

Aspectos doutrinários e jurisprudenciais do contrato de faturização (*factoring*) no Brasil

Doctrinal and jurisprudential aspects of factoring in Brazil

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Professor Associado de Direito Comercial na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Líder do Grupo de Pesquisa Empresa e Atividades Econômicas do CNPq.
asaa@uol.com.br

José Carlos Jordão Pinto Dias

Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Grupo de Pesquisa Empresa e Atividades Econômicas do CNPq. Advogado.
josecarlosjpd@gmail.com
Dezembro de 2016

RESUMO: O presente trabalho expõe aspectos do contrato de faturização (*factoring*) no Brasil. Para tanto, fez-se uso de pesquisa bibliográfica e documental, valendo-se do método dedutivo. O contrato de *factoring* possui considerável relevância para as sociedades empresárias e para a economia em geral, devendo as partes contratantes ter pleno discernimento do significado e conteúdo das cláusulas pactuadas. Nesse sentido, o estudo trata da característica essencial do contrato no Brasil, qual seja, o faturizador não possui direito de regresso em face do faturizado, em caso de inadimplemento por parte do devedor deste. Discute-se ainda se o *factoring* é contrato empresarial, bem como sobre a possibilidade de cessão de créditos provenientes de vendas a consumidores, sobre a exclusividade do faturizado em relação ao faturizador, e sobre a responsabilidade do faturizado em caso de não pagamento dos créditos pelo devedor. Além disso, faz-se breve análise da Convenção de Ottawa da UNIDROIT de 1988, bem como das legislações portuguesa, argentina e mexicana, para, ao final, tratar dos dois Projetos de Código Comercial Brasileiro em tramitação, que pretendem regulamentar a matéria, de modo a observar quais as influências recebidas por estes projetos. Ao final, serão apresentadas conclusões sobre o estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos empresariais; *Factoring*; Convenção de Ottawa da UNIDROIT de 1988; Projeto de Código Comercial; Riscos contratuais; Negócio jurídico aleatório.

ABSTRACT: This paper presents aspects of factoring contract in Brazil. For this, a bibliographical and documentary research was done, using the deductive method. Factoring has considerable relevance for business and economy, and the parts of the contract must have full discretion as to the meaning and content of the clauses agreed. In this sense, the article deals with the essential characteristic of this contract in Brazil, that is, the exclusive responsibility of the factor, in case of lack of payment by the debtor. It is also discussed whether factoring is a business contract, as well as the possibility of assignment of credits from sales to consumers, the exclusivity of the contract, and the liability in case of non-payment of credits by the debtor. In addition, the paper deals with UNIDROIT Ottawa Convention of 1988, as well as Portuguese, Argentine and Mexican legislations, for, in the end, treating of the two Brazilian Projects of Business Code, which aims to regulate the matter, in order to observe the influences received by these projects. Finally, conclusions about the study will be presented.

KEY WORDS: Business contracts; *Factoring*; UNIDROIT Ottawa Convention, 1988; Brazil Business' Code Project; Contractual risks; Random contracts.

SUMÁRIO:

1. Introdução
 2. *Factoring*: conceito e importância
 3. Ausência de regulamentação do *factoring* no Brasil
 4. Característica essencial do contrato de *factoring* no Brasil
 5. Aspectos controversos do contrato
 - 5.1. O *factoring* é contrato empresarial?
 - 5.2. A faturizadora deve ser instituição financeira?
 - 5.3. Cessão de créditos provenientes de vendas a consumidores
 - 5.4. *Factoring* sobre duplicatas. Interpretação do art. 25 da Lei n. 5.474/68
 - 5.5. A exclusividade do faturizado em relação ao faturizador
 - 5.6. Responsabilidade do faturizado em caso de não pagamento dos créditos pelo devedor
 - 5.7. Endosso de títulos ao faturizador: especificidades
 6. Características do *factoring* internacional na Convenção de Ottawa da UNIDROIT
 7. Legislação de alguns países que já positivaram o contrato de *factoring*
 - 7.1. Portugal
 - 7.2. Argentina
 - 7.3. México
 8. O *factoring* nos Projetos de Código Comercial em tramitação no Brasil
 9. Conclusão
- Bibliografia
- Jurisprudência

1. Introdução

A concessão de crédito aos consumidores acarreta uma série de preocupações para os empresários, sobretudo em caso de inadimplência. Esse problema cresce sobremaneira se a sociedade empresária ou o empresário individual tiverem um tamanho modesto, pois eventuais dificuldades com o capital de giro em razão da falta de realização dos créditos podem colocar em perigo a continuidade das atividades empresariais.

