

RUI PINTO DUARTE

Notas sobre o contrato de *factoring*

Separata de *Novas Perspectivas do Direito Comercial*
Livraria Almedina

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CLÁSSICA
DE LISBOA
CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO COMERCIAL

SUMÁRIO:

- Adelino da Palma Carlos: *O contrato de transporte marítimo.*
José de Oliveira Ascensão: *Estabelecimento comercial e estabelecimento individual de responsabilidade limitada*
António Menezes Cordeiro: *Saneamento financeiro: os deveres de viabilização das empresas e a autonomia privada.*
Ana Maria Peralta: *Sociedades unipessoais*
António Pereira de Almeida: *A limitação da responsabilidade do comerciante individual.*
Carlos Olavo: *O contrato de «franchising».*
João Labareda: *Sociedades irregulares — algumas reflexões.*
Luís Brito Correia: *Grupos de sociedades.*
Luís Brito Correia: *Vinculação da sociedade.*
Maria Augusta França: *Direito a exoneração.*
Maria Helena Brito: *O contrato de agência.*
Manuel A. Carneiro da Frada: *Deliberações sociais inválidas no novo Código das Sociedades.*
Manuel António Pita: *A protecção das minorias.*
Paulo Olavo Cunha: *Breve nota sobre os direitos dos sócios (das sociedades de responsabilidade limitada) no âmbito do Código das Sociedades Comerciais.*
Pedro Cordeiro: *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais.*
Rui Pinto Duarte: *Notas sobre o contrato de factoring.*



LIVRARIA ALMEDINA
COIMBRA — 1988

NOTAS SOBRE O CONTRATO DE *FACTORING*

RUI PINTO DUARTE

Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa

1. Necessidade de descrever o *factoring*

Começar a abordagem do *factoring* ⁽¹⁾ pela sua descrição não deriva apenas de uma preocupação metodológica. Estivesse a figura

(1) A palavra é da língua inglesa, com raiz latina (*factor*). Designando a nossa figura, foi exportada dos Estados Unidos para a Europa no início dos anos sessenta deste século. É recorrente, se não unânime, a filiação do *factoring* em práticas comerciais da colonização inglesa. No direito e na prática negocial inglesa é tradicional — tradição que se mantém — utilizar a palavra *factor* para designar certos mandatários comerciais (cfr., por exemplo, P. W. D., REDMOND, *Mercantile law*, 5.ª ed., Plymouth, 1979, pág. 106). O deslocamento da função nuclear da actividade dos *factors* do campo comercial para o campo financeiro — deslocamento ao qual surge ligada a palavra *factoring* — ter-se-ia dado insensivelmente, relevando-se claramente nos Estados Unidos ainda na primeira metade do nosso século (sobre a história do *factoring*, v., por exemplo, ROBERTO RUOZI e BRUNO ROSSIGNOLI, *Manuale del factoring*, Milano, 1985, págs. 13 e segs.). Recordamos que em Portugal e noutros países de língua de origem latina (pelo menos, França, Bélgica e Espanha) já se usaram, e nalguns casos se usam ainda, palavras derivadas da latina *factor* para designar certos «agentes» comerciais. Assim, no nosso Código Comercial de 1833, o proposto para a gerência de um estabelecimento comercial era o *feitor* (arts. 100.º e 141.º a 154.º); e, estamos convencidos, não valerá a pena sobrecarregar o peso explicativo da influência do *Code de Commerce* (cujo art. 634.º define *facteur* como «*celui auquel un commerçant confie le droit de le représenter dans son négoce et d'agir pour son compte*»), pois que as Ordenações Filipinas utilizavam *feitoria* e *feitorizar* como sinónimos de gerência comercial e de comercializar, respectivamente (cfr. o § 2.º do título III do livro II, onde se determinava que o Ouvidor da Alfândega conhecesse dos litígios entre mercadores relativamente a mercadorias entregues para *feitorizar*, e o título XXV do livro IV, que, tratando «dos oficiais que não podem ser rendeiros», referia entre as proibições a aceitação de *feitorias* dos rendeiros). O concurso de influências em FERRBIRA BORGES parece-nos, aliás, documentado no seu *Dicionário Jurídico-Comercial* — cfr. a entrada «*feitor*» (consultámos a 2.ª edição, Porto, 1856).

Apesar do que fica dito, não nos achamos em condições de propor vocábulos portugueses para designar quer *factoring*, quer *factor* (entendendo-se

definida pela lei, pela doutrina ou pela jurisprudência em termos consensuais e bastaria, na medida em que não se pretendesse, precisamente, controverter tal definição, lembrar ou remeter. Ainda que nenhuma dessas situações se verificasse, pudesse-se invocar uma realidade pré-jurídica que razoavelmente fosse lícito ter por generalizadamente apreendida de modo uniforme, e também não seria necessário começar por trabalhar na delimitação da figura a estudar.

Porém, não é com qualquer dessas hipóteses que deparamos. O *factoring*, entre nós, é pouco conhecido, e menos ainda o é o modo por que ele é praticado no nosso País. A literatura jurídica quase nada se tem interessado pela figura. Tão-pouco são conhecidas decisões jurisprudenciais em que os contornos da figura tenham estado em causa. E as disposições legais que a versam também não permitem, como de seguida veremos, que para elas, sem mais, se remeta.

