

Factoring: problemas atuais

Factoring: current problems

Newton De Lucca

Professor Titular de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Doutor e Mestre em Direito. Desembargador do TRF da 3ª Região.

Renata Mota Maciel Dezem

Professora da Universidade Nove de Julho. Doutora em Direito. Juíza de Direito do TJSP.

Resumo: O tema *factoring* foi abordado pelo Prof. Newton De Lucca em obra publicada no ano de 1986. Na época, a grande discussão era saber se as empresas de *factoring* realizavam ou não atividade típica de instituição financeira. Com o passar do tempo e a edição de Circulares do BACEN, a questão tornou-se pacífica, enquanto outras discussões vieram à tona, no exercício da atividade de faturização, sobretudo diante da constatação de sua relevância para o financiamento de pequenas e microempresas.

Palavras-chave: *Factoring*. Faturização. Título de crédito. Direito de regresso. Crédito.

Abstract: The factoring theme was approached by Prof. Newton De Lucca in a work published in the year 1986. At the time, the great discussion was whether factoring companies perform typical financial institution activity. With the passage of time and the edition of Circulars of the BACEN, the issue became peaceful, while other discussions surfaced in the exercise of the faturization activity, especially in view of its relevance to the financing of small and micro enterprises.

Keywords: Factoring. Faturization. Negotiable instrument. Right of return. Credit.

Introdução

No ano de 1984, dediquei atenção ao chamado “contrato de *factoring*” ou simplesmente “faturização”¹, por ocasião do 1º Concurso realizado no Brasil para outorga do Prêmio “Tullio Ascarelli”, no qual obtive o 1º lugar e culminou na publicação do trabalho então realizado, denominado “A faturização no direito brasileiro” (DE LUCCA, 1986).

Passadas três décadas desde a publicação da obra, senti necessidade de revisitar o tema², movido pela mesma justificativa que me levou a pesquisar a faturização, o dinamismo do Direito Comercial, sempre caracterizado por um criar e renovar incessantes de novas técnicas, colocadas a serviço das complexas necessidades do mundo moderno.

Naquela época, a natureza jurídica da operação gerava acaloradas discussões, sobretudo com a edição da Circular n. 703/82 pelo Banco Central do Brasil. Por outro lado, com a edição da Circular BACEN n. 1.359/88 já se reconhece que a faturização não tenha natureza de atividade típica de instituição financeira, embora persistam as críticas a essa opção.³

Os debates, ao que parece, foram agora deslocados para a possibilidade de previsão do direito de regresso nos contratos desta natureza, questão que será analisada a partir do item 6 deste estudo.

- 1 Como esclarece VASCONCELOS (1999, p. 19): “o vocábulo *facturização*, por seu lado, nasce do termo *factura*, que é o instrumento jurídico utilizado pelos factores para lhe serem transmitidos os créditos. Sendo um neologismo, seria o ideal para exprimir em português uma operação jurídica completamente diferente daquelas que até à data existiam entre nós. Acresce a isto que esta expressão já era usada no Brasil para verter em língua lusa o termo (cfr. L. H. Caldeira Spalding, “Factoring: aspectos básicos”, in RCP, 1983, p. 69 ss., Orlando Gomes, , 12ª ed., Rio de Janeiro, 1987, p. 530; F. Konder Comparato, , p. 346 ss., e Fran Martins, , p. 563 O. Gomes, , p. 530). Daí pensarmos ser este último o termo mais adequado para designarmos o contrato de , solução a que também se chegou em França, onde a lei impôs o vocábulo . Relativamente ao operador de , o nome adequado para o designar seria o de *facturizador*”.
- 2 Voltei a ele, ainda, em DE LUCCA (1990, p. 115-155).
- 3 O STJ teve a oportunidade de abordar o tema, no RHC 6.394/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/1997, DJ 30/06/1997, p. 31083.

O vácuo legislativo sobre o instituto infelizmente permanece, como já alertara àquela época, o que acaba por gerar divergências sobre a própria caracterização da faturização e as regras aplicáveis, mesmo nos dias atuais.

Como afirmei outrora, um grande jurista não será, por certo, aquele que se limita a investigar os institutos jurídicos próprios de uma época, seja passada, seja presente. Há de ter, também, como tinha Ascarelli, uma presença de espírito infinita e um sentido espantoso de resposta para situar o estágio desses mesmos institutos diante das necessidades jurídicas – quer de seu tempo, quer das futuras – que seu espírito aberto consegue, no exercício permanente de reflexão sobre a realidade jurídica, ora identificar, ora antecipar.⁴

1 Evolução histórica à luz da necessidade de crédito

Na tentativa de projetar o futuro do instituto da faturização, conhecer sua evolução histórica é de grande valia, como ocorre, a propósito, no campo do Direito Comercial em geral, principalmente se considerado que o próprio Direito Comercial nada mais é do que um fenômeno histórico típico, ligado que está ao surgimento da civilização burguesa e urbana, tal como ocorreu nas cidades italianas da Idade Média, nomeadamente naquelas situadas na Itália Central e Setentrional.⁵

Respeitada a aproximação da moderna instituição da faturização com épocas mais remotas da humanidade⁶, parece mais válida a considera-

4 São palavras do próprio ASCARELLI (1959, p. I/101): “Il problema del giurista è da un lato quello di rendersi conto del mondo che ci circonda, dall’altro di elaborare un pensiero giuridico che sia strumento di intelligenza e di azione, di comprensione del presente e di azione del futuro.”

5 Nesse sentido, ASCARELLI (1962, p. 4); e COSTA (1956, p. 31 e ss.), nas quais os autores fazem aprofundada análise dos fatores históricos relacionados com o surgimento do Direito Comercial na Idade Média.

6 Nesse sentido, MARTINS (1977, p. 569-570); Hillyer William H., , Barron’s oct, 1941, pp. 9 e ss., e Knopik G., , Frankfurt am Main, 1960, p. 25, citados por DALLEVES, n. 29.

ção segundo a qual a faturização, na sua configuração inicial, estaria ligada às indústrias de tecidos da Inglaterra do século XVIII.

Sem chegar ao reducionismo exagerado de considerar como “origem” apenas a interligação causa-efeito, parece-nos que a identificação da origem pressupõe senão semelhança estrutural do instituto, pelo menos correlação dos fatores econômicos condicionantes do seu aparecimento.

Ora, foi somente a partir do século XVI com os descobrimentos marítimos e com todas as consequências importantes daí decorrentes — das quais não pode ficar sem referência especial a colonização britânica no Novo Mundo —, que houve um grande incremento comercial ultramarino, principalmente das mercadorias inglesas que eram negociadas nas colônias britânicas.

Surgiu então, nessa ocasião, a figura do *factor*, que se encarregava da venda das mercadorias produzidas na metrópole, transportando-as até as colônias compradoras, onde outros *factors* iriam se encarregar da distribuição e posterior revenda.

