociedades de fomento mercantil. Ainda segundo a Instrução, o arquivamento passaria a ser concedido sem o cumprimento de quaisquer formalidades especiais, além das previstas para as

sociedades comerciais em geral.

A Circular n. 1.359/1988 revogou a Circular anterior e a Resolução do BC n. 2.144/1995 reafirmou a posição de que a atividade não é privativa de instituição financeira.

A Medida Provisória n. 812/1994, convertida na Lei n. 8.981/1995, apresentou em seu art. 28, § 1º, alínea c.4, o seguinte conceito:

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

Importante observar que o dispositivo transcrito define a atividade de faturização, e não o respectivo contrato. Tanto esta Medida Provisória n. 812/1994 quanto a subsequente Lei n. 8.981/1995 eram normas de direito tributário e não regulavam o contrato de faturização, apenas contemplando a mencionada definição para fins de incidência do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas. O dispositivo legal foi revogado pela Lei n. 9.249/1995, mantendo, todavia, idêntica redação, em seu art. 15, parágrafo 1º, inciso III, alínea d. Esta lei, ainda em vigor, tem a mesma finalidade da anterior, valendo as mesmas considerações. A mesma definição é repetida ainda pela Lei n. 9.430/1996, em seu art. 58, ao tratar da legislação tributária federal.

Para acabar com a elevada insegurança jurídica no mercado, o Banco Central do Brasil, autoridade monetária brasileira e órgão regulador do sistema financeiro nacional, adotou em 1995 na Resolução n. 2.144 o posicionamento de que a atividade de faturização não é própria das instituições financeiras e foi além: estabeleceu que qualquer operação praticada por empresa de fomento mercantil que não se ajustar ao rol de atividades previstas no art. 28, § 1º, alínea "c.4", da Lei n. 8.981, de 1995 [atualmente art. 15, parágrafo 1º, inciso III, alínea d, da Lei n. 9.249/95] e que caracterize operação privativa de instituição financeira, nos termos do art. 17, da Lei nº 4.595/1964, constitui ilícito administrativo e criminal.

Desse modo, as sociedades que se dedicam à atividade de fomento mercantil não se submetem a regime específico, devendo apenas cumprir as formalidades a que qualquer sociedade empresária está sujeita, como por exemplo o arquivamento do contrato social na Junta Comercial. Assim sendo, qualquer sociedade empresária no Brasil pode se dedicar à atividade de faturização independente de autorização do Banco Central, justamente por não

estar sob seu controle, com amparo no art. 170, parágrafo único, da Constituição[73], que tutela a livre iniciativa.

A Lei Complementar n. 116/2003, que trata do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal apresenta nova conceituação na Lista de Serviços presente em seu Anexo, nos seguintes termos:

> Item 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*).

Não obstante os fatos expostos, a doutrina nacional ainda diverge sobremaneira sobre se a atividade de faturização deva ou não ser considerada como atividade financeira.

Fran Martins (2010, p. 472) distingue as sociedades de faturização de instituições financeiras, porque estas não realizariam operações especulativas, mas sim operações de crédito, enquanto que as primeiras realizariam operações de risco.

Observa-se uma nova distinção doutrinária: a atividade de faturização não é financeira por ser o risco da natureza do negócio, enquanto que na operação de desconto não há esse elemento.

Orlando Gomes (2009, p. 580), por sua vez, aponta que a operação de faturização não é privativa de instituição financeira, eis que o *factor* não se limita, de regra, a adquirir os créditos, pois financia o cliente adiantando-lhe a quantia devida pelo comprador e assume o risco da sua insolvência, de modo a interferir na contabilidade e na gestão do faturizado, além de prestar-lhe informações e exercer o controle de sua atividade.

Luiz Rodrigo Lemmi (2005, p. 61-62), ao estudar a atividade financeira e sua eventual relação com a atividade de faturização, apresenta as seguintes conclusões:

> a) a atividade de aplicação de recursos, desacompanhada da prévia captação desses recursos de terceiros, não caracteriza atividade financeira, ainda que praticada com intuito de lucro, com constância e profissionalidade;
> b) a atividade de captação de recursos de terceiros configura atividade financeira, mesmo que não seja seguida pela aplicação desses recursos;
> c) configura a aplicação de recursos prevista pelo artigo 17 da Lei n. 4.595/1964 não só o mútuo de dinheiro, mas também o desconto (com ou sem renúncia ao direito de regresso) e o pagamento da dívida feito pelo avalista ou fiador;
> d) a aplicação de recursos captados junto aos bancos ou mediante a emissão de debêntures não configura atividade financeira;
> e) para a caracterização da atividade financeira não se faz necessária a

[73] Art. 170. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

> profissionalidade e habitualidade, mas sim a sequência ordenada de atos, o que significa praticamente a mesma coisa;
> f) como a finalidade da lei bancária é proteger a poupança pública e o sistema financeiro e impedir a multiplicação dos meios de pagamentos, só se caracteriza a atividade financeira quando os recursos aplicados tiverem sido previamente captados com terceiro;
> g) o combate à usura não é uma das finalidades da lei bancária;
> h) ainda que a atividade financeira seja uma sequência de operações de crédito, nem toda operação de crédito é financeira;
> i) operação de crédito é aquela em que existe crédito em sua acepção econômica (troca de bem presente por futuro), não o sendo quando existe crédito apenas em sua acepção moral (confiança) ou jurídica (direito de exigir uma prestação de alguém);
> j) sempre ocorre operação de crédito em uma operação de desconto, renunciando ou não o descontante ao direito de regresso;
> k) o conceito de operação de crédito não auxilia na busca do conceito de atividade financeira;
> l) o intuito de lucro não é requisito da atividade financeira;
> m) caracterizada a atividade de intermediação de recursos financeiros, configura-se a atividade financeira, não importando de essa atividade é praticada de maneira principal ou acessória;
> n) as securitizadoras de créditos imobiliários praticam atividade financeira conforme o artigo 17 da Lei n. 4.595/1964; contudo, foram excluídas do regime desta lei porque o diploma que as instituiu estabeleceu um outro regime protetor da poupança pública;
> o) o conceito de atividade financeira é dado pela lei bancária, não tendo o CMN e o BC poder de alterá-lo;
> p) o CMN e o BC só têm competência sobre aqueles que praticam atividade financeira, tal como definida pelo artigo 17 da Lei n. 4.595/1964.

Carlos Renato de Azevedo Ferreira (1986, p. 139) sustenta que as operações de faturização não colidem com as atividades dos bancos e das financeiras, mas, ao contrário, as complementam na medida em que pretendem atuar numa faixa ainda de escasso atendimento por estas últimas, qual seja, a atenção às pequenas e médias empresas. Mesma posição apresenta Consuelo Taques Salamacha (2004, p. 102) e Arnoldo Wald (1997, p. 159).

Newton de Lucca (1986, p. 26-29), todavia, sustenta que é inquestionável o enquadramento do *conventional factoring* no sistema financeiro nacional, pela existência de um financiamento. Quanto ao *maturity factoring*, sustenta que se houver assunção de riscos pela faturizadora há também atividade financeira, por interferir nos fluxos de moeda e de crédito, cuja competência compete ao Conselho Monetário Nacional, nos termos dos artigos 3º e 4º da Lei n. 4.595/1964[74]. Defende o autor que a atividade de faturização seja exercida por instituição financeira especialmente instituída para esse fim, ou por instituição que reúna

[74] Lei n. 9.595/1964. Art. 3º A política do Conselho Monetário Nacional objetivará: […] VII - Coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa. 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;

determinadas características de liquidez e patrimônio líquido capazes de assegurar a plena saúde de sua atividade.

Marcelo Negri Soares (2010, p. 120), interpretando restritivamente o direito positivo, afirma que as sociedades faturizadoras não podem, à luz do art. 17 da Lei n. 4.595/1964, coletar recursos financeiros do público em geral, e tampouco intermediar ou emprestar dinheiro. Assim, para o autor o simples adiantamento do *conventional factoring* configuraria atividade financeira, por ser uma forma de empréstimo.

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 163) também entende que o *conventional factoring* é de indiscutível natureza bancária, representando inequívoca operação de intermediação creditícia, mas em relação ao *maturity factoring* poderia existir dúvida, em razão da ausência de financiamento.

Negar ao contrato de fomento mercantil a natureza bancária produz uma importante consequência no Brasil: a sociedade faturizadora não pode cobrar taxa de juros remuneratórios superior ao limite legal de 12% ao ano[75]. Não obstante, pode a faturizadora cobrar pelos serviços adicionais prestados, não se confundindo com os juros cobrados pela transferência dos créditos.

Arnaldo Rizzardo (2004, p. 35), entretanto, acentua que a finalidade que leva a constituir uma sociedade de fomento mercantil "nunca" será a coleta ou captação de recursos monetários e a intermediação, o que é característica dos bancos. Para o jurista, a faturização envolve a compra de ativos financeiros, e não adiantamentos ou empréstimos, visto que predomina o caráter de transferência do crédito, e não do título.[76]

Cabe aqui mencionar que o Projeto de Lei Complementar n. 112/2007, de autoria do Dep. Jovair Arantes (PTB/GO) em tramitação na Câmara dos Deputados, pretende equiparar as sociedades de fomento mercantil às instituições financeiras.

Os Projetos de Lei Complementar n. 108/2000, de autoria do Dep. Pauderney Avelino (PFL/AM), e 21/2003, de autoria do Dep. Vicente Franco (PFL/PA), e os Projetos de Lei n. 995/1991 e 3181/1992, ambos de autoria do Dep. Jackson Pereira (PSDB/CE), pretendiam o mesmo objetivo, porém foram arquivados.

Luiz Lemos Leite (2012, p. 51), na condição de presidente da ANFAC, defende categoricamente que a faturização representa uma autêntica transação mercantil, realizada à

---

[75] Cf. art. 1º do Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933.

[76] Com a devida vênia, acreditamos que a transferência do título acarreta a transferência do crédito nele representado.

vista, com recursos próprios da faturizadora. Segundo o autor, a faturização não é uma operação de crédito, inexistindo semelhança entre a operação de fomento mercantil e a de instituição financeira.

Importante salientar que desde o advento da faturização no Brasil, doutrina e jurisprudência dominantes defendem que a alocação dos riscos do negócio deve recair sobre o faturizador, por ser a faturização um contrato de risco. Assim, segundo esse raciocínio, se a transmissão do crédito for *pro solvendo*, tendo o faturizador o direito de regresso contra o faturizado, estaria descaracterizada a atividade de faturização, estando a faturizadora a praticar atividade privativa de instituição financeira, por equiparação ao desconto bancário. Mariana Ribeiro Santiago (2008, p. 243) chega a falar em "intolerável deturpação do contrato", quando os créditos são transmitidos *pro solvendo*. Esse problema será visto logo a seguir.

Ressalte-se portanto que, no panorama atual brasileiro, enquanto o cenário não for alterado, as sociedades de fomento mercantil podem ser constituídas independentemente de autorização do Banco Central, bastando para a regular constituição da sociedade o preenchimento dos requisitos gerais, visto o entendimento atual do Banco Central ser o de que tais sociedades de faturização não desempenham atividades privativas de instituições financeiras.

2.2 Característica essencial do contrato de faturização no Brasil segundo doutrina e jurisprudência predominantes

No Brasil, o contrato de fomento mercantil possui uma característica essencial, segundo a doutrina e a jurisprudência amplamente majoritárias: em caso de inadimplemento por parte do devedor, a sociedade de fomento não tem direito de regresso em face da faturizada, ou seja, esta não responde pelo pagamento do devedor, devendo a sociedade de fomento assumir os riscos da operação.

Se no momento em que os créditos vencerem o devedor (em geral o consumidor que adquiriu a mercadoria ou foi o destinatário da prestação de serviços) não pagar a dívida à sociedade de fomento – que titulariza o direito de crédito em razão do contrato de faturização – esta deverá suportar a inadimplência, e não poderá cobrar o valor que deixou de receber junto à pessoa que celebrou o contrato de faturização (a pessoa faturizada).

Esse entendimento é manifestado, por exemplo, por Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 163), Fran Martins (2010, p. 428), Arnaldo Rizzardo, (2004, p. 120), Mariana Ribeiro Santiago (2008, p. 239), Luiz Roldão de Freitas Gomes (1999, p. 31), Hygino Sebastião Amanajás de Oliveira (2014, p. 360), Newton de Lucca (1986, p. 57), Waldírio Bulgarelli (1997, p. 493), Carlos Renato de Azevedo Ferreira (1986, p. 139) e Consuelo Taques Salamacha (2004, p. 104).

Marcelo Negri Soares (2010, p. 119) entende que admitir no contrato de faturização cláusulas *pro solvendo* com a transferência do risco ao faturizado seria um retrocesso; representaria admitir a operação bancária por meio de instituição não financeira, dispensando toda segurança e tradição da relação bancária que o povo brasileiro conquistou em dois séculos de existência; representaria ainda entregar esse poder econômico a sociedades privadas que, quase sempre, utilizam-se de estratégias oportunistas, extremamente prejudiciais ao tomador-faturizado, sem a devida fiscalização.

Em sentido contrário, encontra-se Luiz Rodrigo Lemmi (2005, p. 68), para quem o direito de regresso não descaracteriza a faturização, nem a transforma em atividade privativa de instituição financeira. Acrescenta o autor que não há no ordenamento jurídico comando que obrigue a pessoa a correr riscos em seus contratos, não havendo nada de ilícito se o agente econômico procurar ao máximo fugir dos riscos e tornar certo seu ganho. Além disso, a existência de direito de regresso não isenta totalmente o faturizador de algum grau mínimo de risco do negócio, pois mesmo exercendo esse direito pode vir a não receber os valores que lhe são devidos.

Antônio Carlos Donini (2002, p. 107), outrossim, entende que as partes podem pactuar se a transmissão do crédito será *pro soluto* ou *pro solvendo*. Entende o autor, todavia, que a cláusula *pro solvendo* deverá ser exceção, apenas para casos justificáveis de risco (ainda que subjetivo), mas evidente ou aparente entre as partes, sendo que a condição *pro soluto* ou *pro solvendo* deverá influenciar no fator, a menor quando o cedente-faturizado garantir a solvência do sacado e a maior quando não garantir.

Augusto Passamani Bufulin (2014, p. 132) entende que nada impede o direito de regresso nos casos de insolvabilidade do devedor, quando esse direito ficar previsto expressamente no contrato celebrado entre o faturizador e o faturizado.

Por outro lado, majoritariamente não tem sido admitida pela jurisprudência no Brasil a pactuação de cláusula estabelecendo direito de regresso. Trata-se de uma construção

pretoriana e doutrinária, sem fundamento em dispositivo de lei.

Não se aplicam, segundo esse entendimento, as disposições dos artigos 296[77] e 297[78] do Código Civil, em caso de cessão de créditos. Em virtude dessa nota essencial, parte da doutrina afirma que o contrato de faturização é aleatório, ou seja, o risco é elemento essencial dessa modalidade contratual (RIZZARDO, 2004, p. 119). Na verdade, o contrato é comutativo, pois a obrigação do fomentador de responder pelo inadimplemento do devedor do fomentado é certa e independe de evento futuro e incerto.

A título ilustrativo, em decisão proferida em 23/02/2016, o Superior Tribunal de Justiça consignou que no contrato de faturização a sociedade empresária faturizadora não possui direito de regresso contra a sociedade fomentada, em razão de ser o risco da essência do contrato[79]. A decisão se baseou exclusivamente em precedentes judiciais e opiniões da doutrina, sem considerar a possibilidade de as partes, diante da autonomia da vontade, pactuar em sentido contrário.

Em certos julgamentos, como no Recurso Especial n. 1.289.995/PE, que será estudado em pormenores na seção 3.4, o STJ abriu exceção, tornando a sociedade faturizada responsável pelo pagamento. A tônica das decisões é impor à sociedade faturizada o dever de diligência na aferição das condições de pagamento de seus clientes e na verificação quanto a boa constituição dos créditos cedidos, podendo inclusive contar com assessoria preventiva da sociedade faturizadora.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que, em contrato de faturização, a fomentada responde pelo pagamento se a inadimplência do devedor se deu em razão de ato imputável a ela[80].

Além disso, o art. 295 do Código Civil dispõe que na cessão de créditos por título oneroso o cedente é responsável pela existência do crédito. Portanto, a sociedade faturizada deve garantir à sociedade faturizadora a existência dos direitos de crédito em face de seus

---

77 Art. 296. Salvo estipulação em contrário, **o cedente não responde pela solvência do devedor** (grifo nosso).

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

79 A faturizadora não tem direito de regresso contra a faturizada sob alegação de inadimplemento dos títulos transferidos, porque esse risco é da essência do contrato de *factoring*". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 671.067/PR. Relator ministro Marco A. Bellizze. Julgamento em 23/02/2016.

80 "Frustrada a expectativa do cessionário de títulos, por força de contrato de 'factoring', de receber o respectivo valor, por ato imputável ao cedente, fica esse responsável pelo pagamento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 43.914/RS. Relator Min. Eduardo Ribeiro. Julgamento em 28/11/1995.

devedores[81]. Deste modo, a sociedade faturizada/cedente é garante da existência do direito creditório, o que não se confunde com a responsabilização pelo pagamento dos valores.

Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que a sociedade de fomento tem direito de regresso contra a fomentada que, por contrato de faturização vinculado à nota promissória, tenha cedido duplicatas sem causa subjacente[82].

O STJ distingue a constituição do crédito do seu pagamento. Se o crédito foi devidamente constituído, não tendo vício subjacente, mas o devedor não o adimpliu, o risco da inexecução da obrigação recai sobre a sociedade de fomento. Trata-se de elemento essencial do contrato. Diferentemente, se houver fato imputável à sociedade que se beneficiou do fomento mercantil, contribuindo para o inadimplemento ou decorrente de sua culpa exclusiva, não poderá ser invocada a cláusula contratual que o torna imune às ações regressivas por parte da sociedade de faturizadora.

A assunção dos riscos do contrato de faturização pela sociedade de fomento mercantil é uma construção brasileira, sendo feita, segundo parece, para distinguir essas sociedades das instituições financeiras.

2.3 A exclusividade e a globalidade do contrato

Parte considerável da doutrina brasileira entende que o contrato de faturização deve conter cláusula obrigatória de exclusividade do faturizado em relação ao faturizador. Em outras palavras, o faturizado não teria a liberdade de realizar novo contrato de faturização com sociedade diversa da que já mantém contrato. Dentre aqueles que defendem tal exclusividade, Fran Martins (2010, p. 478) sustenta que o faturizador deve ter exclusividade sobre as contas cedidas pelo faturizado, sendo a cláusula de exclusividade essencial no contrato. Por outro lado, afirma que "não são assim as contas de todos os clientes que serão cedidas pelo faturizado; igualmente o faturizador pode se responsabilizar apenas por parte das contas de

[81] 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.

[82] "É por isso que a doutrina, de forma uníssona, afirma que no contrato de *factoring* e na cessão ordinária a faturizada/cedente não garante a solvência do crédito, mas sua existência sim. Cuida-se, na verdade, de expressa disposição legal, nos termos do que dispõem os arts. 295 e 296 do CC. Nesse passo, o direito de regresso da faturizadora contra a faturizada deve ser garantido quando estiver em questão não um mero inadimplemento, mas a própria existência do crédito. Não reconhecer tal responsabilidade quando o cedente vende crédito inexistente ou ilegítimo representa compactuar com a fraude e a má-fé." Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.289.995/PE. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento em 20/01/2014.

certos clientes; só sobre essas partes incidirão as obrigações contratuais".

Entende-se, todavia, que, por não haver previsão legal e diante da autonomia da vontade conferida às partes mesmo em contratos atípicos, não há nulidade se o faturizado contratar com dois ou mais faturizadores, com especificação e controle dos créditos a serem cedidos, de parte a parte. A especificação deverá será rigorosa, para evitar conflitos entre os faturizadores. Assim pensa Luiz Rodrigo Lemmi (2005, p. 92-93).

Por outro lado, pela cláusula de globalidade entende-se que a totalidade das faturas devam ser remetidas ao faturizador, que terá a liberalidade de escolher de quais delas aceitará os créditos.

Alguns especialistas defendem que a globalidade é característica essencial do contrato de faturização. Assim posicionam-se, por exemplo, Fábio Konder Comparato (1975, p. 387), Jacobo Leonis (1976, p. 460) e Arnoldo Wald (1997, p. 146).

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 165) entende que o contrato de faturização deve prever a cessão da totalidade das faturas, por ser condição intrínseca da faturização.[83]

Luiz Rodrigo Lemmi (2005, p. 89-90) sustenta que a globalidade pode ou não ser estipulada pelas partes, não sendo obrigatória a sua inserção em um contrato de faturização para sua perfeita caracterização. O autor acrescenta que a globalidade pode ser classificada em duas: i) ampla, em que as faturizadoras vinculam-se a adquirir o faturamento global das faturizadas, sem reservar-se o direito de selecionar os créditos que aceitam e os que rejeitam. Essa modalidade pode até ser pactuada pelas partes, mas normalmente não o é, em razão dos riscos que a faturizadora assumiria, não havendo evidência de sua utilização no Brasil e em outros países ii) restrita, em que a faturizada obriga-se a oferecer todos os seus créditos e a faturizadora reservar-se o direito de rejeitar alguns, podendo ser pactuada pelas partes, o que de fato se observa nos contratos.

2.4 A responsabilidade do faturizado em caso de não pagamento dos créditos pelo devedor

[83] Na mesma passagem, Fábio Ulhoa Coelho entende que a inclusão dessa cláusula – que prevê a cessão da totalidade das faturas, em vez de relações ocasionais – é um dos fatores que distinguem a faturização da agiotagem. Com o devido respeito, entendemos que a cessão da totalidade das faturas não significa o mesmo que a obrigação do faturizado de encaminhar a totalidade das faturas para avaliação do faturizador. A cláusula que obriga a cessão total das faturas representa um ônus em potencial para o faturizador, e deve ser livremente pactuada pelas partes, devendo ser expresso no contrato.

Para a doutrina brasileira, a nota característica do contrato de fomento mercantil é a inexistência de direito de regresso da faturizadora em relação à faturizada, em caso de falta de pagamento do terceiro devedor. Esse aspecto do contrato não impediu, todavia, que, em certos casos, os tribunais abrissem exceção, tornando a faturizada responsável pelo pagamento. A tônica das decisões é impor à faturizada o dever de diligência na aferição das condições de pagamento de seus clientes e na verificação quanto a boa constituição dos créditos cedidos, podendo inclusive contar com assessoria preventiva da faturizadora.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar, no Recurso Especial n. 43.914-0/RS, julgado em 28/11/1995, no sentido de que, em contrato de fomento mercantil, a faturizada responde pelo pagamento se a inadimplência do devedor se deu em razão de ato imputável a ela:

> Frustrada a expectativa do cessionário de títulos, por força de contrato de 'factoring', de receber o respectivo valor, por ato imputável ao cedente, fica esse responsável pelo pagamento.
> Juros – cômputo a partir da citação.

Cuidou-se de ação ajuizada por Organizações Lima – Administração e Assessoria Financeira Ltda em face de Indústria de Calçados Flama Ltda, julgada parcialmente procedente o pedido, tendo a apelação negado provimento (BRASIL, 1995).

O acórdão de segunda instância consignou que

> O recebimento dos créditos por ato da faturizada que, após sua cessão, recebe o devedor a devolução das mercadorias, desconstituindo a compra e venda que deu origem às duplicatas endossadas a faturizadora, responde aquela perante esta pelo valor dos títulos, acrescidos de juros de mora e correção monetária a contar dos respectivos vencimentos (*Idem*).

No recurso especial, a recorrente argumentou inviável o julgamento antecipado da lide, em vista de existência de matéria de fato que não prescindia de esclarecimento e prova. Aduziu que os valores, a cujo reembolso foi condenada, excedem os valores efetivamente recebidos, em ofensa aos arts. 1º e 11 do Dec. n. 22.626/33. Alegou ainda ofensa aos arts. 205 do Código Comercial e 960 do Código Civil/1916[84].

No voto, o relator Min. Eduardo Ribeiro lavrou que a ré, recorrente, havia cedido títulos à autora, tendo pedido os títulos de volta. Haveria de efetuar o pagamento, seja por

[84] Equivalente ao art. 397 do CC/2002.

força de norma contratual, seja em virtude mesmo do pedido de devolução que se deveu, em grande parte, à restituição das mercadorias.

Acrescentou o Ministro que o acórdão entendeu que a autora viu frustrada sua expectativa de receber os créditos por ato imputável à ré que, com o recebimento, em devolução, da mercadoria vendida, tirou suporte dos títulos cedidos, desconstituindo-os. Salientou ainda que cumpria à ré declinar quais títulos teriam sido efetivamente devolvidos, o que não fez.

Afirmou a recorrente que nunca negou pagar os valores correspondentes àqueles títulos cujo negócio subjacente foi desfeito, embora não nos termos pretendidos pela autora.

Salientou o relator que a indicação nunca foi feita em termos precisos, sendo feita apenas genericamente, e que nos termos do art. 302 do CPC/1973[85], caberia ao réu "manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial", presumindo-se verdadeiros os não impugnados. O autor afirmara que a ré pedira não fossem cobrados os títulos e solicitara sua devolução. Menciona, como razão do pedido, ter havido restituição da mercadoria. Na contestação reconheceu-se que houve o desfazimento do negócio quanto a alguns, mas não se negou o pedido de que fossem todos devolvidos. Admitido esse fato, deduzido como causa de pedir.

O relator considerou que não houve ofensa ao CPC em relação ao ônus da prova. Assim sendo, ponderou que a autora não pôde receber o que lhe seria devido em razão do procedimento da ré.

O recurso sustentou que devido ao reembolso, naqueles casos em que frustrado o pagamento, seria aplicável o art. 1.075 do CC/1916[86], e que a autora recebeu os títulos com deságio médio de 41,37% e a decisão recorrida terminara por transformar o que seria taxa de risco em remuneração do adiantamento do dinheiro, desrespeitados os limites legais relativos a juros.

Considerou o relator que art. 1.075 é inaplicável, pois ali se cogita do não recebimento, em virtude de insolvência do devedor, quando esse risco é assumido pelo cedente, não sendo a hipótese dos autos, em que o recebimento não se verificou em decorrência de fato do cedente. Além disso, não incidem as normas pertinentes a taxa de juros, pois se tratando de negócio qualificado pelas partes como "factoring", tinha o cessionário a justa expectativa de receber as importâncias consignadas nos títulos. Isso não se

[85] Equivalente ao art. 341 do CPC/2015.
[86] Equivalente ao art. 297 do CC/2002.

fazendo, por obstáculo colocado pelo cedente, arcará esse com a obrigação de pagar o que aquele deixou de receber.

Acrescentou que a correção monetária é devida desde o vencimento dos títulos, como pacífico entendimento do Tribunal.

Quanto aos juros, o relator deu razão ao recorrente, pois não se trata de ação cambial. Pleiteia-se ressarcimento, em virtude do comportamento da cedente que obstaculizou o recebimento das importâncias. Os juros contam-se da citação.

Os Ministros acompanharam o voto do relator e a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento parcial.

Voltando, o art. 295 do Código Civil dispõe que na cessão de créditos por título oneroso o cedente é responsável pela existência do crédito. Portanto a faturizada deve garantir à faturizadora a existência dos direitos de crédito em face de seus devedores[87]. Deste modo, a faturizada/cedente sempre será garante da existência do direito creditório, o que não se confunde com a responsabilização pelo pagamento dos valores.

Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014) também já decidiu, no Recurso Especial n. 1.289.995/PE, julgado pela Quarta Turma em 20/02/2014, que a faturizadora tem direito de regresso contra a faturizada que, por contrato de faturização vinculado à nota promissória, tenha cedido duplicatas sem causa subjacente. A Corte de Justiça brasileira distingue a constituição do crédito do seu pagamento. Se o crédito foi devidamente constituído, não tem vício subjacente, mas o devedor do faturizado não o adimpliu, o risco da inexecução da obrigação recai sobre o faturizador, tal qual a comissão *del credere*, porém, ao contrário dessa, trata-se de elemento essencial do contrato de faturização. Diferentemente, se houver fato imputável ao faturizado, que contribuiu para o inadimplemento ou decorre de sua culpa exclusiva, não poderá ser invocada a cláusula contratual que o torna imune às ações regressivas por parte do faturizador.

> 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

[87] 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.

> 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 a cessionária. 4. Recurso especial provido.

No caso, P S Factoring Fomento Comercial Ltda ajuizou execução em face de Nacional Plásticos Indústria e Comércio S.A. e Gilson Trindade da Silva, com a finalidade de receber nota promissória dada em garantia de duplicatas sacadas contra a sociedade empresária Vinimaster Indústria Comércio e Confecções Ltda, e que foram recebidas pela exequente mediante endosso subscrito pelos executados, no âmbito do contrato de fomento mercantil.

Os executados, por sua vez, em sede de embargos à execução, alegaram nulidade dos títulos porquanto desprovidos de aceite e de protesto regular. Subsidiariamente, aduziram tratar-se de relação de consumo, motivo por que os encargos financeiros deveriam ficar limitados a patamares não abusivos.

O Juízo de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Recife/PE acolheu os embargos, extinguindo a execução por inexistência de responsabilidade creditícia da embargante.

Em grau de apelação o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco apenas majorou a verba sucumbencial, mantendo a sentença nos termos da seguinte ementa:

> EMENTA: CONTRATO DE FATURIZAÇÃO DE RISCO (ALEATÓRIO). NOTA PROMISSÓRIA VINCULADA AO CONTRATO DE FOMENTO (SEM QUALQUER MENÇÃO NO TÍTULO) - EMISSÃO VISANDO GARANTIR DUPLICATAS NEGOCIADAS COM EMPRESAS DE FACTORING - PERDA DA CARACTERÍSTICA CAMBIAL. DEFERIMENTO DO PLEITO DE NÃO INCLUSÃO (OU DIVULGAÇÃO) DOS NOMES DOS EXECUTADOS NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - AUMENTO DO *QUANTUM* ARBITRADO. RECURSO INDEPENDENTE IMPROVIDO. RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados. Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se sustentou, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 295 do Código Civil de 2002, arts. 333, inciso II, e

585, inciso II, do Código de Processo Civil. Em suma, a recorrente alega ser válida a execução fundada em nota promissória vinculada a contrato de fomento mercantil celebrado para a cessão de direitos creditórios de duplicatas mercantis.

No voto, o relator Min. Luis Felipe Salomão aduziu que há execução de título extrajudicial ajuizada por sociedade de fomento mercantil em face da faturizada, tendo por base o contrato de fomento mercantil juntado à inicial e nota promissória a ele vinculada. Alegou-se, como causa de pedir remota, o não recebimento de duplicatas supostamente "frias", sacadas pela faturizada contra terceiro e endossada ao faturizador, no âmbito do contrato de fomento mercantil.

A sentença de primeiro grau consignou que

> A propósito, não se pode olvidar que a duplicata, sendo - repita-se - título causal, está vinculada à sua origem (de emissão atrelada a uma efetiva venda a prazo de mercadorias ou prestação de serviço), que admite cobrança pela via executiva mesmo que não contenha aceite, desde que devidamente protestada, acompanhada de comprovante de entrega e recebimento da mercadoria nos termos do art. 15, inc. II, da Lei 5.474/68. Após detido exame dos autos, observo que a empresa exequente, ora embargada, não cuidou em juntar o demonstrativo do protesto do título aos autos, ou até mesmo o comprovante de entrega da mercadoria ou da suposta compra e venda realizada. [...] O certo é que não há como negar que a apelada assumiu o risco de as duplicatas se revelarem frias no vencimento, risco esse que, no caso dos autos, assumiu enorme vulto, haja vista que nem sequer cuidou em carrear prova de protesto ou diligência prévia acerca da robustez das cártulas, que tisna de frias com base unicamente na declaração unilateral da empresa sacada. Quando do oferecimento de sua inicial executória ou de sua impugnação aos embargos, a empresa exequente não procedeu à juntada aos autos do título ou dos documentos que comprovassem que a mesma efetivamente diligenciou a respeito do lastro e origem das cártulas, se tinha ou não aceite, ou o comprovante da entrega da mercadoria. Diante de tais constatações, resta indubitável que a empresa de *factoring* não agiu com o cuidado devido, porquanto sequer trouxe evidências concretas e lhanas acerca da origem dos títulos que alcunhou unipolarmente de desprovidos de *causa debendi*. [...] Desta feita, só se pode atribuir os pesados efeitos jurídicos tais como a possibilidade de colocação em livre circulação no mercado e o encaminhamento a protesto, àquelas cártulas emitidas em obediência aos ditames legais, para que o título se encontre provido dos requisitos mínimos de validade.

