

Execução de título extrajudicial - *Factoring* - Nota promissória exigida ao faturizado como garantia do contrato - Nulidade - Inadimplemento - Risco do faturizador - Contrato de fomento mercantil - Ausência de assinatura de testemunhas - Inexistência de certeza, liquidez e exigibilidade - Extinção da execução

Ementa: Embargos do devedor. Execução de título extrajudicial. Contrato de fomento mercantil. *Factoring*. Nota

promissória dada em garantia. Impossibilidade. Risco do faturizador. Contrato. Requisitos de título executivo. Ausência. Execução extinta.

- Figura como obrigação principal do faturizador no contrato de *factoring* pagar o preço pelas faturas que são apresentadas pelo faturizado e assumir o risco do inadimplemento dos seus respectivos devedores. Portanto, qualquer garantia exigida ao faturizado pelo faturizador é tida como nula, sendo que, exigida pelo faturizador nota promissória como garantia do contrato de *factoring*, esta se mostra ilícita e injurídica.

- O contrato de fomento mercantil que embasa o pedido de execução, não assinado por duas testemunhas, como exige o art. 585, II, do CPC, não se presta ao manejo da ação de execução, porquanto não se reveste dos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade, exigidos pelo art. 580 do mesmo *codex legal*.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.11.007047-4/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: José Geraldo de Melo - Apelado: Macro Fomento Mercantil Ltda. - Relator: DES. FRANCISCO BATISTA DE ABREU**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA DECRETAR A EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2013. - Francisco Batista de Abreu - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. BATISTA DE ABREU - Relatório.

Cuida-se de embargos do devedor opostos por José Geraldo de Melo, em face da execução de título extrajudicial, baseada em contrato de fomento mercantil e nota promissória, ajuizada por Macro Fomento Mercantil Ltda., alegando o embargante a ausência de título válido, porque o contrato não se encontra assinado por duas testemunhas, e que inexigível a nota promissória, uma vez que emitida para garantir contrato de *factoring*, perdendo, como tal, a autonomia. Arguiu a sua ilegitimidade passiva, uma vez que não é titular da obrigação de pagamento do débito exequendo. No mérito, alegou que, na realidade, as empresas realizaram operação de desconto de títulos, atividade privativa de instituição financeira; que estão sendo cobrados juros além do limite permitido; que houve descumprimento contratual por parte da embargada; e que há excesso de execução.

Impugnação nas f. 97/117, sustentando a embargada, em síntese, a eficácia executiva da nota promissória e a legitimidade do embargante, tendo em vista que o aval é obrigação formal, autônoma e independente, não

podendo o avalista discutir a origem do título. Sustentou a validade dos títulos exequendos, que lhe foram cedidos em operação de *factoring*, devidamente autorizada pelo COAF, nos termos do art. 9º da Lei 9.613/98. Quanto ao excesso alegado, afirmou que, na ausência de aplicação de juros nos contratos de fomento mercantil, não se cogita a respeito de revisão do valor do deságio. Pugnou pela aplicabilidade da pena por litigância de má-fé e pela improcedência dos embargos.

Agravo retido contra a decisão que encerrou a fase de instrução, interposto pelo embargante, nas f. 174/177.

A sentença de f. 185/188, ao fundamento de que não há prova de pagamento e de que os títulos possuem autonomia, não se vinculando à origem do débito, além de que a nota promissória vinculada ao contrato é título hábil para garantir a avença particular de fomento mercantil, ainda que falte a assinatura de duas testemunhas, porque as partes estavam cientes do negócio, julgou improcedentes os embargos.

No recurso de apelação de f. 195/224, o embargante João Geraldo de Melo reitera as preliminares de inexistência de título executivo válido, tendo em vista a invalidade da nota promissória como garantia dada à operação de *factoring*, além de que não consta do contrato a assinatura de duas testemunhas; de ausência de certeza, exigibilidade e liquidez dos títulos; e a sua ilegitimidade passiva para o polo da execução. No mérito repete as alegações da inicial e, por fim, pugna pela redução da verba honorária advocatícia, sendo que, deferidos os benefícios da justiça gratuita (f. 95), não cabe tal condenação.

