

ASPECTOS DOS CONTRATOS DE *LEASING*, FRANQUIA E *FACTORING*

Luiz Roldão de Freitas Gomes

1. Os Contratos inominados ou atípicos

"Vive-se cada vez mais contratualmente", proclamou JOSSERAND¹.

Surgem novas categorias, ou as antigas e embrionárias ganham novo relevo, desenvolvem-se e se enriquecem extraordinariamente. São exemplos: os contratos de adesão, os contratos-promessa, os contratos-tipo, os normativos, os de eficácia sucessiva, aqueles em benefício de terceiro e os contratos eletrônicos². Daí conclui o Mestre luso: "a vontade perde mas o contrato ganha".

Nisto consiste sua permanente vitalidade, por formarem instrumento dúctil, que "ora se amplia, ora se restringe, ora enfraquece, ora adquire novo vigor, e sempre ao homem serve para satisfazer as necessidades fundamentais da vida de relação"³.

Inscribe, assim, como destacado princípio moderno do Direito contratual o da *abolição da tipicidade dos contratos*. O Direito romano, explana o grande Jurista luso⁴, não consagrava

¹ "Aperçu Général des Tendances Actuelles de la Théorie des Contrats". In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. XXVI, 1973, p. 7 - apud Prof. GALVÃO TELLES, *Aspectos Comuns aos vários Contratos*, p. 23.

² Cf. *Contrato*, de nossa autoria, Renovar, 1999, p. 54.

³ *Manual dos Contratos em Geral*, Lisboa, 1965, p. 63.

⁴ *Manual dos Contratos*, p. 55.

tão amplamente a autonomia da vontade. A ela se concedia menor latitude. Não existia o contrato como figura geral, de ilimitada extensão. "Só eram possíveis certas categorias de contratos, taxativamente determinadas pelo Direito objetivo: este estabelecia modelos fixos, e a tais modelos tinham de se cingir os interessados". Daí que "muitas vezes o sujeito lançava mão de negócios jurídicos *abstractos*, fórmulas suscetíveis de variados conteúdos econômicos, quer dizer, atos por cujo intermédio se podia alcançar mais de um fim prático, como a *stipulatio*; mas os negócios desta espécie eram em número limitado". "Numa palavra, só eram negócios jurídicos os actos que revestissem o formalismo dos negócios *abstractos* e os que, pelo seu conteúdo e causa, estivessem em harmonia com algum dos tipos de negócios *causais* também taxativamente fixados". Todo o acordo que não se enquadrasse em uma das categorias de contratos verbais, literais, reais ou consensuais admissíveis, não gerava efeitos contratuais. A reação iniciou-se naquele Direito, ao agasalhar, limitadamente, os contratos inominados. "A convenção, o pacto, por si, sem específica e direta consagração legal, não produzia efeitos jurídicos. Daí os conhecidos brocardos: *nuda pactio obligationem non parit; ex nudo pacto actio non nascitur*."

Não se ajustava aquela concepção ao Direito comum, premido pela exigência do comércio, a reclamar flexibilidade e resguardo da boa-fé, e ao Direito Canônico, valorizando o juramento, a palavra empenhada, mais que o sinal exterior. O passo decisivo para reputar-se ultrapassado o rigor primitivo das formas foi dado, porém, pelo Direito natural, explana o Mestre, ao radicar na vontade humana o gérmen dos efeitos jurídicos dos atos dela derivados. Daí se expandiu o contrato, a abranger outras situações, os contratos coletivos, os contratos-tipo, os de adesão, aqueles em favor de terceiro. Os contratos mistos e as uniões de contratos, como a formarem constelação de convenções, romperam de vez com a taxionomia dos contratos, descerrando-lhes novo horizonte sob diversa sistemática.

2. A este propósito, o emérito Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em magnífica conferência proferida no I Simpósio do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, em agosto de 1981⁵, sobre o tema "A Nova Tipologia Contratual no Direito Brasileiro", relembra SAVATIER, que em suas *Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd' hui*, pág. 14, salienta que o dinamismo essencial da evolução do contrato mudou a visão do mundo e simultaneamente mudou sua imagem. No Código Napoleão era medido "na escala do homem, do indivíduo". Após as transformações deflagradas pela I Guerra, "o contrato novo coloca-se na escala da coletividade, na escala da nação, na escala da humanidade inteira"⁶.

E precisa o Civilista pátrio: "O outro aspecto a levar em consideração, no desenvolvimento do tema da "nova tipologia contratual no direito brasileiro" é que a natureza deste estudo não comporta a exposição minuciosa de cada um dos novos contratos, que a vida econômica moderna do país vem utilizando. Cada um deles tem a sua configuração própria, tem a sua dogmática peculiar e a respeito de cada um já se estabelece rica bibliografia, que abrange estudos monográficos". E adverte: "Quando, pois, foi elaborado o Código Civil Brasileiro, subsistiu a tipologia contratual romana, com poucas modificações. Exceção da edição, da representação dramática e do seguro, a contratualística de 1916 é a mesma da Codificação do 6º século. Ali subsiste a mesma técnica". E proclama a atual fase como a da nova tipologia contratual, em busca de sistemática própria, não mais aferrada aos exclusivos postulados romanos. Daí que, em seu Anteprojeto de Código de Obrigações, procurou disciplinar vários contratos novos, introduzidos pela praxe dos negócios: os contratos bancários, de agência, distribuição, corretagem, incorporação imobiliária e outros.

⁵ Cf. respectiva Revista, pp. 107 a 132.

⁶ Revista cit., p. 110.

3. O Projeto do Código Civil, ora na Câmara dos Deputados, preserva, no Título VI, do Livro I da Parte Especial⁷, os contratos disciplinados no Código Civil, acrescidos do contrato estimatório, da venda sobre documentos, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte, incluindo dentre eles a transação e o compromisso.

Prescreveu, porém, no art. 425 que "é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normais gerais fixadas neste Código". Consagrou, assim, o princípio da liberdade contratual, identificado pelo Prof. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO⁸ com o da autonomia privada, consistente "no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação de seus interesses, de autogoverno *da sua esfera jurídica*. Implica na liberdade de modelação ou de fixação ou de estipulação contratual (a *Gestaltungsfreiheit* dos autores alemães), dela emergindo a liberdade de celebração ou conclusão dos contratos (a *Abschlussfreiheit*).

4. Neste contexto e sob esta nova perspectiva, foi que se introduziram entre nós, amplamente favorecidos pela praxe, os contratos de *leasing* (arrendamento mercantil), *franchising* (franquia) e *factoring* (faturização).

No entanto, um outro dado se impõe seja levado em conta na admissão daquelas figuras e de outras, que vão aparecendo na seara contratual. O fenômeno, por muitos reconhecidos como globalização (mundialização, na preferência dos franceses), que corresponde ao estreitamento de contatos entre povos e países pela imediatez das comunicações (pelo vídeo e meios eletrônicos, cada vez mais sofisticados), trouxe a conhecimento de sistemas jurídicos como o nosso, de origem na *civil law* (romano-germânico-cristão), do direito escrito, institutos da *common law*.