Considerou o relator que a alegação de invalidade das duplicatas é exatamente a causa de pedir deduzida na inicial, de modo que a celeuma consiste em saber se, caso fosse verificado que as duplicatas eram mesmo frias, teria ou não o endossatário - faturizador - direito de exigir do endossante - faturizada -, em regresso, os valores relacionados com as mencionadas cártulas. Vale dizer, mais uma vez, os títulos que aparelham a execução não são as duplicatas, mas a nota promissória e o contrato de fomento.

O acórdão recorrido, por sua vez, embora tenha transitado também sobre a questão da

invalidade das duplicatas, trilhou, ao final, fundamentação um pouco diversa da sentença, entendendo não caber direito de regresso do faturizador contra o faturizado na hipótese de não pagamento dos títulos, porquanto o risco é da essência do contrato de fomento mercantil:

> Na prática, é frequente que as faturizadoras exijam dos faturizados o endosso dos títulos cedidos, como forma de lhes cobrar em regresso os valores pagos, antecipadamente ou não. Os tribunais, no entanto, têm reconhecido que esta prática contraria a própria natureza do contrato de *factoring*, e assim, deve-se considerar eventual endosso praticado, atribuindo-lhe efeito de mera cessão civil de crédito (no qual o cedente não se responsabiliza pela solvência do devedor).
> Nesse trilhar, em razão da própria transferência do risco para o faturizador, cabe a este proceder a uma análise criteriosa dos créditos objeto da faturização, visando aceitar apenas aqueles que lhe parecerem seguros. Tal cautela não foi adotada pela empresa recorrente, a qual assumiu o risco do inadimplemento dos títulos cedidos, devendo ser desconsiderada a cláusula que prevê a responsabilidade do faturizador pela solvência desses títulos.
> Ademais, registre-se que o entendimento prevalecente é no sentido de que as notas promissórias emitidas para garantia de duplicatas negociadas com empresas de *factoring* descaracterizam-se e perdem sua característica cambial. [...] Assim, não merece guarida o argumento de que o objeto do feito executivo reside na violação de cláusula expressa do Contrato de Fomento Mercantil e na nota promissória que o acompanha.

O acórdão considerou ser inválida a nota promissória, em razão da natureza do contrato, em cuja essência se insere o risco do inadimplemento.

O relator apontou que a doutrina, de fato, é praticamente unânime no sentido de que a sociedade de faturização 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 faturização e por ele a faturizada paga preço até mais elevado do que pagaria, por exemplo, em um contrato de desconto bancário, no qual a instituição financeira não garante a solvência dos títulos descontados. Considerou que essa é a principal diferença apontada pela doutrina entre contrato de faturização e o desconto bancário, este último de celebração exclusiva por instituição financeira.

Acrescentou que a impossibilidade de regresso em contrato de fomento mercantil decorre do fato de que a faturizada não garante a solvência do título, o qual, muito pelo contrário, é garantido exatamente pela sociedade de faturização. E que, com a compra dos títulos, encerra-se a relação jurídica existente entre os contratantes concretamente no tocante ao adimplemento do crédito transferido. Opera-se, nesse caso, uma cessão de crédito pro soluto, mostrando-se imprópria e contrária à natureza do pacto a inserção de cláusula *pro solvendo*, mediante a qual seria mantida a relação originária quanto ao adimplemento do

crédito cedido, passando a ser garantidora a faturizada, o que autorizaria a ação regressiva.

Tal circunstância, todavia, não tem o alcance de afastar toda e qualquer responsabilidade da cedente em relação à existência do crédito, haja vista que tal garantia é própria da cessão de crédito comum - *pro soluto*.

Acrescentou o Min. Luis Felipe Salomão que a doutrina, de forma uníssona, afirma que no contrato de faturização e na cessão de crédito ordinária a faturizada/cedente não garante a solvência do crédito, mas a sua existência sim. A título de exemplo, a faturizada não se responsabilizaria perante o faturizador pelo pagamento de duplicata sacada regularmente, na hipótese de inadimplemento do sacado. Obrigar-se-ia, porém, por duplicata fria, sacada fraudulentamente, sem causa legítima subjacente.

Afirmou que se cuida de expressa disposição legal, nos termos dos arts. 295 e 296 do Código Civil e que a própria higidez do negócio jurídico depende da existência de crédito, porquanto não se pode vender, por exemplo, um crédito que pereceu ou que nunca existiu, ou que não pertence ao vendedor ou mesmo um crédito forjado por expedientes fraudulentos.

Asseverou que o direito de regresso da faturizadora contra a faturizada deve ser garantido quando estiver em questão não um mero inadimplemento, mas a própria existência do crédito, e que não reconhecer tal responsabilidade seria compactuar com a fraude e a má-fé.

Embora não conste a inicial da execução nos autos, a sentença relata que o processo executivo foi desencadeado com o propósito de recebimento da promissória, mas em razão de "inexistência de *causa debendi* nas duplicatas numeradas na inicial, todas sacadas pela parte executada contra a empresa Vinimaster Ind. Com. e Confeções Ltda., cártulas essas que lhe foram endossadas pelos executados por força do contrato de fomento mercantil nº 032.611".

Aduz o relator que os executados, por sua vez, não rebateram a tese de que as duplicatas por eles endossadas eram desprovidas de causa. Muito pelo contrário, até a reforçaram, pois sustentaram simplesmente que os mencionados títulos não continham requisitos indispensáveis que lhes dessem exequibilidade, quais sejam, o protesto ou o aceite.

Destaca o relator que da moldura fática incontroversa nos autos, fica claro que as duplicatas que ensejaram o processo executivo são desprovidas de causa (frias), e tal circunstância se insere em vício de existência dos créditos cedidos, e não de mero inadimplemento, o que gera a responsabilidade regressiva da cedente perante a cessionária.

Seguiram o voto do relator os Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antônio

Carlos Ferreira. Foi voto vencido o Min. Marco Buzzi, por entender que a hipótese deve ter o mesmo tratamento do inadimplemento do devedor, inexistindo direito de regresso.

Em comentário a esse Recurso Especial n. 1.289.995/PE, Hygino Sebastião Amanajás de Oliveira (2014, p. 361) entende que a decisão proferida pelo STJ, na relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, apresenta-se completa, em consonância com a melhor doutrina e em análise cuidadosa que apresentou solução à questão suscitada, no sentido de ratificar a intenção do legislador pátrio. Assim, o entendimento jurisprudencial deve ser uniformizado, reforçando o princípio da boa-fé e a segurança das relações jurídicas. Isto porque a decisão reconheceu a validade do título para que o faturizador pudesse reaver o crédito, ainda que se admita que o risco é característico do contrato, em razão de as duplicatas terem sido emitidas sem fundamento.

Marcelo Negri Soares (2010, p. 120), na linha da doutrina e jurisprudência dominantes, afirma que a faturizada somente será responsável pelo pagamento dos créditos em caso de inadimplemento do devedor se houver i) erro escusável na seleção do crédito; ou ii) má-fé ou dolo por parte do faturizado, que usou de artimanhas ou conluio com os devedores-sacados para aplicar engodo à faturizadora, vitimada por orquestração criminosa.

2.5 O endosso de títulos ao faturizador: especificidades

Muito em razão da atipicidade do contrato de fomento mercantil, a doutrina e a jurisprudência brasileiras apresentam divergência no que toca o regime a ser aplicado à transferência dos créditos. Reina nesse ponto verdadeira confusão. Afirma-se, por vezes, que se trata de endosso, mas com efeitos de cessão; outras vezes afirma-se que o instrumento de transferência é a cessão, ainda que o crédito tenha sido documentado por duplicata. Há ainda quem afirma que há endosso, mas os princípios e as regras cambiárias não se aplicam.

Os institutos da cessão e do endosso não se confundem. Enquanto que o primeiro é ato não cambiário e bilateral, o segundo é ato próprio dos títulos de crédito e unilateral. Além disso, a cessão distingue-se do endosso pelas seguintes características, segundo Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (2015, p. 67):

> i) por disposição expressa, na cessão de um crédito podem não ser incluídos todos os seus acessórios; ii) deve ser feita por instrumento público ou particular revestido com indicação do lugar onde foi lavrado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes

> conferidos, sob pena de ineficácia em ralação a terceiros; iii) a cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; iv) o devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente; v) salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

Waldírio Bulgarelli (1997, p. 537) afirma que para se compreender o mecanismo da faturização, é necessário atentar-se para o tipo de relações entre o faturizador e faturizado. O autor enfatiza – a nosso ver corretamente – que o faturizado pode transmitir 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. Assim também já se manifestava Carlos Renato de Azevedo Ferreira (1986, p. 144).[88]

Arnaldo Rizzardo (2004, p. 99) destaca que o endosso constitui instrumento de transferência típica e exclusiva dos documentos cambiais, que visa dar segurança à circulação de créditos, enquanto que a cessão abrange créditos representados por documentos diferentes dos cambiais.

Segundo Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (2015, p. 66)

> Endosso é o ato cambiário acessório, facultativo, unilateral, formal, incondicional e integral pelo qual o beneficiário do título de crédito à ordem transfere sua propriedade a terceiro (endossatário), com todos os direitos nele incorporados, tornando-se coobrigado pelo aceite (quando couber) e pagamento, salvo cláusula ou disposição legal em contrário.

Eduardo de Sousa Carmo (1988, p. 57) lembra que o endosso é uma declaração unilateral de vontade do endossante, enquanto que a cessão de crédito é um contrato sinalagmático. Além disso, o endosso produz efeitos jurídicos autônomos e independentes, e a cessão produz efeitos derivados, de modo que a nulidade do contrato principal determina a nulidade da cessão.

André Luiz Santa Cruz Ramos (2015, p. 78) afirma que o contrato de faturização tem uma importância crucial para o mercado, razão pela qual se deve fortalecê-lo, e não desprestigiá-lo, de modo que o endosso dos títulos cedidos, quando existente, deve produzir seus efeitos normais, em prestígio da circulação dos créditos.

Marcelo Negri Soares (2010, p. 135), todavia, afirma que, por ser a faturização contrato eminentemente causal, não vige o princípio da independência, segundo o qual o título

---

[88] O Projeto de Lei n. 566/1995, de autoria do Dep. José Janene, já arquivado, pretendia restringir a atividade de faturização, ao dispor sobre a inexecutoriedade do endosso e do aval concedidos em título de crédito transacionado nas operações de fomento mercantil.

de crédito é independente de qualquer outro documento. Deste modo, segundo o autor, no contrato de faturização não se aplica o princípio da abstração (desprendimento da causa que lhe deu origem) e também o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais (decorrente da autonomia em relação às obrigações que surgirem). Considera o autor que os títulos cedidos não são considerados bem móvel, mas acessórios ao contrato de faturização, porque este envolve mais do que a simples cessão dos títulos, visto que, ainda de acordo com o autor, esses títulos só terão validade perante terceiros se percorrido todo o itinerário necessário para a configuração da faturização. Enquanto o título não circular, não existe terceiro de boa-fé, não existindo princípio da abstração.[89]

Antônio Carlos Donini (2002, p. 79) entende que há predominância do caráter contratual ante a relação cambial nas operações de faturização. Afirma o autor que a operação de faturização repousa numa cessão de crédito, em decorrência, sobretudo, de sua natureza contratual e não cambial das relações dele decorrentes, e que, embora não seja o único instituto utilizado, pois para a tradição do título é indispensável o endosso, a cessão de crédito seria, segundo o autor, a figura jurídica que mais se aproxima do contrato de faturização.

Como o fomento mercantil ainda é um contrato atípico no Brasil, esse cenário permite decisões casuísticas na jurisprudência, diante da falta de norma especial. Ora os tribunais nacionais afastam regras basilares do endosso em favor da cessão de crédito, ora declaram que tais regras são pertinentes. Exemplo do que se afirma ocorreu em 2015, quando o Superior Tribunal de Justiça julgou que é desnecessária a notificação do devedor de título de crédito com cláusula à ordem, em caso de endosso do título promovido em razão de contrato de faturização. Percebe-se a afirmação de uma das características do endosso vis-à-vis a cessão de crédito.

Os ministros do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015c) entenderam que não há embasamento legal para a notificação do devedor, visto se tratar de endosso, instituto de direito cambiário:

> De fato […] é desnecessária a exigência, sem nenhum supedâneo legal, de que, com o endosso de cheque 'à ordem', a *factoring* endossatária devesse se acautelar – mesmo adquirindo pelo meio próprio crédito de natureza autônoma (cambial) -, demonstrando ter feito notificação ao emitente". "[...] Não é possível chancelar a

[89] Com o devido respeito, o autor parece confundir endosso com título causal, visto que endosso é característico de títulos à ordem. Além disso, parece misturar os conceitos de contrato causal com título causal. Importante destacar que a faturização pode ocorrer normalmente tanto com títulos abstratos (ex. nota promissória) quanto causais (ex. duplicata), como também pode ocorrer com título à ordem ou com título não à ordem.

> restrição a direitos conferidos por lei ao faturizador, em manifesta ofensa a diversas regras, institutos e princípios do direito cambiário.

Trata-se do Recurso Especial n. 1.236.701/MG, julgado em 05/11/2015 pela Quarta Turma, cuja ementa é a seguinte:

> *FACTORING* E DIREITO CAMBIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CHEQUE À ORDEM. ENDOSSO. EFEITO DE CESSÃO DE CRÉDITO. DESNECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO EXIGIDA, PELO CÓDIGO CIVIL, PARA CESSÃO ORDINÁRIA DE CRÉDITO. RESPONSABILIZAÇÃO DO ESCRITÓRIO DE FACTORING PELO APONTAMENTO DO NOME DA ORA RECORRIDA A ÓRGÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO, EM VISTA DA PRÉVIA DEVOLUÇÃO DO CHEQUE, PELO BANCO SACADO, POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS. INVIABILIDADE. O ENDOSSO É PLENAMENTE APLICÁVEL À AVENÇA MERCANTIL DO *FACTORING*, NÃO CABENDO RESTRIÇÃO A DIREITOS ASSEGURADOS PELO DIREITO CAMBIÁRIO, SOB PENA DE INCIDÊNCIA EM DOMÍNIO CONSTITUCIONALMENTE RESERVADO AO ÂMBITO DE ATUAÇÃO MATERIAL DA LEI EM SENTIDO FORMAL. ALEGAÇÃO DA AUTORA DE TER EFETUADO O PAGAMENTO AO ENDOSSANTE, POR MEIO DE AÇÃO CONSIGNATÓRIA. O PAGAMENTO FEITO PELO DEVEDOR DE TÍTULO "À ORDEM", SEM QUE A CÁRTULA LHE TIVESSE SIDO DEVOLVIDA, EVIDENTEMENTE, NÃO PODE SER OPOSTO AO ENDOSSATÁRIO PORTADOR DE BOA-FÉ.
> 1. Como é cediço, o interesse social visa proporcionar ampla circulação dos títulos de crédito, dando aos terceiros de boa-fé plena garantia e segurança na sua aquisição, constituindo a inoponibilidade das exceções fundadas em direito pessoal do devedor a mais importante afirmação do direito moderno em favor da segurança da circulação e negociabilidade dos títulos de crédito. (REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 27 ed. Saraiva: São Paulo, v. 2, 2010, p. 415-423);
> 2. Dessarte, o cheque endossado - meio cambiário próprio para transferência dos direitos do título de crédito, que se desvincula da sua causa, conferindo ao endossatário as sensíveis vantagens advindas dos princípios inerentes aos títulos de crédito, notadamente o da autonomia das obrigações cambiais - confere, em benefício do endossatário, ainda em caso de endosso póstumo (art. 27 da Lei do Cheque), os efeitos de cessão de crédito. De fato, a menos que o emitente do cheque tenha aposto a cláusula "não à ordem" - hipótese em que o título somente se transfere pela forma de cessão de crédito -, o endosso, no interesse do endossatário, tem efeito de cessão de crédito, não havendo cogitar de observância da forma necessária à cessão civil ordinária de crédito, disciplinada nos arts. 288 e 290 do Código Civil;
> 3. Assim, o art. 20, caput, da Lei do Cheque - no que em nada discrepa da Lei Uniforme de Genebra - esclarece que o endosso transmite todos os direitos resultantes do cheque. Com efeito, a teor da legislação, fica límpido que "[o] cheque é um título que tem vocação de circular pela simples tradição manual". (MARTINS, Fran. Títulos de crédito. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 313 e 314);
> 4. Como o endosso é plenamente compatível/aplicável ao fomento mercantil, é bem de ver que o princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, inclusive na sua função jurisdicional, que não se reveste de idoneidade jurídica que lhe permita criar ou restringir direitos conferidos por lei, "sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal". (ACO 1048 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-134 DIVULG 30-10-2007 PUBLIC 31-10-2007 DJ 31-10-2007 PP-00077 EMENTA VOL-02296-01 PP-00001);

> 5. Embora o contrato de *factoring* não se encontre sistematizado na legislação pátria, é certo que "liga-se à necessidade de reposição do capital de giro nas empresas, geralmente nas pequenas e médias". Bastante assemelhada ao desconto bancário, "a operação de factoring repousa na sua substância, numa mobilização dos créditos de uma empresa; necessitando de recursos, a empresa negocia os seus créditos cedendo-os à outra", que se incumbe de cobrá-los, adiantando-lhe o valor desses créditos (*conventional factoring*) ou pagando-os no vencimento (*maturity factoring*); obriga-se contudo a pagá-los mesmo em caso de inadimplemento por parte do devedor da faturizada. (BULGARELLI, Waldirio. Contratos mercantis. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 541-546);
> 6. Em recente precedente da Primeira Seção, EREsp 1.236.002/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, aquele Colegiado pacificou que os escritórios de *factoring* não precisam ser registrados nos conselhos regionais de administração, pois suas atividades são de natureza eminentemente mercantil - já que não envolve gestões estratégicas, técnicas e programas de execução voltados a um objetivo e ao desenvolvimento de empresa -, sendo o traço característico da operação a aquisição de um crédito a prazo da faturizada;
> 7. Por um lado, o art. 905, caput, do Código Civil estabelece que "[o] possuidor de título ao portador tem direito à prestação nele indicada, mediante a sua simples apresentação ao devedor", e o parágrafo único estipula que a prestação é devida ainda que o título tenha entrado em circulação contra a vontade do emitente. Por outro lado, não se pode perder de vista que a exigência, sem nenhum supedâneo legal, de que, mesmo com endosso de cheque "à ordem", a *factoring* endossatária terceira de boa-fé devesse se acautelar - demonstrando ter feito notificação à emitente e/ou procedido à pesquisa acerca de eventual ação judicial a envolver emitente e endossante -, mesmo adquirindo pelo meio próprio crédito de natureza autônoma (cambial), implica restrição a direitos conferidos por lei à recorrente, em manifesta ofensa a diversas regras, institutos e princípios do direito cambiário - e, até mesmo, a direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal (vide o art. 5º, II e XXII);
> 8. Ademais, a alegação da autora, ora recorrida, de ter feito a consignação em pagamento do crédito ao endossante da cártula (credor originário), não é relevante para afastar o direito do endossatário do título, pois a quitação regular de débito estampado em título de crédito é a que ocorre com o resgate da cártula - tem o devedor, pois, o poder-dever de exigir daquele que se apresenta como credor cambial a entrega do título de crédito (o art. 324 do Código Civil, inclusive, dispõe que a entrega do título ao devedor firma a presunção de pagamento);
> 9. A "negativação" do nome da autora, ora recorrida, em órgão do sistema de proteção ao crédito constituiu exercício regular de direito da *Factoring*. Com efeito, o art. 188, I, do Código Civil proclama não constituir ato ilícito os praticados no exercício regular de um direito reconhecido;
> 10. Recurso especial provido.

No caso, relata-se que Fernanda Roberta de Oliveira Leandro ajuizou ação de reparação por danos morais em face de Ivan Factoring. Narra que, em 25 de junho de 2004, efetuou compra no estabelecimento comercial denominado Lojão Flor Tel Ltda., situado no Município de Barbacena, emitindo para pagamento da mercadoria um cheque no valor de R$ 20,00 (vinte reais), estampando vencimento (data de emissão) no dia 25 de julho de 2004. Aduz que a cártula foi devolvida por insuficiência de fundos e, após diversas tentativas infrutíferas que empreendeu para pagamento do débito, teve seu nome lançado em cadastro de inadimplentes de órgãos de proteção ao crédito, assim como no cadastro de emitentes de

cheques sem fundos (CCF), só restando como alternativa se valer de ação de consignação de pagamento, autos n. 0056.05.095218-5, que tramitou na 1ª Vara Cível da Comarca de Barbacena. Afirma que, após mais de 1 (um) ano do depósito em consignação judicial do débito, foi surpreendida, pois, "quando tentou efetuar uma compra financiada no comércio local, ficou sabendo que seu nome estava novamente incluído no cadastro do SPC", por solicitação da ré. Diz que "nunca negociou e nem sequer conhece a requerida, e não sabe como este cheque" está em sua posse, pois a sociedade empresária Lojão da Flor Tel Ltda. encerrou suas atividades.

O Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Barbacena julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, fixando compensação por danos morais no valor de R$ 6.225,00 (seis mil e duzentos e vinte e cinco reais).

Interpôs a ré apelação para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que deu parcial provimento ao recurso:

> APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - INCLUSÃO DO NOME DO EMITENTE INCLUÍDO NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO PELA EMPRESA DE *FACTORING* - CESSÃO DE CRÉDITO - NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR - AUSÊNCIA - QUITAÇÃO JUNTO AO FATURIZADO - COMPROVADA - CONDUTA ILÍCITA - CONFIGURADA - DANO MORAL - DEVIDO. - Para que surja o dever de indenizar, é mister que concorram três elementos: o dano, a conduta culposa e o nexo causal entre os dois primeiros. - Comprovada a ilicitude da negativação do nome do emitente de cheque, promovida por empresa de *factoring*, que deixa de notificá-lo sobre a aquisição do crédito, configura-se a conduta antijurídica e o dano moral, sendo devido o pagamento de indenização.

Interpôs a ré recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, sustentando divergência jurisprudencial, omissão e violação aos artigos 535 do CPC, 25 da Lei n. 7.357/1985 e 290 do CC.

Dentre as alegações, a recorrente afirmou que a recorrida admite que o cheque foi devolvido por insuficiência de fundos e que o apontamento em nome da demandante a órgão de sistema de proteção ao crédito decorreu de exercício regular de direito, pois "o cheque foi regularmente transmitido via endosso, nos termos do art. 25 da Lei 7.357/85".

Afirma que a decisão recorrida ocasiona enriquecimento ilícito e que, ao menos, deveria ter sido reconhecida a culpa concorrente da recorrida, pois houve devolução do cheque por insuficiência de fundos, além do que havia a prévia existência de inscrição desabonadora, a atrair a incidência do Enunciado n. 385 da Súmula do STJ.

Pondera que não há falar em cessão de crédito, pois o título foi regularmente

endossado, e que, nos termos do art. 25 da Lei do Cheque, quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente, em detrimento do devedor.

Argumenta que o título de crédito se apresenta como negócio distinto e independente, sem nenhum liame com a relação jurídica originária, constituindo nova declaração de vontade, novo vínculo jurídico.

Assevera que o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais não é mitigado pelo fato de a transferência se efetivar mediante fomento mercantil.

Obtempera que eventual desacordo entre o emitente do cheque e o credor originário não é oponível à endossatária, terceira de boa-fé, e a própria "recorrida não alegou má-fé no endosso do título de crédito, sendo certo que a prova incumbia à autora, ônus do qual não se desincumbiu".

O Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, considerou no voto que o interesse social visa proporcionar ampla circulação dos títulos de crédito, dando aos terceiros de boa-fé plena garantia e segurança na sua aquisição, constituindo a inoponibilidade das exceções fundadas em direito pessoal do devedor a mais importante afirmação do direito moderno em favor da segurança da circulação e negociabilidade dos títulos de crédito.

Acrescentou que o cheque, em especial, é ordem de pagamento à vista e submete-se aos princípios, caros ao direito cambiário, da cartularidade, literalidade, abstração, autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé.

Nesse passo – prossegue –, o artigo 20 da Lei do Cheque estabelece que o endosso transmite todos os direitos resultantes do cheque e o artigo 22, caput, do mesmo Diploma, dispõe que o detentor de cheque "à ordem’’ é considerado portador legitimado, se provar seu direito por uma série ininterrupta de endossos, mesmo que o último seja em branco.

Complementou que o cheque endossado - meio cambiário próprio para transferência dos direitos do título de crédito, que se desvincula da sua causa, conferindo ao endossatário as sensíveis vantagens advindas dos princípios inerentes aos títulos de crédito, notadamente o da autonomia das obrigações cambiais - confere, em benefício do endossatário, ainda em caso de endosso póstumo (art. 27 da Lei do Cheque), os efeitos de cessão de crédito.

Além disso, em se tratando de cheque "à ordem", como o art. 903 do Código Civil, textualmente, prescreve que, em caso de conflito aparente com as normas albergadas pelo

Diploma civilista, devem ser observadas as normas especiais relativas aos títulos de crédito, fica límpido que não é necessária nenhuma outra formalidade para que exsurjam os mesmos efeitos de cessão de crédito.

Considerou o Relator que, a menos que o emitente do cheque tenha aposto no título a cláusula "não à ordem" – hipótese em que o título somente se transfere pela forma de cessão de crédito –, o endosso, no interesse do endossatário, tem efeito de cessão de crédito, não havendo cogitar de observância da forma necessária à cessão ordinária civil de crédito:

No tocante ao endosso, ponderou que o art. 20, caput, da Lei do Cheque – no que em nada discrepa da LUG – esclarece que o endosso transmite todos os direitos resultantes do cheque.

Concluiu o voto, dando provimento ao Resp, e improcedente o pedido da petição inicial.

A votação foi unânime, seguindo o voto do relator os Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antônio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

Em que pese a decisão supra, a questão não é pacífica na doutrina. Para De Plácido e Silva (2003, p. 592), deve haver notificação da transferência do crédito para produzir efeitos em face do devedor.[90]

Outra questão suscitada perante o STJ diz respeito à oponibilidade de exceções pessoais pelo devedor ao faturizador. Nesse aspecto não se prestigiou o instituto do endosso nem a característica da abstração na circulação do título, ensejadora da inoponibilidade de exceções pessoais. No Recurso Especial n. 1.439.749/RS, julgado em 02/06/2015, a Terceira Turma entendeu que o devedor (aceitante) pode opor à faturizadora endossatária as exceções pessoais que seriam oponíveis ao sacador-endossante (faturizado).

O relator, Ministro João Otávio de Noronha (BRASIL, 2015), considerou que “No contrato de *factoring*, em que há profundo envolvimento entre faturizada e faturizadora e amplo conhecimento sobre a situação jurídica dos créditos objeto de negociação, *a transferência desses créditos não se opera por simples endosso, mas por cessão de credito*.” Em tal situação a transmissão “se subordina à disciplina do art. 294 do Código Civil. A faturizadora, a quem as duplicatas *aceitas foram endossadas* por força do contrato de cessão de crédito, não ocupa a posição de terceiro de boa-fé imune às exceções pessoais dos devedores das cártulas”. Nota-se que o Tribunal afastou regra basilar do endosso,

[90] Cf. também FRAN MARTINS, 2010, p. 480.

desconsiderando que a forma de transmissão não foi essa e não a cessão de crédito, aplicando dispositivo do Código Civil em detrimento da Lei Uniforme de Genebra, mas o próprio Tribunal aplica a regra do endosso quanto a desnecessidade de notificação do devedor.

Eis a ementa:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DUPLICATAS ACEITAS. DESCUMPRIMENTO DO NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE COMPROVADO. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO COM A EMPRESA DE FACTORING. 1. No contrato de *factoring*, em que há profundo envolvimento entre faturizada e faturizadora e amplo conhecimento sobre a situação jurídica dos créditos objeto de negociação, a transferência desses créditos não se opera por simples endosso, mas por cessão de crédito, hipótese que se subordina à disciplina do art. 294 do Código Civil. 2. A faturizadora, a quem as duplicatas aceitas foram endossadas por força do contrato de cessão de crédito, não ocupa a posição de terceiro de boa-fé imune às exceções pessoais dos devedores das cártulas. 3. Recurso especial conhecido e desprovido.

No presente caso, houve ação declaratória de nulidade de duplicatas c/c sustação de protesto e apreensão de título ajuizada por Ireno Hilário Schneider em desfavor de Credfactor Fomento Comercial Ltda. Argumentou o autor que o negócio jurídico originariamente contratado com a empresa Villa Florenza Móveis e Decoração Ltda. (fabricação de um dormitório de casal e uma cozinha), que deu origem aos títulos, não foi integralmente cumprido, já tendo pago outras duplicatas em montante superior à parcela dos serviços efetivamente prestados. Aduziu que, à época em que apôs o aceite nas duplicatas, bem como em que houve a cessão dos títulos, os serviços estavam em fase de execução, não tendo motivos para recusá-los.

A sentença, reconhecendo que o devedor foi devidamente cientificado da cessão dos títulos e que as duplicatas foram regularmente aceitas, concluiu pela impossibilidade de opor à endossatária questões relativas à constituição dos débitos e julgou improcedente a demanda.

O Tribunal deu provimento à apelação:

> APELAÇÃO. NULIDADE DE TÍTULOS. DUPLICATAS. DESCUMPRIMENTO DO NEGÓCIO SUBJACENTE DEMONSTRADO. FACTORING. 1. No fomento mercantil o endosso não é cambial e caracteriza cessão de crédito, assumindo o faturizador o risco sobre o recebimento. Não havendo transferência cambiária, são inaplicáveis os princípios da autonomia e abstração, sendo oponíveis as exceções pessoais que caberiam frente ao endossante. Art. 294 do novo Código Civil. 2. Descumprimento dos negócios originários, que amparava a emissão dos títulos, demonstrado nos autos. Prestação de serviços não perfectibilizada. Dormitório instalado de forma incompleta, faltando itens contratados e necessários, não sendo entregue a cozinha. Aceite nos títulos que não torna irretorquível o crédito, cabendo então declarar-se a inexigibilidade dos títulos frente ao autor-sacado. Ato de

> concordância praticado antes do descumprimento da contratação e do vencimento dos títulos questionados. Apelo do autor provido.

Sustentou a recorrente violação dos seguintes dispositivos legais: a) art. 919 do Código Civil, pois, como a aquisição do título ocorreu por endosso, não se configura cessão de crédito; b) arts. 7º e 8º da Lei n. 5.474/1968, uma vez que o aceite lançado nos títulos retira-lhes a natureza causal, desvinculando-os do negócio subjacente; c) arts. 43 do Decreto n. 2.044/1908, 25 da Lei n. 5.474/1968 e 17, 28 e 29 do Decreto n. 57.663/1966 ao se afastar o princípio da abstração e admitir a oposição de exceções pessoais que caberiam perante o endossante a terceiro de boa-fé, pelo simples fato de se tratar de operação de fomento mercantil; e d) art. 294 do Código Civil por aplicação indevida ao caso. Alegou, ademais, divergência jurisprudencial.

