



I
•
J

EDIÇÃO E COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico da

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Email: institutojuridico@fd.uc.pt

URL: www.ij.fd.uc.pt

Morada: Pátio da Universidade | 3004-545 Coimbra

EXECUÇÃO GRÁFICA

Imagem da capa: Pormenor escultórico da sobreporta de uma sala de aula dos Gerais. Autoria de Claude Laprade (1701-1702)

Infografia: Jorge Ribeiro | jorgeribeiro@fd.uc.pt

ISBN

978-989-98886-4-7

DEPÓSITO LEGAL

380126/14

© JUNHO 2014

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

MIGUEL ÂNGELO MARTINS VALENTE

INCIDÊNCIA PRÁTICA DO RECURSO
AO CONTRATO DE *FACTORING*
E A INFLUÊNCIA DA FUNÇÃO DE GARANTIA

Dissertação de Mestrado

INSTITUTO JURÍDICO

Introdução

Têm vindo a ser estudadas pela doutrina nacional, desde há relativamente pouco tempo, as vicissitudes e as características que compõem certas figuras contratuais de teor pouco tradicional. Tais figuras, cujo crescimento se deve em grande parte à disseminação e expansão de conhecimentos e técnicas jurídicas a nível global, formam-se graças à influência de modelos e fórmulas importadas dos mais variados ordenamentos jurídicos, ao abrigo do famoso princípio da liberdade contratual; e a sua utilização pelos operadores económicos acaba por se repetir, aproveitando o sucesso dos métodos utilizados e aperfeiçoando-os paulatinamente.

A utilização destas novas técnicas no ordenamento jurídico português desperta, por um lado, a curiosidade científica da doutrina, que estuda e desenvolve os modelos adaptados e tenta revelar as especificidades de que estes se podem revestir; por outro lado, esta utilização revela também a necessidade de amoldar e encaixar as figuras descobertas no contexto em que se pretendem ver aplicadas, sendo assim necessária a execução da nobre tarefa de clarificar a influência da prática jurídica e social no Direito constituído.

O contrato de *factoring*, como é comumente designado, é uma destas figuras de sedimentação relativamente recente, considerando o estudo do Direito e o desenvolvimento do conhecimento jurídico no nosso país. De origem marcadamente anglo-saxónica, a sua natureza jurídica e a sua aplicação prática têm vindo a ser objecto de estudo apaixonado entre doutos investigadores; todavia, existem ainda aspectos da execução deste contrato que continuam a merecer um exame mais aprofundado, constituindo-se questões de marcada pertinência a que esta exposição se propõe dar resposta.

À importância deste trabalho não é alheia, assim, a materialização que o contrato de *factoring* tem vindo a conhecer no decorrer dos últimos anos em Portugal. De facto, dados da Associação Portuguesa de *Leasing*, *Factoring* e *Renting* revelam que o *factoring* de exportação no

nosso país conheceu um aumento de 19,9% em 2012 – não tendo sido ainda revelados os dados referentes ao ano de 2013; e a *Factors Chain International* revela que existem, actualmente, 14 sociedades de *factoring* em Portugal – algo demonstrativo do seu peso a nível nacional.

Assume particular acuidade, para nós, a questão do incumprimento do contrato de *factoring*. Efectivamente, mantêm-se por resolver numerosas questões atinentes à atribuição dos deveres que impendem sobre cada uma das partes envolvidas nas relações que este contrato cria e regulamenta, e que merecem uma reflexão cada vez mais aprofundada – reflexão esta que deve ser directamente proporcional ao grau crescente de frequência com que têm vindo a surgir semelhantes casos na vida prática, atestados pela doutrina e pela jurisprudência. Para além do exposto, não é também despicienda a importância, quanto aos problemas do incumprimento, da questão da transferência do risco, que caracteriza os contratos com e sem recurso, tanto em face do direito constituído, como em face do direito a constituir: os regimes de ambos podem conduzir a soluções radicalmente diferentes, em virtude das diferentes consequências a que conduzem.

Será então com atenção a todos estes factores que esta dissertação se irá focar numa compreensão prática dos contratos de *factoring*, sem nunca perder de vista os seus princípios reguladores e a natureza jurídica que estes habitualmente assumem. Propomo-nos, desta forma, a encontrar respostas às interrogações que diariamente se colocam pela concretização destes importantes modelos contratuais, que se assumem como fundamentais para a sua compreensão e evolução no seio do nosso ordenamento jurídico. Para alcançar tal desiderato é necessária uma problematização das várias cláusulas que podem compor esta figura, assim como das normas supletivas que lhe deverão ser aplicáveis; e será também indispensável assumir posições e arriscar soluções rigorosas, sólidas e fundamentadas, tentando contribuir assim para que o contrato de *factoring* possa ser usado, cada vez mais, com a certeza e a segurança jurídicas que devem caracterizar o ramo do Direito em que se insere.

1. O contrato de *factoring*

1.1. Noção

Não parece existir, ainda hoje, unanimidade quanto à noção de *factoring*¹: de facto, a falta de uma clara definição legal e os sucessivos ensaios para determinar noções doutrinárias ou jurisprudenciais tornaram a questão num tema largamente debatido na doutrina. Parece-nos, contudo, ser de aproveitar a noção básica e sempre actual exposta por Menezes Cordeiro, que define o seu esqueleto como um “contrato pelo qual uma entidade – o cliente ou o aderente² – cede a outra – o cessionário financeiro ou o *factor* – os seus créditos sobre um terceiro – o devedor ou *debitor* – mediante uma remuneração”³. Não deixa esta, contudo, de ser uma definição aproximativa, tal como o autor indica: a liberdade contratual⁴ subjacente ao contrato de *factoring* permite a criação de inúmeras modalidades que, embora sem o descaracterizarem, não permitem que uma sua noção seja menos vaga do que a avançada. Já a nível transnacional, a Convenção do *Unidroit* sobre o *factoring* internacional considera que estamos perante um contrato de *factoring* se forem preenchidas duas de quatro funções previstas no seu art. 1.º, n.º 2, al. b)⁵; contudo, consideramos redutora esta concepção, na medida em que poderá apenas estar preenchida a sua função principal (para a generalidade da doutrina, a função de financiamento), e nem por isso deixar de se considerar um contrato de *factoring* no tráfego jurídico.

Assim, para que uma definição do contrato de *factoring* seja encontrada, torna-se imperativo que tenha em linha de conta todos os elementos que o podem caracterizar, e que se tornam obrigatórios para que este seja encarado, na *praxis* jurídica e comercial, como um contrato do tipo mencionado. Neste sentido, afigura-se fundamental uma compreensão histórica da evolução do *factoring* no nosso ordenamento

¹ O termo “*factoring*” foi importado, tal como a figura que designa, do direito anglo-saxónico; diversas tentativas foram já feitas no sentido de adaptar a sua nomenclatura à realidade portuguesa, sendo a mais corrente a proposta por Menezes Cordeiro: “cessão financeira”.

² É frequente a utilização da expressão “aderente”; contudo, esta sugere que os contratos de *factoring* seriam sempre contratos de adesão, o que poderá não se verificar na prática. Pelo que preferimos o termo “cedente”.

³ António Menezes CORDEIRO, *Da cessão financeira: factoring*, 13.

⁴ Composta por três aspectos fundamentais: a liberdade de celebração, a liberdade de selecção contratual e a liberdade de estipulação. Neste sentido, Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 206-207.

⁵ Sendo elas o financiamento do cedente, a gestão dos créditos, a cobrança dos créditos e a cobertura do risco.

jurídico, que nos ajude a contextualizar e a identificar a evolução dos seus principais vectores e especificidades.

1.2. Breve história do *factoring* em Portugal

As origens do *factoring* moderno remontam ao colonialismo, época em que os intermediários de comerciantes vendiam os seus produtos a terceiros em nome daqueles; e é nos Estados Unidos da América que a figura conhece uma verdadeira evolução, através do seu incremento no sector têxtil, alargando-se depois para outros sectores económicos do país norte-americano.

Em Portugal a figura é introduzida através do Decreto-Lei n.º 46 302, de 27 de Abril de 1965, que se fez acompanhar pela inauguração de duas sociedades de *factoring*; mas seria apenas em 1986 que a actividade seria alvo de regulamentação própria, através do controverso Decreto-Lei n.º 56/86, de 18 de Março. Este diploma, que se propunha a “sistematizar as bases económico-jurídicas da actividade de *factoring* no país”, foi alvo de críticas de grande parte da doutrina⁶, que o considerava excessivamente extenso. O decreto viria a ser complementado pelos Avisos n.º 5/86 e n.º 4/91 do Banco de Portugal, reguladores de certos aspectos da execução do contrato.

As críticas doutrinárias à suposta excessividade da regulamentação do contrato de *factoring* vieram a ter acolhimento por parte do legislador, que com o Decreto-Lei n.º 171/95, de 18 de Julho, procedeu à “clarificação e desregulamentação do regime do contrato de *factoring*”. Este diploma, entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 186/2002, de 21 de Agosto, encontra-se actualmente em vigor, regulamentando ao mínimo a actividade de *factoring* e colocando-a quase inteiramente sob o poder de disposição das partes que venham a celebrar um contrato deste tipo. Tal propósito de “desregulamentação” terá motivado o legislador a não arriscar, sequer, uma noção legal do contrato, bem como a mencionar ao mínimo os elementos que o poderão compor, tendo deixado esta tarefa, assim, à doutrina e à jurisprudência.

1.3. Elementos caracterizadores

A actividade de *factoring*, de resto, compreende muito mais do que uma simples transmissão de créditos, sendo composta, tal como tem vindo a ser salientado pelos investigadores e observado na prática ne-

⁶Liderada neste caso por António Menezes CORDEIRO, *Da cessão financeira: factoring*, 34-36.

gocial, por vários elementos que compõem a sua estrutura e caracterizam a figura, e cuja presença ou ausência permite a sua classificação e subdivisão em diferentes modalidades.

São três as funções que habitualmente compõem este contrato. A primeira assume-se como uma função de financiamento, baseando-se na antecipação concedida pelo *factor* (o cessionário dos créditos) do valor dos créditos cedidos, percentual ou total, uma vez descontado o valor das comissões que lhe são atribuídas, e através da qual o cedente, por obter o valor do crédito antes do seu vencimento, conquista liquidez imediata. Diga-se, por fim, que este é na grande parte das vezes o principal objectivo prosseguido pelas empresas que recorrem a este tipo de contratos.