O *factoring* permite a obtenção de capital de giro mais facilmente. Há um grande atrativo na modalidade convencional do contrato que é justamente o recebimento antecipado dos créditos, convertendo ativo realizável em ativo disponível. A sociedade faturizada protege-se, desse modo, contra um possível inadimplemento do devedor.

Dados da Associação Nacional de *Factoring* mostram que as sociedades de fomento mercantil associadas à entidade movimentaram R\$ 81.000.000.000,00 (oitenta e um bilhões de reais) 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 realizado no país¹. A modalidade de *factoring* convencional, em que há um financiamento com pagamento adiantado dos créditos transferidos, foi a que apresentou maior demanda. Trata-se de um portfólio de 141 mil clientes, de porte e setores econômicos distintos.

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 chamado 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.

Apesar de movimentar grande volume de recursos, o *factoring* é matéria pendente de regulamentação no Brasil. Isso acarreta graves problemas, pois gera insegurança jurídica para as partes contratantes, visto que não são poucos os aspectos polêmicos.

O presente trabalho após analisar o conceito de *factoring* e tratar da característica essencial do contrato no Brasil, que é a assunção dos riscos do inadimplemento dos créditos pelo faturizador, irá expor em seguida aspectos jurídicos controvertidos na doutrina e na jurisprudência, como, por exemplo, o endosso de títulos à ordem ao faturizador, a exclusividade do faturizado em relação ao faturizador, bem como a natureza do contrato. Em

¹ Dados disponíveis em <<http://www.anfac.com.br/v3/factoring-estatistica.jsp>>. Acesso em 03/12/2016.

seguida, apresenta-se breve estudo da Convenção de Ottawa UNIDROIT sobre *factoring* internacional, para em sequência abordar o direito comparado. Por fim, analisam-se brevemente os Projetos de Código Comercial em tramitação no Congresso, que almejam regulamentar o contrato de *factoring*.

2. *Factoring*: conceito e importância

No contrato de *factoring* 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.

Para Fran Martins, o contrato de *factoring* ou faturização² é “aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração”³. Percebe-se que para o autor é indispensável a qualidade de comerciante das partes. Segundo o mesmo autor, a origem do contrato de *factoring* situa-se na Grécia e em Roma, quando comerciantes incumbiam a agentes (*factors*) a guarda e a venda de mercadorias de sua propriedade. O costume se difundiu na era medieval e ganhou novo impulso com as Grandes Navegações, devido à distância entre as metrópoles e as colônias. Os *factors* (ou agentes) eram comissários dos vendedores, que recebiam a mercadoria e se encarregavam de vender e cobrar o preço, mediante pagamento de comissão (*colonial factoring*). A partir do séc. XIX, sobretudo nos Estados Unidos, os *factors* passaram a encarregar terceiros para o recebimento, guarda e venda das mercadorias, ficando apenas com o encargo do recebimento das vendas, antecipando aos vendedores o valor delas, deduzida uma comissão, o que representava a remuneração do factor⁴.

O modelo clássico exposto acima ganha enorme expansão nos Estados Unidos, devido à ausência da operação de desconto bancário, mas na Europa praticamente desaparece. Nos anos seguintes, o *factoring* assume nos EUA a forma de uma operação em que o *factor* adquiria os créditos de um outro comerciante, com o encargo de realizar a cobrança desses créditos, mas sem direito de regresso contra o cedente em caso de inadimplemento do devedor, continuando o *factor* a ser remunerado mediante uma comissão. Essa nova noção do contrato (*new line factoring*) irá ingressar na Europa por volta dos anos 1960, primeiro na Inglaterra, depois espalhando-se por vários países.

² Como explica Fran Martins, no Brasil o neologismo “faturização” foi sugerido pelo Prof. Fábio Konder Comparato em 1972.

³ FRAN MARTINS, *Contratos e obrigações comerciais*, 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 469.

⁴ Idem, pp. 470-471.

Destarte, é importante observar que o *factoring* traduz uma cessão (*lato sensu*) onerosa de créditos, que pode ocorrer por cessão civil ou por endosso de títulos à ordem, pressupondo sempre a existência de venda a prazo⁵. Além disso, o pagamento pelos créditos cedidos pode ocorrer no momento do vencimento (*maturity factoring*) ou antecipadamente (*conventional factoring*).