No voto, o Relator Ministro João Otávio de Noronha ponderou que o STJ tem mitigado os princípios da abstração e autonomia dos títulos de crédito em situações como a presente, a partir de precedentes da Corte. Citou, em particular, o Resp n. 612.423/DF, Terceira Turma, Min. Nancy Andrighi, de 26/06/2006, cujo voto considerou questionados

> O contrato de *factoring* não se resume à mera cessão de títulos de crédito por endosso, mediante o pagamento de valor previamente acordado pelas partes. Esse é apenas um aspecto dessa figura contratual, que é muito mais rica e complexa. O art. 15, inc. III, da Lei nº 9.249/95 define o *factoring* como a 'prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços'.
> Ou seja, pela definição legal, vê-se que a atividade de *factoring* compõe um leque de serviços interligados. Segundo Luiz Lemos Leite, '*factoring* é uma atividade complexa, cujo fundamento é a prestação de serviços, ampla e abrangente, que pressupõe sólidos conhecimentos de mercado, de gerência financeira, de matemática e de estratégia empresarial, para exercer suas funções de parceiro dos clientes' ('O contrato de *factoring*', in Revista Forense, 253/458-9, apud Arnaldo Rizzardo, *Factoring* , 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pág. 16).
> Disso decorre que é fundamental, para a caracterização do contrato de factoring, um envolvimento entre faturizadora e faturizada bem mais profundo que a mera transferência de títulos. Há também a prestação de serviços de consultoria tendentes a, em última análise, otimizar a administração e o gerenciamento da carteira de clientes e dos créditos da sociedade faturizada.
> Ora, sendo assim, não é razoável cogitar o completo desconhecimento, pela faturizadora, da situação de inadimplemento da sociedade faturizada. Não seria de forma alguma infundado exigir que o faturizador, pela própria natureza dos serviços que deve prestar, perquira sobre a situação jurídica dos créditos que estão à base dos títulos que adquire por endosso. Por um lado, tal providência iria ao encontro da obrigação do faturizador de orientar seu cliente para a manutenção de uma gerência financeira eficaz; por outro, reduziria os riscos a que estaria exposta a sociedade faturizadora, na medida em que impediria que ela adquirisse créditos evidentemente inexistentes, como é a hipótese dos autos.
> Nesse sentido Arnaldo Rizzardo opina que 'no *factoring*, há compra de créditos, ou

> do ativo de uma empresa, e não apenas de títulos. Não se opera o simples endosso, mas a negociação do crédito' , complementando que 'não é sem razão que se faculta ao *factor* a escolha dos créditos. Ao receber o borderô dos títulos, tem ele a faculdade de rejeitar os que não lhe interessam. Com os títulos, acompanham e podem ser exigidos os comprovantes da entrega das mercadorias, o que infunde maior garantia ao negócio.' (op. cit., págs. 105 e 121).
> Disso tudo decorre que a indagação sobre a origem do crédito adquirido no âmbito de um contrato de faturização, longe de ser algo inusitado, faz parte da natureza do contrato de *factoring*. A inexistência, portanto, do crédito representado pelo cheque endossado à faturizadora também poderá ser oponível a ela, conforme, inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

A recorrente alegou que as duplicatas possuíam o aceite do recorrido, que poderia, à luz do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei n. 5.474/1968, tê-lo recusado, mas não o fez. Assim, uma vez aceitas, as duplicatas se desvinculam do negócio jurídico subjacente, tornando líquida e certa a obrigação cambiária

O Relator afirmou seguir a tese que prevaleceu no julgado da Terceira Turma (REsp n. 612.423/DF), segundo a qual, na operação de faturização, em que há envolvimento mais profundo entre faturizada e faturizadora, não se opera um simples endosso, mas a negociação de um crédito, cuja origem é – ou pelo menos deveria ser – objeto de análise pela faturizadora, o que faz com que não se equipare a outros terceiros de boa-fé a quem o título pudesse ser transferido por endosso.

Acrescenta que houve verdadeira cessão de crédito, e não mero endosso, hipótese que se subordina à disciplina do art. 294 do Código Civil, ficando autorizada a discussão da *causa debendi*.

Afirmou que a recorrente (faturizadora), a quem os títulos foram endossados por força de contrato de cessão de crédito e que mantém relação contratual com a empresa que emitiu as duplicatas, nos moldes delineados no trecho do voto da lavra da Ministra Nancy Andrighi, acima transcrito, não ocupa posição de terceiro de boa-fé imune às exceções pessoais dos devedores das cártulas que lhe foram transferidas. Provada a ausência de causa para a emissão das duplicatas, não há como a faturizadora exigir do sacado o pagamento respectivo.

A presunção favorável à existência de causa que resulta do aceite lançado nas duplicatas não se mostra absoluta e deve ceder quando apresentada exceção pessoal perante o credor originário ou seu faturizador.

O Relator negou provimento ao Resp. A votação foi unânime.

O Ministro Moura Ribeiro, acompanhando o voto do Relator, aduziu que o acórdão local deveria ter reconhecido, no seu dispositivo, a inexigibilidade da duplicata em relação ao

autor-sacado, preservando a relação endossante-faturizado e endossatário-faturizador. Assim deveria ter sido, porque, uma vez anulada a duplicata, o vínculo entre eles também seria anulado, o que não pode ser admitido.

Acrescentou que não se tratou de relação endossante/endossatário simples, mas sim de endosso em cessão de crédito, criando relação cedente/cessionário e, ao contrário do endosso, o cedente não tem responsabilidade pelo pagamento do título, mas pela existência do crédito, tal como preceitua o art. 295 do CC: 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.

Assim concluiu que havendo sido declarada nula a duplicata ante à ausência de *causa debendi*, não existiu o crédito, devendo a cedente responder perante a cessionária, neste caso, a teor do enunciado do art. 295 do CC.

Em outro julgado, o STJ admitiu a oponibilidade de exceções pessoais em face da faturizadora em razão de títulos emitidos em venda de mercadoria não entregue pelo faturizado, prestigiando a discussão da *causa debendi* subjacente a emissão e a culpa do "cedente" na boa constituição do crédito transferido.

Cuida-se do Recurso Especial n. 434.433/MG, julgado pela Quarta Turma em 25/03/2003, relator ministro Aldir Passarinho Júnior (BRASIL, 2003).

A ementa assim apresentou a decisão:

> COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. CHEQUE. INVESTIGAÇÃO DA CAUSA DEBENDI. CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS, QUE O PERMITEM. LEI N. 7.357/85. EXEGESE. HONORÁRIOS. FIXAÇÃO EQÜITATIVA. CPC, ART. 20, § 4º. I. A autonomia do cheque não é absoluta, permitida, em certas circunstâncias especiais, como a prática de ilícito pelo vendedor de mercadoria não entregue, após fraude notória na praça, a investigação da causa subjacente e o esvaziamento do título pré-datado em poder de empresa de "factoring", que o recebeu por endosso. II. Honorários advocatícios já fixados em valor módico, não cabendo ainda maior redução. III. Recurso especial não conhecido.

No caso concreto, consta nos autos que Fonseca Factoring de Fomento Comercial Ltda., inconformada com a decisão do MM. Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte que nos autos dos embargos do devedor interposto por Sônia Gonçalves Martins julgou improcedente o pedido inicial considerado inexigível o título executado, vem apelar. Quer o apelante a reforma da decisão, pois o título executivo está em perfeita forma,

com todos os requisitos a ele inerentes; por terem as declarações cambiais autonomia; pela inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros. Por fim, pede a reforma da decisão quanto aos honorários fixados pelo sentenciante por estarem eles em desacordo com o art. 20, §§ 3º, a, b e c, e 4º do CPC. Quer a apelada em suas contrarrazões seja a decisão mantida.

O Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais negou provimento ao agravo de instrumento, decisão mantida mesmo após o julgamento dos aclaratórios opostos pela autora.

A recorrente interpôs Recurso Especial alegando, em síntese, que o cheque é hígido e autônomo, não sendo possível a discussão da *causa debendi* contra terceiro de boa-fé. Invocou ofensa aos arts. 13, 17, parágrafo 1º, e 25 da Lei n. 7.357/85, adicionando que não foram tomadas medidas suficientes pela emitente para evitar a circulação do título.

O Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior ponderou que inobstante algumas posições em contrário, o entendimento firmado é no sentido de que a autonomia do cheque não é absoluta. A sua higidez é presumida, porém admite-se, excepcionalmente, a discussão da relação jurídica subjacente, quando se possa extrair que a cártula advém de prática ilícita ou de obrigação ilegalmente contraída, desrespeito à ordem jurídica ou, ainda, se presente a má-fé do portador, citando precedentes.

Acrescentou que a empresa recorrente é uma sociedade de fomento mercantil, de sorte que, notadamente no desconto de cheques advindos de pessoas jurídicas, por endosso, tem conhecimento de que o título se acha vinculado a alguma obrigação assumida, em contrapartida, pela suposta credora e endossante, de sorte que a origem da dívida tem relação direta com o crédito que adquire.

No caso – relatou – a mercadoria não foi entregue, e a fraude chegou a ser matéria jornalística: venda de computadores a prazo alardeada em jornal, e efetivada mediante a emissão, pelo comprador, de vários cheques pré-datados. A empresa vendedora, após dois meses de maciça propaganda e negócios, fechou as portas e seus responsáveis desapareceram.

Considerou pertinente o fundamento empregado pelo aresto estadual, no sentido de utilizar, analogicamente, a sistemática da promissória vinculada a contrato, em que a *causa debendi*, o negócio subjacente, pode ser investigado e, conforme a circunstância, tem o condão de esvaziar o título de crédito, como na espécie em comento, por derivada de prática comercial ilícita e criminosa, que se estende aos cheques dela derivados.

O Recurso especial não foi conhecido, por unanimidade.

Sobre o assunto, Fábio Konder Comparato (1975, p. 391) invoca a possibilidade de

oponibilidade de exceções pessoais entre endossante e endossatário (direito pessoal do réu em relação ao autor), em sede de defesa de mérito em eventual ação de regresso, com base no art. 915[91] do Código Civil.

Noutra ocasião, o STJ entendeu que a faturizada responde pelo pagamento se não houver cláusula em sentido contrário presente no título (cláusula "sem garantia"). Trata-se do Resp n. 820.672/DF, julgado em 06/03/2008 pela Terceira Turma, de relatoria do ministro Humberto Gomes de Barros (BRASIL, 2008a), do qual se extrai a seguinte ementa:

> CHEQUE - ENDOSSO - FACTORING - RESPONSABILIDADE DA ENDOSSANTE-FATURIZADA PELO PAGAMENTO. - Salvo estipulação em contrário expressa na cártula, a endossante-faturizada garante o pagamento do cheque à endossatária-faturizadora (Lei do Cheque, Art. 21)

No caso concreto, Prover Fomento Mercantil Ltda. promoveu execução de cheques contra Genilza Alves de Oliveira e Marco Túlio de Oliveira – ME. A segunda executada opôs exceção de pré-executividade.

Após impugnação da exequente, o Juiz de Direito da Décima Sexta Vara Cível de Brasília acolheu a exceção e excluiu a excipiente da execução por ilegitimidade passiva. Após a interposição de agravo de instrumento, a Quarta Turma do TJDFT negou provimento ao agravo, nos seguintes termos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. FACTORING. LEGITIMIDADE PASSIVA. GARANTIA. I – O faturizado é ilegítimo para ocupar o pólo passivo da ação de execução ajuizada pela empresa de *factoring*, a qual responde pelos riscos inerentes à atividade que pratica. II – A assinatura do faturizado no verso do título significa cessão de crédito, onerosa e desvinculada do negócio jurídico originário, por isso não é garantia de pagamento do débito. III – Agravo conhecido, preliminar rejeitada e improvido.

A recorrente reclamou violação dos arts. 17, 18, 21 e 51 da Lei do Cheque e 914, 1º do Código Civil, e alegou que o o acórdão recorrido viola o princípio da literalidade dos títulos de crédito quando impede que o conteúdo do texto lançado nos cheques seja cumprido, e que a própria Lei do Cheque prevê a responsabilidade do endossante, e ainda que se a Lei do Cheque e demais leis reguladoras preveem a responsabilidade do Endossante, não pode ser

---

[91] Art. 915. O devedor, além das exceções fundadas nas relações pessoais que tiver com o portador, só poderá opor a este as exceções relativas à forma do título e ao seu conteúdo literal, à falsidade da própria assinatura, a defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição, e à falta de requisito necessário ao exercício necessário ao exercício da ação.

diferente quando a endossatária for uma empresa de faturização, caso contrário, o julgador estaria incorrendo em verdadeira discriminação em relação à atividade exercida por essas empresas.

No voto, o Relator Ministro Humberto Gomes de Barros considerou que tanto o Tribunal de Justiça, quanto o Juiz de primeira instância, louvaram-se na natureza do contrato de faturização. O fundamento principal foi de que se trata dum contrato de risco e, por isso, o faturizador não tem direito de regresso contra o faturizado.

Além disso, apontou que o cheque é regido por lei especial (Lei 7.357/85), o que afasta as disposições sobre títulos de crédito contidas no Código Civil de 2002 (CC/02, Art. 903). Quanto à garantia representada pelo endosso, o art. 21 da Lei do Cheque é claro: "Art. 21. Salvo estipulação em contrário, o endossante garante o pagamento". E que pouco importa se o endossatário do título for uma sociedade de fomento mercantil ou um banco ou uma pessoa física. Isso não diminui a garantia gerada pelo endosso, bastando a simples leitura da Lei para resolver a questão. Neste sentido, a lei é explícita, pois quem endossa garante o pagamento do cheque, quem quer que seja o endossatário, não fazendo a lei exclusões.

Deste modo, acrescenta que o endossatário somente se exime da garantia do pagamento do cheque se expressamente o fizer na cártula e que os princípios da cartularidade, literalidade, abstração e autonomia foram expressamente incorporados ao nosso Código Civil de 2002 como prova de que continuam presentes no sistema cambiário nacional.

No que toca o risco do negócio, o Relator Ministro Humberto Gomes de Barros considerou que

> Além disso, também cabe menção ao argumento de que o fomento mercantil é baseado num contrato de risco e, por isso, o faturizador não pode ter garantias do recebimento dos títulos comprados. Data vênia, a meu ver, esse argumento não vinga, porque, primeiramente, não há Lei que impute esse risco ao faturizador. Ao contrário, risco muito maior assume quem endossa um cheque, pois a Lei expressamente o coloca na condição de garante do pagamento do valor estampado na cártula. Quem compra título endossado coloca-se em situação até confortável, pois tem opções de cobrança. Corre risco quem endossa cheque, porque passa a figurar na condição de codevedor.
>
> Convém relembrar que, apesar de já existirem alguns projetos de lei em andamento no Congresso Nacional, o fomento mercantil não tem regulação jurídica própria em nosso País. Assim, sob o ponto de vista legal, as sociedades empresárias de fomento mercantil estão sujeitas aos mesmos direitos e obrigações que qualquer outra sociedade que explore outra atividade empresarial. Não há razão para distinção. Em suma: a exclusão da garantia do endosso às sociedades de fomento mercantil é incompatível com os princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa e da legalidade.
>
> Em que pesem as respeitáveis opiniões doutrinárias, em nosso sistema jurídico doutrina não revoga Lei. O secular e internacional instituto do endosso não pode ser

> abolido ou mitigado por construção doutrinária sem respaldo legal.
> Tenho percebido que a jurisprudência tem feito restrições cambiais à atividade de fomento mercantil. Com todo respeito, não entendo o porquê das limitações feitas a tal atividade empresarial, pois a Lei não as faz. Trata-se de negócio lícito, mesmo porque não é proibido. Tal atividade, inclusive, possibilita a sobrevivência de muitas micro e pequenas empresas mediante a negociação imediata de créditos que demorariam certo tempo para ingressarem no caixa das faturizadas-clientes caso não fosse a atividade empresarial das faturizadoras. É verdade que o faturizador compra o título de crédito com abatimento pelo valor de face, mas esse é justamente lucro perseguido nessa empresa (atividade), que não pode ser discriminada pelos Tribunais. Não se pode perder de vista que a livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil (CF, Art. 1º, IV) (2008, p. 4).

Em acréscimo, o Relator destacou que o raciocínio adotado na segunda instância abre margens a possíveis fraudes que podem ser realizadas contra os faturizadores, pois ao se negar ao faturizador o direito de regresso decorrente do endosso é possível que se esteja a chancelar uma fraude decorrente de possível conluio entre emitente do título e faturizado, dando calote na dívida. Assim, alguém pode sacar títulos frios em benefício do faturizado já com prévia intenção de frustrar-lhes o cumprimento. Deste modo, o faturizador, que pagou pelo título garantido pela segurança do endosso, fica frustrado por um entendimento jurisprudencial louvado em opiniões doutrinárias sem qualquer aparo legal.

Ainda na mesma linha argumentativa, o Relator destacou que

> O fato do cheque ter sido objeto de operação de *factoring* não desnatura o valor cambial do título ou lhe diminui a autonomia e abstração. Lembre-se que o *factoring* não possui regime jurídico próprio no direito pátrio. Não há delimitação jurídica dos efeitos de tal operação, que, na verdade, é feita à base de institutos jurídicos próprios. Assim, não podemos desconsiderar a eficácia duma relação cambial pelo simples fato de se ter ocorrido uma operação de *factoring*, que não possui qualquer efeito jurídico legal capaz de elidir a relação cambial.
> Na prática, em linhas muito simples, o fomento mercantil, na faceta abordada nesse caso, consiste na compra de títulos de crédito com um deságio sobre o valor de face da cártula. Essa compra acaba se perfazendo com uso de institutos jurídicos conhecidos, que possuem efeitos próprios. Vejamos algumas situações práticas: (...)
> (2) O faturizador recebe um título de crédito nominativo por endosso. Nessa situação, temos um instituto jurídico com efeitos cambiais próprios, que não podem ser afastados pela operação de *factoring*. Vale dizer: a eficácia da relação cambial decorrente do endosso não se abala pela operação de fomento mercantil, porque a realização de contrato entre faturizado e faturizador não afeta a eficácia do endosso passado no título de crédito. Aqui, por força da circulação do título por endosso, com maior razão só será viável a oposição de exceções pessoais que o sacador tenha contra o faturizador e não contra o beneficiário originário. Note-se que, inclusive, o faturizado pode, a depender do tipo de endosso (com ou sem garantia), excluir sua responsabilidade (LUG, Art. 15).
> No caso, a faturizada, ora recorrida, endossou em preto cheques à faturizadora, ora recorrente. Inclusive, o endosso é expresso a assumir responsabilidade por regresso. Consta expressamente no dorso da cártula:
> "Endosso plenamente, com os efeitos jurídicos de regresso cambial, o presente título de crédito extrajudicial à Prover Fomento Mercantil Ltda." (2008, p. 6)

Destacou ainda que a a atitude da faturizada beira à má-fé, porque endossou, garantindo expressamente o pagamento, e depois buscou excluir judicialmente sua responsabilidade contra a literal disposição do Art. 21 da Lei do Cheque, e que não houve apreço ao princípio da boa-fé objetiva.

Concluiu o voto entendendo que a posição adotada pelo Tribunal não possui apoio legal. Apesar das diversas citações doutrinárias, não houve menção a qualquer dispositivo de Lei que lastreasse a posição adotada pelo Tribunal *a* quo, e que a Lei tem solução contrária à posição assumida. Além disso, prossegue, o acórdão recorrido violou a própria literalidade da Lei, porque louvou-se apenas em opiniões doutrinárias e ignorou solenemente o texto da Lei do Cheque que trata explicitamente da questão em foco.

Ao recurso foi dado provimento por unanimidade.

2.6 A faturização sobre duplicatas

Outro aspecto do contrato de faturização, aludido acima, diz respeito à possibilidade de a cessão ter por objeto créditos representados em duplicatas.

O art. 25 da Lei n. 5.474/1968, que regula as duplicatas, dispõe que se aplicam às duplicatas, no que couber, os dispositivos da legislação sobre emissão, circulação e pagamento das letras de câmbio. Dessa forma deve-se buscar na Lei Uniforme de Genebra (LUG), supletivamente, a norma aplicável, guardadas as peculiaridades da emissão da duplicata, pois essa é a teleologia do dispositivo legal.

Fran Martins (2010, p. 428), como observado, vê óbice à transmissão de crédito representado por duplicatas porque o sacador (no caso, o faturizado) responderia cambiariamente perante o faturizador pelo art. 9º da Lei Uniforme de Genebra[92], pois ele não pode se eximir da garantia ao pagamento da duplicata, ainda que possa endossar sem garantia, com base no art. 15[93] da Lei Uniforme[94].

---

[92] Art. 9º. O sacador é garante tanto da aceitação como do pagamento de letra. O sacador pode exonerar-se da garantia da aceitação; toda e qualquer cláusula pela qual ele se exonera da garantia do pagamento considera-se como não escrita. (grifo nosso)

[93] Art. 15. O endossante, salvo cláusula em contrário, é garante tanto da aceitação como do pagamento da letra. O endossante pode proibir novo endosso, e, neste caso, não garante o pagamento às pessoas a quem a letra for posteriormente endossada.
Anteriormente, no regime do Dec. n. 2.044/1908, conhecido como Lei Saraiva, não era admitida a cláusula "sem garantia, por força do art. 44, n. IV.

Sugere o autor que, para regulamentação do contrato de faturização, é necessária a modificação do art. 2º da Lei das Duplicatas para permitir que outros títulos, que não a duplicata, possam servir de instrumento de cobrança das vendas a prazo, feitas com vendedor e comprador localizados em território nacional. Deste modo, o faturizado, por documento particular, transfere à faturizadora os créditos de seus clientes que sejam aceitos. O faturizador, não sendo o vendedor das mercadorias, não pode emitir duplicatas contra o terceiro comprador, mas se a lei fosse modificada, ele poderia sacar, por exemplo, uma letra de câmbio contra o comprador das mercadorias, resguardando-se a característica principal do contrato (segundo posição dominante), que é a isenção de responsabilidade do faturizado pelo pagamento do título.

Tal posicionamento do jurista se explica em razão da característica "essencial" para a doutrina do contrato de faturização no Brasil, qual seja, a de que o risco para o faturizador é elemento essencial do negócio, não se admitindo o direito de regresso deste em face do faturizado em caso de falta de pagamento dos créditos pelo devedor. Frise-se, contudo, que o art. 25 da Lei de Duplicatas, conforme comentário supra, afirma que se aplicam às duplicatas a legislação genebrina, "no que couber", de modo que nem tudo será aplicável, em especial do art. 9º da LUG, como se demonstrará no próximo capítulo.

Arnaldo Rizzardo (2004, p. 102), diante do impasse, discorda, afirmando que o fomento mercantil constitui uma figura jurídica própria, com estrutura e conteúdo peculiares, de modo que as partes podem pactuar livremente a ausência do direito de regresso do faturizador perante o faturizado, endossando duplicata sem garantia de pagamento. Eduardo de Sousa Carmo (1988, p. 59) também admite o endosso sem garantia da duplicata.

Marcelo Moraes Tavares (2012, p. 65) advoga a mitigação dos dispositivos cambiais, em favor do cumprimento de um contrato atípico que utilize o mecanismo do endosso, com regras próprias, não sendo admitido o direito de regresso do endossatário-faturizador contra o endossante-faturizado.

Antônio Carlos Donini (2002, p. 78) defende que somente quando restar convencido, por escrito, que o cedente faturizado ficará responsável pela solvência do devedor, o faturizado poderá utilizar-se do endosso nos termos dos artigos 9º e 15 da LUG, para voltar-se contra o endossante-faturizado em razão da natureza contratual civil da operação de

---

[94] O impasse também é apresentado por Carlos Alberto Bittar (1994, p. 195).

faturização[95]. Afirma que a transferência ocorre pela cessão de crédito, sendo o endosso utilizado como instrumento para a tradição dos títulos cambiais, que são o objeto da cessão.

Ao analisar a doutrina que enxerga óbice na utilização de duplicatas na atividade de faturização, percebe-se que há uma primeira posição, que defende a aplicação de uma figura jurídica distinta para a transmissão dos créditos, em razão da atipicidade do contrato, e uma segunda, que patrocina a prevalência da cessão de crédito sobre o endosso do título.

Marcelo Negri Soares (2010, p. 136) afirma que a duplicata, por ser título causal, não pode ser emitida nem endossada se não houver a emissão de nota fiscal com o canhoto de entrega da mercadoria ou serviço ou caso não exista, de forma inequívoca, a regularidade da operação mercantil. Além disso, o endosso não poderá ser passado se a duplicata for emitida "não à ordem", sendo válido apenas se o título possuir a cláusula "ou à sua ordem". Deste modo, a faturizadora é obrigada a, pelo menos, consultar o sacado para saber se ele aceitou o título de crédito ou não.

Segundo Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (2015, p. 54):

> O aceite é o ato cambiário acessório, formal, literal, unilateral e facultativo pelo qual o sacado (a pessoa indicada para acatar a ordem de pagamento) se obriga a efetuar o pagamento nas condições estabelecidas no título à data do vencimento, tornando-se obrigado principal e direto. O aceite está relacionado aos títulos de crédito representativos de ordens de pagamento em dinheiro a prazo, sendo descabido esse instituto nos títulos à vista, quando a apresentação se dá apenas para pagamento e dentro do prazo estabelecido pela lei especial. Ao contrário do saque, a falta ou recusa ao aceite não invalida o título; por ser declaração acessória, permanecem válidas as obrigações dos coobrigados ou do avalista do aceitante em razão do princípio da autonomia, ainda que o título não tenha sido transferido a terceiro.

Além disso, o aceite poderá ser reduzido ou limitado ao valor dos bens ou serviços efetivamente entregues. A recusa do aceite vale para efeitos de vencimento antecipado do título de crédito para a faturizada. Nesse caso, Marcelo Negri Soares (*Idem*) entende que a faturizadora deverá recusar a contratação do fomento mercantil, sob pena de poder opor exceção contra a faturizada, salvo se pedir o reembolso do valor que desembolsou, transmudando a relação de faturização em mútuo sem garantia, uma vez que os títulos devem ser cancelados imediatamente por quem os detiver (até mesmo a faturizadora) por vício insanável, sob as penas da lei, arcando ainda com as indenizações dos prejuízos experimentados por terceiros e pessoas indicadas como falsos sacados. O autor entende que os

[95] O raciocínio do autor se justifica no regime anterior, em que havia a dicotomia entre obrigações civis e comerciais.

títulos de crédito negociados no contrato de faturização não estão sujeitos à "cláusula não aceitável", pois toda vez que o título não for aceito pelo sacado-devedor não haverá vencimento antecipado deste, posto que não estará formado o título de crédito[96]. Neste caso, haverá a obrigação da faturizada em efetuar o retorno do capital com os encargos à faturizadora, os quais serão regulados pelo mútuo, não sendo exigível o deságio, visto que, segundo o autor, o acompanhamento da formatação do título de crédito pela faturizadora é da essência do contrato.

Antônio Carlos Donini (2002, p. 174) aponta que a duplicata vem sendo utilizada certas vezes de forma ardilosa por empresários que a emitem de forma ilícita, sem a causa subjacente e em conluio com o sacado, com a intenção de receber os valores antecipadamente junto à faturizadora. Afirma que mais de 70% dos problemas relacionados à concessão de crédito pelas faturizadoras está relacionado à emissão de duplicatas frias, de favor com o sacado, onde este, após receber a notificação, dá ciência e, pouco antes do vencimento do título, manifesta sua discordância com a cessão, alegando vício oculto ou outros motivos, como a devolução das mercadorias. Desta forma, conclui o autor que o maior risco do faturizador não é com a solvência do devedor-sacado, mas com a má-fé do faturizado.

De qualquer forma, como já estudado, quando fica comprovada a má-fé, a doutrina e a jurisprudência têm admitido o direito de regresso contra a faturizada, assim como nos casos previstos no art. 8º da Lei 5.474/1968[97].

2.7 A cessão de créditos provenientes de vendas a consumidores

Discute-se sobre a possibilidade de o contrato de faturização ter por objeto a cessão de crédito de vendas a consumidores. A questão se impõe diante da redação do art. 15, parágrafo 1º, inc. III, alínea d, da Lei n. 9.249/95[98]. Esse dispositivo afirma que incide o Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas em operações que envolvam "compras de direitos creditórios resultantes de *vendas mercantis* a prazo ou de prestação de serviços". Assim sendo, na época

---

[96] Com o devido respeito, entretanto, o certo é que a duplicata pode ser executada sem aceite.

[97] Art. 8º 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.

[98] Art. 15, 1º, III, d. Prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*). (grifo nosso)

da promulgação desta lei, anterior a vigência do Código Civil de 2002, uma interpretação sistemática com o Código Comercial – que disciplinava o contrato de compra e venda mercantil - excluiria das operações de fomento mercantil a venda a consumidores, permitindo a faturização provenientes somente de vendas a fornecedores.

Explica-se: somente era considerada mercantil a compra e venda de bens móveis ou semoventes, para os revender ao atacado (“a grosso”) ou a varejo (“a retalho”), na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso. Com a revogação expressa de toda a Parte Primeira do Código Comercial pelo art. 2.045 do Código Civil de 2002, desapareceu do ordenamento brasileiro o contrato de compra e venda mercantil, passando a compra e venda a ser regulada exclusivamente pelo Código Civil (arts. 481 a 532), sem estabelecer qualquer distinção entre compra e venda civil e mercantil. Com isso desapareceram as exigências contidas no ar. 191 do Código Comercial em relação à finalidade da aquisição do bem. Diante da inexistência de um conceito de “venda mercantil” na legislação brasileira pós Código Civil, qualquer tipo de venda seja a fornecedor (empresário ou não) ou a consumidor pode ser objeto de fomento mercantil, não cabendo a interpretação literal e restritiva do art. 15 da Lei n. 9.249/95.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 162) defende que os créditos titularizados pela sociedade empresária decorrentes de venda a consumidores possam ser faturizados.[99]

2.8 O caso especial do endosso de cheques pós-datados

A doutrina aponta que a pós-datação do cheque é um desvio de natureza do título, visto que o cheque representa ordem de pagamento à vista. Isso ocorre porque o cheque pós-datado é emitido para garantir promessa de pagamento, o que é função de outros títulos. Além disso, a Lei do Cheque, em seu art. 32, diz ser ineficaz, considerando não escrita, a inserção no título de ordem contrária ao pagamento à vista, devendo o banco sacado realizar o pagamento, não podendo negar a liquidação do título se houver fundos (COELHO, 2010, p. 452). Frise-se que a Lei a do Cheque, n. 7.357/1985, não regulou a existência dessa modalidade de cheque, embora parte da doutrina defenda ela encontra supedâneo no parágrafo

[99] No regime anterior à entrada em vigor do Código Civil de 2002, Antônio Carlos Donini (2002, p. 139) considerava que o crédito devia ser oriundo de operação mercantil.

único do art. 32.[100]

Não é demais lembrar ainda que muitos doutrinadores consideram que a natureza do cheque não é de título de crédito, enquanto outros entendem que o cheque é título de crédito impróprio, pois assume esse papel apenas quando é endossado. Por isso, diz-se que o cheque é título cambiário ou cambiariforme (THEODORO JÚNIOR, 1982, p. 263).

Acrescente-se que o cheque desviado de sua função econômica, mas sem vício quanto a seus requisitos formais, configura, à luz da doutrina ascarelliana, caso de título irregular, mas nunca caso de título nulo ou inválido. Outrossim, a função econômica do título é problema ligado em sua origem ao negócio subjacente, e não ao direito cartular, que se liga ao conteúdo formal do documento. Afirma Humberto Theodoro Júnior (*Idem*) que, segundo relato de Cunha Peixoto, em Genebra "a questão da validade do cheque pós-datado não foi posta em dúvida, surgindo discussão apenas sobre a época de sua apresentação. Logrou vitória a corrente que propugnava pela apresentação imediata".

O certo é que o cheque pós-datado não perde sua posição de ordem de pagamento, tampouco perde sua natureza executiva, permanecendo sua eficácia cambiária. (AUAD; GUILHEM, 2013, p. 38).

O cheque pós-datado tem origem em um acordo de vontades entre tomador e emitente. Caso o tomador apresente o cheque antes da data pactuada, há um descumprimento do acordo, podendo o emitente reclamar o ressarcimento dos danos sofridos, materiais e morais. Trata-se de prestígio dos princípios da probidade e da boa-fé objetiva entre as partes contratantes, nos termos do art. 422 do Código Civil.

O Superior Tribunal de Justiça em várias oportunidades nos últimos anos determinou que o descumprimento do prazo avençado gera dever de indenizar. Por exemplo, a 4ª Turma, no Recurso Especial n. 261.168/SP, julgado em 2001, sendo Relator o Min. Aldir Passarinho (BRASIL, 2001), consignou que "Civil e processual – Ação de indenização – Dano moral – Desconto de cheque em data anterior ao acordado – Inscrição no SERASA". Nesse julgamento, o acórdão do tribunal de origem, no mesmo sentido, consignara que

> Responsabilidade civil – Dano moral – Ilícito contratual caracterizado – Revendedora de automóveis que deposita cheque pré-datado recebido para apresentação em data futura determinada, antes da data avençada, ocasionando negativação do nome dos requerentes no Banco Central, SERASA e SPC – Indenização devida – Montante da indenização fixado em duas vezes e meia o valor

[100] O parágrafo único do art. 32 diz que "O cheque apresentado para pagamento antes do dia indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação".

do indigitado cheque, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto.

Em 2009, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado n. 370 de sua Súmula, nos seguintes termos: “caracteriza-se dano moral a apresentação antecipada do cheque pré-datado”.

O posicionamento sumulado surgiu a partir de evolução do tratamento conferido ao tema, pois por décadas o entendimento da doutrina e da jurisprudência era o de considerar a pós-datação negócio jurídico inexistente.

Contudo, recentemente, o STJ afirmou que deve haver algum prejuízo ao emitente, para que seja cabível a indenização (AgRg no AREsp n. 287762/MG, 27/06/2016).

Apesar de ser consagrado há anos pela doutrina e pela jurisprudência, abre-se aqui um parêntese para manifestação de certo desconforto com essa prática de emissão de cheques pós-datados (ou pré-datados), pois não se compatibiliza com a natureza do título, que representa ordem de pagamento à vista. No mínimo, faz-se necessária a regulamentação legal da prática, com a alteração da Lei do Cheque.

