

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO EMPRESARIAL

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

RONY JOSÉ LEMOS RODRIGUES DE SOUZA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Mariana Ribeiro Santiago; Roney José Lemos Rodrigues de Souza - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-430-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Economia.
3. Sustentabilidade.
4. Desenvolvimento Social. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito Empresarial”, durante o XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 19 e 21 de julho de 2017, em Brasília/DF, sobre o tema “Desigualdades e desenvolvimento: o papel do Direito nas políticas públicas”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre relevantes temas de direito empresarial, no contexto atual, inclusive à luz de importantes paradigmas da Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que a matéria em foco implica num olhar atento, em busca de um equilíbrio entre os interesses individuais e as demandas sociais, tendo em vista o claro impacto da matéria em segmentos como desenvolvimento social e economia, envolvendo as figuras do Estado, da empresa e toda a sociedade civil, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham na sustentabilidade enquanto valor, no princípio da função social, no fenômeno do crowdfunding, no instrumento do compliance, na interpretação da legislação societária, no contrato de naming rights, no factoring, nas marcas de alto renome, no regime de recuperação da empresa em crise, etc.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito empresarial e a importância de uma interpretação mais humanitária para a defesa de uma sociedade equilibrada e das gerações futuras, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica.

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga (Unipê/UFPB)

Prof. Dr. Roney José Lemos Rodrigues de Souza (UNICAP)

Prof^a. Dr^a. Mariana Ribeiro Santiago (Unimar)

Boa leitura!

TRANSFERÊNCIA DO TÍTULO DE CRÉDITO NO ÂMBITO DO CONTRATO DE FACTORING COM FUNDAMENTO NAS REGRAS CAMBIÁRIAS.

TRANSFER OF THE CREDIT TITLE IN THE FRAMEWORK OF THE FACTORING CONTRACT WITH A FOUNDATION IN THE EXCHANGE RULES.

**Roney José Lemos Rodrigues de Souza
Raymundo Juliano Feitosa**

Resumo

O nosso intento é realizar uma análise do contrato de factoring sob a perspectiva das regras cambiárias. Pretendemos demonstrar que tendo o contrato de factoring em seu cerne a transferência de um título de crédito não é possível o simples afastamento das regras cambiárias, notadamente aquelas que visam assegurar tanto a responsabilidade do endossante pela solvência do débito cambiário como a inoponibilidade das exceções pessoais contra o endossatário de boa-fé. Cumpre ressaltar a necessidade de construir um novo marco legal para o contrato de factoring com vistas ao desenvolvimento dos negócios jurídicos empresariais.

Palavras-chave: Factoring, Crédito, Direito cambiário, Jurisprudência, Novo marco legal

Abstract/Resumen/Résumé

Our purpose is to perform an analysis of the factoring contract under the perspective of exchange rules. We intend to demonstrate that having the factoring agreement at the core of the transfer of a credit instrument is not possible to simply move away from the exchange rules, especially those that seek to ensure both the responsibility of the endorser for the solvency and the unenforceability of the personal exceptions against the endorser in good faith. It is necessary to emphasize the need to build a new legal framework for the factoring contract with a view to developing corporate business.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Factoring, Credit, Exchange law, Jurisprudence, New legal framework

1. INTRODUÇÃO.

A lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, em seu artigo 15, inciso III, alínea “d”, cuidou de fixar o objeto do contrato de *factoring* como sendo a “prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*).”.

Essencialmente, o contrato de *factoring* é aquele por meio do qual um empresário, uma sociedade empresária ou uma empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI, aqui denominado faturizador, assume a condição de titular dos direitos creditórios oriundos da produção ou comercialização de produtos, bem como da prestação de serviços, por meio da transferência, pelo faturizado, do documento que materializa o respectivo crédito e vincula determinada pessoa como devedora direta, em razão da aquisição do produto ou da contratação do serviço.

Dado o caráter empresarial do contrato, trata-se de transferência onerosa de crédito, pois incide uma taxa livremente negociada entre as partes, cujo pagamento é realizado pelo cedente no momento da antecipação dos recursos, na forma de um deságio calculado em termos percentuais e incidentes sobre o valor de face do documento que corporifica o crédito.