Na obra seminal sobre o tema no Brasil, o Prof. Fábio Konder Comparato assevera que em caso de financiamento, no *conventional factoring*, o prazo deve ser curto, de no máximo seis meses⁶.

O *factoring* pode ser interno, quando as operações são efetuadas dentro de um mesmo país, ou internacional, quando envolve operações de importação e exportação.

A Medida Provisória n. 812/94, convertida na Lei n. 8.981/95, 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*)". Tanto esta Medida Provisória n. 812/94 quanto a subsequente Lei n. 8.981/95 eram normas de direito tributário e regulavam o contrato de *factoring*, apenas contemplando a mencionada definição para fins de incidência do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas. O dispositivo legal foi revogado pela Lei n. 9.249/95, 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.

Percebe-se que no conceito apresentado, tanto na Medida Provisória quanto pelas leis subsequentes, não há previsão sobre a existência/inexistência de direito de regresso do faturizador perante o faturizado pelos créditos adquiridos e não honrados pelo devedor deste, ou ainda que as partes poderão regular esta questão no contrato. O tema será tratado com maior ênfase no item 4.

O *factoring* representa uma alternativa dos empresários ao desconto bancário, sobretudo para as microempresas e empresas de pequeno porte, notadamente quando estão "negativadas", ou seja, com cadastro positivo em órgãos de proteção ao crédito. Além de representar um financiamento para a faturizada, o contrato pode agregar outros serviços como a seleção de clientes, informações sobre o mercado e ajuda para o controle e eventual falta de capital de giro.

⁵ CARLOS ALBERTO BITTAR. *Contratos comerciais*. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1994, p. 103.

⁶ FÁBIO KONDER COMPARATO. *Factoring*. *Revista Forense*. Ano 71. vol. 249. jan.-mar. 1975, p. 391.

3. A ausência de regulamentação do *factoring* no Brasil

No Brasil, o contrato de *factoring* 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 boa oportunidade de regulá-lo.

Não obstante, o contrato de *factoring* encontra autorização no art. 425 do diploma civil⁷, 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 *factoring*. Essa ausência de regulamentação é fator de insegurança jurídica, o que eleva sobremaneira o risco do negócio.

Para Fran Martins, a dificuldade de regulamentação no Brasil 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.⁸

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

⁷ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

⁸ FRAN MARTINS. *ob. cit.* p. 474.

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.

4. Característica essencial do contrato de *factoring* no Brasil

Como mencionado, no Brasil o contrato de *factoring* possui uma característica essencial: em caso de inadimplemento por parte do devedor, o faturizador não tem direito de regresso em face do faturizado, ou seja, o faturizado não responde pelo pagamento do devedor, devendo o faturizador assumir os riscos da operação.

De qualquer maneira, não tem sido admitida no Brasil a pactuação de cláusula estabelecendo direito de regresso. Trata-se de uma construção pretoriana e doutrinária, sem fundamento em dispositivo de lei diante da ausência de regulamentação do contrato no país⁹. Não se aplicam, segundo esse entendimento, as disposições dos artigos 296¹⁰ e 297¹¹ do Código Civil. Em virtude dessa nota essencial, parte da doutrina afirma que o contrato de *factoring* é *aleatório*, ou seja, o *risco é elemento essencial* dessa modalidade contratual¹². 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.

A título ilustrativo, em decisão proferida em 23/02/2016, o Superior Tribunal de Justiça consignou que no contrato de *factoring* a sociedade empresária faturizadora não possui direito de regresso contra a sociedade faturizada, em razão de ser o risco da essência do contrato¹³. 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.

5. Aspectos controversos do contrato

Diversos aspectos controversos acerca do *factoring* têm sido suscitados na doutrina e nos tribunais, e muitas das vezes não há consenso para a solução do problema; a seguir, serão expostos alguns deles.

⁹ A título de exemplo, cf. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 522.

¹⁰ Art. 296. *Salvo estipulação em contrário*, o cedente não responde pela solvência do devedor. (grifo nosso)

¹¹ 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.

¹² Nesse sentido, cf. ARNALDO RIZZARDO. *Factoring*. 3.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 119.

¹³ "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.