Nesse período, sim, podemos vislumbrar, na atividade praticada pelos *factors*, semelhança com a faturização atual, já que aqueles que antecipavam valores relativos às mercadorias a serem vendidas assumiam o risco do negócio. Embora se tratasse de aquisição de mercadorias e não de crédito, não se pode deixar de reconhecer a similitude dos procedimentos, mormente se se leva em consideração o fator risco como inerente a ambas as situações.

É curioso observar como a faturização, nas suas raízes históricas, assemelha-se ao próprio Direito Comercial: ambos surgiram, na verdade, em razão das necessidades próprias de uma época. Assim como o segundo decorreu de uma ruptura com o Direito Romano-Canônico então vigente (ruptura esta imposta por exigências econômicas ligadas ao comércio ultramarino e bancário), também a primeira derivou de soluções ditas por exigências econômicas. Com o desenvolvimento das colônias, o comércio necessitava de institutos que pudessem contribuir para a superação dos novos problemas surgidos, tais como a precariedade das vias de comunicação, a distância enorme entre o local da produção dos bens a serem comercializados

e o de sua efetiva comercialização, os riscos inerentes ao próprio transporte das mercadorias e, finalmente, o problema de, a distância, serem conhecidos os desejos da clientela e a forma mais adequada de colocar os produtos junto a ela.

Inegável é a importância do papel desempenhado pela figura do *factor* nessa ocasião, já que este, transferindo frequentemente a sua residência para as colônias onde os produtos deveriam ser negociados, tinha condições de analisar, com muito maior eficácia do que a que poderia ser feita, a distância, pelo comerciante residente e domiciliado na metrópole, as características desse mercado, a melhor maneira de colocação dos produtos, os riscos de inadimplemento etc.

Durante o século XVIII, assim, predominou inteiramente a atividade dos *factors* ingleses, no âmbito do comércio têxtil, sendo somente a partir da segunda metade do século XIX, com o extraordinário desenvolvimento da indústria norte-americana, que os EUA passaram a comandar a atividade produtiva e, com ela, o desenvolvimento e a especialização da faturização, como ocorre até os dias atuais.⁷

O vazio deixado na Europa pelo deslocamento da atividade faturizadora para os EUA, a que oportunamente se refere Guillamón (1977, p. 15), foi suprido pela operação do desconto bancário, operação essa, como se sabe, de utilização insignificante nos EUA.

Vale a pena assinalar que, embora a operação de desconto não se confunda com a faturização, ambas desempenham a mesma função, isto é, na sua configuração básica, tanto a operação de desconto quanto a faturização destinam-se a fornecer capital de giro ao pequeno e médio empresário. E não será mera coincidência, por certo, que, a partir do século XIX, enquanto a faturização ganhava notável impulso nos EUA, é a operação do des-

7 No sítio eletrônico da estão disponíveis estatísticas sobre o volume de . Os dados disponíveis referem-se ao volume da atividade de por país, incluindo uma visão geral do número estimado de empresas de ativos por país (independentemente de serem ou não membros da FCI), destacando-se que os EUA permanecem com volume considerável, se comparado aos demais países. Disponível em: <<https://fci.nl/en/about-factoring/statistics>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

conto bancário, ainda muito pouco usada naquele país até os dias atuais, quem vai se desenvolver sobremaneira na Europa. Esse quadro não foi substancialmente alterado no século XX e assim permanecerá, possivelmente, durante o século XXI.

Com efeito, se a faturização iria sofrer modificações importantíssimas (perdendo muito em valor de natureza comercial que possui, mas ganhando nos aspectos de caráter financeiro), em virtude dos novos mecanismos de troca surgidos com a expansão industrial, não existe uma “volta” da atividade faturizadora dos EUA para a Europa, embora sejam notáveis os índices de aumento no Velho Continente a partir da década de 60. Se é certo que, em relação aos EUA, parece fácil relacionar o extraordinário desenvolvimento da faturização à falta da operação de desconto⁸, como poderia ser explicado o fato de que, na segunda metade do século XX, em países como a França e a Itália – onde o desconto bancário apresenta, até os dias atuais, desenvolvimento quase assustador⁹ – pôde a faturização ter incremento tão assinalado?

Assinale-se, em primeiro lugar, que, embora a relação entre as operações de desconto bancário e a de faturização seja extremamente íntima no tocante à função que ambas desempenham no fornecimento de capital de giro às pequenas e médias empresas, não se pode dizer que uma deva ser considerada como sucedâneo da outra.

É certo que a inexistência do primeiro, no sistema bancário norte-americano, terá contribuído decisivamente, como vimos, para que as operações de faturização se desenvolvessem peculiarmente nos EUA, pois a

8 Cf., a propósito, Bianchi (1970, p. 7), onde esse autor afirma que os se valerem, exatamente, da lacuna existente no sistema bancário norte-americano. A mesma afirmação poderia ser feita, a nosso ver, em relação à Inglaterra.

9 A afirmação do texto não é exagerada quando se verifica que, na França, várias tentativas foram realizadas para conter o impacto ocasionado pelo desconto dos efeitos comerciais sobre a atividade bancária em geral: primeiramente, em 1967, com o chamado CMCC (Crédit de Mobilisation de Créances Commerciales) e, posteriormente, em 1973, com o projeto intitulado “Lettre de Change-Relevé”.

necessidade de os empresários mobilizarem os seus próprios créditos comerciais esteve sempre presente em qualquer parte do mundo.

Contudo, mesmo nos EUA, outras razões terão contribuído, talvez de forma poderosa, para o incremento das atividades de faturização. Uma delas terá sido, provavelmente, o fato de que os bens produzidos pelos empresários industriais e destinados à clientela só poderiam ser absorvidos por esta, se os prazos de pagamento fossem razoavelmente dilatados.¹⁰ Mas o empresário, de outro lado, não podia impulsionar a sua atividade produtiva se não recebesse o aporte de recursos correspondente ao que havia produzido e vendido à clientela. Soma-se a essa circunstância a questão da insegurança quanto ao recebimento dos créditos em um país de grande dimensão territorial. A atividade dos *factors*, assim, pôde desempenhar papel de relevo na economia norte-americana, pois foi ela quem propiciou a superação dessas duas dificuldades então existentes no que se refere à atividade produtiva.

Parece, portanto, que essas outras razões prováveis para o desenvolvimento do instituto da faturização nos EUA (além da lacuna relativa à operação do desconto bancário, cuja influência não se nega) servem para explicar, de certo modo, o motivo pelo qual pôde a faturização experimentar notável incremento também nos países onde o desconto bancário sempre existiu.

Não se pode perder de vista, nessa matéria, alguns dados que, se não conseguimos extrair dos livros de doutrina, podem ser observados, até com relativa facilidade, da realidade bancária contemporânea, tanto no Brasil como no exterior.

