

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC/SP

**GUSTAVO FONSECA GARDINI**

**GARANTIAS REAIS E PESSOAIS NO CONTRATO DE  
FACTORING**

**Campinas**

**2014**

# **GUSTAVO FONSECA GARDINI**

Trabalho de conclusão do curso de especialização “*latu sensu*” da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP, como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Contratual.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Ms. Luciana Chiavoloni A. Jardim

**Campinas**

**2014**

## RESUMO

Com as atividades de fomento mercantil, em ampla expansão, surgem os problemas operacionais. O presente trabalho teve o intuito de analisar, através da doutrina e jurisprudência, o contrato de factoring e a possibilidade de prestação de garantias reais e pessoais, nas operações de fomento mercantil. O tema é controverso na doutrina e jurisprudência e gera significativo impacto econômico para as partes. Estudou-se o conceito e natureza jurídica da factoring, espécies de garantias. Feito isso, estudou-se os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a admissibilidade das garantias reais e pessoais.

**PALAVRAS-CHAVE:** factoring; garantias; endosso; *pro soluto*; *pro solvendo*; direito de regresso.

## **ABSTRACT**

With factoring activities in broad expansion, operational problems arise. This study aimed to analyze, through the doctrine and jurisprudence, factoring agreement and the possibility of providing real and personal warranties in the mercantile fomentation operations. This issue is controversial in doctrine and jurisprudence and engenders noteworthy economic impact to the parties. The concept and legal nature of factoring, warranties species have been studied. Thus, doctrinal and jurisprudential understandings about the admissibility of real and personal warranties have been explored.

**KEYWORDS:** factoring; warranties; endorsement; pro soluto; pro solvendo; regression law.

## SUMÁRIO

1. Introdução.....	6
1.1 Denominação e Conceito.....	7
1.2. Elementos Históricos e tempos atuais.....	9
1.3 Natureza Jurídica.....	11
1.4 Classificação do Contrato.....	12
1.5 Regime Legal.....	12
2. A Função Social – Do direito liberal ao Estado Democrático de Direito.....	15
2.1 A Função Social – conteúdo metajurídico.....	17
2.2 Noção de função social: Generalidades e aplicação à empresa.....	18
2.3 A função social do factoring.....	20
3. Garantias Pessoais e Reais no Factoring e o Direito de Regresso.....	23
3.1 Garantias Pessoais.....	29
3.1.1 Aval.....	29
3.1.2. Fiança.....	30
3.2 Garantias Reais.....	31
3.2.1 Hipoteca.....	32
3.2.2 Penhor.....	33
4. As Garantias Pessoais e Reais no Contrato de Factoring e a Autonomia da Vontade.....	35
4.1 Garantias prestadas em favor do Endossante/Cedente – Vício.....	38
4.2 Garantias prestadas em favor do Endossante/Cedente – Inadimplência do Devedor-principal.....	40
4.3 Garantias em face do Sacado/Devedor.....	42
Conclusão.....	44
Referências Bibliográficas.....	46

## 1. Introdução

Desde o surgimento das operações de fomento mercantil no Brasil, até meados do Plano Real, era possível verificar um volume pequeno, muito embora fosse crescente, de negócios de factoring, rentabilidade alta, baixa concorrência, além de uma carga tributária menor, com a possibilidade de adoção do regime de lucro presumido.

Pode-se dizer que o contrato de factoring constitui-se num dos meios mais eficazes de otimização de recursos das pequenas e médias empresas, caracterizada pela grande simplificação nas providências de obter capital de giro<sup>1</sup>.

No cenário contemporâneo, por seu turno, constata-se a queda acentuada na rentabilidade, aumento na quantidade de empresas atuantes no setor, de acordo com informações da Associação Nacional das Factorings (ANFAC), aumento no volume dos negócios e concorrência, com isto, as notícias de inadimplência do segmento chegam com grande velocidade, principalmente as relacionadas aos golpes e às fraudes. A carga fiscal também aumentou e o regime obrigatório é o do lucro real.

Segundo Rubens Filinto da Silva<sup>2</sup>:

Com isso, pode-se dizer que, se existiam margens para erros, hoje não existem mais. Isso é fato. Assim, o setor tem experimentado mudanças significativas, e que têm implicado no aumento de uma série de riscos, entre eles:

- 1) Riscos de crédito
- 2) Riscos regulatórios
- 3) Riscos legais
- 4) Riscos fiscais
- 5) Riscos cambiais
- 6) Riscos de mercado
- 7) Riscos operacionais
- 8) Riscos de imagem
- 9) Entre outros

Neste contexto, é necessário que o factor precipite a revisão dos seus conceitos, posturas e atitudes, principalmente, em relação a sua cultura.

Alguns destes riscos são facilmente identificáveis, outros, porém, de difícil identificação. Para tratar o desconhecido, o incerto, existe uma ferramenta interessante que são as garantias nas operações de fomento mercantil, visando trazer equilíbrio contratual ao negócio jurídico, pois no factoring o risco negocial é substancialmente maior para o faturizado, visto que este sempre recebe à vista, entregando créditos que muitas vezes não se

---

<sup>1</sup> BRITO, Cristiano Gomes de. *O direito de Regresso no Contrato de Factoring*. Goiânia: Estudos, 2008, p. 527.

<sup>2</sup> SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoas no factoring*. Campi Grande: 2006, p. 31.

realizam, em razão de diversas variáveis, como vícios de origem, inexistência dos créditos negociados, exceções e oposições. .

De acordo com Arnaldo Rizzardo, “o factoring se realiza, sobretudo, na aquisição de créditos do faturizado. Por conseguinte, as características dizem com a tipicidade ou a especialidade do negócio”<sup>3</sup>.

Em posição contrária a admissibilidade do direito de regresso, Rizzardo esclarece:

A operação envolve grandes risco para o faturizador, posto que não fica reservado o direito de se voltar contra o cliente, ou o titular do crédito transferido. Presente, ainda, a probabilidade do não pagamento das contas por uma série de outros motivos.

[...]

É que, no factoring, por não se considerar um contrato bancário, impede-se o estabelecimento de garantias reais. Não se admite o direito de regresso contra o endossante, ou o transferente do título, a menos que tenha vícios o título, o que será observado adiante<sup>4</sup>.

## 1.1 Denominação e Conceito

Existe conteúdo próprio para a denominação, sendo ela específica. A palavra é inglesa, mas provém do latim<sup>5</sup>.

Nas primeiras manifestações no Brasil, adotou-se a denominação faturização, que de acordo com o mestre Arnaldo Rizzardo era uma colocação infeliz, pois sequer existe no vernáculo<sup>6</sup>.

A denominação de fomento mercantil ao factoring despontou nas tentativas de legislar sobre a matéria, tal como no Projeto de Lei 230, de 1995, bem como nos Projetos de Lei 3.615 e 3.896, de 2.000<sup>7</sup>.

Num primeiro momento, as atividades de fomento resumiam-se às meras cessões de crédito mercantil, através da venda de duplicatas, somente, após a fundação da ANFAC, em 11.02.82, foram ampliados os campos de atuação, evoluindo a gama de serviços oferecidos voltados para gestão empresarial, assistência na compra de matéria prima, na administração de caixa etc<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 41.

<sup>4</sup> \_\_\_\_\_ . *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p.41.

<sup>5</sup> \_\_\_\_\_ . *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 18.

<sup>6</sup> \_\_\_\_\_ . *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p.19.

<sup>7</sup> \_\_\_\_\_ . *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 21.

<sup>8</sup> \_\_\_\_\_ . *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p.21.

Destarte, abrange o factoring a compra de ativos das empresas ou de créditos resultantes de vendas mercantins, e o fomento mercantil, mais voltado para a gestão comercial<sup>9</sup>.

Por fim, a denominação predominante, para qualquer forma de atividade, é a de factoring, devido a sua generalização e origem histórica<sup>10</sup>.

Em apertada síntese, considerando o sentido tradicional de factoring, pode-se afirmar que se está diante de uma relação negocial entre duas empresas, no qual uma delas entrega à outra um título de crédito, recebendo, como contraprestação, o valor constante do título, no qual se desconta certa quantia, considerada a remuneração pela transação<sup>11</sup>.

Para Fran Martins, contrato de factoring é:

aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, mediante o pagamento de uma remuneração<sup>12</sup>.

Já nesta hipótese, alguns autores dedicados ao assunto colocam em relevo a ideia não propriamente da cessão do título de crédito, mas de compra e venda. Há um negócio de compra de crédito não especificamente regulamentado, com tipicidade própria, muito embora existam opiniões divergentes de inúmeros autores, objetivando uma finalidade concreta. Esta transferência de crédito melhor se afeiçoa com sua realidade fática, se vista como uma cessão remunerada de título<sup>13</sup>. Tal denominação se perdurou por décadas.

Um dos precursores da factoring no Brasil almejou dar dimensões mais amplas, dizendo que:

Factoring é uma atividade comercial mista atípica = serviços + compra de créditos (direitos creditórios) resultantes de vendas mercantis.

Factoring é fomento mercantil, porque expande os ativos de suas empresas-clientes, aumenta-lhes as vendas, elimina seu endividamento e transforma as suas vendas a prazo em vendas à vista<sup>14</sup>.

Ainda:

É a prestação contínua de serviços de alavancagem mercadológica, de avaliação de fornecedores, clientes e sacados, de acompanhamento de contas a receber e de

<sup>9</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 21.

<sup>10</sup> \_\_\_\_\_. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 21

<sup>11</sup> \_\_\_\_\_. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 13.

<sup>12</sup> MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 469.

<sup>13</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 14.

<sup>14</sup> LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.

outros serviço, conjugada com a aquisição de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, realizadas a prazo<sup>15</sup>.

Nessa esteira, passou a espécie a atingir novos rumos, como gestão financeira, administração do crédito ou de contas a receber e a pagar, planejamento econômico e de mercados, seleção e cadastramento de clientes, assessoria creditícia e até elaboração de política de conquista de mercados<sup>16</sup>.

Luiz Kignel, citado por Rizzardo, exprime as três funções básicas do factoring:

- a) garantia: assume a responsabilidade pelo pagamento do crédito cedido, ainda que exista inadimplemento do devedor da empresa cedente, salvo nulidades ou vícios do crédito;
- b) gestão de crédito: procede ao exame dos créditos, à sua cobrança e ainda pode se ocupar da própria contabilidade e faturamento;
- c) financiamento: se necessário, adianta os recursos referentes aos créditos cedidos<sup>17</sup>.

Em conclusão aos fatores mencionados, partimos de um dado específico para o estudo de factoring, ou seja, o contrato de factoring pressupõe a transmissão de créditos do cliente para a sociedade de factoring com a qual foi celebrado. Em outras palavras, em princípio, não há factoring sem a transmissão de créditos.

Conforme visto, o contrato de factoring pode realizar-se, basicamente, de duas formas distintas, sendo que a primeira, o cliente se obriga a ofertar em cessão seus próprios créditos, podendo, contudo, a sociedade de factoring, de forma discricionária, aceitá-la ou não. Na segunda, o cliente expressa imediatamente o seu consentimento na cessão dos créditos já existentes, como também dos créditos futuros e a sociedade de factoring declara, por sua vez, que aceita todos os créditos que não sejam por ela rechaçados.

## 1.2. Elementos Históricos e tempos atuais

Segundo Luiz Lemos Leite:

Alguns pesquisadores vão buscar no “Código de Hamurabi” as origens históricas dos bancos e de outras atividades comerciais relacionadas com o crédito, dentre as quais, localizam o factoring. Daí afirmar-se que as origens do factoring perdem-se em tempos imemoriais<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> LEMOS, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.

<sup>16</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 16.

<sup>17</sup> KIGNEL, Luiz *apud* RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 14.

<sup>18</sup> LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

O mesmo autor relata que a figura do agente mercantil nasceu com a civilização para facilitar e incrementar o comércio que era baseado na troca de mercadorias (escambo), pois não existia moeda<sup>19</sup>.