Segundo Arnaldo Rizzardo (2004, p. 13), pode-se afirmar que se está diante de uma relação jurídica entre duas empresas, em que uma delas entrega à outra um título de crédito, recebendo, como contraprestação, o valor constante do título, do qual se desconta certa quantia, que se considera a remuneração pela antecipação realizada por uma das partes contratantes.

Não obstante, quanto à responsabilidade do faturizado/endossante diante do faturizador/endossatário pelos riscos de inadimplemento do débito cambiário a jurisprudência tem adotado entendimento contrário ao que estabelece a legislação cambiária. De igual modo, também tem sido afastada a regra cambiária da inoponibilidade das exceções pessoais contra o endossatário de boa-fé, que serve para proteger o endossatário das eventuais discussões atinentes à relação jurídica primitiva, estabelecida entre o faturizado/endossante e o devedor

direto. Cria-se, como isso, um ambiente de indesejável insegurança jurídica para o faturizador/endossatário, a justificar a criação de um novo marco legal.

Colocadas essas balizas, constitui objetivo do presente trabalho demonstrar a necessidade de criação de um novo marco legal em matéria de contrato de *factoring*, com vistas a estabelecer um maior e mais adequado nível de previsibilidade para o faturizador/endossatário que, no contexto atual, tende a adotar uma postura defensiva, reduzindo, assim, a oferta de crédito mediante antecipação dos recebíveis, notadamente para os microempresário e empresários de pequeno porte, produzindo impactos negativos quanto ao desenvolvimento da atividade econômica.

Para tanto, metodologicamente, iremos buscar os fundamentos doutrinários sobre o tema exposto para, em seguida, analisar as decisões judiciais que versam sobre o tema e, em um passo seguinte, mostrar a mudança de posicionamento e a consequente instabilidade da jurisprudência, desenvolvendo, assim, a pesquisa com base na legislação vigente, propondo, ao final, a criação de um novo marco legal.

2. DISTINÇÃO ENTRE A ATIVIDADE BANCÁRIA E A ATIVIDADE DE FACTORING NO BRASIL.

Identifica-se certa semelhança entre a principal atividade do empresário, da sociedade empresária ou da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI, isto é, do faturizador, qual seja, a aquisição de direitos creditórios decorrentes das vendas de bens ou da prestação de serviços, e uma modalidade de contrato bancário - denominado desconto bancário - comumente celebrado por instituições financeiras.

Isso não significa que o faturizador seja instituição financeira, conforme outrora pretendeu caracterizar o Banco Central do Brasil, quando editou a circular número 703, de 16 de junho de 1982, acertadamente revogada pela circular 1.359, de 30 de setembro de 1988.

Com efeito, consoante o artigo 17 da lei 4.595/64, a atividade das instituições financeiras envolve a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Por outro lado, nos termos do art. 1º da lei nº 7.492/86, considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Daí resulta que a instituição é uma sociedade empresária que se utiliza de recursos monetários próprios ou de terceiros para o desenvolvimento da atividade creditícia (toma e dá emprestado), além das atividades acessórias, mas sempre almejando viabilizar a principal (ABRÃO, P. 52).

Por sua vez, a lei complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), em seu artigo 17, ao estabelecer as condições para o recolhimento dos impostos e contribuições na forma do Simples Nacional, demarca o objeto do *factoring* como sendo “compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.”.

Portanto, os limites legais da atividade desenvolvida por parte do empresário, da sociedade empresária ou da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI quando celebra contrato de *factoring* na posição de faturizador (lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, em seu artigo 15, inciso III, alínea “d”) não se confunde com a atividade praticada pelas instituições financeiras.

Em sendo assim, traçados os limites legais, é insustentável o argumento de que o critério diferenciador da atividade bancária e da atividade de faturização repousaria no risco, que, em se tratando de contrato de *factoring*, seria maior e praticamente irrestrito, visto que o faturizado não poderia ser responsabilizado pelo inadimplemento do devedor direto quanto aos créditos transferidos para o faturizador.

3. TÍTULO DE CRÉDITO COMO INSTRUMENTO DE MATERIALIZAÇÃO DO CRÉDITO E SUA TRANSFERÊNCIA NO ÂMBITO DO CONTRATO DE *FACTORING*.