No sempre infatigavelmente citado Capítulo Único da *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, mostrava Ascarelli que a economia moderna está fun-

10 Relata-nos Phelps (1962, p. 35) que os bancos comerciais americanos, no início do século XX, quando começava a florescer a indústria automobilística local, não estavam aparelhados para um tipo de financiamento que levasse os automóveis das mãos do produtor para o consumidor, empenhados que estavam no tradicional financiamento de curto prazo à agricultura, à indústria e ao comércio. Surgiram, então, as companhias financiadoras de vendas que, juntamente com a atividade faturizadora, permitiram o desenvolvimento poderosíssimo da indústria norte-americana.

damentalmente estruturada sobre o crédito, vale dizer, a possibilidade de disposição imediata de bens presentes em troca de contraprestação futura. Nas concessões de crédito, como é sabido, os estabelecimentos bancários levam em consideração, sobretudo, ao lado da reciprocidade oferecida pelo cliente, o risco inerente à operação. Se a situação econômico-financeira do pretendente ao crédito não for satisfatória, ou o banco não aceitará fazer a operação de empréstimo, ou a fará se receber dele garantias adequadas que neutralizem os riscos da operação. Decorre daí que, em geral, os mais necessitados de crédito são aqueles que, do ponto de vista do mutuante, têm menores condições, quer de reciprocidade, quer de situação econômico-financeira, quer de garantias a serem prestadas.

E, conforme já acentuara Carnevali (1978, p. 798), não é a grande empresa que vai recorrer às operações de faturização, pois delas quem necessita é o pequeno e médio empreendedor.

Relembre-se, ainda, que os inadimplementos – cada vez mais corriqueiros no tempo de crise em que vivemos – podem ser absorvidos, frequentemente, sem consequências mais graves, pelas grandes empresas, enquanto eles podem ser absolutamente fatais para o pequeno empresário que, sem receber o pagamento na época avençada, corre o risco de se tornar também ele inadimplente, com os efeitos daí decorrentes.

Assim, parece claro que as necessidades de realizar operações de faturização, em nossa época, tanto aqui como alhures, são próprias do pequeno e médio empresário, devendo ser satisfeitas sob pena de graves prejuízos para a economia como um todo.

Esse quadro, decorridas três décadas, como se vê, não foi alterado, destacando-se que as últimas crises financeiras internacionais, a partir de 2009, ressaltaram ainda mais a necessidade de financiamento da pequena e média empresa, cenário que torna as faturizadoras elementos-chave no sistema de concessão de crédito, o que pode ser atestado sem sombra de dúvida em nosso país.

2 Modalidades

Toda vez que nos reportamos ao instituto da faturização há a necessidade de esclarecermos, previamente, a que modalidade estamos querendo nos referir ao fazermos tais e quais afirmações, posto que ditas modalidades se apresentam tão distintas em seus caracteres e em suas funções que a diversidade de tratamento entre elas se impõe de maneira inevitável.¹¹

É exatamente essa variedade de caracteres e de funções entre os diferentes tipos que vai dificultar a formulação de um conceito unitário do instituto, explicando-se, assim, no dizer de alguns autores, a instabilidade científica que, de certo modo, reina sobre a matéria.¹²

De qualquer modo, tentaremos dar um ligeiro quadro das diversas modalidades da faturização, fazendo-o, porém, de forma singela e flexível, sem a pretensão de que nossas afirmações evitem as ensanchas à crítica.

Começemos por um levantamento a que se poderia denominar, talvez, de histórico. A doutrina menciona¹³ a existência de três grandes manifestações do instituto: a) *Colonial Factor*, espécie já quase desaparecida, que consiste na aquisição de mercadorias pela empresa para colocá-las junto a certa clientela, agindo como depositária ou como comissionária, podendo existir ou não concomitantemente o *star del credere*; b) *Old Line Factor*, modalidade na qual deixa de existir, geralmente, a compra e venda de mercadorias, encarregando-se a empresa faturizadora de cobrar, sob seu risco, as faturas emitidas pelo seu cliente, sendo o seu papel, portanto, de natureza predominantemente financeira; c) *New Style Factor* ou *New Line Factor*, que desempenha a mesma função da *Old Line Factor* com a característica de

11 Vasconcelos (1999, p. 27) apresenta interessante abordagem sobre a tipologia do .

12 Bianchi (1970, p. 32) e Guillamón (1977, p. 17), sendo o autor peninsular o primeiro a fazer tal referência.

13 Tanto em Nativi (1982, p. 35-36) como em Bianchi (1970, p. 14) pode ser encontrada tal classificação.

utilização de várias técnicas financeiras especializadas, bastante próximas da atividade bancária.

Cumpre-nos, agora, como segundo passo, desdobrar as modalidades do *Old Line Factor* e do *New Style Factor*, já que em relação ao *Colonial Factor*, em face de desaparecimento, apenas subsiste o interesse de seu registro histórico.¹⁴

O *Old Line Factor* comporta, basicamente, três modalidades: a) *Conventional Factoring*, que é a forma mais tradicional das operações da faturização, sendo oferecida ao faturizado a mais variada gama de serviços e de contratos, compreendendo, geralmente, os seguintes: aquisição à vista dos créditos com renúncia ao direito de regresso, gestão de tais créditos, notificação da cessão ao devedor etc; b) *Maturity Factoring*, na qual está excluída a atividade de financiamento, subsistindo, entretanto, tanto a gestão e a cobrança das faturas, como a garantia dos pagamentos na data de seus vencimentos. Parece-nos importante salientar, acerca de tal modalidade, que a empresa faturizadora, aqui, deixa de antecipar os valores a seu cliente, mas não deixa de assumir o risco do inadimplemento por parte dos terceiros devedores; c) *Import-Export Factoring*, inspirada tecnicamente nas duas modalidades precedentes, cujo campo próprio de aplicação é o do comércio internacional.

O *New Style Factor*, por sua vez, compreende, além das mesmas modalidades do *Old Line Factor*, as seguintes: *non notification factoring*, *undisclosed factoring*, *commercial financing*, *equipment financing*, *leasing*, *hire-purchase financing*, *inventory financing*, *rediscounting*, *real estate mortgage financing* e o *confirming* (BIANCHI, 1970, p. 21).

Cumpre finalizar, diante de todo o exposto, que as longas enumerações das diferentes modalidades se prestam mais propriamente a preocupações de natureza comercial e não de ordem jurídica. Sob esse último

14 Se se quiser, por amor às classificações, enquadrar as três manifestações em outro sistema mais geral, poderíamos dizer que, segundo um critério histórico, a faturização se classificaria em antiga e moderna; a primeira representada pelo e a segunda pelo e pelo .

aspecto, segundo entendemos, a distinção que realmente oferece consequências importantes é a do *conventional factoring* e a do *maturity factoring*, modalidades essas que, além de pertencerem tanto ao *Old Line Factor* como ao *New Style Factor*, constituem, por assim dizer, o próprio âmago das operações de faturização.