Comprar créditos para levantar recursos é uma prática das mais remotas épocas da civilização, como consta dos registros históricos dos negócios para fazer capital de trabalho.

Relata Lemos Leite que:

Os fenícios – por volta de 1200 a.C – dominaram o comércio do Mediterrâneo e chegaram a península Ibérica, lá desenvolvendo em larga escala o seu comércio. Os riscos inerentes ao comércio levaram os fenícios a criar suas factorias movidas pela necessidade de reduzir o “risco de crédito” mediante a presença física de seus agentes no mercado de destino, além de expandir as suas relações comerciais. Há notícias de que os fenícios, em torno do século VIII a.C. estabeleceram em Ulissipona (origem latina do nome atual capital de Portugal – Lisboa) uma factoria – um centro comercial<sup>20</sup>.

Já, na Idade Média, apareceu uma espécie de cooperativa com o escopo de diluir riscos entre os seus comerciantes associados, de modo que as perdas sofridas por um dos seus membros em um negócio eram assumidas por todas da “agremiação”<sup>21</sup>.

Com a evolução, os *factors* prosperaram e passaram a pagar à vista, os seus fornecedores, o valor das vendas por estes efetuadas, antes mesmo de os compradores fazê-las. O *factor*, a par dos serviços prestados, substituiu o comprador, pagando à vista ao fornecedor, melhorando o padrão de crédito e efetuando a cobrança junto ao comprador final daquela mercadoria<sup>22</sup>.

Os fornecedores ou vendedores daquelas mercadorias passaram a desfrutar de uma situação confortável pela ação dos seus agentes, profundos conhecedores dos comerciantes locais, de toda a sua tradição creditícia e não admitiam mais perder os benefícios prestados pelo agente.

Assim, surgiu o sentido moderno do factoring, ou seja, com a venda dos créditos oriundos da venda dos bens, pelos produtores ou fornecedores, os *factors* adquiriam o direito de cobrá-los, como seus legítimos proprietários. O *factor* que, no seu sentido primitivo prestava serviços de comercialização e distribuição, agregou a função de fornecedor de recursos<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

<sup>20</sup> \_\_\_\_\_. *Factoring no Brasil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

<sup>21</sup> \_\_\_\_\_. *Factoring no Brasil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

<sup>22</sup> \_\_\_\_\_. *Factoring no Brasil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

<sup>23</sup> \_\_\_\_\_. *Factoring no Brasil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3.

### 1.3 Natureza Jurídica

Sabidamente que as empresas atuantes no factoring não se constituem instituições financeiras reguladas pelo Banco Central, nem tampouco encontram-se disciplinadas pela Lei 4.595/64.

A definição das atividades bancárias está preconizada no art. 17 da lei mencionada que conceitua como bancos as pessoas jurídicas que visem ou tenham por finalidade básica a coleta, a intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros ou próprios.

A factoring nunca fará coleta ou captação, recursos monetários e a intermediação – característica dos bancos<sup>24</sup>.

Em julgamento recente, o Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento de que empresa faturizadora não é instituição financeira:

CONTRATO DE FACTORING. RECURSO ESPECIAL. CARACTERIZAÇÃO DO ESCRITÓRIO DE FACTORING COMO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À AVENÇA MERCANTIL, AO FUNDAMENTO DE SE TRATAR DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INVIABILIDADE.

1.As empresas de factoring não são instituições financeiras, visto que suas atividades regulares de fomento mercantil não se amoldam ao conceito legal, tampouco efetuam operação de mútuo ou captação de recursos de terceiros. Precedentes. [...]

4. Recurso especial não provido. (REsp 938979/ DF 2007/0075055-2: Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento 19/06/2012)

Muito embora a empresa faturizadora tenha como escopo a disponibilização de recursos financeiros para a empresa faturizada, pode-se afirmar que o contrato de fomento mercantil não apresenta vinculação com o sistema financeiro.

Arnaldo Rizzardo esclarece que

o factoring envolve, acima de tudo, compra de ativos financeiros, e não adiantamentos ou empréstimos<sup>25</sup>.

Portanto, em razão do viés comercial que o contrato de factoring apresenta a natureza jurídica da empresa faturizadora é de sociedade mercantil, não se confundindo com uma instituição financeira.

---

<sup>24</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 35.

<sup>25</sup> LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

Em relação ao negócio cambiário, predomina o caráter de transferência do crédito e não do título. Por isso, aproxima-se a cessão de crédito. É de suma importância tal concepção, máxime quanto à discussão da origem<sup>26</sup>.

#### 1.4 Classificação do Contrato

A essência do contrato é a sua onerosidade, ou seja, cobram os faturizadores pela atividade que exercem. Remunera-se pelo risco que corre ante a possibilidade de inadimplemento e remunera-se para compensar o adiantamento das importâncias pagas<sup>27</sup>.

É consensual, posto que só se aperfeiçoa mediante o consentimento das partes<sup>28</sup>.

Considera-se bilateral, posto que nascem obrigações e direitos para cada um dos intervenientes. A guisa de exemplo, o factor adquire os créditos e o cliente entrega e transfere tais créditos. Existe o compromisso de adquirir e pagar pelos créditos, de parte do factor, e de entregar e transferir, relativamente ao faturizado<sup>29</sup>.

A forma escrita não é obrigatória, basta a simples entrega dos títulos, com o recebimento do valor correspondente para o reconhecimento do contrato. Desta sorte, pode-se dizer que não é formal<sup>30</sup>.

Arnaldo Rizzardo diz ser nominado, eis que há uma denominação adotada por resoluções do Banco Central e até nas Leis n.º 8.981/95, art. 28 § 1º, c-4, substituída a lei, primeiro, pela de n.º 9.065 e, depois, pela de n.º 9.249, ambas de 1995. Utilizam-se as expressões factoring, faturização e fomento de crédito mercantil ou comercial<sup>31</sup>.

Não podemos olvidar da comutatividade, porquanto traz vantagens e obrigações ou prestações recíprocas para os pactuantes que devem se equivaler<sup>32</sup>.

#### 1.5 Regime Legal

A legislação aplicável a factoring é esparsa, máxime por se tratar de um contrato atípico.

---

<sup>26</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 37.

<sup>27</sup> \_\_\_\_\_. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p.42-43.

<sup>28</sup> \_\_\_\_\_. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 43.

<sup>29</sup> \_\_\_\_\_. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 43.

<sup>30</sup> \_\_\_\_\_. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 43.

<sup>31</sup> \_\_\_\_\_. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 44.

<sup>32</sup> \_\_\_\_\_. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 44.

Em 1982, houve a elaboração da primeira Circular sobre o assunto. Tratava-se da Circular n.º 703 do BACEN, mas era insuficiente para englobar a complexidade do objeto negociado<sup>33</sup>.

A norma supramencionada foi revogada pela circular BACEN n.º 1.359/88 combinada com a resolução 2.144/95, do Conselho Monetário Nacional, foram responsáveis pelo reconhecimento a tipicidade jurídica do contrato de factoring e estabeleceram as nuances diferenciais entre atividade de fomento mercantil e financiamento<sup>34</sup>.

Encontramos algumas disposições legais em diplomas que versam sobre o direito tributário, tal como a Lei n.º 8.981/95, art. 28, § 1º, alínea c 4, mas tratam da atividade de fomento mercantil. No mesmo ano também foi promulgada a lei 9.245/95 que revogou parte da lei mencionada.

No Código Civil existem inúmeros dispositivos aplicáveis, apesar de não haver a nomeação do contrato de factoring, como fez o legislador com outros contratos.

A título de exemplo, podemos mencionar as normas referentes à prestação de serviços (art. 594), compra e venda (arts. 481 ao 489), cessão de crédito (art. 286 ao 298).

Luiz Lemos Leite também diz ser aplicável o artigo 425, do Código Civil que reza:

É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código<sup>35</sup>.

Foram inúmeras tentativas de legislar sobre o assunto, tal como no Projeto de Lei 230, de 1995, bem como nos Projetos de Lei 3.615 e 3.896, de 2000, contudo, até o presente momento não existe legislação específica<sup>36</sup>.

De maneira geral, a legislação, utilizada para o balizamento do factoring, pode ser sistematizada da seguinte forma:

---

<sup>33</sup> LEITE, Luiz Lemos. *As garantias reais e pessoais no factoring*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 12.

<sup>34</sup> \_\_\_\_\_. *As garantias reais e pessoais no factoring*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 12.

<sup>35</sup> \_\_\_\_\_. *As garantias reais e pessoais no factoring*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 327.

<sup>36</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 21.

### Base Legal do Factoring

Garantia Constitucional	CF: arts. 5º, incisos II e XIII e 170, § único
Prestação Serviços	CC: arts 594 a 609
Compra e Venda de Créditos	CC: Arts 481 a 532
Cessão de Crédito	CC: arts. 286 a 298
Vícios redibitórios	CC: arts 441 a 446
Evicção	CC: arts. 447 a 457
Fiança	CC: arts. 818 a 839
Devedor Solidário	CC: arts. 264 a 266 e 275 a 285
Aval	CC: Art 897
	Decreto 57.663/66; arts. 30 a 32
	Lei 5474/68, art. 25
Limites de atuação do factoring	Lei 4594/64, art. 44
	Lei 7492/86, art. 16

Por fim, não podemos olvidar das regras atinentes aos títulos de crédito que, também são essenciais para o contrato de fomento mercantil, já que um dos objetos primordiais é a cessão de crédito conferido ao faturizado por meio de um título de crédito.

## 2. A Função Social – Do direito liberal ao Estado Democrático de Direito

O ideário liberal se consolida a partir do século XIX, lastreado em ideias centrais, a saber: (i) iluminismo, movimento filosófico que, com esteio na razão, afasta o mito e o dogma e, no plano político, combate o abuso de poder e defende as liberdades individuais; (ii) racionalismo, cuja base é a crença no valor da razão; (iii) individualismo, nas vertentes filosóficas, política, econômica e jurídica; (iv) na ideia do direito como sistema de normas criado pelo Estado e no desenvolvimento do pensamento sistemático na interpretação e aplicação do direito e (v) na dicotomia entre Estado e sociedade civil e na redução do processo interpretativo à mera exegese das normas<sup>37</sup>.

Erige-se a organização estatal que expressa os novos valores, lastreada na clássica separação dos poderes, na formulação de Locke e Montesquieu, autêntica técnica de proteção dos indivíduos, clara reação aos excessos do absolutismo que era sepultado<sup>38</sup>.

Desta forma, são firmadas as bases do Estado de Direito, moldado inicialmente pelos valores liberais, cujas características centrais são o império da lei, a divisão de poderes, a legalidade da administração, a previsão de direitos e liberdades fundamentais<sup>39</sup>.

O que existiu foi à conciliação entre a liberdade política e a liberdade econômica, sendo vedado ao Estado interferir na ordem natural, o que, somente, era permitido de forma acessória.

A função típica da ordem jurídica do Estado Liberal é a de garantir a paz social, com base na previsão de valores reputados interessantes socialmente e da repressão às condutas contrárias aos valores previamente estabelecidos<sup>40</sup>.

É este espírito que foi expresso nas primeiras Constituições do Brasil elaboradas em 1824 e 1891 e sofreram forte influência do pensamento liberal clássico<sup>41</sup>.

Entretanto, o contraponto socialista ao liberalismo exacerbado que, pretendia libertar o homem, na prática se mostrou opressor e incapaz de alcançar sua finalidade maior, levando ao autoritarismo<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> MATIA, João Luis Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009, p. 25.

<sup>38</sup> \_\_\_\_\_. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009, p. 25.

<sup>39</sup> \_\_\_\_\_. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009, p. 26.

<sup>40</sup> \_\_\_\_\_. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009, p. 26.

<sup>41</sup> \_\_\_\_\_. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009, p. 26.

A valorização exacerbada do indivíduo que, no âmbito do direito importava na garantia da liberdade puramente formal, ensejou a gestação de nova concepção de Estado, o Estado Social, decorrente de modificação superestrutural do Estado Liberal Burguês.