5.1. O *factoring* é contrato empresarial?

Na doutrina prevalece a opinião de que o contrato de *factoring* é empresarial. Assinala Fran Martins que o contrato de *factoring* tem natureza 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 não¹⁴. Acrescenta o mesmo autor que o contrato é destinado, principalmente, às pequenas e médias empresas para a obtenção de capital de giro. Waldirio Bulgarelli também afirma que o contrato é empresarial¹⁵. Arnaldo Rizzardo 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”¹⁶. Fábio Ulhoa Coelho segue o mesmo entendimento, e pondera que o *factoring* é pactuado entre duas partes empresárias¹⁷.

Indaga-se se o contrato de *factoring* 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 a primeira indagação sustenta-se que o contrato de *factoring* 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 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. A guisa de ilustração, a prevalecer este entendimento doutrinário, as faturizadoras seria “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 seria 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,

¹⁴ FRAN MARTINS. *ob. cit.*, p. 476-477.

¹⁵ WALDIRIO BULGARELLI. *Contratos mercantis*. 9.ed. São Paulo, Atlas, 1997, p. 571.

¹⁶ ARNALDO RIZZARDO. *ob. cit.*, p. 31

¹⁷ FÁBIO ULHOA COELHO. *Curso de Direito Comercial*. v. 3. 7.ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 143.

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 *factoring* não se submete às regras do Código de Defesa do Consumidor, quando não for evidente a situação de vulnerabilidade da parte¹⁸.

5.2. A faturizadora deve ser instituição financeira?

Outra questão que suscita polêmica é sobre a atividade das sociedades de fomento mercantil (faturizadoras) incluir-se ou não na categoria de instituição financeira.

Em 1982, o Banco Central do Brasil emitiu a Circular n. 703, considerando a atividade de *factoring* privativa de instituições financeiras¹⁹. O entendimento da autoridade monetária mudou em 1988, com a edição da Circular n. 1.359/1988, que se limitou a revogar o diploma anterior, entendendo desde então que a atividade de *factoring* não é privativa de instituição financeira, independente de autorização.

Nos termos da Lei 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].

¹⁸ “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.

¹⁹ 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”.

Não obstante a redação do dispositivo, a doutrina pátria majoritária, na linha do pensamento de Fran Martins, 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. Ainda para essa doutrina, a sociedade de *factoring* não tem natureza de instituição financeira por não realizar captação de recursos de terceiros, investindo na atividade apenas com capital próprio. O autor 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 risco²⁰.

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

Orlando Gomes, por sua vez, aponta que a operação de *factoring* 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 atividade²¹.

Fábio Ulhoa Coelho, todavia, 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 financiamento²².

Negar ao contrato de *factoring* 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%/ano²³. Não obstante, pode a faturizadora cobrar pelos serviços adicionais prestados, não se confundindo com os juros cobrados pela transferência dos créditos.

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 *factoring* 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 registro do contrato social na Junta Comercial. Assim sendo, qualquer sociedade empresária no Brasil pode se dedicar à

²⁰ FRAN MARTINS. *ob. cit.*, p. 472.

²¹ ORLANDO GOMES. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 580.

²² FÁBIO ULHOA COELHO. *ob. cit.*, p. 143.

²³ Cf. art. 1º do Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933.

atividade de *factoring* independente de autorização do Banco Central, justamente por não estar sob seu controlo.

5.3. Cessão de créditos provenientes de vendas a consumidores

Discute-se sobre a possibilidade de o contrato de *factoring* 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. 9.249/95²⁴. 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 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 *factoring* 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 *factoring*, não cabendo a interpretação literal e restritiva do art. 15 da Lei n. 9.249/95. Nesse sentido, o jurista brasileiro Fábio Ulhoa Coelho admite, com plena razão, que os créditos titularizados pela sociedade empresária decorrentes de venda a consumidores possam ser faturizados²⁵.

5.4. O *factoring* sobre duplicatas. Interpretação do art. 25 da Lei n. 5.474/68

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

²⁴ 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)

²⁵ FÁBIO ULHOA COELHO, *ob. cit.* p. 142.

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, 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 Genebra²⁶, pois ele não pode se eximir da garantia ao pagamento da duplicata, ainda que possa endossar sem garantia, com base no art. 15²⁷ da Lei Uniforme²⁸.

Tal posicionamento do jurista se explica em razão da característica “essencial” para a doutrina do contrato de *factoring* 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 de forma objetiva e concisa.

