

Fomento Mercantil

Cláudia Cardoso de Menezes ¹

Inicialmente, o ponto em estudo enquadra-se numa espécie do gênero de contrato bancário impróprio, caracterizando-se estes como contratos nos quais pesa controvérsia acerca da sua natureza bancária, sendo eles: fomento mercantil, arrendamento mercantil, alienação fiduciária em garantia e cartão de crédito.

Dentro deste prisma, o objeto da presente explanação – fomento mercantil-, conceitua-se como contrato no qual

“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 da fatura; b) assumir os riscos do inadimplemento dos devedores; c) garantir o pagamento das faturas objeto de faturização”.

Segundo o mestre Fábio Ulhoa Coelho, o contrato de fomento mercantil também denominado de factoring apresenta duas modalidades: o conventional factoring na qual a faturizada garante o pagamento das faturas de forma antecipada ao faturizado e o maturity factoring em que a faturizadora paga o valor das faturas ao faturizado em seu vencimento, estando presentes a atividade de administração de crédito, bem como o contrato de

¹ Juíza de Direito do XII Juizado Especial Cível.

seguro, mas sem a existência de financiamento². Neste sentido, o *conventional factoring*, tem evidente natureza bancária, em razão de se caracterizar como uma operação de intermediação creditícia, não existindo a mesma lógica quanto ao *maturity factoring*, posto que inexistente financiamento, assumindo os riscos de inadimplemento da fatura a faturadora.

Isso posto, o Banco Central, em 22 de fevereiro de 1995, editou a Resolução nº 2.144, conceituando este contrato como: : “a atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de créditos, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, e compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços”, definição igualmente constante na legislação tributária que trata sobre o imposto de renda, na Lei nº 9.249/95 alterada pela Medida Provisória nº 232, de 30/12/2004.

No Brasil, inexistente legislação específica sobre o *factoring*, estando, atualmente arquivado o Projeto de Lei nº 230/95 que sanaria a ausência de regramento legislativo acerca da matéria e as distorções na atividade, coibindo práticas ilícitas, dispendo, em seu artigo 1º:

“Art. 1º Entende-se por fomento mercantil, para os efeitos desta lei, a prestação contínua e cumulativa de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, de gestão de crédito, de seleção de riscos, de acompanhamento de contas a receber e a pagar e outros serviços, conjugada com a aquisição *pro soluto* de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis, a prazo, ou de prestação de serviços.”

O BACEN possibilita a atividade de fomento mercantil a qualquer sociedade empresária, situação esta que impede a cobrança de juros superiores à taxa legal, conforme arts. 406 e 591 do Código Civil, ressalvando-se a cobrança dos serviços de administração e seguro de crédito na forma

2 COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. Volume 3. 10. Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 144.

do contrato celebrado entre as partes, apresentando as empresas caráter mercantil, devendo ser observadas as mesmas regras para a abertura de empresas comerciais em geral, com o arquivamento de seus atos constitutivos na Junta Comercial, prescindindo de autorização do Banco Central, eis que não se enquadra no conceito de instituição financeira.

Ultrapassadas as questões iniciais, no tocante ao contrato de fomento mercantil, uma das questões que se levanta é a possibilidade de inserção de cláusula de regresso no *factoring*, situação que, em tese, desvirtuaria o negócio jurídico para a hipótese de desconto, através do qual o banco, em caso de inadimplemento do devedor (sacado), cobra o que é devido do cliente descontário (emitente do título). Já no fomento mercantil, não há, em regra, a possibilidade de regresso, arcando a empresa de *factoring* com os riscos do inadimplemento do terceiro devedor.

A possibilidade de inclusão de cláusula de regresso nos contratos em questão é controversa, sendo que, no início da prática de fomento mercantil, a empresa de *factoring* assumia os riscos da cessão de crédito, caracterizando uma cessão “pro soluto”, exonerando-se o cedente que respondia apenas pela existência e legitimidade do crédito cedido. Contudo com o aumento deste negócio jurídico na sociedade, anuiu-se com a possibilidade do facturizador arcar com a responsabilidade, opcional da solvência do devedor. Nesse prisma, inexistindo previsão legal acerca da matéria, não existe vedação na livre estipulação contratual, com a inclusão de disposição da recompra do título pelo cedente, caracterizando a cessão como “pro solvendo”³ - disposição que está de acordo com a redação do art. 296 do Código Civil que determina: “*Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor*”.

Isso posto, temos que um dos elementos chaves para a perpetuação da atividade é a execução de títulos extrajudiciais, medida lançada pelas empresas que obtêm os créditos para receber os valores representados naqueles quando inadimplente o devedor.