Até ao recente Dec.-Lei n.º 56/86, de 18 de Maio, que veio (para utilizar a pouco feliz — pelo seu pretensiosismo — fórmula com que foi sumariado no *Diário da República*) «sistematizar as bases económico-jurídicas da actividade de *factoring* no País», não havia na lei portuguesa uma disciplina específica para a actividade assim designada. É que, embora o Dec.-Lei n.º 46 302, de 27 de Abril de 1965, tivesse mencionado expressamente o *factoring*, qualificando-o como actividade parabancária, a fim de submeter as sociedades que o tivessem por objecto ao regime que veio estabelecer para as instituições parabancárias, a tal início de consideração legislativa nada se tinha seguido até ao corrente ano ⁽²⁾.

por tal a empresa que tem por objecto o *factoring*). A possibilidades que não julgamos felizes («contrato de facturação», «contrato de compra de facturação», «contrato de cobrança», ou ainda, como se tem adoptado ou sugerido no Brasil, «fomento comercial» e «facturização» — cfr. LUIZ HERMANO CALDEIRA SPALDING, *Factoring: aspectos básicos*, in *Revista de Ciência Política*, vol. 26, Abril de 1983, págs. 69 e segs.), preferimos a manutenção do uso da palavra inglesa, como de resto, sucede na generalidade dos países (até na própria França, onde a lei constringe fortemente o uso público de vocábulos estrangeiros, os substitutivos de *factoring* — entre os quais parece mais enraizado *affacturage*, até por ter sido consagrado oficialmente — não conseguiriam banir o seu uso).

⁽²⁾ Não obstante, logo em 1965 foi autorizada a constituição de uma sociedade de *factoring* (tendo-se-lhe seguido uma outra, autorizada em 1972).

Diz o art. 1.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 56/86 que «a actividade parabancária de *factoring* consiste na aquisição, nos termos da legislação aplicável, de créditos de curto prazo, derivados da venda de produtos ou da prestação de serviços, nos mercados interno e externo». Contudo, esta definição peca simultaneamente por excesso e por defeito.

Desnecessárias parecem-nos, pelo menos, as referências a que a actividade em causa se exerce «nos termos da legislação aplicável» e a que são abrangidas as vendas «nos mercados interno e externo». A primeira temo-la por inteiramente redundante e a explicitação em que a segunda consiste mostra-se também desnecessária, face à inexistência de qualquer sinal que pudesse levar, na sua ausência, a uma interpretação restritiva.

Em falta parecem-nos as referências aos serviços que as empresas de *factoring* prestam⁽³⁾, isto é, ao conteúdo material da sua actividade, já que a aquisição de créditos não passa de uma forma jurídica pela qual tais serviços são prestados⁽⁴⁾.

E nem sequer por recurso ao restante do diploma se ficará com ideia precisa sobre o que é esta actividade, já que ele é omissivo em relação a alguns dos aspectos nucleares da mesma. E se é certo que esta última observação não representa, em si mesma, uma crítica ao legislador — o não regular pode ser uma atitude inteligente⁽⁵⁾ — não menos verdade é que (re)confirmamos assim que, em Direito, definir é perigoso.

Somos destarte forçados, até para basear o que dissemos, a começar por uma descrição das operações de *factoring*.

(3) Contudo, veja-se o preâmbulo do diploma.

(4) Forma jurídica, aliás, não imposta por qualquer «natureza das coisas», pois que são conhecidas, noutros países, modalidades de *factoring* em que parece não haver lugar à transmissão dos créditos que são objecto das operações.

(5) O que, entre nós — permita-se a observação — tem sido amiúde esquecido, nomeadamente por muitos dos que, em virtude das suas reivindicações ideológicas, seriam dos primeiros a ter obrigação de o ter presente.

2. Descrição

Observado ao longo da sua execução, o contrato de *factoring* pode ser descrito do seguinte modo:

- a) uma das partes, conhecida, como já assinalámos, por «*factor*», cobra créditos da contraparte (a que, de seguida, à semelhança da nossa lei, chamaremos «cliente»), nascidos de vendas de bens ou serviços feitos por esta; por este serviço de cobrança, o cliente paga uma quantia calculada em função do valor dos créditos que indica para cobrança;
- b) o *factor* entrega ao cliente, mediante solicitação deste, quantias correspondentes ao valor dos créditos a cobrar, não aguardando a data do respectivo vencimento; esta «antecipação de fundos» (como a designaremos doravante) tem como contrapartida o pagamento de juros⁽⁶⁾;
- c) o *factor*, também mediante solicitação do cliente, assume o risco de os créditos a cobrar não serem pagos, assunção de risco essa que é obviamente também remunerada (ainda que essa remuneração possa não ser discriminada relativamente à do serviço de cobrança).

Esta descrição sumária seria quase suficiente para caracterizar a actividade em causa e o contrato que a enquadra. Algumas notas mais tentarão preencher as insuficiências e evitar equívocos, nomeadamente os derivados de nos termos centrado no desenrolar das operações, em detrimento da consideração do conteúdo contratual, *qua tale*.

A cobrança de créditos só aparentemente forma o núcleo irreduzível do *factoring*. É que, a antecipação de fundos e a cobertura de riscos de crédito, embora surjam nos clausulados contratuais como meramente eventuais, são, na prática, razões determinantes do recurso dos clientes ao *factoring*: e ambas, ou, pelo menos, uma delas têm lugar na execução de todos os contratos. Os três tipos de utilidades que o *factor* propicia ao cliente — serviço de cobrança, outorga de

(6) Cfr. os arts. 4.º e 5.º, n.º 1; b), do Dec.-Lei-56/86.

crédito, cobertura de riscos de crédito (7) — são co-naturais ao *factoring* e as obrigações respectivas elementos necessariamente integrantes deste tipo contratual.

