



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O direito de regresso no *factoring*

Ricardo Tomaz Tannure

Rio de Janeiro
2010

RICARDO TOMAZ TANNURE

O direito de regresso no *factoring*

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadora: Prof. Néli Fetzner

Rio de Janeiro
2010

O DIREITO DE REGRESSO NO *FACTORING*

Ricardo Tomaz Tannure

Graduado pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

Resumo: A discussão acerca do direito de regresso no *factoring* é um dos temas mais controvertidos na seara dos contratos empresariais. Ausente legislação específica sobre a faturização no Brasil, a determinar um regramento definitivo e uniforme do instituto, doutrina e jurisprudência controvertem sobre a responsabilidade do faturizado perante o faturizador com relação à inadimplência do devedor. O presente trabalho tem por objetivo abordar as posições existentes sobre o assunto e, por fim, apontar a que melhor enfrenta a questão do direito de regresso no fomento empresarial.

Palavras-chaves: *Factoring*. Faturização. Fomento empresarial. Direito de regresso. Responsabilidade. Cessão de crédito. Endosso.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de *factoring*. 2. Distinções necessárias. 2.1. Desconto bancário. 2.2. Cessão de crédito e endosso. 3. Direito de regresso. 3.1. Direito de regresso na cessão de crédito. 3.2. Direito de regresso no endosso. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho aborda o *factoring*, contrato empresarial misto atípico que envolve prestação de serviços e negociação de direitos creditícios. Para tanto, toma-se como premissa que a dificuldade de acesso aos recursos financeiros e o alto custo do crédito representam os

maiores entraves ao desenvolvimento da atividade empresarial, principalmente para o surgimento de novos e diversificados negócios na sociedade moderna. Diante desse panorama, aparece o *factoring* como importante instrumento de fomento e incentivo da economia. A facilidade da operacionalização do instituto, a desburocratização e a assistência financeira são os principais elementos atrativos na faturização, especialmente aos pequenos e médios empresários.

Entretanto, a inexistência de legislação específica sobre fomento empresarial no Brasil acarreta grandes incertezas quanto à formatação jurídica do instituto, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência definir os traços característicos da faturização. Dentre todas as discussões envolvidas no *factoring*, a questão do direito de regresso na relação entre faturizador e faturizado é sem dúvida a mais controvertida, repousando nesse ponto o foco central do presente estudo.

A importância do direito de regresso em relação ao *factoring* está na sua influência sobre os custos da atividade oferecida pelo faturizador. A assunção de riscos de inadimplência por parte do faturizador acarreta a cobrança de uma comissão de risco, o que repercute nos custos do contrato, encarecendo o crédito e diminuindo a sua acessibilidade.

O objetivo do trabalho é combater o entendimento prevalecente na doutrina e na jurisprudência no sentido de que a cobertura de riscos é uma atividade inerente ao *factoring*, inviabilizando o direito de regresso. Assim, busca-se despertar a atenção para a importância da autonomia da vontade e da liberdade contratual na definição da responsabilidade do faturizador e do faturizado, permitindo às partes estabelecer as cláusulas que melhor atendam aos seus interesses específicos.

Ao longo do estudo, serão analisados os seguintes tópicos: o conceito de *factoring*; a diferença entre *factoring* e institutos afins, como o desconto bancário, a cessão de crédito e o

endosso; a viabilidade do direito de regresso no *factoring*; e a responsabilidade do faturizado na cessão de crédito e no endosso.

Resta frisar que, ao enfrentar o tema do contrato de faturização, não se pretendeu esgotá-lo, mas apenas tratar da responsabilidade do faturizado diante do faturizador e o direito de regresso, tema que enseja intensas discussões no meio acadêmico.

1. CONCEITO DE *FACTORING*

Conceituar o contrato de fomento empresarial não é tarefa fácil. A maioria dos doutrinadores costuma apresentar uma definição de faturização limitada a apenas uma de suas espécies, o *factoring* convencional, com foco na aquisição de créditos pelo faturizador com antecipação de valores ao faturizado. Nesse sentido, afirma BITTAR (2008, p. 117) que a faturização é “o ajuste por meio do qual um comerciante cede a outrem os créditos correspondentes às suas atividades, total ou parcialmente, recebendo, em contrapartida, remuneração consistente em descontos sobre os respectivos valores, com juros respectivos”.