A segunda função assumida pelo contrato de *factoring* passa pela cobertura do risco do crédito, que originou a distinção avançada pela doutrina alemã entre o *factoring* próprio (que opera a transferência do risco para o cessionário, cumprindo assim a função de garantia própria deste tipo de contratos) e o impróprio (em que o risco corre por conta do cedente). Tal função permite distinguir diferentes consequências, nos casos de incumprimento do contrato, conforme a garantia tenha ou não sido transmitida – condição que fundamenta um mais atento estudo deste elemento na nossa exposição, em secção posterior.

Por fim, este contrato atribui habitualmente ao *factor* uma função de gestão e administração dos créditos cedidos, relevante para as empresas que, desta forma, poupam tempo e recursos em tarefas que podem cometer ao cessionário dos seus créditos⁷.

Temos assim que o contrato de *factoring* junta à transmissão dos créditos sobre um ou mais devedores, por parte de um “cedente” ao *factor*, um ou mais elementos caracterizadores; e a sua presença permite-nos a classificação dos vários contratos em diferentes modalidades, como seja a do *factoring* próprio ou impróprio, *conventional* ou *maturity* (conforme a função de financiamento esteja ou não presente), sem que perca a sua singela natureza: ponto é que este será sempre um contrato complexo, com funções e finalidades bem definidas, cuja execução dependerá sempre das concretas atribuições que as partes lhe concederem.

A actividade de *factoring* não perde a sua construção básica por assumir uma ou outra das modalidades admitidas, uma vez que se baseia na

⁷ Para um olhar sobre as funções referidas, *vide* João Calvão da SILVA, *Direito Bancário*, 430.

transmissibilidade de créditos a título oneroso como aspecto essencial para a sua execução. Pelo que não pode deixar de ser pertinente a referência à técnica que melhor permite operar esta transmissão, e que é quase unanimemente aceite pela doutrina nacional e estrangeira como sendo a cessão de créditos⁸. Esta, regulada pelos arts. 577.º e seguintes do Código Civil, constitui um negócio jurídico de transmissão de créditos, neste caso a título oneroso, não sendo necessário o consentimento do devedor para que seja válida. O seu regime será, portanto e em princípio, aplicável ao próprio contrato de *factoring*, mediante determinadas especificidades que serão oportunamente mencionadas.

Já a estrutura do contrato de *factoring* não é tão pacífica entre os doutrinadores. Se alguns o vêem como uma cessão de créditos futuros⁹ (cfr. art. 211.º do Código Civil), ainda que determináveis, outros concebem-no como um contrato-quadro, regulador de uma multiplicidade de negócios subsequentes de transmissão de créditos. Inclina-mo-nos, com a maioria, para esta segunda posição, parecendo-nos claro que o contrato que serve de base ao *factoring* assume um conteúdo programático que não elimina a unicidade que lhe é subjacente: os contratos que se lhe seguem, dependentes do contrato inicial, adoptam a sua função e prosseguem as suas finalidades.

Note-se que a generalidade da doutrina vê na cessão de créditos uma estrutura causal, sendo necessária a celebração de um negócio que lhe sirva de base. Parece que no caso do contrato de *factoring* a causa que servirá de base à cessão não poderá ser outra que não o próprio contrato de *factoring*, graças precisamente ao seu carácter uno, independente da complexidade que o continua a revestir.¹⁰

Continua também a ser largamente debatida a questão da natureza jurídica deste contrato. Apesar de ser uma questão lateral ao objectivo deste trabalho, constatamos que os contratos de *factoring* celebrados na prática, ao combinarem as diferentes funções que lhes são subjacentes, acabam por reunir elementos que o tornam num contrato funcionalmente atípico. Este pode, assim, conter características de figuras como a prestação de serviços, o seguro, o mútuo, ou a compra e venda de

10 ⁸ Já em França, por exemplo, o *factoring* opera segundo a técnica da sub-rogação, tal como aponta António Menezes CORDEIRO, *Da cessão financeira: factoring*, 52.

⁹ Entre nós, Maria João R. C. Vaz TOMÉ, «Algumas notas sobre a natureza jurídica e a estrutura do contrato de *factoring*», 280-284.

¹⁰ Neste sentido, António Pinto MONTEIRO – Carolina CUNHA, «Sobre o contrato de cessão financeira», 42-45, seguindo a posição de ZUDDAS no seu *Il Contratto di Factoring*.

créditos; e o regime de cada uma poderá ver-se total ou parcialmente aplicado, numa combinação inventiva que, destinando-se à prossecução dos seus propósitos, torna o contrato em análise num objecto de fascinante estudo e aplicação.

Temos assim, nesta breve incursão pelos traços caracterizadores do contrato de *factoring*, essencial para que possamos mergulhar na sua aplicabilidade prática, que este assumirá uma estrutura programática, com uma natureza jurídica própria dos contratos mistos. As características que pode ou não assumir, contudo, nunca poderão ser dissociadas do corolário básico da liberdade contratual: prevista no art. 405.º do Código Civil, esta resulta do princípio constitucionalmente consagrado da autonomia privada, essencial para que o *factoring* tenha conhecido o desenvolvimento e a aceitação que hoje conhece no nosso meio.

Falámos já da evolução legislativa que o *factoring* conheceu no ordenamento jurídico português. Resta-nos analisar, em concreto, o Decreto-Lei n.º 171/95, de 18 de Julho, base legal deste contrato no nosso país. O seu objectivo, aquando da sua promulgação, passava por uma “desregulamentação” do contrato de *factoring*, atendendo aos apelos da doutrina para deixar a figura praticamente apenas sob a égide da liberdade contratual e das normas supletivas aplicáveis. Assim foi, sobrevivendo apenas os arts. 7.º e 8.º como referências concretas ao contrato, que se bastam na definição de questões formais (a exigência de forma escrita e a obrigação de transmissão dos correspondentes títulos), e de regras relativas à antecipação do pagamento ao cedente. Os restantes artigos, na sua essência, dedicaram-se apenas à regulamentação de aspectos das sociedades de *factoring*.

A intenção do legislador é clara no sentido de deixar o funcionamento destes contratos nas mãos das partes; contudo, a legislação em vigor parece-nos, ainda assim, incipiente, principalmente ao não arriscar sequer a concretização de uma noção legal para a descrição do contrato, que permanece assim, para alguns autores, legalmente atípico¹¹. De facto, e na esteira de Sónia Mota de Carvalho, consideramos que a regulamentação atinente ao contrato de *factoring* encontra-se muito aquém da prática negocial, existindo vários elementos descritivos do contrato (tal como a função de garantia, que o *factor* não raras vezes assume) que o diploma legal omitiu. E se esta, ao tempo da promulgação

¹¹ Veja-se, por exemplo, Sónia Alexandra Mota de CARVALHO, *O contrato de factoring*, 231.

do diploma, terá sido uma atitude prudente, devida à “juventude do contrato”¹², a sua sedimentação na nossa ordem jurídica talvez merecesse uma sua maior previsão legislativa, que definisse pelo menos, de forma clara, as funções a prosseguir pelo contrato ou o regime da sua cessação, sem nunca deixar de colocar na disposição das partes, naturalmente, a definição do seu concreto regime contratual.

Ficam assim desta forma explanados os traços gerais do contrato de *factoring*, figura de marcado interesse científico e cujo estudo, graças ao seu progressivo crescimento na *praxis* negocial, tem merecido renovado aprofundamento. Crescimento esse que, de resto, é particularmente notório nas empresas que apresentam problemas de gestão financeira, e que recorrem ao *factoring* com o objectivo de alcançar maior liquidez no seu balanço, de se garantir contra o risco de falência dos devedores ou até de reduzir os custos de gestão e cobrança dos seus créditos¹³. Sendo certo que o *factor* terá, as mais das vezes, um conhecimento assinalável do mercado em que actua, e que implicará o crescimento da actividade entre os clientes que possuam um “bom produto e um bom mercado, passando pelo volume anual de vendas e pelo valor médio facturado por adquirente”¹⁴.

São cada vez mais aqueles que recorrem a este instrumento graças às vantagens que apresenta, e entre as quais se contam a imediata liquidez para as empresas em situação financeira delicada; a mais apurada planificação na tesouraria e das operações de gestão de créditos; o aumento da capacidade de financiamento; a crescente eficácia da empresa, que direcciona os seus recursos apenas para a área comercial; o favorecimento do balanço, tornando a empresa mais atraente no meio em que se insere; ou a eliminação da insegurança pelas facturas não pagas, entre outras que, indubitavelmente, tornam o contrato num meio atractivo, principalmente para as pequenas e médias empresas. Àquelas vantagens contrapõem-se, naturalmente, alguns inconvenientes, que passam pelo valor tradicionalmente elevado das comissões a pagar ao *factor*; pela perda de independência relativamente à gestão dos créditos cedidos; e também pelo problema “psicológico” relacionado com uma eventual descredibilização da empresa que, recorrendo a tais instru-

¹² Cfr. António Pinto MONTEIRO – Carolina CUNHA, «Sobre o contrato de cessão financeira», 19.

¹³ Neste sentido, Pedro Romano MARTÍNEZ, *Contratos comerciais*, 65.

¹⁴ Fernando José de SOUSA, «O *Factoring* em Portugal», 271.

mentos, poderia passar uma imagem de dificuldades para o exterior¹⁵.

As desvantagens mencionadas não parecem, no entanto, ser suficientes para motivar um decréscimo da procura da actividade de *factoring*, que comprovadamente tem conhecido um crescimento marcado no nosso país. Pelo que se mostra necessário, cada vez com mais acuidade, o estudo feito pela presente exposição, nomeadamente no que toca à execução do contrato na prática negocial e às vicissitudes que daí advêm.

2. O *factoring* com recurso e o *factoring* sem recurso.

Regimes jurídicos

A presença ou a ausência de determinados elementos caracterizadores do contrato de *factoring* motiva a aplicabilidade de regimes jurídicos diversos, consoante a modalidade que a matéria em análise poderá apresentar. Ora, uma das funções que assume marcada preponderância para a actividade é a função de garantia ou assunção do risco de incumprimento, cuja transferência para o *factor* caracteriza o *factoring* sem recurso: efectivamente, o regime do incumprimento do contrato de *factoring* poderá ter consequências completamente distintas caso o cessionário tenha ou não direito de regresso sobre os créditos. Torna-se assim essencial fazer a distinção entre as modalidades aqui indicadas. E merece especial enfoque o critério que preside à sua distinção: a função de garantia, cuja presença ou ausência comportará soluções diferentes em face de problemas idênticos.