Uma vez reconhecida a possibilidade de transferir, para um momento futuro, a satisfação da obrigação de pagar quantia certa e determinada, foram sendo desenvolvidos instrumentos jurídicos visando à adequada materialização desse vínculo jurídico, fundado, rigorosamente, na confiança que o credor deposita no devedor.

Se o crédito ou o direito de crédito assume forma material, transfundindo-se em um documento, certificante de sua existência, este documento, redigido em fórmulas simples, breves e claras, transferível facilmente a terceiros, podendo de juntar ou sub-rogar outras pessoas ao primitivo credor ou ao primitivo devedor, e cercado de um sistema especial de garantias, denomina-se título de crédito (CARVALHO DE MENDONÇA, 2003, p. 62).

O Código Civil, em seu artigo 887, definiu o título de crédito como “documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei”.

Daí se é possível extrair três características básicas do título de crédito.

A primeira delas, qual seja, a cartularidade, decorre da materialização do crédito em um documento (suporte físico) e da necessidade de demonstração da sua posse legítima para o exercício do respectivo direito creditício pelo credor em face do devedor e outros que tenham se obrigado ao pagamento da quantia em dinheiro nele indicada.

A segunda, ou seja, a literalidade, evidencia os exatos limites da obrigação cambiária e, no dizer de Rubens Requião (2008, p. 371), somente o que nele está inserido se leva em consideração, razão pela qual o que dele não conste, embora expressa em documento separado, nele não se integra e, por conseguinte, não pode ser exigido cambiariamente.

Por sua vez, a autonomia significa que as várias obrigações que porventura vierem a se constituir por intermédio de um único título de crédito serão autônomas e, em regra, não se comunicarão umas com as outras. Assim, as pessoas que se obrigarem ao pagamento da soma em dinheiro indicada no título de crédito respondem perante o credor - legítimo possuidor - e não podem, perante este, justificar o inadimplemento com base nas outras relações cambiárias estabelecidas por terceiros.

Nasce daí o princípio da abstração, que se verifica quando o título de crédito é posto em circulação. Em outros termos, quando o título é transferido mediante endosso translativo opera-se a circulação do crédito nele consubstanciado, atribuindo-se ao endossatário a condição de credor, apto a exigir do devedor direto o cumprimento da obrigação cambiária, sem prejuízo da responsabilidade do endossante, que, a depender do regime jurídico cambiário, advirá da inserção ou não da cláusula de garantia.

E mais: em decorrência do endosso translativo do título de crédito, ocorre a completa desvinculação do ato ou negócio jurídico que deu ensejo à sua criação (COELHO, 2013, p. 451), de maneira que o novo possuidor - ou endossatário - de boa-fé estará imune às discussões subjacentes, admitindo, porém, a invocação de vícios formais que prejudiquem a cambiabilidade do documento.

De igual modo, também deriva da autonomia o princípio da inoponibilidade das exceções, segundo o qual não pode o devedor cambiário, ao ser demandado, deixar de cumprir sua obrigação alegando (opondo exceções) suas relações com qualquer obrigado anterior do título (MARTINS, 2008, p. 7).

Nesse sentido, dispõe o Código Civil, em seu artigo 916, que “as exceções, fundadas em relação do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador, se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé.”.

Esclareça-se que um documento só vale como título de crédito caso atenda aos respectivos os requisitos legais previstos para tanto (TOMAZETTE, 2013, p. 22), segundo a legislação que lhe for aplicável. Entretanto, a omissão de qualquer requisito legal, que retire do documento a sua validade como título de crédito, não implica a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem, conforme disposto no artigo 888 do Código Civil.

Consoante acima apontado, o objeto central do contrato de *factoring* é a transferência do crédito, geralmente consubstanciado em um título de crédito, oriundo do exercício de alguma atividade econômica.

Note-se que, muito frequentemente, o título de crédito está, direta ou indiretamente, relacionado ao exercício da empresa, quer se trate de comércio, indústria ou a prestação de serviços que não tenham natureza intelectual, cujo desenvolvimento exige recursos financeiros em maior ou menor proporção.

Nesse contexto, evidencia-se a função econômica desempenhada pelo título de crédito, como instrumento adequado para circulação de riquezas e, por conseguinte, do crédito.