Entretanto, a multiplicidade de atividades envolvidas no fomento empresarial dá ensejo a diferentes modalidades de *factoring*, o que denota a insuficiência das definições baseadas somente na negociação de créditos.

Inexiste legislação específica sobre *factoring* no Brasil.

Com o intuito de regulamentar a base de cálculo do imposto de renda, a Lei 8.981/95 definiu a atividade de faturização para fins tributários como a “prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e 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*)”. O mesmo conceito foi mantido no art. 15, §1º, III, “d”, Lei 9.249/95, e no art. 58, Lei 9.430/96.

Na seara infralegal, vale ressaltar a Instrução Normativa 16/86 do Departamento Nacional de Registro do Comércio, que dispensa a aprovação prévia do Banco Central para o arquivamento de atos constitutivos de sociedade de fomento mercantil, e a Resolução 2.144/95, do Conselho Monetário Nacional, que delimita a área de atuação das sociedades de *factoring*, diferenciando-as das instituições financeiras.

Malgrado sirvam como referência para o conceito de faturização, os atos normativos citados não se prestam para definir o *factoring* como instituto jurídico. A definição ditada pela legislação tributária se vincula exclusivamente à finalidade arrecadatória do Fisco, enquanto os atos infralegais buscam somente reger situações específicas extrínsecas ao conteúdo jurídico do fomento empresarial.

Houve diversas tentativas legislativas de regulamentar o contrato de *factoring*. Entre 1989 e 2004, foram debatidos mais de dez projetos de lei no Congresso Nacional e quase todos acabaram arquivados. Atualmente, duas principais proposições legislativas sobre faturização continuam em trâmite no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 3194/97, na Câmara dos Deputados (acesso em 04 jun. 2010), e o Projeto de Lei 13/2007, no Senado Federal (acesso em 04 jun. 2010), originado do Projeto de Lei 3615/2000, de autoria do Deputado João Hermman Neto.

Não obstante existam projetos legislativos pra regulamentar o *factoring*, é certo que não há ainda lei específica sobre o assunto. Conclui-se, pois, que o *factoring* é um contrato atípico, na forma do art. 425, Código Civil.

O contrato atípico é gerado pela necessidade e interesse das partes como resultante de um acordo de vontades não regulado pelo ordenamento jurídico. Considera-se válido desde que as partes sejam capazes e o seu objeto lícito, possível, determinado ou determinável e

suscetível de apreciação econômica, sendo restringido apenas pelos limites inerentes ao exercício da autonomia da vontade dos contraentes.

Conquanto ausente a tipicidade jurídica, é inegável que o *factoring* apresenta uma tipicidade fática, na medida em que possui elementos que o distingue das demais espécies contratuais. Tais elementos são frutos dos costumes e das práticas comerciais, principalmente no plano internacional, e das construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o instituto.

Promovida pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit), a Convenção Internacional sobre *Factoring* realizada em Ottawa, Canadá, em 1988 (acesso em 01 jun. 2010), da qual o Brasil não é signatário, considera *factoring* o contrato pelo qual se desempenha pelo menos duas das seguintes atividades: adiantamento do faturizador ao faturizado; gerência contábil de valores a receber; cobrança de valores a receber; e proteção do faturizado contra o inadimplemento.

Seguindo a Convenção de Ottawa, é possível classificar as atividades do faturizador em três áreas: serviços, que podem englobar serviços comuns de análise de riscos e de cobrança, bem como serviços especiais de administração e de gestão empresarial parcial, co-gestão ou parcerias administrativas entre faturizador e faturizado; assistência, que pode ser financeira, com ou sem antecipação de valores ao faturizado, ou não-financeira, pelo fornecimento de matéria-prima e insumos para processo industrial; e cobertura de riscos, com oferecimento de garantia contra inadimplência do devedor do faturizado mediante cobrança de uma comissão de risco.

Por sua vez, o Projeto de Lei 13/2007 (acesso em 04 jun. 2010) define o fomento mercantil como a prestação continuada de um ou mais dos seguintes serviços: acompanhamento de processo produtivo ou mercadológico; acompanhamento de contas a receber e a pagar; e seleção e avaliação de clientes, devedores ou fornecedores. De acordo

com a referida proposição, quaisquer desses serviços podem ser conjugados com a compra de direitos creditórios no mercado nacional ou internacional.