A propósito, as questões atuais que serão postas a seguir, em verdade, estão relacionadas diretamente ao *conventional factoring*, tanto que a própria jurisprudência, quando aborda o *factoring*, o faz em relação a esta modalidade, que é, em última análise, a responsável pelo grande volume de operações no País e aquela sobre a qual há maiores debates, sobretudo com a tentativa de alteração de cláusulas e das próprias características do instituto ao longo do tempo.

Para resolver os pontos de conflito hoje vigentes, é importante ter por alicerce a qualificação jurídica das empresas de faturização, tema que ainda constitui problema, dados os desdobramentos da opção por um ou outro caminho, como se verá a seguir.

3 Ainda o problema da qualificação jurídica da empresa de faturização

Na década de 80, a natureza jurídica da operação de faturização gerava acaloradas discussões, sobretudo com a edição da Circular n. 703/82 pelo Banco Central do Brasil. Por outro lado, com a edição da Circular BACEN n. 1.359/88 já não se nega que as faturizadoras estejam autorizadas a exercer suas atividades, sem a necessidade de serem realizadas as operações por instituições financeiras.

De qualquer modo, o problema da qualificação jurídica da empresa de faturização ainda é latente, principalmente se consideradas as consequências de não considerar a operação atividade típica de instituição financeira.

Veja-se que, logo após a edição em nosso país da Circular 703, do Banco Central do Brasil, de 16.6.82, algumas vozes se levantaram, orquestrada e indignadamente, contra a pretensão daquela autarquia federal de esclarecer a natureza das operações de faturização e de reservar a competência do Conselho Monetário Nacional para disciplinar aquela matéria.¹⁵

A estratégia usada pelas aludidas vozes era óbvia: pretendiam, ainda que regulamentada fosse posteriormente a matéria pelos órgãos de cúpula do Sistema Financeiro Nacional, constituir um “direito adquirido” das empresas que já vinham realizando operações de faturização, semelhantemente ao que ocorrera, tempos atrás, com as operações de *leasing*.

A Circular do Banco Central representou, portanto, verdadeira “pá de cal” às pretensões de ressalvar-se indevidamente o “direito adquirido” por parte de quem já vinha praticando tais operações.

Infelizmente, a Circular 1.359/88 revogou a Circular 703/82¹⁶, razão pela qual o caminho estava aberto para a franca atuação das faturizadoras, sem maior submissão ao sistema financeiro, como se verá até a atualidade.

Seja como for, a verdadeira natureza da empresa de faturização há de ser procurada, evidentemente, à margem de manifestações destituídas de qualquer valor científico.

15 Nesse sentido, ver Lemmi (2005, p. 52-53).

16 Ainda no ano de 1990, indagava sobre os efeitos dessa revogação: “Qual seria o alcance prático dessa revogação? caberia, então, perguntar. Significaria ela que as nossas autoridades monetárias teriam considerado a faturização, afinal, um instituto fora do âmbito das operações privativas das instituições financeiras? Teria o das empresas que vêm praticando a faturização no Brasil – vigorosamente desenvolvido pela ANFAC – Associação Nacional de – atingido o seu objetivo? Formulamos a indagação ao retro citado Dr. Carlos Alberto Hagstrom, advogado do Banco Central em Brasília e reconhecida autoridade na matéria. Dele recebemos a informação de que, na verdade, a edição da retro referida Circular representava o início de novas reflexões sobre o tema a partir da participação do Brasil na Conferência Internacional do Canadá, realizada neste ano, na qual foram propostas convenções sobre o internacional e sobre o internacional.” (DE LUCCA, 1990, p. 155). Infelizmente, decorridas três décadas, a resposta definitiva ainda não veio e, o que é mais grave, nunca mais se voltou a discutir, no plano legislativo, a regulamentação adequada da atividade pelo CMN.

E as modalidades de faturização, anteriormente examinadas, deixam claro que a qualificação jurídica da empresa faturizadora dependerá, sem sombra de dúvida, da espécie ou das espécies de operações por ela praticadas.

Assim é que se imaginamos o *maturity factoring*, onde o *factor* vai tão-somente realizar mera gestão de créditos, sem que exista um financiamento e a consequente cobrança de juros, parece evidente que estamos tão-somente no campo da prestação de serviços. Não há falar-se em atividade mercantil, nem tampouco em atividade privativa das instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central do Brasil, conforme o campo reservado a estas últimas pela Lei 4.595, de 31.12.64.

Ainda que nessa prestação de serviços exista a elaboração do próprio faturamento, a emissão dos títulos cambiariformes correspondentes, a administração da cobrança, tanto judicial como extrajudicial, o que há é sempre uma prestação de serviços.

Se a conclusão se afigura tranquila no tocante às empresas que praticam tais operações – obviamente à margem do âmbito do sistema financeiro nacional pelas razões expostas – e se, de outro lado, igualmente pacífica é a constatação de que, no *conventional factoring* é sustentável tal enquadramento da operação no sistema financeiro pela existência mesma de um financiamento, como será abordado a seguir, como entender-se a operação do *maturity factoring*, na qual, embora não exista o financiamento, há, ao lado da prestação de serviços já mencionada, a “garantia” ou o “seguro” do inadimplemento assumido pela empresa faturizadora?

A assunção do risco, em última análise, determinaria consequências jurídicas no tocante à qualificação da empresa faturizadora?.

Parece evidente que sim, podendo-se afirmar, numa primeira aproximação, que a inexistência de financiamento, no caso, poderia retirar do âmbito das instituições financeiras essa modalidade de faturização.

Assim, o propósito, na verdade, é saber se a modalidade de que estamos a tratar, além de mercantil, também o será de natureza financeira,

cuja prática, em consequência, estaria reservada às instituições financeiras previamente autorizadas pelo Banco Central.

Depois de esclarecer que o conteúdo normal das operações de faturização exprime-se pelo trinômio “garantia-gestão de crédito-financiamento”, esclarece Comparato (1972, p. 64) que no *maturity factoring* a operação de financiamento é eliminada, restringindo-se a atividade da empresa faturizadora à gestão dos créditos e ao seu pagamento nas respectivas datas dos vencimentos. E conclui o citado professor: “A empresa que se dedicasse, portanto, exclusivamente a esse tipo de faturização não poderia ser considerada instituição financeira”.¹⁷

Sentimo-nos, porém, no dever de, timidamente, discordar do insuperável mestre nesse particular. É que, segundo entendemos, a assunção do risco de inadimplemento por parte da empresa faturizadora que operasse regularmente nesse mercado de aquisição de faturamento, independentemente do nome que se lhe queira atribuir, interfere necessariamente nos fluxos da moeda e do crédito cuja ordenação compete, por lei, ao Conselho Monetário Nacional.