³ internet: <http://www.revistadofactoring.com.br/artigos/a-clausula-de-direito-de-regresso> e <http://www.portaldofomento.com.br/artigo.php?id=61> acesso em 18/10/2011.

Nesse sentido, um dos grandes entraves para o recebimento dos créditos provenientes de títulos extrajudiciais é o alto custo processual como meio de seu percebimento, sendo grandes as reclamações dos jurisdicionados acerca da morosidade da justiça.

Dito isto, vários mecanismos foram lançados, a partir da Reforma do Poder Judiciário para aliar a Justiça aos anseios sociais, dentre os quais a alteração legislativa do Código de Ritos é de grande valia, como forma de tornar o processo mais célere e efetivo.

Atualmente, tramita o projeto de Lei de reforma do Código de Processo Civil que prevê algumas alterações na execução de título extrajudicial e na execução em geral, dentre as quais as mais revelantes são: a previsão de que a penhora *on line* ficará adstrita ao valor exequendo, devendo a instituição financeira informar o bloqueio proporcional; a ordem da penhora de bens não é absoluta, devendo ser sopesada com os princípios da utilidade da execução e da menor onerosidade para o devedor; a adjudicação pelo credor e interessados poderá ser feita após a primeira tentativa frustrada de arrematação; não haverá distinção entre a praça e o leilão; os atos pertinentes à arrematação serão feitos mediante leilão eletrônico; o bem colocado em hasta pública poderá ser alienado na primeira hasta por valor inferior a avaliação, afastada a hipótese de preço vil; os embargos à arrematação deixaram de existir, sendo facultado ao interessado o ajuizamento de ação própria; os atos de averbação da execução, conforme art. 615-A do CPC deverão ser feitos pelo próprio exequente; é vedada a indisponibilidade total do capital do executado; será regulada a prescrição intercorrente e será extinta a ação monitória.

De outro giro, no tocante ao fomento mercantil, a jurisprudência pátria se encontra em ampla controvérsia acerca do tema. Situação essa que pode ser explicada pelo grande número de hipóteses ligadas ao *factoring* que geram demandas e a ausência de regulamentação normativa sobre a matéria. Ao passo que o Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados sobre o tema se posiciona a cada momento com um entendimento, valendo ao profissional do direito se manter atualizado pelo acompanhamento jurisprudencial.

Neste diapasão, selecionam-se alguns julgados que refletem a posição atual daquela Egrégia Corte, oa quais a seguir colacionamos:

COMERCIAL, CIVIL E PROCESSUAL. TÍTULO DE CRÉDITO. DUPLICATA ACEITA E ENDOSSADA TRANSLATIVAMENTE A EMPRESA DE “FACTORIZING” EM DESCONTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR CUMULADA COM PEDIDO LIMINAR INCIDENTAL DE CANCELAMENTO DE PROTESTO. POSSIBILIDADE. CONTRATO QUE ESTABELECE OBRIGAÇÃO À ENDOSSANTE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DA CESSÃO À DEVEDORA. NOTIFICAÇÃO INEXISTENTE. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO DEFICIENTE. REEXAME DE PROVA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS NS. 5 E 7-STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO.

I. Não é imprópria a cumulação, em ação ordinária declaratória, do pedido de reconhecimento de inexistência da dívida representada por duplicatas endossadas a empresa de “factoring”, cujo valor foi pago pela devedora diretamente à sacadora-endossante, com a postulação cautelar incidental de cancelamento de protesto das mesmas cartulas.

II. Dissídio jurisprudencial não configurado, eis que baseada a decisão do acórdão estadual, soberano na interpretação do contrato e no exame da prova, de revisão impossível em face das Súmulas ns. 5 e 7 do STJ, no entendimento de que o instrumento representativo da cessão de crédito mediante endosso de duplicatas aceitas previa, expressamente, a obrigação de a emitente das cartulas e endossante notificar a devedora sacada sobre a transferência da titularidade, e que tal não

aconteceu, de modo a eximir a devedora de pagar novamente o débito, posto que já adimplido o seu ônus.

III. Ausência de prequestionamento das questões federais alusivas ao mérito, atraindo a incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do C. STF.

IV. Recurso especial não conhecido.

(REsp 100522/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2002, DJ 19/08/2002, p. 166)

PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. EXECUÇÃO. CONTRATO DE “VENDOR”. EXECUTORIEDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ESCRITURA PÚBLICA DE PRESTAÇÃO DE GARANTIA REAL. HIPOTECA. VINCULAÇÃO COM AS DÍVIDAS EXECUTADAS. RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ.