Tem-se assim, portanto, que a negociação de créditos não configura atividade essencial à caracterização do contrato de *factoring*, embora seja a mais usual na prática. Diga-se mais, não há *factoring* quando a única prestação envolvida for a aquisição de ativos financeiros. Ao contrário do que dispõe a Lei 8.981/95, não se exige a completa cumulação de atividades típicas por parte do faturizador, mas a negociação de direitos creditícios, quando presente, deve sempre estar conjugada com a prestação de serviços não-assistenciais relativos ao crédito.

Nessa trilha, é possível conceituar *factoring* como o contrato empresarial em que o faturizador presta ao faturizado, mediante remuneração, cumulativa ou alternativamente, serviços relativos ao crédito e à administração, assistência financeira e não-financeira e cobertura de riscos de inadimplência.

Trata-se de contrato sinalagmático, com obrigações recíprocas para ambas as partes; comutativo, com direitos e obrigações equivalentes; oneroso, haja vista que a onerosidade é característica essencial dos contratos empresariais; consensual, uma vez que se aperfeiçoa com o acordo de vontades; *intuito personae*, especialmente quando houver cobertura de risco contra inadimplência; de trato sucessivo, pois sua execução se prolonga no tempo, sem prejuízo da contratação excepcional para operações isoladas; e atípico, pois inexistente regulamentação legal específica, sujeitando-se aos princípios gerais dos contratos e às regras próprias de institutos acessórios, como a cessão de crédito e o endosso.

Considerando tão-só o núcleo do instituto, conclusiva a observação de MARIANI (2007, p. 316) ao afirmar que “o *factoring* é uma técnica pela qual o faturizador presta ao faturizado fomento empresarial. E se formos ao desafio de uma só palavra, ei-la: fomento”.

2. DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

Por ser contrato de grande complexidade, o *factoring* apresenta características comuns aos mais variados negócios jurídicos, como a comissão mercantil, o seguro de crédito, o crédito rotativo e o *forfaiting*.

Entretanto, sem embargos das semelhanças, possui o fomento empresarial traços peculiares que o distinguem dos demais institutos jurídicos. Tomando em conta o objeto específico do presente estudo, o direito de regresso no *factoring*, faz-se necessário distar a faturização do desconto bancário, da cessão de crédito e do endosso.

2.1. DESCONTO BANCÁRIO

O desconto bancário é uma operação típica de bancos pela qual é realizada uma negociação de crédito com antecipação de valores, deduzindo-se um custo sobre o valor de face do título. Nesse ponto, aproxima-se muito do *factoring* puro, também chamado de convencional ou *old line factoring*, em que a assistência financeira com adiantamento ao faturizado é nota essencial.

É comum a afirmação na doutrina de que a distinção entre o desconto bancário e o fomento mercantil está na existência ou não do direito de regresso. Consoante RIZZARDO (2004, p. 58), “a grande e fundamental diferença reside na inexistência do direito de regresso no *factoring*, enquanto consagra esta faculdade o desconto bancário”.

Esse entendimento, contudo, não se coaduna com o conteúdo jurídico da faturização. A inexistência de direito de regresso no *factoring* se liga diretamente à prestação de cobertura de riscos contra inadimplência por parte do faturizador ao faturizado, o que, conforme visto anteriormente, não representa elemento essencial à caracterização do fomento empresarial.

Dessa forma, enquanto o direito de regresso representa uma garantia no desconto bancário, na faturização se apresenta como uma cláusula facultativa a ser discutida nos limites da liberdade contratual das partes, máxime diante da atipicidade contratual do *factoring*.

Além disso, o *factoring* com negociação de direitos creditícios deve conjugar a prestação de outras atividades pelo faturizador, como a gestão de recebíveis e de contas a pagar, análise de riscos ou cobranças, serviços estes que não se encontram associados ao desconto bancário, que não passa de uma aquisição de ativos financeiros.

Outra distinção está no fato de que o desconto, por ser atividade tipicamente bancária, é levado a efeito por instituição financeira, que opera com recursos próprios e de terceiros, conforme art. 17, Lei 4.595/64, não incidindo sobre os juros remuneratórios cobrados às limitações do Decreto 22.626/33 (Lei de Usura), nos moldes da Súmula 596, Supremo Tribunal Federal. Já o faturizador opera com recursos próprios, uma vez que sua atividade não se equipara a das instituições financeiras (Resolução 2.144/95, CMN, e Circular 703/82, BACEN), a limitar a taxa de juros remuneratórios ao teto de 12% ao ano, segundo jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.048.341/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 10/02/2009; e REsp 330.845/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 17/06/2003).