No Brasil, a partir da Constituição de 1946, houve certo movimento no sentido do dirigismo estatal, com a atribuição ao Estado de poderes para intervenção no domínio econômico, o que se consolidou com as Constituições seguintes<sup>43</sup>.

Doravante, com a quebra de paradigma do Estado Liberal, houve o surgimento do Estado Social, equacionando o rumo da economia, mas insuficiente para atender às necessidades da complexa sociedade contemporânea e garantir a liberdade e igualdade materiais<sup>44</sup>.

Neste contexto, o paradigma do Estado Social formal, mero Estado de Direito, mesmo que não mais expresse os valores liberais clássicos, não é suficiente. Necessário é qualificar a sua atuação, o que significa adequá-lo aos compromissos axiológicos previstos na Constituição Federal. O ordenamento não pode estar restrito às funções de regulação das condutas e de repressão das ofensas aos padrões estabelecidos, devendo induzir a prática dos valores eleitos<sup>45</sup>.

Fábio Konder Comparato esclarece a grande transformação:

No Estado liberal – fato já tantas vezes posto em foco – a ordem jurídica é propriamente vaga ou indiferente a fins determinados, cuja eleição compete por completo aos particulares. O direito limita-se a fixar as regras do jogo sem conceder privilégios a qualquer dos jogadores, considerados, dessa forma, iguais perante a lei. O bem comum, objetivo declarado do Estado, reduz-se à adequada formulação e ao escrupuloso respeito às regras do jogo. A grande transformação ocorreu quando se passou a considerar legítima a organização estatal e a ordem jurídica em função de fins ou objetivos determinados, cuja realização se impõe à coletividade. A fixação desses fins sociais costuma ser feita, primeiramente, na Constituição e, secundariamente, em leis orgânicas ou na lei do plano<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup>MATIA, João Luis Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009, p. 26.

<sup>43</sup>\_\_\_\_\_. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009, p. 26.

<sup>44</sup>\_\_\_\_\_. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009, p. 26.

<sup>45</sup>\_\_\_\_\_. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009, p. 26.

<sup>46</sup>COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômica e Financeira. RDM – São Paulo: Malheiros, n. 50, junho/83, p. 58.

Consolida-se, então, a ideia da legitimação da organização estatal e do próprio ordenamento jurídico a partir dos objetivos que se propõem a alcançar, os quais podem ser impostos à coletividade, é o paradigma do Estado Democrático de Direito<sup>47</sup>.

## 2.1 A Função Social – conteúdo metajurídico

Sobre a influência do Princípio da Solidariedade Social, introduzido com a Constituição de Weimar de 1919, a ideia de função social corresponde ao dever de empregar os meios de produção no modo mais útil à coletividade<sup>48</sup>.

O modo mais útil seria a função de concorrer para uma melhor distribuição da renda, prover a mais ampla assistência passível às classes menos favorecidas e promover a composição de interesses entre os detentores do poder econômico e a classe trabalhadora.

A solidariedade social, como alguns denominam, é uma noção concebida como resposta as inquietações que marcaram o final do século XIX e início do século XX, sendo uma fórmula criada para permitir maior espaço ao ideário socialista sem o sacrifício das liberdades individuais, isto é, tinha por finalidade promover a conciliação entre o individual e o social<sup>49</sup>.

Há quem considere a função social como meio para promover a solidariedade entre membros da comunidade<sup>50</sup>.

A compreensão da nova realidade é muito bem exposta por Judith Martins Costa, ao abordar a tendência da funcionalização dos direitos subjetivos como limitação ao seu exercício desmedido:

[...] atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo ‘mito *jusnaturalista*’ que recobria na codificação oitocentista, da qual fora levada ao status de realidade ontológica, esfera jurídica da soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização que indica a atribuição de um poder tendo como dever, posto que concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esferas dos interesses alheios<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> MATIA, João Luis Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009, p. 34.

<sup>48</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello. *A função social da empresa*. Revista CAASP n. 96, 2008, p. 25.

<sup>49</sup> MATIA, João Luis Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009, p. 39.

<sup>50</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello. *A função social da empresa*. Revista CAASP n. 96, 2008, p. 25.

<sup>51</sup> COSTA, Judith Martins. *O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação*. In: \_\_\_\_ Diretrizes do novo código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p 158.

O cerne da solidariedade social, portanto, consiste numa apreciação dos institutos jurídicos, tendo em vista uma perspectiva não individual, que conduza à satisfação dos interesses envolvidos<sup>52</sup>.

Neste passo, a Carta Magna assimilou este ideário, fazendo a previsão da dignidade da pessoa humana como um de seus pilares, na forma do artigo 1º, inciso III e estabelecendo a solidariedade social como objetivo fundamental da República, no artigo 3º, inciso I. No que tange ao direito de propriedade, em seu artigo 5º, incisos XXIII e 170, inciso II, a Constituição Federal condiciona-o a sua função social, repelindo o abuso de direito de usar, gozar e dispor de bens.

Doravante, defende-se que, em razão da função conformadora do princípio da solidariedade social, o direito nacional estabelece novo perfil ao direito de propriedade, do qual decorrem as ideias de função social da empresa e propriedade empresária<sup>53</sup>.

## **2.2 Noção de função social: Generalidades e aplicação à empresa**

O novo Código Civil deu ênfase, sobre maneira, à função social do contrato, trazendo princípios da eticidade contratual e da boa-fé objetiva.

Diante disso, os contratos passaram não mais a ter a visão individualista para ter caráter coletivo, no qual, primordialmente devem ser atendidos os anseios sociais, para que depois seja atendido o interesse individual.

Denota-se que a liberdade contratual só pode ser exercida, ao passo que atendida a função contratual, com a retirada de antinomias contratuais.

Mesmo com a liberdade contratual, não podem os contratantes, a pretexto de formalizarem contratos atípicos, utilizarem-se desta ferramenta para desvirtuar contratos ou burlarem regramentos. No que tange à eticidade contratual, resta evidente que os contratantes deverão agir dentro dos limites legais, morais e dos bons costumes.

Segundo elucida Fábio Konder Comparato:

Se analisarmos mais de perto esse conceito abstrato de função, em suas múltiplas espécies, veremos que o escopo perseguido pelo agente é sempre o interesse alheio, e não o próprio do titular do poder, o desenvolvimento da atividade é, portanto, um dever, mais exatamente, um poder-dever, e isto, não no sentido negativo, de respeito

---

<sup>52</sup> MATIA, João Luis Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009, p. 42.

<sup>53</sup> \_\_\_\_\_. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009, p. 46.

a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas na acepção positiva, de algo que deve ser feito ou cumprido<sup>54</sup>.

No que tange a essa superposição de uma estrutura fundada na relação direito-dever sobre o titular desse poder jurídico em que se configura a função social, cabe realçar que alguns a equiparam a boa-fé objetiva no campo contratual, da qual decorrem, igualmente, direitos e deveres para os contratantes<sup>55</sup>.

Na realidade, este fenômeno da funcionalização da propriedade e dos demais institutos jurídicos reflete, objetivamente, a necessidade de condicionamento do exercício dos respectivos direitos aos interesses maiores da sociedade e a grande questão que se coloca é justamente aquela de definir em que consistiriam estes interesses. Almejando encontrar uma resolução para o impasse com a Lei Maior<sup>56</sup>.

Por esta razão, a realização da empresa deve se ater, no contexto do princípio da livre iniciativa e aos demais parâmetros constitucionais que regem o exercício da atividade econômica, quando só então merecerá a devida tutela<sup>57</sup>.

O sistema atual adota o regime econômico de iniciativa privada, o qual pressupõe a concessão de interesses particulares, por meio dos recursos, por cada um daqueles possuidores, mas condicionada essa faixa de liberdade que envolve a própria liberdade de empresa ao asseguramento de uma existência digna a todos e à observância da justiça social<sup>58</sup>.

É neste sentido que se expressa José Afonso da Silva ao dizer que:

A iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica. Essas considerações são ainda importantes para a compreensão do princípio da necessidade que informa a participação do Estado brasileiro na economia (art. 173), pois a preferência da empresa privada cede sempre à atuação do Poder Público, quando não cumpre a função social que a lei lhe impõe<sup>59</sup>.

Por fim, lembra-se que os deveres impostos pela função social deste instituto não se esgotam no texto constitucional ou, mesmo, em leis ordinárias, como aquelas citadas neste

---

<sup>54</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função social*. Revista Dos Tribunais, São Paulo, n° 732, p. 41, out. 1996.

<sup>55</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social da empresa*. São Paulo: RT, v. 96, n. 857, 2007, p. 413.

<sup>56</sup> \_\_\_\_\_, *Função social da empresa*. São Paulo: RT, v. 96, n. 857, 2007, p. 413.

<sup>57</sup> \_\_\_\_\_, *Função social da empresa*. São Paulo: RT, v. 96, n. 857, 2007, p. 414.

<sup>58</sup> \_\_\_\_\_, *Função social da empresa*. São Paulo: RT, v. 96, n. 857, 2007, p. 415.

<sup>59</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 794.

tópico, pois o conteúdo da função social da empresa deve ter em vista a máxima do atendimento ao exercício de uma positivação deste princípio que visa a definir lhe, aprioristicamente, o conteúdo, inclusive na codificação civilista atual<sup>60</sup>.

### 2.3 A função social do factoring

Após a conceituação e entendimentos a respeito do célebre instituto, precisamos lembrar que as empresas de factoring também exercem a sua função social.

Nesta linha de raciocínio, as factorings devem observar os deveres positivos e negativos, com atenção aos interesses internos e externos. Os interesses internos dizem respeito às pessoas que contribuem para o funcionamento da empresa, seus sócios relacionam-se com as expectativas da comunidade em que empresa atua<sup>61</sup>.

Segundo dicção do Desembargador Nelson Juliano Schaefer Martins:

A empresa de fomento mercantil exerce papel indispensável à prosperidade econômica e social<sup>62</sup>.

Os deveres negativos impostos às empresas de fomento mercantil no exercício de sua função social estão relacionados com restrições à liberdade e podem ser discriminados: a) proibição da prática ou da superação dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes, na contratação e execução do negócio envolvendo factoring devem ser observados os princípios da probidade, lealdade, boa-fé, diligência, ética e respeito (CC, arts. 187, 421, 422 e 1011); b) observância severa dos preceitos jurídicos que proíbem a realização de operações privativas de instituições financeiras e abuso das necessidades da empresa-cliente com a obtenção de vantagens excessivas, sob as penas da Lei n.º 7.492 de 1986, art. 16 e Lei n.º 1521 de 1951, art 4º; c) atenção às origens dos títulos apresentados para negociação para que não se configure infração à Lei n.º. 9.613/98 que dispõe sobre crimes de lavagem de bens, direitos e valores<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social da empresa*. São Paulo: RT, v. 96, n. 857, 2007, p. 416.

<sup>61</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *A função social do fomento mercantil*. ANFAC, São Paulo, revista 57, p. 13, 2006.

<sup>62</sup> \_\_\_\_\_. *A função social do fomento mercantil*. ANFAC, São Paulo, revista 57, p. 13, 2006.

<sup>63</sup> \_\_\_\_\_. *A função social do fomento mercantil*. ANFAC, São Paulo, revista 57, p. 13, 2006.

Os deveres positivos decorrem da postura ativa que às empresas de fomento mercantil cumprem adotar<sup>64</sup>.

Doravante, no caso do factoring, é de suma importância compreender o seu perfil de atuação, máxime quando analisamos a rígida exposição das instituições financeiras ao emaranhado de normas regulamentadoras que têm por objetivo proteger a poupança pública e os depósitos de terceiros na rede bancária.

Por óbvio que tal cenário, indubitavelmente, inviabiliza o financiamento de grande parte das micros, pequenas e médias empresas, que não têm acesso aos meios tradicionais de crédito ou por serem pequenas ou por apresentarem restrições creditórias, tais como protestos ou outros apontamentos negativos.

