

O Direito de Regresso no Contrato do Fomento Mercantil

André Cortes Vieira Lopes ¹

Segundo LUIZ LEMOS LEITE, o *fomento mercantil* é uma atividade comercial mista atípica, de natureza sinalagmática, consensual, comutativa, onerosa e *intuitu personae* ². A origem do termo “*factoring*”, palavra inglesa, remonta ao Império Romano e significa negócio feito pelo “*factor*”, que na verdade era “*aquele que fazia*”: o agente comercial da época, ao que tinha o objetivo de cuidar da logística, da recepção, da guarda e do armazenamento das mercadorias.

Factoring é a prestação contínua e cumulativa de serviços de assessoria mercandológica, creditícia, de seleção de riscos, de gestão de crédito, de acompanhamento de contas a receber e de outros serviços, conjugada com a aquisição *pro soluto* de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, realizadas a prazo.

No *factoring*, o contrato se dá entre a empresa contratada-endossante, a titular do crédito, ou o portador do título, também chamado de cliente, e a empresa endossatária ou empresa de fomento, empresa que se ocupa da administração, contabilização e cobrança, mediante comissão. A atividade tem por fim oferecer serviços de suporte e apoio gerencial, além da aquisição do crédito de ativos financeiros. O devedor será sempre o sacado.

Nos ensinamentos de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, o “*factor*” é aquele que recebe a cessão dos créditos, assumindo, posteriormente,

¹ Juiz de Direito da 18ª Vara de Família - Capital.

² LEITE, Luiz Lemos. “Arcabouço Jurídico do Fomento Mercantil e o Projeto de Lei Factoring”. Palestra proferida no 2º Encontro Jurídico de Fomento Mercantil.

a legitimação para acionar os devedores do título.

E assim bem define FÁBIO ULHÔA COELHO ao dizer que

“o fomento mercantil (factoring) é um contrato pelo qual o empresário (faturizador) presta a outro (faturizado) serviços de administração do crédito concedido e garante o pagamento das faturas emitidas (maturity factoring). É comum também o contrato abranger a antecipação do crédito numa operação de financiamento (conventional factoring)”³.

Trata-se hoje de uma atividade autorregulamentada através da Lei 8.981/95, das Circulares 1.359 e 2.715 do Banco Central do Brasil, da Resolução 2.144, de 22/02/95, do Conselho Monetário Nacional e da Instrução Normativa 16, de 10/12/1986, do DNRC. Encontra seu fundamento de validade nos arts. 5º, II e XII e 170 da Constituição Federal e no art. 425 do atual CCB, que prevê a possibilidade de contratos atípicos no ordenamento jurídico pátrio.

O serviço de *factoring* oferece ao empresariado diversas vantagens, pois, nas operações, todo o serviço de faturamento, de emissão de títulos e de cobranças ficará a cargo da empresa endossatária e, na hipótese de falta de pagamento dos títulos, haverá de arcar com os prejuízos, sem direito de regresso. E é justamente neste ponto que a proposta ao debate se faz, diante da provocação do Desembargador MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELLO, em palestra proferida no 2º Encontro Jurídico de Direito de Fomento Mercantil, realizado no dia 07 de outubro de 2011, no Hotel Sofitel-RJ, que o admite, diante da natureza atípica do contrato.

Pela corrente que admite a possibilidade de poder voltar-se, em regresso, a empresa de fomento contra quem lhe vendeu os créditos, na hipótese de inadimplemento do devedor originário do título, está WALDIRIO BULGARELLI, por razões que considera até mesmo de ordem moral, pois caso não houvesse reservado tal direito haveria

³ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p. 135.

“incitamento à inadimplência, ao mesmo tempo em que se perderia o instituto a seriedade, desestimulando os factors em realizar transações. Entretanto, num aspecto, ... tem inteira razão: quando defende o direito de regresso se vier a comprovar-se a inexigibilidade do crédito pela 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, dentre outras hipóteses”⁴

Outros, como FRAN MARTINS e FÁBIO KONDER COMPARTATO, com enfoque diverso, se posicionaram no sentido de permitir o direito de regresso em função dos efeitos decorrentes do endosso, quando se tratar do endosso sem garantia, e não em função das características peculiares do contrato de *factoring*. Afirmam que, na hipótese de títulos de créditos, a cessão se fará pela forma peculiar do direito cambiário: o endosso e, neste caso, o *factor* poderá voltar-se contra o endossante, se o devedor se recusar a pagar, justamente com base nas causas apontadas no art. 8º da Lei 5.474.