⁷ *Direito das Obrigações* - arts. 481 a 855.

⁸ *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra Editora Ltda., 1977, p. 65.

Mais tem se acentuado esta influência após a queda do socialismo, que derrubou barreiras e preconceitos a esta aproximação.

Este sistema jurídico se caracteriza, sobretudo, pelo casuísmo e jurisprudencialismo⁹. Nele, não há preocupação com a categoria abstrata dos contratos, mas com o negócio que reflete concretamente¹⁰. Passa-se o mesmo no Direito norte-americano, no qual o contrato tem a característica de ser minucioso e prolixo¹¹, reflexo exatamente da base subjacente àquele Direito de não se ocupar de categorias abstratas, do geral, que conduz ao injusto, a seu modo de ver, mas do caso concreto, com suas peculiaridades.

Vê-se, pois, o Direito mundial – pode-se dizer – invadido de novas concepções, que se desapegam de formulações genéricas, mas se prendem às circunstâncias das situações às quais vão se aplicar suas categorias, procurando encaminhar e resolver os interesses nas espécies em jogo.

Por tais motivos, os contratos atípicos no Direito brasileiro, dentre os quais foram o *leasing* e o *franchising* e é o *factoring*, até por sua denominação alienígena, promanam de tais diretivas, rompendo com as premissas tradicionais de nosso Direito, o que lança perplexidade nos juristas ao pretender classificá-los à luz de critérios que não presidiram a seu surgimento.

2. O Leasing.

2.1. Conceito e modalidades

5. Muito se tem escrito sobre ele, dedicando-lhe autores de nomeada páginas em suas obras¹² e monografias¹³.

⁹ Cf. MENDES, Castro. Direito Comparado. AAFDL, Lisboa, 1982/83, pp. 405 e segs.

¹⁰ DAVID, René. Les Contrats en Droit Anglais. LGDJ, 1973, prefácio e pp. 12 e segs.; TREITEL, G.H.. The Law of Contract. Sweet & Maxwell Limited of, 7^a ed., 1987, Londres.

¹¹ Cf. FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao Sistema Jurídica dos Estados Unidos, For., 1963, pp. 152 e segs.

¹² Cf. MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. For., 1977, pp.

6. Em apertada síntese, evoque-se sua origem, retraçada pelo Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA em excelente ensaio sobre o tema¹⁴: praticou-se no Brasil a partir de 1967, com a empresa Rent-a-Maq, de propriedade de Carlos Maria Monteiro e se desenvolveu a partir de 1970, mais ou menos em caráter experimental, porém crescente. Com o propósito de disciplinar extralegalmente a atividade, foi fundada a Associação Brasileira de Empresas de *Leasing*. Em 1980, quando escreveu, aqueles contratos excediam a dois bilhões de dólares. "Sem cobertura legislativa a princípio, o Legislador tomou conhecimento do negócio em 1974, e, com a finalidade de dispor sobre o "tratamento tributário", na verdade a partir de então o *leasing* passou a ser contrato típico com a Lei nº 6.099, de 12 de dezembro de 1974", que o designou como "arrendamento mercantil", denominação que não é perfeita, segundo o Mestre, não só pela generalização, pois não se aplica a qualquer arrendamento daquela natureza, mas apenas ao *leasing*. Segundo aquele texto legislativo, "considera-se arrendamento mercantil a operação realizada entre pessoas jurídicas, que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária e que atendam a especificações desta".

Partindo da disciplina legal e, tendo em vista as modalidades negociais, destacam-se (no que é acompanhado por todos os autores) três modalidades: o *leasing* operacional, o financeiro e o *leasing-back* ou simplesmente *lease-back*.

545 e segs.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. For., v. III, 3ª ed., pp. 383-86; GOMES, Orlando. Contrato. For., 14ª ed., pp. 461 e segs.; WALD, Arnoldo. Obrigações e Contratos. RT, 1979, pp. 392 e segs.; VARELA, Antunes e GOMES, Orlando. Direito Econômico. Saraiva, 1977, pp. 269 e segs.; RIZZARDO, Arnaldo. Leasing. RT, 1987.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Contrato de leasing. Rev. For., v. 250, p. 7; ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. A locação financeira leasing. Rev. For., 250-397; e muitos outros.

¹⁴ Cadernos de Direito Privado. Faculdade de Direito da UFF, v. 3, 1980, pp. 19 e segs.

O primeiro, que é atividade puramente mercantil, sem penetração no mundo das instituições financeiras, também conhecido como *renting*, caracteriza-se como espécie de locação com prestação de serviços. O arrendador, especialista em determinados tipos de equipamentos ou bens duráveis, cede ao arrendatário, por tempo certo, a sua utilização, com o compromisso de se encarregar de sua manutenção e funcionamento. O termo do contrato há de ser menor que o tempo de duração da vida econômica do objeto. "Em contraprestação, o arrendatário lhe paga uma prestação (mensal, bimetral ou trimestral) inferior ao valor global que o objeto terá no fim do prazo estipulado". Este, geralmente, é curto, tendo em vista que o arrendador assume os riscos da coisa, e sofre a sua obsolescência. Ao arrendatário é facultado devolver o objeto na pendência do contrato, e não é obrigado a adquiri-lo no termo. Seu regime é o do livre ajuste ou dos usos mercantis, uma vez que a Lei nº 6.099/74 o exclui de sua incidência (Prof. CAIO MÁRIO). Invoca RUOSI (*Leasing*), ao assinalar que o principal objetivo daquela modalidade é "consentir ao locatário a disponibilidade de um bem instrumental sem correr os riscos derivados da propriedade deste". Proliferou na sociedade de consumo, por oferecer vantagens para ambas as partes. O arrendatário adquirente põe a seu serviço um bem de custo elevado, sem a necessidade de que este imobilize recursos correspondentes a seu preço. Fica, ao mesmo tempo, com direito a serviços colaterais, principalmente, os encargos de assistência e manutenção. O arrendador, que inclui no preço a amortização do custo do bem, pode dispor dele livremente, na oportunidade de sua obsolescência¹⁵. Pode estar acoplado a contrato de financiamento.

Assume o arrendador duplo risco : um ligado ao proprietário, porquanto, durante o prazo do contrato, ele continua proprietário; o outro segundo a velha parêmia *res perit domino*, que o leva a suportar a deterioração ou o perecimento do bem. Esta é,

¹⁵ Reporta-se a VANCIL, V. Leasing. pp. 8 e 14.

aliás, a segunda maior vantagem oferecida ao arrendatário. A terceira e última reside no caráter operacional da conversão do arrendamento do bem em aquisição definitiva, que pode ser adquirido pelo valor residual, deduzido do preço originário e custo amortizado.