Podemos partir daqui para a segunda nota. Se é negocialmente concebível assumir a obrigação de cobrar créditos sobre terceiros (aos quais, também à semelhança da nossa lei, chamaremos, a partir de agora, «devedores») e até a de antecipar os respectivos valores sem as fazer depender do prévio conhecimento da identidade dos devedores (bastando fixar um limite à outorga de crédito e, se se quiser ser prudente, delimitar os devedores geograficamente), já a cobertura de riscos de crédito relativos a terceiros implica naturalmente a respectiva avaliação e, portanto, a dependência daquele conhecimento. É, com efeito, impensável, em termos de lógica empresarial, que alguém se obrigue a garantir a solvabilidade de outrem que não está ainda determinado.

Daqui decorre como necessária (8) a devolução para momento posterior ao da celebração do contrato de *factoring* da decisão do *factor* de assumir ou não os riscos de crédito. Por outras palavras: nos contratos de *factoring*, a par da regulação de certas relações deles emergentes, consta a disciplina de outros contratos cuja ocorrência as partes prevêem como possível mas a que nenhuma delas se obriga: aqueles pelos quais os *factors* assumem o risco da insolvabilidade dos devedores e, por vezes, também os que consubstanciam as antecipações de fundos.

A terceira nota, por sua vez, liga-se, nos seus desenvolvimentos jurídicos, à que acabamos de fazer. Embora seja obviamente possível (9) que o serviço de cobrança seja prestado sem que o prestador adquira os créditos, o que é facto é que se tornou co-natural ao *factoring* que tal aquisição se dê. Saber se as cessões estão completamente acordadas como tais nos contratos de *factoring* ou se neste

(7) Cfr. o segundo parágrafo do preâmbulo do Dec.-Lei 56/86.

(8) Só assim não seria se o cliente pudesse, desde logo, indicar todos os seus futuros devedores e a situação destes pudesse ser prevista como estável ao longo da execução do contrato. Esta alternativa não é, porém, real.

(9) E não só possível, pois — que, como aliás já referimos, países há em que certas operações de *factoring* parecem não envolver a transmissão dos créditos em causa.

está algo menos do que isso, ou algo de diferente, e o quê, é, assinalemo-lo desde já, um dos problemas de qualificação que os contratos em causa colocam. Na prática, o que se passa é que o cliente vai enviando ao *factor*, periodicamente, listas dos seus possíveis devedores, a fim de que o *factor* se decida quanto a se, e até que ponto (ou seja, montante), garante ou não a respectiva solvabilidade. O conhecimento da posição do *factor*, nas mais vezes, releva para a decisão do próprio cliente de vender a tais potenciais compradores, já que uma indicação negativa da parte do *factor* pode determinar o cliente a, pura e simplesmente, não vender⁽¹⁰⁾.

Quando as facturas relativas às vendas realizadas são, também periodicamente⁽¹¹⁾, enviadas ao *factor* pelo cliente, a fim de que este proceda à sua cobrança (em nome próprio, como resulta do que ficou indicado), é, pois, já possível ao cliente indicar se deseja ou não que o *factor* tome os ricos de crédito relativos aos débitos em questão.

Note-se, em quarto lugar, que a antecipação de fundos e a assunção de riscos de crédito não somente são previstas nos contratos como meramente eventuais (aquela, por vezes, só dependente de decisão do cliente, por o *factor* se obrigar desde logo a ela até certo limite, e esta sempre dependente também da decisão do *factor*, tomada nos termos antes expostos, isto é, normalmente antes do nascimento do crédito) como não dependem uma da outra. Os *factors* podem, em relação a cada crédito, prestar um serviço sem prestar o outro. Só o serviço de cobrança é omnipresente — e não apenas no sentido de que só há antecipação de fundos ou assunção de riscos em relação a créditos que o cliente entregue para cobrança, mas ainda no de que o serviço de cobrança abrange, ao menos tendencialmente, a totalidade dos créditos do cliente sobre os que lhe sejam devedores por virtude de lhe terem comprado bens ou serviços. Com efeito, os *factors* incluem nos seus contratos-tipo uma cláusula, dita de «globalidade» ou de «universalidade», segundo a qual o cliente se

⁽¹⁰⁾ Cfr. o n.º 1, d), primeira parte, do Aviso 5/86, publicado no *Diário da República*, 1.ª Série, de 18 de Abril de 1986 (Aviso que veio impor um conjunto de obrigações às sociedades de *factoring*, nomeadamente no que toca aos contratos a celebrar com os clientes).

⁽¹¹⁾ Cfr. o n.º 1, c), do citado Aviso 5/86.

obriga a entregar-lhes para cobrança todos os seus créditos daquele tipo não expressamente exceptuados *a priori* (12).

E o falarmos em tipo de crédito introduz-nos na quinta destas notas, destinada a sublinhar referências já feitas e a acrescentar algo mais sobre as características dos créditos a que os contratos de *factoring* se referem. Trata-se de pôr em relevo que os financiamentos que o *factor* proporciona ao cliente estão geneticamente ligados às vendas deste e apenas às de dada natureza. São uma mera antecipação das receitas que se prevêem por virtude de vendas efectuadas com espera de preço. Daqui deriva a restrição do serviço de cobrança às vendas a prazo (a curto prazo, já que os *factors*, como aliás o citado art. 1.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 56/86 impõe, limitam a sua intervenção a créditos de tal duração). Mas é também aqui que se deve buscar a compreensão das bases em que os *factors* assentam as suas decisões de outorga de crédito. Em caso de não assunção do risco de insolvibilidade dos devedores, eles partem da análise da situação do cliente; em caso de assunção de tal risco, da análise da situação dos devedores. E, como a recolha sistemática da informação sobre quem no mercado apenas intervém como consumidor é impossível, ou, pelo menos, extremamente dispendiosa, bem se compreende que os créditos que os *factors* tomam seja apenas os nascidos de vendas a empresas, ou a entes para-empresariais, e já não os gerados por vendas a consumidores. Restará apenas dizer que para esta última restrição dos créditos que são objecto possível do *factoring* concorre ainda o óbvio interesse que os *factors* têm de evitar uma excessiva dispersão dos devedores.