Podemos assim distinguir o *factoring* sem e com recurso consoante o *factor*, respectivamente, assuma ou não o risco de incumprimento por parte do devedor cedido. E também se usa a expressão com e sem regresso, visto que, no caso de o devedor incumprir, o *factor* tem direito a fazer os créditos que obteve retornarem para a esfera jurídica do cedente. Neste caso podem ocorrer duas situações distintas, conforme o cessionário tenha ou não concedido adiantamentos ao cedente por conta dos créditos cedidos. Assim, temos na primeira hipótese o nascimento de um novo direito de crédito, de carácter obrigacional, na esfera jurídica do cessionário, que obriga assim o cedente a devolver o valor do adiantamento indevidamente pago (sendo que se pudesse manter, ao

¹⁵ Cfr., para outras vantagens e desvantagens relacionadas com o contrato de *factoring*, António Menezes CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 695-696.

mesmo tempo, a titularidade dos créditos e o valor pago pelo *factor*, configurar-se-ia uma situação de enriquecimento sem causa); por outro lado, se o cessionário nada tiver concedido a título de adiantamentos, o cedente apenas deverá os montantes relativos a comissões e eventuais juros.

A configuração que o contrato assume será, assim, de índole bastante diversa, consoante o *factor* assumia ou não a função de garantia: a sua natureza jurídica permitir-lhe-á, num e noutro caso, a aproximação a outras figuras conhecidas do nosso ordenamento jurídico, favorecendo assim a extracção de certos elementos destas para caracterizar e explicitar o regime que lhe será aplicável.

Vários autores fazem uma interessante contraposição entre os contratos de *factoring* e suas figuras afins, assumindo particular relevância a correlação destas com contratos de *factoring* com ou sem recurso¹⁶. Consequentemente, têm-se identificado fortes pontos de convergência entre os contratos com recurso e o desconto bancário ou o mútuo; e iguais afinidades se têm identificado ao nível do *factoring* sem recurso e as figuras do seguro de créditos e da compra e venda de créditos.

O desconto bancário, por um lado, também se caracteriza pela cessão de um crédito a uma entidade financeira, que lhe deduz as eventuais comissões e juros; e também aqui, caso o devedor cedido não pague, o crédito ver-se-á retransmitido para a esfera jurídica do cedente. Mas as figuras não se reconduzem uma à outra: no *factoring* o crédito não tem de estar materializado segundo o regime cartular. Para além disso, o pagamento do devedor ao banco extingue o desconto bancário, enquanto que o *factoring*, por ser de execução duradoura, não cessa por essa via¹⁷.

Também o mútuo é identificado várias vezes com o *factoring* com recurso (principalmente quando se faz acompanhar pelo adiantamento), em virtude de ser concedida uma antecipação de um valor que terá de ser restituído em igual proporção. Contudo, não existe qualquer restituição na hipótese de o devedor cedido cumprir pontualmente as suas obrigações perante o cessionário, nem mesmo uma restituição realizada por terceiro, já que o devedor se limita a cumprir a prestação a que

¹⁶ Cfr., entre outros, Maria João R. C. Vaz TOMÉ, «Algumas notas sobre a natureza jurídica e a estrutura do contrato de factoring», 255-267; António Menezes CORDEIRO, *Da cessão financeira: factoring*, 88-90; e Luís Miguel D. P. Pestana de VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira*, 357-428, que subdivide ainda conforme os contratos concedam ou não antecipação de fundos.

¹⁷ Cfr. Maria João R. C. Vaz TOMÉ, «Algumas notas sobre a natureza jurídica e a estrutura do contrato de factoring», 257.

se obrigou sem o espírito de restituir seja o que for¹⁸. Apenas no caso de incumprimento o cedente restitui um montante, concedido a título de antecipação: contudo, tal circunstância, por ser acidental, não será suficiente para identificar a *ratio* que motiva a celebração de um contrato de *factoring* com recurso com a *ratio* de que se reveste um contrato de mútuo.

Já o *factoring* sem recurso é frequentemente reconduzido pela doutrina ao seguro de créditos, figura em que uma seguradora indemniza a perda de um crédito detido por um segurado, total ou parcialmente. Contudo, é notório que no seguro de créditos não é operada qualquer transferência da titularidade do crédito para a seguradora; para além do mais, o fundamento da função de garantia do contrato de *factoring* passa pela existência de uma transmissão incondicional de um crédito, ao passo que no seguro de créditos esta função é fundada por questões de ressarcimento de prejuízos¹⁹.

Por fim, a identificação da cessão de créditos sem risco com a figura da compra e venda de créditos tem sido também defendida por grande parte da doutrina alemã, que não vê mais naquele negócio do que a transmissão de um direito face a um preço. Também não podemos concordar com esta aceção, na medida em que o crédito, no *factoring*, transmite-se por um valor muito inferior ao do crédito cedido, ao qual serão também deduzidos os juros e as comissões: algo que na compra e venda seria absurdo, principalmente de um ponto de vista económico²⁰.

Resulta do exposto que a dedução do *factoring* com ou sem recurso a partir de figuras jurídicas já tipificadas será quase sempre uma tarefa votada ao fracasso, principalmente se tivermos em conta um factor decisivo e fundamental: é que o contrato aqui em análise preenche-se com muito mais do que a simples função de garantia. Efectivamente, serão quase sempre complexas a causa e a estrutura que compõem o contrato, formadas por um conjunto de funções e elementos que, por se terem desenvolvido num concreto contexto jurídico, económico e social, originaram uma figura destacável das suas figuras afins e passível de ser estudada unicamente pela sua unidade e carácter próprio. Assim, por exemplo, a recondução deste contrato à cessão de créditos comum

¹⁸ Assim o considera António Menezes CORDEIRO, *Da cessão financeira: factoring*, 89, ao mencionar que o aderente não está obrigado a restituir o montante que recebeu, tal como acontece num verdadeiro contrato de mútuo.

¹⁹ Cfr. José Carlos Santos Mota Ferreira PIRES, *O contrato de Factoring: estrutura e causa*, 109-115.

²⁰ Neste sentido *vide* Luís Miguel D. P. Pestana de VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira*, 414-415.

ignorar a função de financiamento; e limitar o seu recorte à compra e venda de créditos negligenciará a função de prestação de serviços que o *factoring* frequentemente assume.

Não deixa, contudo, de se revestir de grande utilidade o estudo das figuras afins ao contrato de *factoring*, principalmente quanto a aspectos específicos da sua execução: este pode, de facto, enriquecer-se com elementos de negócios jurídicos similares, cujo regime poderá conceder respostas fundamentais em casos de incumprimento do contrato. Será, de resto, fundamental o “empréstimo” de certos aspectos dos regimes de figuras semelhantes, principalmente quando se procuram clarificar especificidades do contrato que não foram concretamente convencionadas pelas partes.

2.1. A função de garantia como função essencial para a aplicação e cumprimento do contrato de *factoring*

Fizemos já a distinção entre os contratos de *factoring* com e sem recurso, sabendo a influência que a adopção de um ou outro regime podem ter na subsequente execução do contrato e eventual incumprimento; e destacámos também o risco de incumprimento como definidor dessa mesma distinção, conforme este seja assumido pelo cedente do crédito ou pelo cessionário. A função de garantia assume-se assim, indubitavelmente, como aspecto de estudo essencial para lograr atingir os objectivos da presente exposição, sendo considerada até por certos autores como a “face mais atraente e justificativa do interesse do *factoring*”²¹. Talvez não mais importante do que as funções de financiamento ou de gestão e cobrança de créditos – mas fundamental para a compreensão do regime dos vários contratos de *factoring* na prática negocial, e principalmente para a descoberta das soluções que o direito nos fornece face ao incumprimento das várias partes que a relação contratual configura.

Esta função, quando presente nos contratos de *factoring*, caracteriza-se assim pela assunção, por parte do *factor* cessionário dos créditos, do risco de incumprimento que lhes é inerente; e será influenciada pela circunstância de os créditos se transmitirem em definitivo para a esfera jurídica do cessionário, que por eles pagará o seu valor nominal, após deduzidas as comissões convencionadas e os eventuais juros. A presença desta função implica o nascimento de uma segurança incontornável

²¹ José Maria PIRES, *Elucidário de direito bancário*, 665.

para o cedente dos créditos, que desta forma não terá de laborar sob o risco de não ver o seu crédito cumprido: “factura emitida é factura em caixa”, tal como enuncia taxativamente Menezes Cordeiro²².

Alguns autores identificam a função de garantia, em si mesma considerada, como subsumível a outras figuras típicas do nosso ordenamento jurídico: podemos utilizar como exemplo a figura do seguro de créditos, que parte da doutrina defende comportar efeitos práticos semelhantes aos do *factoring* com a função de garantia convencionada. Esta subsunção, não sendo válida para os contratos de *factoring* tomados no seu todo, também não o parece ser para a função de garantia em concreto, pelos motivos a que já nos referimos – não se vislumbra no seguro de créditos uma real transmissão da titularidade dos créditos – aos quais se acrescenta, por exemplo, tal como indica José Ferreira Pires, a circunstância de a garantia assumida neste tipo de contratos ser fortemente ponderada pelas vantagens e sacrifícios para as partes, ao invés do que acontece no seguro de créditos, onde o seguro surge revestido de natureza aleatória²³. Pacífico será que a transmissão do risco de incumprimento se baseia numa garantia, restando apenas determinar a sua natureza, em função dos concretos contratos celebrados. Vaz Serra defende que esta seria uma garantia autónoma, advogando que se trata aqui da possibilidade de reparação de um dano, independentemente da relação principal; já Pestana de Vasconcelos considera que a garantia de solvência se aproximará mais de uma fiança prestada a favor de terceiro, visto que o *factor* assume o pagamento em caso de incumprimento por parte do devedor cedido²⁴. Parece-nos ser de admitir esta última posição, dadas as características da fiança enquanto assunção de uma obrigação, a título acessório, face ao incumprimento do obrigado principal (neste caso do devedor, que implica a obrigação do *factor* em seu lugar); não deixa todavia a garantia de ter feições próprias e concretas no contrato de *factoring*, tendo o seu regime submetido à disposição das partes, que no entanto não a deverão afastar de uma garantia de cumprimento do crédito cedido. E não deixará também a função de garantia, estruturada como uma fiança, de implicar a contraprestação devida, nomeadamente a comissão devida pelo cedente.