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, 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.

²⁶ 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)

²⁷ 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.

²⁸ FRAN MARTINS, *ob. cit.*, p. 474. Cf. também CARLOS ALBERTO BITTAR, *ob. cit.*, p. 195.

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, 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.

5.5. A exclusividade do faturizado em relação ao faturizador

Parte considerável da doutrina brasileira entende que o contrato de *factoring* 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 *factoring* com sociedade fomentadora diversa da que já mantém contrato. Dentre aqueles que defendem tal exclusividade, Fran Martins 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 certos clientes; só sobre essas partes incidirão as obrigações contratuais”²⁹.

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 ser rigorosa, para evitar conflitos entre os faturizadores.

5.6. Responsabilidade do faturizado em caso de não pagamento dos créditos pelo devedor

Para a doutrina brasileira, a nota característica do contrato de *factoring* 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.

²⁹ Idem, p. 478.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que, em contrato de *factoring*, a faturizada responde pelo pagamento se a inadimplência do devedor se deu em razão de ato imputável a ela³⁰. 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 faturizada deve garantir à faturizadora a existência dos direitos de crédito em face de seus devedores³¹. 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 também já decidiu que a faturizadora tem direito de regresso contra a faturizada que, por contrato de *factoring* vinculado à nota promissória, tenha cedido duplicatas sem causa subjacente³². 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.

5.7. Endosso de títulos ao faturizador: especificidades

Como o *factoring* ainda é um contrato atípico no Brasil, esse cenário permite decisões casuísticas, 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 *factoring*. Percebe-se a afirmação de uma das características do endosso vis-à-vis a cessão de crédito.

Os ministros da Corte de Justiça entenderam que não há embasamento legal para a notificação do devedor, visto se tratar de endosso, instituto de direito cambiário: “De fato

³⁰ “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.

³¹ 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.

³² “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.

[...] 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 cancelar a restrição a direitos conferidos por lei ao faturizador, em manifesta ofensa a diversas regras, institutos e princípios do direito cambiário”³³.

Em que pese a decisão supra, a questão não é pacífica na doutrina. Para De Plácido e Silva, deve haver notificação da transferência do crédito para produzir efeitos em face do devedor³⁴.

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, entendeu-se que o devedor (aceitante) pode opor à faturizadora endossatária as exceções pessoais que seriam oponíveis ao sacador-endossante (faturizado)³⁵.

O relator, Ministro João Otávio de Noronha, 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 crédito.*” 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, 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.

Em outro caso, 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 transferido³⁶. Sobre o assunto, na doutrina brasileira, Fábio

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.236.701/MG. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Julgamento em 05/11/2015.

³⁴ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 22.ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 592. Cf. também FRAN MARTINS, *ob. cit.*, p. 480.

³⁵ Ementa. DIREITO EMPRESARIAL. OPOSIÇÃO DE EXCEÇÕES PESSOAIS A EMPRESA DE FACTORING. O sacado pode opor à faturizada a qual pretende lhe cobrar duplicata recebida em operação de *factoring* exceções pessoais que seriam passíveis de contraposição ao sacador, ainda que o sacado tenha eventualmente aceitado o título de crédito”. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.439.749/RS. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 02/06/2015.

³⁶ Ementa. “CHEQUE. AUTONOMIA. PRÁTICA ILÍCITA. A autonomia [*rectius*: abstração] do cheque não é absoluta, de tal modo que se admite, excepcionalmente, a discussão da relação jurídica adjacente, como no caso. O título em questão, repassado à empresa de *factoring* ora recorrente, surgiu de venda de computadores mediante cheques pré-datados após maciça propaganda da empresa vendedora, que não entregou as mercadorias, estando desaparecidos só responsáveis. Isso caracteriza prática comercial ilícita e criminosa, que, sem dúvida, esvazia a cártula”. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 434.433/MG. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. Julgamento em 25/03/2003.

Konder Comparato, com acerto, 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. 915³⁷ do Código Civil³⁸.

Noutra ocasião, o STJ entendeu que a faturizada responde pelo pagamento se não houver cláusula em sentido contrário presente no título (cláusula “sem garantia”)³⁹. Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios decidiu que se aplica o princípio da abstração ao endosso de títulos em factoring, o que se coaduna com a legislação cambiária⁴⁰.