Rubens Filinto explica as margens de classificação de risco que os Bancos fazem:

Outro fator que inviabiliza a tomada de recursos do mercado bancário tradicional, são os produtos de “rating”, que classificam as empresas por faixas de riscos. Para o provisionamento de inadimplência, os bancos são obrigados a considerar faixas de “rating”, sendo evidente que a provisão é maior nas faixas mais arriscadas<sup>65</sup>.

Por seu turno, a operação de factoring é consubstanciada na compra de recebíveis e a análise de crédito está voltada, principalmente, em face do comprador dos produtos e/ou serviços ofertados pelos seus clientes, assim, as factorings podem atender a esta fatia de clientes, classificada como de alto risco.

De acordo com Rogério Alexandre de Oliveira Castro, existem diversas razões que podem levar um empresário a recorrer a uma sociedade de factoring, dentre elas: a) terceirizar, total ou parcialmente o seu departamento administrativo de gestão de controle de créditos e cobranças; b) terceirizar, total ou parcialmente, a gestão do seu departamento contábil e de análise de risco; c) garantir-se frente ao risco de insolvência de seus compradores (factoring sem direito de regresso) ou melhorar as possibilidades de recebimento de seus créditos (factoring com direito de regresso); d) aumentar a sua capacidade creditícia<sup>66</sup>.

Estas necessidades do faturizado acabam por transformar-se nas funções que a sociedade de factoring passa a desenvolver, isto é, nas funções do factoring.

Deste modo, o factoring assume altos riscos, para suprir importante lacuna da economia, auxiliando milhares de empresas na manutenção de suas atividades.

---

<sup>64</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *A função social do fomento mercantil*. ANFAC, São Paulo, revista 57, p. 13, 2006.

<sup>65</sup> SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 35.

<sup>66</sup> CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. *O Factoring Internacional no Brasil e na Argentina: uma proposta de Unificação com base na Convenção de Ottawa do UNIDROIT*. São Paulo: USP, 2008, p. 65.

Juan Roca Guillamón pontifica que o factoring envolve uma função econômico-social *sui generis* que consiste numa cooperação útil entre a sociedade de factoring e o cliente faturizado. A utilidade desta cooperação é demonstrada pelo interesse de ambos em conservar e desenvolver a relação<sup>67</sup>.

Nelson Juliano Schaefer Martins diz que a Constituição Federal, em seu artigo 170 e seus incisos, enunciam as seguintes ideias: a) fortalecimento dos princípios da livre iniciativa, da propriedade privada, da livre concorrência e do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte; b) o fomento mercantil atua em apoio a setor vital da economia, as pequenas, médias e micro-empresas; c) as empresas-clientes encontram na atividade factoring maiores facilidades burocráticas em comparação aos serviços dos bancos e obtêm inegáveis vantagens ao transformar suas vendas a prazo em vendas à vista, além de incrementar suas produções e baratear seus custos com a aquisição de insumos a preços mais atrativos; d) suporte técnico de consultoria mercadológica que torna as empresas-clientes mais eficientes em mercado cada vez mais competitivo<sup>68</sup>.

O mesmo autor, acima mencionado, também diz que as factorings podem auxiliar na recuperação judicial e extrajudicial e na máxima no plano de recuperação judicial, dado o vasto conhecimento dos problemas e dificuldades das empresas-cliente.

Se houver a conjugação dos elementos positivos e negativos acima descritos, indubitável conclui-se pelo cumprimento da função social pelas empresas de fomento mercantil.

---

<sup>67</sup> *El contrato de factoring y su regulacion por El derecho privado espanol*. Murcia: Editora Revista de Derecho Privado e Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 33.

<sup>68</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *A função social do fomento mercantil*. ANFAC, São Paulo, revista 57, p. 13, 2006.

### 3. Garantias Pessoais e Reais no Factoring e o Direito de Regresso

De acordo com o Dicionário Aurélio, garantia significa

abonação, responsabilidade, caução/ Responsabilidade assumida pelo vendedor de entregar a mercadoria isenta de defeitos e em condições de funcionamento.<sup>69</sup>

A conceituação de garantias pode ser elucidada nos ensinamentos de José Odálio dos Santos:

Define-se garantias, em seu aspecto de risco, como a vinculação de um bem ou de uma responsabilidade conversível em numerário que assegure a liquidação do empréstimo...

A finalidade da garantia é evitar que fatores imprevisíveis, ocorridos após a concessão do crédito, impossibilitem a liquidação dos empréstimos. Esses fatores são de natureza sistemática ou externa à atividade da pessoa física ou da empresa, podendo ser resultantes de medidas governamentais (política fiscal, monetária, creditícia, cambial, etc), concorrenciais, climáticas ou acidentais (exemplo: incêndio, inundações, morte do cliente ou do principal dirigente da empresa, etc)<sup>70</sup>.

O legislador consagrou expressamente a possibilidade do devedor responder por suas dívidas, quando nos remete ao artigo 391 do Código Civil, no tocante à responsabilidade contratual e no artigo 942 do mesmo diploma, atinente à responsabilidade extracontratual.

Para Antônio Carlos Donini invocando os ensinamentos de José Fernando Simão:

O princípio básico, conforme ensina o professor José Fernando Simão, é que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas. Todavia, diante do receio de não receber o que lhes é devido, em face de eventual descumprimento contratual, a parte interessada pode se valer de garantias previstas em lei como verdadeiro reforço, exigindo que a outra parte garanta a obrigação não só com o seu patrimônio, mas fornecendo patrimônio de terceiros<sup>71</sup>.

Sob a reflexão de Marcos Augusto Pordeus de Paula, é possível aferir a inexistência de qualquer dispositivo impeditivo ou que limite as garantias em contratos de Fomento Mercantil. Nesta linha, o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal preconiza que

ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de uma lei.

---

<sup>69</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013, p. 213.

<sup>70</sup> SANTOS, José Odálio dos. *A Análise de Crédito – Empresas e Pessoas Físicas*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 33.

<sup>71</sup> SIMÃO, José Fernando. *Factoring*. Extraído de artigo publicado na Revista do Factoring n.10 – Editora Klarear, p 7.

Sabidamente que na ausência de regras limitativa dos direitos e sendo consagrado o princípio da livre iniciativa (art. 1, IV; art. 170, cap. e parágrafo único, CF), logo, conclui-se pela possibilidade de pactuação de garantias reais ou fidejussórias nos contratos de fomento mercantil<sup>72</sup>.

Ernst Wolfgang diz o seguinte sobre a questão de ausência de normas proibitivas:

Se a lei traz uma determinação genérica e, nos limites do que foi definido, ocorre um caso não previsto pela determinação genérica, é perfeitamente aceitável, no ponto em que o legislador faltou e, com sua determinação simplificada, deu causa a um erro, que nós próprios corriamos a omissão do legislador: da mesma maneira pela qual ele teria estabelecido uma determinação se ele encontrasse em tal situação ou como a teria previsto em sua lei se o caso lhe houvesse ocorrido<sup>73</sup>.

Não podemos olvidar que as garantias são uma fonte secundária de liquidação da dívida e não como uma fonte primária.

Noutro passo, impende tratar do direito de regresso, que, aliás, é polêmica quando abordamos os aspectos gerais do factoring.

Luiz Lemos Leite pontifica:

O direito de regresso, que, durante muito tempo, constitui-se um tabu, prevaleceu em nossas operações apenas em função de alguns preconceitos surgidos, que se cristalizaram naquela ocasião, por ainda não conhecerem suficientemente a matéria, e que estigmatizaram o Factoring como atividade não regular no sistema financeiro nacional, que dependeria de regulamentação do Conselho Monetário Nacional, Circular 703/82 da Diretoria do Banco Central, posteriormente revogada pela Circular 1.359/88. Tornou-se um mito<sup>74</sup>.

Em casos de vícios na origem, ilegitimidade, saque de duplicatas simuladas, devolução, prorrogação, dentre várias outras hipóteses, pacífica é a aplicação do regresso contra o endossante/cedente.

Lado outro, é tormentosa a questão do regresso por inadimplemento simples do sacado.

De acordo com Wladimir Echeverria Meskelis:

No Brasil, muito já se escreveu sobre a atividade de factoring. Algumas imperfeições foram defendidas ao longo do tempo e, recentemente, foram corrigidas. A principal delas foi a ausência do direito de regresso em face do faturizado, que

---

<sup>72</sup> SIMÃO, José Fernando. *Factoring*. Extraído de artigo publicado na Revista do Factoring n.10 – Editora Klarear, p 17-19.

<sup>73</sup> Bockenförde, Ernst-Wolfgang; tradução de Adriana Beckman Meirelles. *História da filosofia do direito na idade média*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012, p. 147.

<sup>74</sup> LEITE, Luiz Lemos. *As garantias reais e pessoais no factoring*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 220.

apesar da inexistência de qualquer impedimento legal, somente agora passou a ser defendido.

Todavia, ainda persistem imperfeições prejudiciais à atividade de factoring, as quais precisam ser revistas para melhorar o desenvolvimento da atividade de fomento mercantil.

Equivocadamente, vem sendo defendido que a transmissão dos títulos de crédito nas operações de factoring se dá através da cessão civil e não através do endosso, sendo condição imprescindível dessa cessão a notificação do sacado/devedor<sup>75</sup>.

Não há legislação que regulamente especificamente a matéria, mas podemos encontrar dispositivos esparsos que dão suporte para os contratos, contemplando, inclusive, o direito de regresso. Por exemplo, mencionamos o art. 425 do Código Civil, assim redigido:

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

No que tange ao direito positivo, o factoring encontra-se disciplinado pela Resolução n.º 2.144, do Banco Central, de 22/02/1995:

A atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de créditos, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, e compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

De acordo com Rubens Filinto Silva:

O contrato de factoring tem por objeto a prestação de serviços e a compra de direitos de crédito, que podem ser representados por títulos de crédito ou ainda por direitos creditícios contratuais.

Diante das figuras representativas dos créditos (títulos ou contratos), remete-se, o negócio de factoring a dois ordenamentos, na maior parte das vezes: o endosso e a cessão<sup>76</sup>.

Ora, se os créditos são representados por títulos regidos por legislação especial, a transferência pode ser feita por endosso, observando-se em tal caso, as disposições contidas na Lei Uniforme, Lei do Cheque e Lei de Duplicatas.

No cotejamento das normas mencionadas, é possível aferir que o direito de regresso não só é admitido, mas é regra e não exceção, sendo involuntária a obrigação do endossante pelo pagamento.

Rubens Filinto menciona uma situação peculiar que o factor assume:

---

<sup>75</sup> MESKELIS, Wladimir Echeverria. Artigo publicado no Portal do Factoring. Disponível em: <[www.portaldofactoring.com.br](http://www.portaldofactoring.com.br)>. Acesso em 18 ago. 2014

<sup>76</sup> SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 57.

Noutra esfera, ainda que os créditos sejam por títulos, a transferência pode se dar também por cessão, desde que acompanhada por endosso, indispensável à circulação das cambiais. Indubitavelmente, coloca-se o factor, neste tipo de avença, em situação prejudicada, pois sai da situação de endossatário, protegido pelo direito cambiário, passando para a situação de cessionário, submetendo-se, assim, aos inconvenientes desta condição<sup>77</sup>.

Em termos práticos, a relação é mais prejudicial, uma vez que se deverá notificar o devedor, ficando adstrito a alegações de exceções pessoais e oposições do devedor.

Ademais, para direitos creditórios representados em contratos ou para títulos com a cláusula não a ordem, a transferência se dará sempre por cessão<sup>78</sup>.

Estas situações são reguladas pelos dispositivos da cessão de crédito, previstas nos arts. 286 a 298, do Código Civil.

Rubens Filinto esclarece que:

Há outro aspecto que diferencia o direito de regresso do endosso para a cessão, que deve ser observado: Em se tratando de cessão de crédito, o art. 297 do Código Civil brasileiro determina que o cedente é responsável somente pelo que recebeu do cessionário. No caso do negócio do factoring que repousar numa cessão de crédito, deverá se considerar o líquido da operação.