²² António Menezes CORDEIRO, *Da cessão financeira: factoring*, 70.

²³ José Carlos Santos Mota FERREIRA PIRES, *O contrato de Factoring: estrutura e causa*, 112-113.

²⁴ As duas posições são mencionadas em Luís Miguel D. P. PESTANA DE VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira*, 341-349.

A presença de uma função de garantia no contrato de *factoring* constitui-se como um forte chamariz para aqueles clientes que pretendem um grau reforçado de segurança quando facturam os seus créditos. De facto, a convenção de uma função deste tipo traduz-se, para as empresas que cedem os seus créditos por esta via, na presença de activos no balanço que podem ser contabilizados sem receios – fundamentados por eventuais debilidades económicas ou financeiras dos seus devedores. Constituirá esta a vantagem mais decifrável e palpável da transferência dos riscos de crédito, mas outras se podem vislumbrar, conforme aponta Menezes Cordeiro²⁵, e que passam pela dispensa do recurso a outros esquemas, frequentemente mais onerosos, tendentes a evitar os efeitos nefastos do incumprimento do devedor, ou a negócios orientados a enfrentar esses mesmos efeitos. Para além disto, a conexão desta função com as outras que prossegue o contrato de *factoring* – de financiamento e de prestação de serviços – constitui a vantagem mais óbvia de todas: a complexidade e o ecletismo desta figura, que a caracterizam como uma das mais úteis e procuradas no giro comercial. Não se ignoram, contudo, os custos inerentes à assunção do risco, e que tornam o valor a pagar pelo crédito consideravelmente superior ao que seria devido se a cessão fosse com recurso: efectivamente, o contrato de *factoring* é um contrato sinalagmático, correspondendo a cada prestação de cada uma das partes uma contraprestação – no caso, corresponde à assunção do risco do crédito uma comissão de garantia significativa.

Pudemos então, em traços gerais, conhecer a função de garantia, tal como é configurada pela doutrina e pela prática negocial; e ficou também exposto que a sua presença ou ausência pode dar origem a contratos com regimes inegavelmente distintos, que importa clarificar. No entanto, permanece por responder uma pergunta de elevado interesse científico, e que também tem originado debates na doutrina, quase desde o surgimento do estudo moderno do contrato: pode considerar-se que constituem contratos de *factoring* os contratos que não possuem a função de garantia enquanto seu elemento? Ou seja, coloca-se a questão de saber se a função de garantia deve preencher o conteúdo mínimo da figura em análise.

É conhecida a posição do Instituto Internacional para a Unificação

²⁵ António Menezes CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 694.

do Direito Privado, que dispensa a função de garantia como elemento essencial do contrato, e que se basta com a prossecução de duas das quatro funções definidas pela entidade. E é também conhecida a posição do legislador português, que omitiu qualquer referência no Decreto-Lei n.º 171/95, de 18 de Julho à transferência do risco, parecendo também entender que a sua ausência não descaracteriza o contrato.

Contudo, é importante mencionar a doutrina alemã que distingue, conforme o contrato tenha ou não a função de garantia, entre o *echte Factoring* (o *factoring* “autêntico”) e o *unechte Factoring* (o *factoring* “falso”), parecendo não reconhecer nesta uma modalidade autêntica de *factoring*, mas antes um contrato de mútuo com restituição atípica, embora siga o regime daquela por razões de “absorção institucional”²⁶.

O que é facto é que a regra, no nosso ordenamento jurídico, será o *factoring* sem recurso, em virtude de a aplicação supletiva do art. 587.º, n.º 2 do Código Civil implicar a transferência do risco da cessão de créditos para o cessionário, a menos que o cedente se obrigue expressamente em contrário. Todavia, não parece ser necessária a presença desta função para que o conteúdo mínimo do contrato se preencha, já que a prática negocial e a doutrina, tendo vindo a identificar várias modalidades do contrato de *factoring*, admitem que este se manifeste de formas distintas. Ponto é que não se afaste da sua noção básica, mantendo o seu escopo natural; bem como não poderá descaracterizar-se de tal forma que já não se identifiquem no acordo as razões que implicaram a sua formação, ainda que as partes o tenham designado como um contrato de *factoring*.

Não consideramos, assim, que a função de garantia seja a função predominante do contrato de *factoring*; mas também não antevemos qualquer função predominante no seu regime, encarado de forma abstracta, seja a função de garantia, a função de financiamento ou a de prestação de serviços. As partes poderão, no entanto, atribuir a qualquer uma delas prevalência sobre as demais, em contratos considerados concretamente, graças ao já referido princípio da liberdade contratual.

O que se assume sim como fundamental é que seja facilmente identificável, em cada um dos contratos, a *presença* ou a *ausência* da função de garantia, bem como a sua concreta amplitude; pelo que se tornará essencial saber que soluções aplicar nos casos em que esta não esteja prevista ou regulamentada.

²⁶ Cfr. António Menezes CORDEIRO, *Da cessão financeira: factoring*, 85.

2.2. A função de garantia no silêncio do contrato

A função de garantia, como tivemos já oportunidade de comprovar, não é prevista pela regulamentação legal do *factoring*: efectivamente, o regime em vigor não lhe faz qualquer referência, limitando-se aos aspectos básicos da regulação da actividade. Deve assim admitir-se, face à omissão da lei, que o legislador é favorável à aplicação supletiva do regime da cessão de créditos quanto a esta matéria, aplicando-se assim, à partida, o art. 587.º, n.º 2 do Código Civil quando se procura definir quem assume o risco de incumprimento do devedor cedido.

As normas deste diploma, aplicáveis supletivamente, não foram contudo delineadas tendo em conta as especificidades do *factoring*, mas sim a cessão de créditos abstractamente considerada: definem apenas um conjunto de regras transversais às várias hipóteses de transmissão de créditos realizadas através do mecanismo da cessão. Por conseguinte, poderá colocar-se a questão de saber se a transferência do risco mereceria ser concretamente prevista e regulamentada pelo regime legal do *factoring*, evitando desta forma o aparecimento de eventuais dúvidas e querelas relacionadas com a sua aplicação aos casos concretos.

O exemplo italiano é paradigmático no que toca à regulamentação da função de garantia do contrato de *factoring*, provavelmente em virtude de este país ser pródigo no que toca ao desenvolvimento e estudo da figura, graças à sua forte implementação durante a década de 80. Assim, sentiu-se na região transalpina a necessidade de definir a quem cabe o risco de crédito nos contratos de *factoring*, sendo a solução adoptada radicalmente inversa à do direito português: a *Legge 21 febbraio, 1991, n.º 52* inverte o regime fixado no seu art. 1267.º do *Codice Civile*, cometendo assim ao cedente o risco do incumprimento em caso de silêncio do contrato²⁷.

Em Portugal, a cobertura do risco de crédito correrá por conta do *factor*, quando o contrato nada dispuser a esse respeito: tal preconiza o art. 587.º, n.º 2 do Código Civil português. E a análise da lei apenas permite chegar à conclusão apontada; para que o risco, nos contratos deste tipo, corra por conta do cedente, será necessário que este se obrigue expressamente a tal, através de cláusula contratual que lhe atribua directamente essa responsabilidade. Em caso contrário, o regime legal indica que o silêncio do contrato determinará um *factoring* sem recurso:

²⁷ Através do seu art. 4.º, “*Garanzia di solvenza*”: “*Il cedente garantisce, nei limiti del corrispettivo pattuito, la solvenza del debitore, salvo che il cessionario rinunci, in tutto o in parte, alla garanzia*”.

os créditos transmitem-se assim de forma definitiva para a esfera jurídica do *factor*, que terá de pagar o valor acordado ao cedente, ainda que não satisfaça o seu direito perante o devedor cedido.

E, apesar de ser um regime pensado para a cessão de créditos em geral, compreende-se que seja também o regime aplicável ao contrato de *factoring*. Não advogamos que o risco de incumprimento deva correr por conta do cedente, tal como é regra no direito italiano: as finalidades prosseguidas pelo contrato, relacionadas directamente com a fluidez e a segurança do tráfego económico e jurídico, devem constituir para o cedente motivo de conforto, acessibilidade e estabilidade acrescidas, pelo que este não deverá, a menos que nisso consinta expressamente, ver-se na posição delicada de ter de se obrigar a readquirir os créditos por razões que, frequentemente, serão irrisórias, e que poderão ser retiradas de uma determinada interpretação do contrato que não favorece o cedente. Acresce ainda às razões invocadas o facto de que os contratos de *factoring*, na prática negocial e as mais das vezes, serão verdadeiros contratos de adesão, em que o *facturizado* surge, com elevada frequência, como a parte negocial e economicamente mais vulnerável; principalmente nestes casos assume primordial importância uma interpretação do contrato que favoreça uma igualdade de facto entre as partes – o que tende a privilegiar uma solução, para a questão do risco, em linha com a que é preconizada pelo regime supletivo do Código Civil.

Defendemos, assim, que o risco deve correr supletivamente por conta do cessionário. Simplesmente, certos aspectos, como a extensão da garantia assumida pelo *factor*, ou até o regime do regresso dos créditos em caso do *factoring* com recurso, são problemas aos quais a lei não responde imediatamente, e aos quais a aplicação de um regime supletivo nem sempre dá a resposta adequada. Não significa esta posição que a lei que regulamenta a actividade de *factoring* deve determinar algo que a lei civil já determina: significa sim que aquela deve ser concretizada face à prática negocial e às suas necessidades concretas, seja pelo legislador, seja pela doutrina e pela jurisprudência.

Resulta do exposto que, em caso de ser celebrado um contrato de *factoring* que nada refira relativamente à função de garantia, o risco deverá correr por conta do *factor* cessionário dos créditos; caberá a este provar que a transferência do risco não acompanhou a transferência do crédito, quando nisso tenha interesse, através de uma declaração expressa nesse sentido por parte do cedente. Note-se que, por ser uma

declaração expressa, terá de constar necessariamente do contrato de *factoring*, cuja forma escrita é obrigatória em virtude do art. 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 171/95, de 18 de Julho. Em sentido diferente reza o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 27.05.2001, definindo que “não resultando provado que a cedência do direito de crédito envolvia a transferência do risco do não pagamento pelo devedor, há que concluir por um contrato de *factoring* impróprio”²⁸; não podemos concordar com esta orientação jurisprudencial, pelas razões já apontadas.