É bem de ver que os contratos de *factoring*, no seu clausulado e na dinâmica da sua execução, «não se resumem» (isto é, não se confinam) ao que ficou escrito. Parecem-nos, contudo sintetizáveis deste modo, já que as restantes previsões contratuais e respectivas execuções ou são meras pormenorizações do que ficou alinhado ou não desempenham papel definidor.

Estão no primeiro caso as cláusulas sobre prazos (de duração do contrato, de pagamento pelo *factor* ao cliente dos créditos cedidos — normalmente resultante do cálculo de um prazo médio de venci-

(12) Cfr. o n.º 1, b), do Aviso 5/86.

mento dos preços das vendas⁽¹³⁾ —, de vigência da obrigação de assumir o risco de crédito dos potenciais devedores), as relativas ao processo de indicação dos créditos cedendo pelo cliente ao *factor*⁽¹⁴⁾ e as concernentes à notificação aos devedores das cessões.

Embora de surgimento recorrente, correspondem ao segundo caso as cláusulas ditas de exclusividade (pelas quais o cliente se obriga a não celebrar contratos com outro *factor*), as que obrigam o cliente a seguir certas condições de venda, as que atribuem ao *factor* o direito de acesso à escrituração do cliente, as que delimitam os créditos cedendo em função da sedeação dos deveres (particularmente relevantes nos casos em que os créditos resultam de exportações) e as que respeitam à prestação pelo *factor* de outros serviços (de contabilidade, v. g.) conexos⁽¹⁵⁾ com os que ficaram apontados como nucleares desta figura contratual.

3. Justificação da descrição

A descrição antecedente, aqui e ali, consoante se foi referindo, também sustentada pela lei e pelo regulamento em vigor, corresponde essencialmente ao que o autor reteve, como traços essenciais, da literatura que consultou⁽¹⁶⁾ e também, e talvez sobretudo, ao que averiguou junto das duas empresas de *factoring* existentes em Portugal⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ Cfr. o art. 4.º, n.º 1, do Dec.-Lei 56/86.

⁽¹⁴⁾ Cfr. o n.º 1, c), do Aviso 5/86.

⁽¹⁵⁾ Cfr. o art. 2.º, n.º 2, do Dec.-Lei 56/86.

⁽¹⁶⁾ Na verdade, a descrição em causa foi redigida, numa primeira versão, sem recurso a qualquer consulta pontual, após o que foi «retocada», com o que se foi rememorar em: RENZO BIANCHI, *Il factoring e i problemi gestionali che comporta*, Torino, 1970, em especial aos seus três primeiros capítulos; EDUARDO BERMUDEZ RUIZ, *El factoring*, in *Nuevas fórmulas de financiación, leasing, factoring, eurodolar*, Madrid, 1972, em especial págs. 40 a 43; CLAES-OLOF LIVIJN, *Export factoring in Case histories in trade financing*, Euro-money Publications, London, 1984, págs. 32 e 33; ROBERTO RUOZI e BRUNO ROSSIGNOLI, *ob. cit.*, em especial ao seu segundo capítulo.

⁽¹⁷⁾ Seguindo a ordem derivada da sua antiguidade, a International Factors Portugal, SA e a Heller Factoring Portuguesa, SA. O autor regista

Tem-se consciência de que entre o panorama que se traçou e algumas outras descrições e definições existem divergências. E não nos referimos a opiniões de qualificação jurídica — às quais, até agora, procurámos fugir, na medida do possível — mas, pura e simplesmente, a percepções pré-jurídicas. Resultam tais divergências de diferentes avaliações do peso definidor de certas características e, sobretudo, da consideração de realidades distintas.

É que, o universo das práticas negociais apelidadas de *factoring* é muito amplo, englobando variantes que não se pretendeu abranger na descrição que se levou a cabo. Ilustrando esta afirmação, referir-se-ão o que nas práticas norte-americana e inglesa é chamado, respectivamente, de *non notification factoring* e de *undisclosed factoring* (ou seja, operações em que os *factors* não são revelados aos devedores⁽¹⁸⁾) e a definição do *Unidroit*⁽¹⁹⁾ segundo a qual merece a qualificação de contrato de *factoring* todo aquele em que alguém assegura à contraparte dois dos seguintes quatro serviços: financiamento, contabilização, cobrança e protecção contra riscos de crédito.

No primeiro exemplo está ausente o serviço de cobrança a que conferimos pesada carga notatória. No segundo, admitem-se combinações (v. g., todas aquelas que excluem a cobrança e ainda a que só incluía contabilização e cobrança) que também não correspondem à nossa descrição.

Está-se, porém, convicto da bondade das opções tomadas. Se se tivesse procurado abranger todas as práticas contratuais que têm sido apelidadas de *factoring*, não só se teria sido obrigado a uma descrição demasiado longa, como, e o que é mais relevante, não

aqui o seu reconhecimento a ambas as empresas pelos elementos facultados, dirigindo-o, em especial, aos Senhores Alberto A. Marques da Costa e Dr. António Machado, colaboradores de uma e de outra, respectivamente, os quais, com grande amabilidade, se dispuseram a prestar todos os esclarecimentos pedidos.

(18) O que é conseguido através de várias formas, parecendo que nalgumas, como adiantámos nas notas (4) e (9), pode não haver sequer transmissão de créditos. Uma de tais formas é a cobrança ficar a cargo do cliente, agindo este sem revelar a alienação. V. BIANCHI, *ob. cit.*, págs. 17 a 20 e 41 e segs..