4. A RESPONSABILIDADE DO ENDOSSANTE PELA SOLVÊNCIA DO DÉBITO CAMBIÁRIO E A INOPONIBILIDADE DAS EXCEÇÕES PESSOAIS CONTRA O ENDOSSATÁRIO DE BOA-FÉ COMO INSTRUMENTOS NECESSÁRIOS À SEGURANÇA JURÍDICA DO CONTRATO DE *FACTORING*.

Preocupado com o atendimento do dinamismo próprio da empresa, o legislador revestiu os títulos de crédito de peculiaridades próprias para criação, circulação e exigibilidade, sobressaindo-se, aqui, o endosso.

Segundo Luiz Emydio F. da Rosa Júnior (2006, p. 219), o endosso é ato cambiário abstrato e formal, decorrente de declaração unilateral de vontade e correspondendo a uma declaração cambiária eventual e sucessiva, manifestada no título de crédito, pelo qual o beneficiário do crédito (endossante) transfere os direitos dele decorrentes à outra pessoa (endossatário), assumindo, em regra, o endossante a responsabilidade pelo aceite e pelo pagamento.

Portanto, se o crédito estiver materializado em um documento que preencha os requisitos mínimos necessários para caracterizá-lo como título de crédito, a transferência do respectivo crédito poderá ocorrer por meio do endosso, que se dá mediante a simples assinatura do beneficiário no próprio título. Em sucessivo, deverá o título ser entregue ao endossatário, que, por sua vez, deverá apresentá-lo, na época própria, a quem assumiu a condição de devedor direto, ao subscrever, por exemplo, nota promissória ou aceitar duplicata mercantil.

Frise-se que, no momento em que o endossante assina a título de crédito, torna-se coobrigado pelo pagamento dívida, ante o efeito vinculante que o endosso produz. De acordo

com a legislação cambiária, quem lança uma assinatura em um título assume a obrigação de pagá-lo, se o devedor principal não o fizer. Daí infere-se a possibilidade do exercício do regresso, consoante, aliás, dispõe o artigo 15 da Lei Uniforme de Genebra - Decreto nº 57.663/1996, a saber: “o endossante, salvo estipulação em contrário, é garante tanto da aceitação como do pagamento da letra”.

No mesmo sentido, a Lei do Cheque - Lei nº 7.357/85 - estabelece em seu artigo 21 que “Salvo estipulação em contrário, o endossante garante o pagamento”.

No artigo 18 da Lei das Duplicatas - Lei nº 5.474/68 - depreende-se que os coobrigados da duplicata respondem solidariamente pelo aceite e pelo pagamento. Por seu turno, o artigo 25 desta mesma lei preceitua que: “Aplicam-se à duplicata e à triplicata, no que couber, os dispositivos da legislação sobre emissão, circulação e pagamento das Letras de Câmbio”.

Assim, nos títulos de crédito disciplinados pela Lei Uniforme de Genebra, pela Lei do Cheque ou pela Lei das Duplicatas, a responsabilidade do endossante pelo pagamento da dívida nele incorporada constitui-se efeito inerente ao endosso. Portanto, basta assinar o título, na qualidade de endossante, para assumir a condição de coobrigado pelo pagamento, salvo se lançada cláusula expressa, no sentido de exonerar o endossante dessa obrigação. Trata-se de regra excepcional, denominada “endosso sem garantia”, que se encontra no âmbito da autonomia de vontade das partes, revelando-se, porém, desvantajosa para o endossatário, que fica, diante disso, impossibilitado de cobrar do endossante.

É exatamente no marco da autonomia de vontade que se fundamenta a possibilidade de direito de regresso no contrato de *factoring*. Ora, se no ato da transferência do título de crédito as partes envolvidas não pactuam a cláusula exonerativa da responsabilidade do endossante pelo pagamento do débito, não há como negar, face ao princípio da literalidade dos títulos de crédito, que o endossante não só pode como deve ser atingido em eventual e legítima pretensão de cobrança do endossatário.

Oportuno o entendimento de Fran Martins (2008, p. 9) sobre a literalidade dos títulos de crédito, no sentido de que tudo o que está escrito no título tem valor e, conseqüentemente, o que nele não está escrito não pode ser alegado.