Parece-nos irrecusável que, tal como está disciplinado o crédito na Lei Bancária, a atividade da empresa faturizadora – mesmo no *maturity factoring*, mas desde que exista a assunção do risco – teria de estar sujeita ao controle do Conselho Monetário.¹⁸ Qual seria a comissão a ser cobrada pela empresa faturizadora? Seria inteiramente livre?

Deixada ao sabor da lei da oferta e da procura, não é inevitável concluir-se que o valor dessa mesma comissão iria variar segundo as características do risco assumido pela empresa faturizadora?

17 Essa discussão, talvez, não adquira maior relevo, uma vez que, conforme anota linhas adiante o próprio Prof. Comparato (1972, p. 64), o nunca se implanta num país sem a existência de financiamento, o que remete a matéria, necessariamente, malgrado as vozes em contrário, para o âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

18 Em sentido oposto, Leite (2011, p. 19).

É o que se tem verificado nos últimos tempos, a ponto de a jurisprudência, como se verá, ter voltado à discussão sobre a própria natureza do contrato de *factoring*, a fim de extrair a possibilidade ou não de redução ou exclusão completa do risco da operação.

Admitir esse contexto fora do Sistema Financeiro e, portanto, fora do controle das autoridades monetárias, como ocorre na atualidade, é incompatível com a existência de um órgão que tem como uma de suas atribuições básicas coordenar toda a política monetária e creditícia.

Supor que tal atividade não interfere nos diferentes fluxos da moeda e do crédito é o mesmo que imaginar a atividade de um Banco Comercial, por exemplo, resumida à intermediação da moeda. Como é sabido, os bancos têm o poder de criação de moeda escritural, e exatamente por isso, para que o efeito multiplicador da moeda não atinja níveis indesejáveis, a autoridade monetária fixa os recolhimentos compulsórios e estabelece limites às aplicações dos bancos comerciais.

Parece-nos, em consequência, que somente a primeira modalidade examinada, isto é, o *maturity factoring* na qual existiria tão-somente a gestão dos créditos sem a assunção do risco por parte da empresa faturizadora, estaria inteiramente à margem das operações próprias do Sistema Financeiro Nacional.

Infelizmente, esse não é o quadro que se apresenta atualmente, pois, a partir da revogação da mencionada Circular Bacen n. 703/82, não há submissão das faturizadoras ao Sistema Financeiro, o que fica agravado ao pensar-se no *conventional factoring*.

No entanto, as empresas que praticam tais operações deveriam ser consideradas instituições financeiras e, em vista disso, dependentes de prévia autorização do Banco Central do Brasil, sem a qual estariam sujeitas às penalidades previstas na Lei Bancária (Lei 4.595).

Como se vê, o problema da qualificação jurídica da empresa de faturização ainda é atual, mesmo que a revogação da Circular BACEN n. 703/82 tenha ocorrido ainda no ano de 1988, isso porque, como veremos a seguir,

a maioria dos problemas atuais acaba por envolver questionamentos sobre a dita qualificação jurídica.

Portanto, o contexto atual só reforça a ideia de que não se pode imaginar a implantação da faturização em um país sem a necessária interferência das autoridades monetárias. Deverão estas definir, de acordo com as características do mercado financeiro, quais as instituições que mais se adaptam a tais operações e sob que disciplina deverão elas trabalhar no novo sistema.

4 Natureza jurídica da operação

Muito se discute, na doutrina, acerca da natureza jurídica do contrato de faturização. O consenso entre os autores parece muito distante. Alguns vislumbram nesse contrato, independentemente de existir ou não ressalva quanto ao direito de regresso, uma compra e venda de crédito. Outros preferem, também, sem levar em conta o fato de ter sido ou não aberta mão do direito de regresso, caracterizá-lo como contrato de mútuo. Para outros, é preciso levar-se em conta se permanece ou não o direito de regresso, já que, na primeira hipótese, isto é, na de permanecer a empresa faturizadora com o direito de regresso contra o faturizado, estar-se-ia diante de um contrato de mútuo, enquanto na segunda alternativa, na qual o faturizado transfere os créditos sem que contra ele possa voltar-se a empresa faturizadora em caso de inadimplemento do devedor, haveria somente a venda de um crédito.

Há quem sustente, também, que a faturização estaria inserida entre os chamados contratos normativos, preferindo outra opinião caracterizá-la como contrato aleatório.

Alguns outros entendem que a faturização seja assimilável ao desconto *a forfait*, posição que a aproximaria mais da compra e venda de título de crédito do que do contrato de mútuo.

As designações de “contrato atípico”, “seguro de crédito” e “negócio indireto” também já foram utilizadas pelos autores na tentativa de explicação da verdadeira natureza do contrato de faturização.

As tentativas de aproximação a um ou outro tipo contratual, na prática, acabam esbarrando nas especificidades das relações envolvendo faturizadora e faturizada, motivo pelo qual, dificilmente, obter-se-á um consenso em relação à natureza jurídica do *factoring*.¹⁹

Talvez o melhor caminho seja, a despeito da falta de normatização do tema, focar-se na qualificação jurídica atribuída pela doutrina a esse contrato, de modo a balizar sua utilização e mesmo nortear, na medida do possível, a jurisprudência, o que significa, em outras palavras, reconhecê-lo como contrato atípico.

O entendimento segundo o qual a faturização, mercê de suas peculiaridades próprias, não se enquadraria em nenhum dos esquemas legislativamente previstos, situando-se, em consequência, entre os chamados contratos atípicos ou inominados, é defendido, principalmente, por aqueles autores que mais se detiveram no estudo dessa operação. Nesse sentido: Bianchi (1970, p. 64), Guillamón (1977, p. 35) e Carnevali (1978, p. 814).

Enfim, o que nos parece certo é que o contrato de faturização, atípico ou não, deveria ser objeto de regulamentação específica, pois não resta dúvida de que o mesmo, pela importância progressiva que assumiu na economia moderna, pela repercussão que o seu desenvolvimento poderá ter no crédito

19 A propósito da questão, ao comparar a faturização aos diversos tipos contratuais, acabei por me convencer de sua semelhança com o chamado desconto (DE LUCCA, 1986, p. 55). De qualquer modo, passadas três décadas, a realidade tem demonstrado que a engenharia contratual colmatada pelas empresas de faturização acabam por afastar o do desconto, tornando cada vez mais clara a necessidade de considerá-lo um contrato atípico, ou, na pior das hipóteses, um verdadeiro de outros contratos típicos. Nesse aspecto, já assinalava a possibilidade dessa mudança de entendimento, ao afirmar que “embora julguemos que o contrato de faturização, num plano estritamente jurídico, possa ser identificado com o chamado desconto como tivemos a oportunidade de sustentar nas linhas precedentes, vemos com profundo respeito – e mesmo com indistigável simpatia – essa posição de considerar o negócio como um contrato atípico” (DE LUCCA, 1986, p. 57-58).

disponível e nas taxas de juros do mercado financeiro, deveria merecer toda a atenção por parte de nossas autoridades monetárias.