Continuam, todavia, por clarificar certos aspectos atinentes à concreta função de garantia da figura escrutinada, quer o risco corra por conta do cessionário, quer corra por conta do cedente, na hipótese do *factoring* impróprio. Neste contexto, é discutida a circunstância de o risco assumido por parte do *factor* ser o risco de incumprimento – reportando-se assim a qualquer forma de não satisfação da prestação devedora por parte do devedor cedido – ou se garante apenas o risco da insolvência, de verificação consideravelmente menos frequente, e reportado à concreta situação financeira do terceiro devedor. O artigo 587.º, n.º 2 do Código Civil refere-se à solvência do devedor, que apenas é garantida pelo cedente em caso de este expressamente se obrigar a tal. Já quanto aos contratos de *factoring* concretamente celebrados, Pestana de Vasconcelos considera que, as mais das vezes, estaremos em presença de uma garantia de cumprimento, não podendo o *factor* exigir a verificação judicial da situação de insolvência²⁹. Naturalmente que a solução para esta questão passa sempre pela interpretação das cláusulas acordadas no contrato, mas estamos também em crer que a função de garantia se deverá reportar, caso nada tenha sido convencionado em contrário, ao risco de incumprimento; a solução alternativa tornaria desproporcionalmente moroso o funcionamento da cobertura do risco, com óbvios prejuízos para o garantido que, desta forma, ou veria o seu crédito satisfeito muito mais tardiamente, ou não o veria satisfeito de todo.

Em face do exposto, concluímos que o modo de funcionamento da garantia está longe de ser pacífico. Certos autores³⁰ defendem até a sua aplicação nos mesmos moldes da convenção *del credere*, presente

²⁸ Cfr., para este e outros acórdãos, Abílio NETO, *Operações bancárias*, 698.

²⁹ Luís Miguel D. P. Pestana de VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira*, 348-351.

³⁰ Como K. LARENZ – C. W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II/II, 85, *apud* Luís Miguel D. P. Pestana de VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira*, 347.

no contrato comercial de comissão (art. 269.º do Código Comercial) ou no contrato de agência (art. 10.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho). Contudo, neste tipo de contratos a garantia depende do acordo expresso do cessionário, posição que seria de rejeitar quanto à actividade de *factoring*: tal deve-se às finalidades prosseguidas pelo contrato, pelos motivos a que já aludimos anteriormente.

Outra questão que se reveste de significativa pertinência, e cujas regras dependem apenas das específicas negociações das partes, prende-se com o concreto método de cálculo, de contrato para contrato, da remuneração que será devida pelo risco do crédito. Ora, aquilo que devemos ter presente, para que esse cálculo seja feito de forma responsável e equitativa, é que a comissão de garantia representará um valor destinado a compensar as contingências que se poderão verificar na execução do contrato quanto ao devedor cedido. E este é um pagamento que se compreende ainda que o devedor venha a cumprir, visto que o objecto da remuneração é o risco – não uma “provisão” ou uma “caução” que obvie a eventuais danos. Será sempre delicada, assim, a definição do valor adequado a pagar a título de comissão de garantia: é que, no fundo, aquilo que se pretende valorar é a sempre incerta capacidade de cumprimento do devedor cedido.

Coloca-se também a questão de saber se a comissão a exigir pelo *factor* deverá ser constante em cada um dos seus contratos celebrados (em função da fixação de um valor percentual), ou se por outro lado terá a faculdade de definir uma remuneração para adquirir os créditos sem recurso atendendo a uma “classificação” ou “graduação” dos devedores cedidos. Não nos parece ser de rejeitar qualquer uma das hipóteses aqui mencionadas: a definição do valor a pagar pela comissão deverá ser feita de acordo com as necessidades que advenham do contrato e dos concretos motivos e contingências que determinaram a sua celebração, sendo certo que terá de haver uma verdadeira negociação neste sentido para que seja alcançada uma solução que agrade a todas as partes. Ponto é que o *factor* terá o dever de fundamentar adequadamente a ponderação efectuada para chegar aos valores pedidos no caso de estes serem variáveis em função da capacidade financeira do devedor – colocando-se assim, desta forma, sob um possível controlo por via judicial, e não beneficiando de uma arbitrariedade sem condicionalismos.

A função de garantia, na falta de acordo, deverá aplicar-se a todos os créditos cedidos, em função das cláusulas de globalidade que habitualmente estão presentes neste tipo de contratos; mas pode também ser convencionada apenas relativamente a uma parte dos créditos. Neste sentido, assume relevância a distinção que alguma doutrina faz entre a aceitação e a aprovação de um crédito por parte do *factor*³¹: aquela seria referente aos créditos que este *aceitaria* que se transmitissem para a sua esfera jurídica, através da sua faculdade de tomar ou recusar os créditos, por razões que se poderiam prender com a natureza do crédito, o seu tempo de vencimento, o seu valor nominal, ou até por conveniência comercial; por sua vez, a faculdade de *aprovação* diria já respeito aos créditos em relação aos quais o cessionário assumia a garantia, conformando a sua decisão principalmente pelas informações que detém sobre o devedor, a sua forma de actuação no mercado e a sua capacidade financeira. Não parece contudo aceitável que o *factor* possa recusar a aprovação de um crédito apenas com base em critérios de conveniência, devendo fundamentar tal recusa com critérios objectivos, que devem ser estipulados, de preferência, no contrato-quadro. Para além da aprovação, também a limitação do risco que o *factor* opere deve ser fundamentada; mas apenas na medida em que este se obrigue, em face do contrato, a garantir somente uma parcela dos contratos cedidos, sendo que, se nada dispuser, o cessionário terá de assumir a garantia total dos créditos.

Algumas concretizações se tornam também necessárias quanto aos contratos em que o risco corre por conta do cedente, através de estipulação expressa no contrato: este terá, no caso de haver antecipação de fundos, de devolver o valor dos créditos cedidos, na medida em que estes não sejam cumpridos pelos respectivos devedores. Neste caso, opera-se uma repristinação do anterior estado das coisas relativamente ao crédito malogrado: o *factor* recupera os valores que adiantou a título de antecipações (deduzido o valor dos juros e das comissões, sempre devidas graças à circunstância de o contrato globalmente considerado não se resolver ou perder os efeitos produzidos – o *factor* terá ainda cumprido, eventualmente, funções de financiamento ou de prestação de serviços), regressando os créditos sobre o devedor cedido à esfera jurídica do cedente.

³¹ Cfr. por exemplo Sónia Alexandra Mota de CARVALHO, *O contrato de factoring*, 195.

No *factoring* aqui celebrado não se pode considerar que é operada uma cessão pura dos créditos objecto de negócio, livre de entraves ou condicionalismos: estes podem ser devolvidos ao cedente em caso de incumprimento, que readquire os créditos. Desta forma, o cedente pode voltar a demandar o devedor a título próprio, tudo se passando como se nunca tivesse celebrado o contrato em causa.

Quanto ao específico instrumento jurídico que desencadeia a devolução dos créditos, tendemos a concordar com Pinto Monteiro e Carolina Cunha quando o consideram como uma condição resolutiva³², como um acontecimento incerto que implica a destruição, com efeitos retroactivos, dos efeitos negociais³³, sendo que no caso em apreço a destruição reporta-se apenas à cessão do crédito (e não ao contrato globalmente apreendido), que assim volta para a esfera jurídica do cedente como se nunca tivesse sido transmitido.

O regresso do crédito ao património do cedente comporta, naturalmente, diferentes efeitos conforme tenha havido ou não a concessão de adiantamentos por parte do *factor*. Assim, na primeira hipótese mencionada, são devidos ao cessionário os valores que este cedeu a título de adiantamentos; nascerá assim, neste caso, um novo direito de crédito na sua esfera jurídica, *ex novo* e automaticamente, cujo objecto incidirá sobre os valores adiantados. Com frequência, bastará ao *factor* debitar os valores adiantados na conta corrente estabelecida entre ambos. Quanto à segunda, não será necessário, em princípio, qualquer acto subsequente por parte dos outorgantes do contrato, sendo que, uma vez que o devedor entre em incumprimento, nos termos acordados, os créditos voltarão a surgir, sem mais, na esfera jurídica do *facturizado*. Não deixa, contudo, de ser necessária a devolução das facturas comprovativas do crédito, constituindo este um dos muitos deveres laterais da prestação que impende sobre as partes, embora não seja um requisito para a produção dos efeitos pretendidos pelo contrato³⁴.

3. O incumprimento no contrato de *factoring*

Estão assim explanados, em traços muito gerais, as características e elementos básicos do interessante contrato de *factoring*, quer este comporte o risco de incumprimento para o cedente dos créditos, quer

³² António Pinto MONTEIRO – Carolina CUNHA, «Sobre o contrato de cessão financeira», 36.

³³ Cfr., sobre a classificação das condições que podem ser apostas a um contrato, Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 565.

³⁴ Cfr. Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Cessão de créditos*, 358-359.

cometa esse mesmo risco para o seu cessionário. Contudo, torna-se essencial para esta exposição ver as especificidades desta figura na sua concreta e consubstanciada execução, através dos vectores que determinam o seu cumprimento e, muito particularmente, das vicissitudes que acarretam o seu incumprimento, seja por parte do *factor*, por parte do cedente ou até por parte do devedor cedido, que apesar de ser um terceiro quanto à relação negocial controvertida, nem por isso deixa de ter uma importância inegável na sua aplicação prática. Propomos então a analisar os vários casos de incumprimento que podem ocorrer neste tipo de contratos, bem como as consequências que estes comportam e, finalmente, as soluções que se podem deduzir da tríade composta por legislação, doutrina e jurisprudência.

3.1. A responsabilidade pré-contratual

Impende sobre as partes, na fase anterior à efectivação do contrato, um tipo especial de responsabilidade que se designa como pré-contratual. De facto, é ponto assente na doutrina nacional e internacional que as partes, embora não vinculadas por qualquer dever que surja de cláusulas que ainda não foram convencionadas, devem pautar a sua actuação por valores de conduta sérios e responsáveis, podendo assim incorrer em responsabilidade aqueles que não se guiem por tais padrões.