2.2. CESSÃO DE CRÉDITO E ENDOSSO

Embora comumente presentes no *factoring*, a cessão de crédito e o endosso com ele não se confundem. São institutos que instrumentalizam a faturização, principalmente quando houver negociação de créditos.

A cessão de crédito é mecanismo de transmissão das obrigações, sendo negócio jurídico bilateral no qual o credor transfere a terceiro sua posição patrimonial na relação obrigacional, sem que com isso se crie uma nova situação jurídica. Encontra previsão no art. 286 e seguintes, Código Civil.

Já o endosso, explica ROSA JUNIOR (2007), é ato exclusivo dos títulos de cambiais e cambiariformes consistente em declaração unilateral de vontade pela qual o beneficiário ou portador de um título (endossante) transmite os direitos dele decorrentes a outra pessoa (endossatário), ficando, em regra, responsável pelo pagamento.

Ambos os institutos são utilizados no *factoring* para realização de transferência de crédito do faturizado ao faturizador nas operações que abarquem assistência financeira.

No fomento empresarial também se recorre ao endosso-mandato, modalidade imprópria, não translativa e irregular de endosso que, nos moldes do art. 18, Decreto 57.663/66 (Lei Uniforme de Genebra), tem por finalidade apenas a transferência dos direitos resultantes do título com a finalidade de cobrança da soma cambiária. Pelo endosso-mandato não há transferência de crédito, estando presente no *factoring* quando não houver prestação de assistência financeira ao faturizado, mas apenas serviços relativos ao crédito, como a gestão e a cobrança de recebíveis.

Tem-se, portanto, que a cessão de crédito e o endosso são mecanismos acessórios de operacionalização do *factoring*.

3. DIREITO DE REGRESSO

Na faturização com transferência de crédito não raramente resta frustrada a pretensão de cobrança feita pelo faturizador em face do devedor do faturizado, seja por inadimplência ou inexistência do crédito. Surge assim a discussão acerca do direito de regresso do faturizador contra o faturizado, tema dos mais controvertidos sobre o contrato de *factoring*.

Entendimento majoritário na jurisprudência e na doutrina pugna pela inexistência de direito de regresso no fomento empresarial. Diz-se que a responsabilidade do faturizador pela inadimplência do devedor é inerente ao contrato de *factoring* e inegociável, de maneira que a transferência de crédito ao faturizador, seja por cessão ou endosso, é sempre *pro soluto*.

Esse entendimento é sustentado por PEREIRA (2009), WALD (2009), GONÇALVES (2008), RIZZARDO (2004), SANT'ANNA (2008), FAZZIO JÚNIOR (2006), SILVA (2004), COELHO (2007), MARTINS (2001), DINIZ, (2006) e NADER (2008).

Na jurisprudência contrária ao direito de regresso, vale trazer à baila o REsp 992421/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 21/08/2008, do Superior Tribunal de Justiça, e a Apelação 0239975-62.2008.8.19.0001, Rel. Des. Mário Assis Gonçalves, julgado em 27/04/2010, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Os defensores desse ponto de vista apenas partem da premissa de que inexistente direito de regresso no *factoring*, sem tecer maiores comentários sobre o assunto.

De outro giro, vem crescendo a posição em sentido contrário, defendendo a possibilidade de direito de regresso no contrato de fomento empresarial, privilegiando a liberdade contratual das partes. Nesse sentido, tem-se na doutrina o escólio de LEITE (2007), DONINI (2002), BULGARALLI (2000) e VENOSA (2008).

Confira-se na jurisprudência favorável ao direito regressivo do faturizador o REsp 802672/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 06/03/2008, do Superior Tribunal de Justiça, e a Apelação 0050301-34.2009.8.19.0000, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, julgado em 07/10/2009, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A razão repousa com a segunda corrente, assentindo com a possibilidade do direito de regresso ser pactuado no contrato de fomento empresarial.

Em brilhante trabalho sobre *factoring*, LEMMI (2005) analisa a questão do direito de regresso no Direito Comparado e, embora tenha percebido certa divergência entre a doutrina internacional, conclui que os principais ordenamentos jurídicos estrangeiros admitem a celebração da cláusula de responsabilidade do faturizado frente ao faturizador, citando os exemplos da Itália e da Grécia. Com apoio em DONINI (2002), somem-se a estes a Espanha e Portugal.