5 Problemas atuais do *factoring* no Brasil

A evolução histórica do *factoring* à luz da necessidade de crédito demonstrou que esse contrato está intimamente ligado ao desenvolvimento do sistema de crédito e, sobretudo, ao financiamento das pequenas e médias empresas.

Como já afirmado, nas concessões de crédito, leva-se em conta o risco da operação, razão pela qual as pequenas e médias empresas nem sempre têm acesso ao crédito pelo sistema bancário, seja por sua situação econômico-financeira, seja por ausência de garantias suficientes a neutralizar os riscos da operação.

Nesse cenário é que as empresas de faturização assumem um papel no mercado de crédito, cuja clientela, certamente, não são as grandes empresas, mas o pequeno e médio empreendedor.

A modalidade de *factoring* de maior incidência para atender ao financiamento dessas empresas é o chamado *conventional factoring*, caracterizado pela aquisição à vista dos créditos e sua gestão.

Como se viu, a atividade da faturizadora no *conventional factory*, assim como nas demais modalidades que envolvam assunção de risco, do ponto de vista da qualificação jurídica dessas empresas, deveria ser regulada pelo Conselho Monetário Nacional, ou mesmo integrar o Sistema Financeiro Nacional, na medida em que interfere necessariamente nos fluxos da moeda e do crédito.²⁰

Não é o que acontece em nosso país, pairando o silêncio legislativo após a revogação da Circular BACEN n. 703/82, lembrando-se que a

20 Posição frontalmente oposta é apresentada por Lemmi (2005, p. 54-56).

Instrução Normativa n. 16/86, do DNRC, dispensava a aprovação prévia do BACEN para o arquivamento de atos constitutivos de empresas de fomento mercantil.²¹

A natureza jurídica da operação, por sua vez, não se amolda a nenhuma das espécies contratuais típicas, ainda que guarde similitude com algumas, especialmente o chamado *desconto a forfait*. De qualquer sorte, trata-se de contrato atípico, não regulado pela ordenação jurídica de forma direta, o que impõe a utilização de outros institutos jurídicos, de modo a formatar suas características.²²

O conceito de *factoring* foi estabelecido na Convenção de Ottawa/Canadá, realizada em maio de 1988 e organizada pelo *International Institute for the Unification of Private Law - UNIDROIT*, impondo para sua caracterização que o faturizador desempenhe, no mínimo, duas das seguintes funções perante o faturizado: financiamento, incluindo empréstimos e adiantamentos; gestão de créditos; cobrança de recebíveis; e garantia de crédito.²³

A Argentina, em seu novo Código Civil e Comercial – Ley nº 26.994/2014, que entrou em vigor em 1º de agosto do 2015 traz, no Título IV, Capítulo 13, regulamentação do chamado “contrato de factoraje”.²⁴

21 A referida IN foi revogada, posteriormente, por vício de matéria, embora, na prática, não se tenha notícia de que tal exigência seja feita, até porque a faturização não é matéria regulada pelo CMN, como já dito. O Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, posteriormente, foi substituído pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI.

22 Castro (2000, p. 49 e ss.) aborda o e a legislação brasileira.

23 Idem

24 Dispõe referido diploma legislativo, em seu artigo 1421: “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 en el giro comercial de la otra, denominada factoreado, pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos asumiendo o no los riesgos”. Ainda, o artigo 1422 dispõe sobre “Otros servicios. La adquisición puede ser complementada con servicios de administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos”. O texto do Código Civil e Comercial argentino pode ser obtido em http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf. Acessado em 20/11/2016.

Certamente, o conceito legal argentino, somado à previsão expressa sobre a possibilidade ou não de assunção dos riscos, eleva a um outro patamar a aplicação do instituto naquele país.

No Brasil não há conceito legal para o *factoring*, embora alguns sustentem poder-se extraí-lo da legislação fiscal para fins de imposto de renda, ao definir a atividade de faturização como a “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”²⁵.

No plano legislativo, o que se tem de “concreto”, é o Projeto de Lei 3615/2000, que, após substitutivo, versa sobre as operações de fomento mercantil – *factoring*²⁶. O último andamento do Projeto é de julho de 2012.

O Projeto de Lei n. 1.572, de 2011, que institui o novo Código Comercial, também regulamenta o contrato de fomento mercantil, nos artigos 363 e seguintes.²⁷

Na falta de regulamentação legal, o papel da doutrina e da jurisprudência tem se mostrado essencial em matéria de faturização.

Martins (1978, p. 09-14) considera o *factoring* um “contrato segundo o qual uma empresa (*factor* ou faturizador) se torna cessionária de créditos comerciais relativos à venda de mercadorias a terceiros (comprador ou devedor) mediante o pagamento, por parte da empresa cedente (faturizada), de uma determinada importância, assumindo o faturizador o risco do não-pagamento, por parte do comprador, dos créditos cedidos”.

Comparato (1972, p. 59-60) afirma se tratar, fundamentalmente, da venda do faturamento de uma empresa, integrada, no caso do *conventional*

25 Cf. artigo 15, § 1º. III, “d”, da Lei n. 9.249/95.

26 O teor do substitutivo está disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;sessionId=18772D8E9D86D589C3F895546B41003A.proposicoesWebExterno1?codteor=794527&filename=Tramitacao-PL+3615/2000>. Acesso em: 20 nov. 2016.

27 Projeto de Lei de autoria do Deputado Vicente Cândido, Relator-Geral Deputado Paes Landim. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

factoring, do financiamento, ao lado da gestão de créditos e da garantia contra o risco de inadimplemento dos créditos transferidos, isso porque a transferência de crédito se opera de modo definitivo, sem direito de regresso.

Os pilares desse contrato atípico, portanto, são o financiamento, a gestão de crédito e a garantia. E assim foi sendo construída toda a doutrina acerca do tema.

A engenharia contratual, no entanto, não tardou em aprimorar os contratos de *factoring*, com a previsão de cláusulas que não se moldam exatamente à teoria doutrinária construída a partir desses alicerces, em grande parte incentivada pelas divergências existentes a partir da constatação de que os créditos comerciais costumam ser mobilizados por títulos cambiários ou cambiariiformes, especialmente por duplicatas, e, portanto, impõe a convergência das regras sobre cessão de crédito, previstas no Código Civil, ao lado da teoria geral dos títulos de créditos.²⁸ A compatibilização da solidariedade que emerge do endosso da duplicata com a renúncia ao direito de regresso, típica do contrato de *factoring*, é um bom exemplo da questão.

O financiamento foi abordado quando da análise da qualificação jurídica das empresas de faturização, contrapondo sua atividade àquela exercida pelas instituições financeiras. Como se viu, o tema ainda não é pacífico, embora, no plano legislativo, o silêncio indique que se trata de atividade não regulada pelo Sistema Financeiro.