Não há dúvida, portanto, que o direito de regresso está presente no contrato de *factoring*, diante da inafastável incidência das regras de direito cambiário, notadamente o endosso.

Ocorre que o endosso é ato exclusivamente de natureza cambiário, ou seja, só pode só pode ser utilizado como meio de transferência de títulos de crédito, reservando-se aos demais documentos que materializam o crédito, as regras do Código Civil em matéria de cessão de crédito.

Não obstante seja mais frequente a transferência de título de crédito em contrato de *factoring*, nada impede que outros documentos também possam ser utilizados pelas partes envolvidas nessa relação contratual, ressalvando-se, porém, que um terceiro deve figurar como devedor direto, o faturizado como credor-cedente e o faturizador como adquirente-cessionário do crédito.

Sendo assim, no tocante ao direito de regresso, como ficariam as situações em que o crédito transferido no âmbito do contrato de *factoring* não estiver corporificado em um título de crédito? Simplesmente, aplicam-se as disposições do Código Civil sobre a matéria, que, de igual modo, podem assegurar ao cessionário, mediante ajuste contratual, o direito de regresso contra o cedente do crédito, caso o débito não seja pago pelo devedor direto.

Nesse sentido, dispõe o Código Civil em seu artigo 296 que “salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.”.

Portanto, se a transferência do crédito no âmbito do contrato de *factoring* for consubstanciada em documento desprovido de natureza cambiária, aplica-se o contido no artigo 296 do Código Civil, sendo certo que as partes podem, no limite de pleno exercício da autonomia na vontade, fixar a responsabilidade do cedente na hipótese de simples inadimplemento do devedor direto.

Nada impede que, no ato da transmissão do crédito, o cedente expressamente se responsabilize pela solvência do devedor. Nesse caso, além de garantir a existência do crédito, torna-se co-responsável pelo pagamento da dívida, até o limite do que recebeu do cessionário,

ao que se acrescem juros, bem como a obrigação de ressarcimento das despesas da cessão e as que o cessionário houver feito para a cobrança da dívida (GAGLIANO e PAMPLONA, 2002, p. 271).

Infere-se, pois, que nada obsta ajuste entre o faturizado e o faturizador, respectivamente, cedente e cessionário do crédito, mediante instrumento público ou particular, no sentido de assumir o cedente a responsabilidade pela solvência do devedor, independentemente da investigação acerca das razões do inadimplemento, visando amparar o direito de regresso no contrato de *factoring* nos casos em que o crédito não se encontre incorporado em um título de crédito e, por conseguinte, não sejam aplicáveis as previsões legais em matéria do endosso cambiário.

Trata-se de hipótese perfeitamente plausível, que se encontra em harmonia com a autonomia de vontade, princípio norteador dos contratos, sobretudo nos que têm natureza empresarial, em que as partes se acham em condições de igualdade, cuja eficácia deve ser reconhecida, uma vez verificados os pressupostos de validade e eficácia estabelecidos no Código Civil.

Prestigia-se, igualmente, a segurança jurídica das relações contratuais, aumentando a previsibilidade e a confiabilidade das partes no cumprimento do acordo de vontade entre elas celebrado.

Com efeito, o vínculo contratual (vínculo jurídico) busca instalar uma situação de certeza e segurança jurídicas. Vale dizer: as partes devem acreditar que o vínculo jurídico que as une tem o condão de gerar responsabilidades; de maneira que se não houver o cumprimento do acordado, o prejudicado poderá utilizar os meios jurídicos apropriados a fim de obter o cumprimento da prestação ou a justa reparação pelo inadimplemento.

Já se o crédito transferido no marco do contrato de *factoring* estiver materializado em um título de crédito aplica-se o regime cambiário, especialmente no que se refere à responsabilidade do endossante pela solvência do crédito, assegurando-se, por conseguinte, ação regressiva do faturizador/endossatário contra o faturizado/endossante, diante do mero inadimplemento do devedor direto, provado, sempre que necessário, pelo protesto cambiário.

A propósito, oportuno destacar que o protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação corporificada em títulos de crédito (protesto cambiário) e outros documentos representativos de dívida.

Vale dizer que compete, privativamente, ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, nos termos da lei 9.492, de 10 de setembro de 1997.