(19) Por último, no Estudo LVIII, Documento 24 sobre *factoring*. V. o art. 1.º, n.º 1, b).

se teria alcançado delinear *uma* figura. Com efeito, procurou-se que a descrição fosse suficientemente elástica para compreender o maior número possível das várias modalidades ⁽²⁰⁾ de *factoring*, mas julgou-se que os ganhos de uma maior universalidade não compensariam as perdas de operatividade. Até porque a realidade portuguesa, com a qual este estudo visa primacialmente lidar, não reclama um maior alargamento do tipo.

Na verdade, embora o legislador, no articulado do Dec.-Lei n.º 56/86, não estabeleça a necessidade da presença do serviço de cobrança ⁽²¹⁾, o que é facto é que, segundo apurámos, na prática negocial ele é omnipresente. Quanto à antecipação de fundos e à cobertura de riscos de crédito, conquanto a lei, no seu articulado, os tenha tratado diferentemente, calando-se relativamente a esta e referindo-se àquela (no art. 4.º) como eventual, a verdade é que, na prática negocial, ambas estão também, nos termos atrás expostos, sempre previstas e ambas são, efectivamente, na execução dos contratos, de verificação muiússimo frequente. E julgamos óbvio, por todas as razões (liberdade de contratar, preâmbulo do diploma, invocação pela legislação do *nomen factoring*), que não será a falta de previsão da lei que postergará a possibilidade de cobrir o risco de crédito ⁽²²⁾.

Um preceito legal reclama ainda, a este propósito de estabelecimento do tipo contratual em vista, a nossa atenção. Trata-se do

⁽²⁰⁾ A que correspondem, na prática negocial, designações específicas, como *conventional factoring* (onde há antecipação de fundos), *maturity factoring* (onde não há tal antecipação), «sem recurso» e «com recurso» (consoante há ou não assunção do risco de crédito pelo *factor*), etc.. V. autores citados na nota (16) e ainda FERNANDO JOSÉ DE SOUSA, *O factoring em Portugal*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXVI, 1979, em especial págs. 266 e segs.

⁽²¹⁾ Da transmissão de créditos não decorre que tenha de ser o transmissário a cobrá-los. Como referimos a propósito do *non notification factoring* e do *undisclosed factoring*, pode fazê-lo o transmitente, e até sem revelar a alienação (v. g., agindo ao abrigo de um mandato sem representação).

⁽²²⁾ Ou, talvez melhor, a possibilidade de não cobrir o risco de crédito, já que, transmitidos os créditos, o risco de os mesmos não serem pagos recai em princípio sobre o adquirente. É, pois, a não cobertura do risco de crédito que é necessário prever (através da cláusula chamada «com recurso»). V. *infra* nota (33).

art. 2.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 56/86 que, pomposamente, nos diz que se compreendem na actividade de *factoring* «acções complementares de colaboração das empresas que a ela se dedicam com os seus clientes, designadamente de estudos dos riscos de crédito e de apoio jurídico, comercial e contabilístico à boa gestão dos créditos transaccionados». Pondo de lado as fórmulas vazias, temos: o estudo do risco de crédito e o apoio — jurídico, comercial e contabilístico — à gestão dos créditos transmitidos. Retirando o apoio jurídico (que, para um literalista, poderia querer significar que o legislador tinha assim retirado aos advogados e solicitadores o monopólio — cfr. o art. 53.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 84/84, de 16 de Março — das actividades profissionais tendo por objecto os serviços jurídicos⁽²³⁾), temos a acrescentar aos serviços que as sociedades de *factoring* podem prestar apenas os de contabilização, já que o estudo dos riscos de crédito e o apoio comercial à boa gestão dos créditos transaccionados estão, pelo menos parcialmente, incluídos, explícita ou implicitamente, na descrição que fizemos do desenrolar das operações. E não serão tais eventuais serviços contabilísticos — aliás só prestados pelas empresas portuguesas de *factoring* na exacta medida em que são inerentes ao desenrolar da operação tal qual ficou descrita — que virão contender com descrição que deixámos feita do tipo contratual em causa.

Dir-nos-ão que tal tipo não corresponde ao que deriva da lei, mas antes ao que se pode apreender da prática negocial. E estaremos de acordo, convencidos, como ficou dito, de que, ao termos optado por assim fixar o objecto de estudo, obtivemos utilidades que não obteríamos caso lidássemos meramente com o que decorre da lei. E ousaremos até dizer que não se tratou de preferir o tipo negocial ao tipo legal, mas, pura e simplesmente, de ordenar o tipo do *factoring*, por da lei não decorrer nenhum tipo⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾. A justificação cabal, desta última, afirmação não é, porém, possível nos limites deste trabalho.

(23) O que o legislador certamente quis evocar, foi a prática de a cobrança judicial dos créditos transmitidos, mesmo a daqueles que o tenham sido «com recurso», ficar a cargo dos *factors* e dos advogados destes.

(24) Embora num quadro diferente — por ausência de lei específica sobre o *factoring* — realça expressamente a necessidade de, previamente a qualquer discussão, fixar o tipo em vista, a partir dos clausulados da prática contratual,

4. Natureza do contrato de *factoring*

Pese embora a sua extensão, o Dec.-Lei n.º 56/86 dedica poucos preceitos ao *factoring* enquanto contrato, já que se refere sobretudo ao regime das sociedades que tomem esta actividade por objecto. E se, em princípio, a natureza jurídica deve ser retirada do regime, é também verdade que, quando a lei é omissa sobre dado problema, a fixação da natureza da figura se pode tornar um *primum* relativamente à determinação do regime. Ora, o Dec.-Lei n.º 56/86 nada contém de relevante para o regime do contrato de *factoring* para além do que já ficou referido ao descrever as operações em que se resolve (ou que o resolvem). Podemos e devemos, pois, avançar, sem mais, para o problema da natureza do contrato.