Em matéria de gestão de crédito, a discussão gira em torno da globalidade dos créditos a serem geridos, com reflexos claros no pilar da garantia.

28 A propósito das constantes mutações do instituto, já alertara Vasconcelos (1999, p. 21): “O fator, tal como o conhecemos hoje, desempenhando funções de gestão, cobrança, financiamento e garantia dos créditos da empresa cliente, é fruto de uma longa evolução histórica, ao longo da qual sofreu diferentes mutações, ditadas, quer pela alteração das condições de mercado em que operava, quer pelas necessidades dos operadores econômicos que constituem o seu principal instrumento de orientação e rumo. A capacidade de auto-reinvenção do fator, face às diferentes condições de tempo e espaço, marca a sua principal característica: a flexibilidade. Explica-se assim a excepcional longevidade dos distintos contratos de , bem como as assinaláveis diferenças que os marcam, de continente para continente e mesmo de país para país”.

Como alerta Comparato (1972, p. 60), da mesma forma que ocorre com o seguro de crédito, a operação do *factoring* funda-se no princípio da globalidade dos créditos que serão cedidos. Assim, todo o faturamento da empresa ou todo um ramo do seu faturamento devem ser cedidos ao faturizador, evitando-se a seleção dos riscos pela faturizada, que poderia escolher os piores créditos para cedê-los ao *factor*. A compensação entre os bons e os maus créditos funcionaria como baliza para o risco da atividade de faturização.

O questionamento que se faz é se poderia o faturizador inserir cláusula com previsão de que a escolha dos créditos ficaria ao seu critério, ou se poderia haver a previsão média de um percentual de inadimplemento dos créditos cedidos. Estaria o faturizador interferindo no risco da atividade e, em que medida poderia fazê-lo, sem desnaturar o contrato de *factoring*?

O pilar da garantia, ao seu turno, talvez seja o que mais apresenta discussões, sobretudo pela jurisprudência, porque os contratos de faturização, cada vez mais, apresentam cláusulas envolvendo o direito de regresso, ora prevendo-o, ora utilizando outras formas para que seja, na prática, mantido, como a substituição de títulos, nos casos de inadimplemento²⁹.

O contrato de *factoring* tem como instrumento da operação, basicamente, a cessão de crédito ou o endosso, institutos que nem sempre são bem compatibilizados pelas decisões jurisprudenciais, principalmente na análise do direito de regresso.

Há razoável homogeneidade nas decisões relacionadas ao direito de regresso decorrente da inexistência do crédito ou quando o cedente houver dado causa ao inadimplemento dos contratos cedidos³⁰.

29 O STJ já analisou o tema no AgRg no REsp 1361311/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 01/12/2014, e no REsp 1163201/PE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 24/03/2015.

30 Nesse sentido: REsp 1167120/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 18/11/2013. Ainda, REsp 949.360/RN, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 19/03/2014; REsp 1289995/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 10/06/2014.

No entanto, nos casos de inadimplemento ou insolvabilidade do devedor, não há posição pacífica, inclusive no Superior Tribunal de Justiça.

Há dois precedentes bastante emblemáticos sobre a questão.

No REsp 820.672/DF, o Ministro Humberto Gomes de Barros afirmou ser possível a previsão do regresso, decorrente do endosso, e que se reflete nos valores de compra do título de crédito, ou seja, tem maior valor o título de crédito garantido pelo endosso, porque representa maior segurança de recebimento para a faturizadora³¹.

Em síntese, as empresas de *factoring* estariam submetidas às mesmas obrigações e direitos das demais sociedades empresárias, sobretudo às que decorrem de lei, como é o caso da teoria geral dos títulos de crédito.

No REsp n. 992.421/RS, o Ministro João Otávio de Noronha reconheceu que, mesmo em casos de endosso, não há direito de regresso contra o cedente, porque a transferência do título é definitiva, assim como o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade de faturização, ressalvada a possibilidade de previsão diversa no contrato firmado entre as partes, o que, no caso específico do precedente, consistia no fato de a faturizadora ter recebido o título de crédito por endosso, aplicando-se, portanto, as normas referentes ao título e ao endosso.³²

Em outras palavras, prevaleceria a liberdade de contratar das partes, sem que houvesse desnaturação do contrato de *factoring*, abrindo-se a possibilidade de que a renúncia ao direito de regresso fosse regra nesses contratos, principalmente quando envolvesse endosso de duplicata.

Nesse sentido, constou do acórdão que “ainda que motivada por contrato de *factoring*, se a transmissão da duplicata se deu por endosso, aplicam-

31 REsp 820.672/DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2008, DJe 01/04/2008.

32 REsp 992.421/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 12/12/2008. No mesmo sentido: AgRg no Ag 1115325/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011.

se os arts. 13, § 4º, da Lei 5.474/68 e 25 da mesma Lei, combinado com o Art. 17 da LUG. Por isso, o endossatário não está obrigado a exigir do endossante a documentação que comprove a regularidade do negócio jurídico originário.

Além disso, para voltar-se contra o endossante, em caso de inadimplemento do sacado, deverá protestar a duplicata (garantia do direito de regresso).

Os precedentes em questão, ainda que sob fundamentos diversos, acabam por reconhecer que, mesmo se tratando de *factoring*, os institutos jurídicos devem prevalecer, integrando a liberdade de contratar optar, por exemplo, pelo endosso e o consequente direito de regresso, observadas as disposições legais pertinentes.³³

A afirmação de que o risco constitui pilar do contrato de *factoring* não significa reconhecer que em todos os casos o direito de regresso ficaria afastado³⁴, pois, acima dessa afirmação, há institutos jurídicos com regras próprias, como é o caso do endosso e da cessão de crédito, sem prejuízo do reconhecimento da liberdade de contratar das partes.

Nesse diapasão, recentemente decidiu o STJ no sentido de que “embora a jurisprudência desta Corte tenha perfilhado o entendimento de que o faturizado não responde pela solvência do devedor, mas apenas pela existência do crédito cedido, o que, em tese, impediria o faturizador de regressar contra o faturizado, isto não obsta que as partes contratem de maneira diversa e nem exonera este quando dá causa ao não pagamento dos títulos transferidos”³⁵.

33 Veja-se que essa é a conclusão, mesmo no REsp 992.421/RS, Ministro João Otávio de Noronha, muitas vezes usado para defender posição contrária.

34 Há precedentes mais antigos do STJ em sentido contrário: AgRg no Ag 1071538/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 18/02/2009.

35 Essa parecer ser a posição atualmente assumida pelo STJ, conforme EDcl no REsp 1562274/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 19/02/2016.

Outra discussão poderia surgir nos casos em que não haja endosso, mas apenas cessão de crédito, prevendo o contrato, no entanto, o direito de regresso.