Noticia-se que na Argentina e no Uruguai a legislação prevê a existência do cheque pós-datado (AUAD; GHILHEM, 2013, p. 39)

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 7.308/2010, que regulamenta o cheque pós-datado, prevendo que o cheque poderá ser pago na data indicada como vencimento. O Projeto prevê que o cheque apresentado antes da data assinalada seja devolvido pela instituição financeira e o beneficiário fica sujeito à multa de até três vezes o valor do cheque, em caso de dolo ou má-fé.

O STJ, no julgamento do Recurso Especial, n. 620.618, julgado em 2005, teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que o prazo prescricional do cheque pós-datado começa a correr, se não houver apresentação anterior, a partir de trinta dias da data consignada para cobrança.

O art. 170 do Código Civil de 2002 consagrou a admissibilidade do fenômeno jurídico da conversão substancial, ao afirmar que o fim a que visavam as partes permite supor que teriam querido o negócio jurídico sucedâneo envolvendo a emissão do cheque, presentes os requisitos do negócio sucedido (RESTIFFE NETO; RESTIFFE, 2012, p. 56).

Destarte, como mecanismo de concessão de crédito aos consumidores, o cheque pós-datado passou a ser objeto de transferência em operações de desconto bancário e de fomento mercantil.

Dentro da perspectiva original, de ordem de pagamento à vista, o cheque não poderia ser objeto de operações de fomento mercantil. Contudo, a prática comercial já está consagrada, cabendo ao operador do direito adequá-la ao ordenamento.

Encontra-se na doutrina a distinção entre a apresentação do cheque para fins de liquidação e para fins de desconto (COELHO, 2010, p. 455). Explica-se: na primeira hipótese, o cheque é apresentado para a satisfação do pagamento. Entende-se que nesse caso há descumprimento do acordo de pós-datação do cheque entre emitente e tomador. Por outro lado, na segunda hipótese, o cheque é apresentado apenas para fins de desconto junto à instituição financeira, sem realização do pagamento, o que não viola o acordo de pós-datação. Ainda nessa segunda hipótese, somente haveria descumprimento do acordo se o cheque descontado for liquidado antes da data assinalada no título. Entende-se que o banco neste último caso seria o responsável pela má prestação dos serviços bancários.

Transpondo o raciocínio para o contrato de fomento mercantil, a sociedade de fomento/endossatária não pode levar à liquidação o cheque pós-datado antes da data pactuada entre o emitente/devedor do título e o tomador/pessoa fomentada.

Se o mesmo raciocínio acima for válido, somente há descumprimento do acordo de pós-datação se o cheque for levado à liquidação antes do prazo. Não ocorre descumprimento se o título for apenas transferido por ocasião da celebração do contrato de fomento mercantil entre o tomador do cheque e a sociedade de fomento.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 612.423/DF, de Relatoria da Min. Nancy Andrighi (BRASIL, 2006), julgado em 2006, analisou especificamente o endosso de cheques pós-datados em contratos de fomento mercantil. Eis a ementa:

> Processual Civil. Comercial. Recurso especial. Execução. Cheques pós-datados. Repasse à empresa de *factoring*. Negócio subjacente. Discussão. Possibilidade, em hipóteses excepcionais.
> - A emissão de cheque pós-datado, popularmente conhecido como cheque pré-datado, não o desnatura como título de crédito, e traz como única conseqüência a ampliação do prazo de apresentação.
> - Da autonomia e da independência emana a regra de que o cheque não se vincula ao negócio jurídico que lhe deu origem, pois o possuidor de boa-fé não pode ser restringido em virtude das relações entre anteriores possuidores e o emitente.
> - Comprovada, todavia, a ciência, pelo terceiro adquirente, sobre a mácula no negócio jurídico que deu origem à emissão do cheque, as exceções pessoais do devedor passam a ser oponíveis ao portador, ainda que se trate de empresa de *factoring*.
> - Nessa hipótese, os prejuízos decorrentes da impossibilidade de cobrança do crédito, pela faturizadora, do emitente do cheque, devem ser discutidos em ação própria, a

ser proposta em face do faturizado.
Recurso especial não conhecido.

O recurso especial foi impetrado por sociedade de fomento mercantil em ação de embargos à execução, interpostos por um consumidor em face da sociedade de fomento, com o escopo de declaração de nulidade de dois cheques pós-datados emitidos pelo consumidor.

A origem dos cheques está na contratação, pelo recorrido, da fabricação e entrega de móveis de uma determinada empresa. O pagamento dos móveis havia sido ajustado em cinco parcelas, com a emissão de cinco cheques pós-datados.

A empresa fabricante de móveis não entregou ao consumidor os móveis adquiridos, já tendo sido descontados os três primeiros cheques. Os dois cheques restantes foram sustados pelo consumidor.

O consumidor e a fabricante de móveis chegaram a um acordo no Procon, resilindo o contrato. Ocorreu, porém, que a fabricante de móveis havia endossado os cheques à sociedade de fomento mercantil/recorrente. Esta, notificou o consumidor/recorrido para que pagasse o valor consignado nos dois últimos cheques sustados.

O fundamento da sociedade de faturização foi de que, na condição de terceiro de boa-fé, não poderia ficar vinculada às exceções pessoais que teria o consumidor/emitente do cheque contra a fabricante de móveis contratada. Uma vez que o título de crédito entrou em circulação deveria ocorrer a inoponibilidade de exceções pessoais ao terceiro de boa-fé.

O consumidor dirigiu-se novamente ao Procon para solucionar o problema. Novo acordo foi firmado, pelo qual a fabricante de móveis se responsabilizou pelo pagamento dos títulos em aberto. Todavia, o acordo não foi cumprido e a sociedade de fomento mercantil ingressou com ação de execução em face do consumidor, cujos embargos deram origem ao recurso especial.

A alegação do consumidor/recorrido nos embargos foi a de que a emissão de cheques para a garantia de um contrato retiraria a natureza de ordem de pagamento à vista desses títulos. A sociedade de fomento alegou que os cheques mantêm suas características originais, em que pese fossem pós-datados, e que quaisquer exceções não poderiam ser opostas a ela, na qualidade de portadora de boa fé dos títulos.

A sentença julgou procedente os embargos do devedor, sob o fundamento de que a pós-datação dos cheques lhes retira a característica de ordem de pagamento à vista. Em segundo lugar, sob o fundamento de que a sociedade de fomento tinha conhecimento do

inadimplemento do contrato pela fabricante de móveis, tendo se comprometido a devolver ao consumidor os dois últimos cheques. Ainda, sustentou que, sendo o contrato de compra de móveis regulado pelo Código de Defesa do Consumidor, o rigor da Lei n. 7.357/1985 deveria ser abrandado.

O acórdão negou provimento à apelação interposta pela sociedade de fomento mercantil, nos seguintes termos:

> EMBARGOS À EXECUÇÃO – TÍTULO EXTRAJUDICIAL – CHEQUES – ENTREGA DA MERCADORIA – INOCORRÊNCIA – NEGOCIAÇÃO DOS TÍTULOS – FACTORING – DECLARADA NULA A EXECUÇÃO – INCERTEZA DOS TÍTULOS – APELO IMPROVIDO – MAIORIA. Em se tratando de cheques pré-datados, não são eles hábeis a instruírem o Processo de Execução por Título Extrajudicial, por representarem, não uma ordem de pagamento à vista, mas mera promessa de pagamento, equiparáveis às Notas Promissórias e Duplicatas, representando, apenas, começo de prova escrita, podendo prestar-se à propositura de Ação Monitória ou de Conhecimento.

Interpostos embargos infringentes, os mesmos foram improvidos nos seguintes termos

> EMBARGOS INFRINGENTES – CHEQUE PRÉ-DATADO – PROMESSA DE PAGAMENTO A PRAZO – AQUISIÇÃO DE MERCADORIA NÃO ENTREGUE – REPASSE DO TÍTULO PARA EMPRESA DE FACTORING – CARACTERÍSTICA DIVERSA DA MERA CIRCULAÇÃO DA CÁRTULA – RISCO POR CONTA DA FATURIZADORA. 1. O repasse de cheques pré-datados pelo comerciante a uma empresa de faturização assume características diversas da mera circulação da cártula, pois, nesses casos, esta não foi simplesmente colocada no mercado, mas transferida diretamente do beneficiário original para o seu agente de *factoring*, que comprou o crédito nele consignado por um valor menor do que o efetivamente expresso, assumindo, em contrapartida, o risco pelo seu inadimplemento. 2. Embargos improvidos, por maioria.

O recurso especial foi interposto alegando violação da Lei do Cheque, pois sendo título de crédito, a relação cambiária é autônoma em relação ao negócio subjacente.

O voto analisou se o emitente do cheque pode opor a uma sociedade de fomento as exceções pessoais que teria contra o primeiro beneficiário do título, com fulcro no art. 25 da Lei do Cheque.[101]

Afirma a Relatora que o STJ consolidou entendimento de que o cheque pós-datado mantém todas as mesmas características cambiais, não se convertendo em nota promissória ou outro título. A única consequência jurídica da pós-datação é a postergação do prazo para

[101] "Art. 25. Quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor."

apresentação da cártula para pagamento.

Além disso, o contrato de faturização não se resume à transferência dos créditos. Bem mais, envolve a prestação de serviços de assessoria creditícia, gestão de crédito, seleção de riscos etc. É fundamental um envolvimento entre as partes do contrato de fomento mercantil, não sendo razoável cogitar o completo desconhecimento pela sociedade de fomento, da situação de inadimplemento da sociedade fomentada/fabricante de móveis. Em suma, não há no fomento mercantil simples compra de títulos, mas de créditos.

Assim sendo, segundo a Relatora, a inexistência dos créditos endossados é oponível à sociedade de fomento. Ressalta que a sociedade de fomento tinha conhecimento da situação de inadimplência contratual da fabricante de móveis, o que configuraria má-fé da sociedade de fomento, por negligência em buscar maiores informações antes de receber os títulos.

Assinala o voto que o contrato de faturização tem por característica essencial a assunção dos riscos pela sociedade de fomento mercantil em caso de inadimplemento do devedor, o que, todavia, comporta exceções. Não pode a sociedade de fomento cobrar o cheque do consumidor, no caso, devendo resolver a questão com base na relação jurídica que mantém com a sociedade fomentada/fabricante de móveis, exercendo direito de regresso.

No voto-vista, sendo vencido, o Min. Humberto de Barros consignou que não houve no caso concreto endosso do cheque propriamente, mas sim que o cheque foi emitido ao portador e repassado por mera tradição para a sociedade de fomento pelo contrato celebrado.

Acrescenta que a circulação do cheque ao portador por operação de fomento mercantil não lhe retira a força cambial contra o sacador, sendo as exceções pessoais relativas ao beneficiário inicial inoponíveis ao terceiro de boa-fé que recebeu o título de crédito, ainda mais em caso de haver endosso.

Além disso, segundo o voto vencido, quem emite cheque pratica ato jurídico severamente comprometedor, pois expede ao banco ordem de pagamento ao beneficiário do título, sendo essa ordem autônoma e independente da relação subjacente, valendo o título simplesmente por existir. Tal rigor cambial decorre dos princípios da abstração, autonomia, literalidade e cartularidade. Sendo sacado ao portador, qualquer pessoa que detenha a cártula está autorizada a exercer o direito de crédito, independente do motivo da possa da cártula.

O título vale, desprezando as relações causais de sua origem. O contrato de faturização, para o Ministro, não desnatura o valor cambial ou diminui a autonomia e abstração.

Assim sendo, a flexibilização acentuada dos princípios cambiários contraria a finalidade da existência dos instrumentos cambiais, destinados à segurança, confiança, estabilidade e dinâmica do comércio. Caso contrário, quem recebesse um título deveria sempre demonstrar a realização da relação subjacente para o exercício do direito de crédito.

O voto vencido assinala ainda que a operação de fomento mercantil pode ser resolvida à luz das regras jurídicas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, aplicando as normas pertinentes à forma pela qual a operação de compra do título foi realizada. Explica-se: se a transferência ocorreu por endosso ou por mera tradição de título ao portador, não é cabível a oposição de exceções pessoais. Porém se a transferência se deu por cessão civil de créditos, as exceções são cabíveis.

Em voto-vista, o Ministro Castro Filho consignou que a execução do título se deu de forma temerária, pois a exequente havia estabelecido acordo visando a devolução dos cheques, o que afasta a boa-fé da exequente, justificando o cabimento de oposição de exceção pessoal ao pagamento dos títulos.

2.9 A ausência de regulamentação do contrato no Brasil: tentativa de positivação pelos Projetos de Código Comercial

No Brasil, o contrato de fomento mercantil carece de disciplina legal. Não há lei especial que o discipline. Tampouco o Código Civil, promulgado em 2002 e com vigência a partir de 10 de janeiro de 2003, tem previsão sobre essa modalidade contratual, perdendo o legislador nessa ocasião boa oportunidade de regulá-lo.

Não obstante, o contrato de fomento mercantil encontra autorização no art. 425 do diploma civil[102], sendo considerado contrato atípico. Portanto, as partes devem observar as disposições do Código e a celebração do contrato deve orientar-se pelas mesmas regras, notadamente em sua Parte Geral (v.g. os elementos de validade do negócio jurídico), e também no Livro do Direito das Obrigações (ex. disposições gerais sobre os contratos). A solução não é tão simples assim, pois o operador do direito terá o trabalho de interpretar todos esses dispositivos, observando o que é aplicável ao contrato de faturização. Essa ausência de regulamentação é fator de insegurança jurídica, o que eleva sobremaneira o risco do negócio.

Para Fran Martins, como visto na seção 2.6, a dificuldade de regulamentação no Brasil

[102] Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

reside no fato de que a Lei n. 5.474/1968, em seu art. 2º, exige a extração de duplicata para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador, não se admitindo outra espécie de título para documentar a operação. Trata-se de título de crédito causal, genuinamente brasileiro, representativo de ordem de pagamento em dinheiro à vista ou a prazo.

Ocorre que, no que diz respeito à circulação da duplicata, a Lei n. 5.474/1968 em seu art. 25 manda aplicar, *no que couber*, as disposições da legislação sobre a emissão, circulação e pagamento da letra de câmbio. Segundo o art. 14 da Lei Uniforme de Genebra, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 57.663/1966, o endossante é garante tanto da aceitação como do *pagamento* do título. A Lei Uniforme admite no art. 15 o chamado *endosso sem garantia*, em que o *endossante* não responde pela aceitação e pelo pagamento. Dessa forma, a adoção da cláusula sem garantia seria a adequada para a cessão de crédito no contrato de faturização, pois segundo o mesmo doutrinador, a característica essencial do contrato é a de não responder o faturizado pela solvência do devedor, conforme será visto a seguir (MARTINS, 2010, p, 474).

Em que pese a possibilidade de aposição da cláusula sem garantia no endosso, Fran Martins explica que na duplicata o vendedor/faturizado é ao mesmo tempo o emitente e o tomador/beneficiário do título, pois a dívida deve ser paga a ele ou à sua ordem. Se, como beneficiário, o faturizado pode eximir-se do pagamento, pelo endosso com cláusula “sem garantia”, como emitente não pode se eximir do pagamento, nos termos do art. 9º, alínea 2ª, da Lei Uniforme de Genebra. Essa vedação de o faturizado/emitente da duplicata eximir-se da garantia do pagamento na Lei Uniforme esbarra na característica do contrato no Brasil, que é justamente a de o faturizado não responder pelo crédito, cabendo ao faturizador assumir os riscos. Fran Martins sugere então a alteração do art. 2º da Lei das Duplicatas para permitir a emissão de outros títulos para a cobrança de vendas a prazo, como a própria letra de câmbio, em que o faturizado não acumularia as figuras de emitente e beneficiário, desde que a letra não fosse sacada à própria ordem (*Idem*).

Os dois projetos de Código Comercial em tramitação no Congresso do Brasil pretendem regulamentar a faturização, sob a denominação “fomento comercial”.

O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 1.572/2011, em versão substitutiva apresentada em 14/06/2016, trata do assunto em seus arts. 363 a 366.

O art. 363 apresenta a definição do contrato:

> O fomento comercial consiste na aquisição total ou parcial, a título oneroso, de créditos decorrentes de atividades empresariais e possui as seguintes características:
> I - são partes, no contrato de fomento comercial: fomentador, fomentado e eventuais responsáveis solidários;
> II - Fomentador é sociedade regularmente constituída, com objeto social exclusivo e específico;
> III – Fomentado é sociedade regularmente constituída ou empresário individual; […]

O *caput* do artigo é claro ao afirmar que a aquisição dos créditos pode ser parcial. Deste modo, o fomentado pode num eventual contrato ceder apenas parte dos créditos a que tem direito.

O inciso II não prevê a existência de faturizador pessoa física, apenas permitindo a constituição de sociedades de fomento que tenham objeto social exclusivo e específico; já no inciso III fica patente que o "fomentado" pode ser sociedade simples, rejeitando o entendimento da doutrina, anteriormente exposto, que o contrato somente poderia ser celebrado entre empresários.

O parágrafo 1º do art. 363 trata do fomento comercial lastreado em títulos de crédito: "Na operação de fomento comercial lastreada em títulos de crédito, a cessão será efetuada por endosso em preto e sujeita-se às normas do Direito Cambial, a menos que haja disposição expressa em sentido diverso". Como regra geral, aplicam-se as regras do direito cambial, com a possibilidade de endosso sem garantia. Podem as partes, no entanto, estipular que a transferência dos créditos representados em títulos de crédito se opere como uma cessão civil, aplicando-se as normas do Código Civil quanto a forma e efeitos da cessão.

Por sua vez, o parágrafo 3º exige que o fomentador preste ao fomentado ao menos uma das atividades que lista:

> O fomentador exercerá, em favor do fomentado, uma ou mais das seguintes atividades:
> I – cobrança dos valores a receber em decorrência da transferência de crédito;
> II – acompanhamento de processo produtivo ou mercadológico;
> III – acompanhamento de contas a receber e a pagar;
> IV – seleção e avaliação de clientes, devedores ou fornecedores; e
> V – outras atividades, desde que relacionadas à aquisição de direitos creditórios.

O art. 364 afirma que a aquisição dos direitos creditórios deve ocorrer à vista, o que a princípio vedaria a existência do *maturity factoring*: "Pelo contrato de fomento comercial, ocorre a aquisição à vista, total ou parcial, pelo fomentador, de direitos creditórios do fomentado".

A mais importante inovação pretendida está presente no art. 365, que retira o caráter essencial da assunção dos riscos da operação pelo fomentador, podendo o fomentado responder pelo inadimplemento do devedor, desde que haja previsão contratual: "O fomentado responde pela existência, legitimidade e legalidade do crédito cedido, pela veracidade das informações prestadas ao fomentador, pelos vícios do título ou da obrigação e, se contratualmente previsto, pelo inadimplemento do devedor." Caso o dispositivo futuramente entre em vigor, a característica essencial da faturização no Brasil ficaria relativizada e certamente deverá implicar em alteração no posicionamento atual da jurisprudência.

O Projeto estabelece, por fim, a possibilidade de constituição de câmara de liquidação de títulos, sob a forma de associação sem fins lucrativos (art. 366).[103]

O Projeto de Lei do Senado n. 487/2013 regula o fomento comercial nos arts. 554 a 560. Em síntese, apresenta as mesmas orientações do Projeto da Câmara dos Deputados, inclusive a possibilidade de o faturizado responder pela solvência do devedor (art. 556).[104]

Cabe ainda mencionar que o Projeto de Lei n. 3615/2000, de autoria do Dep. João Hermann (PPS/SP), em tramitação na Câmara dos Deputados, pretende regular o fomento mercantil de exportações. Conforme a última consulta realizada, esse último projeto encontra-se aguardando deliberação de recurso na Mesa Diretora.

---

[103] Art. 366. As sociedades de fomento comercial poderão constituir câmara de liquidação de títulos, sob a forma de associação civil sem fins lucrativos.
§ 1º. O custo das operações da câmara de liquidação de títulos não compõe o fator geral de deságio de que trata este capítulo e pode ser repassado ao fomentador.
§ 2º. O funcionamento da câmara de liquidação de títulos obedecerá ao disposto na Lei nº 12.010, de 15 de maio de 2013, sobre depósito centralizado de ativos financeiros e de valores mobiliários, sem prejuízo da aplicação deste Código.
§ 3º. Depositado em câmara de liquidação de títulos, o devedor será notificado para que pague a obrigação cedida à câmara.
§ 4º. A câmara de liquidação de títulos dará quitação ao devedor e, na forma do seu regulamento, repassará o devido ao fomentador.
§ 5º. O devedor não poderá se recusar a pagar à câmara de liquidação de títulos a obrigação cedida à sociedade de fomento comercial, sob a alegação de que estabeleceu condição diversa com o credor originário.
§ 6º É ineficaz perante o fomentador o pagamento, feito pelo devedor diretamente ao fomentado, nos casos em que o título estiver depositado na câmara de liquidação.

[104] Art. 556. O faturizado responde pela existência do crédito, pela veracidade das informações prestadas ao faturizador, pela legitimidade e legalidade do crédito cedido, por vícios e, quando contratualmente previsto, pelo inadimplemento do devedor.

3 O RISCO NA ATIVIDADE DE FATURIZAÇÃO. A QUESTÃO DA ASSUNÇÃO DO RISCO DO INADIMPLEMENTO DO DEVEDOR PELA FATURIZADA E O EXERCÍCIO DO DIREITO DE REGRESSO

A atividade comercial apresenta riscos, que são inerentes às incertezas quanto aos acontecimentos futuros. O estudo prévio dos riscos de uma atividade mercantil sem dúvida representa um fator determinante para o sucesso de um empreendimento. Uma projeção inadequada das ações pode levar à solução de continuidade da empresa.

Neste capítulo será analisada mais especificamente a questão do risco na atividade de faturização, bem como o cabimento do direito de regresso do faturizador contra o faturizado, expondo uma proposta de sistematização. Ao final apresenta-se uma classificação do contrato de faturização tomando por critérios o direito de regresso e o adiantamento de recursos.

3.1 A proibição da assunção dos riscos pela faturizada: uma construção tautológica

Ao realizar a pesquisa para a produção da dissertação, identifica-se que boa parte da doutrina e da jurisprudência manifesta uma linha de raciocínio com tautologia, ao afirmar que a atividade de faturização é uma atividade de risco, ou que o risco é inerente ao contrato, e que, portanto, o risco do negócio deve recair sobre o faturizador, pois o risco é elemento essencial do negócio. Ou seja, expressa-se a mesma ideia de formas diferentes, o mesmo argumento é utilizado para definir a atividade e justificar a obrigatoriedade da alocação dos riscos da atividade sobre o faturizador.

Veja, para fins de ilustração, a posição adotada por Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 163-164), seguida por vários autores, conforme exposição das correntes doutrinárias feita na seção 3.2:

> Pelo contrato de fomento mercantil, um dos contratantes (faturizador) presta ao empresário (faturizado) o serviço de administração do crédito, garantindo o pagamento das faturas por este emitidas. A faturizadora assume, também, as seguintes obrigações: a) gerir os créditos do faturizado, procedendo ao controle dos vencimentos, providenciando os avisos e protestos assecuratórios do direito creditício, bem como cobrando os devedores das faturas; b) assumir os riscos do inadimplemento dos devedores; c) garantir o pagamento das faturas objeto de faturização. Há duas modalidades de fomento mercantil. De um lado, o conventional *factoring*, em que a faturizadora garante o pagamento das faturas antecipando o seu valor ao faturizado. Essa primeira modalidade compreende três elementos: serviços de administração do crédito, seguro e financiamento. De outro lado, o *maturity*

> *factoring*, no qual a faturizadora paga o valor das faturas ao faturizado apenas no vencimento, modalidade em que estão presentes a prestação de serviços de administração do crédito e o seguro, mas ausente o financiamento.
> A natureza bancária do *conventional factoring* é indiscutível, à vista da antecipação pela faturizadora do crédito concedido pelo faturizado a terceiros, que representa inequívoca operação de intermediação creditícia abrangida pelo art. 17 da LRB. Já em relação ao *maturity factoring*, em razão da inexistência do financiamento, poderia existir alguma dúvida quanto ao seu caráter bancário. Ensina Newton de Lucca, no entanto, que, havendo da parte da faturizadora a assunção dos riscos pelo inadimplemento das faturas objeto do contrato, a faturização se revestirá, também nesse caso, de nítida natureza bancária (1986). [...]
> O contrato bancário assemelhado ao fomento mercantil é, sem dúvida, o desconto. A principal diferença está no direito de regresso, na hipótese de inadimplemento pelo terceiro devedor, que não existe na faturização, mas está presente no desconto. De fato, enquanto a faturizadora garante o recebimento do valor faturizado, mesmo que inadimplente ou insolvente o devedor, o banco descontador não fornece essa garantia. Se, no vencimento, o devedor (consumidor ou adquirente) não realiza o pagamento, o banco pode cobrar o devido, em regresso, do cliente descontário, mas a faturizdora não tem nenhum direito contra o faturizado.

Colaciona-se também, por exemplo, o trecho do julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, apresentado na seção 3.2, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze (BRASIL, 2016):

> A faturizadora não tem direito de regresso contra a faturizada sob alegação de inadimplemento dos títulos transferidos, porque esse risco é da essência do contrato de *factoring*. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 671.067/PR. Relator Ministro Marco A. Bellizze. Julgamento em 23/02/2016).

Parece que o entendimento de que não pode haver direito de regresso no contrato de faturização ingressou na doutrina brasileira por influência da prática da atividade de *factoring* nos EUA, em que não há de fato esse direito. Mas se trata de um costume comercial apenas, motivado por fatores históricos. Exemplo desse raciocínio encontra-se na obra de Fran Martins (2010, p. 427), um dos primeiros autores brasileiros a tratar do tema no Brasil. Afirma o autor que nos EUA, o contrato de *factoring*

> passou a ser considerado como uma operação em que um empresário, *factor*, adquiria os créditos de um outro empresário, responsabilizando-se pela cobrança dos mesmos, **sem direito de regresso contra o cedente**, mediante o pagamento de uma certa comissão. **Não sendo usado na América o desconto bancário, as empresas de *factoring* exercem uma atividade parabancária**; vários bancos, como o First National de Boston, possuem departamentos especializados para operar em *factoring*, o que fazem não apenas nos Estados Unidos, mas igualmente na Europa [*grifo* nosso].

Não obstante, deve se levar em consideração que o contrato não pode ser

simplesmente transposto para o ordenamento brasileiro sem discernir sobre as diferenças entre os ordenamentos jurídicos e os costumes comerciais de cada país.

3.2 A imposição da assunção dos riscos pela faturizadora como mecanismo de retirada dessas sociedades do regime jurídico das instituições financeiras: desnecessidade

Por meio da Circular n. 703/1982, o Banco Central do Brasil considerou que a atividade de faturização apresentava, "na maioria dos casos, características e particularidades daquelas privativas das instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central". Assim, a atividade de faturização ficava impedida até que o Conselho Monetário Nacional regulamentasse essa atividade.

Sobre o assunto, ponderou Fran Martins (2010, p. 428) que:

> Logo após a Circular nº 703, de 16.06.1982, explicitamos o nosso pensamento a respeito e mantivemos orientação diversa da do Banco Central, pois não consideramos as empresas de faturização com características próprias das instituições financeiras de que trata o art. 17 da Lei n° 4.595, de 31.12.1964 (Lei da Reforma Bancária), apesar desse inciso legal se referir a empresas que tenham por atividade principal 'a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios'. 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 a 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*. Daí não serem, na França, as empresas de faturização consideradas instituições financeiras (grifo no original).

Em 1988, por meio da Circular n. 1.359, o Banco Central revogou a Circular n. 703, e desde então a atividade de faturização independe de autorização, por não estar enquadrada em atividade privativa de instituição financeira.

É justamente nesse contexto que entra a questão da assunção dos riscos do negócio. Segundo o pensamento martiniano, distingui-se a atividade de faturização da atividade privativa de instituição financeira, pois as sociedades de fomento mercantil realizariam operações de risco.

A questão sobre o regime jurídico das sociedades de fomento vai além da interpretação do art. 17 da Lei n. 4.595/1964[105]. Expôs-se no item 3.1 que há diversos posicionamentos

[105] 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

sobre esse dispositivo, cada qual levando a consequências opostas. Defende-se para alguns que a sociedade de fomento pratica atividade financeira, pois realiza verdadeiro empréstimo de recursos. Para outros, não há atividade financeira, pois a sociedade de fomento aplica recursos próprios.

Pela interpretação do texto positivo, pode-se adotar uma interpretação mais literal, e assim, tendo em vista a conjunção empregada no texto, bastaria uma das três atividades para a entidade ser considerada uma instituição financeira.

Por outro lado, segundo uma interpretação mais liberal, somente fica configurada a atividade financeira se estiverem presentes as três atividades cumulativamente – coleta, intermediação e aplicação.

Essa última corrente, que também é mais criativa, encontra sérios obstáculos no texto da lei. Isto porque o texto menciona "aplicação de recursos próprios ou de terceiros", ou seja, incluiria também a pessoa que investe recursos próprios. Se assim não fosse, seria despiciendo incluir no texto a menção a aplicação de recursos próprios, visto que apenas quem aplica recursos de terceiros faz coleta e intermediação. Em que pese as críticas doutrinárias acerca desse texto legal na ocasião de sua promulgação, por deficiências técnicas do legislador, o certo é que a lei não tem palavras supérfluas.

Interessante notar que a Lei n. 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, sofreu veto parcial, quando ainda era permitido, no que se refere à expressão "próprios", na definição de instituição financeira[106]. De qualquer forma, esta lei tem por finalidade a persecução penal, e a Lei n. 4.595/1964 continua em vigor.

Entretanto, tendo em vista o corte metodológico da dissertação, não é propósito do presente trabalho propor uma solução para a questão, nem defender determinado ponto de

---

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 [grifos nossos].

[106] 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.
Nas razões do veto, o Presidente da República afirmou que "No art. 1º, a expressão 'próprios ou', porque é demasiado abrangente, atingindo o mero investidor individual, o que obviamente não é o propósito do legislador. Na aplicação de recursos próprios, se prejuízo houver, não será para a coletividade, nem para o sistema financeiro; no caso de usura, a legislação vigente já apena de forma adequada quem a praticar. Por outro lado, o art. 16 do Projeto alcança as demais hipóteses possíveis, ao punir quem operar instituição financeira sem a devida autorização.

vista, se a faturizadora pratica ou não atividade financeira. Parece que o problema de saber se a sociedade de fomento é ou não uma instituição financeira é mais político do que jurídico.

Assim, entende-se que cabe ao Poder Legislativo determinar o regime jurídico das sociedades de fomento.

Como visto na Seção 2.1, o Projeto de Lei Complementar n. 112/2007, em tramitação na Câmara dos Deputados, pretende equiparar as sociedades de fomento mercantil às instituições financeiras.

Destacou-se também que os Projetos de Lei Complementar n. 108/2000 e 21/2003, e os Projetos de Lei n. 995/1991 e 3181/1992, ambos de autoria do Dep. Jackson Pereira (PSDB/CE), pretendiam o mesmo objetivo, mas foram arquivados.

Nestas ocasiões, o Legislativo entendeu por bem que esses Projetos não fossem aprovados, de modo que a atividade de faturização continua sem dúvida aberta a qualquer sociedade empresária ou empresário individual em situação regular, independentemente de autorização do Banco Central.

Tendo o Legislativo assim procedido, entende-se que não há maiores problemas, quer para o sistema financeiro nacional, quer para as faturizadoras.

Obviamente, há interesse de diferentes grupos de pressão para incluir ou excluir as sociedades de fomento na categoria de instituição financeira, aspecto que também não é jurídico.

O que guarda pertinência com o tema do trabalho é a questão de saber se é a característica da assunção dos riscos pela sociedade de fomento o fator que retira as sociedades de fomento da categoria de instituição financeira.

A resposta deve ser negativa, primeiro, por não ter embasamento legal a obrigatoriedade da assunção dos riscos pela sociedade de fomento, e, segundo, nada impede que uma instituição financeira assuma os riscos de determinada operação, como no desconto a *forfait*. Além do mais, a Lei n. 4.595/1964 não leva em consideração esse elemento, seja para incluir ou excluir a pessoa da categoria de instituição financeira.

A posição da doutrina e jurisprudência majoritárias, que impõe a obrigatoriedade da assunção dos riscos pela sociedade de fomento, impedindo o direito de regresso, foi construída como mecanismo de retirada dessas sociedades do regime financeiro. Sem embargo, entende-se que tal construção não é necessária, pois o que distingue o desconto do fomento mercantil é a possibilidade, ainda que não utilizada, de prestação de serviços de

assessoria pela sociedade faturizadora.