7. O *leasing* financeiro, a que se aplica a denominação de arrendamento mercantil, é negócio jurídico de maior amplitude. Surgiu entre nós (ainda o Prof. CAIO MÁRIO, art. cit.), como atividade da livre iniciativa dos interessados, sem qualquer interferência das autoridades monetárias e sem que sobre ele voltasse o legislador suas vistas. A ele especificamente se destina a Lei nº 6.099/74. Como envolve, direta ou indiretamente, uma operação de crédito, o Banco Central do Brasil exerce controle e fiscalização consoante normas fixadas pelo Conselho Monetário Nacional, aplicando-se, por isso, no que couber – salienta o Mestre – as disposições da Lei nº 4.594, de 31.12.64 e legislação posterior, relativa ao Sistema Financeiro Nacional.

São os seguintes seus requisitos, de conformidade com o texto legal: 1º) prazo; 2º) valor de cada contraprestação por períodos determinados, não superiores a um semestre; 3º) opção de compra ou faculdade de renovação reconhecida ao arrendatário; 4º) preço para opção de compra para sua fixação.

Estão habilitadas a operá-lo – segue-se a exposição do emérito Jurista – as instituições de caráter financeiro. Nele, adquire a arrendadora o objeto e o entrega em locação ao arrendatário, que pode ser qualquer empresa desejosa de obter, por via de locação, equipamentos ou materiais de uso. Excluem-se os particulares que pretendem tomar em locação bens de utilidade pessoal¹⁶.

Impõe-se, todavia, levar em conta o fornecedor da mercadoria arrendada, o que faz desta modalidade de *leasing* uma ope-

¹⁶ Invoca a autoridade de CRÉMIEUX -ISRAEL, Danièle. *Leasing et Crédit-Bail Mobiliers*. p. 24.

ração triangular. Incumbe ao arrendador escolhê-lo, por ser assunto de seu peculiar interesse, nas melhores condições de mercado, como dado operacional relevante. Pode, todavia, ser indicado pelo arrendatário, quando se trate de determinado equipamento, de procedência e características certas. Nesta circunstância, enuncia o Prof. CAIO MÁRIO que se triparte o elemento subjetivo: arrendador, arrendatário e vendedor da mercadoria.

Sendo o vendedor indicado pelo arrendatário, não procede a arrendadora como mandatária, porquanto adquire o bem para si mesma: torna-se proprietária dele¹⁷.

Recebe o arrendatário o bem em locação, com a cláusula de opção de compra a prazo certo. Contrariamente ao que sucede no *leasing* operacional, não pode devolvê-lo, a qualquer tempo, ao locador.

Invoca ROBERTO RUOSI¹⁸, ao estremar as duas modalidades: o *leasing* operacional compreende, na maioria das vezes, materiais padronizados, ao passo que o financeiro abrange toda espécie de bens móveis ou imóveis.

8. Indica o civilista pátrio a diferença fundamental entre o *leasing* e os dois contratos que lhe são próximos, a compra e venda simples ou com reserva de domínio, e a locação. Com relação à primeira, o arrendatário só se torna proprietário exercendo a opção no final do prazo contratual, não automaticamente. Com respeito à locação, porque pode, no termo do *leasing*, restituir a coisa ao locador, renová-lo ou adquirir o bem.

Acessoriamente a ele, contrata-se o seguro da coisa, ficando o prêmio a cargo do arrendatário, ou como pagamento direto, ou embutido no custo do arrendamento. Ainda como encargo acessório – do arrendador – deve ele prestar assistência e manutenção do bem, recaindo sobre o arrendatário a obrigação de arcar com as peças de reposição.

¹⁷ Reporta-se a FÁBIO COMPARATO, in Rev. For., 250/10.

¹⁸ II Leasing, p. 15.

9. ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA¹⁹ ressaltam igualmente a afinidade entre o *leasing* e a locação, tanto no que respeita à prestação a cargo do concedente do *leasing* (transmissão do uso e fruição de uma coisa), como no tocante à prestação contratual exigível da contraparte (o pagamento do aluguel). Mostram, contudo, as diferenças, a começar pela função econômica, sendo a do *leasing* mais próxima à da compra, a qual, segundo LARENZ²⁰, integra a estrutura jurídica do contrato.

Na locação, se a coisa se perder ou deteriorar sem culpa do locatário, suporta o locador o prejuízo (art. 1.190 do Cód. Civil). No *leasing*, é seu tomador, não o arrendador, que tem o dever de conservá-la, durante o prazo do contrato, em condições adequadas ao fim a que se destina. Sobre ele impende o risco de seu perecimento ou deterioração. Nenhum destes fatos o exonera de pagar o aluguel, o qual, pago por ele, é, por outro lado, calculado de modo diverso. Na locação, representa o preço do uso e fruição da coisa, determinado de acordo com as taxas correntes do mercado. No *leasing*, é estipulado de modo a cobrir, no conjunto de suas prestações, os custos de aquisição da coisa, acrescidos dos juros respectivos e do lucro razoável da outra parte. Por essa razão é que, findo o prazo contratual, não desejando o tomador adquirir a coisa pelo preço residual, outras vantagens lhe são por vezes concedidas, sendo a mais freqüente a promessa unilateral de venda ou o pacto de opção pelo preço residual previsto. Cuida-se de preço deliberadamente inferior ao valor corrente e atual dela, por se levarem em conta, em sua fixação, os aluguéis pagos pelo adquirente.

Desempenha função econômica próxima à da compra (financiada) a prestações, pois o tomador chama, em regra, a si os riscos da coisa que normalmente contrai o comprador, depois de lhe ser entregue. Sobrelevam, todavia, diferenças. No *leasing*,

¹⁹ Ob. cit., p. 277.

²⁰ Schuldrecht, 10^a ed., II, pp. 350 e segs.

não se transfere o domínio, obrigando-se o arrendador apenas a facultar o uso e fruição da coisa, mas não a transmitir o domínio na primeira fase da relação contratual – sua fase capital. Paga ainda o tomador prestação periódica, destinada a remunerar o uso e fruição, aproximando-se aí mais do aluguel do que do preço a prestações a cargo do comprador. Eis por que não se lhe aplica o princípio do vencimento imediato ou antecipado da dívida, como sucede com a falta de pagamento de uma das prestações em que o preço tenha sido dividido (art. 762, III, do Cód. Civil). Por não haver transmissão do domínio na primeira fase da relação, o arrendador, em caso de falência ou insolvência do arrendatário, poderá pedir a restituição do bem (arts. 76 e segs. da Lei de Falências). As restrições (falta de legitimação) para a compra e venda, inscritas no art. 1.132 do Cód. Civil, não se lhe antepõem também.

10. Salvo condições excepcionais – acentua o Prof. CAIO MÁRIO – não se celebra o *leasing intuitu personae*: pode o arrendador, no curso de sua execução, transferi-lo à empresa congênera, mediante cessão de crédito, cumprindo-lhe apenas dar ciência ao arrendatário, cujos direitos e obrigações não sofrem alteração. Poderá ele opor a opção de compra ao cessionário.

Pode ainda ser acompanhado de garantia fidejussória ou real, o que é comum. Apesar de ser estipulado a prazo certo, submete-se à condição resolutiva, expressa ou tácita, dependente esta de notificação e interpelação da outra parte.