Também a Convenção Internacional sobre *Factoring* (acesso em 01 jun. 2010) é peremptória em assinalar que a proteção do faturizado contra o inadimplemento é apenas uma das possíveis atividades a serem prestadas pelo faturizador, podendo ser conjugada com a prestação de adiantamento ao faturizado, gerência de valores a receber e cobrança de recebíveis. Com base na Convenção de Otawa, adotam o direito de regresso facultativamente os seguintes países: Gana, Guiné, Nigéria, Filipinas, Tanzânia, Marrocos, França, Tchecoslováquia, Finlândia, Itália, Alemanha, Bélgica, Estados Unidos da América, Reino Unido, Hungria e Letônia.

No Brasil, a pendenga é resolvida com a consideração da natureza atípica do contrato de *factoring*. Inexistindo legislação específica sobre fomento empresarial, a definição das cláusulas do contrato encontra limite apenas na autonomia da vontade das partes, respeitadas as restrições imanentes à ordem pública, como a função social dos contratos, a boa-fé

objetiva, a moral e os bons costumes. Preserva-se dessa forma a liberdade de contratar, encartada no art. 425, Código Civil.

Por outro lado, a liberdade contratual não pode ser invocada para descaracterizar institutos jurídicos típicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Desse modo, deve ser analisado o direito de regresso em consonância com os instrumentos utilizados para operar a transferência de crédito do faturizado ao faturizador, quais sejam: a cessão de crédito e o endosso translativo.

3.1 DIREITO DE REGRESSO NA CESSÃO DE CRÉDITO

Conforme já consignado, a cessão de crédito é modalidade de transmissão das obrigações. Encontra-se regulamentada pela legislação civilista, apresentando características próprias que não podem ser desconsideradas no estudo do *factoring*.

A cessão de crédito compreende três personagens e dois consentimentos, havendo um cedente, que transfere total ou parcialmente o seu crédito, um cessionário, que o adquire, preservando a mesma posição do cedente, e um cedido, que é o devedor obrigado ao adimplemento da obrigação em favor do cessionário. Segundo FARIAS; ROSENVALD (2008, p. 226), a “vontade do cedido não participa da validade do negócio jurídico, pois ele não desfruta de legitimidade para se opor à transmissão de crédito. Todavia, fundamental será o seu conhecimento quanto à realização da cessão para fins de eficácia e oponibilidade contra sua pessoa”.

No *factoring*, as posições de cedente e cessionário seriam representadas pelo faturizado e pelo faturizador, respectivamente.

De acordo com o art. 290, Código Civil, a cessão de crédito somente possui eficácia frente ao devedor quando devidamente notificado. Não se trata, pois, de requisito de validade da cessão, razão pela qual, mesmo sem a notificação, permanece a cessão de crédito perfeitamente válida entre cedente e cessionário. Não alcança, contudo, o devedor, que continua podendo se liberar da obrigação com seu cumprimento perante o cedente até que seja devidamente notificado.

Com a cessão, o cessionário se sub-roga na posição patrimonial ocupada pelo cedente na relação obrigacional. Recebe, assim, direito derivado, com os mesmos vícios e defeitos acumulados nas transferências anteriores. Em consequência, o devedor-cedido pode opor ao cessionário exceções pessoais que lhe sejam próprias, bem como aquelas que tinha contra o cedente até o momento em que tomou conhecimento da cessão, nos termos do art. 294, Código Civil.

A responsabilidade do cedente-faturizado pelo crédito cedido é um dos efeitos da cessão de crédito e pode ser de duas ordens: responsabilidade pela existência do crédito (obrigatória) e responsabilidade pela solvência do devedor (opcional).

A responsabilidade obrigatória do faturizado, também denominada garantia *in veritas nominis*, está prevista no art. 295, Código Civil, ao aduzir que nas cessões por título oneroso o cedente fica responsável pela existência do crédito ao tempo em que cedeu. Subsiste a responsabilidade do cedente em três hipóteses: quando transfere crédito inexistente; quando existe exceção contra o crédito cedido, que o inutiliza (v. g. vícios redibitórios, evicção, compensação, pagamento); e quando o cedente transfere crédito sobre o qual não detém titularidade (transferência a *non domino*).