Ademais, some-se a isso que é na circulação do título que a autonomia cambiária, consagrada no Código Civil, em seu artigo 887, revela-se mais forte, pois impede que terceiro de boa-fé, que não conhece eventuais vícios do negócio originário, nem tenha a obrigação de os conhecer em virtude de sua posição negocial, sejam opostas exceções - ou defesas - relacionadas ao negócio fundamental, que deu origem ao título de crédito (MAMEDE, 2014, p. 20).

Em tal sentido, prevê o Código Civil, em seu artigo 906, que “o devedor só poderá opor ao portador exceção fundada em direito pessoal, ou em nulidade de sua obrigação.”.

Na mesma direção, a Lei Uniforme de Genebra - Decreto nº 57.663/1996 determina, em seu artigo 17, que “as pessoas acionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor.”.

Em sentido idêntico, a Lei do Cheque - Lei nº 7.357/85, no artigo 25, preceitua que “quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor.”.

Constata-se, pois, que toda a legislação cambiária converge para proteger o terceiro de boa-fé dos argumentos porventura arguidos pelo devedor cambiário em sua defesa, na

tentativa de justificar o inadimplemento da prestação perante o endossatário, limitando, assim, o conteúdo de sua defesa às questões relacionada ao título de crédito, afastando a discussão atinente ao vínculo primitivo.

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou (AgInt no agravo em recurso especial nº 861.575 - MT - 20160026743-0, relator ministro Raul Araújo, Data do Julgamento: 21 de março de 2017):

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULOS DE CRÉDITO. CHEQUE. TRANSMISSÃO A TERCEIRO VIA ENDOSSO. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE MÁ-FÉ. INOPONIBILIDADE DE EXCEÇÕES PESSOAIS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que as exceções pessoais não são oponíveis a terceiro de boa-fé, salvo se comprovada sua má-fé.

2. No REsp 1.231.856/PR, a Quarta Turma desta Corte Superior reafirmou o entendimento de que a relação jurídica subjacente à emissão do cheque não pode ser oponível ao endossatário que se presume terceiro de boa-fé, ao tomar a cártula por meio do endosso, ressalvada a possibilidade de confirmação da má-fé por parte deste.

3. Não havendo de se cogitar má-fé do terceiro (endossatário), é vedada a oponibilidade de exceções pessoais relativas ao emitente do título e ao endossante, uma vez que a execução da cártula, no caso dos autos, constituiu simples exercício regular de direito por parte do endossatário.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

5. DESAFIOS E PERSPECTIVAS: CONSTRUINDO UM NOVO MARCO LEGAL PARA O CONTRATO DE *FACTORING*.

Não há nenhuma controvérsia entre os estudiosos do contrato de *factoring* quanto ao cabimento de ação tendente à responsabilização do endossante ou cedente do crédito diante das hipóteses de vícios que comprometem a legalidade, ou a veracidade e ou, ainda, a legitimidade dos créditos cedidos e, por isso, fica o endossante ou cedente diretamente responsável pelo seu pagamento, eis que a licitude da constituição do crédito sempre deve ser assegurada em homenagem à boa-fé contratual.

Verifica-se, portanto, especial atenção dos julgadores quanto à boa-fé, princípio de inestimável contribuição aos contratos, pois incumbe às partes proceder com honestidade e lealdade na avença, em todas as suas fases, desde as tratativas até a execução do acordo de vontades.

Tal disciplinamento encontra-se albergado no artigo 422 do Código Civil, qualificando-se como uma obrigatoriedade dos contratantes atuarem em perfeita consonância com cláusula geral de boa-fé, também classificada pela doutrina como boa-fé objetiva.

Não deveria restar dúvida, pois, quanto à irrestrita possibilidade de exercício do direito de regresso do cessionário-endossatário contra o cedente-endossante, como forma de estimular a circulação do crédito corporificado em documento cambiário, e, por conseguinte, potencializar a atividade econômica, na medida em que haveria maior disponibilidade de capital no mercado.