11. Última modalidade do contrato é o *lease-back*, utilizado por empresa com boa situação econômica, mas que, em dado momento, sofre problema de caixa ou redução no seu capital de giro²¹. Seu mecanismo difere do das outras espécies, porquanto, nele, a empresa proprietária de equipamentos ou bens duráveis os transfere, mediante venda ou doação, em pagamento a um ban-

²¹ Prof. CAIO MÁRIO, *ibidem*.

co ou a uma empresa especialmente autorizada a operar no ramo, a qual, ao tornar-se proprietária, arrenda-os ao alienante.

A ele se aplicam as mesmas regras do *leasing* financeiro, sendo-lhe inerente a simultaneidade das operações, que são rigorosamente geminadas²². Não o descaracteriza que uma empresa venda o bem ao arrendador e este o alugue a outra pessoa jurídica. É imperioso, contudo, que se verifique a simultaneidade das operações e que a arrendatária seja vinculada à vendedora. "No *lease-back* o arrendador assume as duas posições de produtor da coisa e intermediário na venda, e no mesmo ato arrenda-a ao devedor que é também o vendedor, compreendendo o aluguel, como observa MAURO BRANDÃO LOPES, "os custos e lucros, ou seja, dando à operação caráter de *full pay out lease*, inclusive com a possível opção de compra pelo valor residual predeterminado ou por valor de mercado no momento de seu exercício"²³.

Nele, os riscos e a obsolescência estão a cargo do arrendatário, sendo previsto no art. 9º da Lei nº 6.099/74, *in verbis*: "As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio arrendador do bem ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas mediante qualquer das relações previstas no art. 2º, poderão enquadrar-se no tratamento tributário previsto nesta lei".

Pode o *lease-back* consistir na venda de determinado bem ou de certo equipamento ou compreender diversos bens, ou ainda abranger todo um ativo ou parte de um ativo de uma empresa, com a sua estimativa contábil no momento da operação, o que beneficia sobremodo a instituição financeira, tendo em vista que ele já pode, naquele momento, estar "quase ou totalmente depreciado"²⁴.

Segundo a Resolução nº 788, do Banco Central, que as regulamentou, as operações de *lease-back* requerem as seguintes condições: 1ª) o contrato há de ter por objeto máquinas, apare-

²² Reporta-se ao Des. PENALVA SANTOS, Rev. For., 250, p. 52.

²³ Rev. For., vol. 250, p. 423.

²⁴ MAURO BRANDÃO LOPES, citado pelo Prof. CAIO MÁRIO, *ibidem*.

lhos e/ou equipamentos; 2ª) prazo mínimo de oito anos; 3ª) valor inferior a 75% do custo do bem, acrescidos a esse resultado os encargos financeiros da operação.

O desenvolvimento comercial desta modalidade tem, segundo o Prof. CAIO MÁRIO, recebido enorme propulsão no plano interno e internacional, pois numerosas empresas, em período de escassa liquidez, a ela recorrem para obter recursos de caixa. No plano externo, tem permitido melhor desempenho na balança comercial, com a venda de equipamentos de alto custo por empresa brasileira a instituições financeiras no exterior com simultâneo arrendamento à vendedora.

12. Por último, menciona o Mestre ser o *leasing* imobiliário admitido perante a Lei nº 6.099/74, pois, à parte não conter seu art. 1º restrições, o art. 11 alude a bens imóveis ao lado dos móveis de produção nacional classificáveis no ativo fixo, e aos de produção estrangeira que sejam enumerados pelo Conselho Monetário Nacional.

2.2. Natureza jurídica

13. Já se viu ser ela própria, não se identificando exclusivamente com a locação nem com a venda a prestações. Os Profs. ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA²⁵ ressaltam que, diante do insucesso daquelas concepções e de outras para explicá-la, constitui o *leasing* nova figura negocial, uma espécie autônoma, correspondente a necessidades específicas dos tempos modernos, que não se deixa reconduzir a nenhum dos modelos contratuais antigos.

O ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS, em alentado artigo sobre *Leasing – Questões Polêmicas*²⁶, exprime que se cuida

²⁵ Ob. cit., p. 285.

²⁶ In: Informativo Jurídico da Biblioteca Oscar Saraiva, v.8, nº1, 1996, pp. 20 e segs.

de contrato de natureza híbrida, no qual se tem aparência de locação, de compra e venda à prestação, clara faculdade de utilizar a coisa e nítida promessa unilateral de compra e venda. Em sua modalidade mais importante (no *leasing* financeiro), contém financiamento, porquanto nem sempre a coisa é disponível no mercado para ter seu uso cedido. Muitas vezes é ela solicitada pelo arrendatário ao arrendador, que a compra para arrendar ao pretendente e, assim, proporcionar-lhe a aquisição futura. Essa pluralidade de relações jurídicas leva a doutrina a considerá-lo negócio complexo, com predominância do contrato de locação, muito embora sua concretização traduza verdadeiro financiamento.

Para FRAN MARTINS²⁷ compreende uma locação, uma promessa unilateral de vontade e, às vezes, um mandato, quando é o próprio arrendatário quem trata com o vendedor na escolha do bem. Para FÁBIO KONDER COMPARATO²⁸ ele se apresenta funcionalmente uno, em que sua causa é sempre o financiamento de investimentos produtivos. Predomina, entretanto, a figura da locação.

De acordo com ARNOLDO WALD²⁹ é " fórmula intermediária entre a compra e venda e a locação, exercendo função parecida com a da venda com reserva de domínio e com a alienação fiduciária".

Interessante é a concepção desenvolvida pelo culto Prof. DIOGO LEITE DE CAMPOS, baseado em visão européia, em que implica o *leasing* transferência da propriedade econômica do bem para o locatário, na medida em que, na prática, este é dado em arrendamento pelo período de sua vida útil. Vale dizer, haveria uma propriedade jurídica que remanesce com o arrendador, desfrutando o arrendatário da econômica³⁰.

²⁷ *Contratos e Obrigações Comerciais*, 2ªed., For., 1990, p. 547.

²⁸ *Contrato de Leasing*, Rev. dos Tribunais, vol. 389.

²⁹ Rev. dos Tribunais, nº 415, 1970.

³⁰ *Tendências Atuais do Leasing no Direito Europeu*, Arquivos do Tribunal de Alçada, vol. 31, pp. 17 e segs.

2.3. Questões práticas

14. No ensaio precedentemente referido, o ex-Ministro CLÁUDIO SANTOS expõe questões práticas, levadas aos Tribunais. Relacionem-nas:

1^a) A vedação de mandato em causa própria no *leasing*, consoante aresto do Eg. Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do eminente ex-Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, no Resp nº 1.641-RJ, por ofender o art. 115 do Cód. Civil.

2^a) O afastamento de cláusula de eleição de forma impressa, com prevalência da do local do negócio e do pagamento das prestações³¹.