6. Características do *factoring* internacional na Convenção de Ottawa da UNIDROIT

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) elaborou a Convenção sobre o *Factoring* Internacional, celebrada em 1988 na cidade de Ottawa. 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*”⁴¹.

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

³⁷ 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.

³⁸ FÁBIO KONDER COMPARATO. *ob. cit.*, p. 391.

³⁹ 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)”. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 820.672/DF. Julgamento em 06/03/2008.

⁴⁰ Ementa. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. FACTORING. LEGITIMIDADE PASSIVA. GARANTIA. I – O faturizado é ilegítimo para ocupar o polo 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. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 4ª Turma. Relatora Desembargadora Vera Andrighi.

⁴¹ Até o presente momento, são signatários da Convenção: Alemanha, Bélgica, EUA, Filipinas, Finlândia, França, Gana, Guiné-Conacri, Hungria, Itália, Letônia, Marrocos, Nigéria, Reino Unido, Rep. Eslovaca, Rep. Tcheca, Rússia, Tanzânia e Ucrânia.

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 apregoa 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 objetiva do faturizador em dar ciência da transmissão do crédito ao principal interessado, ou seja, o devedor.

O art. 5º expressamente faculta a contratação de *factoring* sobre créditos futuros, permitindo a securitização desses créditos em prol da obtenção de capital pelo faturizado⁴².

O art. 6º 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 dispositivo⁴³.

O art. 11 ratifica a possibilidade de subseqüentes cessões dos créditos faturizados⁴⁴.

7. Legislação de alguns países que já positivaram o contrato de *factoring*

Diferentemente do Brasil, diversos países já regulamentaram o contrato de *factoring*, em vista da importância dessa modalidade contratual, tendo cada legislação assumido contornos distintos. O presente artigo examina as legislações de Portugal, Argentina e México.

⁴² Art. 5 - 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 aparecerem e necessitarem de qualquer novo ato de transferência.

⁴³ Entre os signatários, Bélgica, França e Letónia exerceram esse direito de reserva.

⁴⁴ Art. 11 - 1. Onde um valor a receber for cedido pelo fornecedor a um representante nos termos de um contrato 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 subseqüente do valor a receber pelo representante ou por um subseqüente cessionário; (b) as disposições dos Artigos 8 a 10 serão aplicáveis como se o subseqüente cessionário fosse o representante. 2. Para as finalidades desta Convenção, o aviso ao devedor da subseqüente cessão também representa aviso da cessão ao representante.

7.1. Portugal

Em Portugal, o Decreto-Lei n. 171/95 regula as sociedades de *factoring* 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.

Ao contrário do Brasil, como verificado no item 5.2, as sociedades de *factoring* 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 as sociedades de *factoring* entre as instituições de crédito, o que faz com que essas sociedades se submetam 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 *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 *factoring* 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".⁴⁵

O art. 4º da lei lusitana exige que as sociedades de *factoring* adotem a forma de sociedade anónima. Trata-se de exigência reintroduzida no regulamentado das sociedades de *factoring* pelo Decreto-Lei n. 100/2015, não sendo prevista na redação original do Decreto-Lei n. 171/95. Essa exigência tinha lugar no art. 6º do Decreto-Lei n. 56/86. No Brasil, diante do regime imposto pelo Banco Central de afastar a atividade de fomento comercial do regime das instituições financeiras, que devem adotar a forma de sociedade anónima, é permitida a constituição sob a forma de sociedade limitada, por exemplo.

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)⁴⁶.

⁴⁵ O Decreto-Lei n. 56/86 qualificava o *factoring* como atividade parabancária (art. 1º).

⁴⁶ Decreto-Lei n. 298/92, Diploma consolidado. Art. 3º. "Tipos de instituições de crédito. São instituições de crédito: a) Os bancos" [...]. Art. 4º. "Atividade das instituições de crédito. 1 - Os bancos podem efetuar as

O art. 5º 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”. Permite-se, portanto, a captação de recursos de terceiros, atividade consentânea com o objeto das instituições financeiras.

O art. 6º permite às sociedades de *factoring* realizar as operações cambiais necessárias ao exercício de suas atividades.

O art. 7º exige que o contrato de *factoring* 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.