ARNALDO RIZZARDO, FÁBIO ULHOA CANTO e MARIA HELENA DINIZ entendem como fora de cogitação o direito de regresso, admitindo-o, todavia, em casos excepcionais.

Leciona ARNALDO RIZZARDO⁵ que, em nosso Direito, predomina o princípio de que o cedente é quem garante o crédito cedido (art. 296 do CC), e não é sem razão que é facultado às empresas de fomento a escolha dos créditos, recusando aqueles que não lhes forem interessantes. Portanto não seria certo nem justo dar ao *factor* um tratamento especial, tal como no desconto bancário, por isso é que as empresas de fomento recebem um *plus*, um ágio, uma remuneração, na aquisição do ativo de seu cliente, não fazendo para si, sentido permitir ao cessionário o direito de

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Factoring**. São Paulo: RT, 2004, p. 120.

⁵ RIZZARDO, *op.cit.*, p. 120/121.

regresso nesta hipótese. Para ele, a remuneração do *factor* envolve o *quantum* correspondente ao risco assumido pelas vicissitudes do crédito, inserindo-se nele a possibilidade de insolvência do devedor. NEWTON DE LUCCA vai além, considerando justamente a assunção dos riscos o fator preponderante para ser o *factor* uma instituição financeira ⁶.

Este, aliás, é o posicionamento predominante de nosso Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de que são exemplos as emendas a seguir:

RECURSOS DE APELAÇÃO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. EMPRESA DE *FACTORIZING*. CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA VINCULADO A NOTA PROMISSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. TÍTULOS NÃO REPRESENTATIVOS DE DÉBITO. EMIS SÃO NO ÂMBITO DA ATIVIDADE DE *FACTORING*. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA COBRANCA. Mérito. O *factoring* é um negócio jurídico de duração por meio do qual uma das partes, a empresa de *factoring* (o faturizador ou factor) adquire créditos que a outra parte (o faturizado) tem com seus respectivos clientes, adiantando as importâncias e encarregando-se das cobranças, assumindo o risco de possível insolvência dos respectivos devedores. Na prática, a empresa de *factoring* antecipa numerário ao faturizado, mediante desconto sobre o valor do título cedido, ficando com o direito de receber os valores no vencimento. Diante da natureza do contrato de *factoring*, não há direito de regresso contra o empresário que cede os créditos, razão pela qual a empresa de *factoring*, ou seja, o factor, assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor, recebendo uma remuneração ou comissão, ou fazendo a compra dos créditos com redução em relação ao valor desses.

⁶ SANTOS, Joaquim A. Penalva. **Obrigações e Contratos na Falência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 144.

Com efeito, o faturizador não pode se insurgir contra o cedente do crédito, exigindo-lhe qualquer forma de garantia, salvo se houver vício na formação do título, ou seja, o crédito deve ser legítimo. A assunção dos riscos, por parte do faturizador, é, portanto, fundamental para caracterizar o contrato de fomento mercantil. Na hipótese dos autos, o contrato que fundamenta a execução é nulo, porquanto restou comprovado que a confissão de dívida decorre de contrato de *factoring* entre as partes. Não pode o faturizador obrigar o faturizado a assinar nota promissória em garantia ao contrato firmado, visto que o crédito cedido é de titularidade de terceiros e não do faturizado, o que afasta a abstração do título e consequentemente a sua possibilidade de embasar a execução. É vedada a garantia de regresso nos contratos de *factoring*, salvo a exceção das hipóteses de ilegalidade dos títulos de crédito cedidos, o que não é o caso dos autos. Nesse sentido, certo é que a nota promissória em que se funda a execução teve sua origem em um contrato de *factoring*, constituindo, em verdade, garantia de regresso no contrato, o que não se admite. Precedentes do E.STJ. Honorários advocatícios. Os honorários sucumbenciais são aqueles que decorrem diretamente do sucesso que o trabalho levado a efeito pelo advogado proporcionou ao seu cliente em juízo, sendo fixados de acordo com a regra definida no art. 20, do CPC. Conforme dispõe o art. 20, § 4º, do CPC, nas execuções, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, que levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Nesse passo, em obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, majora-se o valor a título de honorários advocatícios para R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), que corresponde ao percentual de 10%