Contudo, quanto à responsabilidade do faturizado que figura como endossante no título de crédito, o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça foi alterado ao longo dos últimos anos e, atualmente, firmou-se no sentido de que não abe o exercício do direito de regresso pelo faturizador/endossatário, em virtude do simples inadimplemento do devedor direto. Senão vejamos:

Registre-se que, em 06 de março de 2008, em julgamento de Recurso Especial, decidiu-se, por unanimidade, (Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial nº 820.672 - DF - 2006/0033681-3. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros), que:

**CHEQUE - ENDOSSO - FACTORING -
RESPONSABILIDADE DA ENDOSSANTE-
FATURIZADA PELO PAGAMENTO.**

- Salvo estipulação em contrário expressa na cártula, a endossante-faturizada garante o pagamento do cheque a endossatária-faturizadora (Lei do Cheque, Art. 21).

Consignou, com nítido acerto, o Ministro Humberto Gomes de Barros em seu voto que “pouco importa se o endossatário do título for uma sociedade de fomento mercantil ou um banco ou uma pessoa física. Isso não diminuirá a garantia gerada pelo endosso.”

Merece ainda destaque a passagem do voto que relembra que, do ponto de vista legal, “a exclusão da garantia do endosso às sociedades de fomento mercantil é incompatível com os princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa e da legalidade”, pois, “em que pesem as respeitáveis opiniões doutrinárias, em nosso sistema jurídico doutrina não revoga Lei”, razão pela qual “o secular e internacional instituto do endosso não pode ser abolido ou mitigado por construção doutrinária sem respaldo legal.”

Ocorre que as decisões mais recentes (Superior Tribunal de Justiça, AgInt no recurso especial nº 1.556.780 - SP 2015/0239541-5, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data do julgamento: 27 de setembro de 2016), estabelecem posicionamento diametralmente oposto, a saber:

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.
EMBARGOS À EXECUÇÃO. CHEQUE. FACTORING.
DESCUMPRIMENTO DO NEGÓCIO SUBJACENTE.
OPOSIÇÃO DE EXCEÇÕES PESSOAIS.
POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. As regras do direito cambial não se aplicam à hipótese dos autos, devendo ser adotadas as regras do direito civil, pois em se tratando de empresa de *factoring*, na condição de endossatária, a transferência do título faz-se por cessão civil de crédito, possibilitando ao devedor

originário a arguição de exceções pessoais. 2. Agravo interno desprovido.

É que as turmas da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram seu entendimento no sentido de que, tratando-se de empresa de *factoring*, na condição de endossatária, a transferência do título faz-se por cessão civil de crédito, possibilitando ao devedor originário a arguição de exceções pessoais.

Entretanto, como bem destacou o Ministro Humberto Gomes de Barros em trecho anteriormente transcrito, a exclusão da responsabilidade do endossante quanto à solvência do título de crédito por ele transferido pelo simples fato de que a endossatária é uma sociedade de fomento mercantil que contrata negócio jurídico de *factoring* é incompatível com os princípios constitucionais da isonomia e da livre iniciativa, sobretudo porque, sob o ponto de vista da estrita legalidade, não é pertinente à diferenciação.

Além disso, também foi sedimentado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, em se tratando de contrato de *factoring*, o devedor poderá opor ao portador do título de crédito, isto é, o faturizador/endossatário, exceção fundada em direito pessoal.

Senão vejamos:

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.
EMBARGOS À EXECUÇÃO. CHEQUE. FACTORING.
DESCUMPRIMENTO DO NEGÓCIO SUBJACENTE.
OPOSIÇÃO DE EXCEÇÕES PESSOAIS.
POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. As regras do direito cambial não se aplicam à hipótese dos autos, devendo ser adotadas as regras do direito civil, pois em se tratando de empresa de *factoring*, na condição de endossatária, a transferência do título faz-se por cessão civil de crédito, possibilitando ao devedor originário a arguição de exceções pessoais.

Diante disso, a plena incidência das regras cambiárias sobre o contrato de *factoring* parece depender, atualmente, da criação de um marco legal específico, consoante os termos do projeto de lei nº 1.572, de 2011, que Institui o Código Comercial, especialmente em razão do disposto nos respectivos artigos 363 e 365, adiante transcritos:

Art. 363. O fomento comercial consiste na aquisição total ou parcial, a título oneroso, de créditos decorrentes de atividades empresariais e possui as seguintes características:

I – são partes, no contrato de fomento comercial: fomentador, fomentado e eventuais responsáveis solidários.