Por sua vez, a responsabilidade opcional do faturizado, chamada garantia *in bonitas nominis*, encontra assento no art. 296, Código Civil, segundo o qual o cedente não responde pela solvência do devedor, salvo estipulação em contrário.

O cedente responde pela existência e legitimidade do crédito e não pelo adimplemento da obrigação por parte do devedor. Permite-se, todavia, que as partes, no livre exercício da autonomia da vontade, pactuem a responsabilidade do cedente diante do inadimplemento do devedor.

No *factoring* com assistência financeira a responsabilidade do cedente pela solvência do devedor pode ser celebrada de duas formas: individualmente para cada negócio jurídico de cessão de crédito entre faturizador e faturizado, permitindo às partes avaliar a conveniência da assunção de risco em cada operação realizada; ou por meio de cláusula de responsabilidade inscrita em contrato de fomento empresarial celebrado entre as partes, prestando-se para regular todas as cessões de crédito realizadas entre faturizador e faturizado, excetuadas as ressalvas expressas em operações isoladas.

Vale acentuar que, inexistindo legislação específica sobre *factoring* no ordenamento pátrio, o contrato de faturização se afigura não-solene, do que se permite a adoção da forma que melhor atenda à conveniência das partes, seja escrito ou verbal, por instrumento público ou particular.

De qualquer modo, em se optando pela cessão de crédito como instrumento de operacionalização do *factoring*, a responsabilidade do faturizado-cedente pela solvência do devedor é excepcional, devendo ser expressamente pactuada entre as partes. A falta de estipulação nesse sentido acarreta a inexistência de direito de regresso do faturizador ao faturizado, salvo em caso de responsabilidade pela existência do crédito.

Cabe mencionar ainda que o art. 9º do Projeto de Lei 13/2007 (acesso em 04 jun. 2010) é expresso em afirmar que o faturizado se responsabiliza “civil e criminalmente pela veracidade, legitimidade e legalidade do crédito cedido à sociedade de fomento mercantil, respondendo pelos vícios redibitórios e, quando contratualmente previsto, pela solvência do devedor”, compactuando com a livre deliberação do direito regressivo.

O dispositivo em questão tem sido objeto de ardorosas críticas pelos autores que sustentam a inexistência de direito de regresso no *factoring*, taxando-o de intolerável deturpação do fomento empresarial, como aponta SANTIAGO (2008).

A verdade é que o legislador, através do Projeto de Lei 13/2007, sinaliza com a melhor doutrina e a prática internacional do *factoring*, na medida em que aproxima o tratamento do direito de regresso na faturização do regramento civilista da cessão de crédito. Relega-se ao arbítrio das partes a negociação da responsabilidade entre faturizador e faturizado, posição que merece elogios.

3.2. DIREITO DE REGRESSO NO ENDOSSO

Na esteira do que já se delineou, o endosso é ato cambiário de transmissão de direitos encartados em título cambial e cambiariforme. Cuida-se de declaração unilateral de vontade de natureza estritamente cambiária, principal responsável pela circulação dos títulos de crédito.

O endosso encontra regulamentação expressa em diversos atos normativos, valendo mencionar a sua previsão em relação à letra de câmbio e nota promissória (Decreto 57.663/66), cheque (Lei 7.357/85), duplicata (Lei 5.474/68) e títulos inominados (art. 887 e seguintes, Código Civil).

O endosso deve ser puro e simples, não podendo sua eficácia ficar subordinada à condição, termo ou encargo, a se considerar não-escrita a cláusula nesse sentido (art. 912, Código Civil; art. 12, “1”, Decreto 57.663/66; e art. 18, Lei 7.357/85). Além disso, não se admite o endosso parcial, ao revés do que ocorre na cessão de crédito.

O endosso configura ato abstrato, que não se prende à relação que lhe deu causa. Por isso, opera a transferência de direito novo e originário ao endossatário, desvinculado do direito do endossante. Haja vista o caráter autônomo do direito transferido, não pode o devedor opor ao terceiro de boa-fé as exceções pessoais que detenha contra seu credor de origem (art. 916, Código Civil; art. 17, Decreto 57.663/66; e art. 25, Lei 7.357/85).

Assim como na cessão de crédito, a responsabilidade do endossante em face do endossatário pode ser de duas ordens: responsabilidade pela existência do crédito e responsabilidade pelo pagamento.

