

# Fomento Mercantil

**Mariana Moreira Tangari Baptista<sup>1</sup>**

O contrato de faturização, fomento mercantil ou *factoring* é um contrato atípico, sujeito às normas gerais estabelecidas no Código Civil, pelo qual uma empresa (faturizadora) se obriga a gerir os créditos de outra empresa ou empresário (faturizado) e assume os riscos decorrentes do inadimplemento dos devedores deste último, garantindo o pagamento destes créditos. É contrato consensual, pois se materializa com a manifestação de vontade, é paritário, comutativo.

De acordo com Fran Martins, em sua obra **Contratos e Obrigações Comerciais**, 14ª edição, 1998, p. 478:

*Nos contratos de faturização, algumas cláusulas são consideradas essenciais, neles devendo figurar obrigatoriamente. São cláusulas essenciais as relativas à exclusividade ou totalidade das contas do faturizado, à duração do contrato, à faculdade de escolher o faturizador as contas que deseja garantir, aprovando-as, a relativa à liquidação dos créditos, a sobre a cessão dos créditos ao faturizador, a sobre a assunção dos riscos pelo faturizador e finalmente a sobre a remuneração do faturizador. Outras cláusulas, entretanto, poderão ser ajustadas no contrato, por conveniência das partes. Nenhuma, porém, deve derrogar as cláusulas essenciais.*

No Brasil, embora no início da atividade de fomento mercantil o Banco Central tenha editado a Resolução 703/82, limitando o exercício da atividade por instituições financeiras, em 1986 o TFR decidiu que o BA-

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 4ª Vara Cível de Jacarepaguá.

CEN não pode regular a atividade de *factoring* e sim, as Juntas Comerciais, sob a supervisão do Departamento Nacional do Comércio. Posteriormente, em 30/09/1988, a Diretoria do BACEN revogou a Circular 703 com a edição da Circular 1359, enfatizando que o *factoring* não se confunde com a atividade exercida pelas Instituições Financeiras, regulada pela Lei 4.595/64. Isso foi uma conquista para a ANFAC (associação que congrega as pessoas jurídicas que se dedicam à atividade de Fomento Mercantil). Fran Martins, ao analisar a diferença entre as operações realizadas por instituições financeiras e as operações realizadas pelas empresas de fomento mercantil, destaca que estas realizam operações especulativas, de risco e aquelas operações de crédito (Martins, Fran, **Contratos e Obrigações Mercantis**, 14ª edição, 1998, p. 472).

Por meio do *factoring* qualquer empresa tem a possibilidade de trocar os ativos realizáveis por ativos disponíveis. É uma atividade de apoio ao segmento das pequenas e médias empresas, que, por meio do contrato de fomento mercantil, obtêm um reforço no capital de giro. Em outras palavras, uma empresa que precisa de dinheiro hoje cede uma nota promissória no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) que vence daqui a dois meses para uma empresa de fomento mercantil, recebendo R\$ 700,00 (setecentos reais). Na época do vencimento, a empresa de fomento mercantil efetua a cobrança e lucra com o recebimento do crédito em valor superior ao que pagou. Essa é a chamada comissão da empresa de fomento mercantil. Se o devedor não pagar, a faturizadora tem prejuízo, pois não tem direito de regresso contra o cedente do crédito.

Essa é a maior característica do contrato de fomento mercantil. Daí porque há uma grande discussão sobre a possibilidade de ser inserida uma cláusula no contrato prevendo o direito de regresso da faturizadora (cessionária do crédito) contra o faturizado (cedente).

Para o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo, é possível que seja inserida cláusula de regresso no contrato de fomento mercantil, pois este, embora citado em várias leis, não tem nenhuma lei que o regule. Portanto, é contrato atípico, sujeito às normas gerais do Código Civil, sendo certo que o art. 914 do Código Civil ressalva a inclusão de

cláusula de regresso no endosso, que é uma forma de cessão de crédito.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem reconhecido o direito de regresso da empresa de fomento mercantil contra a empresa que lhe cedeu o crédito quando este não tiver nenhuma *causa debendi*, ou seja, se tratar de título de crédito “frio”. Vejamos o seguinte julgado de 28/04/2010:

*Monitória. Contrato de fomento mercantil factoring. Embargos desacolhidos. Sentença de procedência. Apelação. Agravo retido não reiterado e, por isso, tido por renunciado. Ilegitimidade passiva. Atuação de sócio gerente no limite de poderes que lhe foram outorgados, em observância à finalidade prevista no contrato social e aos negócios realizados pela empresa -- cláusulas 1ª e 7ª do Contrato Social. Exigência de atuação conjunta dos sócios que não se aplica à espécie, mas tão somente à movimentação de contas bancárias. Responsabilidade solidária do sócio gerente. Tema precluso por ocasião do julgamento do Agravo Inominado no Agravo de Instrumento nº 2009.002.27473, por esta Egrégia Câmara, que entendera pela desnecessidade do chamamento ao processo do fiador solidário, com fundamento no art. 285 do CPC. Faculdade de exercício do direito de regresso da empresa apelante face ao sócio-gerente assegurada caso, posteriormente, constatado o excesso de poderes de gerência ao firmar a referida avença. Restante do mérito. Títulos vendidos à faturizadora, no âmbito das operações de factoring pactuadas, desprovidos de causa debendi, considerados “frios” e não resgatados pelo devedor. Ação intentada face à faturizada, responsável pela legalidade, veracidade e legitimidade dos títulos de crédito adquiridos pela apelada e, em consequência, pelos prejuízos da operação de factoring advindos, como, aliás, pactuado na cláusula terceira, § 1º, alínea b do respectivo negócio mercantil. Excesso de execução. Juros e multa fixados de acordo com as disposições contratuais vigentes. Empresa em liquidação ordinária, por*

*força de sentença judicial. Incidência das regras previstas nos arts. 655 a 674 do antigo Código de Processo Civil.”(Decreto-lei nº 1608/39), ainda em vigor, tal como previsto no art. 1218, VII do atual CPC. Credora que deverá exhibir o título de seu crédito à liquidante nomeada, ao escopo do respectivo pagamento CPC/39, art. 660, II. Recurso não provido. (apelação cível n. 0104423-33.2005.8.19.0001) (grifos nossos)*

Segundo a jurisprudência de nosso Tribunal de Justiça, não se admite a previsão de cláusula de regresso no contrato de fomento mercantil, sob pena deste ficar descaracterizado, tornando-se mero desconto bancário. Isso porque a maior característica do *factoring* é o risco da operação, sendo este o motivo pelo qual a comissão do faturizador é maior que a remuneração da instituição financeira no desconto bancário.

Porém, é pacífico o entendimento jurisprudencial segundo o qual o faturizado deve responder pela legalidade, veracidade e legitimidade dos títulos de crédito vendidos à faturizadora. Isso porque não se pode premiar quem age de má-fé, devendo ambas as partes guardar, tanto nas tratativas quanto na execução do contrato, a mais estrita boa-fé (arts. 421 e 422 do Código Civil).

No julgado acima referido havia previsão expressa no contrato sobre a responsabilidade do faturizado pela legalidade, veracidade e legitimidade do título, mas, mesmo quando não houver esta cláusula, existe esta responsabilidade, pelas razões explicitadas acima e, ainda, pelo disposto no art. 295 do Código Civil.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já decidiu que é possível a previsão de cláusula de regresso no contrato de fomento mercantil. Vejamos os seguintes julgados:

*RECURSO ESPECIAL. TÍTULOS DE CRÉDITO. DUPLICATAS SEM CAUSA. PROTESTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO. 1. O contrato de factoring convencional é aquele que encerra a seguinte operação: a empre-*

*sa-cliente transfere, mediante uma venda cujo pagamento dá-se à vista, para a empresa especializada em fomento mercantil, os créditos derivados do exercício da sua atividade empresarial na relação comercial com a sua própria clientela – os sacados, que são os devedores na transação mercantil. 2. Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o endossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes. 3. Na indenização por dano moral por indevido protesto de título, mostra-se adequado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Precedentes 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 992421 / RS RECURSO ESPECIAL 2005/0164082-4 - Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096) - Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) - T3 - TERCEIRA TURMA - 21/08/2008 - DJe 12/12/2008) (grifos nossos)*

*AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DUPLICATA. NULIDADE. CAUSA DEBENDI. AUSÊNCIA. ENDOSSO. SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. “A devedora pode alegar contra a empresa de factoring a defesa que tenha contra a emitente do título.” (REsp 469051/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/05/2003 p. 308, LEXSTJ vol. 167 p. 85, RSTJ v. 184 p. 376) 2. “Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o*

*endossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes.”* (REsp 992421/RS, Rel. para Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 12/12/2008) 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1115325 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0230462-3 - Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI (1145) - T4 - QUARTA TURMA - 01/09/2011 - DJe 09/09/2011) (grifos nossos)

Porque é contrato atípico, para o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo, o faturizador pode exigir garantia do faturizado, seja real ou fidejussória. Todo empresário busca minorar os seus riscos. Daí porque entende que pode haver cláusula de regresso, obrigando o faturizado de forma solidária ou subsidiária.

É importante mencionar que o devedor ou sacado deve ser notificado da cessão do crédito entre o faturizado e o faturizador, mas não precisa concordar com a cessão para que esta se materialize e produza efeitos em relação a ele. A finalidade da notificação é impedir que o sacado pague ao faturizado, de boa-fé, o que extingiria sua obrigação, a teor do disposto no art. 292 do Código Civil. O sacado ou devedor tem o direito de opor ao faturizador as exceções que tinha contra o faturizado, nos termos do art. 294 do Código Civil.

Outra questão que gera discussão na doutrina é a possibilidade de o *factoring* ter por objeto crédito vencido. Há quem diga que somente créditos a vencer podem ser objeto de contrato de fomento mercantil. Esse é o *factoring* convencional, cessão de crédito a vencer.

Para o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo, é possível *factoring* de crédito vencido, desde que esteja em negrito, em destaque o vencimento, uma vez que o contrato é atípico. A necessidade de destacar o vencimento do crédito se dá para que o faturizador tenha ciência inequívoca de que está adquirindo um crédito vencido, por força dos princípios

da boa-fé, da transparência que devem nortear todas as relações contratuais. De acordo com o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo, enquanto não existir uma lei cogente disciplinando o *factoring*, tudo é possível, desde que não haja violação à boa-fé, à função social do contrato, ao equilíbrio econômico financeiro, etc.

O contrato de fomento mercantil pode prever a liquidação do crédito pelo faturizador somente no dia do vencimento. É o chamado *maturity factoring*. Mas o típico contrato de *factoring*, chamado *tradicional* ou *old line factoring* é aquele em que a liquidação do crédito se dá antes do vencimento.

O *factoring*, porém, não se limita a ser uma operação de crédito em que o cessionário assume o risco decorrente do não pagamento; ele vai além disso. O contrato de fomento mercantil pode ser usado como uma técnica financeira, quando funciona como um financiamento para a empresa faturizada, ou prever que o faturizador exerça a administração dos créditos desta empresa. Nesse caso, o *factoring* é usado como técnica de gestão comercial, e o faturizador presta serviços de gestão empresarial ao faturizado, selecionando clientes (deixa de fora os usualmente inadimplentes), efetuando o acompanhamento comercial e das contas a receber e a pagar, examinando a situação creditícia da empresa compradora de produtos, selecionando e avaliando os fornecedores, efetuando a cobrança dos créditos, prestando qualquer outro serviço com vistas a diminuir os encargos e aumentar os lucros da empresa faturizada.

A empresa faturizadora, assim, ainda que não tenha obtido determinado crédito por cessão, pode vir a efetuar a cobrança deste crédito, agindo como mandatária da empresa faturizada. A faturizadora pode selecionar os créditos que deseja receber por cessão, assumindo o risco pelo inadimplemento, e os créditos que deseja apenas administrar, agindo como mandatária.

Por fim, cabe mencionar que, além de proporcionar reforço no capital de giro das pequenas e médias empresas, o contrato de fomento mercantil é importante ferramenta de obtenção de crédito para as empresas em recuperação judicial. Isso porque as empresas de fomento mercantil são

credoras extraconcursais. Ou seja, se não houver sucesso na recuperação judicial, os credores de *factoring* não entrarão no concurso de credores, serão, assim, os primeiros a receber, segundo o disposto no art. 84, V, c/c art. 67 da Lei 11.101/2005. ◆