Nesta perspectiva, melhor para a factoring que opera por endosso, pois seu devedor de regresso responderá pela dívida, da mesma forma que o devedor principal. Para o cliente da empresa de factoring, melhor se operar pela cessão, pois no caso da estipulação da responsabilidade, responderá somente pelo que, do cessionário, recebeu<sup>79</sup>.

Conforme destacado anteriormente, o direito de regresso é pacífico, quando inexistente o crédito nos títulos cedidos, por seu turno, o por inadimplemento simples, ainda encontra muita resistência.

Sob esse prisma, o advogado Vitor Loureiro Filho, em artigo publicado no Portal do Factoring, pontifica:

Sobre este tema, ainda pesa certa confusão e desconhecimento, e existem decisões em vários Tribunais do País, bem como nos Tribunais superiores, dando conta que as Empresas de Fomento Mercantil devem assumir para si os eventuais riscos de inadimplência dos títulos negociados.

Não se trata dos títulos que trazem em si vícios de origem, como por exemplo: duplicatas simuladas (duplicatas frias), cheques roubados, ou sustados, por não cumprimento da negociação a qual lhe deram origem. Nestes casos, as decisões são pacíficas no sentido de permitir que as empresas de Fomento Mercantil – Factoring,

---

<sup>77</sup> SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 58.

<sup>78</sup> \_\_\_\_\_. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 59.

<sup>79</sup> \_\_\_\_\_. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 59.

possam de imediato lançar mão de medidas ou ações judiciais que visem à cobrança da Empresa Contratante/Cedente dos Títulos<sup>80</sup>.

Antônio Carlos Donini admite a aplicação do direito de regresso por inadimplência simples:

Com relação a essa responsabilidade deve-se enumera-las de duas formas: 1) obrigatória ou involuntária: pela existência do crédito cedido, ao tempo em que o cedeu, ainda que omissivo ou silente o contrato de factoring. 2) opcional ou voluntária: pela solvência do devedor, desde que expressamente convencionado no contrato de factoring, poderá responsabilizar-se o cedente faturizado<sup>81</sup>.

Nesta linha de raciocínio, Ana Graziela Acosta ensina que:

Desta forma, havendo no contrato de factoring cláusula específica onde a empresa cliente se responsabilize pela solvência do devedor, que configura a estipulação em contrário, deixa o contrato de ser revestido da forma *pro soluto* passando assim para a forma *pro solvendo*. Tal cláusula deve estar bem explícita no contrato de faturização, posto que muitos juristas ainda confundem a prática de factoring com os descontos operados pelas instituições bancárias<sup>82</sup>.

Em arremate, Rubens Filinto vaticina pela aplicação do direito de regresso em casos de insolvência do devedor, devendo-se, contudo, observar as seguintes variantes:

- 1) Nos casos de vício, independentemente se o negócio foi contratado por cessão ou endosso, sempre obrigatória e involuntária a responsabilidade;
- 2) Nos casos de insolvência do devedor de título regido por legislação especial, sendo os negócios realizados simplesmente, por endosso, e sem a figura do contrato de cessão, torna-se obrigatória e involuntária a responsabilidade pelo pagamento, sendo esta limitada ao valor de face do título, mais correção e juros legais, obedecendo as determinações da legislação assim, obediência ao nosso código civil, voluntária e opcional, a garantia de regresso.
- 3) Nos casos de insolvência do devedor, e se o negócio se deu por via de contrato, com a predominância da cessão de crédito, a responsabilidade é opcional, voluntária, e se limita, destarte, ao valor recebido pelo título cedido, mais correção e juros legais<sup>83</sup>.

Existem inúmeros doutrinados que se pronunciam contrários ao regresso por inadimplemento simples, dentre eles Arnaldo Rizzardo que diz

---

<sup>80</sup>FILHO, Vitor Loureiro. *Artigo publicado no Portal do Factoring*. Disponível em: <www.portaldofactoring.com.br>. Acesso em 18 ago. 2014.

<sup>81</sup>DONINI, Antonio Calors. *Manual do Factoring*. 1ª Ed. São Paulo: Klarear, 2004, p. 37.

<sup>82</sup>SILVA, Ana Graziela Acosta. *Artigo publicado no Portal do Factoring*. Disponível em <www.portaldofactoring.com.br> Acesso em 18 ago. 2014.

<sup>83</sup>SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 68-69.

Nada tem a reclamar o factor se não recebe o crédito adquirido desde que existente o mesmo quando de sua transferência. Pela formação do factoring, por sua natureza e história, não podendo voltar-se contra o vendedor do crédito<sup>84</sup>.

De outra banda, o eminente Luiz Lemos Leite, na defesa da aprovação do PLS n.º 230/1995 entende que, sem a aprovação da legislação específica, continuar com o fomento mercantil sem o direito de regresso é premiar o mau pagador e estimular a fraude, tendo em vista que a empresa cliente, cedente, sabedora que o sacado não honrará com o seu compromisso, transferirá verdadeiro “mico” para empresa de fomento mercantil que, sem o mecanismo legal de defesa de seu direito contra a endossante, nada poderá fazer para punir o caloteiro<sup>85</sup>.

Nesta linha de raciocínio, o projeto de lei mencionado admitiria a operação de factoring com ou sem coobrigação da empresa cedente, todavia, o Congresso Nacional arquivou o projeto em 2007.

Luiz Lemos Leite sustenta ainda que, na hipótese de a operação de fomento mercantil ser realizada com a cláusula “*pro solvendo*”, se o título não for pago pelo sacado (que é o devedor da transação), neste caso, a empresa cliente (endossante) se compromete a pagar a empresa de fomento mercantil, porque assumiu a garantia de solvência ou porque tem todo interesse em manter a sua clientela<sup>86</sup>.

Diante da carência de normas, resta-nos socorrer dos entendimentos jurisprudenciais, a despeito do tema, máxime para dirimir eventuais dúvidas, devido à ausência de legislação específica. Segue transcrição de acórdão a este respeito:

FACTORING – ORDINÁRIA DE COBRANÇA – DOCUMENTOS DEMONSTRADORES DE DUPLICATAS ENDOSSADAS PELA FATURIZADA E NÃO RESGATADAS PELOS SACADOS – **RISCO NÃO ASSUMIDO CONTRATUALMENTE PELA FATURIZADORA – DIREITO DE REGRESSO RECONHECIDO – RESPONSABILIDADE DA FATURIZADA** – CITAÇÃO POR HORA CERTA REALIZADA DE ACORDO COM O CPC – AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO MINISTERIAL DE PRIMEIRO GRAU SANADA PELA RATIFICAÇÃO DOS ATOS APÓS BAIXA DOS AUTOS – RECURSO DESPROVIDO<sup>87</sup>. (grifos nosso)

É inexorável concluir que com a aprovação do projeto de lei, os devedores teriam a coobrigação do pagamento em caso de inadimplemento. Neste sentido, Norberto Bobbio lembra que não há dúvida de que o principal efeito da institucionalização da sanção é a maior

<sup>84</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 130.

<sup>85</sup> LEITE, Luiz Lemos. *As garantias reais e pessoais no factoring*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 326.

<sup>86</sup> \_\_\_\_\_. *Direito de regresso nas operações de fomento mercantil*. Consulex, Ano XIV, n. 324, 2010, p. 61.

<sup>87</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Ap. 0111646-5, Relator José Maurício Pinto de Almeida, Data julgamento 06/01/2000.

efetividade das normas relativas. Entende-se três fatos com a institucionalização da sanção (i) para toda violação de uma regra primária, é estabelecida a relativa sanção; (ii) é estabelecido, se bem que dentro de certos termos, a medida da sanção; (iii) são estabelecidas pessoas encarregadas de executar a sanção.<sup>88</sup>

### 3.1 Garantias Pessoais

Garantias pessoais são aquelas que vinculam pessoas ao invés de coisas. Vinculam o patrimônio do garantidor, até o cumprimento de todas as obrigações afiançadas<sup>89</sup>.

As garantias pessoais se dividem em duas modalidades, o aval e a fiança.

#### 3.1.1 Aval

A doutrina conceitua o aval como:

[...] uma garantia pessoal do pagamento de um título de crédito, dada por pessoa (física ou jurídica), que fica solidariamente responsável com o devedor pelo pagamento do crédito.

Sendo o aval uma garantia pessoal em que não se destaca nenhum bem específico do garantidor, e sim a totalidade de seu patrimônio, é importante que o avalista tenha patrimônio livre de ônus suficiente para cobrir o débito com os respectivos encargos<sup>90</sup>.

O mesmo doutrinador ensina que

o avalista é responsável pela amortização do empréstimo da mesma maneira que o devedor principal, não havendo, portanto, benefício de ordem<sup>91</sup>.

Fabio Ulhoa Coelho explica que

por este ato cambial de garantia, uma pessoa, chamada avalista, garante o pagamento do título de favor do devedor principal ou de um coobrigado. O devedor em favor de quem foi garantido o pagamento do título é chamado de avalizado<sup>92</sup>.

O aval encontra-se disciplinado no artigo 897 e seguintes do Código Civil.

---

<sup>88</sup> BOBBIO, Norberto. Tradução Fernando Pavan Baptista. *Teoria de La norma giuridica*. São Paulo: Edipro, 2012. p. 160.

<sup>89</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2005, v. 3, p. 469.

<sup>90</sup> SANTOS, José Odálio dos. *A Análise de Crédito – Empresas e Pessoas Físicas*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 75.

<sup>91</sup> \_\_\_\_\_. *A Análise de Crédito – Empresas e Pessoas Físicas*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 75.

<sup>92</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 250.

Cabe mencionar, ainda que, o Código Civil trouxe a necessidade da vênia conjugal para validade do aval. Tal regulamentação encontra-se sedimentada no artigo 1647 que diz:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, **sem autorização do outro**, exceto no regime da separação absoluta:  
I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;  
II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;  
III - prestar **fiança** ou **aval**;  
IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.  
Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada. (grifos nosso)

A única exceção da vênia conjugal é para o regime da separação obrigatória.

Como se percebe, o aval pode ser aplicado ao contrato de factoring, segundo entendimento a seguir preconizado:

EXECUÇÃO. NOTA PROMISSÓRIA. AVALISTA. DISCUSSÃO SOBRE A ORIGEM DO DÉBITO. INADMISSIBILIDADE. ÔNUS DA PROVA. **O aval é obrigação autônoma e independente, descabendo assim a discussão sobre a origem da dívida. Instruída a execução com título formalmente em ordem, é do devedor o ônus de elidir a presunção de liquidez e certeza. Recurso especial conhecido e provido.**

[...] O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:

José Eurico Guimarães opôs embargos à execução, fundada em quatro notas promissórias, que lhe move “Credibel Factoring Fomento Comercial Ltda.”, alegando que: a) o imóvel penhorado constitui bem de família; b) os títulos não ostentam os requisitos de liquidez e certeza; c) no mérito, a exequente pretende receber mais do que lhe é devido [...] <sup>93</sup>. (grifos nosso)

Consoante ao entendimento alhures, trata-se de obrigação autônoma e independente, inexistindo discussões atinentes a origem da dívida.

### 3.1.2. Fiança

A fiança encontra-se preconizada no artigo 818 do Código Civil que diz:

Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

Neste contexto, José Odálio dos Santos, ensina que a fiança

---

<sup>93</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE BRASÍLIA. . REsp 190.753- SP 1998/0073, Relator Min. Barros Monteiro, Data julgamento 28/10/2003.

É uma garantia pessoal, mediante a qual uma pessoa (fiador) garante, no todo ou em parte, o cumprimento de obrigação que outra pessoa (afiançado/devedor), assumiu com um conessor de financiamento (beneficiário).

A fiança normalmente compreende, além do principal e juros, todas as despesas acessórias, como juros de mora, comissão de permanência, multa e despesas judiciais.

Quanto à execução é mais lenta que o aval. O fiador, demandado, pelo pagamento da dívida, tem o direito de exigir, até a contestação do processo, que primeiramente sejam penhorados os bens do devedor. No entanto, perde essa oportunidade caso tenha concordado expressamente em renunciar ao benefício de ordem e obriga-se como devedor solidário nos casos em que se devedor principal tornar-se comprovadamente insolvente ao falido<sup>94</sup>.