De outros países vêm-nos as, aparentemente, mais desencontradas teses. Cessão de créditos, penhor de créditos, subrogação voluntária, seguro de créditos, desconto, compra e venda, mútuo, dação em pagamento, dação em função do pagamento, contrato preliminar, contrato normativo, tudo, ou quase tudo, se tem alvitrado⁽²⁶⁾.

Antes de entrar na sua apreciação, há lugar a duas observações. A primeira para fazer ressaltar que algumas das divergências se ficam a dever meramente, mas como muitas vezes acontece a propósito dos negócios legalmente atípicos, a os autores não terem em vista sempre o mesmo tipo contratual (ou dele não terem a mesma percepção): Valham aqui como exemplos as teses que vêm no *factoring* o penhor de créditos e a subrogação voluntária. Quando o clausulado contra-

UGO CARNEVALI, *I problemi giuridici del factoring in Le operazioni bancarie (a cura di Giuseppe B. Portale)*, Milano, s.d. (1980?), pág. 801.

⁽²⁵⁾ Sobre a ideia de tipo contratual, permitimo-nos remeter para o nosso *A locação financeira — estudo jurídico do leasing financeiro*, Lisboa, s.d. (mas 1983), págs. 85 e segs., para a bibliografia aí citada e ainda para MARIA COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, *passim*.

⁽²⁶⁾ V. UGO CARNEVALI, *I problemi giuridici del factoring*, loc. cit., págs. 807 e segs., MARIA COSTANZA, *ob. cit.*, págs. 183 e segs., MICHELE SPINELLI e GIULIO GENTILE, *Diritto bancario*, Padova, 1984, págs. 318 e segs., GEORGIO FOSSATI e ALBERTO PORRO, *Il factoring, aspetti economici, finanziari e giuridici*, Milano, 1980 (2.ª edição), págs. 154 e segs. e RENÉ RODIÈRE, *Droit commercial*, Paris, 1975 (7.ª edição), págs. 224 e segs.

tual⁽²⁷⁾ é inequívoco no sentido de as partes quererem uma transmissão de créditos⁽²⁸⁾, não valerá certamente a pena esgrimir pela tese do penhor de créditos, (ao qual, no entanto, haverá, também, certamente, lugar noutros casos, nomeadamente nalguns de *undisclosed factoring*). No que à subrogação toca, o que há a ter em conta é que os juristas da prática francesa foram obrigados a recorrer a ela para a construção do *factoring*, a fim de conseguirem fugir às formalidades da cessão de créditos no seu Direito⁽²⁹⁾.

(27) Lembre-se que os autores trabalham — por força do carácter legalmente atípico do *factoring* — sobre tipos negociais e não sobre tipos legais.

(28) No caso português, a própria lei obriga a tanto — art. 1.º, n.º 1, do Dec.-Lei 56/86.

(29) O art. 1690.º do *Code Civil* exige, para que a cessão produza efeitos, ou a notificação (judicial entenda-se) ao devedor ou a aceitação deste «dans un acte authentique». É, contudo, de notar que a lei n.º 81-1, de 2 de Janeiro de 1981, conhecida por «lei Dailly» (sobre ela v. MICHEL VASSEUR, *L'application de la loi Dailly*, in *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique, XL, 1982, págs. 273 e segs.), veio tornar possível aos estabelecimentos de crédito adquirirem dos seus clientes, em contrapartida de créditos concedidos, créditos resultantes das «actividades profissionais», através da simples entrega de «bordereaux» representativos dos créditos assim cedidos. BERNARDINO LIBONATI, no artigo *Il factoring*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano LXXIX (1981), Julho-Dezembro, págs. 328 e 329, alude, ainda que em termos imprecisos, ao recurso a tal novo mecanismo pelos *factors* franceses; não conseguimos, porém, obter pormenores adicionais, nem sequer confirmação de tal notícia.

Refira-se ainda que na Bélgica o art. 1690.º do *Code* foi derogado logo em 1958, por uma lei de 31 de Março, que, no seu art. 13.º, prevê que «todo o crédito nascido de actividades profissionais, comerciais ou civis e que seja usual representar por uma factura pode ser cedido ou empenhado através do endosso da factura ou de uma cópia certificada da mesma», restringindo o art. 15.º da mesma lei tal possibilidade, ao dizer que «o endosso só é válido se feito a favor de um banco ou de um estabelecimento de crédito». A notificação do endosso ao devedor pode ter lugar por mero aviso enviado por carta postal registada com aviso de recepção, por força do art. 16.º do diploma em causa.

Sobre a matéria referida nesta nota, à excepção da lei *Dailly*, v. YVES CHAPUT, *La transmission des obligations en droit bancaire français* e B. DHAEYER, *L'affacturage en droit belge*, ambos in *La transmission des obligations (travaux des IX Journées d'études juridiques Jean Dabin)*, Bruxelles, Paris, 1980, o primeiro a págs. 374 e segs. e o segundo a págs. 403 e segs.; sobre a utilização da figura da subrogação para viabilizar o *factoring* em França, v. C. GAVALDA e J. STOUFFLET, *Droit de la banque*, Paris, 1974, págs. 630 e segs..

Uma segunda observação sublinhará que algumas das várias qualificações não se excluem mutuamente. Com efeito, não é por assentarmos estar perante uma cessão de créditos que deixamos de poder estar também face a uma compra e venda, tal como podemos dizer que o contrato de *factoring* é um contrato normativo sem com isso pormos de lado a consideração de que no *factoring* há lugar à figura da cessão de créditos.