Por outro lado, a sociedade de faturização deve agir como tal. Se ela age como banco e assim se apresenta, deve ser tratada como tal, mas o certo é que a maioria dessas sociedades atua conforme orientação da Associação Nacional de Fomento Comercial.[107]

3.3 O regime jurídico da transmissão dos créditos na faturização. Cessão e endosso como dois regimes distintos igualmente válidos

A transmissão dos créditos operada pelo contrato de faturização, como visto no capítulo anterior, é ponto de grande divergência na doutrina e na jurisprudência, verdadeira miscelânea de teses e proposições.

Conforme exposto na seção 2.8, afirma-se por vezes que há cessão civil, aplicando-se o regime do Código Civil, ora se diz que há endosso com efeito de cessão civil, e também se diz que há endosso puro, com a aplicação do direito cambiário. Em sua maioria, os autores justificam o raciocínio dizendo que a faturização é uma nova categoria contratual, e que por isso há essa fluidez na aplicação das regras.

Ora, entende-se que essa não é a melhor solução para o problema da transmissão dos créditos na atividade de faturização.

Respeitadas as opiniões em contrário, a solução se afigura simples: caso os créditos transacionados na faturização sejam oriundos de vendas a consumidores finais, que não são representados em duplicatas, se aplica o regime da cessão de créditos do Código Civil. Se, por outro lado, os créditos estão representados em duplicatas, por ser originados em fornecimento de mercadorias ou prestação de serviços, aplica-se o regime de endosso do direito cambiário, integralmente, inclusive com a incidência dos princípios basilares dos títulos de crédito: cartularidade, literalidade e autonomia, sendo que, no caso de títulos à ordem, emprega-se o subprincípio da abstração.

O fato de o título de crédito ser objeto de transação no contrato de faturização não o transforma em um título com efeitos mitigados, ou um quase-título de crédito, uma subclasse de título; continua a ser verdadeiro título de crédito.

Nada impede que o crédito oriundo de venda a consumidores seja também titularizado

[107] Ao examinar o Recurso Especial n. 992.421/RS na Seção 2.6, constata-se que uma das partes do processo possui a denominação “Valbank Fomento Mercantil Ltda.”, afigurando-se uma denominação inadequada, por fazer alusão direta à atividade bancária.

em um título de crédito, como a nota promissória, por exemplo, caso em que também deve-se aplicar o regime do endosso. Por outro lado, os créditos representados em duplicatas podem, caso seja estipulado no contrato de faturização, ser objeto de cessão, aplicando-se o Código Civil, mas neste caso, frise-se, as duplicatas não são endossadas.

A aplicação do regime cambial, por sua vez, não desnatura o contrato de faturização, que continua com sua função econômica, de vital importância para a economia.

Também não se faz necessária a alteração do direito positivo para acomodar a transmissão dos créditos pelo contrato de faturização: caso se trate de transmissão de créditos por meio de cessão, aplicam-se os respectivos dispositivos do Código Civil (artigos 286 a 298). Se por outro lado, ocorrer o endosso de título de crédito, aplicam-se as regras previstas na legislação especial (Lei Uniforme de Genebra, arts. 11 a 20; Lei das Duplicatas, com a autorização do art. 25; e Lei do Cheque, arts. 17 a 28).

Waldírio Bulgarelli (1997, p. 537), com razão, destaca que para se compreender bem o mecanismo da faturização, é necessário atentar-se para o tipo de relações entre o faturizador e a faturizada. Esta transmite 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, visto que o comerciante brasileiro está impedido de, pelas suas vendas, emitir outro título que não a duplicata, conforme o art. 2º, *caput*, da Lei n. 5.764/1968).

Argumenta Luiz Lemos Leite (2010, p. 60), que no fomento mercantil são negociados direitos creditórios materializados em títulos de crédito, em que os direitos das vendas efetuadas pela faturizada-endossante são transferidos mediante endosso pleno em preto para a faturizadora-endossatária.

Por outro lado, não se pode concordar com o posicionamento que afirma não ser aplicável o regime cambial à transmissão dos títulos de crédito no contrato de faturização, ainda que haja o endosso de títulos. Essa posição é defendida, por exemplo, por Marcelo Negri Soares (2010, p. 26-27), para quem a relação jurídica existente entre faturizado e faturizador é contratual, e não cambial, motivo pelo qual não se negaria o direito de se investigar relação subjacente que tenha determinado a emissão dos títulos de crédito objeto de compra e venda por instrumento de cessão.

Ao realizar a pesquisa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, depara-se com a decisão proferida no Recurso Especial n. 1.315.592/RS (BRASIL, 2017), julgado em

29 de agosto de 2017, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, em que a Quarta Turma do STJ decidiu que se aplica ao endosso de duplicata objeto de contrato de faturização os princípios basilares do direito cambial. Eis a ementa:

> RECURSO ESPECIAL. *FACTORING*, DIREITO CAMBIÁRIO E TEORIA DA APARÊNCIA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DESENVOLVIMENTO DO CRÉDITO. SEGURANÇA, CERTEZA E FACILIDADE PARA CIRCULAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE. ATOS DE NATUREZA CAMBIÁRIA. OBSERVÂNCIA AOS USOS E COSTUMES COMERCIAIS. REPRESENTAÇÃO. LEGÍTIMA APARÊNCIA E CONDUTA CULPOSA. TEORIA DA APARÊNCIA. POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE EFEITOS DOS ATOS PRATICADOS. ENDOSSO E ACEITE. INSTITUTOS JURÍDICOS CAMBIÁRIOS. DISCIPLINA DO INSTITUTO CIVILISTA DA CESSÃO DE CRÉDITO. INAPLICABILIDADE. DUPLICATA. ACEITE. ENDOSSATÁRIO TERCEIRO DE BOA-FÉ. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ABSTRAÇÃO.
> 1. A boa-fé da *factoring* endossatária é reconhecida, assim como a circulação do título, estando a decisão recorrida - que extinguiu a execução - assentada no apontado vício de existência do título, pois, muito embora a Corte local intitule aquele que firmou o aceite, em nome da associação, diretor administrativo-financeiro, não tem, em vista do estatuto social, poderes estatutários ou outorgados para praticar o ato cambiário.
> 2. A duplicata mercantil não representa valor significativo para a associação aceitante, e consoante apurado na sentença não infirmada pelo acórdão recorrido, o diretor efetivamente praticava atos como o discutido nos autos.
> 3. Com efeito, em linha de princípio, não se afigura imprescindível à existência da representação a outorga convencional de poderes, mas a existência de poderes, outorgados ou não, os quais permitem a vinculação direta do representado nos negócios firmados pelo representante em seu nome. Os poderes definem o campo de eficácia vinculativa de acordo com os limites estabelecidos, ora pela outorga, ora pela lei, ora por situação fática consistente na atividade realizada declaradamente em nome de outrem (*contemplatio domini*), ainda que desprovida de ato jurídico de outorga de poderes (procuração).
> 4. Por um lado, o art. 113 do CC dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Por outro lado, na *fattispecie* da aparência, a consequência jurídica do erro não é a anulabilidade, como no erro ordinário, mas sim permitir que o ato ou negócio produza os efeitos que lhe são próprios, conforme orienta a teoria da aparência e a inteligência do art. 1.827, parágrafo único, do CC.
> 5. Para a solução de questão concernente aos institutos de direito cambiário do endosso e do aceite, é descabida a aplicação da disciplina da cessão de crédito. Com efeito, embora o endosso, no interesse do endossatário terceiro de boa-fé, tenha efeito de cessão, não se confunde com o instituto civilista da cessão de crédito.
> 6. Conquanto a duplicata mercantil seja causal na emissão, a circulação - após o aceite do sacado, ou, na sua falta, pela comprovação do negócio mercantil subjacente e o protesto - rege-se pelo princípio da abstração, desprendendo-se de sua causa original, sendo, por isso, inoponíveis exceções pessoais a terceiros de boa-fé, como a ausência da prestação de serviços ou a entrega das mercadorias compradas. (REsp 774.304/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 5/10/2010, DJe 14/10/2010)
> 7. Recurso especial parcialmente provido.

No caso, a Associação Comercial de Porto Alegre opôs embargos à execução por título extrajudicial movida por Megagiro Fomento Mercantil Ltda. Narra que a exequente ajuizou

ação de execução afirmando ser credora do valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), representada pela duplicata de n. 449, com vencimento para 12/4/2005, "decorrente da Nota Fiscal de nº 274, emitida por TC Serviços de Mão de Obra Ltda., em 16/02/2005, e discriminada como ('parcela de serviços reciclagem elétrica - Palácio do Comércio conforme contrato')". Assevera que a embargada, de boa-fé, se tornou proprietária do título mediante endosso aposto no verso da cártula, devidamente aceita.

Argumenta a embargante ser entidade sem fins lucrativos, e que consta, em seu estatuto, que somente seu presidente - ou aquele membro da diretoria a quem por aquele for outorgado poderes específicos, podem entabular contratos e assinar documentos em nome da entidade.

Pondera que Juarez Luiz Lampert ultrapassou os poderes estatutários, aceitando a duplicata que embasa a execução, e diversas outras que foram emitidas pela sociedade empresária TC Serviços e Mão de Obra Ltda. - todas negociadas com diversas faturizadoras, sem o conhecimento da presidência, "ao que tudo indica em conluio com o sacador".

Obtempera que há controvérsia acerca do crédito exequendo e dos outros, havendo demandas judiciais pendentes de solução, "inclusive com o ajuizamento de ação penal questionando o caráter criminoso do saque". Ao que "tudo indica houve enorme colusão entre a emitente do título e o aceitante, que reconhecia as somas cambiais sem a efetiva prestação dos serviços".

Sustenta que a mácula alcança o endossatário dos títulos, principalmente quando se trata de duplicata e da efetiva ocorrência de compra e venda ou da prestação dos serviços.

Alega que o contexto em que está envolvida e a emissão e o aceite do título tornam imperativa a extinção da execução, pois nada deve à exequente, e "um crédito que é acoimado de ilícito até mesmo na ordem penal não pode ser satisfeito".

O Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial dos embargos à execução

Interpôs a embargante apelação para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que deu provimento ao recurso.

A decisão teve a seguinte ementa:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA COM ACEITE. NÃO PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE CAUSA JURÍDICA SUBJACENTE. INEXISTÊNCIA DO TÍTULO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

> A empresa de *factoring* deve agir com o máximo de cuidado a fim de investigar a autenticidade do título adquirido e a causa do negócio subjacente, devendo suportar, de forma integral, os riscos inerentes à atividade lucrativa que desenvolve. Precedentes desta Corte. Sendo a duplicata mercantil título causal e não havendo causa a sua emissão, o vício é de existência e não de validade, motivo pelo qual não ingressa no mundo do direito, e, consequentemente, não há se falar em incidência da Lei nº 5.474/68. Ao concreto, o crédito cedido à embargada não se legitima, porquanto a parte cedente não cumpriu a obrigação subjacente, não se tratando, pois, de cobrança por inadimplência, em face de um contrato de *factoring*. Na verdade, houve a circulação de um título nulo, inexistente. Sentença reformada. Sucumbência invertida.
> APELAÇÃO PROVIDA.

Admitido o recurso especial, a faturizadora/recorrente alegou que Juarez Luiz Lampert representava a associação em todas as negociações de compra e venda e contratação de serviços, a atrair a teoria da aparência, e o título de crédito reporta uma negociação de somente R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Argumentou, ainda, que, além de nota fiscal, orçamento, contrato e duplicata aceita, foi expedido fax para o número comercial da Associação - que enviou resposta confirmando a operação -, a demonstrar todas as cautelas possíveis tomadas, antes da aquisição da cártula objeto de execução.

Acena a faturizadora que, mesmo se a operação de faturização fosse tomada como cessão civil - como fez o Tribunal local, que se afasta do endosso cambial aludindo à inexistência de negócio jurídico, omitindo-se que serviços foram feitos, ainda que alegadamente de forma parcial -, não se poderia olvidar que, a teor do art. 113 do Código Civil, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Em contrarrazões, a Associação Comercial de Porto Alegre/recorrida afirmou que o negócio havido entre a emitente da duplicata e a recorrente foi de cessão de crédito, e não de natureza cambial; os direitos incorporados nas cártulas não circularam por endosso, mas por meio de faturização; conforme apurado pela Corte local, o gerente e a endossante do título praticaram conduta reprovável, e a sentença penal absolutória do aceitante foi reformada em grau de recurso, em decisão transitada em julgado; duplicata simulada não é duplicata, "precisamente porque é simulada"; por não ter causa, nem mesmo o aceite válido teria o condão de proteger o terceiro de boa-fé, exequente do título; não houve prestação de serviços em seu benefício pela endossante da cártula.

No voto, o relator, Min. Luis Felipe Salomão, consignou que a questão controvertida consistia em saber se era possível o ajuizamento, por endossatário reconhecidamente terceiro

de boa-fé, de execução embasada em duplicata com aceite aposto pelo diretor administrativo-financeiro de Associação, com incontroversa e prévia confirmação da higidez do negócio subjacente (obrigação causal).

Aduz o relator que o crédito representa, em uma ideia geral, a confiança no cumprimento das obrigações, o que facilita extremamente as transações comerciais, que nem sempre representam trocas imediatas de valores, permitindo a expansão e o desenvolvimento das principais atividades econômicas existentes no mundo moderno. É certo que o crédito só pode desenvolver seu papel apresentando três características básicas: a certeza, a segurança e a facilidade na sua circulação. Por um lado, a atividade empresarial e, consequentemente, o próprio direito empresarial exigem três pilares fundamentais: a rapidez, a segurança e o crédito. Exige-se um reforço ao crédito, uma disciplina mais célere dos negócios, a tutela da boa-fé e a simplificação da movimentação de valores, tendo em vista a realização de negócios em massa. Nesse particular, ganham especial importância os títulos de crédito.

Acrescentou que é sempre prudente relembrar a célebre e multicitada advertência de Cesare Vivante - por muitos considerado o primeiro jurista que conferiu tratamento rigorosamente científico ao direito comercial -, em prefácio da primeira edição de sua monumental obra *Trattato di Diritto Comerciale* , no sentido de que não se deve ser feita investigação jurídica de instituto de direito comercial sem se conhecer a fundo a sua função econômica, considerando “uma falta de probidade determinar-lhe a disciplina jurídica sem o conhecer na sua íntima realidade”.

Ressaltou o relator que não foi o fundamento acerca do efeito de endosso que embasou o julgado - a boa-fé da endossatária foi reconhecida, assim como a circulação do título e a notificação e a confirmação prévia do crédito pelo diretor da Associação Comercial -, estando a decisão recorrida, na verdade, limitada ao apontado vício de existência do título. Muito embora a Corte local intitule aquele que firmou o aceite, em nome da associação, diretor administrativo-financeiro, não tinha, em vista do estatuto social, poderes estatutários para praticar o ato cambiário. Acrescentou que procede a tese recursal de que os atos negociais firmados são válidos e eficazes em face de terceiros de boa-fé, a atrair a disciplina da teoria da aparência, sob pena de ocasionar insegurança elevada nas relações jurídicas.

Anotou o relator que não parece correto o entendimento perfilhado pela Corte local acerca de o ato cambiário ser "inexistente", sendo o título nulo de pleno direito, "afastando, dessa forma, a incidência da Teoria da Aparência e da boa-fé de terceiros, relegadas ao plano

da validade dos negócios jurídicos".

Acrescentou o relator que parece nítido que a causalidade da duplicata reside apenas na sua origem, mercê do fato de somente poder ser emitida para a documentação de crédito nascido de venda mercantil[108] ou de prestação de serviços. Porém, a duplicata é título de crédito, na sua generalidade, como qualquer outro, estando sujeita às regras de direito cambial, nos termos do art. 25 da Lei nº 5.474/68, ressaindo daí, notadamente, os princípios da cartularidade, abstração, autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé.

Afirma que, uma vez aceita a duplicata, o sacado (aceitante, à luz da teoria da aparência) vincula-se ao título como devedor principal e a ausência de entrega da mercadoria ou de prestação de serviços somente pode ser oponível ao sacador, como exceção pessoal, mas não a endossatários de boa-fé.

Destaca ainda o relator que há de ser ressalvado, caso se confirmem as alegações da recorrida no sentido de não ter conferido autorização para que fosse dado o aceite e de inexistência da prestação dos serviços, apenas o direito de regresso da executada/embargante (recorrida), em face da endossante e daquele preposto que deu o aceite.

Diante do exposto, o relator deu parcial provimento ao recurso especial para restabelecer o decidido na sentença – inclusive no tocante aos ônus sucumbenciais –, julgando improcedente o pedido formulado na inicial dos embargos à execução.

O ministro Marco Buzzi divergiu do relator, ao consignar que a duplicata é título de crédito causal, vinculado a operações de compra e venda de mercadorias ou de prestação de serviços, não possuindo a circulação da cártula, via endosso translativo e cessão de direito, o condão de desvinculá-la da relação jurídica subjacente, notadamente na hipótese de o Tribunal *a quo* ter expressamente consignado a inexistência de *causa debendi* a corroborar a emissão dolosa/simulada do título.

Prosseguiu o magistrado considerando que especificamente no que alude ao princípio da autonomia das obrigações oriundas de títulos de crédito, em regra, os vícios em relações existentes entre partes anteriores não afetariam o direito do possuidor atual, pois cada encargo derivado do título é autônomo. Contudo, tal princípio não possui aplicação absoluta no tocante à duplicata, uma vez que, por ser título causal, está indissociavelmente ligada ao elo

[108] Faz-se aqui uma observação para dizer que a partir da unificação do regime das obrigações no direito privado brasileiro, não há mais propriamente compra e venda mercantil e civil, mas apenas um único regime disciplinado pelo Código Civil.

base que lhe deu origem - *causa debendi* - não servindo a função econômica do crédito, a rapidez, a modernidade e a simplificação das atividades negociais, tal como proposto pelo e. relator, para afastar requisitos formais intrínsecos e extrínsecos estabelecidos pelo legislador para a elaboração de documentos, notadamente aqueles geradores de obrigações pecuniárias.

Além disso, afirmou o min. Marco Buzzi que o delineamento do Tribunal *a quo* está conforme a jurisprudência de há muito sedimentada na Corte Superior, assente no sentido de que, no contrato de faturização, a transferência dos créditos não se opera por simples endosso, mas por cessão de crédito, de modo que eventuais controvérsias sobre a operação devem ser dirimidas com base nas regras atinentes a essa espécie de negócio jurídico (arts. 286 a 298 do Código Civil de 2002), motivo pelo qual a faturizadora não ocupa a posição de terceiro de boa-fé imune às exceções pessoais dos devedores das cártulas.

Afirma que a jurisprudência da Corte Superior dá efetiva aplicação à regra legal estampada no artigo 292 do Código Civil que, de forma clara e expressa, preceitua: "O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente ".

Aduz que tratando-se a exequente de sociedade de fomento mercantil e de a transferência da cártula ocorrer por cessão de crédito[109], a sociedade recorrente deveria ter se cercado das cautelas necessárias à legitimação do título, pois, como a própria denominação social indica, tem por ramo de atividade operações de fomento mercantil, não sendo crível o desconhecimento das normas de direito disciplinadoras dessa atividade e dos riscos inerentes à sua atuação.

O min. Marco Buzzi afirmou que por esse motivo, inclusive, não há falar em violação à igualdade de direitos ou liberdade de exercício do trabalho disciplinados na Constituição Federal, tampouco na prevalência da função econômica das atividades negociais sobre as regras infraconstitucionais que cuidam da matéria afeta à cessão de créditos e dos requisitos para a emissão de títulos, porquanto além de nenhum direito constitucional ser absoluto, admitir o negócio espúrio apenas com base em um aceite sabidamente fraudulento, ao contrário de fomentar a circulação de créditos, geraria efeitos negativos nefastos à economia frente o fomento às atividades fraudatórias.

Aduziu o magistrado que tratando-se de vício de natureza formal, perfeitamente

[109] Faz-se aqui uma observação, pois há imprecisão técnica no voto em estudo, pois a transferência da duplicata ocorre por endosso, a não ser que as partes por contrato estipulem que a transferência ocorra por cessão civil, mas neste caso não há endosso do título.

possível a sua oposição a terceiros, ainda que de boa-fé, e com mais razão à exequente empresa de faturização pois, como já referido, a transferência do pretenso direito estampado na cártula não se dá por simples endosso, mas por cessão de direito, o que enseja a aplicação da determinação legal afeta ao instituto (art. 294 do Código Civil). Assim, estando comprovado nos autos ter sido a duplicata simulada e de o crédito perseguido pela faturizadora contra a associação ser inexistente, nos moldes estabelecidos pelo Tribunal *a quo*, devem ser julgados procedentes os embargos à execução, extinguindo-se o feito executivo.

Concluiu que essa solução não afasta a responsabilidade da cedente em relação ao direito da faturizadora quanto à existência do crédito, pois tal garantia é própria da cessão de direito comum (*pro soluto*). Desta forma, tendo em vista que no contrato de faturização e na cessão de crédito ordinária, a faturizada/cedente não garante a solvência do crédito, apenas a sua existência, poderá a faturizadora exercer o seu direito de regresso contra a cedente face a verificação da própria ausência/inexistência do crédito cedido.

Desta forma, o Min. Marco Buzzi votou pela negativa de provimento ao recurso.

Ratificando o voto, após a instauração da divergência, o Relator, Min. Luís Felipe Salomão, reafirmou os fundamentos apresentados anteriormente.

Em voto-vogal, o Min. Raul Araújo acompanhou o relator. Salientou que a regra deve ser a de que nessa situação, em que o título fraudado chega às mãos de uma faturizadora, constitui isso um fortuito interno dos negócios de faturização, de modo que deveria esta suportar os prejuízos decorrentes da fraude. Porém, o voto do Ministro Relator confere uma melhor solução para o caso, onde a fraude não é atribuída a um terceiro, ela decorre de ação de um diretor financeiro da própria Associação que figura como devedora no título, o que leva à aplicação da Teoria da Aparência, por não se poder cobrar da faturizadora cuidados maiores que aqueles que medianamente tomou em uma circunstância como essa. Sendo o transmitente do título o diretor financeiro da Associação, era natural que o título, naquele instante, se revestisse da credibilidade que aparentava ter.

Desse modo, acrescentou, houve um erro *in eligendo* da própria Associação ao escolher mal aquele diretor para atuar como seu representante em muitos negócios que realizava aquela entidade.

Acompanharam o relator ainda a Min. Maria Isabel Gallotti e os Ministros Raul Araújo e Antônio Carlos Ferreira.

Faz-se necessário tecer breve comentário a esse julgamento do Recurso Especial n.

1.315.592/RS. A importância do julgado para o presente estudo é a tese jurídica esposada no voto do relator, ministro Luís Felipe Salomão, segundo a qual se aplica o regime cambiário às duplicatas endossadas em razão de contrato de faturização. A esta tese se contrapõe o entendimento de que os créditos transmitidos na faturização, por gerar efeitos de cessão, são sempre regidos pelo Código Civil.

O raciocínio jurídico mais acertado deve ser, conforme exposto no início desta Seção, o de que pode haver tanto cessão quanto endosso na atividade de faturização, aplicando-se o respectivo regramento jurídico, com os corolários que cada um desses regimes possui.

A dificuldade enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento deste caso concreto foi a análise dos fatos. Os votos proferidos realizaram revaloração das provas carreadas aos autos, a partir do julgamento feito pela segunda instância.

Conforme exposto no acórdão, houve o aceite da duplicata, bem como a faturizadora tomou a precaução de verificar com o sacado/devedor se o aceite foi válido, tendo juntado aos autos na fase de instrução a nota fiscal e o contrato de prestação de serviços. Segundo o relator, houve incontroversa e prévia confirmação da higidez do negócio jurídico subjacente.

A solução para o problema, se coubesse o reexame das provas e/ou nova produção probatória (o que encontra óbice no Enunciado n. 7 da Súmula do STJ), seria dividida em duas hipóteses.

Primeiro, se a causa subjacente existiu, o título é válido e execução deve ser julgada procedente. Segundo, se a causa subjacente não corresponde ao descrito na duplicata, duas correntes dão soluções opostas para esta segunda hipótese.

Conforme uma primeira corrente, na linha do voto vencedor, a falta de causa legítima não pode ser oposta pelo sacado perante o endossatário. Essa corrente é defendida, por exemplo, por Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 465-467), segundo quem

> A duplicata mercantil é título causal, no sentido de que a sua emissão somente se pode dar para a documentação de crédito nascido de compra e venda mercantil. A consequência imediata da causalidade é, portanto, a insubsistência da duplicata originada de ato ou negócio jurídico diverso. […] Claro que, sendo endossado a terceiro de boa-fé, em razão do regime cambiário aplicável à circulação do título (LD, art. 25), a falta de causa legítima não poderá ser oposta pelo sacado perante o endossatário. A ineficácia do título como duplicata, em função da irregularidade do saque, somente pode ser invocada contra o sacador, o endossatário-mandatário ou terceiros de má-fé (quer dizer, os que conhecem o vício na emissão do título).
> Da causalidade da duplicata, note-se bem, não é correto concluir qualquer limitação ou outra característica atinente à negociação do crédito registrado pelo título. A duplicata mercantil circula como qualquer outro título de crédito, sujeita ao regime do direito cambiário. Isso significa, em concreto, que ela comporta endosso, que o

> endossante responde pela solvência do devedor, que o executado não pode opor contra terceiros de boa-fé exceções pessoais, que as obrigações dos avalistas são autônomas em relação às dos avalizados etc. Não é jurídico pretender a vinculação entre a duplicata e a compra e venda mercantil, que lhe deu ensejo, *maior* do que a existente entre a letra de câmbio, a nota promissória ou o cheque e as respectivas relações originárias. Pontes de Miranda e até mesmo Tullio Ascarelli se preocupam, especialmente, em esclarecer a questão: a circulação da duplicata se opera segundo o princípio da abstração.
> […]
> O Código Penal, até 1990, para proteger o crédito comercial e reprimir o uso de títulos simulados para obtenção de financiamento bancário, considerava crime a emissão e o aceite de duplicata não correspondente a efetiva compra e venda mercantil ou prestação de serviços. A mudança na redação do tipo do art. 172[110], operada pela Lei n. 8.137/90, porém, substituiu o bem jurídico protegido. A partir dela, crime passou a ser expedir duplicata *em desacordo com a mercadoria vendida*. Desse modo, a tutela penal redirecionou-se, para amparar não mais o crédito, e sim os consumidores. Emitir duplicata sem causa, desde então, não é mais conduta típica.(grifos no original)

Rubens Requião (2014, p. 655-656) também adota essa primeira corrente, ao discorrer que

> Como título de crédito, a duplicata deve ser levada ao aceite do comprador, para tornar-se uma obrigação líquida e certa, suscetível de fundamentar ação executiva nos termos de nossas leis processuais e, agora, da lei especial. O comprador poderá, todavia, recusar o aceite, desde que a mercadoria não tenha sido entregue, ou tenha sido avariada, quando não expedida ou entregue por sua conta e risco; por vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovados; divergência nos prazos ou nos preços ajustados. Essa enumeração do art. 8º da lei vigente deve ser considerada meramente exemplificativa, cabendo à doutrina ou aos juízes admitirem a recusa fundada em outras causas legítimas. O comprador deve, pois, só aceitar a duplicata depois de verificar o estado e qualidade da mercadoria. Se aceitar o título e este for operado com terceiro, não poderá opor-lhe a exceção do contrato não cumprido. Decidiu o Supremo Tribunal Federal que as duplicatas "conservam sua liquidez quando, devidamente aceitas, se encontram em poder de terceiro de boa-fé, não obstante a rescisão do contrato com que esteve relacionada sua emissão" (Rec. Extr. Nº 71.096-SP, Rel. Min. Bilac Pinto, 2ª Turma, *in* Ver. Trim. de Jurisp., 56/673).

A segunda corrente, na linha do voto vencido do ministro Marco Buzzi e do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afirma que duplicata fria não tem validade por desobediência a requisito de forma, nos termos dos artigos 887[111] do Código Civil e 20[112] da

---

[110] Código Penal. Art. 172 - Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado. (Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27.12.1990) Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27.12.1990) Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrerá aquêle que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas. (Incluído pela Lei nº 5.474. de 1968)

[111] Art. 887. O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

[112] Art . 20. As emprêsas, individuais ou coletivas, fundações ou sociedades civis, que se dediquem à prestação de serviços, poderão, também, na forma desta lei, emitir fatura e duplicata.

Lei das Duplicatas. Assim, as declarações do título não subsistem diante da falta do requisito essencial quanto à forma. Não há autonomia nem independência diante da ilegalidade do saque. Há crime de duplicata simulada, art. 172 do Código Penal.

Então, para essa corrente, não há direitos do endossatário em face do sacado, resolvendo-se a questão no plano contratual entre faturizadora-endossatária e faturizada-endossante, com base na má-fé da segunda no endosso de duplicata sem causa. Além disso, a sacada tem direito a danos morais e cancelamento de protesto eventualmente efetivado.

Essa segunda corrente é defendida por Fran Martins (1998, p. 21), ao afirmar que

> Já os títulos causais têm uma causa necessária, isto é, existem em função de determinado negócio fundamental, e esse negócio especial influencia a sua existência, trazendo, assim, os documentos, nas declarações literais que contém, referência ao mesmo. É o que acontece com as duplicatas que, para serem emitidas, necessitam que tenha havido uma venda de mercadoria, a prazo, em território nacional.

O que não tem cabimento é a afirmação de que a faturizadora, constatada a má-fé da faturizada-endossante, deve suportar o prejuízo, ao argumento de que o risco é inerente à atividade que desenvolve. Isto seria dar guarida ao enriquecimento indevido. No mínimo, deve-se resguardar o direito de regresso do faturizador contra o faturizado, em razão da má-fé deste.

Parece que, tendo o sacado dado seu aceite no título, deve ser obrigado ao pagamento, não podendo alegar posteriormente a ausência de *causa debendi*. Se assim proceder, configura-se *venire contra factum proprium*. Deveria ter recusado o aceite antes, com amparo no art. 8º da Lei das Duplicatas. De qualquer modo, configurada a má-fé do emitente da duplicata, o endossatário também deve ter alternativamente direito de regresso contra esse emitente que sacou duplicata sem causa subjacente.

Esse recurso especial, portanto, em que pese a divergência dentro da Quarta Turma no que tange à valoração dos fatos, distinguiu claramente os regimes da cessão civil e do endosso cambial, superando a confusão que há no tratamento da matéria.

De qualquer modo, não havendo irregularidades, a duplicata pode ser endossada,

---

§ 1º A fatura deverá discriminar a natureza dos serviços prestados.
§ 2º A soma a pagar em dinheiro corresponderá ao preço dos serviços prestados.
§ 3º Aplicam-se à fatura e à duplicata ou triplicata de prestação de serviços, com as adaptações cabíveis, as disposições referentes à fatura e à duplicata ou triplicata de venda mercantil, constituindo documento hábil, para transcrição do instrumento de protesto, qualquer documento que comprove a efetiva prestação, dos serviços e o vínculo contratual que a autorizou.(Incluído pelo Decreto-Lei nº 436, de 27.1.1969)
§

aplicando-se as regras especiais do direito cambiário.

3.4 A operacionalização da faturização por meio de duplicatas. Harmonização do direito positivo

Para Fran Martins (2010, p. 428-429), a dificuldade de regulamentação do contrato de faturização no Brasil seria a exclusividade da extração de duplicata como título de crédito que documenta as operações de venda de mercadorias a prazo, pois o emitente do título pode eximir-se da garantia de aceitação da letra, mas não pode eximir-se do pagamento (art. 9º da Lei Uniforme de Genebra):

> No nosso entender, o importante para a regulamentação do *factoring* no Brasil não é ser considerado o contrato uma mera operação bancária ou representar a empresa de faturização uma instituição financeira ou não. Em qualquer desses casos existe outro elemento que deve ser levado em conta para que o contrato de *factoring* possa ser introduzido regularmente no Brasil, como tivemos oportunidade de explanar no Seminário Nacional sobre Contratos – Novas modalidades de contratos no direito brasileiro (Belo Horizonte, junho-julho, 1978).
> Realmente, segundo ali esclarecemos e mais tarde reafirmamos, a dificuldade maior que existe para a regulamentação legal do contrato de faturização no Brasil se deve ao fato de, segundo o art. 2º da Lei nº 5.474, de 18.07.1968, que dispõe sobre as duplicatas, apesar de não ser mais obrigatória a extração das duplicatas em todas as vendas a prazo, feitas entre comprador e vendedor localizados em território nacional, como estatuía o art. 1º da lei revogada (Lei n. 189, de 15.01.1936), a lei atual dispõe que, mesmo não sendo extraída a duplicata de fatura (extração essa que é meramente facultativa), *não será admitida qualquer outra espécie de título para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador*. Desse modo, somente através de duplicatas podem ser cobrados os créditos decorrentes das vendas de mercadorias feitas a prazo.
> Ora, se a faturização se baseia em uma cessão de crédito do vendedor da mercadoria ao faturizador, o natural seria que a duplicata de fatura, que constitui o instrumento para a cobrança do crédito, fosse transferida do vendedor-emissor da duplicata para o faturizador ou empresa de *factoring*. Como a duplicata representa um título de crédito, sujeitando-se, assim, às regras que regem esses títulos, principalmente no que diz respeito à circulação (Lei nº 5.474/68, art. 25), para que a empresa de faturização possa cobrar do comprador a importância devida, necessário será que a duplicata seja transferida para o faturizador, o que será feito mediante um endosso, na forma da regra do art. 14 da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas promissórias em vigor no Brasil. Como o endossante, segundo os princípios básicos do direito cambiário, é garante tanto da aceitação como do pagamento do título, a Lei Uniforme, para facilitar a circulação das letras de câmbio, admitiu o chamado *endosso sem garantia* (art. 15), que é o em que, transferindo o título, o *endossante* não só deixa de garantir a aceitação da letra como se exime do pagamento da mesma.
>
> Essa solução para a transferência do crédito pelo endosso sem garantia da duplicata por parte do faturizado ao faturizador é, na realidade, uma solução apenas aparente. Isso porque, nas duplicatas de fatura, como nos títulos de crédito em geral, o *emitente* ou *sacador*, que no caso da duplicata é o vendedor (faturizado) que extrai a fatura, pode exonerar-se da aceitação do título, *mas não pode eximir-se do pagamento* (Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, art. 9º).