3^a) A possibilidade de o arrendador, na rescisão unilateral do contrato de *leasing* financeiro por culpa do arrendatário, cobrar as prestações vencidas e vincendas, além dos juros e multa pactuados e, se o valor do bem retomado posteriormente e vendido não for suficiente para repor seu capital e frutos, receber indenização correspondente, ou, logo de início, reaver o bem, cobrar as prestações vencidas, os juros e as multas por força da mora, além de perdas e danos compensáveis pelo valor residual do bem, obtido na sua alienação.

Considera leonina a cláusula que impõe a rescisão do contrato em caso de atraso no pagamento de prestações e assegura ao arrendador a retomada da coisa, o direito às prestações futuras, a cobrança de penalidades indenizatórias ou perdas e danos, a perda para o arrendatário da faculdade de adquirir o bem e, por fim, o direito do arrendador de aliená-lo em seu benefício. Cita aresto do STJ, Rel. o ex-Min. ATOS CARNEIRO, no Resp. nº 16.824-SP, no sentido de que o inadimplemento do arrendatário autoriza o arrendador a resolver o contrato e a exigir as prestações vencidas até o momento da retomada de posse do bem e cláusulas penais cominadas, sem poder

³¹ Resp. nº 26.788-MG, Relator o ex-Min. ATHOS CARNEIRO; e Resp. nº 29.280, Rel. o Min. DIAS TRINDADE.

exigir prestações posteriores à sua retomada, sem a correspondente possibilidade de o comprador adquiri-lo. É iníquo.

4ª) A possibilidade de purgação da mora pelo arrendatário, inexistindo cláusula resolutória. Invoca aresto ainda da lavra do insigne ex-Min. ATHOS CARNEIRO, no Resp. nº 9.219-MG, admitindo-a, porquanto preserva os interesses de ambas as partes e a comutatividade da avença. Impõe-se, todavia, segundo o ex-Min. CLÁUDIO DOS SANTOS, que haja o arrendatário pago 40% do valor do contrato.

5ª) A inexistência de dever de indenizar para a arrendadora, se não contribuiu, com dolo ou culpa, para o ilícito cometido pelo detentor da coisa, em seu uso, principalmente em se tratando de veículos automotores ou maquinário industrial. Não incide aí o verbete 492 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido é aresto do STJ, Rel. o Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, nos Resps. nºs. 5.508-SP e 4.187-MG.

6ª) A possibilidade de indexação dos valores estipulados seja para as prestações, quer para o valor residual de compra. É pacífica com referência a índices oficiais ou de entidades sem vínculo com a arrendadora.

Com respeito à variação do dólar, é admissível ante o disposto no art. 6º da Lei nº 8.004/94 (Plano Real), que consagra a validade do repasse do risco cambial em contratos de arrendamento mercantil com recursos oriundos do exterior.

Neste ano (1999), com a desvalorização abrupta do dólar, em janeiro, questionou-se sua incidência, sob a invocação da teoria da imprevisão ou da resolução por onerosidade excessiva. A propósito, tivemos a oportunidade de relatar Agravo de Instrumento, de nº 2.117/99, na Eg. 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, julgado unanimemente em 18.5.99, com a seguinte ementa:

"Civil. Comercial Monetário. Contrato de *leasing* com variação cambial, em que os recursos para a aquisição do bem foram obtidos mediante contrato de repasse em moeda estrangeira.

Neste, assume o tomador nacional a obrigação, frente à instituição repassadora, de exonerá-la do débito, correspondente ao empréstimo que lhe foi repassado. Não se verificam cessão de crédito nem assunção de dívida, porque devedor, perante o agente financeiro internacional, continua sendo a entidade repassadora.

Apenas compromete-se o tomador a liberá-la do *quantum* devido, em moeda estrangeira, ao câmbio do dia da liquidação, com seus encargos. Preserva-se a integralidade da dívida.

Havendo o arrendatário contraído a obrigação vinculada à variação do câmbio, com todas as suas conseqüências, não pode romper a estrutura do contrato de repasse, com base no qual foi o *leasing* outorgado.

Sendo o câmbio inerente à moeda, no cotejo com outras, contém em si a álea, que não constitui fator extraordinário nem imprevisível, a justificar a invocação, apenas por este motivo, da teoria da imprevisão.

Agravo provido para cassar-lhe a liminar."

7ª) No concernente a problemas tributários, se o objeto adquirido foi coisa móvel (mercadoria), ocorrerá fato gerador do ICMS em sua aquisição, a ser pago pelo vendedor. Quando for industrializada, incidirá também o IPI; se for importada, igualmente o imposto de importação.

Se passa, porém, a integrar o ativo fixo do arrendador, deixa de ser mercadoria, segundo o ex-Min. CLÁUDIO SANTOS, não se lhe impondo o ICMS na saída, a título de arrendamento para a arrendatária, pois não há operação de sua circulação, nem sua verificação futura pelo valor residual. Cita arestos do Eg. Superior Tribunal de Justiça com esta orientação. Relativamente ao ISS, a Súmula nº 138 enuncia que ele incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis. Entende pessoalmente não incidir o ITBI em arrendamento de imóvel.

3. Franquia

3.1. Conceito e características

15. Segundo expusemos em nosso livro *Contrato*³², é a operação em que um empresário concede a outro o direito de usar a marca do produto juntamente com a assistência técnica para a comercialização, recebendo remuneração. Constitui método comercial de poupar a abertura de filiais e despesas, porque é independente o comerciante licenciado para explorar a marca. Enseja formação de rede de distribuição por não ser antieconômico.

FRAN MARTINS³³ a qualifica como técnica de comercialização de certos produtos para incentivar e facilitar vendas. Desenvolveu-se nos Estados Unidos após a 2ª Guerra, quando inúmeras pessoas estavam à procura de trabalho, às quais empresas outorgavam franquia para que atuassem em determinado ramo de atividades.

São partes nele o concedente e o concessionário ou licenciado. Seu objeto compreende a comercialização, com assistência técnica e financeira, de artigos de fácil revenda, instalações e equipamentos, tudo que se distribui por rede de lojas. A forma é por escrito, com cláusulas uniformes. Seu conteúdo consiste: 1º) nas obrigações do concedente da autorização de uso da marca e de prestar assistência técnica à comercialização; 2º) nas obrigações do licenciado, por exemplo, de distribuir o produto e pagar a taxa de filiação e direitos de ingresso.

Presta-se sobretudo para a formação de pequenas e médias empresas que oferecem, em larga escala, produtos de boa aceitação para o consumidor. Tem como característica a independência do franqueado, que desfruta de autonomia econômica e jurídica. Embora com integração na rede de distribuição de produtos, não participa, entretanto, da empresa franqueadora.

³² Renovar, 1999, p. 337

³³ *Contratos e Obrigações Comerciais*, For., 1977, pp. 583 e segs.

Dos Estados Unidos, nos quais concretizam 10% das operações comerciais, segundo FRAN MARTINS³⁴, espalhou-se para a Europa.

16. Tem como objeto a exploração de marca ou produto com assistência técnica do franqueador, admitindo-se como produto tudo que é oferecido: artigos para revenda, equipamento, maquinaria, instalações e outros, que devem ser garantidos por marca registrada.