Antunes Varela decompõe a este propósito o art. 227.º do Código Civil³⁵, mencionando que para haver responsabilidade pré-contratual devem existir danos causados culposamente à contraparte, tanto durante o período das negociações como no da conclusão do contrato; para além de que caberá à parte culposa a reparação dos danos causados à outra parte, sejam eles danos pela não conclusão do negócio, sejam danos sofridos pelo decorrer das negociações. Reveste-se de especial relevância quanto à responsabilidade civil pré-contratual o princípio da boa-fé: presente no art. 227.º, obsta a uma realização meramente formal da prestação por qualquer uma das partes, constituindo como exigível a observância de determinados deveres acessórios de conduta.

Não pode, desta forma, ser discriminado o princípio da boa-fé na fase pré-contratual do *factoring*: recaem igualmente sobre *factor* e *facturizado* fortes deveres quanto ao seu procedimento nas negociações, sendo que aquele que será talvez o mais indispensável será o dever de informação. Tanto um como o outro encontram-se sob a necessidade

³⁵ Ver, por todos, João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 267-272.

de prestar valiosas informações à sua contraparte, sob pena de não ser celebrada uma relação alicerçada no princípio da confiança recíproca: o primeiro por lhe ser exigível a informação acerca do teor das cláusulas contratuais, nomeadamente quanto às contraprestações a que estas vinculam; e o segundo por necessitar de conceder acesso ao *factor* a todos os meios dignos de descrever a sua solvabilidade e o seu comportamento no meio negocial, bem como a todas as informações essenciais sobre os devedores referentes aos créditos a ceder.

Outros interesses são protegidos pelo princípio da boa-fé, transversal a todas as relações jurídicas; mas essencial será que este seja tão respeitado no momento das negociações como no próprio período da vigência do contrato. Em ambos os casos, mas por diferentes fundamentos, a parte faltosa terá de responder a título de responsabilidade civil por danos causados à contraparte.

3.2. Cláusulas típicas e obrigações decorrentes

O contrato de *factoring* é, efectivamente, um dos produtos mais férteis do princípio da liberdade contratual: não existe um “núcleo” de cláusulas específicas que devem obrigatoriamente constar dos contratos de *factoring* para que este seja encarado como tal, sendo somente necessário que contenha o “esqueleto” básico que tem vindo a ser atribuído à figura, através da presença da prossecução das suas tradicionais finalidades. O seu regime jurídico é propício para que a sua concreta composição, através das cláusulas acordadas pelas partes, seja manifestamente diferente de contrato para contrato, originando assim conjuntos de cláusulas cuja verificação é recorrente, e outros cuja verificação é mais escassa. Torna-se assim necessária uma aproximação àquele que será o contrato paradigmático de *factoring*, tendo em vista a concreta compreensão do seu regime e a preparação do terreno para que os problemas que comporta sejam correctamente solucionados.

Existe a necessidade, antes de mais, de fazer um ponto prévio: qualquer que seja a configuração que o contrato assuma no caso concreto, sempre lhe estarão subjacentes os direitos à prestação e os respectivos deveres de prestar, podendo consubstanciar-se estas prestações, por exemplo, na prestação do serviço de gestão e cobrança ou na prestação do adiantamento devido pelo valor do crédito; estes serão os deveres primários, aos quais se juntam, segundo a doutrina maioritária, os deveres secundários de prestação, que se subdividem entre deve-

res acessórios da prestação principal e deveres relativos a prestações complementares da prestação principal³⁶. Para além destes, devemos também ter em conta os deveres laterais da prestação, essenciais para o cumprimento da obrigação principal, e determinados pelos deveres de fornecimento de informações relevantes ou pelos deveres de esclarecimento da situação do mercado por parte do *factor*: alguns destes deveres até poderão ser retirados do regime do contrato de agência. Essencial é que sejam cumpridos de forma plena e diligente, podendo o seu incumprimento originar o dever de indemnizar a contraparte.

Considerando assim as cláusulas que se repetem com mais frequência nos numerosos contratos de *factoring* celebrados em território nacional, surgem imediatamente dois tipos de obrigações à cabeça: falamos das cláusulas de globalidade e de exclusividade. As primeiras consubstanciam-se na obrigação, assumida pelo *facturizado*, de ceder todos os créditos sobre os devedores que constam da lista acordada entre as partes, sejam eles presentes ou futuros; estamos assim perante uma globalidade circunscrita, visto que não se enquadra nesta os créditos sobre os devedores que o *factor* não aceitou. Já as cláusulas de exclusividade obrigam o cedente a abster-se de contratar com outro *factor* a cedência dos seus créditos, impondo aqui uma obrigação de carácter negativo sobre aquele.

Sendo que a globalidade a que nos reportamos é, então, circunscrita, limitada aos créditos sobre os devedores que o *factor* aceitou, poderá colocar-se a questão de saber se poderiam ser cedidos os créditos sobre os restantes devedores a outra instituição financeira, limitando a estipulação da exclusividade à obrigação de não ceder qualquer crédito sobre os devedores constantes da lista aprovada, e apenas sobre estes. Apesar de a resposta depender sempre do concreto ajuste contratual, parece-nos que admitir esta solução seria limitar ou retirar ao *factor* originário a possibilidade de vir depois a aceitar novos devedores que não existissem ao tempo do início da vigência do contrato, sendo esta, em última análise, uma hipótese contrária à boa-fé e ao princípio da confiança recíproca entre as partes³⁷. Refira-se, contudo, que a cláusula de exclusividade tem vindo a ser excluída de contratos de *factoring* mais

³⁶ Ver, por todos, João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 121-122.

³⁷ Neste sentido, António Pinto MONTEIRO – Carolina CUNHA, «Sobre o contrato de cessão financeira», 31-32.

recentes, tal como aponta Sónia Mota de Carvalho³⁸.

É comum o contrato de *factoring* possuir também cláusulas que indicam se é celebrado com ou sem recurso, nomeadamente através da definição da parte por conta de quem corre o risco. Vimos já a solução no caso de nada ser estipulado acerca deste aspecto, embora seja na prática frequente a definição do regime aplicável em caso de incumprimento do devedor cedido. É necessário assim, em primeiro lugar, que o *factor* aprove o crédito cedido, dependendo desta aprovação a transmissão do risco da cobrança: esta aprovação será feita com base em características próprias do devedor, podendo cingir-se a determinados devedores, ou podendo a garantia ir ou não até um montante determinado.

Afigura-se então como possível, face ao exposto, que o contrato de *factoring* seja celebrado com recurso integral, sem recurso integral ou com forma mitigada. A segunda hipótese é de verificação manifestamente rara, tendo em conta que o *factor* determina, as mais das vezes, um montante para a aprovação de cada crédito cedido, que constituirá um “*plafond*” a partir do qual o risco correrá por conta do cedente. Teremos então desta forma, na prática, inúmeros contratos de *factoring* próprio sob condicionalismos contratualmente definidos, atinentes ao risco de crédito que o *factor* está disposto a cobrir, definido através de *plafonds* atribuídos a cada um dos devedores que, se ultrapassados, tornarão o *factoring* em impróprio relativamente a estes.

Este direito de *aprovação* de que dispõe o *factor*, relativo ao crédito cedido para efeitos de assunção do risco até um determinado limite, é decorrente da liberdade contratual que cabe às partes. Mas esta faculdade terá de ser exercida com critério. Assim, o *factor*, uma vez aceite o devedor cedido, aprova o *plafond* correspondente ao limite até ao qual se obriga a assumir o risco de incumprimento, limite que deverá ter uma validade previamente fixada pelas partes. Já não nos parece admissível, porém, que o *factor* altere de forma discricionária o *plafond* que atribuiu durante a vigência do contrato celebrado, a não ser em casos muito contados.

Admitem-se, em suma, cessões de créditos com e sem recurso, e também cessões de créditos com recurso face a um número determinado de devedores e sem recurso face a outros, ou sem recurso até um determinado montante de créditos e com recurso ultrapassado esse montante: as cláusulas que definem a aprovação do crédito por parte

³⁸ Sónia Alexandra Mota de CARVALHO, *O contrato de factoring*, 194.

do *factor* poderão assumir diversas configurações, não podendo contudo sofrer alterações por exercício de poderes arbitrários. Cláusulas de alteração unilateral dos montantes a conceder serão, de resto, proibidas pelo regime das cláusulas contratuais gerais, que iremos analisar posteriormente. Não se exclui, contudo, a admissibilidade da transformação de certos créditos sem recurso em créditos com recurso, ou a alteração dos limites de crédito, desde que esta não advenha da actuação discricionária do *factoring*: tal poderá acontecer se, por exemplo, as partes acordarem nesse efeito em caso de o devedor accionar meios de defesa oponíveis ao cedente, ou em caso de ocorrer uma alteração anormal das circunstâncias que fundaram a decisão de atribuir determinados limites.

Anterior à definição dos termos em que será aprovado o crédito será a definição dos termos em que o crédito será transmitido, designadamente no que toca à sua oferta e aceitação. Assim, é comum a existência de cláusulas que estabelecem a obrigação, para o cedente, de ceder os créditos de que seja titular sobre os devedores que constarão da lista anexa ao contrato celebrado, à medida que estes vão surgindo na sua esfera jurídica e nas condições convencionadas pelas partes, em directa correspondência com o princípio da globalidade; o não cumprimento desta obrigação determinará a responsabilidade contratual do *facturizado*, que violará desta forma o princípio *pacta sunt servanda*. Mais delicada será a cláusula que determina o respectivo dever de aceitação por parte do *factor*, sendo debatido pela doutrina se esta será uma faculdade do cessionário, ou se pelo contrário se consubstanciará numa verdadeira obrigação. Parece-nos ser de rejeitar aquela primeira hipótese, visto que um poder discricionário deste tipo comportaria, para o cedente, uma intolerável ferida na segurança jurídica e na estabilidade que devem ser subjacentes aos contratos: o *facturizado* organizaria a sua vida e a sua actuação segundo expectativas que poderiam ser abaladas pela faculdade de o *factor* simplesmente rejeitar a cessão, possivelmente devido a causas irrisórias, colocando a sua contraparte numa posição tanto mais delicada quanto fosse a sua situação económico-financeira³⁹. Ao *factor* caberá, assim, uma verdadeira obrigação de aceitar os créditos cedidos, dentro dos termos que as partes convencionarem e segundo critérios de rigor objectivo; a sua recusa não dependerá assim de arbi-

³⁹ Também com esta orientação, António Pinto MONTEIRO – Carolina CUNHA, «Sobre o contrato de cessão financeira», 32-34.

trariedade ou discricionariedade, podendo no entanto ser admissível se a sua causa for convencionada *a priori* e se justifique perante o caso concreto, o que ocorrerá se, por exemplo, o crédito transmitido não se fizer acompanhar das facturas que se lhe referem (tal como estipula o art. 7.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 171/95, de 18 de Julho).