sobre o valor da causa, considerando a complexidade da matéria e o tempo que perdurou a ação. Recurso dos executados, JET RIO e FERNANDO LOPES MACHADO, provido. Recurso do exequente, INTERAME-RICA FACTORING, desprovido. (TJRJ, AC **0002164-33.2000.8.19.0001**, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. RENATA COTTA - Julgamento: 31/08/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESNECESSIDADE DE PENHORA PARA CONHECIMENTO DOS EMBARGOS. ART.736 DO CPC. CONTRATO DE *FACTORING*. CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA SUBJACENTE. DIREITO DE REGRESSO DISFARÇADO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Conforme se verifica, o art.737 do CPC foi revogado pela Lei 11.382/06, que também alterou o art.736, observando que o executado poderá opor-se à execução, independentemente de penhora. É de se notar que somente para atribuição do efeito suspensivo aos embargos será necessário garantir o juízo, no termos do §1º do art.739-A da Lei Processual Civil. Afirmou o ora recorrente, quando da apresentação da impugnação aos embargos, que celebrou contrato de *factoring* com a recorrida e foi pactuada confissão de dívida que aparelha a execução e instrumentaliza o seu direito de regresso. Como sabido, no contrato de *factoring*, a empresa faturizadora assume os créditos da empresa vendedora, para posterior cobrança ao comprador do produto. Assim, a pactuação de confissão de dívida desconfigura o contrato de *factoring*, conferindo disfarçado direito de regresso ao faturizador, o que não se admite no direito pátrio. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJRJ, AC **0010151-37.2007.8.19.0208** DECIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, Relator DES. JORGE LUIZ HABIB – Julgamento 12/07/2010)-

Embargos à execução. Contrato de fomento mercantil (*factoring*). Nota promissória. Garantia de recebimento dos créditos. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Embora não regulamentado em legislação específica, o contrato de *factoring* é, por muitos, considerado um contrato atípico e se caracteriza, grosso modo, pela cessão dos direitos de crédito do faturizado ao faturizador. Distingue-se da operação bancária de desconto de títulos, já que o faturizador assume o risco pelo não pagamento pelo devedor dos títulos negociados, ao contrário do que se dá naquela operação, recebendo, para tanto, uma comissão. Assim, com exceção das hipóteses de ilegalidade dos títulos de crédito cedidos, são vedadas as garantias de regresso nos contratos de *factoring*, sendo da essência do contrato a responsabilidade do faturizador pelos riscos da impontualidade e da insolvência do devedor (sacado). Na hipótese dos autos, verifica-se que a nota promissória sob que se funda a execução teve sua origem em um contrato de *factoring* celebrado entre a empresa apelante e os apelados, conforme cláusula 3.4.2 do aditivo contratual acostado às fls. 42, constituindo, na verdade, garantia de regresso no contrato, o que não se admite. Recurso ao qual se nega seguimento. (TJRJ, AC 2009.001.69782, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 27/04/2010)

Nesse sentido, também o aresto do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO 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 - PRÁTICA PRIVATIVA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

INTEGRANTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - PRECEDENTES DESTA CORTE - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 83 DA SÚMULA/STJ - ADEMAIS, ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - REEXAME DE PROVAS - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA - AGRAVO IMPROVIDO. (AgRg no Ag 1071538 / SP - Relator(a) Ministro MASSAMI UYEDA- TERCEIRA TURMA - Julgamento: 03/02/2009)

Mas quando seria permitido o regresso?

Em primeiro lugar, quando a transmissão do crédito impedisse a defesa do devedor.

J. M. de CARVALHO SANTOS já dizia que

“são sempre oponíveis as exceções que afetem a própria substância do crédito, como as de nulidade por vícios de consentimento, a prescrição etc. 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. Entre estas exceções, chamadas ad persona cedendis, estão as de pagamento e novação”.⁷

Permite-se o regresso quando o cedente do crédito e o devedor estiverem em conluio, com dívida simulada, por exemplo, com objetivo de prejudicar o cessionário. Reza, nesta hipótese, o art. 295 do CCB que: “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...”.

⁷ SANTOS, J.M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. V. 14. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 57.

Com relação às duplicatas, em que a cessão se materializa mediante endosso em preto, permite-se que o endossatário se volte contra o endossante nos casos previstos no art. 8º da Lei 5.474, vale dizer,

“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 comprovadas; III- divergências nos prazos e preços ajustados”. ♦

Bibliografia:

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 3º v. São Paulo: Saraiva. 2002.

LEITE, Luiz Lemos. **Aracabouço Jurídico do Fomento Mercantil e o Projeto de Lei Factoring**. Em 2º Encontro Jurídico de Fomento Mercantil. Rio de Janeiro, 07/10/2011.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. V. 14. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

SANTOS, Joaquim A. Penalva. **Obrigações e Contratos na Falência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Factoring**. São Paulo: RT, 2004.