Contrarrazões às f. 228/246.

Em apenso, constam os autos da Apelação Cível nº 1.0701.11.007077-1/001, interposta por Vilma Estelina de Oliveira em face da sentença de f. 390/393, que julgou improcedente o pedido nos embargos opostos à execução ajuizada por Macro Fomento Mercantil Ltda., com base no mesmo título.

Esse é o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Primeiramente, importante consignar que o apelante não requereu expressamente a apreciação do agravo retido que aviara contra decisão indeferitória da produção das provas requeridas, razão pela qual, amparado no art. 523, *caput* e §1º, do Código de Processo Civil, dele não conheço.

Como visto, pretende o apelante a nulidade da execução, baseada em contrato de fomento mercantil e nota promissória dada em garantia a esse contrato, sustentando a inexistência de título executivo válido, uma vez que não se admite garantia na operação de *factoring*, além de que o contrato firmado entre a apelada e a empresa contratante, Oliveira & Santos Comércio de Calçados Ltda., no qual figura como devedor solidário, não contém a assinatura de duas testemunhas,

não possuindo a nota promissória autonomia para ser cobrada sozinha.

Com efeito, verifica-se que a execução se baseia em contrato de *factoring* (fomento mercantil), firmado entre a empresa executada, Oliveira & Santos Comércio de Calçados Ltda., e a apelada, no qual figura o apelante como responsável solidário (f. 47/53), tendo aquela empresa se comprometido a realizar cessão de crédito à empresa exequente, ora apelada, para que essa os cobrasse. Em garantia, aquela empresa deu à exequente, nota promissória no valor de R\$150.000,00.

Saliente-se, de início, que, no contrato de fomento mercantil, assume o faturizador, como obrigação principal, a responsabilidade de pagamento do preço das faturas que são apresentadas pela faturizada, no caso, a empresa embargante Oliveira & Santos Comércio de Calçados Ltda., referentes aos créditos provenientes de vendas mercantis. O faturizador, nesse caso, assume expressamente o risco do inadimplemento dos seus respectivos devedores.

Portanto, qualquer garantia exigida ao faturizado pelo faturizador é nula, ao passo que o risco do inadimplemento dos devedores dos títulos de crédito cedidos em virtude do contrato de *factoring* é imanente à situação jurídica em que se encontra o faturizador.

Conforme já me manifestei em feito assemelhado a este, não há tratamento legal no ordenamento jurídico brasileiro para o contrato de *factoring*, salvo a definição que lhe é dada no art. 15, §1º, d, da Lei nº 9.249/95, que altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido e dá outras providências. Logo, a doutrina e a jurisprudência têm se encarregado de delimitar seus caracteres principais e obrigações das partes. Ambas já caminham no sentido de que a responsabilidade do faturizador pelo risco do inadimplemento dos créditos que lhe foram cedidos não pode ser ilidida ou diminuída por prestação de garantia, sendo esta ilícita e injurídica.

É esse o posicionamento da jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça, a exemplo dos seguintes arestos:

Ementa: Embargos à execução. Contratos de *factoring*. Nota promissória emitida em garantia. Impossibilidade. - É inexigível a nota promissória passada pelo faturizado em garantia ao contrato de *factoring*, em caso de inadimplência dos devedores emitentes dos títulos não pagos, porquanto a característica marcante desse tipo de operação é o risco da atividade assumido pela empresa faturizadora. (Ap. 1.0024.07.499617-4/001. Rel. Des. Tiago Pinto. DJ de 30.07.2009.)

