

O fomento mercantil – Natureza, legalidade e validade da cláusula de regresso inserida nos contratos de *factoring*

Leonardo Cardoso e Silva¹

O *factoring* é uma atividade comercial, mista e atípica, que soma prestação de serviços à compra de ativos financeiros. É uma cessão de crédito.

Segundo o Professor Luiz Lemos Leite “*factoring* é uma atividade comercial mista atípica, ou seja, serviços prestados assomado a compra de créditos (direitos creditórios) resultante de vendas mercantis. As empresas clientes expandem os seus ativos, aumentando as vendas, eliminando ou diminuindo o seu endividamento e transformam as suas vendas a prazo em vendas à vista. É uma prestação contínua e cumulativa de serviços de assessoria mercadológica, creditícia, de seleção de riscos, de gestão de crédito, acompanhamento de contas a receber e de outros serviços, conjugada com a aquisição pro soluto de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, realizadas a prazo”.

A operação de *factoring* é um mecanismo de fomento mercantil que possibilita à empresa fomentada vender seus créditos, gerados por suas vendas a prazo, a uma empresa de *factoring*. O resultado disso é o recebimento imediato desses créditos futuros, o que aumenta seu poder de negociação, por exemplo, nas compras à vista de matéria-prima, pois a empresa não se descapitaliza.

De tal maneira, na relação de *factoring*, o dinheiro não é bem de

¹ Juiz de Direito Titular 2ª Vara Cível e Juizado Especial Cível Adjunto de Queimados.

consumo, mais sim um insumo.

Portanto, o *factoring* é um contrato atípico, regido, contudo, pelas regras do código civil, inclusive quanto aos princípios inerentes aos contratos, que se aplicam na espécie. Tem natureza consensual. É comutativo, tendo carga de aleatoriedade.

Destarte, segundo a doutrina e jurisprudência majoritária, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor nos contratos de *factoring*, no que se refere à relação entre faturizador e faturizado, devendo ser destacado o seguinte entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“APELAÇÃO CÍVEL. Ação de cobrança. Empresa de *factoring*. Cheques sem provisão de fundos. Procedência do pedido. Inconformismo dos réus. Preliminar rejeitada. No mérito, o faturizador tem direito de ação contra o faturizado se a dívida cedida estiver eivada de vício, o que ocorreu na hipótese. O direito da apelada está alicerçado pelo contrato e pelos cheques endossados pelo primeiro apelante. Juros fixados de forma adequada. Inaplicável, na espécie, o Código de Defesa de Consumidor. Recurso com seguimento negado, na forma do artigo 557 *caput* do CPC” (Relatora DES. ZELIA MARIA MACHADO - Julgamento: 18/03/2011 - APELACAO CIVEL N. 0006344-20-2004-8-19-0206 – QUINTA CAMARA CIVEL DO TJ/RJ).

Cumprir ser destacado ainda que no *Factoring* inexistente, em regra, segundo parte da doutrina, o direito de regresso, sendo certo que o faturizador somente tem direito de ação em face do faturizado se a dívida cedida estiver eivada de vício, conforme apontado acima. Portanto, a operação é de elevado risco, sendo certo que o faturizador assume o prejuízo em caso do não pagamento por parte do devedor do título negociado, podendo cobrar deste pela via própria.

Em relação à legalidade da cláusula de regresso, cumpre denotar que a corrente majoritária se inclina em não reconhecer no contrato de *facto-*

ring natureza pro solvendo, afastando, por tal motivo, o direito de regresso ou cláusula de recompra por parte do cedente dos títulos não honrados pelos sacados. Tal impossibilidade se daria diante da expressiva remuneração exigida para a concretização do negócio, nela incluídos o risco da avença entabulada, conforme mencionado acima.

Neste contexto, o faturizado, ao ceder os seus direitos abatidos do fator de compra aplicado pela faturizadora, não poderia ser compelido a responder pela inadimplência do devedor, pois uma vez afastada a natureza pro soluto da operação, haveria transmutação do próprio instituto em simples mútuo. Ademais, em se tratando de contrato de fomento mercantil, o risco remunerado da empresa faturizadora afasta as garantias decorrentes do aval e do endosso, este último atuando tão somente como meio de transferência das cártulas.