A responsabilidade pela existência do crédito, em linhas gerais, segue a mesma orientação apontada na cessão de crédito, assumindo o endossante a garantia pela veracidade e legitimidade dos direitos transferidos. Frise-se, contudo, que o direito adquirido pelo endossatário, por ser autônomo, não é maculado pelos vícios e defeitos que incidiam sobre os direitos de titulares antecedentes.

De outro turno, a responsabilidade pela solvência do devedor no endosso difere da regra sobre a garantia *in bonitas nominis* na cessão de crédito, uma vez que o endossante, salvo cláusula em contrário, garante o pagamento na letra de câmbio (art. 15, “1”, Decreto 57.663/66), na nota promissória (art. 17, “1”, Decreto 57.663/66), no cheque (art. 21, Lei 7.357/85) e na duplicata (art. 25, Lei 5.474/68).

Não obstante ser o endossante garantidor em caso de insolvência do devedor, diferentes cláusulas cambiais podem ser apostas ao título de crédito no sentido de limitar a sua circulação e a responsabilidade pelo pagamento.

Cláusula excludente de responsabilidade: autoriza a legislação cambiária que o endossante se isente da garantia pelo pagamento com a inserção no título de cláusula excludente de responsabilidade, o que caracteriza o chamado “endosso sem garantia” ou “endosso sem ser devedor”. Nessa hipótese, serve o endosso apenas para permitir a circulação

do título e justificar a legitimação do portador. A cláusula “sem garantia” aproveita somente ao endossante que a apõe, uma vez que as obrigações cambiárias que emergem do título são autônomas e independentes entre si.

Cláusula proibitiva de novo endosso: o portador de um título de crédito pode, ao endossá-lo, inserir cláusula proibitiva de novo endosso (art. 15, “2”, Decreto 57.663/66; art. 21, parágrafo único, Lei 7.357/85). A inserção dessa cláusula no título não paralisa a sua circulação, porém, segundo MARTINS (2008, p.112), “se for endossada, o endossante que proibiu o endosso não se responsabiliza pelo pagamento do título às pessoas a quem foi este posteriormente endossado. Mas garante esse pagamento à pessoa a quem endossou”.

Cláusula não à ordem: a cláusula à ordem não é necessária para que a letra de câmbio, a nota promissória e o cheque circulem por meio de endosso (art. 11, “1”, Decreto 57.663/66; art. 17, Lei 7.357/85). Admite a legislação cambial que os criadores desses títulos incluam a cláusula não à ordem na cártula, de modo que o título só possa ser transmitido pela forma e com os efeitos de cessão de crédito. Na duplicata não se admite a cláusula não à ordem, eis que a cláusula à ordem constitui requisito essencial para sua configuração, consoante art. 2º, §1º, VII, Lei 5.474/68.

Feitas essas assertivas sobre as cláusulas cambiais concernentes ao endosso, é preciso analisar sua relação com contrato de *factoring*. A questão é delicada, principalmente pelo fato de que a estipulação contratual sobre a responsabilidade do faturizado pode conflitar frontalmente com os efeitos cambiais inerentes ao endosso.

Inicialmente, impende frisar que na faturização as posições de endossante e endossatário são ocupadas, respectivamente, pelo faturizado e pelo faturizador.

Considerando os princípios da cartularidade e da literalidade que informam os títulos de crédito e atentando para a atipicidade do contrato de *factoring*, conclui-se que qualquer pacto contratual acerca da responsabilidade do faturizado frente ao faturizador não pode

prevalecer sobre as disposições legais que regulam os títulos de crédito. Com força em lei, o endosso surte efeitos que decorrem diretamente da cártula, vinculando os coobrigados na cadeia cambial.

Dessa forma, instrumentalizada a faturização por meio de endosso translativo, deve o faturizado fazer constar expressamente na cártula a cláusula “sem garantia” caso pretenda se eximir da responsabilidade pelo pagamento. Em se tratando de endosso translativo puro e simples, figurará o faturizado como coobrigado na cadeia cambial, garantindo o pagamento do título.

Isso não significa, entretanto, que as cláusulas sobre responsabilidade constante do contrato de *factoring* sejam ineficazes ou inválidas, uma vez que podem ser invocadas pelos contraentes como exceções pessoais entre faturizado e faturizador, com força no art. 17, Decreto 57.663/66, art. 25, Lei 7.357/85, e art. 916, Código Civil.