Sustação de protesto. Nota promissória. Garantia. Contrato de faturização. Risco. Faturizador. Nulidade. Inexigibilidade. Apointamento a protesto. Danos morais. Inexistência. - A nota promissória dada como garantia no contrato de faturização ou *factoring* é nula, por tratar-se de contrato de risco. A nota promissória vinculada a contrato torna-se obrigação acessória, perdendo a autonomia e a abstração, não podendo ser cobrada autonomamente. O mero apontamento

a protesto não gera para a empresa emitente do título danos morais, por não se configurar restrição de crédito ou abalo à confiabilidade, à sua honra ou ao prestígio da empresa apontada. Pode o juiz arbitrar equitativamente os honorários do advogado. Vindo a sofrer o pedido inicial redução em juízo, a sucumbência não é mínima, devendo os ônus ser rateados entre as partes de forma recíproca e proporcional. (Ap. 2.0000.00.495534-6/000. Rel. Des. José Amâncio. DJ de 20.06.2007.)

Embargos à execução. Contrato de *factoring*. Direito de regresso. Inaplicabilidade. Nota promissória. Emissão em garantia. Título inexigível. Nulidade da execução. - Nos contratos de fomento mercantil, o faturizado cede seus créditos ao *factor*, que assume os riscos de seu recebimento, não sendo cabível o direito de regresso. Não tem força executiva a nota promissória emitida com o intuito de garantir operação de *factoring*, atividade cujo risco, pela natureza jurídica, é do faturizador. Não preenchendo o título os requisitos de exigibilidade, torna-se nula a execução por ele instruída, nos termos do art. 618 do CPC. (Ap. 1.0145.03.095768-5/001. Rel.º Des.º Eulina do Carmo Almeida. DJ de 12.04.2007.)

Veja-se, ademais a doutrina:

*Factoring* é o contrato por via do qual uma das partes cede a terceiro (o *factor*) créditos provenientes de vendas mercantis, assumindo o cessionário o risco de não recebê-los contra o pagamento de determinada comissão a que o cedente se obriga. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 580.)

Assim, se exigida nota promissória como garantia, esta se mostra ilícita e injurídica, não prestando, como tal, para embasar pedido de execução contra o faturizado.

Lado outro, quanto ao contrato firmado entre as partes (f. 47/53), observa-se que não foi assinado por duas testemunhas, não estando adequando ao disposto no art. 585, II, do Código de Processo Civil, o que vale dizer que não se reveste dos atributos necessários ao manejo da ação de execução.

Verifica-se, ademais, no contrato em questão, que se limitaram as partes a estatuir os direitos e deveres inerentes às operações de faturização que entre elas se implementariam, dele não se extraindo qualquer obrigação certa, líquida e exigível a autorizar, com base no pacto, a propositura da ação de execução. O valor da dívida cobrada, na realidade, está consignado na nota promissória, que, como visto, não serve como garantia ao referido contrato.

A tentativa da credora de buscar o caminho da cobrança forçada, *data venia*, é despropositada e não tem amparo nas normas que regulam o procedimento executivo, cabendo a ela buscar a satisfação do seu suposto crédito pela via cognitiva, procedimento próprio à discussão sobre a validade das cláusulas contratadas entre as partes, especialmente no que diz respeito à responsabilidade da faturizada, endossante dos títulos negociados, e, via de consequência, do devedor solidário, pelo cumprimento da obrigação neles expressa.

Dessarte, não se vislumbrando os atributos da certeza, liquidez e exigibilidade no contrato de fomento mercantil, indicado como título executivo, e tampouco na nota promissória a ele dada em garantia, não estando eles inseridos em nenhuma das hipóteses previstas no art. 585 do Código de Processo Civil, impõe-se a extinção do feito da execução.

Com essas considerações, dá-se provimento ao recurso para julgar procedentes os embargos e decretar a extinção do feito da execução, por ausência de título válido, cabendo à apelada, em razão disso, arcar com as custas dos processos, de execução e embargos do devedor, e honorários de sucumbência de 15% sobre o valor dos embargos, corrigido desde a data da distribuição e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado desta decisão.

Custas, pela apelada.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA e OTÁVIO DE ABREU PORTES.

*Súmula* - DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA DECRETAR A EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

...