Segundo Fábio Ulhoa:

As partes da fiança são o fiador e o credor; do contrato principal as partes são o devedor e o credor. O fiador não participa da relação contratual principal, assim como o devedor não é parte da fiança. Aliás, a vontade do devedor é por tudo inoperante na constituição do contrato de fiança. Estando concordes fiador e credor, a fiança se constitui independentemente de qualquer declaração convergente do devedor ou mesmo contrariando a vontade dele. Diz a lei que se pode “estipular a fiança, ainda que sem o consentimento do devedor ou contra a sua vontade”(CC, art. 820)<sup>95</sup>.

Da mesma forma que o aval exige a venia conjugal, a fiança também reclama tal exigência (art. 1647, III, CC).

De acordo com os ensinamentos de Fábio Ulhoa, a fiança se distingue do aval quanto à natureza da relação com a obrigação garantida. A obrigação do fiador é acessória em relação ao afiançado, ao passo que a obrigação do avalista é autônoma, independente da obrigação do avalizado, como consequência desta distinção, a lei concede ao fiador o benefício de ordem que é inexistente para o avalista<sup>96</sup>.

### 3.2 Garantias Reais

Roberto Senise Lisboa citando Orlando Gomes define

que o direito das coisas diferencia-se do chamado direito pessoal porque aquela expressão designa o poder jurídico pessoal sobre a natureza física, confirmando-se a sua importância pela evolução sócio econômica da sociedade.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> SANTOS, José Odílio dos. *A Análise de Crédito – Empresas e Pessoas Físicas*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 78.

<sup>95</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil - Contratos*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 261.

<sup>96</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 251.

<sup>97</sup> \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2005, v. 4, p. 39.

Nestas condições, as garantias reais vinculam ao pagamento de determinada dívida, ativos tangíveis, como um imóvel, bem móvel etc.

Cria-se um comprometimento legal entre o bem e o crédito concedido, com o escopo de recuperação de determinado recebível.

Na concepção de Odálio, as garantias reais:

São as garantias que se constituem sobre a vinculação de bens tangíveis do tomador, como, por exemplo, veículos, imóveis, máquinas, equipamentos, mercadorias e duplicatas. Quando se constitui uma garantia sobre determinado bem, esse bem estará comprometido legalmente com o contrato de crédito, ao qual se vincula<sup>98</sup>.

As garantias reais se desdobram em diversas espécies que serão abordadas abaixo.

### 3.2.1 Hipoteca

A hipoteca encontra-se regulamentada nos artigos 1473 a 1505, do Código Civil.

De acordo com Senise Lisboa:

Hipoteca é o direito real de garantia que recai sobre um imóvel ou considerado por lei como suscetível de hipoteca.  
O instituto da hipoteca romana advém da natureza vindicatória da *actio Serviana*, tornando-se o bem inalienável.  
Constitui-se a hipoteca por escritura pública, encontrando-se superada pela realidade atual a regra segundo a qual se poderia efetivar esse direito real de garantia através de instrumento particular, se o bem imóvel fosse de valor de até um conto de réis<sup>99</sup>.

O Código Civil também consagrou o direito de sequela ao credor hipotecário, ou seja, viabiliza-se ao credor não somente perseguir os bens que se encontrem no patrimônio do devedor como até mesmo de quem não deve.

O artigo 1473 traça o rol de bens que podem ser objeto de hipoteca, vejamos:

Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca:  
I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles;  
II - o domínio direto;  
III - o domínio útil;  
IV - as estradas de ferro;  
V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham;  
VI - os navios;  
VII - as aeronaves.

<sup>98</sup> SANTOS, José Odálio dos. *A Análise de Crédito – Empresas e Pessoas Físicas*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 81.

<sup>99</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil – Vol. 4*, São Paulo: RT, 2005, p. 443.

VIII - o direito de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

IX - o direito real de uso; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

X - a propriedade superficiária. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

A extinção da hipoteca ocorre:

- a) extinção da obrigação principal;
- b) destruição da coisa;
- c) renúncia do credor, que é declaração unilateral de vontade por meio da qual o credor afirma que não deseja mais considerar aquele crédito como subsistente em seu favor;
- d) remissão, que se trata de modo indireto do cumprimento da obrigação por meio do qual o credor dá o perdão da dívida em favor do devedor, que o aceita;
- e) prescrição, que é a perda da pretensão judicial por decorrência do tempo;
- f) adjudicação ou arrematação; e
- g) resolução da propriedade, pelo advento da condição resolutiva que põe, pois, fim aos efeitos negociais ajustados pelas partes<sup>100</sup>.

Só ocorre a extinção da hipoteca (gera efeitos) perante terceiros quando averbada no registro imobiliário.

Em caso de arrematação ou adjudicação, somente se extinguirá após a notificação judicial dos credores hipotecários que não forem parte no processo de execução<sup>101</sup>.

### 3.2.2 Penhor

É uma espécie de garantia pignoratícia que implica na vinculação de bens móveis, veículos, equipamentos, títulos de crédito, máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos, produtos industrializados etc.

De acordo com Roberto Senise Lisboa:

Para a constituição do penhor, faz-se necessário o oferecimento de coisa móvel suscetível à alienação.

Admite-se o penhor mercantil, com idêntica sistemática legal àquela que é aplicável ao penhor civil, porém relacionado às obrigações comerciais ou empresariais<sup>102</sup>.

A referência legislativa do penhor são os artigos 1431 a 1472 do Código Civil.

O penhor pode ser legal ou convencional. Denomina-se penhor legal aquele estabelecido por lei, como as bagagens, joias e dinheiro de estabelecimento de hotelaria.

<sup>100</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2005, v. 4, p. 453.

<sup>101</sup> \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2005, v. 4, p. 453.

<sup>102</sup> \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2005, v. 4, p. 459.

Já o penhor convencional é estabelecido pela vontade humana e pode ser: ordinário e agrícola.

O penhor convencional pode ser constituído por instrumento escrito público ou particular, devidamente assinado pelas partes e por duas testemunhas (art. 1432, CC).

As causas de extinção do penhor estão preconizadas no artigo 1436, que diz:

Art. 1.436. Extingue-se o penhor:

I - extinguindo-se a obrigação;

II - perecendo a coisa;

III - renunciando o credor;

IV - confundindo-se na mesma pessoa as qualidades de credor e de dono da coisa;

V - dando-se a adjudicação judicial, a remissão ou a venda da coisa empenhada, feita pelo credor ou por ele autorizada.

Assim como a hipoteca, a extinção do penhor somente gera efeitos após a averbação do cancelamento da sua inscrição.

#### 4. As Garantias Pessoais e Reais no Contrato de Factoring e a Autonomia da Vontade

De início, cabe frisar a escassez de matéria sobre o assunto tão tormentoso às factorings.

A proposta não é esgotar o tema, mas estabelecer alguns parâmetros pragmáticos para serem observados durante a execução das atividades de fomento mercantil.

A grande maioria dos doutrinadores, dentre eles Arnaldo Rizzardo, Luiz Lemos Leite, só admite o direito de regresso para os casos de vício ou nulidade do crédito em sua causa ou origem.

Não poderíamos pensar em garantias, antes de remeter a compreensão da autonomia da vontade.

Segundo ensina HENRI DE PAGE:

deve-se compreender por autonomia da vontade, o poder reconhecido às vontades particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos, de decidir, por si só, a matéria e a extensão de suas convenções<sup>103</sup>.

É sabido, porém, que o princípio da liberdade de contratar encontra limitações nas normas de ordem pública e nos bons costumes. Significa que a vontade pode amplamente determinar o aparecimento do contrato e definir o seu conteúdo, mas não pode fazê-lo contrariando aquilo que o legislador disciplinou como matéria de ordem pública que, está em nível superior ao interesse privado dos contratantes. Quanto aos bons costumes, sempre foi considerado na teoria contratual como barreiras éticas impostas independentemente de prévia e expressa previsão em textos de lei<sup>104</sup>.

Do princípio da autonomia da vontade, decorre, naturalmente, o princípio da força obrigatória daquilo que o consenso dos contratantes estipulou. Assim é que, de forma geral, o direito civil reconhece que os contratos, desde o momento em que adquirem existência jurídica, "são, quanto ao seu conteúdo definitivos, e têm, a respeito desse a mesma força obrigatória que uma lei"<sup>105</sup>.

O mesmo autor complementa que por tal princípio, afirma-se que:

---

<sup>103</sup> HENRI DE PAGE. "*Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*", 2ª ed., Bruxelles, E. Bruylant, 1948, t. II, nº 462, p. 425.

<sup>104</sup> ..... "*Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*", 2ª ed., Bruxelles, E. Bruylant, 1948, t. II, nº 462, p. 425.

<sup>105</sup> ..... "*Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*", 2ª ed., Bruxelles, E. Bruylant, 1948, t. II, nº 462, pág. 434.

os contratos são intangíveis, e não podem ser nem modificados, nem revogados, salvo por consentimento mútuo dos que o concluíram - isto é, em virtude de um novo acordo de vontades - ou pelas causas que a lei autoriza<sup>106</sup>.

Com a ressalva das exceções acima mencionadas, o contrato é ato jurídico perfeito, protegido por garantia constitucional (CF, artigo 5º, XXXVI) e imune de modificações, seja pela vontade unilateral de qualquer dos contratantes, seja do juiz ou até mesmo do legislador.

Antônio Carlos Donini vai além e ensina que

“Na elaboração do contrato geral de fomento empresarial, também conhecido como contrato mãe, as partes (faturizador e faturizado) podem estabelecer garantias. A função da garantia, como o próprio nome diz, é garantir a dívida ou obrigação principal<sup>107</sup>.

Nesta mesma linha, Marcos Augusto Pordeus de Paula, vaticina que

Inexiste dispositivo algum, nem uma única lei que impeça, proíba ou limite a pactuação de garantias em contratos de Fomento Mercantil. E, segundo a Constituição Federal, no art. 5º inciso II, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de uma lei. Na ausência de regra que limite direitos e sendo constitucional o princípio da livre iniciativa (Art. 1, IV; Art. 170, caput e parágrafo único, Constituição Federal), logo, há de se concluir pela possibilidade de se pactuar garantias reais ou fidejussórias, aos contratos de fomento mercantil<sup>108</sup>.

Donini ensina também que

No trato diário com o mercado de factoring, denota-se que ainda existe alguma resistência em relação às garantias nas operações de fomento mercantil, sempre foi defendida a total assunção dos riscos pelo faturizador, pois, isso, segundo acreditava, constituía em função social, esquecendo-se que a compra de crédito em si, que as empresas de factoring fazem junto às micro e pequenas.

Empresas, que não encontram nas instituições financeiras a necessária ajuda, por si só, constitui um fator de extrema função social atualmente exercido pelas empresas de factoring, como ocorre também, nos países do Primeiro Mundo, que também possuem sistemas de garantias.

A quase totalidade das garantias exigidas é para garantir não a operação de factoring em si, mas a recompra de títulos viciados, que, muitas vezes, o faturizado empresário, em ato de extrema má-fé, despeja, junto às factorings, duplicatas frias. E, a recompra dos títulos não se trata, indubitavelmente, de operação de factoring.

Outra garantia é a condição *pro solvendo* da operação quando ajustada, expressamente, diante do que permite o art. 296 do Código Civil, ou seja, o faturizador cedente poderá responsabilizar-se pela solvência do devedor, dos títulos cedidos.

---

<sup>106</sup> HENRI DE PAGE. "Traité Élémentaire de Droit Civil Belge", 2ª ed., Bruxelles, E. Bruylant, 1948, t. II, nº 462, pág. 434.

<sup>107</sup> DONINI, Antônio Carlos. Em artigo escrito para a revista do Factoring nº 10, Editora Klarear, p. 7.

<sup>108</sup> PAULA, Marcos Augusto Pordeus. Extraído de artigo publicado na revista do Factoring nº 10, Editora Klarear, p.p 17-19.