> Quando extrai uma duplicata, o vendedor ocupa no título duas posições: a de *sacador*, pois é ele o proprietário original de crédito, e a de *tomador* ou *beneficiário*, já que a dívida deve ser paga a ele ou à sua ordem. Assim, quando endossa a duplicata o vendedor o faz como beneficiário ou tomador, que é o único que pode endossar a duplicata por ser aquele a quem a mesma deve ser paga. Mas se o tomador-endossante pode eximir-se do pagamento, de modo subsidiário, àquele a quem o título foi endossado, para isso utilizando-se de um endosso *sem garantia* (Lei Cambial,, art. 15), *como emissor do título não pode ele eximir-se da responsabilidade de pagar* à pessoa a quem a duplicata foi transferida já que a lei, aplicável às duplicatas, estatui peremptoriamente que 'toda e qualquer cláusula pela qual ele se exonere da garantia de *pagamento considera-se como não escrita*' (Lei Cambial, art. 15, 2ª al.).

A sugestão de Fran Martins (2010, p. 230) para solucionar o obstáculo é a de se promover alteração legislativa para permitir que outros títulos possam ser emitidos para titularizar direito de crédito de vendas a prazo de mercadorias:

> Nessas condições, sendo característica essencial do contrato de faturização a isenção do faturizado da responsabilidade de pagar o crédito cedido caso o comprador das mercadorias não o faça – o que torna o contrato de *factoring* uma operação de *risco*, portanto especulativa, e não uma operação de crédito, como são as operações bancárias -, sendo a duplicata o único título válido para a cobrança das vendas a prazo (Lei nº 5.474/68, art. 2º), o *endosso sem garantia* não soluciona o problema da isenção da responsabilidade do sacador do título (faturizado), a não ser que não fosse levada em conta aquela isenção que é da natureza do contrato.
> Por isso, no nosso entender, para a regulamentação do contrato de *factoring* a fim de ser o mesmo introduzido legalmente no país, necessário se faz que seja modificado o art. 2º da Lei das Duplicatas para permitir que outros títulos, que não a duplicata – a letra de câmbio, por exemplo – possam servir de instrumento de cobrança de vendas a prazo, feitas com vendedor e comprador localizados em território nacional. Se assim acontecer, o faturizado, por documento particular, transfere à empresa de faturização os créditos dos seus clientes que sejam aceitos pelo faturizador. Esse, não sendo o vendedor e sim apenas o cessionário dos créditos, não pode emitir duplicatas contra o comprador; mas, se a lei, *uma vez modificada, permitir* a cobrança dessa venda a prazo *por outros títulos que não a duplicata*, o faturizador poderá sacar uma letra de câmbio contra o comprador das mercadorias, sendo resguardada, desse modo, a característica principal do contrato de faturização, que é a isenção de responsabilidade do faturizado ou cedente do crédito pelo pagamento deste por parte do comprador.

Desse modo, a assunção dos riscos do negócio estaria compatibilizada com a emissão de títulos de crédito em operações de faturização. Estaria mantida, para essa doutrina, a característica essencial do contrato de faturização no Brasil: a assunção dos riscos pela sociedade fomentadora, em caso de inadimplemento do devedor.

Ora, a solução não precisa passar pela alteração do direito positivo, e, ao se admitir o direito de regresso, a exegese deve ser feita de modo a compatibilizar a Lei das Duplicatas com a Lei Uniforme de Genebra.

O sacador da letra de câmbio pode dar a ordem de pagamento consubstanciada no

título a seu favor ou de terceiro, como se extrai do art. 3º da LUG, que dispõe sobre as modalidades de saque. Prevendo o risco para o terceiro tomador em caso de não aceite da cambial, diante da facultatividade deste instituto para o sacado, ou ainda a possibilidade de não pagamento do título aceito na data do vencimento, o legislador genebrino não admitiu o saque sem garantia ao pagamento. Assim sendo, o sacador poderá, por cláusula expressa, não ser coobrigado pelo aceite, mas sempre o será pelo pagamento, exceto se ficar desonerado nas condições do art. 53 da LUG (v.g. apresentação intempestiva ao aceite, ao pagamento ou a protesto).

Na duplicata de compra e venda ou de prestação de serviço exsurge do art. 2º da Lei n. 5.474/68 que a finalidade do saque não é realizar pagamento a terceiro. O sacador pretende realizar a *cobrança* do crédito que possui em face do sacado, consubstanciado na fatura, sendo aquele sempre o beneficiário e credor *enquanto não for endossado o título*. É preciso atentar que essa peculiaridade, no cotejo da duplicata com a letra de câmbio, decorre do caráter de título de crédito causal daquela. Não faz sentido a aplicação do art. 9º da LUG ao saque da duplicata porque não há terceiro a ser resguardado em caso de inadimplemento do sacado. Se o título não for aceito, ou em sendo não for pago, a lei de duplicatas já contém os procedimentos e prazos a serem utilizados pelo sacador-tomador à realização do crédito.

Quanto ao endosso, é patente que a duplicata foi concebida pelo legislador brasileiro em 1936 (ano da promulgação da primeira lei), e assim persiste, para circular "como efeito comercial", sendo título à ordem inato, ao contrário da letra de câmbio. Diante da omissão da lei de duplicatas quanto aos efeitos do endosso e modalidades, e em especial pela disposição do art. 25, que afirma ser aplicável às duplicatas as normas da letra de câmbio "no que couber", poderá o sacador-tomador e primeiro endossante transmitir todos os direitos emergentes do título sem responsabilidade pelo pagamento, diante da aposição da cláusula "sem garantia" autorizada pelo art. 15, 1ª alínea, da LUG, por aplicação supletiva. Fábio Konder Comparato (1975, p. 387), com razão, admite o endosso sem garantia de duplicata.

Portanto, o art. 25 da Lei n. 5.474/1968 estabelece que se aplica à duplicata e à triplicata, no que couber, os dispositivos da legislação sobre emissão, circulação e pagamento das Letras de Câmbio. Por outro lado, o art. 14 da LUG estabelece que o endosso transmite todos os direitos emergentes da letra de câmbio. De outro giro, o art. 15, I, da Lei n. 5.474/1968 dispõe que a cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada em conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, quando se tratar

de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não. E tanto é assim que o inciso II do mesmo Dispositivo estabelece que, apenas se a duplicata ou triplicata não for aceita, é necessário, cumulativamente, haja sido protestada e esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e do recebimento da mercadoria.

Newton de Lucca (1986, p. 45) questiona se às duplicatas deve ser aplicada a segunda alínea do art. 9º da Lei Uniforme, pela qual não se admite a exoneração da garantia de pagamento pelo sacador, em razão da norma remissiva do art. 25 da Lei das Duplicatas, ou se, ao revés, em virtude da mesma regra remissiva, é de ser invocado o art. 15 da LUG.

Entende o autor que a solução do problema não pode deixar de levar na devida consideração a função predominantemente circulatória da duplicata, aplicando-se à duplicata a cláusula "sem garantia", admitida pelo art. 15 da LUG. Isto por se tratar de um título de saque-endosso, em que a figura do sacador confunde-se com a do primeiro endossante, de modo que há de prevalecer, na duplicata, a regra do art. 15 sobre a da segunda alínea do art. 9º da LUG, visto que tal exegese é mais compatível com a função eminentemente circulatória do título cambiariforme brasileiro.

3.5 A validade da cláusula *pro solvendo*, com a assunção dos riscos pela faturizada. Harmonização com a legislação nacional. Requisitos

As partes podem pactuar livremente no contrato de faturização que o faturizado-endossante garante a solvência do devedor perante o faturizador-endossatário.

Para tanto, se a transmissão dos créditos ocorrer por cessão, regida pelo Código Civil, tem aplicação seu artigo 296[113], segundo o qual, conforme já visto, as partes podem inserir a cláusula *pro solvendo* no instrumento contratual. Assim sendo, haverá direito de regresso em caso de inadimplemento por parte do devedor. Por outro lado, se o contrato for silente ou expressamente prever que o cessionário não garante a solvência do crédito, não caberá direito de regresso.

No caso de transmissão por meio de títulos de crédito, em regra o faturizado-endossante será garante do pagamento (art. 47 da LUG), caso em que haverá direito de regresso, mas se endossar o título com a cláusula "sem garantia" (art. 15, I, da LUG) o risco caberá ao faturizador, ausente o direito de regresso.

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

Luiz Lemos Leite (2010, p. 60) afirma que o contrato de fomento mercantil poderá conter a cláusula *pro solvendo* ou *pro soluto*, sendo previamente acordada pelas partes. Sendo *pro solvendo*, se o título não for pago pelo devedor-sacado, a faturizada-endossante responde pela dívida perante a faturizadora, seja porque assim contratou, seja porque tem interesse em manter sua clientela. Caso contrário, contendo a cláusula *pro soluto*, a faturizadora arca com os encargos do não pagamento da dívida pela devedora-sacada.

Necessário esclarecer que a cláusula *pro solvendo* não opera a novação do crédito, ao passo que a cláusula *pro soluto* acarreta a novação.

Luiz Rodrigo Lemmi (2005, p. 72), entende que nas hipóteses em que o direito cambiário impõe o direito de regresso nada impediria que em um instrumento apartado as partes estipulassem a renúncia a esse direito. Na falta desse instrumento complementar, o que vale é a regulamentação legal para a modalidade de transferência de crédito escolhida pelas partes. Essa renúncia ao direito de regresso deixaria de ser cambiária, mas produziria efeitos entre as partes.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível n. 0045716-04.2010.8.26.0001/SP (SÃO PAULO, 2013a), sendo relator o Desembargador Ademir Benedito, da 21ª Câmara de Direito Privado, DJe 25.02.2013, entendeu ser válida a pactuação da cláusula *pro solvendo*, estando assim resguardado o direito de regresso do faturizador. Eis a ementa:

> Apelação - Ação declaratória de inexistência de débito - Contrato de fomento mercantil ("*factoring*") - Protesto tirado contra a cedente da duplicata, pela cessionária[114] - Inocorrência de nulidade do título de credito - Garantia no contrato de fomento mercantil que não se afigura abusiva ou ilegal - Inexistência, ademais, de vícios de vontade na contratação - Recurso desprovido - Sentença mantida.

Segundo o relatório, tratou-se de ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenizatória por danos morais, proposta por Himafe Ind. e Com. de Máquinas e Ferramentas Ltda. contra Norte Factoring Fomento Mercantil Ltda., fundada no apontamento do nome da autora em cadastros de inadimplentes, pelo não pagamento de duplicata cedida à ré, sociedade de fomento mercantil. Pela sentença o feito foi julgado improcedente, condenando-se a requerente ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários

[114] Pela leitura das peças processuais disponíveis não é possível saber se o acórdão, ao empregar os termos "cedente" e "cessionária", foi tecnicamente correto, tratando-se de cessão operada por contrato, ou se cometeu imprecisão, ao empregar os termos para a transmissão dos créditos pelo regime cambiário.

advocatícios. Inconformada, apelou a autora. Alegou que, pelo contrato de faturização, a faturizada cede seus créditos à faturizadora, que assume os riscos pelo inadimplemento dos títulos cedidos e, ao mesmo tempo, garante o pagamento dos valores neles insertos à faturizada. Defendeu ser nulo o contrato que prevê a responsabilidade *pro solvendo* do faturízado, posto caracterizar um contrato tipicamente bancário (desconto de títulos), o que é vedado pelo ordenamento. Insistiu na ilegalidade da inclusão de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, fato que leva ao pagamento de indenização moral.

No voto, o relator Des. Ademir Benedito afirmou que a sentença deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, e que não se vê razão jurídica para se afastar o protesto do título de crédito inadimplido, ou a negativação dos dados da recorrente. Isto porque não só o contrato firmado entre as partes previa expressamente a responsabilidade da apelante pelo cumprimento da prestação constante dos títulos negociados, mas também o aditivo contratual, que discrimina a duplicata em questão, ratificou os termos do pacto assinado, anteriormente referido. Acrescentou que embora se destine a garantir operação de fomento mercantil, e isso é inconteste, não há regra legal de qualquer espécie proibindo a constituição desse tipo de garantia no mencionado negócio jurídico, que, em si mesmo, não se confunde com operação de desconto, mas que pode ser garantido pelos instrumentos jurídicos previstos no sistema.

Aduziu o relator também que não é justo que alguém, embora assuma riscos, não se possa acautelar contra os mesmos, visto que o direito não impede isso, e porque a proibição de garantia implicaria possível enriquecimento ilícito por parte daquele que se beneficia da venda de seus créditos junto à faturizadora. Outrossim, entende-se que não há desvirtuamento, muito menos fraude, na constituição de garantia para a faturizadora, garantia essa que pode ser constituída em qualquer outro tipo de negócio, e que não ofende diretamente nenhuma regra legal. E, segundo preceito do art. 5°, II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O contrato firmado, considerou o relator, prevalece por si próprio, pelo que nele se contém, e é exigível, principalmente porque a apelante nunca negou sua livre adesão a ele, muito menos alegou ou comprovou que tenha sido coagida a tanto ou incorrido em erro; e que não há fraude na assinatura e não há negócio escuso ou proibido pela lei. Há simplesmente garantia de uma obrigação pecuniária de terceiro, o sacado nas duplicatas, e nada no direito impede a sua constituição e existência. O relator concluiu que o pedido era totalmente improcedente. Se a recorrente se sentiu lesada pela negativação de seus dados, devia

eventualmente se voltar contra aquele que lhe causara o dano ao frustrar o pagamento do título, se assim entender devido. Negou-se provimento ao recurso.

Uma vez seja admitido que o faturizado garanta a solvência do devedor perante o faturizador, assumindo os riscos do inadimplemento, cabe analisar mais especificamente o direito de regresso, o que será feito na próxima seção.

3.6 O direito de regresso na atividade de faturização. Proposta de sistematização

Luiz Lemos Leite (2010, p. 60) afirma que houve ao longo dos anos uma preocupação por parte dos empresários e das autoridades em estabelecer um limite de atuação das sociedades de fomento mercantil, para não haver confusão com a atividade das instituições financeiras, cada qual com estrutura jurídica própria e função econômica específica.

Aduz o mesmo autor que

> surgem a todo instante indagações acerca dos limites e das possibilidades de identidade entre a atividade de fomento mercantil e atividade bancária, especificamente quanto à insistência em estigmatizar a prática do direito de regresso como elemento identificador da atividade das instituições financeiras (*Idem*).

Como visto no início da obra, o fomento mercantil no Brasil ainda não foi objeto de disciplina legal. Há diplomas esparsos que tratam apenas de alguns aspectos da atividade, como a tributação. Deste modo, há um confuso arcabouço jurídico, o que acarreta insegurança jurídica.

Além disso, em alguns casos, chegou-se ao extremo de imputar ao membro da sociedade de fomento mercantil crime de operar como instituição financeira irregular, com fundamento no art. 16 da Lei n. 7.492/1986[115], para aquelas sociedades de fomento que realizam o direito de regresso, com a argumentação de que elas, ao fazê-lo, praticam atividade privativa de instituição financeira.

Como visto, o art. 17 da Lei 4.595/1964 apresenta a conceituação das atividades privativas de instituições financeiras, delineadas na trilogia *coleta, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros*.

No caso de ser *pro soluto*, ou seja, sem direito de regresso, a remuneração da

[115] Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

faturizada será maior, abatendo percentual maior dos títulos transmitidos. Sendo *pro solvendo*, com direito de regresso, o abate no valor dos títulos será menor, por ser menor o risco.

Augusto Passamani Bufulin (2014, p. 132) afirma que nada impede o direito de regresso nos casos de insolvabilidade[116] do devedor, quando esse direito ficar previsto expressamente no contrato celebrado entre o faturizador e o faturizado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apresenta dois entendimentos acerca do direito de regresso. O primeiro, majoritário, liderado pelo Ministro João Otávio de Noronha (BRASIL, 2008b), entende não ser cabível o direito de regresso da faturizadora em relação à faturizada caso o título não seja pago pelo devedor, como se pode observar no seguinte trecho do Recurso Especial n. 992.421/RS:

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

Esse recurso especial será estudado com mais atenção logo a seguir.

O segundo entendimento, minoritário, foi capitaneado pelo então Ministro Humberto Gomes de Barros (BRASIL, 2008a), no Recurso Especial n. 820.672/DF, já estudado no capítulo anterior, segundo o qual "salvo estipulação expressa na cártula, a endossante-faturizada garante o pagamento do cheque à endossatária-faturizadora".

Para o magistrado, não há nada que impeça a possibilidade de endosso pela faturizada

---

[116] Aparentemente, o autor parece confundir os conceitos de insolvabilidade e de inadimplemento contratual. Segundo Écio Perin Júnior (2006, p. 167), "O inadimplemento é um fato relativo à própria pessoa, posto que pode ocorrer por erro ou negligência , constituindo-se em um fato jurídico próprio, de caráter personalíssimo, ao passo que a insolvência é um estado, ou ainda, um fato econômico próprio do patrimônio.
Ao estado econômico de insolvência do empresário corresponde um processo particular – falimentar – destinado a liquidar os bens do devedor em favor dos seus credores. Pode-se dizer que a insolvência é o inadimplemento qualificado pela falta de razão de direito.
Já a insolvabilidade, também chamada de insolvência presumida, é a inaptidão econômica a adimplir obrigações, seja em virtude de uma deficiência patrimonial, seja por falta de meios líquidos para cumprir a prestação. No direito brasileiro, como será amplamente discutido mais adiante, a quebra pode ser declarada tanto pela insolvência caracterizada pelo protesto (impontualidade injustificada) – art. 94, I, da LFRE – quanto pela insolvabilidade – art. 94, II e III, da LFRE."
Frise-se que o inadimplemento obrigacional é regulado pelo arts. 389 a 420 do Código Civil. O conceito de inadimplemento era apresentado pelo art. 748 do CPC/1973, sem correspondente no CPC/2015, segundo o qual "dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor". Deste modo, o insolvente não paga porque não tem recursos suficientes, enquanto que o inadimplente não paga a obrigação, mas pode ter condições para quitar o que deve.

à faturizadora, assumindo aquela a responsabilidade pelo pagamento do título, caso o devedor não o faça. Segundo sua posição

> As sociedades empresárias de fomento mercantil estão sujeitas aos mesmos direitos e obrigações que qualquer outra sociedade que explore outra atividade empresarial, não havendo razão para distinção.
> Em suma, a exclusão da garantia do endosso às sociedades de fomento mercantil é incompatível com os princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa e da legalidade. […] Ao se negar ao faturizador o direito de regresso decorrente do endosso é possível que se esteja a chancelar uma fraude (vulgo calote) decorrente de possível conluio entre emitente do título e faturizado. Perceba-se que alguém pode sacar títulos frios em benefício do faturizado já com prévia intenção de frustrar-lhes o comprimento (p. ex. Por contraordem ao banco sacado, no caso do cheque). Daí o faturizador que pagou pelo título garantido pela segurança do endosso fica frustrado por um entendimento jurisprudencial louvado em opiniões doutrinárias sem qualquer amparo legal.

Com o devido respeito às opiniões contrárias, entende-se que a colocação mais acertada é a de que deve ser admitido o direito de regresso se as partes assim pactuaram, ao passo que ele não deve ser admitido se as partes assim entenderam.

Por outro lado, ainda que as partes não tenham avençado o direito de regresso, este deve ser admitido por fato imputável ao faturizado ou ao devedor, como no caso de má-fé, por exemplo, conforme já é pacífico na doutrina e na jurisprudência.

Então, como proposta de sistematização, as hipóteses de direito de regresso devem ser analisadas separadamente, o que se faz a seguir.

3.6.1 O direito de regresso resultante de fato imputável ao faturizado ou ao devedor, independentemente de previsão contratual

No primeiro caso, ainda que não haja previsão contratual, permite-se o regresso do faturizador contra o faturizado por razões de ética nas relações empresariais, como no caso de emissão de duplicatas de ma-fé, até como meio de se impedir o enriquecimento indevido do faturizado. Mas não se resume à má-fé. Também entra nesta categoria o caso de incapacidade das partes, ou de caso fortuito ou força maior.

Salienta Arnaldo Rizzardo (2004, p. 123) que ao ser realizada a operação de faturização o crédito deve ser existente, sendo isso exigido pelo direito positivo vigente. Do contrário, falharia um dos elementos da compra e venda, que é o objeto.

Waldírio Bulgarelli (1997, p. 502) defende o direito de regresso se vier a comprovar-se

a inexigibilidade do crédito por sua incerteza, ilicitude ou irregularidade, ou, em se tratando de crédito materializado em título cambial ou cambiariforme, quando não recebidas as mercadorias pelo devedor, ou constatarem-se diferenças, vícios e defeitos nas mercadorias.

Deste modo, permite-se, por exemplo, que o faturizador-endossatário se volte contra o faturizado-endossante nas hipóteses do art. 8º da Lei n. 5.474/1968, segundo o qual

> 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 das mercadorias, devidamente comprovados;
> III – divergência nos prazos ou nos preços ajustados.

Lembra oportunamente Arnaldo Rizzardo (2004, p. 127) que não se esgotam nas hipóteses acima os motivos de recusa de pagamentos, existindo outros, como alteração unilateral nos preços previamente acertados; falsidade na emissão ou na assinatura do aceitante, ou aceite por pessoa não autorizada.

Assim consignou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 43.914/RS, estudado na subdivisão 2.4:

> Frustrada a expectativa do cessionário de títulos, por força de contrato de 'factoring', de receber o respectivo valor, por ato imputável ao cedente, fica esse responsável pelo pagamento.
> Juros – cômputo a partir da citação.

Afirma Arnaldo Rizzardo (2004, p. 124) que a faturização constitui uma figura jurídica complexa, integrando-a vários elementos, dentre os quais a cessão de créditos.

Uma vez não sendo certo, lícito e regular o crédito, e vencendo o prazo para o devedor, cabe o direito de o cessionário reclamar contra o transmitente aquele mesmo crédito, ou o valor que ele pagou pelo título.

As exceções pessoais do devedor só podem ser opostas ao cessionário quando ele estiver, em relação àquela, na mesma situação em que estava o cedente, isto é, tenham origem anterior ao momento em que o cedente ficou ciente da cessão. Dentre as exceções estão a de pagamento e novação.

Salienta o autor que, quanto à impossibilidade de oposição ao cessionário de boa-fé a simulação do cedente, justifica-se supondo que tenha havido conluio entre o cedente e o devedor.

De qualquer forma, continua o autor, responde o cedente pela existência do crédito no momento da transmissão. Deve o faturizado realmente ser credor, sob pena de ser obrigado a ressarcir o faturizador pelo valor recebido, segundo os termos do artigo 295 do Código Civil: “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”. No que toca a última parte do dispositivo, não se aplica à faturização, por não existir cessão por título gratuito.

Além disso, frisa, o crédito deve ser verdadeiro, ou seja, deve ter uma origem, ou representar um negócio. Caso esteja extinto, pela prescrição, ou suspensa a exigibilidade, ou dependente de condição, não podia ser objeto de transmissão. De outro lado, impõe-se que realmente pertença ao cedente, ou que seja legítimo do cedente, e não de outra pessoa, pois a titularidade é fundamental.

A importância, segundo Arnaldo Rizzardo (2004, p. 125), deve ser verificada no momento da transmissão. Caso ocorra a prescrição posteriormente, não cabe a pretensão ao reembolso.

Além disso, não se confunde a exigibilidade com a solvência do devedor. A exigibilidade do título não pode ser confundida com a solvência do devedor. A garantia a ela relativa significa a validade e subsistência do título no momento da cessão.

Desta forma, vale a regularidade do título. Quanto à capacidade do devedor em pagar, ela deve ser aferida no momento da transmissão do crédito. Se houver a aceitação do negócio, presume-se que o cessionário/endossatário concordou em correr o risco quanto ao inadimplemento, ou que não foi ele cauteloso em verificar a capacidade de pagamento do devedor.

3.6.2. O direito de regresso pactuado pelas partes

Por sua vez, se as partes estipularam que pode haver direito de regresso, respondendo o faturizado pela solvência dos créditos, este direito deve ser acolhido.

Entende-se que o faturizado deve ter atenção à cláusula contratual que estipula o direito de regresso, inclusive negociando que o deságio na negociação dos títulos seja menor, pelo grau inferior de risco do negócio para a outra parte.

O que não é razoável é o faturizado estipular no contrato que responde pela solvência

do devedor, e depois se negar a pagar os valores, se o faturizador exercer o direito de regresso. E pior, muitas das vezes o caso é levado a juízo, gerando ainda mais insegurança jurídica, sendo que a pretensão na maioria das vezes tem sido acolhida pelo judiciário, como visto, o que prejudica o ambiente de negócios.

Não obstante, observa-se na pesquisa jurisprudencial que os tribunais ao longo dos últimos anos têm por vezes, em posição minoritária, diga-se mais uma vez, admitido o direito de regresso pactuado pelas partes.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (DISTRITO FEDERAL, 1997) decidiu, na Apelação Cível n. 4.179.296, relatora Juíza Haydevalda Sampaio, 4ª Turma Cível, publicado no DJU em 25/06/1997 decidiu:

> EMBARGOS EXECUÇÃO - CESSÃO DE CRÉDITO - *FACTORING* – RESPONSABILIDADE DO FATURIZADO - CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA.
> 1. Devidamente instruído o feito com os documentos necessários para o deslinde da causa, inocorre cerceamento de defesa em decorrência do julgamento antecipado da lide. A garantia constitucional da ampla defesa não se compadece com a prática de atos tidos como desnecessários, visando apenas retardar o deslinde da controvérsia, sem força para elidir a prova documental produzida nos autos, não tendo a apelante sequer pleiteado a cassação da decisão monocrática.
> 2. O *factoring*, faturização ou fomento mercantil, ainda não se encontra regularizado especificamente entre nós, é um contrato atípico pelo qual uma das partes cede a outra um crédito, responsabilizando-se o faturizado pela existência do crédito e pelo seu pagamento. Não poderia ser de outra forma, caso contrário importaria em enriquecimento ilícito, vez que os créditos negociados são pagos adiantadamente pela empresa faturizadora ao faturizado no momento da cessão.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2005), no Agravo de Instrumento n. 2004.033451-8, sendo relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, da 2ª Câmara de Direito Comercial, julgado em 17.03.2005, admitiu que as partes podem estipular o direito de regresso, apesar de ter considerado imprecisamente que a regra geral é a da cessão de créditos.

É o que se extrai da ementa do acórdão:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - LIMINAR DE RETIRADA DO NOME DA AUTORA DOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO NEGADA - CONTRATO DE *FACTORING* - NÃO EQUIVALÊNCIA DAS EMPRESAS FATURIZADORAS ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - INEXISTÊNCIA, EM REGRA, DE DIREITO DE REGRESSO DA FATURIZADORA EM RELAÇÃO À FATURIZADA -

> AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE MAUS PAGADORES - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.
>
> Não há que se confundir a faturização com as operações de desconto bancário. Nem mesmo pode-se considerar as empresas de *factoring* como instituições financeiras, pois não realizam atividades bancárias e tampouco são reguladas pelo Banco Central do Brasil.
>
> Uma das principais características dos contratos de fomento mercantil é a inexistência de direito de regresso por parte da faturizadora em relação à faturizada (cliente). A empresa de *factoring* assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor. Esta é a regra geral da cessão de crédito disposta do art. 296 do Código Civil, qual seja, o cedente não responde pela solvência do devedor, salvo estipulação em contrário. Tal estipulação deve estar expressamente convencionada no contrato de *factoring*.

Conforme relatório, o agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, foi interposto contra decisão que, em sede de ação declaratória de inexistência de débito c/c danos morais e pedido de liminar proposta por Mitt Masche Têxtil Ltda. contra JSME Factoring Fomento Comercial Ltda., indeferiu o pedido liminar de retirada do nome da autora dos cadastros de proteção ao crédito. O argumento foi de que a autora continua responsável pela solução das dívidas em função do inadimplemento dos devedores principais.

Alegou a agravante que seu nome deveria ser excluído dos cadastros de inadimplentes porque as faturizadoras não têm direito de regresso contra o faturizado, além disso, não se trata de desconto bancário.

O efeito suspensivo restou concedido e o relator considerou que, primeiramente, não há que se confundir a faturização com as operações de desconto bancário. Nem mesmo pode-se considerar as faturizadoras como instituições financeiras, pois não realizam atividades bancárias e tampouco são reguladas pelo Banco Central do Brasil.

Apontou o relator que assim já se manifestou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> COMERCIAL - *FACTORING* - ATIVIDADE NÃO ABRANGIDA PELO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - INAPLICABILIDADE DO JUROS PERMITIDOS ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.
>
> I - O *Factoring* distancia-se da instituição financeira porque seus negócios não se abrigam no direito de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso. Daí que nesse tipo de contrato não se aplicam os juros permitidos às instituições financeiras. É que as empresas que operam como *factoring* não se incluem no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.
>
> (RESP n. 119.705/RS, Terceira Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter.)

Acrescentou o relator Des. Sérgio Luz que, quanto à responsabilidade do faturizado pelo crédito cedido, mister se faz analisar a definição desta atividade. Assim, a faturização, também conhecida como fomento mercantil, caracteriza-se pela aquisição de créditos de uma empresa-cliente pela empresa faturizadora, a qual responsabiliza-se pela cobrança, mediante uma remuneração ou comissão, ou ainda, fazendo a compra com redução em relação ao valor dos créditos. Da análise do conceito, segundo o relator, decorre uma das principais características dos contratos de fomento mercantil, qual seja, a inexistência de direito de regresso por parte da faturizadora em relação à faturizada (cliente), pois a faturizadora assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência[117] do devedor.

Afirmou o relator que, de acordo com a história do fomento mercantil no Brasil, percebe-se que este instituto caminhou no sentido de assumir todos os riscos pela insolvência do devedor. No que concerne à cessão de crédito operada, a regra geral, disposta do art. 296 do Código Civil, é a de que o cedente não responde pela solvência do devedor, salvo estipulação em contrário. Tal estipulação deve estar expressamente convencionada no contrato.

Alegou a agravante que não possui cópia do contrato, bem como não estipulou qualquer cláusula de garantia pela solvência do devedor.

Assim, ponderou o relator, diante da regra geral apontada e da ausência do contrato para que se possa verificar a autenticidade das declarações, para que a agravante não seja prejudicada, o afastamento de seu nome dos cadastros de proteção ao crédito é medida que se impõe. Colhe-se da jurisprudência desta Egrégia Corte:

> EXECUÇÃO - Avalista - Nota promissória - Vinculação a contrato de faturização - Afirmação destruída nos autos - Obrigação resultante de aval - Autonomia - Embargos rejeitados - Sentença confirmada - Reclamo recursal desacolhido.
>
> Nos contratos de *factoring* o crédito é transferido à empresa de faturização via cessão definitiva, de forma pro soluto. O cessionário, ao adquirir o crédito, adquire também os riscos de sua solvabilidade, aos quais não fica vinculado o cedente. De regra, destarte, são inexequíveis os títulos emitidos, pelo cedente, em garantia do êxito da operação.
>
> Subsiste, entretanto, a responsabilidade do cedente e, por igual de seu avalista, quando a promissória executada não foi emitida como garantia de operação de *factoring*, mas sim como pagamento de débito ligado ao reconhecimento, pela

[117] Cabe a observação de que o magistrado parece confundir os conceitos de insolvência e inadimplemento, visto que no contrato de faturização, a faturizadora pode assumir o risco de inadimplemento do devedor, não necessariamente o da insolvência.