A acompanhar a aceitação dos créditos transmitidos poderá estar a antecipação do montante a cobrar pelo *factor*, que este se obriga a transferir para o cedente. Também estas antecipações poderão, contudo, estar sujeitas a determinados *plafonds*, dependentes nomeadamente do volume de créditos cedidos ou da situação financeira do *facturizado*⁴⁰. Pretende desta forma o cessionário precaver-se, no caso do *factoring* com recurso, contra um eventual incumprimento do cedente, quanto à devolução do montante cedido a título de adiantamento.

Reveste-se de especial importância prática a obrigação de notificação ao devedor da cessão do crédito. O negócio, para que produza efeitos perante aquele, terceiro face à relação contratual, terá de lhe ser notificado, ou este terá de o aceitar, nos termos do n.º 1 do art. 583.º do Código Civil. O preceito não indica, contudo, a quem caberá a obrigação da notificação, que tanto poderá ser feita pelo cedente como pelo cessionário; nem estabelece qualquer prazo para a notificação, sendo certo que até esta se efectivar a cessão apenas produz efeitos *inter partes*⁴¹. Tornou-se assim frequente a estipulação de uma cláusula de obrigação de notificação nos contratos de *factoring*, que estabelece por este meio os termos em que deve ser realizada e a quem caberá a sua prática.

Na verdade, tanto o cedente como o cessionário têm interesse na notificação da aceitação: aquele, pela garantia de exigibilidade do crédito a que fica obrigado por efeito da cessão, e este pela necessidade de ser visto pelo devedor, para todos os efeitos jurídicos, como o novo titular do crédito emergente da relação contratual-base⁴², pelo que o contrato poderá definir a obrigação de notificar para qualquer uma das partes. Quanto aos termos em que a notificação e a aceitação se processam, a lei não prevê nenhuma forma especial, podendo até a declaração

⁴⁰ Cfr. Luís Miguel D. P. Pestana de VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira*, 121-123.

⁴¹ Julgamos, desta forma, que o pagamento do devedor ao cedente, se feito de boa-fé e antes da notificação da cessão, considerar-se-á, em princípio, liberatório.

⁴² Maria João R. C. Vaz TOMÉ, «Algumas notas sobre a natureza jurídica e a estrutura do contrato de *factoring*», 276.

ser tácita⁴³; contudo, alguns contratos poderão especificar a obrigação, para o cedente, de operar uma notificação global sobre todos os devedores cedidos, ou de colocar uma indicação clara, em cada uma das facturas referentes aos créditos, de que estes foram cedidos. Parece-nos que bastará, para que a cessão seja eficaz, que seja efectuada uma notificação global, em que seja feita menção à cessão de todos os créditos presentes e futuros sobre o devedor notificado.

Alguna doutrina coloca a questão de saber se a cessão se deverá considerar eficaz, para o devedor, a partir da notificação, do seu conhecimento ou da aceitação: parece ser de admitir que qualquer destas três situações será idónea para que a cessão produza efeitos perante o devedor cedido, sendo todas mencionadas pelo já referido art. 583.⁹⁴⁴ Tal deve-se ao facto de a obrigação de notificação ser também imposta no interesse do devedor, que deve, sob a égide da boa-fé, procurar saber perante quem se poderá exonerar da obrigação; pelo que, provando-se que o devedor possuía conhecimento da cessão, encontra-se cumprida a finalidade que a lei prossegue, e o negócio jurídico deve desde logo começar a produzir efeitos perante o terceiro⁴⁵. Continua no entanto a impender, sobre as partes, o dever de notificar o devedor, sendo tal exigido por necessidades de publicidade e certeza do tráfego jurídico.

Reporte-se também que o contrato pode prever a hipótese de a cessão ser feita sem que o devedor seja notificado, pagando este ao cedente como se o crédito nunca tivesse sido cedido: tal prender-se-á com razões de vária índole, podendo fundar-se num interesse da empresa que, encontrando-se em frágil situação financeira, não pretende que os seus habituais clientes tenham conhecimento de que recorreu ao *factoring* para obter liquidez imediata. Referimo-nos neste caso ao *non-notification factoring*, cuja admissibilidade no nosso ordenamento jurídico não parece conhecer qualquer entrave⁴⁶.

Defendemos que a cessão de um crédito implica a transmissão da sua titularidade da esfera jurídica do cedente para a esfera jurídica do cessionário: tal também acontece no contrato de *factoring*, embora com as especificidades atinentes à sua concreta composição jurídica. Porém,

⁴³ Cfr. Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Cessão de créditos*, 361.

⁴⁴ No sentido de que basta o simples conhecimento da cessão, vide o Ac. do STJ de 01.06.2000, consultado em Abílio NETO, *Código Civil: anotado*, 630.

⁴⁵ Luís Miguel D. P. Pestana de VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira*, 300.

⁴⁶ Neste sentido, José Maria PIRES, *Elucidário de direito bancário*, 672.

outros direitos se podem transmitir com o crédito, contanto que se encontrem na sua dependência e sejam separáveis da pessoa do cedente: falamos das garantias e de outros acessórios do direito, cuja transmissibilidade está prevista no art. 582.º do Código Civil. Não é necessária, graças à sua consagração legal, uma cláusula que especifique a transmissibilidade destas garantias; pode é convencionar-se o oposto, dentro de determinados limites impostos pela lei. Assim, e seguindo de perto Menezes Leitão⁴⁷, sabemos que se transmitirão com o crédito as garantias que não são inseparáveis da pessoa do cedente, pelo que a fiança, a consignação de rendimentos, o penhor (mediante a entrega da coisa), a hipoteca, a garantia autónoma, e os privilégios creditórios (que não sejam inseparáveis do cedente) deverão transmitir-se sem mais para o *factor*, se nada for convencionado em contrário, entre outras garantias cujas especificidades de transmissão mereceriam um estudo mais aprofundado que não cabe na presente exposição. Também os acessórios se transmitem com o crédito, nomeadamente os juros vincendos, as cláusulas penais ou o *commodum* de representação. Mais controvertida será a questão dos direitos potestativos: em princípio transmitir-se-ão apenas aqueles que são conexos com o crédito, mas já não os ligados ao contrato-base que fundou o crédito cedido, como nos casos “do direito de escolha nas obrigações alternativas, da faculdade de denunciar um contrato, do direito de resolução dos contratos, do direito de actualização do conteúdo das obrigações”⁴⁸, entre outros.

Para além das cláusulas típicas mencionadas, muitas outras poderão fazer parte dos contratos de *factoring*, sendo que a experiência e a prática negocial têm vindo a trazer numerosos exemplos de diferentes estipulações acordadas pelas partes. Podemos ainda referir, a título de exemplo, as cláusulas que definem as remunerações devidas por cada um dos serviços prestados pelo *factor*, que devem ser calculadas segundo critérios de equidade e razoabilidade; cláusulas que definem o prazo de pagamento dos adiantamentos concedidos ao cedente sobre o valor dos créditos cedidos; cláusulas que definem o procedimento da cobrança e gestão dos créditos; ou cláusulas que estabelecem obrigações de informação específicas relativas ao acesso a determinados relatórios financeiros e administrativos do cedente. São também reiteradas

⁴⁷ Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Cessão de créditos*, 324-351.

⁴⁸ Carlos Alberto da Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 240-256.

as cláusulas que estipulam os mecanismos de cessação do contrato, em que é frequentemente aplicado, por analogia, o regime do contrato de agência; e estipulam-se também, não raras vezes, as condições em que o contrato pode vir a ser suspenso ou revisto, e que terão de se revestir de carácter objectivo (tais como a alteração conjuntural do sector onde labora a empresa cedente, o pagamento não liberatório efectuado ao cedente, entre outros).

Outras cláusulas são também convencionadas, de forma recorrente, mas cuja legalidade e admissibilidade são duvidosas, mesmo em face do princípio da liberdade contratual; estas, conferindo frequentemente poderes discricionários ou abusivos ao *factor*, podem definir-se pela possibilidade de resolução unilateral do contrato por razões irrisórias, pela faculdade de recusar sem justificação a cedência de determinados créditos, de alterar incondicionalmente os *plafonds* acordados para efeitos de garantia dos créditos ou de concessão de adiantamentos, ou de revogar créditos cedidos ainda que as correspondentes obrigações não se tenham ainda vencido. Ora, tais disposições, sendo muitas vezes impostas pelo cessionário sem qualquer tipo de negociação prévia, podem ser colocadas sob a sindicância do regime das cláusulas contratuais gerais, para que esta figura contratual não se veja subvertida nos seus princípios, ou para que não se frustrem, de forma incontornável, as suas finalidades.

3.3. O problema das cláusulas contratuais gerais

Diz-se que um contrato é de adesão quando uma das partes se limita a aderir ou a aceitar as estipulações contratuais impostas pela sua contraparte, no lugar de haver um período concreto de negociações das cláusulas que o irão compor, restando à parte que adere a liberdade de contratar ou não: estes tipos de contratos são estipulados segundo modelos previamente apresentados, em que a parte contratualmente mais fraca se limita a aceder em razão da sua inferioridade económica, da sua posição debilitada e necessitada, ou da sua falta de poder negocial⁴⁹.

O legislador português, atendendo às situações de desigualdade factual que se verificavam em numerosos tipos de contratos, legislou no sentido de combater este desequilíbrio, através do já sucessivamente alterado Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Este diploma cria um mecanismo de controlo que funciona a dois níveis: através de um

⁴⁹ João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 251-256.

controlo incidental, destinado aos contratos que são concluídos entre dois contraentes concretos e determinados; e de um controlo abstracto, que se destina já à fiscalização daquelas cláusulas contratuais cuja incorporação nos contratos é proibida⁵⁰.