O franqueador (produtor ou intermediário) deve ser comerciante, pois a *franquia* é uma operação comercial. O franqueador presta assistência técnica ao franqueado no sentido mais amplo, podendo fornecer a financeira, mediante garantias, e a contábil (escrituração).

17. A independência do franqueado reside em não estar ligado, por vínculo empregatício, ao franqueador. Não é, outrotanto, sucursal dele, desfrutando de autonomia jurídica e financeira, apesar do uso de marca dele. É a autonomia, porém, relativa, porquanto intercorrem íntimas relações entre as partes, que levam a que determinadas regras sejam impostas pelo franqueador ao franqueado: a prática de atos por este só com autorização expressa dele (propaganda local ou regional, apresentação de produtos, sua disposição nos estabelecimentos, normas sobre a escrita, fornecimento de informações pelo franqueado sobre seu movimento, uso de uniformes padronizados pelos vendedores, depósito do que for apurado em determinado estabelecimento bancário).

Segundo o Bank of America, citado pelo Prof. FRAN MARTINS³⁵, o melhor método para o sucesso da franquia é a feliz aplicação de controles pelo franqueador, ao qual a franquia propicia rede de distribuição em condições menos onerosas, pois não se vê compelido à abertura de filiais.

³⁴ Ob. cit.

³⁵ Ibidem.

Para o franqueado, gera a exclusividade de vendas de produtos de qualidade conhecidas, mais fáceis de serem colocados no mercado.

18. É contrato oneroso, em sua essência, pois importa no pagamento de taxa de filiação pelo franqueado, que poderá ter de prestar caução em dinheiro para garantir o futuro fornecimento de mercadorias, além de pagar percentual sobre as vendas, normalmente de conformidade com os produtos e serviços, o que diminui seu lucro.

Celebra-se por escrito, sendo, de regra, contrato de adesão, embora se concilie com a discussão prévia de cláusulas e sua inserção nas uniformes.

3.2. Natureza jurídica

19. Aproxima-se da concessão exclusiva, da distribuição, do fornecimento e da prestação de serviços. É, entretanto, contrato autônomo e híbrido, não se confundindo, por outro lado, com a locação nem com o mandato.

20. Sua função repousa na prestação de serviços e na distribuição de produtos consoante normas convencionadas. Ela tem lugar para o franqueador perante o franqueado na comercialização do produto, ao qual incumbe sua distribuição.

21. Difere da concessão exclusiva, pois nesta há monopólio do concessionário. Do fornecimento, do qual mais se avizinha, porquanto o fornecedor não está obrigado a prestar assistência (técnica ou comercial). Estrema-se da distribuição, celebrada por comerciante, que se obriga por seus agentes ou sucursais e são dependentes de produtoras ou distribuidoras de mercadorias, desempenhando o papel de agentes ou representantes, como meros intermediários nas vendas.

O franqueado, ao revés, age em nome próprio. Vincula-se ao produtor, porque o direito de comercializar o produto, muitas vezes com o nome e a insígnia do estabelecimento do franqueador, induz o consumidor à aquisição do produto.

3.3. Classificação

22. É um contrato consensual, bilateral, oneroso, de execução continuada e híbrido³⁶.

Pode ser verbal, provando-se pela escrituração nos livros dos contratantes. A taxa de filiação não é da essência de sua formação, mas um efeito dele, que pode ser relevado.

A onerosidade consiste no proveito para ambas as partes. Deve o franqueado pagar o percentual sobre as vendas, a remuneração do franqueador.

É bilateral, porquanto gera para franqueador a obrigação de ceder o uso das marcas e de prestar assistência técnica e comercial ao franqueado. Este, a seu turno, paga taxas sobre as vendas e obriga-se a manter a reputação dos produtos, a dar-lhes publicidade e a outras prestações.

É comercial, porque celebrado por comerciantes.

4.4. Legislação

23. A Lei nº 8.955, de 15.12.94 veio a dispor sobre a franquia, que conceituou, no art. 1º, como o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional, desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

No art. 2º estatui que, sempre que tiver o franqueador interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo as informações que discrimina em quinze incisos, subdivididos em alíneas. Consistem em balanços e demonstra-

³⁶ FRAN MARTINS, ob. cit.

ções financeiras da empresa franqueadora; na indicação precisa de todas as pendências judiciais em que esteja envolvido; na descrição detalhada da franquia; em especificações quanto ao total estimado de investimentos inicial necessário à sua aquisição, implantação e entrada em operação; na taxa inicial de filiação e de caução; no valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado. Dentre estes arrolam-se a remuneração periódica pelo uso do sistema e da marca, o aluguel de equipamentos ou ponto comercial, a taxa de publicidade ou semelhante, o seguro mínimo. Em relação ao território, deve o franqueador especificar se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência e a possibilidade de realizar vendas ou prestar serviços fora dele. Deve prestar informações claras e detalhadas sobre a obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à sua implantação, operação ou administração. Deve indicar o que é efetivamente oferecido ao franqueado no concernente à supervisão da rede, a serviços de orientação e outros prestados pelo franqueado, a treinamento deste e de seus funcionários, a manuais de franquia, a auxílio na análise e escolha do ponto onde ela será instalada, a *layout* e padrões arquitetônicos nas respectivas instalações.

Deve ainda prestar informações sobre a situação do franqueado após a expiração do contrato, relativamente a *know how* ou segredo de indústria a que venha a ter acesso, à implantação de atividade concorrente. Incumbe-lhe fornecer o modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato padrão, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade.

Este é o conteúdo obrigatório e necessário do contrato, cuja circular de oferta deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo dez dias antes da assinatura do contrato ou do pré-contrato ou do pagamento de qualquer taxa por ele.

Será sempre escrito e firmado por duas testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público (art. 6º). Admite-se a subfranquia (art. 9º).

Pode ainda o franqueado, com aprovação do franqueador, vender o negócio e o novo comprador celebrar novo contrato com ele. Se tal não suceder, o franqueador está livre e o franqueado não mais pode usar suas marcas, insígnias, nem fazer propaganda.

3.4. Preço do produto

24. Normalmente é fixado pelo franqueador e concedido abatimento ao franqueado, a gerar lucro em suas vendas. É uniforme para as partes, podendo, todavia, variar para mais ou menos, no caso, por exemplo, de praças distantes, em que o aumento represente compensação por sua remessa.

Não pode o franqueado alterá-lo para obter maiores lucros, sequer para menos para angariar maior número de fregueses. Terceiros podem reclamar.

3.5. Extinção do contrato

25. Dá-se por seu término, de regra com duração de um a cinco anos, admitindo, contudo, prorrogação tácita; pelo distrato; por rescisão por infração contratual; por ato que indiretamente cause prejuízo a uma das partes (conduta reprovável do franqueado que comprometa o prestígio do produto); por ato unilateral, desde que comunicado ao franqueador, pois repousa na boa-fé e é de execução continuada.