II – Fomentador é sociedade regularmente constituída, com objeto social exclusivo e específico; III – Fomentado é sociedade regularmente constituída ou empresário individual; §1º. Na operação de fomento comercial lastreada em título de crédito, a cessão será efetuada por endosso em preto e sujeita-se às normas do Direito Cambial, a menos que haja disposição expressa em sentido diverso. § 2º. O fator geral de deságio é composto pelo somatório do diferencial de compra, decorrente da aquisição de direitos creditórios e da comissão incidente sobre eventuais serviços prestados. § 3º. O fomentador exercerá, em favor do fomentado, uma ou mais das seguintes atividades: I – cobrança dos valores a receber em decorrência da transferência de crédito; II – acompanhamento de processo produtivo ou mercadológico; III – acompanhamento de contas a receber e a pagar; 112 IV – seleção e avaliação de clientes, devedores ou fornecedores; e V – outras atividades, desde que relacionadas à aquisição de direitos creditórios. § 4º. As atividades tratadas nos incisos do § 3º, por serem da natureza do contrato, independem de prova e o seu desenvolvimento não é condicionado à ligação do operador de fomento a qualquer atividade profissional regulamentada. § 5º. O cumprimento das obrigações

decorrentes do fomento comercial poderá ser garantido por qualquer espécie de garantia, fidejussória ou real.

Art. 365. O fomentado responde pela existência, legitimidade e legalidade do crédito cedido, pela veracidade das informações prestadas ao fomentador, pelos vícios do título ou da obrigação e, se contratualmente previsto, pelo inadimplemento do devedor.

Em sendo assim, ou seja, uma vez concretizado tal marco legal, restará finalmente afastada qualquer dúvida acerca da inafastável incidência das regras do direito cambiário aos contratos de *factoring*, salvo disposição contratual em sentido diverso, preservando a salutar autonomia da vontade aos negócios jurídicos empresariais.

6. CONCLUSÃO.

Não é possível negar que o crédito tem desempenhado papel de destaque no desenvolvimento de atividades econômicas, seja destinado ao setor produtivo, seja destinado ao consumo em geral. Os títulos de crédito surgem com o propósito de documentar essas relações creditícias permeadas pela confiança, mas também pelo risco. A concretude desse risco leva ao inadimplemento da prestação creditícia no tempo e modo ajustados, exigindo ou facultando ao credor a tomada de providências necessárias à preservação do crédito, com destaque para o protesto do título de crédito, também denominado protesto cambiário.

Não há, na legislação brasileira, nada que proíba o direito de regresso no contrato de *factoring*. Ao contrário, considerando-se a aplicabilidade dos princípios cambiários, bem como as disposições do Código Civil acerca da cessão ordinária de crédito, afasta-se qualquer dúvida nesse sentido.

Sem embargo, é claro e evidente que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça tem exposto o faturizador/endossatário a riscos injustificáveis, diante do afastamento das regras cambiárias, especialmente dos dois pilares históricos, quais sejam, o direito de regresso contra o faturizado/endossante em caso de inadimplemento do direito e a inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé, que restringe a defesa do

devedor aos aspectos formais do título de crédito, impedindo as discussões atinentes à relação primitivamente estabelecida entre o referido devedor direito e o faturizado/endossante.

Verifica-se, portanto, que enquanto não for concretizado o disciplinamento legal específico sobre o tema, é necessária especial atenção dos julgadores, no sentido de que seja revisto o entendimento sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conferindo o direito de regresso no contrato de *factoring*, bem como a indisponibilidade das exceções pessoais, não apenas em decorrência da legislação cambiária, mas também em razão do ajuste contratual, consentâneo com a boa-fé e com a função social do contrato e, conseqüentemente, da empresa, fonte geradora de emprego e renda.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos Comerciais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Volume 1. 17ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, Volume II.

MAMEDE, Gladstone. **Direito empresarial brasileiro: títulos de crédito**. Vol. 3. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 2º. Volume. 25ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

ROSA JÚNIOR, Luiz Emydgio F. da. **Títulos de Crédito**. 4^a ed. São Paulo: Renovar. 2006.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: títulos de crédito**. Volume 2. 4^a. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnold. **Obrigações e contratos**. 16^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.