Isto posto (e afastadas concomitantemente as teses da subrogação e do penhor de créditos, por não adaptadas ao tipo que estabelecemos), comecemos por dizer que, se contrato normativo é todo o *pactum de modo contrahendi* ⁽³⁰⁾, o contrato de *factoring* é um contrato normativo. Nele se regula não só o serviço de cobrança, que é de ocorrência certa, como também a cobertura de riscos de crédito e as antecipações de fundos, que são de ocorrência incerta ⁽³¹⁾. Assim, o contrato de *factoring* contém, para além de uma parte em que a regulação de interesses que estabelece é de execução obrigatória para ambos os contraentes, uma outra em que somente se dispensa que posteriormente acordos se refiram ao modo, havendo necessariamente lugar à livre celebração de negócios jurídicos para que as disposições do contrato de *factoring*, nessa parte, produzam efeitos.

Esta qualificação, porém, pouco ou nada nos ajuda no problema do regime do *factoring*. Por exemplo, um problema tão relevante ⁽³²⁾ como o de saber se o *factor* adquire automaticamente os créditos do cliente sobre os devedores quando os mesmos se constituem ou se apenas os adquire após o «envio das facturas» em cada fica respondido. Para a sua resolução o que importa é saber se o contrato de *factoring* contém e regula uma mera promessa de cessão ou uma cessão de crédito futuros.

⁽³⁰⁾ Cfr. MARIO DOSSETTO, *Contrato normativo* in *Novissimo digesto italiano*, IV, pág. 663. V. também FRANCESCO MESSINBO, *Contratto normativo e contratto-tipo* in *Enciclopedia del diritto*, X, págs. 116 e segs..

⁽³¹⁾ Embora, quando o *factor* se tenha, desde o início, obrigado a antecipar fundos, só a cobertura de riscos de crédito corresponda, para ele, à celebração livre de um negócio jurídico.

⁽³²⁾ As consequências práticas da opção são muitas e importantes: pense-se, por exemplo, na hipótese de o cliente «não enviar» ao *factor* algum dos seus créditos e em qual o destino dos créditos, já nascidos mas «não enviados», em caso de falência do cliente.

Por outro lado, e como resulta do atrás referido, falar em cessão de créditos, de uma banda, e em compra e venda ou prestação de serviços, de outra, é falar de figuras que resultam de prismas diversos de consideração dos fenómenos jurídicos. Dizer que há cessão de créditos é pouco (ou nada) elucidativo quanto à substância do negócio; ceder um crédito apenas significa que se transmite voluntariamente a posição activa numa relação jurídica obrigacional, sem que nada se refira quanto ao «porquê» dessa transmissão. Pode-se ceder um crédito, por exemplo, vendendo-o, doando-o, solvendo, garantindo, para que seja cobrado, ou para obter simultaneamente várias utilidades. Ao qualificar um negócio como cessão, está-se apenas a considerá-lo estruturalmente, com abstracção de outros ângulos de observação, nomeadamente do funcional, a passo que ao falar em compra e venda se está a identificar algo com um esquema negocial, não só legalmente como socialmente, típico, funcionalmente marcado (troca de um valor sob forma concreta por dinheiro — valor sob forma abstracta).

Fica assim, no essencial, explicada a extrema diversidade de qualificações que sobre o *factoring* têm recaído. E fica também exposta a necessidade de, antes de mais, verificar se todos os serviços prestados pelos *factors* o são pela forma da cessão de créditos (ainda independentemente de apurar se no contrato de *factoring* há cessão ou promessa de cessão, o que abordaremos a final).

Ora, na verdade, a cessão de créditos é forma do serviço de cobrança, da cobertura dos riscos de crédito e das antecipações de fundos. Quer o contrato de *factoring* contenha uma cessão ou uma promessa de cessão, a executar posteriormente, é por meio desta figura que o *factor* fica legitimado para exigir dos devedores o pagamento; através do mero aditamento⁽³³⁾ da «cláusula sem recurso» é prestado o serviço de cobertura de riscos de crédito; e pela antecipação do preço da cessão é concedido crédito. Melhor exemplo da polivalência da estrutura que a cessão de créditos é dificilmente se obteria.

(33) Se nos contratos não se previsse, como prevê, que, na falta de acordo posterior, os créditos são transmitidos «com recurso», a assunção do risco de insolvabilidade dos devedores seria mera decorrência da transmissão. Cfr. o art. 587.º, n.º 2, do Código Civil.

Isto verificado, cabe perguntar se essas várias funções que a cessão desempenha permitem reconduzir o *factoring* a algum dos tipos contratuais legais prévios a ele.

A resposta parece-nos que só pode ser que o contrato de *factoring* não é reconduzível a qualquer de tais tipos contratuais, isoladamente considerados. Olhando primeiro para os que elencámos, diremos que à recondução à compra e venda ou ao seguro se opõe, pelo menos, o carácter eventual da cobertura do risco de crédito; ao divisar do mútuo ou do desconto obsta, também pelo menos⁽³⁴⁾, o carácter eventual da antecipação de fundos.

Mais feliz⁽³⁵⁾ seria a aproximação à comissão (sendo o *factor* o comissário), nomeadamente acoplada da cláusula *del credere*. Mas aqui seria a antecipação de fundos, quando inicialmente prevista, a não ser integrada.

Na verdade, não é apenas um de tais contratos que serve de base às cessões (para empregar a terminologia do art. 578.º, n.º 1, do Código Civil). São dois ou mais de tais contratos, ou a soma de fracções deles, ou algo que, tendo traços comuns com esses contratos, é unitário e inovador.