O art. 8º 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 econômica⁴⁷. Segundo dados da Associação Portuguesa de *Leasing, Factoring* e *Renting*, em 2015 o peso dos créditos tomados representou 12,9% do PIB, o que ainda assim é um percentual muito elevado.⁴⁸

Quanto à transmissão dos créditos, admite-se a existência de quatro modalidades: i) contrato de *factoring* com recurso e com antecipação, em que há uma cessão de créditos com direito de regresso e com antecipação de valores; ii) contrato de *factoring* com recurso e sem antecipação, em que há direito de regresso, mas sem antecipação de valores; iii) contrato de *factoring* sem recurso e com antecipação, em que não há direito de regresso, mas há antecipação; e iv) contrato de *factoring* sem recurso e sem antecipação, em que não

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.

⁴⁷ DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA. *A Tributação do Factoring: uma abordagem crítica numa perspectiva nacional e internacional*. Pós-Graduação em Direito Fiscal. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2005, p. 8.

⁴⁸ Dados disponíveis em <<http://www.alf.pt/pt/factoring>>. Acesso em 03/12/2016.

há tanto o direito de regresso quanto antecipação de qualquer numerário.⁴⁹ 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 for mais conveniente para elas. No Brasil, ao contrário, a falta de regulamentação legal e a doutrina conservadora apresentada criam mais obstáculos do que externalidades positivas para o contrato e sua execução, “impondo” a ausência do direito de regresso sem normativo que lhe dê supedâneo.

A notificação ao devedor é exigida para que a cessão de créditos produza efeitos, nos termos do art. 583º, n. 1, do Código Civil.

7.2. Argentina

O *Código Civil y Comercial de la Nación* – Lei n. 26.994/2014, vigente desde 1 de agosto de 2015 – trata do *factoring* em seu Título IV, Capítulo 13, intitulado “Contrato de factoraje”. As disposições tiveram grande influência da Convenção de Ottawa da UNIDROIT, exposta no item 6.

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 negócio⁵⁰.

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 a faturizada.

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 cedidos⁵¹. 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.

⁴⁹ DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA, *ob. cit.*, pp. 28-33.

⁵⁰ 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 otra, denominada factoreado, **pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos, asumiendo o no los riesgos**”. (grifo nosso).

⁵¹ Art. 1.422. “Otros servicios. La adquisición puede ser complementada com servicios de administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos”.

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 Ottawa⁵².

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 crédito⁵³.

Esclarece Carlos Molina Sandoval 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 outras⁵⁴

O art. 1.428 do Código exige a notificação do devedor, que pode ocorrer por qualquer meio que evidencie racionalmente a recepção pelo devedor⁵⁵.

7.3. 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 *factoring* 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 con 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.

⁵² 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”.

⁵³ 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”.

⁵⁴ CARLOS MOLINA SANDOVAL. 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.

⁵⁵ 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 razonablemente la recepción por parte de éste”.

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 en 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”.

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.

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 legitimidade dos direitos de crédito, ao tempo da celebração do contrato⁵⁶. Diante da redação desse artigo, a doutrina considera que não é possível celebrar o contrato de *factoring* sobre créditos futuros⁵⁷.

O art. 426 estabelece a obrigação de registro da operação de transmissão dos créditos para produzir efeitos perante terceiros⁵⁸. 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 cobrança⁵⁹.

O art. 431 permite ao *factorante* transmitir os direitos de crédito a terceiros, sendo aplicável as disposições gerais de transmissão desses direitos⁶⁰.

⁵⁶ 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”.

⁵⁷ MARIO DE LA MADRID ANDRADE. Concepto del contrato 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>> 8. Acesso em 03/12/2016.

⁵⁸ 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”.

⁵⁹ Art. 427. “El factorante deberá notificar al deudor 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. [...]”.

⁶⁰ Art. 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”.

8. O *factoring* nos Projetos de Código Comercial em tramitação no Brasil

Os dois projetos de Código Comercial em tramitação no Congresso do Brasil pretendem regulamentar o *factoring*, 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 fomentador pessoa física, apenas permitindo a constituição de sociedades fomentadoras 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 *factoring* 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 do *factoring* 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)⁶¹.

O Projeto de Lei do Senado n. 487/2013 regula o *factoring* 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)⁶².

9. Conclusão

O *factoring* traduz modalidade contratual que representa a dinâmica das novas relações empresariais. No Brasil, essa modalidade contratual teve enorme crescimento nos últimos anos, movimentando considerável volume de recursos. Não obstante, ainda não há regulamentação da matéria no país, o que acarreta graves transtornos, sobretudo insegurança jurídica.