Concluindo: as garantias pessoais ou fidejussórias, perfeitamente aceitas na operação de factoring, deverão observar o instrumento adequado, especialmente à questão da outorga conjugal, utilizando-se, nesses casos, da carta fiança, autorização ou mandato. Em relação às garantias reais, recomendadas em caso de confissão de dívida e recompra, onde deverão observar os requisitos legais para tanto. Finalmente, a garantia em face da insolvência do título, conforme autoriza o artigo 296 do Código Civil e disposições contidas na lei do endosso prevista na Lei Uniforme de Genebra, é perfeitamente cabível<sup>109</sup>.

Da análise dos ensinamentos doutrinários, conclui-se que ambos os institutos de garantias estudados podem ser utilizados nos contratos de faturização, excetuando-se apenas, nos contratos na modalidade “*pro soluto*”, eis que é notório a ausência de responsabilização do cedente pela solvência da dívida negociada. Nesta ensanchar, as garantias só terão efetividade em casos de vícios.

No Brasil, as operações de factoring vêm sendo largamente formalizadas com garantias pessoais, tendo encontrado, as garantias reais, menor uso, talvez pela dificuldade de se operacionalizar. Uma vez admitida a coleta de garantias pessoais, não teria sentido criarem-se obstáculos aos reais, até por que, as garantias reais vinculam o bem específico, enquanto as pessoais vinculam o patrimônio do garantidor<sup>110</sup>.

Analisando a questão em interpretação extensiva, pode-se dizer que a garantia pessoal é mais abrangente que a real, em determinadas hipóteses.

Sobre a lógica de coletar as garantias no contrato de factoring, Rubens Filinto complementa:

Talvez possa, é verdade, parecer irrazoável, nesta esfera, a coleta de alguma garantia no momento em que não exista dívida. Mas empiricamente, sabe-se, porém, que o inadimplemento não é eventual, mas contumaz e, em determinados momentos, como no caso de vícios, pode haver um inadimplemento total dos créditos adquiridos pela factoring. É fato que a inadimplência sempre existirá, e o que vai variar, somente, é o seu índice<sup>111</sup>.

E complementa:

Pode parecer, algumas vezes, que ao se estipular garantias em uma operação, a empresa de factoring ficará em situação privilegiada. Pode-se notar que não é verdade. As factorings, a rigor, operam numa fatia de mercado não atendida pelos bancos. Empresas que não conseguem linhas bancárias, em razão da má qualidade de crédito que apresentam, encontram guarida nas factorings para o financiamento de suas atividades. Está evidente, que as factorings operam em um ambiente de risco operacional e creditício elevados. O risco de “*default*” dos clientes faturizados pela

---

<sup>109</sup> DONINI, Antônio Carlos. Em artigo escrito para a revista do Factoring n° 10, Editora Klarear, p.p 7-8.

<sup>110</sup> SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 96.

<sup>111</sup> \_\_\_\_\_. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 98.

factoring é bastante alto. É uma característica própria do mercado de fomento. Isto é fato<sup>112</sup>.

Em respeito às opiniões divergentes, com as conclusões elencadas no presente trabalho, transcrevem-se as decisões favoráveis à possibilidade de garantias reais e pessoais na factoring, bem como da admissibilidade do direito de regresso:

ADMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA ‘*PRO SOLVENDO*’ – **Contrato de factoring. Garantias contratuais. Possibilidade.** Ementa oficial: 1- O contrato de fomento mercantil – factoring – tem natureza de contrato misto e atípico. Mista porque presta serviços e compra créditos mercantis. Atípica porque compra créditos e não mercadorias. 2 - A cessão de crédito é o meio de transmissão dos títulos de crédito adquiridos do cedente- faturizado pelo cessionário-faturizador. 3- A factor, através do ato de cessão, fica investida de todos os direitos de agir em nome próprio na cobrança da dívida. **4- É lícita a exigência de garantias no contrato de fomento mercantil.** 5- Admite-se a condição de ‘pro solvendo’ do faturizado, conforme permitido pelo artigo 296, do NCC. 6- O fim social ou teleológico da legislação de factoring é incentivar e permitir que a iniciativa privada se desenvolva<sup>113</sup>. (grifos nosso)

Doravante, o eminente Rubens Filinto faz uma separação das modalidades de garantias que poderão ser prestadas por cada um dos envolvidos no contrato de factoring.

Estas separações serão abordadas nos próximos tópicos.

#### 4.1 Garantias prestadas em favor do Endossante/Cedente – Vício

Neste caso, é indubitável a admissão do direito de regresso contra o endossante/cedente.

Rubens Filinto descreve o seguinte:

Razoável fica, admitir-se então, que a coleta de garantias pessoais e reais, que satisfaçam o crédito com vícios, é cercada de grande efetividade judicial<sup>114</sup>.

Luiz Lemos Leite pontifica os seguintes dizeres, a respeito da constatação de irregularidades na constituição do crédito nas hipóteses de cessão:

[...] b) constatado qualquer tipo de vício ou irregularidade na constituição do crédito, extingue-se automaticamente quando negociado *pro soluto*, transformando-se em *pro solvendo*, assumindo, em consequência, a empresa contratante integral

<sup>112</sup> SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 101.

<sup>113</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO. Ap. 024.02.01.7047-8, Relator: Elpídio José Duque, Data julgamento 12/07/2005.

<sup>114</sup> SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 101.

responsabilidade, respondendo por todas as obrigações jurídicas do endosso, caso sejam opostas exceções quanto à legalidade, legitimidade ou veracidade dos títulos que foram negociados, obrigando-se a recomprá-los<sup>115</sup>.

Esse é o entendimento predominante, segundo decisão de lavra do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ação Declaratória Cheque. **Título desprovido de força executiva. Factoring. Cessão de créditos. Endosso. Contrato de risco. Responsabilidade do faturizado.** Contrato de factoring ou faturização é aquele pelo qual um comerciante (faturizado) cede seus créditos faturados a uma empresa especializada (faturizador ou "factor"), recebendo remuneração como redução em seu valor, assumindo os riscos da cobrança e eventual insolvência do devedor. Não vejo como responsabilizar o emitente do título, uma vez **que cabe à empresa-endossante, por força do contrato de faturização, a responsabilidade pelo cheque não pago, em razão da origem viciada.** Não há prova da entrega da mercadoria que deu origem à duplicata, razão pela qual procede sua inexigibilidade. Litigância de má-fé - Circulação - Título - não caracterização - Penalidade - Afastada. A circulação do título não se subsume nas hipóteses descritas no artigo 17 do Cod. Proc. Civil. O artigo 17, do Código de Processo Civil, ao definir os contornos da litigância de má-fé que justificam a aplicação da multa, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, observado o dever de proceder com lealdade, o que não se confunde com a controversa circulação do título. Litigância de má-fé afastada.<sup>116</sup> (grifos nosso)

No caso em testilha, a empresa contratante, ora cedente dos títulos é responsabilizada pelo vício ou irregularidade na constituição do crédito.

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu o seguinte:

Se a empresa cedente de títulos, em decorrência de contrato de factoring, deu causa a que os mesmos não pudessem ser recebidos fica responsável pelo pagamento<sup>117</sup>.

A responsabilidade obrigatória do faturizado, também denominada garantia *in veritas nominis*, encontra-se prescrita no art. 295, do Código Civil, ao aduzir que nas cessões por título oneroso o cedente fica responsável pela existência do crédito ao tempo em que cedeu.

Podemos dizer que subsiste a responsabilidade do cedente em três hipóteses: quando transfere crédito inexistente; quando existe exceção contra o crédito, que o inutiliza (v.g.

---

<sup>115</sup> LEITE, Luiz Lemos. *As garantias reais e pessoais no factoring*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 248.

<sup>116</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Ap. 1202864700, Relator: Fábio Fresca, Data de Julgamento: 12/12/2008.

<sup>117</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE BRASÍLIA. REsp n.º 330.014, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

vícios redibitórios, evicção, compensação, pagamento); e quando o cedente transfere crédito sobre o qual não detém a titularidade (transferência a *non domino*)<sup>118</sup>.

#### **4.2 Garantias prestadas em favor do Endossante/Cedente – Inadimplência do Devedor-principal**

Talvez este seja o cerne da questão, quando colocamos em debate a possibilidade do direito de regresso pelo simples inadimplemento do sacado/devedor.

É sabido que no direito de regresso por simples inadimplemento do sacado/devedor, torna-se viável a contratação das garantias, contudo, parte da doutrina discorre sobre a impossibilidade do direito de regresso, em casos desta natureza<sup>119</sup>.

Certamente ocorre uma diminuição da efetividade das garantias prestadas, tendo em vista que as garantias pessoais ou reais colhidas em face do endossante/cedente restam fragilizadas, pois se não for admissível o direito de regresso, inexistente a dívida a cobrar do endossante/cedente. Se não houver o débito, inexigíveis serão as garantias pessoais e reais<sup>120</sup>.

Em contraponto as posições divergentes, não podemos olvidar que as garantias são essencialmente acessórias.

Basta verificarmos o próprio contexto do artigo 824, do Código Civil que diz:

Art. 824 – As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.

A respeito da vinculação de garantias, em caso de inadimplemento do devedor principal, segue julgado de lavra do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

**APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NOTAS PROMISSÓRIAS VINCULADAS A INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA E OUTRAS AVENÇAS. EMPRESA DE FACTORING. VINCULAÇÃO DO CRÉDITO RECLAMADO COMPROVADA POR MEIO DE CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. TÍTULO LÍQUIDO, CERTO E EXIGÍVEL. RECURSO DESPROVIDO. Comprovado por meio do contrato de fomento mercantil a causa que deu origem à emissão do título reclamado, e verificado com isso a presença de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, é plenamente viável a utilização da via executiva para se buscar o pagamento de valores constantes de notas promissórias vinculadas a instrumento particular de**

<sup>118</sup> TANNURE, Ricardo Tomaz. *O direito de regresso no factoring*. Artigo Científico apresentado a Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 16.

<sup>119</sup> SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 102.

<sup>120</sup> \_\_\_\_\_. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 102.

confissão de dívidas. NOTAS PROMISSÓRIAS VINCULADAS A INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA E OUTRAS AVENÇAS. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULOS FORMALMENTE CONSTITUÍDOS. ÔNUS DA PROVA A CARGO DOS DEVEDORES. EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 333, I, DO CPC. LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "Como na espécie, de embargos à execução arrimada em notas promissórias, o encargo de provar o excesso de cobrança, em face do alegado recebimento de duplicatas entregues à 'faturizadora' em cumprimento a contrato de fomento mercantil, é do embargante. Primeiro, porque é ele quem alega o fato (art. 333, I, do CPC); depois, sendo o autor dos embargos, compete-lhe elidir a presunção de liquidez e certeza do débito ajuizado. (...) 'Instruída a execução com o título próprio, é do devedor o ônus de elidi-lo'. (REsp nº 154.565-PR, Relator Ministro Ari Pargendler). Na mesma linha o REsp nº 488.439-RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves." (REsp 190753/SP, Relator Ministro BARROS MONTEIRO). NOTAS PROMISSÓRIAS VINCULADAS A INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA E OUTRAS AVENÇAS e GARANTES IDENTIFICADOS COMO FIADORES, NO CONTRATO, E AVALISTAS NAS NOTAS PROMISSÓRIAS. ASSINATURA DA AVENÇA. ELEMENTOS INDICATIVOS DA VONTADE DAS PARTES. LEGITIMIDADE RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO. Ainda que se reconheça que o aval é figura típica do direito cambiário, se a intenção das partes foi a de que os avalistas restassem como garantidores do pagamento da dívida na hipótese de inadimplência da devedora principal, o reconhecimento da responsabilidade solidária faz com que prevaleça a real intenção manifestada pelos contratantes, porque "Resultando inequívoca a intenção das partes contratantes no sentido de que os rotulados avalistas respondem solidariamente com o devedor principal pelos encargos assumidos no instrumento contratual, não se mostra admissível o excessivo apego ao formalismo para, sob o simples argumento de não haver aval em contrato, excluir a responsabilidade daqueles que, de forma iniludível e autonomamente, se obrigaram pelo pagamento de integralidade da dívida." (RESP 200.421/ES, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira)<sup>121</sup>. (grifos nosso)

O Tribunal de Justiça Catarinense ratificou a possibilidade de cobrança de notas promissórias vinculadas ao Instrumento de Particular de Confissão de Dívida em contrato de factoring.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também preconizou à admissibilidade da prevalência das regras do direito cambiário em situação envolvendo o contrato de factoring, vejamos:

Ação declaratória de inexistência de débito – Cheque endossado a empresa a empresa de fomento. Contrato de factoring não caracterizado – **Desnecessidade de notificação do devedor e prevalência das regras de direito cambiário – Lei n. 7.357/86** – Apelo improvido<sup>122</sup>. (grifos nosso)

<sup>121</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Ap 024.02.01.7047-8, Relator: Paulo Roberto Camargo Costa, Data de Julgamento: 01/06/2010.