> cedente, da ausência de causa a justificar a emissão dos títulos cedidos." (AC n. 2001.006060-4, de Joinville, rel. Des. Trindade dos Santos, julgado em 12/04/2002). (grifo nosso)

Portanto, concluiu o relator, de acordo com os documentos colacionados aos autos, ausente justa causa a possibilitar a inscrição do nome da agravante nos cadastros de maus pagadores, razão pela qual deu provimento ao recurso.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2013b), no julgamento da Apelação Cível n. 0215408-97.2007.8.26.0100, relator Desembargador Campos Mello, da 22ª Câmara de Direito Privado, DJe de 04/04/2013, manteve decisão de primeira instância, ao afirmar não haver ilegalidade na pactuação do direito de regresso entre as partes. Eis a ementa:

> EMBARGOS A MANDADO MONITÓRIO. CONTRATO DE *FACTORING*. SENTENÇA DE 1MPROCEDÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. PARTES LEGÍTIMAS À PROPOSITURA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA INSTITUIÇÃO DE DIREITO DE REGRESSO. RECURSO DESPROVIDO .

A decisão de primeiro grau foi assim lavrada:

> PROCRED TECNOLOGIA E FOMENTO MECANTIL LTDA ajuizou a presente ação monitória em face de FRUITS INDUSTRIA E COMÉRCIO DE SABONETES LTDA e ANTONIO DA SILVA PRADO JÚNIOR, alegando, em síntese, que celebrou com a primeira ré contrato de fomento mercantil, figurando o segundo requerido como responsável solidário pelo pagamento do título cedido no valor de R$6250,00. Como a duplicata não foi honrada, requer a constituição de título executivo judicial com a condenação dos requeridos ao pagamento da quantia de R$7.466,98. Juntou documentos.
> Validamente citados, os réus apresentaram embargos à monitória alegando, preliminarmente, ilegitimidade passiva. No mérito, dizem que cabia ao embargado ingressar com ação própria em face da empresa sacada ou ainda ter levado o título a protesto
> Impugnação aos embargos nos autos.
>
> É o relatório.
>
> DECIDO.
>
> O feito comporta julgamento antecipado, sendo desnecessária a produção de outras provas.
>
> Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva, vez que a matéria diz respeito ao mérito.
>
> E, no mérito, o pedido monitório procedente, rejeitando-se as razões dos embargos.
>
> Com efeito, o instrumento contratual colacionado aos autos às fls.21 e seguintes expressamente prevê a responsabilidade solidária, em sua cláusula 8ª, parágrafo 2º. Isto porque em referida cláusula constou que, em caso de inadimplência, a contratante, ora ré, deverá arcar com o pagamento do título. Também está previsto no mesmo instrumento contratual que o segundo réu é responsável solidário pelo

débito.

Note-se que o contrato não é impugnado pelos embargantes, assim como também restou incontroversa a inadimplência e o valor do débito.

Desta forma, uma vez enfrentada a questão da responsabilidade pelo pagamento da obrigação, apenas resta a procedência do pedido.

Diante do exposto, REJEITO os embargos dos réus (artigo 1.102.c, § 3º do Código de Processo Civil) e JULGO PROCEDENTE a ação monitória, constituindo, de pleno direito, o título executivo judicial, para CONDENAR a ré no pagamento de R$7.466,98, devidamente corrigidos pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde o ajuizamento e acrescidos de juros de 1% ao mês desde a citação, ambos computados até a data do efetivo pagamento.

Em virtude da sucumbência da parte requerida, condeno-a no pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios devidos à parte adversa que arbitro em 10% sobre o valor da condenação, tendo em vista os elementos balizadores que constam do artigo 20, §3º do Código de Processo Civil.
ANDREA DE ABREU E BRAGA
Juíza de Direito

Na apelação, alegaram os vencidos que a decisão não podia subsistir, pois eram partes ilegítimas à propositura, já que não é admissível o exercício do direito de regresso no contrato de fomento mercantil. Alegaram ainda que o fiador só responde na hipótese de vícios ou defeitos na qualidade dos serviços prestados, diferenças na quantidade ou na qualidade das mercadorias entregues, arrependimento ou desistência dos serviços adquiridos, avarias ou não recebimento das mercadorias, compensação, antecipação, pagamento direito ou em conta do sacador ou mesmo devolução de mercadorias. Asseveraram que nada disso ocorreu na espécie, já que se trata de simples inadimplência.

Afirmou o relator Des. Campos Mello que os apelantes são partes legítimas à propositura, e que o exame das condições da ação prescinde de cognição exauriente, sendo suficiente a verificação da congruência entre o que foi meramente narrado na peça vestibular e as consequências jurídicas que se atribuem ao réu, sendo a primeira ré a faturizada e o segundo réu o devedor solidário, na forma do pactuado na contrato de fomento mercantil. Daí resulta a legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda monitória.

Prosseguiu considerando que é admissível o exercício do direito de regresso no contrato de fomento mercantil. Afirmou que apesar de o risco assumido pelo faturizador ser inerente ao contrato em tela, não há qualquer óbice legal à instituição de garantia de pagamento pelo faturizado dos títulos transacionados e inadimplidos. Admitir tal restrição acarretaria ofensa ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal).

Aduziu o relator que as operações de faturização não estão revestidas de tipicidade

legal, e que não há no ordenamento positivo dispositivos que as regulem. Então, deduziu o relator, é inelutável a conclusão de que os apontamentos doutrinários a respeito de sua natureza jurídica, por respeitáveis que sejam, não podem ser adotados pelo intérprete e aplicador da lei quando contravenham algum dispositivo legal, o que ocorre em relação à operação em tela, que é válida; É possível que a endossatária de duplicatas objeto de contrato de faturização possa exercer seu direito de regresso contra a endossante e sacadora dos títulos, justamente por não haver no ordenamento nenhuma vedação a respeito. Não há nenhum fundamento legal a sustentar a assertiva de que nas operações de faturização em que haja endosso de títulos não é possível o exercício do direito de regresso e que o risco do negócio deve ficar concentrado no endossatário. Ao contrário, afirmou, se os títulos são transferidos por endosso, esse endosso estará necessariamente sujeito ao regime da Lei Cambiaria, que assegura o direito de regresso ao endossatário e não prevê modalidade de renúncia. Mesmo aquela renúncia porventura expressa em contrato de fomento mercantil seria inócua, visto que a lei não admite declarações cambiárias fora da cártula.

Deste modo, afirmou o relator que se é possível o exercício do direito de regresso cambiário, também será possível a simples imposição ao faturizado da responsabilidade pelo pagamento dos títulos inadimplidos.

Concluiu que sequer foi alegado qualquer vício de consentimento na celebração do contrato de fomento mercantil. Assim, suas cláusulas não podem ser invalidadas, mormente à luz do princípio do *venire contra factum proprium*, lastreado na boa-fé (art. 422 do Código Civil) e na confiança.

Quanto a este acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a única observação a ser feita é a de que o relator admite o direito de regresso pactuado pelas partes, mas afirma que o risco da faturizadora é inerente ao contrato, o que soa de certa forma contraditório. Entende-se que a assunção dos riscos do negócio pela faturizadora não é característica imanente ao contrato de faturização.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2013c), na Apelação Cível n. 0008019-18.2009.8.26.0248/SP, relator Desembargador Itamar Gaino, da 21ª Câmara de Direito Privado, publicada em DJe 12.07.2013, também considerou válida a estipulação do direito de regresso, em que pese ter misturado os regimes de cessão e de endosso.

> Ação anulatória - Contrato de fomento mercantil ("factoring") Cessão de crédito - Nota promissória.

> 1. A responsabilidade do cessionário pelo crédito cedido decorre de estipulação legal (artigo 295 do CC), respondendo, também, pela higidez econômica do devedor se a assumir por convenção (artigo 296 do CC).
> 2. No "factoring" a responsabilidade do cedente-faturízado pode ser convencionada. Não tendo o faturizador alcançado êxito perante o devedor-cedido, cobra o valor da duplicata contra o cedente, em caráter de regresso, havendo clara estipulação contratual a esse respeito.

No caso concreto, Prior Pack Indústria e Comércio Ltda. ingressou com ação anulatória de título de crédito contra Lego Fomento Mercantil Ltda., alegando, em síntese, ter celebrado com a ré um contrato de fomento mercantil, onde foi exigida a emissão de nota promissória para garantia da operação, entendendo correr a ré o risco do inadimplemento dos títulos anteriormente adquiridos, sendo nula a nota promissória outrora emitida. Anteriormente à ação, ingressou a autora com medida cautelar de sustação de protesto, onde alegou os mesmos motivos da ação principal, tendo requerido medida liminar para evitar o protesto do título em poder da ré, sendo concedida a medida liminar.

Sendo a ré regularmente citada, apresentou contestação em todos os processos, acompanhada de documentos, alegando a validade do contrato de fomento mercantil, bem como a cláusula prevendo recompra de títulos nos casos de vícios ou inadimplência dos sacados da autora.

O juízo de primeiro grau julgou procedente a ação para decretar a anulação da nota promissória referida na inicial.

No voto, o relator Des. Itamar Gaino considerou que o contrato de faturização é atípico, caracterizando-se predominantemente pela cessão de crédito.

Acrescentou que, segundo o art. 295 do Código Civil, 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, e que, consoante o art. 296, salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor. Tratando-se, pois, de inexistência do crédito, a responsabilidade do cedente perante o cessionário decorre da lei. Cuidando-se, porém, de insolvência[118] do devedor-cedido, a responsabilidade decorre de estipulação contratual.

Além disso, o relator apontou que, na faturização, que envolve a compra de crédito mediante pagamento à vista, a responsabilidade do cedente-faturizado pode ser

[118] Também neste *decisum* parece haver imprecisão na aplicação dos conceitos de insolvência e inadimplemento.

convencionada para o caso de insolvência[119] do devedor, assumindo essa responsabilidade conotação subsidiária, ou seja, o cessionario-faturizador apenas pode agir em caráter de regresso se não conseguir satisfazer seu direito perante o devedor-cedido.

Nada impede, afirmou o relator, que no contrato de faturização haja estipulação da responsabilidade subsidiária do faturizado; já que há claramente o permissivo do referido art. 296 do Código Civil; e no caso, em que o faturizador, não tendo alcançado êxito perante o devedor-cedido, cobra o valor da duplicata contra o cedente, em caráter de regresso, há clara estipulação contratual a esse respeito. De modo que não pode o faturizado insurgir-se, merecendo reforma a sentença de procedência de sua pretensão.

Assim, o relator deu provimento ao recurso, julgando-se improcedentes a ação anulatória de título de crédito e a cautelar em apenso.

Em voto divergente, o Desembargador Alexandre Marcondes, afirmou que a ação tem por objeto uma nota promissória emitida pela apelada em garantia de contrato de faturização celebrado com a apelante, conforme previsto na cláusula 18ª do contrato.

Considerou o magistrado que a emissão de nota promissória em garantia de contrato de faturização é inadmissível, pois o faturizador assume o risco da não liquidação dos títulos negociados, sem direito de regresso contra o faturizado, consoante precedente da 15ª Câmara de Direito Privado a respeito do contrato de faturização:

> Nesse tipo de operação, se, por um lado, o faturizador (aquele que recebe os créditos) tem o direito de recusar os títulos apresentados pelo faturizado, por outro lado, assume o risco de eventual não pagamento do título, sem direito de regresso. Ou seja, o faturizado não responde pela solvência dos títulos, aceitos pelo faturizador, na medida em que já cumprida a sua obrigação de ter descontado uma percentagem sobre o valor dos títulos negociados (Apelação n° 9141212-75.2008.8.26.0000, Rei. Des. Edgard Jorge Lauand, julgamento em 29/05/2012).

Assim, afirmou o Des. Alexandre Marcondes, a nota promissória é de fato nula e inexigível, mesmo emitida com respaldo em cláusula contratual, neste particular inválida. No mesmo sentido julgado do E. Superior Tribunal de Justiça:

> AGRA VO REGIMENTAL - AÇÃO DECLARATÓRIA - NULIDADE DE NOTAS PROMISSÓRIAS - EMPRESA DE FACTORING - REALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS E DE DESCONTO DE TÍTULOS COM GARANTIA DE DIREITO DE REGRESSO - IMPOSSIBILIDADE - PRATICA PRIVA TIVA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS INTEGRANTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - PRECEDENTES DESTA CORTE - INCIDÊNCIA DO

[119] *Rectius*, inadimplemento.

> ENUNCIADO N 83 DA SÜMULA/STJ - ADEMAIS, ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANALISE DO CONJUNTO FÃTICOPROBATÓRIO - REEXAME DE PROVAS - ÓBICE DO ENUNCIADO N 7 D A SÚMULA/STJ - MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA-AGRAVO IMPROVIDO (AgRg no Ag. 1071538/SP, 3ª Turma, Rei. Min. Massami Uyeda, julgamento em 03/02/2009)

Em seguida, aduziu o magistrado outros precedentes do Tribunal a corroborar seu entendimento, acerca da inexigibilidade de nota promissória emitida em garantia de contrato de faturização:

> *Factoring* - Contrato de fomento - Risco do faturizador pela liquidação dos títulos negociados Exigência de garantia inadmissível, ante a natureza do relacionamento entre faturizador e faturizado. Sentença incensurável. Apelação desprovida (Apelação n. 0158194-12.2011.8.26.0100, Rei. Des. Luiz Sabbato, 17ª Câmara de Privado, julgamento em 28/11/2012).

> Agravo retido. Pedido de complementação de prova. Desnecessidade. Prova dos autos suficiente ao deslinde do feito (CPC, art. 130). Recurso desprovido. Apelação. Pedido de decretação de falência fundado em protesto de nota promissória dada em garantia de operação de "fomento mercantil". Impossibilidade, nesta espécie de contrato, de exigência de garantia pela solvência do débito representado no título de crédito. Inadimplência do devedor do título descontado intrínseca ao risco do negócio do faturizador, que é remunerado pelo deságio cobrado do faturizado. Contrato de "factoring" discutido na presente lide que, na realidade, foi utilizado para encobrir operação de mútuo a juros onzenários. Reforma da sentença. Recurso provido (Apelação n. 9101980-90.2007.8.26.0000, Rel. Des. César Ciampolini, 10ª Câmara de Privado, julgamento em 09/10/2012.).

Assim, o Des. Alexandre Marcondes votou pelo não provimento do recurso.

O desembargador Virgílio de Oliveira acompanhou o voto vencedor do relator. Afirmou inicialmente que é pensamento assente em expressiva jurisprudência que, assumindo o risco da insolvabilidade[120] dos títulos de crédito cedidos, razão pela qual cobra comissão, não pode o faturizador se voltar contra o cedente apoiando-se, para tanto, em nota promissória, dada em garantia, em exercício de regresso. A título de exemplo, colacionou a seguinte ementa:

> Ação de execução por título extrajudicial. Nota promissória emitida em garantia de contrato de faturização. Valor remanescente de duplicatas não pagas pelos sacados. Operação de *factoring* que não admite direito de regresso. Título anulado. Empresa de *factoring* que não é autorizada a realizar operação de desconto de títulos, privativa das instituições financeiras. Inadimplemento que representa o risco próprio do faturizador. Embargos do devedor procedentes. Sentença reformada. Recurso provido (Apelação 99109041336O SP, Rei. Adherbal Acquati, 15ª Câmara de Direito Privado, julgamento em 28/01/2010)

[120] *Rectius*, inadimplemento.

O Des. Virgílio de Oliveira considerou, porém, que esse pensamento impõe ao cessionário[121], ainda que tenha assumido riscos, indevido prejuízo em casos em que se torna impossível exigir de terceiro a quitação do título cedido, e que o Direito não tolera que haja o prejuízo. E, por isso, o regresso deve ser permitido, para que o cedente não incorra em enriquecimento sem causa.

Sendo assim, afirmou o magistrado, admite-se a higidez da nota promissória para o fim que foi formalizada, ou seja, com o propósito de servir de garantia em "caso de necessidade de recompra pela autora e inadimplência da mesma", conforme cláusula contratual.

Aduziu que o negócio havido entre as partes foi celebrado por pessoas capazes, envolvendo objeto lícito, na forma contratual permitida por lei, conforme art. 104 c/c 166, do Código Civil. E que não se pode tê-lo por inválido, porque decorreu da livre manifestação da vontade das partes, de modo que os "contratantes são obrigados aguardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa fé", conforme art. 422 do Código Civil. E em virtude desse princípio, impossível negar validade ao instrumento particular e à emissão da nota promissória, quando se estipulou, no contrato de fomento mercantil, a cláusula de recompra dos títulos que fossem eivados de vícios ou recusados pelos sacados.

Acrescentou que em casos precedentes, o Tribunal paulista decidiu:

> Nota promissória - Emissão vinculada a contrato de fomento mercantil, em garantia suplementar de cessão de direitos creditórios de duplicatas - Admissibilidade - Alegado encobrimento de mútuo, para cobrança de juros abusivos - Fato constitutivo do direito não demonstrado — Ação declaratória e medida cautelar de sustação de protesto - Improcedência - Revogação da liminar - Provimento da apelação da ré - Apelação da autora improvida (Apelação n. 0024247-08.2001.8.26.0003, Rei. Des. Matheus Fontes, 22ª Câmara de Dir. Privado, julgamento em 31/01/2011)

> Confissão de dívida - Títulos emitido em decorrência de contrato de fomento mercantil - Possibilidade - Embora no contrato de *factoring* ocorra a cessão plena dos direitos decorrentes do título de crédito, possível se mostra a garantia convencionada - Inexistência de irregularidades - Amortização da dívida e excesso de execução não comprovados - Recurso improvido" (Apelação n. 991.08.102998-3, Rei. Des. Maurício Ferreira Leite, 21ª Câmara de Dir. Privado, julgamento em 10/02/2010].

[121] *Rectius*, o transmitente do título, que pode ser cedente ou endossante.

> Também não há que se falar que as notas promissórias foram emitidas em garantia do contrato de *factoring* ou seja, da solvabilidade dos títulos cedidos. As notas promissórias foram dadas em garantia da obrigação de cessão dos títulos objeto do contrato de fomento à faturizadora, para que ela, então, pudesse cobrá-los. Repita-se, as notas promissórias garantem a solvência da obrigação de cessão dos títulos objeto do contrato de *factoring* e não a solvência das obrigações representadas pelos títulos que deveriam ser cedidos e não o foram. Neste caso, não se apresenta ilegal a exigência de uma garantia pela empresa de *factoring* garantia esta que se refere única e exclusivamente ao cumprimento de obrigação da faturizada (cessão dos títulos) e nenhuma relação mantêm com pagamento ou não dos títulos cedidos (Apelação n. 0079297- 81.2008.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, 12ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Tasso Duarte de Melo, julgamento em 15.08.2012)

O Des. Virgílio de Oliveira acrescentou ainda que, em se tratando de contrato de faturização, que evidencia a cessão de crédito[122], entende-se que "independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor, pode o cessionário exercer só atos do direito cedido", conforme art. 293 do Código Civil. Um ato conservatório do direito cedido pode ser o da emissão da nota promissória, para garantir, em regresso, que não sofra o prejuízo que viria se não se acautelasse.

Afirmou o magistrado que não havendo, portanto, impedimento legal, não pode a jurisprudência cercear o direito de o cessionário criar situação de regresso em caso de ficar impedido de obter a satisfação de seu crédito. Julgadas improcedentes a ação principal e a cautelar, foi imposto à autora o ônus de sucumbência.

O Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2008b), no Recurso Especial n. 992.421/RS, Quarta Turma, sendo relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha, publicado no DJe em 12/12/2008, afirmou expressamente que o direito de regresso da faturizadora pode ser pactuado no contrato, não obstante afirmar que o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele exercida, conforme a ementa:

> RECURSO ESPECIAL. TÍTULOS DE CRÉDITO. DUPLICATAS SEM CAUSA. PROTESTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO.
> 1. O contrato de *factoring* convencional é aquele que encerra a seguinte operação: a empresa-cliente transfere, mediante uma venda cujo pagamento dá-se à vista, para a empresa especializada em fomento mercantil, os créditos derivados do exercício da sua atividade empresarial na relação comercial com a sua própria clientela – os sacados, que são os devedores na transação mercantil.
> 2. Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente[123] em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o endossante/cedente de responder pela

[122] Cabe aqui a observação de que pode haver cessão ou o regime cambiário de transmissão dos títulos.
[123] *Rectius*, endossante.

> satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entres as partes.
> 3. Na indenização por dano moral por indevido protesto de título, mostra-se adequado o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Precedentes.
> 4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

Segundo o relator originário, Ministro Humberto Gomes de Barros, o recurso especial desafiou o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que dispunha:

> Conforme se vê pela certidão da fl. 25 dos autos principais, a FS Fomento Mercantil permitiu o protesto de duplicata irregularmente sacada pela requerida Cabral Artefatos de Couro. […] Portanto, não há falar em ilegitimidade passiva da empresa de *factoring*. […] No que toca às demandadas FS Fomento Mercantil e Serviços Ltda. e Valbank Fomento Mercantil Ltda., endossatárias das duplicatas, devem responder pelos protestos que efetuaram, pois também indevidos. No caso das empresas de *factoring*, o protesto era e é desnecessário para assegurar eventual direito de regresso. As operações de faturização ou *factoring*, por sua própria natureza, não asseguram direito de regresso, mesmo que o título seja endossado. Tratam-se tais operações de cessões de crédito, onde o risco de não recebimento dos títulos dos devedores é assumido pelo faturizador ou *factor*, onde não há qualquer direito de regresso contra eventuais endossantes. Além disso, nesses casos, pela própria natureza da operação, o devedor pode opor contra o faturizador as defesas que poderia opor à faturizada. Nesses casos, de faturização, o que ocorre são cessões de crédito e não endosso cambiário. Daí se reconhecer que, além de as duplicatas terem origem ilícita, o protesto revela-se ato desnecessário e abusivo. […] Portanto, no caso das rés FS Fomento Mercantil e Serviços Ltda. e Valbank Fomento Mercantil Ltda., a par da ilicitude na origem das duplicatas, situação que por si só já seria suficiente para responsabilizá-las pelo indevido protesto dos títulos, deve ser considerada também a circunstância de que era desnecessário o protesto que efetuaram. Assim, devem responder pelos danos causados à requerente.

A recorrente, FS Fomento Mercantil e Serviços Ltda., sucedida nos autos por Fiorelo Olyimpio Sacaris e outros, apontou ofensa ao art. 13, § 4º, da Lei 5.474/68 e divergência jurisprudencial. Alegou, em síntese, que: 1) o protesto da duplicata era necessário para garantir seu direito de regresso contra a endossante; e 2) o valor da indenização fixada em favor da recorrida é exagerado e merece ser reduzido.

Na origem, o juízo de admissibilidade foi negativo, o Relator originário proveu o Agravo n. 712.237/RS, determinando sua conversão em recurso especial, o que possibilitou o julgamento colegiado:

> *FACTORING*. DUPLICATA. SAQUE SEM CAUSA. ENDOSSO. NORMAS ESPECÍFICAS. PROTESTO. DIREITO DE REGRESSO. NECESSIDADE. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA.
> 1. No Brasil, a atividade conhecida como *factoring* não tem regulamentação específica. Por isso a relação existente entre as partes envolvidas no contrato rege-se pelas normas pertinentes aos fatos ocorridos.

> 2. O endosso de duplicata, ainda que motivado por contrato de *factoring*, observa a Lei 5.474/68.
> 3. Se o sacado não aceitou ou não pagou a duplicata, o endossatário tem o ônus de protestá-la para garantir o direito de regresso contra o endossante (Art. 13, § 4º, da Lei 5.474/68).
> 4. O endossatário que encaminha a duplicata a protesto necessário para resguardar seu direito de regresso contra o endossante não comete ilicitude, não devendo indenizar eventuais danos causados ao sacado.
> 5. O endossatário não age de má-fé se deixa de exigir do endossante os documentos relativos à existência do negócio jurídico que deu origem à duplicata. Primeiro, porque essa relação originária não é oponível a terceiro endossatário de boa-fé (Art. 25 da Lei 5.474/68 c/c Art. 17 da LUG); depois, porque ninguém tem obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei (Art. 5º, II, da Constituição Federal), e não há norma que imponha esse dever.
> 6. Aquele contra quem é sacada duplicata sem causa não tem interesse processual na declaração de nulidade do título. Tal declaração não lhe traz qualquer benefício, porque já está explicitada na própria falta de aceite. Prejudicado é quem recebeu o título por endosso e precisou dele para exercer o direito de regresso.
> 7. O sacado em duplicata emitida sem causa tem direito ao cancelamento do protesto, pois a manutenção do apontamento lhe causa prejuízos injustificáveis.
> 8. Mesmo cancelando o registro do protesto formulado pelo sacado, ressalva-se ao endossatário de boa-fé o direito de regresso contra o endossante

No voto, o Ministro Humberto Gomes de Barros ressaltou, inicialmente, que o litisconsórcio passivo formado é facultativo. Assim sendo, qualquer que seja o resultado, o julgamento o recurso não aproveita aos demais réus (que, inclusive, não se insurgiram contra o acórdão recorrido).

Acrescentou que para melhor compreensão da tese debatida, necessário relembrar brevemente o que se passou. A recorrente recebeu duplicata por endosso. Encaminhou o título a protesto. Foi chamada a defender-se em juízo pela sacada, que alegou ilicitude na emissão da duplicata e, consequentemente, ilicitude no protesto. Pediu anulação da duplicata, do protesto e indenização por danos morais.

O Tribunal gaúcho reformou a sentença e julgou procedentes os pedidos da autora (sacada). Anulou a duplicata, determinou o cancelamento do protesto e condenou a recorrente no pagamento de cinquenta salários-mínimos.

Conforme consta do relatório, o acórdão recorrido afastou a necessidade do protesto, por entender que aquele que recebe a duplicata em operação de faturização não tem direito de regresso contra quem lhe transmitiu o título. Em outras palavras: segundo o Tribunal gaúcho, o direito de regresso do endossatário contra o endossante não existiria quando a relação entre eles fosse regida por contrato de faturização.

Salientou, todavia, o relator originário, Min. Humberto Gomes de Barros, que o direito brasileiro não incorporou o contrato de faturização como um contrato típico, não havendo

regulamentação legal da atividade. Assim sendo, a fim de que se preserve o império da Lei, a relação existente entre os envolvidos num contrato de faturização deve ser regida pelas normas pertinentes aos fatos que materializam tal relação.

Destacou ainda que a faturizadora recebe o título de crédito por endosso, aplicando-se as normas referentes ao título e ao endosso, e que embora rica a doutrina sobre a faturização no Brasil, ela parte de premissa incontestável: inexistência de norma específica, e que tudo quanto se escreve em sede doutrinária tem base em ordenamentos estrangeiros ou, quando muito, em sugestões legislativas.

Frisou, contudo, que essa não é a atividade do magistrado, ao qual cabe valer-se do direito comparado apenas quando o ordenamento pátrio for omisso ou lacunoso, o que não é o caso.

O Min. Humberto Gomes de Barros afirmou que, tendo a faturizadora recebido a duplicata por endosso, há no Brasil legislação específica que rege este fato: a Lei 5.474/68. Sendo assim, essa norma deve reger o julgamento. E, pelo art. 13, § 4º, da Lei das Duplicatas, se o endossatário não promover o protesto do título, não poderá cobrá-lo do endossante. Trata-se justamente do conhecido “direito de regresso”. Assim, se o endossatário não recebeu do sacado, deverá interpor o protesto para que possa se voltar contra o endossante. Nessa atividade não há ilicitude. Há exercício regular de direito ou mais: exercício de ônus imposto por Lei, concluiu.

Afirmou o ministro que pouco importa se o título tinha ou não causa de emissão. Essa circunstância escapa ao controle do endossatário, que negocia diretamente com o endossante, não com o sacado.

Aduziu que não convence o argumento de que cabe ao endossatário exigir do endossante a documentação que comprove a regularidade da relação jurídica originária, ou seja, exigir, com a duplicata, os documentos que comprovem a entrega das mercadorias ou a prestação do serviço.

Primeiro, porque essa alegação é de natureza pessoal entre sacador e sacado. O terceiro endossatário não pode ser envolvido nessa discussão (princípios da autonomia, abstração e cartularidade - Art. 25 da Lei 5.474/68 c/c Art. 17 da LUG). Depois, porque não há norma que obrigue o terceiro endossatário a exigir a documentação comprobatória da regularidade do negócio jurídico originário.

Frisou que a Constituição Federal consagra, dentre as garantias individuais, o princípio

da legalidade (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei - Art. 5º, II, da CF/88). Impor ao endossatário obrigação de fazer algo que não consta de Lei é ignorar a garantia constitucional citada, ou seja, trata-se de exigência inconstitucional.

O Min. Humberto Gomes de Barros ponderou que tratando-se de contrato de faturização, se a transmissão da duplicata se deu por endosso, aplicam-se os arts. 13, § 4º, da Lei 5.474/68 e 25 da mesma Lei, combinado com o art. 17 da LUG. Por isso, o endossatário não está obrigado a exigir do endossante a documentação que comprove a regularidade do negócio jurídico originário.

Ressaltou o magistrado que a autora, então recorrida, tem o interesse em postular a declaração de existência ou inexistência de relação jurídica, mas que tal interesse deve ter alguma serventia (utilidade). Caso contrário, falta interesse processual na declaração pretendida.

O Min. Humberto Gomes de Barros considerou que a existência de duplicata fria em nada prejudica a sacada, se não ocorrer o protesto, não havendo porque declarar a nulidade do título[124]. A sacada não tinha, segundo o ministro, interesse nessa declaração, que de nada lhe serviria, e que a falta de aceite já é declaração suficiente de inexistência de obrigação. A sacada não se vincula à obrigação cambial se não aceitar a duplicata, como ocorreu no caso.

A declaração de nulidade da duplicata, afirma o magistrado, apenas prejudica a endossatária, que ainda tem direito de regresso contra a endossante pelo valor da dívida estampada no título. Logo, em relação à ré/recorrente, o pedido de declaração de nulidade do título não merece acolhimento por falta de interesse processual.

O acórdão recorrido concluiu que a duplicata foi emitida sem causa. Assim, mesmo reconhecida a legalidade dos atos praticados pela ré/recorrente, é procedente, segundo o ministro Humberto Gomes de Barros, o pedido de cancelamento do protesto, porque sua manutenção geraria prejuízos à sacada, que nada tem a ver com a dívida estampada na duplicata.

Malgrado a procedência do pedido de cancelamento de protesto, o ministro ressalvou o direito de regresso da endossatária/faturizadora contra a endossante/faturizada, porque comprovado nos autos o inadimplemento (legítimo) da sacada, em razão da ausência de causa subjacente. Entendeu não proceder, entretanto, o pedido indenizatório contra a recorrente

[124] Cabe aqui tecer comentário crítico à afirmação do magistrado. Por ser título de crédito causal, a falta de causa subjacente retira a validade da duplicata, haja ou não prejuízo, nos termos do art. 887 do Código Civil.

(ré/endossatária) porque agiu conforme determina (ou autoriza) a lei, e que o exercício regular de direito ou de ônus previsto em lei, por ser ato lícito não enseja responsabilidade civil.

O Ministro Humberto Gomes de Barros votou pelo provimento do recurso especial para reformar o acórdão recorrido e: 1) extinguir parcialmente o processo, sem exame de mérito, por falta de interesse processual da autora, então recorrida, (Art. 267, VI, do CPC/1973) na declaração de nulidade da duplicata protestada pela ré, ora recorrente; 2) julgar procedente o pedido de cancelamento do protesto formulado contra a recorrente (ré/endossatária), ressalvando expressamente seu direito de regresso contra a endossante da duplicata; e 3) julgar improcedente o pedido de reparação de danos formulado pela autora, ora recorrida, contra a recorrente (ré/endossatária).

O Ministro Ari Pargendler consignou que a instituição financeira, ao descontar a duplicata, assume risco próprio do negócio, conforme o entendimento majoritário. Se a leva a protesto por falta de aceite ou de pagamento, ainda que para o só efeito de garantir o direito de regresso, está legitimada passivamente à ação do sacado, proposta para obter o seu cancelamento. Considerou, a propósito do cancelamento do protesto, que a ação está bem fundada, porque para esse efeito a faturizadora, segundo seu entendimento, se equipara à instituição financeira.