1. Não se conhece de recurso especial que objetiva afastar a executoriedade de contratos de “vendor” se o tribunal de origem, após analisar os termos e condições de cada um dos documentos que embasam a execução, inclusive as escrituras públicas de constituição de garantia real, entendeu presentes os requisitos exigidos pelo art. 585 CPC para considerá-los títulos executivos.

2. Hipótese em que, para alterar esse entendimento, seria necessário reinterpretar cláusulas contratuais livremente pactuadas e promover nova apreciação dos fatos da causa. Incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

3. Ademais, a operação bancária denominada “vendor” materializa-se em contratos das mais variadas formas, sendo incorreto afirmar, a priori e indistintamente, que não ostentam estes a condição de títulos executivos. No caso, os contratos apresentam valores fixos e determinados e fo-

ram assinados pela própria devedora, não havendo dúvida quanto à excludibilidade daqueles documentos.

4. O direito brasileiro admite a constituição de hipoteca para garantia de dívida futura ou condicional, própria ou de terceiros, bastando que seja determinado o valor máximo do crédito a ser garantido.

5. Recursos especiais a que se nega provimento.

(REsp 1190361/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/08/2011)

AÇÃO MONITÓRIA. Duplicata de prestação de serviços. Aceite (falta).

Protesto. Prova da dívida. Factoring.

- O protesto não impugnado de duplicata sem aceite permite a propositura do procedimento monitório, mas tal fato só por si não é suficiente para a procedência da ação.

- Negada a relação causal pela demandada, sem a prova da efetiva prestação dos serviços, impunha-se reconhecer a irregularidade na emissão da duplicata e a improcedência da ação. - Se não fosse assim, toda falsa duplicata levada a protesto sem impugnação seria suporte suficiente para a procedência da ação monitória. No entanto, o devedor que se omite diante do protesto pode defender-se na ação de cobrança, e esta somente pode ser acolhida se demonstrada adequadamente a existência da dívida. - A devedora pode alegar contra a empresa de factoring a defesa que tenha contra a emitente do título.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 469051/RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2003, DJ 12/05/2003, p. 308)

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 - COMPUTO A PARTIR DA CITAÇÃO.

(REsp 43914/RS, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/11/1995, DJ 04/03/1996, p. 5402)

CHEQUE - ENDOSSO - FACTORING - RESPONSABILIDADE DA ENDOSSANTE-FATURIZADA PELO PAGAMENTO.

- Salvo estipulação em contrário expressa na cártula, a endossante-faturizada garante o pagamento do cheque a endossatária-faturizadora (Lei do Cheque, Art. 21).

(REsp 820672/DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2008, DJe 01/04/2008)

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.

(REsp 434433/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 25/03/2003, DJ 23/06/2003, p. 378)

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 consequência 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.

(REsp 612423/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2006, DJ 26/06/2006, p. 132)

CIVIL. CONTRATO DE “FACTORING”. JULGAMENTO EXTRA PETITA. EXCLUSÃO DO TEMA ABORDA-

DO DE OFÍCIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LEI DE USURA. INCIDÊNCIA. LIMITAÇÃO.

I. Inexistindo pedido ou recurso, é vedado ao órgão julgador conhecer de ofício de questão referente a direito patrimonial, a saber, a descaracterização do contrato de “factoring”, que deve ser excluída do âmbito do julgado, conforme pacificado pela e. Segunda Seção, quando do julgamento do REsp n. 541.153/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, unânime, julgado em 08.06.2005, DJU de 14.09.2005.

II. As empresas de “factoring” não se enquadram no conceito de instituições financeiras, e por isso os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, nos termos da Lei de Usura.

III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 1048341/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 09/03/2009)

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 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 en-

dossante/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.

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.

(REsp 992421/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 12/12/2008)

(grifos nossos)

Com efeito, a atividade de “factoring”, não obstante a ausência de regulamentação legal para o seu exercício, está amplamente difundida no país, de tal forma que o Poder Judiciário tem atuado como um dos norteadores das relações jurídicas entre os figurantes deste negócio, contudo, sem suprir a carência de normatização com vistas a conferir maior segurança jurídica aos contratantes e terceiros interessados, sobretudo na hipótese de ilegalidade na constituição da dívida na sua origem. Situação que se revela extremamente prejudicial para o suposto devedor que não raro tem que se utilizar da tutela jurisdicional para desconstituir os títulos exigidos de forma indevida. ◆