<sup>122</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Ap 700000096149, 10ª Câm. Cível, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Data de Julgamento: 28/10/1999.

Muito embora o entendimento não seja predominante, a decisão em comento tem o esboço de lastrear os procedimentos operacionais das factorings, garantindo a segurança creditícia e evitando o “*default*” das operações.

Segundo Donini, com a aplicação da legislação vigente, o contrato de factoring poderá estabelecer duas formas para aquisição de títulos (i) com garantia de inadimplemento; e (ii) sem garantia de inadimplência. O projeto de Lei também prevê essa possibilidade<sup>123</sup>.

Também existe a possibilidade de salvaguardar as factorings de emissão de títulos sem lastro pelas faturizadas ou mesmo insolvência, mediante a pactuação de garantias de recompra dos títulos. O contrato de factoring poderá prever, também, a figura do fiador ou devedor solidário e os títulos quando endossados, além da responsabilidade do próprio endossante, podendo a cambial ser garantida por aval<sup>124</sup>.

### 4.3 Garantias em face do Sacado/Devedor

Rubens Filinto diz que:

As garantias pessoais e reais colhidas em face do devedor principal do crédito negociado, seja ele o sacado de uma duplicata, ou o emitente de um cheque, ganham eficácia, à medida que tal situação se distancia da discussão do regresso.

Um avalista, ao apor sua assinatura com a redação “por aval ao sacado/devedor” no caso de duplicatas, ou “por aval ao emitente” no caso de cheques, passa a garantir a liquidação da cambial, e não o endossante/cedente<sup>125</sup>.

Estamos diante de um ato autônomo e desvinculado do contrato de factoring, bem como do direito de regresso.

Sem dúvida estas garantias pessoais e reais tornam-se revestidas de maior segurança, em relação às colhidas em face do endossante/cedente<sup>126</sup>.

E complementa o mesmo autor:

Em uma perspectiva empirista, no factoring, o aval pode ser prestado em face do endossante, ou do sacado/devedor principal. Quando prestado ao primeiro, garante, de fato, a “recompra”, do crédito inadimplido, em face da assunção contratual deste ônus. Tal procedimento, por estar necessariamente vinculado ao direito de regresso, estará, conseqüentemente, vinculado à toda discussão que existir sobre esta matéria.

---

<sup>123</sup> DONINI, Antonio Calors. *Garantias no Contrato de Factoring*. São Paulo: RT, 2012, v. 918, p. 646.

<sup>124</sup> \_\_\_\_\_. *Garantias no Contrato de Factoring*. São Paulo: RT, 2012, v. 918, p. 646.

<sup>125</sup> SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 102.

<sup>126</sup> \_\_\_\_\_. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 103.

Quando prestado ao segundo, garante o devedor principal do título de crédito, independentemente da faturização. Tem-se aí um ato jurídico perfeito, com autonomia é verdade, do direito de regresso.

O avalista do sacado/devedor é responsável da mesma maneira que o avalizado. O aval prestado ao sacado/devedor principal, por estar distante da discussão do regresso, e pela autonomia do aval, dá ao credor melhor amparo na recuperação de um recebível<sup>127</sup>.

Sob esse prisma discorre Carvalho de Mendonça:

O aval é obrigação cambial assumida diretamente pelo avalista; a este não é lícito opor ao credor que o acionar quaisquer exceções pessoais àquele a favor de quem deu o aval ou ainda a nulidade da obrigação do avalizado<sup>128</sup>.

Compartilha da mesma opinião, Magarinos Torres citado por Rubens Filinto, diz:

A responsabilidade do avalista, uma vez definida, é sempre autônoma e independente das outras, e prevalece ainda quando seja anulada a própria obrigação garantida. E tenha ou não interesse na nota promissória, o signatário da declaração cambial fica por ela vinculado, e solidariamente responsável pelo pagamento, sem embargo da falsidade, da falsificação, ou da nulidade de qualquer outra assinatura. A causa da intromissão do avalista nenhuma influência tem sobre a natureza nem sobre a validade da obrigação firmada<sup>129</sup>.

Em termos práticos, pode-se executar o avalista através do título de crédito, inexistindo necessidade da discussão do contrato de factoring em si, deste modo, a demanda ficaria muito mais célere e a factoring correria menos riscos.

Nunca é demais lembrar que, segundo dispõe o Superior Tribunal de Justiça:

“O risco assumido pelo faturizador é inerente a atividade por ele desenvolvida, **ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes.**”<sup>130</sup> (grifos nosso)

Por derradeiro, a orientação de Rubens Filinto é para que se colham garantias de avalistas pessoas físicas, em face do emitente (no caso de cheques, notas promissórias rurais etc.), e em face do sacado-devedor (no caso de duplicatas)<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 103.

<sup>128</sup> MENDONÇA, Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 1937, v. 5, livro III, parte II, p. 331.

<sup>129</sup> SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 104.

<sup>130</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE BRASÍLIA. REsp n. 992.241, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ. 12.12.08.

<sup>131</sup> SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006, p. 104.

## Conclusão

Diante do que foi estudado no presente trabalho, chegou-se à conclusão de que a pactuação de garantias em Contratos de Fomento Mercantil é admitida, mormente, por inexistir dispositivo legal que impeça tal estabelecimento.

Diante de todos os argumentos utilizados na construção da função social da factoring, partiu-se da premissa de que o contrato de factoring é um contrato atípico que, se vale de diversos institutos do ordenamento jurídico para se concretizar, começou-se a vislumbrar a conclusão de que o estabelecimento de garantias reais ou fidejussórias é válido na operação de factoring.

Isto porque tanto as leis cambiárias, destacando-se as que versam sobre as duplicatas, notas promissórias e letras de câmbio, que regulam o endosso de títulos de crédito (art. 25 da Lei de Duplicatas e art. 15 da Lei Uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias), quanto o Código Civil, no que concerne ao instituto da cessão de crédito (art. 296 do Código Civil) permitem que seja estipulada a responsabilidade do faturizado em caso de inadimplemento da dívida por parte do devedor, máxime se voltarmos as atenções para as garantias que podem ser prestadas pelo faturizado.

Muito embora exista forte posicionamento doutrinário e jurisprudencial contrário, a questão da legalidade das garantias prestadas foi abordada nos tópicos acima.

Sob esse prisma, além da legislação supramencionada, foram apresentados outros parâmetros legais que alicerçam a tese ventilada, a saber: os princípios da legalidade (art. 5º, inciso II, da CF) e da liberdade contratual (art. 421 do Código Civil) e a disposição sobre os contratos atípicos (art. 425 do Código Civil). Também não podemos nos esquecer da legislação tributária (art. 15, §1º, inciso III, alínea d, da Lei n.º 9.249 de 20 de dezembro de 1995, e o artigo 14, inciso VI da Lei n.º 9718/1998).

Indubitável dizer que o mercado brasileiro apresenta grandes riscos para as empresas de factoring, em função delas não terem acesso às informações do faturizado, como seus livros fiscais e contábeis, e apenas têm como opção de negócio as duplicatas que o faturizado deseja negociar.

Além disso, apontamos outros riscos, como o conluio entre o faturizado e o devedor, a fim de dificultar o pagamento do título cedido.

A possibilidade de estabelecer o direito de regresso em relação ao faturizado, através de garantias reais e pessoais auxilia a minorar estes riscos.

Não aceitar esta realidade, é desestimular a atividade do factoring no país, o que gera grande impacto econômico para os pequenos e médios empresários, que têm pouco ou nenhum acesso ao crédito junto às instituições financeiras.

Portanto, através de toda a base teórica, legal e prática explanada, conclui-se que as garantias reais e pessoais prestadas no contrato de factoring são legais.

## Referências Bibliográficas

BRITO, Cristiano Gomes de. *O direito de Regresso no Contrato de Factoring*. Goiânia: Estudos, 2008.

BOBBIO, Norberto. Tradução Fernando Pavan Baptista. *Teoria de La norma giuridica*. São Paulo: Edipro, 2012.

BOCKENFÓRDE, Ernst-Wolfgang; tradução de Adriana Beckman Meirelles. *História da filosofia do direito na idade média*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012.

CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. *O Factoring Internacional no Brasil e na Argentina: uma proposta de Unificação com base na Convenção de Ottawa do UNIDROIT*. São Paulo: USP, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil - Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômica e Financeira. RDM – São Paulo: Malheiros, n.º 50, junho/83.

COSTA, Judith Martins. *O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação*. In: \_\_\_\_\_. *Diretrizes do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONINI, Antonio Carlos. *Manual do Factoring*. 1ª Ed. São Paulo: Klarear, 2004.

\_\_\_\_\_. *Garantias no Contrato de Factoring*. São Paulo: RT, 2012. v.918.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *A função social da empresa*. Revista CAASP n.º 96, 2008.

FILHO, Vitor Loureiro. Artigo publicado no Portal do Factoring. Disponível em: <[www.portaldofactoring.com.br](http://www.portaldofactoring.com.br)>. Acesso em 18 ago.14.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social da empresa*. São Paulo: RT, 2007. v. 96, n. 857,

HENRI DE PAGE, "*Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*", 2ª ed., Bruxelles, E. Bruylant, 1948, t. II, n.º 462.

LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2005. v 3.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2005. v 4.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *A função social do fomento mercantil*. ANFAC, São Paulo, revista 57, p. 13, 2006.

MATIA, João Luis Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses da Sociedade Limitada*. Tese de Doutorado, São Paulo: USP, 2009.

MENDONÇA, Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 1937. v. V, livro III, parte II.

MESKELIS, Wladimir Echeverria. *Endosso X Cessão nas atividades de Factoring*. Artigo publicado no Portal do Factoring. Disponível em: <www.portaldofactoring.com.br>. Acesso em 18 ago.14.

PAULA, Marcos Augusto Pordeus. *Factoring*. Extraído de artigo publicado na revista do Factoring n° 10, Editora Klarear, p. 17/19.

RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004.

SANTOS, José Odálio dos. *A Análise de Crédito – Empresas e Pessoas Físicas*. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, Ana Graziela Acosta. *Direito de regresso nos contratos de faturização*. Artigo publicado no Portal do Factoring. Disponível em: <www.portaldofactoring.com.br>. Acesso em 18 ago.14.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Rubens Filinto da. *As garantias reais e pessoais no factoring*. Campo Grande: 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE BRASÍLIA. REsp 190.753- SP 1998/0073, Relator Min. Barros Monteiro, Data julgamento 28/10/2003.

\_\_\_\_\_. REsp n. 330.014, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

TANNURE, Ricardo Tomaz. *O direito de regresso no factoring*. Artigo Científico apresentado a Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. (Colocar o nome do artigo)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Ap 024.02.01.7047-8, Relator: Paulo Roberto Camargo Costa, Data de Julgamento: 01/06/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Ap. 1202864700, Relator: Fábio Fresca, Data de Julgamento: 12/12/2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Ap. 0111646-5, Relator José Maurício Pinto de Almeida, Data julgamento 06/01/2000.