Acrescentou que o tema atinente à indenização dos danos morais já foi objeto de divergência no âmbito da Turma, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 397.771/MG, relator p/acórdão o ministro Menezes Direito, prevalecendo o entendimento assim resumido na ementa:

> Anulação de títulos de crédito. Duplicata. Serasa. Protesto. Danos morais. Endosso. Caução.
> 1. A instituição financeira que recebe a duplicata mediante endosso-caução responde pelos danos decorrentes do protesto, já que caberia àquela verificar a causa do título.
> 2. Recurso especial conhecido, por maioria (DJ, 29.08.05)

Na condição de relator originário do Resp. n. 397.771, afirma o ministro Ari Pargendler que ficou vencido ao fundamento de que:

> Quem recebe, por endosso, uma duplicata mercantil não precisa investigar-lhe a causa. Mesmo o título de crédito causal, de que é exemplo típico a duplicata mercantil, vale para terceiros, pelo que nele se contém. A causa pode – é certo – ser impugnada pelo sacado e pelos avalistas. O endossatário, todavia, é estranho à relação subjacente ao título de crédito e age no exercício regular de direito ao protestá-la por falta de aceite, nos termos do artigo 13, § 4º, da Lei nº 5.474, de

1968, sob pena de comprometê-lo.

O ministro Ari Pargendler não conheceu do recurso especial, acompanhado pela ministra Nancy Andrighi.

Na sequência, o voto-vista do ministro Sidnei Benetti, que acompanhou o voto do ministro Humberto Gomes de Barros, dando provimento ao recurso especial, julgando improcedente a ação.

Afirmou o ministro Benetti que a tese central da recorrente é a de que "o protesto da duplicata era necessário para garantir seu direito de regresso contra a endossante", e que, realmente, para o regresso, tal protesto é necessário, na mais estrita interpretação do direito cambiário, a que se submetem também os títulos recebidos em operação de faturização.

Acrescentou que esse entendimento resulta da aplicação do art. 13, par. 4º, da Lei das Duplicatas (Lei n. 5.474/68), regra geral a que estão sujeitas as duplicatas recebidas em operação de fomento, diante do fato da inexistência de lei especial para a regência do instituto da faturização.

O min. Sidnei Benetti aduziu que não há, por outro lado, norma que imponha ao endossatário o dever de exigir do endossante documentos relativos à existência do negócio jurídico de que se origina a duplicata, visto que essa operação não é oponível a terceiro endossatário de boa-fé, nos termos do art. 25 da Lei das Duplicatas, c/c art. 17 LUG, donde a impossibilidade de impor-lhe tal obrigação de fazer, ante o que consta do art. 5º, II, da Constituição Federal.

Afirmou que essa interpretação preserva a pureza da principiologia cambiária, para a qual é essencial o protesto para fazer valer direitos contra o endossante[125], e quem factoriza não pode ser, via oblíqua da vedação do protesto, despojado da garantia de voltar-se contra endossantes de títulos que recebe.

Em seguida, desempatando a questão, o voto do relator para o acórdão, ministro João Otávio de Noronha. Destacou que a recorrente recebeu duplicata sem lastro em operação de faturização e, uma vez que o título não foi aceito, levou-o a protesto, fato que ensejou a propositura da ação. O Tribunal *a quo* entendeu que, em se tratando de contrato de faturização, não há por que falar em direito de regresso; daí ser o protesto indevido. Essa é a controvérsia constante dos autos, salientou o magistrado.

O ministro João Otávio de Noronha destacou que o contrato de faturização, na

[125] O texto do acórdão diz "endossatário" no lugar de "endossante", o que parece ser erro formal.

legislação pátria, não encontra regulamentação, nada obstante a doutrina dele tratar sem grandes divergências conceituais, segundo seu entendimento.

Acrescentou que as sociedades empresárias tidas por clientes vendem os créditos obtidos com as vendas que realizam, e o comprador, que é a sociedade de fomento mercantil, os compra efetuando pagamento à vista.

Frisou o relator para o acórdão que, nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda do bem, exonerando-se o endossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida. Daí, inclusive, o motivo de a comissão cobrada ser elevada se comparada à operação de desconto, além da possibilidade de o faturizador escolher os títulos a serem adquiridos.

Aduziu também o ministro que se pode até aceitar, por não haver legislação regulamentando o contrato de faturização, a previsão de cláusula que coloque o endossante na posição de garante do título. Mas, além de tal questão atrair a análise de outras, tais como a responsabilidade ser solidária ou subsidiária (em razão da especificidade do contrato), isso não foi assunto cogitado nos autos do processo. Assim, deduziu, se não há direito de regresso o protesto da duplicata foi indevido.

O ministro João Otávio de Noronha conheceu parcialmente do recurso especial, apenas no que toca a redução do valor da indenização por danos morais. A Terceira Turma, por maioria, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento em parte.

Em que pese ser posição minoritária, o reconhecimento da validade do direito de regresso pactuado pelas partes tem ganho maior consistência na jurisprudência brasileira nos últimos anos.

3.7 Uma proposta de classificação do contrato de faturização para o direito brasileiro

Tomando por critérios a antecipação de recursos e o direito de regresso, propõe-se a seguinte classificação do contrato de faturização, livremente inspirada pela experiência portuguesa (VASCONCELOS, 1999, p. 357-427), com as devidas adaptações para o ordenamento jurídico brasileiro.

A presença ou a ausência de determinados elementos integrantes do contrato altera

certas obrigações das partes, dando ensejo a consequências jurídicas diversas.

3.7.1 A faturização sem direito de regresso e com antecipação de recursos

Neste primeiro caso, ao ser celebrado o contrato de faturização, o faturizador concede ao faturizado um adiantamento sobre o valor nominal dos créditos, que pode ser total ou parcial, assumindo o risco em caso de inadimplemento do devedor.

Sobressai nesta modalidade a função de garantia do fomento mercantil, conforme anota Miguel Ângelo Martins Valente (2014, p. 16), pois o faturizador não poderá se voltar contra o faturizado. No Brasil, a modalidade é conhecida tradicionalmente como *conventional factoring*.

Se a antecipação feita pelo faturizador não for integral, a diferença será depositada no prazo acordado. Se este prazo for no dia do vencimento do crédito, o faturizador deverá fazer o depósito ainda que o devedor do crédito não pague a dívida, sob pena de descumprimento do contrato.

Se na data de vencimento, o crédito não for pago pelo devedor, o faturizador não pode se voltar contra o faturizado, exceto naqueles casos analisados na seção 3.6.1, em que cabe o direito de regresso ainda que não haja previsão contratual, como no caso de conluio entre o faturizado e o devedor, sob pena de haver enriquecimento sem causa.

Como não há direito de regresso, mas é feita antecipação de valores, a sociedade de fomento deve ter um grau redobrado de cuidado ao escolher quais créditos irá adquirir, pois nesta modalidade ocorre a maioria dos casos de colusão entre faturizado e devedor.

Evidentemente, nesta modalidade, o valor da remuneração do faturizador será maior. Poderão incidir juros em razão do adiantamento, calculados conforme disposto no contrato, com termo inicial a data de adiantamento dos valores e termo final a data de vencimento do crédito (VASCONCELOS, 1999, p. 357-427).

3.7.2 A faturização sem direito de regresso e antecipação de recursos

Neste caso, o faturizador também assume os riscos do negócio, em caso de inadimplemento do devedor, mas não realiza qualquer antecipação de valores em favor do faturizado. Somente irá depositar os valores na data do vencimento dos créditos, ainda que o

devedor não pague o que deve.

Luís Miguel Pestana de Vasconcelos (1999, p. 403) lembra que a obrigação do faturizador de depositar os valores na data do vencimento não abrange aqueles casos em que o devedor não tenha cumprido a obrigação por motivo de força maior.

Essa modalidade já é tradicional no direito brasileiro, conhecida também como *maturity factoring*.

3.7.3 A faturização com direito de regresso e antecipação de recursos

Por essa modalidade, quando da celebração do contrato, o faturizador se compromete a depositar antecipadamente os valores correspondentes aos créditos, total ou parcialmente, na conta do faturizado, na data prevista no instrumento.

Além disso, as partes estipulam que haverá direito de regresso do faturizador contra o faturizado em caso de inadimplemento do devedor.

Caso o devedor não pague, o faturizador poderá se voltar em regresso contra o faturizado, após determinado prazo previsto em contrato. O contrato deve prever também que o faturizador, antes de exercer o direito de regresso, tenha a iniciativa de cobrar judicial ou extrajudicialmente os valores perante o devedor, para somente após exercer o direito de regresso. Neste sentido, o faturizado deve ter o cuidado de pactuar na celebração do contrato o dever de diligência do faturizador para a percepção do crédito junto ao devedor.

Como neste caso foi feito adiantamento total ou parcial, o faturizador poderá exigir perante o faturizado o débito em conta do correspondente valor, ao exercer o direito de regresso.

Na hipótese de o devedor pagar ao faturizador após este ter o exercido o direito de regresso contra o faturizado, o faturizador restituirá o valor debitado pelo direito de regresso ao faturizado, mas se o montante pago pelo devedor for incompleto, o faturizado poderá reter a diferença correspondente. Se o faturizado se recusar a devolver os valores antecipados, poderá o faturizador pleitear judicialmente o cumprimento do contrato (VASCONCELOS, 1999, p. 357-427).

3.7.4 A faturização com direito de regresso e sem antecipação de recursos

Conforme esta classificação, o faturizador terá por função principal a gestão e cobrança dos créditos, sem assumir o risco em caso de inadimplemento do devedor nem conceder qualquer adiantamento.

Também aqui deve o faturizado fazer constar no contrato as medidas de cobrança a ser realizadas pelo faturizador, para somente após poder este exercer o direito de regresso.

O faturizado, ao assumir os riscos do negócio e não receber adiantamento, deve ter o cuidado de negociar que a remuneração da contraparte no contrato seja menor

Na data avençada, em geral no vencimento, o faturizador realizará o depósito em favor do faturizado. Mas se, após determinado prazo, o devedor não pagar ou pagar parciamente, o faturizador poderá exercer o direito de regresso perante o faturizado pelo valor correspondente (VASCONCELOS, 1999, p. 357-427).

CONCLUSÃO

O fomento mercantil traduz modalidade contratual que representa a dinâmica das relações empresariais, em que é cada vez mais importante o fluxo de caixa dos empresários. No Brasil, essa modalidade contratual teve enorme crescimento nas últimas décadas, movimentando considerável volume de recursos. Não obstante, ainda não há regulamentação da matéria no país, o que acarreta graves transtornos e, sobretudo, insegurança jurídica.

Conclui-se que o contrato precisa ser regulamentado, seja pela edição de lei especial, seja em ocasião da promulgação de novo Código Comercial, ou ainda pela inclusão de novo capítulo ao Título V do Livro de Direito das Obrigações do Código Civil.

Os projetos de Código Comercial em tramitação pretendem relativizar a característica essencial da faturização no Brasil, que é a assunção dos riscos do inadimplemento pelo faturizador.

A Convenção de Ottawa sobre *factoring* internacional não elenca o risco como elemento necessário ao contrato; tampouco o fazem as legislações dos países estudados. A lei argentina nesse ponto é clara, ao estipular que o faturizador pode assumir ou não os riscos do negócio. Percebe-se que os projetos de lei em tramitação se coadunam com o direito estrangeiro nesse ponto.

Entende-se que a construção pretoriana e doutrinária que atribuiu ao fomento mercantil a natureza de contrato aleatório, assumindo o faturizador os riscos do negócio, decorreu da necessidade de distinguir as sociedades faturizadoras do conceito legal de instituição financeira, afastando o fomento do contrato de desconto bancário. Na verdade, o contrato é comutativo, pois a obrigação do faturizador de responder pelo inadimplemento do devedor do faturizado é certa e independe de evento futuro e incerto.

Além disso, diversos aspectos foram analisados no trabalho. A doutrina aponta que a faturização é contrato empresarial. O contrato pode ter por objeto créditos oriundos de venda a consumidores, e pode ser realizado sobre duplicatas, título de crédito especificamente brasileiro, bem como sobre outros títulos de crédito à ordem ou não à ordem.

Passo adiante, demonstrou-se que requerer exclusividade do faturizado em relação ao faturizador não encontra supedâneo legal, nada obstando, contudo, que a exclusividade seja livremente pactuada pelas partes. Demonstrou-se, ainda, que o faturizado sempre será responsável pela existência do direito de crédito cedido perante o faturizador, podendo esse

eventual exercer seu direito de regresso em face do primeiro.

Quanto à oponibilidade de exceções pessoais pelo devedor ao faturizador, fica patente que a jurisprudência ora aplica as regras de direito cambiário, ora aplica as regras de direito civil, muitas vezes confundindo institutos cambiários com institutos civilistas. Não há uma orientação técnica e coerente no exame de várias questões, ficando ao sabor de casuísmos.

Quanto a todos esses aspectos controversos, conclui-se também que os projetos de Código Comercial em tramitação são lacunosos, o que não é desejável

Em resposta ao problema da pesquisa, qual seja, saber se a alocação dos riscos sobre o faturizado desnatura a faturização, na dissertação identificou-se três conclusões principais para o tratamento da matéria, o que poderia ser considerado um tripé do presente trabalho.

Primeira, em relação à transmissão dos créditos, é necessário distinguir os regimes da cessão de crédito (instituto civilista, regido pelo Código Civil) do endosso de títulos de crédito à ordem (regido pelas normas especiais de direito cambiário).

A pesquisa identificou que há grande imprecisão técnica na doutrina e na jurisprudência, salvo raras exceções, confundindo-se propositalmente ou não ambos os regimes. Diz-se repetidas vezes que há endosso, mas a transferência dos créditos tem efeitos de cessão civil, o que é incorreto, pois o endosso é ato jurídico cambiário. Outras vezes, afirma-se que há mera cessão civil, não se aplicando as regras de direito cambiário, mas sem fundamento jurídico.

A solução apontada foi a de que a transmissão dos créditos pode ocorrer tanto por cessão quanto por endosso. É de vital importância para o operador do direito analisar qual regime se trata. O crédito representado em uma duplicata ou outro título de crédito à ordem é transmissível pela via do endosso, a não ser que as partes celebrem no contrato de faturização a cessão do crédito, caso em que não há endosso do título. O regime da cessão é ainda aplicável se o título contiver a cláusula não à ordem. Por outro lado, o crédito oriundo de vendas a consumidores em regra é transmissível por cessão, mas pode ser sacado título para representar esse crédito.

Segunda, em relação ao direito de regresso, fez-se uma proposta de sistematização, distinguindo-se a) o direito de regresso por fato imputável ao faturizado ou ao devedor, independentemente de cláusula contratual, como no caso de má-fé, e b) o direito de regresso pactuado pelas partes.

Terceira, no que se refere ao contrato de faturização, fez-se uma proposta de

classificação, tendo por critérios i) o risco do contrato em caso de inadimplemento do devedor e ii) a antecipação de recursos, identificando-se as seguintes modalidades: a) faturização sem direito de regresso e com antecipação de recursos; b) faturização sem direito de regresso e antecipação de recursos; c) faturização com direito de regresso e antecipação de recursos; d) faturização com direito de regresso e sem antecipação de recursos.

A hipótese de trabalho, segundo a qual as partes podem pactuar a assunção dos riscos do inadimplemento do devedor, foi testada durante a pesquisa, chegando-se ao resultado de que ela é válida.

De qualquer modo, espera-se que o tema estudado seja objeto de mais discussões para se chegar a uma maior harmonização do tratamento doutrinário e jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeio: Renovar, 2008.

_____ . Atos Cambiários. In: COELHO, Fábio Ulhoa. (Coord.) *Tratado de Direito Comercial*. Vol. 8: títulos de crédito, direito bancário, agronegócio e processo empresarial. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____ ; DIAS, José Carlos Jordão Pinto. Aspectos doutrinários e jurisprudenciais do contrato de faturização (*factoring*) no Brasil. *Revista Electrónica de Direito*. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017. ISSN 2182-9845. Disponível em <http://www.cije.up.pt/revista-red-ultimas-edicoes?year=2017&volume=&form_build_id=form-c2f98961b848300a669c1736bbbcaa66&form_id=revista_red_filters_form>. Acesso em 01 mar. 2017.

ARAÚJO, Paulo Guanabara Leal de. *Factoring*. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal*. Brasília, p. 259-265, 1996.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE FACTORING. Dados sobre *factoring* no Brasil. Disponível em <http://www.anfac.com.br/v3/factoring-estatistica.jsp>. Acesso em 03 dez. 2016.

AUAD, Olga Juliana. GUILHEM, Nathália Cristina. Aspectos contemporâneos do cheque pós-datado. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. v. 9, n. 51, jun./jul. 2013, p. 28-41.

BERTUCCELLI, Antônio. *Factoring*: noções elementares da nova técnica de financiamento as empresas. *Revista Forense*. v. 80, n. 288, p.183-208, Rio de Janeiro, out. 1984.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BONIN, Hubert. *50 ans d'affacturage en France*. Des pionniers et leaders aux groupes bancaires (1964-2016). Librairie Droz, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 88.022/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Brasília, 02 de outubro de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 06 dez. 2017.

_____ . _____ . Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 671.067/PR. Agravante: A F Guedes *Factoring* Fomento Mercantil LTDA. Agravado: VL Agro-Industrial LTDA. Rel.: Marco Aurélio Belizze. Brasília, 15 de maio de 2015. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03 dez. 2016.

_____ . _____ . Recurso Especial n. 43.914/RS. Recorrente: Indústria de Calçados Flama LTDA. Recorrida: Organizações Lima – Administração e Assessoria Financeira LTDA. Rel.

Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 28 de novembro de 1995. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03 dez. 2016.

_____ . _____ . Recurso Especial n. 434.433/MG. Recorrente: Fonseca *Factoring* de Fomento Comercial LTDA. Recorrida: Sônia Gonçalves Martins. Rel.: Min. Aldir Passarinho Júnior. Brasília, 25 de março de 2003. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03 dez. 2016.

_____ . _____ . Recurso Especial n. 820.672/DF. Recorrente: Prover Fomento Mercantil LTDA. Recorrido: Marco Túlio de Oliveira. Rel.: Min. Aldir Passarinho Júnior. Brasília, 06 de março de 2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03 dez. 2016.

_____ . _____ . Recurso Especial n. 992.421/RS. Rel.: Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, Brasília, 12 de dezembro de 2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 06 dez. 2017.

_____ . _____ . Recurso Especial n. 938.979/DF. Recorrente: CROI – Centro de Reabilitação Oral Integrado LTDA. Recorrido: Primus *Factoring* Fomento Mercantil LTDA. Rel.: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 19 de junho de 2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03 dez. 2016.

_____ . _____ . Recurso Especial n. 1.289.995/PE. Recorrente: P S *Factoring* Fomento Comercial LTDA. Recorrido: Nacional Plásticos Indústria e Comércio S/A e outro. Rel.: Luís Felipe Salomão. Brasília, 20 de janeiro de 2014. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03 dez. 2016.

_____ . _____ . Recurso Especial n. 1.439.749/RS. Recorrente: Credfactor Fomento Mercantil LTDA. Recorrido: Ireno Hilário Schneider. Rel.: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 02 de junho de 2015. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03 dez. 2016.

_____ . _____ . Recurso Especial n. 1.236.701/MG. Recorrente: Ivan *Factoring*. Recorrida: Fernanda Roberta de Oliveira Leandro. Rel.: Luís Felipe Salomão. Brasília, 05 de novembro de 2015. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03 dez. 2016.

BRUEL, Denise Kung. O contrato de *factoring* internacional nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português e a uniformização das regras aplicáveis a esta modalidade contratual. *Revista Brasileira de Direito Internacional*. v. 2, n. 2. Curitiba, jul.-dez. 2005.

BUCHMANN, Tania Simone. *Rechtsfragen des englischen Factoring*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Constança, Constança, 2007. Disponível em <https://kops.uni-konstanz.de/bitstream/handle/123456789/3370/Rechtsfragen_des_englischen_Factoring.pdf?sequence=1>. Acesso em 29 dez. 2017.

BUFULIN, Augusto Passamani. O *factoring* na visão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito* Privado, v. 15, n. 59, p. 121-135. São Paulo, jul./set. 2014.

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____ . Empresa de *factoring* e suas atividades. Acusação de operar como instituição financeira. Fundamentos equivocados e insustentáveis a respeito. *Revista Jurídica*. Ano 49. n. 289. nov. 2001, p. 36-42.

BUSSADA, Wilson. *Factoring*: interpretado pelos tribunais. Campinas: Julex, s.d.

CARMO, Eduardo de Sousa. Endosso sem garantia e *factoring*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 27, n. 71, p.55-61. São Paulo, jul. 1988.

CARVALHO, Antônio Silva Pereira de; SILVA, Adermir Ramos da. SAN MARTIN FERNÁNDEZ, German Alejandro (Coord.). As operações de *Factoring* e o imposto sobre operações financeiras. *Estudos em homenagem a José Eduardo Monteiro de Barros*. São Paulo: MP Editora, 2010.

CASTILHO, Guilherme Missali Teno. Programa de *Compliance* e antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro. Revista de Direito da Concorrência. Vol. 3, n. 1. 2015.

CASTRO, Rogério Alessandre de Oliveira. *O factoring internacional no Brasil e na Argentina:* uma proposta de unificação com base na Convenção de Ottawa do UNIDROIT. Tese (Doutorado em Integração da América Latina) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/84/84131/tde-17082011-145354/pt-br.php>. Acesso em 29 dez. 2017.

CHAVES, Natália Cristina. *Direito empresarial*: securitização de crédito. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

_____ . (Coord.) *Tratado de Direito Comercial*. Vol. 8: títulos de crédito, direito bancário, agronegócio e processo empresarial. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *Factoring*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Ano 71. vol. 249. jan.-mar. 1975, p. 387-391.

CORDEIRO, António Meneses. *Da cessão financeira: factoring*.
Lisboa: Lex, 1994.

DE LA MADRID ANDRADE, Mario. Concepto del contracto de factoraje en el derecho mexicano. *Revista de Derecho Privado*. UNAM. Disponível em <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-derecho-privado/article/view/20251/1817>. Acesso em 03 dez. 2016.

DELGADO, Miguel Ángel. *Observancia de lo dispuesto en la ley que regula a las empresas de factoraje financiero a fin de determinar la deducción de créditos incobrables*. Monografia

(Licenciatura em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nacional Autônoma do México, Cidade do México, 2013. Disponível em <http://132.248.9.195/ptd2013/noviembre/0705072/Index.html>. Acesso em 29 dez. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DONINI, Antônio Carlos. *Factoring*: de acordo com o novo código civil (Lei n.10.406, de 10.01.2002). Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____ . *Factoring*. Regulação, funções desempenhadas, modalidades e o direito de regresso. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 802, p.727-749. São Paulo, ago. 2002.

_____ . Garantias no contrato de *factoring*. *Revista dos Tribunais*, v. 101, n. 918, p. 631-648. São Paulo, abr. 2012.

_____ . Inexigibilidade do registro da empresa de *factoring* junto ao Conselho Regional de Administração. *Revista dos Tribunais*, v. 92, n. 810, p.79-96. São Paulo, abr. 2003.

DUARTE, Rui Pinto. *Escritos sobre leasing e factoring.* Rev. Maria João Favila Vieira Carmona. Cascais: Principia - Publicações Universitárias e Científicas, 2001.

ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Fomento mercantil – factoring. Propriedade industrial*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012.

FARRENKOPF, Michael. *Corporate Finance Instrument: single-factoring and sales of defaulted accounts*. Tese (Doutorado em Ciências Aplicadas) – Faculdade de Administração, Universidade de Saimaa, Saimaa, 2014. Disponível em <https://www.theseus.fi/bitstream/handle/10024/71433/140214%20Thesis%201201266%20pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em 27 dez. 2017.

FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. A expressão banco e as empresas de *factoring*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 672, p.90-92, out. 1991.

_____ . *Factoring*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 82, n. 293, p.139-154, jan. 1986.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O *factoring* e a atividade financeira. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 7, p.101-108, jan. 1997.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro*: da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCESCAKIS, P. *Dalloz encyclopedie juridique*: repertoire de droit international. Paris: Dalloz, 1968-69. 2v.

GARCIA DE ENTERRIA, Javier. *Contrato de factoring y cesion de creditos*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1996.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Aspectos dos contratos de 'leasing', franquia e 'factoring'. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 41, p.30-44, 1999.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO (UNIDROIT). Convenção da UNIDROIT sobre *factoring* internacional = Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international. Ottawa, 28 maio 1988. Disponível em <http://www.unidroit.org/instruments/factoring>. Acesso em 01 dez. 2016.

LEITE, Luiz Lemos. A lei do fomento mercantil. *Consulex*. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 16, n. 364, p. 51, mar. 2012.

_____ . Banco é banco, *factoring* é *factoring*. *Consulex*. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 13, n. 303, p. 56-58, ago. 2009.

_____ . Direito de regresso nas operações de fomento mercantil: garantia de solvência do devedor. *Consulex*. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 14, n. 324, p. 60-62, jul. 2010.

LEMMI, Luiz Rodrigo. *Atividade financeira e factoring no brasil*: aspectos jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LEONIS, Jacobo. O contrato de *factoring*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 72, n. 253, p. 458-468, jan. 1976.

LIMA, Fernanda Viana; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mario Veiga; PEDROSA, Laurício Alves Carvalho (Coord.). Contrato de *factoring. In Novas figuras contratuais*: Homenagem ao professor Washington Luiz da Trindade. São Paulo: LTR, 2010.

LIMA, Ricardo Sacramento. *Os principais impactos às operações de factoring ante a sua atipicidade*. Disponível em <https://rsacramentolima.jusbrasil.com.br/artigos/480244644/os-principais-impactos-as-operacoes-de-factoring-ante-a-sua-atipicidade>. Acesso em 05 jan. 2018.

LOEWENKRON, Rudi Baldi. *Fomento mercantil: factoring*. In: Fomento mercantil: *factoring*: propriedade industrial. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012. 247 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 9). p. 153-161.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O contrato de 'factoring' e o Sistema Financeiro Nacional. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 28, n. 74, p.57-71, abr. 1989.

LUCCA, Newton de. A ética nas empresas familiares. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade. *Empresa familiar*: estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____ . *A faturização no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

MARIN, Marc J. *A sensible solution in today's tight credit environment*. Disponível em <http://www.usafactoring.com/factoring_articles.html>. Acesso em 27 dez. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima et al. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____ . O contrato de 'factoring' e sua introdução no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, RJ, v. 74, n. 262, p.9-14, abr. 1978.

_____ . *Títulos de Crédito*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARTINS, Rose Marie Pimentel. História e natureza jurídica do *factoring*. In: *Fomento mercantil: factoring: propriedade industrial*. Rio de Janeiro, RJ: EMERJ, 2012. 247 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 9). p. 145-152.

MELO, José Eduardo Soares de. *Contratos e tributação*: noções fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOLINA SANDOVAL, Carlos. *El contrato de factoraje y la cesión de créditos comerciales en el Código Civil y Comercial*. *Revista La Ley (Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)* (2015) pp. 296–315. Disponível em: <http://works.bepress.com/carlos_molina_sandoval/68/>. Acesso em 03/12/2016.

MONTEIRO, António Pinto. Sobre o contrato de cessão financeira ou de *factoring*. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra. 2002.

MURTA, Roberto de Oliveira. *Contratos em comercio exterior*. São Paulo: Aduaneiras, 1991.

OLIVEIRA, Hygino Sebastião Amanajás de. Comentário ao REsp 1.289.995/PE. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 949, p. 358-372, nov. 2014.

PAES, Denise Vaccari Machado. Fomento mercantil. In: *Fomento mercantil: factoring: propriedade industrial*. Rio de Janeiro, RJ: EMERJ, 2012. 247 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 9). p. 50-56.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERIN JÚNIOR, Écio. Curso de direito falimentar e recuperação de empresas. 3 ed. São Paulo: Método, 2006.

PINHEIRO, Lauro Augusto Vieira Santos. Legislação aplicável ao *import-export factoring*. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, v. 9, n. 50, p. 52-77, abr./maio. 2013.

PORTUGAL. Decreto-Lei n. 171, de 18 de julho de 1995. Disponível em

<https://www.bportugal.pt/legislacao/decreto-lei-no-17195-de-18-de-julho>. Acesso em 29 jul. 2017.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. O contrato de *factoring* e o direito de regresso do faturizador contra o faturizado. *Revista Brasileira de Direito Comercial: empresarial, concorrencial e do consumidor*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 78-85, dez./jan. 2015.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RESTIFFE NETO, Paulo. RESTIFFE, Paulo Sérgio. Lei do Cheque. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. *Factoring*. Fomento mercantil. Atividade comercial mista atípica não abrangida pelo Sistema Financeiro Nacional. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 51, p.107-134, abr. 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SALABERRIOS, Ivan Justin. *The Effects of Using Invoice Factoring to Fund a Small Business*. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Administração, Universidade de Walden, Minneapolis, 2016. Disponível em <https://pqdtopen.proquest.com/doc/1761840902.html?FMT=AI&pubnum=10006985>. Acesso em 29 dez. 2017.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. O *factoring* como instrumento de auxílio as pequenas e médias empresas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 822, p.79-105, abr. 2004.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 2ª Câmara de Direito Comercial. Agravo de Instrumento n. 2004.033451-8. Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. Florianópolis: 17 de março de 2005. Disponível em <https://www.tjsc.jus.br/>. Acesso em 06 dez. 2017.

SANTANA, João Caboz. *O contrato de factoring*: sua caracterização e relações factor-aderente. Lisboa: Edições Cosmos, 1995.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A intolerável deturpação do contrato de *factoring*. *Revista de Direito Privado*. Ano 9. n. 33. jan.-mar. 2008, pp. 236-249.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 21ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 0045716-04.2010.8.26.0001/SP. Relator Desembargador Ademir Benedito. São Paulo: 25 de fevereiro de 2013. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 06 dez. 2017.

_____ . _____ . Apelação Cível n. 0215408-97.2007.8.26.0100/SP. 22ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Campos Mello. São Paulo: 14 de março de 2013. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 06 dez. 2017.

_____ . _____ . Apelação Cível n. 0008019-18.2009.8.26.0248/SP, 21ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Itamar Gaino. São Paulo: 12 de julho de 2013. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 06 dez. 2017.

SARDAS, Letícia de Faria. Endosso mandato e extravio de titulos. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, v. 1, n. 3, p.148-155, jul. 1998.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 22. ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Luiz Dias da; MESKELIS, Wladimir Echeverria. *As garantias reais e pessoais no factoring*: suas relações com o direito de regresso, coletânea com 42 jurisprudências e 17 minutas para uso de garantias. São Paulo: Ed. Pillares; Campo Grande: Hedge, 2006.

SILVA, Leonardo Cardoso e. O fomento mercantil: natureza, legalidade e validade da cláusula de regresso inserida nos contratos de *factoring*. *In: Fomento mercantil: factoring: propriedade industrial*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012. 247 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 9). p. 114-118.

SOARES, Marcelo Negri. Regulação das empresas de *factoring* (fomento mercantil) e inaplicabilidade do CDC nas relações com o faturizado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 924, p. 509-534, out. 2012.

SOUSA, Duarte Abrunhosa e. *A Tributação do Factoring*: uma abordagem crítica numa perspectiva nacional e internacional. Pós-Graduação em Direito Fiscal – Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2005.

TATGE, David B. *Drafting your factoring agreement to help achieve a "true sale"*. International Factoring Association Webinar, 2015. Disponível em <https://www.ebglaw.com/content/uploads/2015/07/Tatge-150630-IFA-Webinar-June-30-2015.pdf>. Acesso em 29 dez. 2017.

TAVARES, Marcelo Moraes. A atividade de *factoring* e a responsabilidade do faturizado na transferência dos títulos por endosso. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Ano VIII. n. 48. 2012, pp. 60-68.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O problema da exequibilidade do cheque emitido em promessa de pagamento e do cheque sem data. Revista dos Tribunais, ª 71, v. 561, jul. 1982, p. 260-268.

THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. *Factoring*. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, v. 16, n. 61, p. 9-46, jan./mar. 2013 Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_9.pdf>. Acesso em 23 fev. 2017.

VALENTE, Miguel Ângelo Martins. *Incidência prática do recurso ao contrato de factoring e a influência da função de garantia*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2014.

_____ . *O factoring e o risco de* incumprimento. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

VASCONCELOS, Luís Miguel Paredes Pestana de. *Dos contratos de cessão financeira: factoring*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1998.

_____ . _____ . Stvdia Ivridica, v. 43. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____ . Regime legal das empresas de *factoring*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 740, p.145-160, jun. 1997.

XAVIER, Alberto Santos Pinheiro. Regime tributário da diferença entre valor nominal e preço da cessão de créditos nas operações de *factoring*. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 13, n. 50, p.50-67, out. 1989.

ZUDDAS, Goffredo. *Il Contratto di factoring*. Napoli: Jovene, 1986.