Mesmo nessas hipóteses, por força do artigo 296 do Código Civil, que dispõe que “salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor”, não haveria óbice à previsão do direito de regresso, desde que previsto no contrato.

Como se vê, o *factoring*, tal como apregoara GUILLAMÓN (1977, p. 35), é um negócio contratual atípico, originado de uma situação jurídica complexa. Assim, devem atuar vários mecanismos jurídicos típicos, como é o caso da cessão de crédito e do endosso, sem que percam a sua própria autonomia conceitual, do que se extrai que estarão se desenvolvendo dentro dos limites impostos pelo fim econômico-social, sem olvidar os interesses ditados pelo objeto desse contrato.

Obviamente, foram razões de oportunidade comercial que levaram as faturizadoras a alterar as cláusulas de seus contratos e a prever limitações no risco da atividade, o que fez com que não se encaixassem em um modelo estanque, tal como previra a doutrina inicialmente.

Poder-se-ia, de forma crítica, afirmar que as faturizadoras parecem querer viver no melhor dos dois mundos, na medida em que não se submetem ao Conselho Monetário Nacional e, ao mesmo tempo, afastam, ao seu exclusivo critério, o risco da atividade, por meio da inserção de cláusulas que preveem o direito de regresso contra a faturizada, seja em proposições diretas e expressas no corpo do contrato, seja em cláusulas de outras roupagens, mas que na essência têm o mesmo objetivo de se ressarcirem do prejuízo eventual.

Ocorre que, enquanto não reguladas expressamente pela lei, deve-se aplicar os institutos vigentes no País, não parecendo que constitua um argumento sólido, afastar as regras relacionadas aos atos cambiais ou mesmo à cessão de crédito, tão-somente sob o fundamento doutrinário de que o risco é inerente ao contrato de *factoring*.

A propósito, solução intermediária, mas perfeitamente concatenada ao escopo econômico desses contratos, seria analisar o percentual de lucro auferido nesses contratos, no caso concreto, a fim de aplicar a própria teoria geral dos contratos, que prevê, por exemplo, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421 do Código Civil), ou que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (art. 422 do Código Civil), entre outras disposições.

O artigo 425 do Código Civil, ao prever que “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código” não deixa dúvida de que a vontade das partes, aliada à adoção dos institutos jurídicos vigentes, não pode afastar que contratos como o de *factoring* observem a boa-fé e sua função social.

Para arrematar, a própria previsão de readequação do contrato (artigos 478 e ss. do Código Civil), nos casos de onerosidade excessiva, poderia ser levantada para reequilibrar esse tipo de contrato, desde que, obviamente, preenchidos seus requisitos.

Essa linha de solução, certamente, apresenta maior complexidade para o julgador, sobretudo quando se reconhece que os contratos de faturização nem sempre são claros quanto às diferenças de remuneração, decorrentes da variação do risco assumido, podendo incidir, ao optar-se por esse caminho, até mesmo regras de distribuição dos ônus da prova no processo.

O caminho percorrido pelo *factoring* aguarda solução legislativa adequada, o que, infelizmente, ainda não ocorreu. Enquanto isso, a observância das regras relacionadas aos institutos jurídicos envolvidos, aliada ao reconhecimento da liberdade de contratar parece indicar as melhores respostas.

Alçar o risco inerente à faturização como máxima, sem maiores digressões, já não atende à realidade e à própria engenharia contratual, até porque insuficiente para solucionar as questões que se apresentam na interpretação das cláusulas contratuais postas.

Caso se pretenda reconhecer como regra absoluta a assunção do risco pela faturizadora, será necessária a análise concreta das cláusulas e da própria sistemática de remuneração desses contratos.

Enfim, decorridas mais de três décadas desde as primeiras discussões sobre o tema, o terreno ainda se mostra fértil para os estudos daquele que se proponha a debruçar-se sobre o *factoring*.

Referências

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. **Problemi Giuridici**. Milão: Giuffrè, 1959.

_____. **Corso di Diritto Commerciale**. Milão: Giuffrè, 1962.

BIANCHI, Renzo Bianchi. **Il Factoring e i problemi gestionali che comporta**. Turim: G. Giappichelli Editore, 1970.

BONNAUD, Aristide. Le factoring, une nouvelle forme d'aide à l'exportation. **Revue Banque**. Paris, 1964.

CARNEVALI, Ugo. I problemi giuridici del factoring. **Le Operazioni Bancarie**, t. II, a cura di Giuseppe B. Portale. Milão: Giuffrè, 1978.

CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. **Factoring**. Leme: Editora de Direito, 2000.

COLAGROSSO, Enrico; MOLLE, Giacomo. **Diritto Bancario**. Roma: Ed. Stamperia Nazionale, 1960.

COMPARATO, Fabio Konder. Factoring. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, ano XI, nova série, n. 6, p. 59-66, 1972.

COSTA, Philomeno J. da. **Autonomia do Direito Comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

DALLEVES, Louis. Le contrat de factoring. **Neuvième Journée Juridique**, n. 29, Faculté de Droit, Université de Genève.

DE LUCCA, Newton. **A faturização no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

- _____. O contrato de “Factoring”. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Novos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 115-155.
- FACTORS CHAIN INTERNATIONAL – FCI. **Estatísticas sobre o volume de factoring**. Disponível em: <<https://fci.nl/en/about-factoring/statistics>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 530.
- GUILLAMÓN, Juan Roca. El Contrato de Factoring y su Regulación por el Derecho Privado Español, Editorial **Revista de Derecho Privado**. Espanha: Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.
- LEMMI, Luiz Rodrigo. **Factoring no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- LEITE, Luiz Lemos. **Factoring no Brasil**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS, Fran. O contrato de *factoring* e sua introdução no Direito brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 262, p. 09-14, 1978.
- MINERVINI, Gustavo. **Lo Sconto Bancario**. Nápoles: E. Jovene, 1949.
- MOLLE, Giacommo. **I Contrati Bancari**. Milão: Giuffrè, 1973.
- NATIVI, Bernardino. I servizi finanziari e di gestione offerti dalle società e di factoring. In: **Il Factoring per le Piccole e Medie Imprese**, a cura di Bianca Cassandra, Milano, 1982.
- PHELPS, Clyde William. **The Role of Sales Finance Companies in the American Economy**. Baltimore: Commercial Credit Co., 1962.
- REPUBLICA ARGENTINA. **Ley 26.994/2014** (Código Civil y Comercial). Disponível em: <http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- SUSSFELD, Louis Edmond. **Le Factoring**. Paris: Presses Universitaires de France, 1968.
- UNIDROIT. **Convenção de Ottawa**. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/instruments/factoring>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Dos contratos de cessão financeira (factoring)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

recebido em 20 jan. 2016 / aprovado em 20 jun. 2016

Para referenciar este texto:

LUCCA, N.; DEZEM, R. M. M. *Factoring: problemas atuais*. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 153-180, jan./jun. 2016.