4. Factoring (faturização)

4.1. Generalidades

26. É o contrato pelo qual uma das partes cede à outra vários créditos de vendas mercantis, assumindo o risco de não os receber, mediante o pagamento de comissão pelo cedente³⁷. FRAN

³⁷ Nosso livro Contrato, Renovar, pp. 341.

MARTINS³⁸, na linha de FÁBIO KONDER COMPARATO³⁹, o denomina faturização, vocábulo que vem sendo ultimamente empregado.

São partes nele: 1º) comerciante ou industrial; 2º) a instituição bancária. Integra-o, triangularmente, o comprador de mercadorias, devedor do crédito cedido.

Financia-se o cliente, com o adiantamento da quantia devida pelo comprador e assume a empresa de *factoring* o risco de insolvência: daí a interferência do factor (ou faturizador) na gestão e contabilidade do cliente, com informações e controle sobre sua atividade.

É contrato atípico, no qual há elementos da cessão de crédito (seu núcleo), do mandato e da prestação de serviços. Distingue-se do desconto bancário – do qual muito se aproxima –, porque a cessão de crédito se opera sem direito de regresso contra o cedente. Estrema-se também do seguro de crédito, a cujo cotejo se presta, porque, neste, se promove cobertura de risco, não total. A indenização é devida posteriormente, à falta de pagamento, não há prestação de serviços nem transferência de crédito como objeto do contrato. Dá-se, porém, sub-rogação, a qual, no *factoring*, promana do contrato, com notificação do comprador.

O cliente (faturizado) presta garantia quanto à existência, legitimidade e validade do crédito. Sua obrigação é pagar a comissão do *factor*, incumbindo reembolsar-lhe despesas de cobrança e de informação sobre as contas dos vendedores e submeter à sua aprovação os créditos que cede. A operação revela-se boa para o cedente, porque previne o risco da falta de pagamento. Sua utilização é facilitada pelo uso da duplicata, de emprego questionado.

Exemplifica ARNOLDO WALD⁴⁰: Em virtude da operação de *factoring*, o comerciante cede, total ou parcialmente, cré-

³⁸ *Contratos Mercantis*.

³⁹ *Factoring*. Rev. For., 249/287.

⁴⁰ *Regime Legal das Empresas de Factoring*, RT 740/146.

ditos de vendas de um valor a um outro comerciante, *B*. Em contrapartida a esta cessão, *A* recebe de *B* o pagamento dos créditos que foram cedidos. Esse pagamento pode ser feito no ato da cessão ou no vencimento dos créditos. A contrapartida de *B* nessa operação se faz através de uma remuneração ou do pagamento de um preço.

4.2. Histórico

27. Deita suas origens mais remotas na Grécia e em Roma, quando comerciantes, que desempenhariam funções análogas às do faturizado, cometiam a agentes a guarda e a venda de suas mercadorias.

Desenvolveu-se na Idade Média e nos países mediterrâneos. Após os Descobrimentos, progrediu com a expansão do comércio na Inglaterra, Holanda, França e Espanha. Com a descoberta das Américas, os comerciantes ingleses viam nelas condições propícias. Tendo em vista, porém, a distância e dificuldades de transportes, os agentes, em suas terras, atuavam como se fossem comissários dos vendedores, dos quais recebiam mercadorias para venda, cobrando comissão sobre o preço.

Disseminou-se nos Estados Unidos, passando o *factor* (faturizador) a ser incumbido da guarda e venda de mercadorias, com o encargo de receber o preço, mediante a antecipação dos respectivos valores aos vendedores, após ser deduzida sua comissão. Teve grande expansão naquele país, que não conheceu o desconto bancário.

4.3. Modalidades

28. ARNOLDO WALD⁴¹ aponta três básicas:

1^a) *Conventional factoring*. "Caracteriza-se por uma cessão, à vista, de créditos, realizada conjuntamente com uma série de serviços, garantias, financiamentos e contratos, tais como: ges-

⁴¹ Art. cit.

tão dos créditos, notificação da cessão, aquisição dos créditos etc.."

2ª) *Maturity factoring*. "Em oposição ao *conventional factoring*, nessa modalidade não há atividade de financiamento, mas apenas gestão e cobrança de faturas e garantia dos pagamentos na data prefixada pelas partes. Note-se que não há pagamento à vista e, portanto, não há financiamento. Está assegurado, porém, o risco de inadimplemento por terceiros, pois o pagamento a ser feito pela empresa de *factoring* independe do recebimento das faturas".

3ª) *Import-export factoring*. "Inspirado no *conventional* e no *maturity factoring*, essa modalidade permite financiar o exportador de bens e serviços e eliminar o risco de crédito, pois não há o direito de recurso. É operação típica do comércio internacional".

Outras modalidades podem ainda ser citadas, segundo o autor, como o *collection type factoring agreement*, no qual a empresa de *factoring* realiza serviços de cobrança e efetua o pagamento ao faturizado no dia seguinte ao do recebimento da fatura. Já no *intercredit*, a empresa de *factoring* somente realiza os serviços de cobrança dos títulos não recebidos para ressarcir-se dos adiantamentos efetuados. O financiamento da transação comercial, além da cobrança dos títulos, é denominado *open factoring*.

4.4. Operacionalidade e características

29. De acordo com FÁBIO KONDER COMPARATO⁴², tal como o seguro de crédito, a técnica operacional da faturização se funda no princípio da globalidade dos créditos que constituem seu objeto. É todo o faturamento da empresa, ou todo um ramo do seu faturamento (como aquele proveniente do conjunto de suas exportações, por exemplo), que deve ser cedido ao *factor*. Assim se procede, não só para se evitar a seleção dos riscos pela empre-

⁴² Factoring, Rev. For., 249/387.

sa faturizada – que seria inclinada a ceder apenas os maus créditos – como também de forma a se operar a sua pulverização, estabelecendo-se, com base na lei dos grandes números, a mais ampla compensação entre bons e maus créditos, fora da qual, aliás, é impossível o tratamento atuarial dos riscos.

Quem seleciona os créditos, na verdade, é o faturizador – prossegue o Catedrático da USP –, independentemente de sua cessão global. "Com efeito, se a empresa faturizada está obrigada a transferir ao *factor* todos os seus créditos, este último não se obriga, pelo contrato, a aceitar todos eles sob a forma de cessão definitiva, sem regresso. Pode receber alguns deles *pro solvendo*, com ou sem financiamento. Daí o costume de muitas empresas faturizadas de consultarem o seu *factor*, antes de aceitarem pedidos de clientes novos".

Comporta uma definição dos créditos que serão objeto de cessão. Periodicamente, a empresa faturizada apresenta à consideração do *factor* a relação de suas vendas, ou serviços executados, que serão transferidos.

30. A remuneração da empresa faturizada é dúplice. Uma comissão fixa sobre o montante global dos créditos transferidos e mais juros sobre as quantias financiadas. Ela representa a contraprestação da garantia fornecida contra o risco de inadimplemento, bem como a remuneração do serviço de gestão dos créditos. Se a cessão se perfaz *pro solvendo*, é óbvio que essa comissão é reduzida. Por outro lado, na faturização sem financiamento não há juros, pois o *factor* se limita a liquidar os créditos nos vencimentos respectivos.