Acerca da impossibilidade de se inserir nos contratos de *factoring* cláusula de regresso, cumpre trazer à colação o seguinte aresto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos seguintes termos:

“Embargos à execução. **Contrato** de fomento mercantil (**factoring**). Nota promissória. Garantia de recebimento dos créditos. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Embora não regulamentado em legislação específica, o **contrato** de **factoring** é, por muitos, considerado um **contrato** atípico e se caracteriza, grosso modo, pela cessão dos direitos de crédito do faturizado ao faturizador. Distingue-se da operação bancária de desconto de títulos, já que o faturizador assume o risco pelo não pagamento pelo devedor dos títulos negociados, ao contrário do que se dá naquela operação, recebendo, para tanto, uma comissão. Assim, com exceção das hipóteses de ilegalidade dos títulos de crédito cedidos, são vedadas as garantias de **regresso** nos **contratos** de **factoring**, sendo da essência do **contrato** a responsabilidade do faturizador pelos riscos da impontualidade e da insolvência do devedor (sacado). Na hipótese dos autos, verifica-se que a nota promissória

sob que se funda a execução teve sua origem em um **contrato de factoring** celebrado entre a empresa apelante e os apelados, conforme **cláusula 3.4.2** do aditivo contratual acostado às fls. 42, constituindo, na verdade, garantia de **regresso no contrato**, o que não se admite. Recurso ao qual se nega seguimento”. (**Relator - DES. MARIO ASSIS GONÇALVES - Julgamento: 27/04/2010 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - Apelação Cível n. 0239975-62-2008-8-19-0001 (2009.001.69782)**)

Dessarte, há de se observar, que, mesmo para a parcela da doutrina e jurisprudência que não admite a cláusula de garantia de regresso no contrato de *factoring*, seria perfeitamente cabível o direito de regresso no referido contrato quando existir vício que contamine o crédito cedido, ocasionado por culpa do faturizado, impedindo a respectiva cobrança pelo faturizador diretamente do sacado.

Já a outra parte da doutrina entende que seria possível a estipulação da cláusula pro solvendo por ocasião da formalização do contrato de fomento mercantil, sendo certo que o grau de risco poderia ser contratualmente pactuado pelas partes, decorrendo daí a possibilidade do contrato de *factoring* dar-se com ou sem a cláusula de regresso.

Para a referida parte da doutrina, não haveria qualquer abuso ou ilegalidade em relação a tal cláusula, posto que, em qualquer atividade comercial onerosa, o valor a ser desembolsado sempre guardará absoluta compatibilidade com o grau de incerteza do negócio firmado pelos interessados, havendo disponibilidade para uma assunção de maior ou menor risco, de acordo com o valor de deságio pago pela aquisição dos direitos creditórios.

Diante da natureza do instituto do factoring, entendo que perfeitamente possível a estipulação de cláusula de regresso nos referidos contratos, já que não há qualquer vedação legal nesse sentido, uma vez que se trata de contrato em que se aplicam os princípios gerais do direito negocial, em especial o da autonomia de vontade, da obrigatoriedade do contrato e da

boa-fé, observados, ainda, os pressupostos de validade da avenças, ou seja, a capacidade das partes, a licitude do objeto, que deverá ser possível, determinado ou determinável, e a forma ser prescrita ou não vedada em Lei.

Portanto, em não existindo disposição legal em sentido contrário, perfeitamente possível se entender que o risco decorrente de uma possível inadimplência dos sacados não seja assumido exclusivamente pela empresa de *factoring*, sendo este assumido, via cláusula contratual, por parte do faturizado, que seria responsável solidário pelo adimplemento dos créditos cedidos.

É de se destacar, ainda, o artigo 296 do Código Civil de 2002 que dispõe: “*salvo estipulação em sentido contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor*”.

Ora, não há dúvida de que a aludida norma da Lei Substantiva Civil permite que o cedente responda pela insolvência do devedor, desde que pactuada tal obrigação no contrato originário, não havendo qualquer razão plausível para que tal norma não incida nos contratos de fomento mercantil.

Pelo exposto, considerando que não há qualquer disciplina legal vedando, entendo que perfeitamente cabível a estipulação da cláusula de regresso nos contratos de *factoring*, sendo possível emprestar-se natureza pro solvendo em tais contratos, desde que estipulados de maneira livre entre as partes, denotando-se que o cedente deve ter ciência de assunção do risco, diante do princípio da boa-fé objetiva que permeia todos os contratos firmados, observando-se, ainda, os requisitos de validade inerentes a todas relações obrigacionais. ◆