Portanto, não se pode ter por correta a lição de RIZZARDO (2004, p. 123) no sentido de que no *factoring* o “endosso não segue as diretrizes traçadas pela Lei Uniforme de Genebra, estando desacompanhado de garantia. Transfere-se a propriedade do título sem garantia”. Tal entendimento desnatura a estrutura normativa dos títulos de crédito, encerrando flagrante interpretação *contra legem*.

CONCLUSÃO

Considerando os aspectos abordados acerca do contrato de fomento empresarial, tem-se que o conceito de *factoring* é extraído da possibilidade de prestação alternativa de diversas atividades pelo faturizador em benefício do faturizado. A percepção da amplitude das

áreas de atuação do faturizador permite concluir que a assistência financeira e a cobertura de riscos não são elementos essenciais do contrato de *factoring*, assertiva que encontra eco na experiência mercantil internacional e no Projeto de Lei 13/2007, principal proposta legislativa sobre fomento empresarial em trâmite no Congresso Nacional.

A atipicidade do contrato de *factoring* confere às partes a possibilidade de estipularem as cláusulas contratuais de acordo com seus interesses e necessidades, nos termos do art. 425, Código Civil.

O *factoring*, por ser negócio jurídico de conteúdo complexo, apresenta características de diversos outros institutos jurídicos. Não obstante, possui traços característicos que o define como contrato empresarial específico, não se confundindo com o desconto bancário, a cessão de crédito e o endosso.

Com relação ao direito de regresso, o entendimento amplamente majoritário na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que a assunção é elemento essencial do contrato de *factoring*, não apresenta fundamentos jurídicos suficientes. Podem as partes, respaldadas na liberdade contratual e autonomia da vontade, livremente pactuar a responsabilidade do faturizado pela insolvência de seus devedores.

Contudo, conforme assinalado no estudo, a liberdade contratual sobre o direito de regresso não é absoluta, devendo atentar para o conteúdo normativo específico da cessão de crédito e do endosso, instrumentos de transferência de crédito utilizados para operacionalizar o *factoring* com assistência financeira. Desse modo, enquanto na cessão de crédito o faturizado-cedente não responde pela solvência do devedor, no endosso o faturizado-endossatário garante o pagamento da obrigação cambial. Essa é a regra geral.

Reclama-se maior cuidado na jurisprudência ao tratar do contrato de *factoring*. Compreender a cobertura de risco contra o inadimplemento como cláusula essencial da faturização é entendimento que impõe ao faturizador a aceitação de uma álea não pactuada

com o faturizado. Em última análise, esse incremento não desejado no custo do contrato diminui a acessibilidade ao crédito e impede, conseqüentemente, que o *factoring* atenda a sua principal função econômica: o fomento da atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Comerciais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei de 3194, de 04/06/2007. Disponível em: www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=19255. Acesso em: 04 jun. 2010.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei 13, de 19/03/2007. Disponível em: www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=80244. Acesso em: 04 jun. 2010.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CARMO, Eduardo de Souza. Endosso sem garantia e factoring. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 27, n. 71, p., p. 55-61, jul/set. 1988.

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

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE FACTORING. Disponível em: www.unidroit.org/english/conventions/1988factoring/1988factoring-e.htm. Acesso em: 01 jun. 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, v. 4. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DONINI, Antônio Carlos. *Factoring de acordo com o Novo Código Civil (Lei 10.406. de 10/01/2002)*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____, Antônio Carlos. Factoring. Regulação, funções desempenhadas, modalidades e o direito de regresso. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 91, n. 802, p. 727-749, ago, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Factoring. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 82, n.293, p. 139-154, jan/mar. 1986.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, Luiz Lemos. Banco é banco, factoring é factoring. *Consulex*. Brasília, v. 13, n.303, p. 56-58, ago, 2009.

_____, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LEMMI, Luiz Rodrigo. *Atividade Financeira e Factoring no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LUCCA, Newton de. *A Faturização no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____, Fran. *Títulos de crédito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, v. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*, v. 3, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Títulos de crédito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANT'ANNA, Valéria Maria. *Factoring: fomento mercantil: doutrina, prática, jurisprudência*. Bauru: Edipro, 2008.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A intolerável deturpação do contrato de factoring. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 9, n. 33, p. 236-249, jan/mar, 2008.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Contratos Comerciais*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v. 3. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil*, v. 3. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Arnaldo. Regime legal das empresas de factoring. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 86, n. 740, p. 145-160, jun, 1997.