31. Por seu tríplice objeto (lições ainda de FÁBIO COMPARATO: garantia, gestão de negócios, financiamento) a operação de *factoring* oferece incontestáveis vantagens às empresas.

No que se refere à garantia, é bem de ver que ela supera normalmente a do seguro de crédito, pois consiste na liquidação dos créditos cedidos, pelo menos no vencimento, podendo ainda

haver a antecipação no *conventional factoring*. Por outro lado, a empresa faturizada, cujos créditos passaram a ser geridos pelo *factor*, simplifica ao extremo os seus serviços administrativos e contábeis, com uma correspondente redução de custos. Ela suprime todo o seu serviço de faturamento e emissão de títulos correspondentes. Sua preocupação passa apenas a ser a venda, ficando o resto por conta do faturizador.

Relativamente ao financiamento, a operação pode oferecer algo que as instituições financeiras convencionais não propiciam, pois o concedem em função do financiado, de seus recursos patrimoniais, de seu índice de liquidez. No *factoring*, ao contrário, ele leva em conta sobretudo os devedores da empresa faturizada, o que beneficia as empresas de porte médio.

4.5. Natureza jurídica

32. Não se identifica com o desconto bancário, instituto próximo dele, porquanto tem geralmente por objeto títulos cambiais, ou cambiariformes, como a duplicata, ao passo que a faturização pode incidir sobre qualquer tipo de crédito a curto prazo, ainda que não representado por título⁴³. O desconto é sempre operado *pro solvendo*, enquanto a cessão de créditos faturizados é feita sem direito de regresso do faturizador contra o cedente, ainda que nem sempre a empresa de *factoring* aceite os créditos cedidos sem aquele direito. A assimilação é perfeita com o desconto *à forfait*, acentua o Catedrático, no qual justamente o descontador abre mão do regresso contra o descontário.

Não há, assim, mera estipulação de garantia, ainda que com a cláusula *del credere*, na atividade do faturizador, pois ele não é mero garante do pagamento dos créditos faturizados, mas seu adquirente.

Não se confunde com os contratos de abertura de crédito documentário confirmado, porque estes representam um financi-

⁴³ FÁBIO COMPARATO, art. cit.

amento do comprador e não do vendedor, na venda a distância. No *factoring*, uma vez cedidos os créditos, a empresa faturizadora assume a integral posição jurídica do cedente perante o cedido, não obstante possa se reservar o direito de agir em regresso contra aquele.

Sua essência é, portanto, a cessão de crédito a título oneroso, no que estão acordes FRAN MARTINS⁴⁴, ARNOLDO WALD⁴⁵, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁴⁶ e ORLANDO GOMES⁴⁷.

Segundo o Prof. CAIO MÁRIO, é o *factoring* um contrato bancário atípico que reúne prestações da cessão de crédito, do mandato e da locação de serviços. Cita, a este propósito, HUMBERTO THEODORO JR., em atualização do livro do Prof. ORLANDO GOMES, aresto do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul naquele sentido: "o pagamento há de corresponder ao valor do crédito, e não apenas ao valor da quantia paga pela faturizadora com a cessão onerosa, por ter sido frustrada sua justa expectativa por ato da faturizada..."⁴⁸.

Recentemente, o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE indeferiu liminar na ADIN MC 1.763-DF, que investe contra o art. 58 da Lei nº 9.543, de 10.12.97, o qual determinou a incidência do IOF sobre as operações de *factoring*. Refutou argumento de que resultam aquelas empresas equiparadas a instituições financeiras, o que é inviável, pois elas atuam como o comerciante que venda a prazo seus produtos, ao adquirirem o faturamento, assumindo os riscos daí inerentes. Invocou que pode a operação de *factoring* (na lição também de MARIA HELENA DINIZ⁴⁹) com-

⁴⁴ Ob. cit. e O Contrato de *factoring* e sua introdução no direito brasileiro, Rev. For. 262/9.

⁴⁵ Art. cit.

⁴⁶ Instituições de Direito Civil, vol. III, 10^a ed., p. 390.

⁴⁷ Contratos, For., 1994, p. 467.

⁴⁸ Ap. Cív. nº 192.043.955, Rel. Juiz Moacir Adiers, in Rev. Jurídica, 181/89-90.

⁴⁹ Tratado Teórico e Prático dos Contratos, Saraiva, 2^aed., 1996, p. 65.

portar um financiamento, se os créditos negociados são pagos ao cedente no momento da cessão (*conventional factoring*) – cf. Boletim Informativo nº 126 do STF, in DJ-RJ de 26.10.98, págs. 4/5.

Ao propósito, ARNOLDO WALD traz à colação o magistério do saudoso Prof. WILSON DO EGITO COELHO⁵⁰, de que, "mesmo que se identifiquem na faturização alguns aspectos de financiamento, adiantamento, desconto – o que nos parece impróprio, desde que se trate de cessão de créditos – essas operações, quando realizadas com recursos próprios, não se acham sob o controle do Banco Central, por não revestirem características das operações típicas de bancos". Estas resumem-se no trinômio coleta, intermediação e aplicação de recursos.

4.6. Classificação

33. Cuida-se de contrato consensual, que não exige forma escrita, embora seja usual (pode ser comprovado por escrituração em livros), bilateral, oneroso, de execução sucessiva e de exclusividade, porque o faturizado não pode celebrar contratos com outros faturizadores.

4.7. Cláusulas essenciais

34. Segundo FRAN MARTINS⁵¹, concernem à exclusividade ou totalidade das contas do faturizado; à duração do contrato; à faculdade de escolha, pelo faturizador, das contas que deseja garantir (sua aprovação); à liquidação dos créditos; à cessão destes ao faturizador; à assunção de riscos pelo faturizado; à remuneração do *factor*.

Aplica-se, por igual, à prestação de serviços, não apenas a créditos oriundos de compra e venda.

⁵⁰ "O factoring e a legislação bancária brasileira", in RDM, nº 54, 1984, p. 54.

⁵¹ Contratos Comerciais, loc. cit.

4.8. Extinção

35. Dá-se pelo distrato, pela mudança de estado da parte (*é intuitu personae*), pelo decurso do prazo, admitindo a cláusula de recondução automática; unilateralmente, com aviso prévio, mesmo sem cláusula, por tratar-se de contrato de execução continuada; por infração contratual; pela morte da parte que é comerciante individual.

Discute-se, afinal, quanto à possibilidade de ser praticado o contrato por via de cessão de duplicatas com a cláusula "sem garantia", que, por força da Lei Uniforme de Genebra, que a admite no endosso, ao contrário do Dec. nº 2.044, de 1908, àqueles títulos se aplicaria por força do art. 25 da Lei nº 5.474/68.

Segundo o Prof. CAIO MÁRIO, para que se torne modalidade contratual freqüente em nosso Direito, mister se faz introduzir modificação naquele texto legislativo (sobre Duplicatas), para viabilizar-se o endosso sem garantia.