⁶¹ 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.

⁶² 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.

Conclui-se que o contrato de *factoring* precisa com urgência ser regulamentado, quer seja pela edição de lei especial, quer seja em ocasião da promulgação de novo Código Comercial, quer seja 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 do *factoring* no Brasil, que é a assunção dos riscos do inadimplemento pelo faturizador.

Com efeito, a Convenção de Ottawa sobre *factoring* internacional não elenca o risco como elemento necessário ao contrato; tampouco o fazem as legislações dos países estudados: Portugal, Argentina e México. 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 *factoring* 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 *factoring* 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 independente de evento futuro e incerto.

Além disso, diversos aspectos foram analisados no trabalho. A doutrina aponta que o *factoring* é contrato empresarial, porém o referencial correto é quanto ao objeto e não em relação às partes, pois o faturizado não precisa ser caracterizado como empresário. O *factoring* pode ter por objeto créditos oriundos de venda a consumidores, e ainda que ele pode ser realizado sobre duplicatas, título de crédito especificamente brasileiro, ou 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 necessidade de notificação do devedor e 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.

Espera-se que o tema ora estudado seja objeto de mais discussões para se chegar a uma harmonização do tratamento doutrinário e jurisprudencial.

Bibliografia

- ANDRADE, MARIO DE LA MADRID, *Concepto del contrato 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 03/12/2016.
- BITTAR, CARLOS ALBERTO, *Contratos comerciais*, 2.ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1994.
- BULGARELLI, WALDÍRIO, *Contratos mercantis*, 9.ed. São Paulo, Atlas, 1997.
- BULGARELLI, WALDÍRIO, 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, pp. 36-42.
- COELHO, FÁBIO ULHOA, *Curso de Direito Comercial*, v. 3. 7.ed. São Paulo, Saraiva, 2007.
- COMPARATO, FÁBIO KONDER, *Factoring*, *Revista Forense*, Ano 71, vol. 249. jan.-mar. 1975, pp. 387-391.
- ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, *Fomento mercantil – factoring*, Propriedade industrial, Rio de Janeiro, EMERJ, 2012.
- GOMES, ORLANDO, *Contratos*, 26.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- MARTINS, FRAN, *Contratos e obrigações comerciais*, 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Sobre o contrato de cessão financeira ou de factoring*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 2002.
- PEREIRA, CAIO MARIO DA SILVA, *Instituições de direito civil*, 13.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- RIZZARDO, ARNALDO, *Factoring*, 3.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- SANDOVAL, CARLOS MOLINA, *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.
- SANTIAGO, MARIANA RIBEIRO, A intolerável deturpação do contrato de factoring, *Revista de Direito Privado*, Ano 9. n. 33. jan.-mar. 2008, pp. 236-249.
- SILVA, DE PLÁCIDO E, *Vocabulário Jurídico*, 22.ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- 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, 2005.

TAVARES, MARCELO MORAES, A atividade de *factoring* e a responsabilidade do faturizado na transferência do títulos por endosso, *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Ano VIII. n. 48. 2012, pp. 60-68.

WALD, ARNOLDO, *Obrigações e contratos*, 16.ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

Jurisprudência

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 28.11.1995 (Eduardo Ribeiro), processo n. 43.914/RS, in <http://www.stj.jus.br> (03.12.2016).

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 25.03.2003 (Aldir Passarinho Júnior), processo n. 434.433/MG, in <http://www.stj.jus.br> (03.12.2016).

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 06.03.2008 (Aldir Passarinho Júnior), processo n. 820.672/DF, in <http://www.stj.jus.br> (03.12.2016).

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 19.06.2012 (Luís Felipe Salomão), processo n. 938.979/DF, in <http://www.stj.jus.br> (03.12.2016).

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 20.01.2014 (Luís Felipe Salomão), processo n. 1.289.995, in <http://www.stj.jus.br> (03.12.2016).

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 02.06.2015 (João Otávio de Noronha), processo n. 1.439.749/RS, in <http://www.stj.jus.br> (03.12.2016).

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 05.11.2015 (Luís Felipe Salomão), processo n. 1.236.701/MG, in <http://www.stj.jus.br> (03.12.2016).

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 23.02.2016 (Marco A. Belize), processo n. 671.067/PR, in <http://www.stj.jus.br> (03.12.2016).