Contrato misto, união de contratos (v. g., de comissão e de promessa unilateral de mútuo), contrato legalmente atípico? Mais uma vez⁽³⁶⁾ esbarrámos na necessidade de pensar no significado e nas consequências de tal qualificação⁽³⁷⁾.

(34) Para quem inclua entre as características do desconto estar o crédito representado por título negociável, óbvio será existir outrossim a dificuldade inultrapassável de as facturas não serem, no nosso Direito, títulos negociáveis. Sobre a noção de desconto, v. FERNANDO OLAVO, *Desconto Bancário*, Lisboa, 1955, *passim*, *maxime* pág. 13; sobre a distinção entre desconto de créditos não incorporados em títulos negociáveis e antecipação de fundos, v. págs. 155 e segs.

(35) Até por razões de génese histórica. Recorde-se o que se disse na nota (1) e explicita-se agora que as práticas dos *factors* tradicionais (isto é, dos meros mandatários comerciais, que só acessoriamente desempenhavam funções financeiras) se aproximavam das dos comissários.

(36) Referimo-nos ao nosso já citado *A locação financeira...* V. *supra*, nota (25).

(37) Quais são as consequências de optar entre as qualificações de contrato misto e de união de contratos (supondo que se estabeleceu uma linha divisória clara entre as figuras)? As qualificações de contrato legalmente

E não tendo possibilidade de voltar agora a essa reflexão, abdicamos — temporariamente — de opinar.

Para terminar, retornaremos a, atrás deixada em suspenso, questão de saber se no contrato de *factoring* as transmissões de créditos, enquanto enformadoras do serviço de cobrança (e só nesta medida, pois que, como ficou assinalado, a cobertura de riscos de crédito e as antecipações de fundos não decorrem meramente do contrato), surgem definitivamente acordadas ou apenas prometidas.

Uma vez admitida a credibilidade de créditos futuros⁽³⁸⁾, o problema resolve-se em sede de interpretação da vontade contratual. Nem se diga⁽³⁹⁾ que à tese da cessão de créditos futuros obsta a dependência das cessões de actos dos *factors* configurando condições potestativas *a parte debitoris*: no tipo que deixámos descrito, não são as cessões, no seu todo, que dependem de actos em que há inovação na regulamentação de interesses estabelecida, mas apenas o seu aproveitamento para a cobertura dos riscos de crédito e, por vezes, para a antecipação de fundos — o objecto das obrigações de alienar e da adquirir é composto por todos os créditos nascidos das vendas ou prestações de serviços efectuadas pelo cliente. Assim, tudo estará em saber se as partes quiseram que as transmissões⁽⁴⁰⁾ dos créditos

atípico, de um lado, e de contrato misto ou união de contratos, de outro excluem-se mutuamente? Quais os critérios para a aplicação aos contratos legalmente atípicos de normas vigentes para os típicos? Etc.... Na doutrina portuguesa, estes problemas estão tratados em várias obras gerais, nas lições de Direito das Obrigações e ainda em ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *União de Contratos. Contratos Mistos* in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 91, págs. 11 e segs., *maxime*, págs. 14 e 43, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em geral*, 3.ª edição, Lisboa, 1965, a págs. 382 e segs., e ANTUNES VARELA, *Contratos mistos*, in *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, vol. XLIV, 1968, págs. 143 e segs., *maxime* págs. 149 e 151.

⁽³⁸⁾ V. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1982 (reimpressão), págs. 225 e segs. e ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Cessão de créditos ou de outros direitos*, in *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, vol. XXX, 1954, págs. 221 e segs.

⁽³⁹⁾ Levantando uma dificuldade com algumas analogias com esta, para a superar, aliás em termos diferentes dos nossos, v. UGO CARNEVALI, *I problemi giuridici del factoring*, loc. cit., pág. 805.

⁽⁴⁰⁾ A fórmula não é, intencionalmente, neutra face à querela entre as teorias ditas «de transmissão» e «da imediação», que se defrontam a propósito

se dêem logo que nascidos, desempenhando o «envio de facturas» um mero papel de informação, ou se quiseram apenas obrigar-se a alienar e a adquirir.

Em resumo: o *factoring*, com as características que lhe assinalámos, é um contrato construído na prática negocial com recurso ao esquema estrutural de cessão de créditos, irrecondutível a qualquer dos tipos contratuais legais pré-existentis, isoladamente considerados. Quando as partes não tenham prevenido o problema a resolver, a lei especial sobre *factoring* sobre ele não disponha e as regras da cessão de créditos forem insuficientes, haverá que recorrer não só às normas comuns aos contratos e aos princípios gerais, mas também, estamos certos, a regras dítadas para certos tipos contratuais. Quanto ao critério para a aplicação destas últimas, tudo dependerá do que, em tese geral, se pense sobre contratos mistos, uniões de contratos e contratos atípicos (*) (**).

da estrutura de cessão (constituição do crédito ainda na esfera do cedente e subsequente transmissão ou constituição do crédito desde logo na esfera do cessionário). Seguindo MOTA PINTO (*ob. cit.*, págs. 227 e segs.), aderimos, pois, à primeira.

(*) Para além dos agradecimentos que registámos *supra*, na nota (17), manifestamos ainda o nosso reconhecimento à Senhora Dr.^a Teresa Sapiro Anselmo Vaz, que nos forneceu várias indicações bibliográficas.

(**) Na ignorância de que esta publicação viria a ter lugar, assumimos com a *Revista Jurídica* da AAFDL o compromisso de nela publicar o texto que escrevemos para servir de base à nossa intervenção nas *Jornadas*. Estas «notas» foram assim já dadas à estampa no n.º 8 daquela Revista.