Coloca-se assim a questão de saber se os contratos de *factoring* poderão ser colocados sob o escrutínio do regime das cláusulas contratuais gerais. A própria forma como estes contratos são elaborados e encarados pelos *factors*, entidades que na grande maioria das vezes serão instituições financeiras com grande poder económico e financeiro, parece influenciar decisivamente a sua concepção enquanto contratos de adesão: estes são pré-elaborados muito antes do momento da conclusão do contrato, sem que sejam tomadas em conta características de cariz económico ou social da contraparte. Ademais, não parece existir entre o cedente e o cessionário o equilíbrio negocial essencial para que aquele consiga concretizar os seus interesses: é sabido que o típico cliente do *factor* será uma pequena ou média empresa em expansão e com sedimentação crescente no meio comercial, não dispondo do poder económico e negocial necessário para poder contratar em igualdade de circunstâncias. Há que ter ainda em atenção que os contratos de *factoring* utilizarão, frequentemente, “jargões” de cariz técnico cuja compreensão apenas estará ao alcance de peritos e técnicos especializados, pelo que cabe aqui a necessidade de uma protecção jurídica acrescida para o cedente.

A maior parte dos contratos de *factoring*, na prática negocial, apresenta um conjunto de “condições gerais”, seguidas de um conjunto de “condições particulares” que, supostamente, seriam objecto de negociação entre as partes. Contudo, também aqui terá de ser tido em atenção o grau da concreta negociação que antecedeu a elaboração dessas cláusulas, assim como a natureza que elas assumem (ou seja, se são destinadas ao cedente concretamente considerado, ou destinadas a um grupo indeterminado de possíveis contraentes): a sua denominação como “condições particulares” não é, por conseguinte, suficiente para as subtrair ao controlo do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que de resto se aplica “às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar” (art. 1.º, n.º 2 do referido diploma).

Existem assim cláusulas que não poderão fazer parte do conteúdo

⁵⁰ Neste sentido, Almeno de Sá, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 59.

concreto dos contratos de *factoring*. Têm-se como nulas as cláusulas dos contratos de *factoring* que sejam contrárias à boa-fé (arts. 15.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro), tomando-se como exemplo as cláusulas que permitem ao *factor* alterar unilateralmente o montante do crédito que se dispõe a garantir perante o cedente. E considerar-se-ão também nulas as cláusulas que se integrem em qualquer uma das hipóteses previstas pelos arts. 18.º e 19.º, isto quando o cliente do *factor* seja uma empresa ou uma entidade equiparada (que será a hipótese mais frequente) – sendo por conseguinte nula, exemplificativamente, a cláusula penal que imponha ao cedente o pagamento de valores manifestamente excessivos no caso de este incumprir com as suas obrigações contratuais.

3.4. Os casos de incumprimento do contrato de *factoring*

Analisámos já os vectores essenciais da natureza jurídica, estrutura e execução do contrato de *factoring*, tomando em linha de conta os vários momentos da sua “vida” enquanto figura dinâmica no nosso ordenamento jurídico. Sabemos, assim, que o contrato que temos *sub judice* traduz-se, como qualquer relação obrigacional, em direitos a prestações e correlativos deveres de prestar, sendo direccionado e construído para conceder uma vantagem ao credor, e é através da prestação do devedor que é satisfeito o seu interesse⁵¹. Observamos desta forma o cumprimento das obrigações que definem o contrato de *factoring*, e que comportam o seu normal e ordeiro desenvolvimento.

Contudo, sabemos também que são passíveis de surgir perturbações na vida de qualquer contrato, abalando o seu normal funcionamento e colocando questões e dificuldades que obstam aos concretos interesses e finalidades que devem presidir à sua vigência. Devemos então analisar, a partir de diversos prismas e diferentes realidades, o concreto percurso que é percorrido no desenvolvimento desta figura, procurando colocarmo-nos em posição de elencar aqueles que serão os casos típicos de incumprimento que podem ocorrer ao longo da vida do *factoring*, identificando as suas diversas relações causa-efeito e apontando as soluções que se afigurem mais pertinentes, devidamente fundamentadas. Estes casos de incumprimento, efectivamente, consubstanciam-se na “situação objectiva de não realização da prestação debitória e de

⁵¹ Tal como nos ensina João Calvão da SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 61-62.

insatisfação do interesse do credor⁵², podendo a sua causa ser determinada pelos mais diversos factores.

Propomo-nos assim a analisar, nas páginas subsequentes, esses mesmos elementos que perturbam o normal decurso do contrato, e cujos problemas criados acarretam igual necessidade de obtenção de respostas, que urgem tanto mais quanto o contrato de *factoring* encontra uma sedimentação cada vez mais palpável e identificável na realidade comercial a nível nacional.

As mais comuns serão, indubitavelmente, as perturbações encontradas pelo incumprimento contratual imputável a cada uma das partes, seja o incumprimento do contrato de *factoring* concretamente considerado – celebrado entre *factor* e *facturizado* e, por isso, estando o seu normal decurso sujeito à conduta e actuação de cada uma destas partes – seja o incumprimento do contrato ou contratos que fundaram a cessão de créditos operada por efeito do *factoring*, e no qual produzirão efeitos decorrentes da especial e inevitável conexão entre este e aqueles.

Não implicam as anteriores considerações que o contrato de *factoring* apenas estará sujeito a perturbações imputáveis ao comportamento censurável de cada uma das partes que compõem as relações que regulamenta. De facto, este poderá extinguir-se, por exemplo, devido à impossibilidade da prestação, prevista pelo art. 790.º do Código Civil. Mas serão as causas de incumprimento imputáveis às partes que motivarão maior interesse científico e prático, graças aos distintos papéis e obrigações que assumem no decurso do contrato e à imputação da responsabilidade que, considerada na típica relação trilateral do *factoring*, dará origem a problemas pouco ortodoxos e de difícil resolução.

Analisaremos assim, desta forma, diversos casos de incumprimento cujas particularidades advêm do concreto papel que cada uma das partes assume na execução do contrato, e que poderão motivar, entre outros, a obrigação de indemnização pelos danos causados ou o direito de resolução do contrato, com a consequente indemnização do interesse contratual negativo. Estes poderão ser a causa de cessação do contrato, que por ser de execução duradoura não se extingue com o simples cumprimento das prestações. Mas outras causas de cessação, de carácter lícito, se poderão verificar, ainda que não sejam concretamente estipuladas pelas partes: alguma doutrina manda (e bem) aplicar

⁵² João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, II, 60.

neste ponto, por analogia, as regras relativas ao contrato de agência⁵³, motivando assim as possibilidades de cessação do contrato de *factoring* por mútuo acordo, caducidade, denúncia (sendo certo que deverá ser respeitado um prazo de pré-aviso proporcional às expectativas das partes, sendo que o cedente, por exemplo, poderá necessitar de um período de tempo relativamente alargado para poder voltar a criar os mecanismos atinentes à gestão e cobrança dos seus créditos e de reconhecimento do mercado) e resolução (por exemplo, em casos de manifesta inexigibilidade de manutenção do vínculo contratual por uma das partes, principalmente tendo em atenção o elevado grau de confiança recíproca que deve presidir à execução deste contrato).

Analise-se assim, em seguida, aqueles que serão os problemas mais pertinentes associados ao incumprimento, por cada uma das partes previstas pelo contrato de *factoring*, das suas obrigações contratuais, sejam as decorrentes do contrato globalmente considerado, dos subsequentes contratos que este regulamenta, ou dos contratos que originam os créditos cedidos.

3.4.1. O incumprimento por causa imputável ao *factor*

Será em princípio o cedente o principal prejudicado pela conduta censurável do *factor* no decurso do contrato. E nem podia ser de outra maneira: um dos princípios básicos do instrumento da cessão de créditos determina que o devedor não pode ficar numa situação pior do que aquela em que se encontrava anteriormente em razão da cessão do crédito, pelo que o próprio mecanismo pelo qual opera o *factoring* é favorável à manutenção do *status quo* do devedor. E nem se diga que o devedor poderá sair prejudicado por uma maior firmeza ou sagacidade do cessionário para a cobrança do crédito, visto que a dívida do devedor cedido mantém as suas características inalteradas, nomeadamente no que toca ao seu vencimento ou exigibilidade.

Assim, será o cedente que, como contraparte do *factor* no contrato celebrado, será mais afectado por uma actuação condenável ou culposa por parte deste: e esta circunstância será agravada pelo facto de, quase na totalidade dos casos, ser o cedente quem recorre ao *factor* para celebrar o contrato, em virtude de uma situação económica delicada ou de uma inferior estrutura administrativa que lhe permita conhecer e lidar com o mercado – pelo que se encontrará, frequentemente, numa

⁵³ Ver, por todos, António Menezes CORDEIRO, *Da cessão financeira: factoring*, 95.

posição de vulnerabilidade perante o outro contraente, propícia a abusos e a discrepâncias a que o ordenamento jurídico deverá responder convenientemente.

O *facturizado* disporá, naturalmente, de todos os meios de defesa idóneos para o cumprimento do seu interesse contratual, nomeadamente do direito de indemnização por danos causados pelo *factor* e destinados a ressarcir o interesse contratual negativo. E terá também o direito de resolução do contrato, quando tal for admissível em face das circunstâncias – pelo que o *factor* poderá incorrer, como é bom de ver, em responsabilidade civil contratual. Torna-se necessário, contudo, aprofundar a questão para além das regras gerais atinentes ao direito das obrigações, abarcando assim os problemas específicos relativos ao contrato de *factoring*, considerado de forma concreta.

O *factor* é onerado por um dever de diligência superior ao de um mandatário comum. Com efeito, o contrato de *factoring* comporta custos, calculados segundo taxas que, as mais das vezes, não são objecto de negociação. Para além disso, tivemos já a oportunidade de frisar a forte componente de confiança recíproca que terá de verificar-se neste contrato, principalmente face a um cessionário que, tomando nas suas mãos a responsabilidade da gestão, administração e êxito das cobranças, colocará o cedente em posição delicada e dependente, tendo confiado activos do seu património em função da diligência de um agente que se arroga a um conhecimento privilegiado do mercado e de actuação financeira e económica. Assim, parece ser fundamental que o *factor* se apresente como uma entidade altamente qualificada e conhecedora do meio em que se movimenta, sendo basilar a posse de conhecimentos técnicos e especializados que fundamentem a vantagem acrescida para o *facturizado* em ceder os seus créditos a um terceiro estranho às correspondentes relações creditórias.

Não deixa contudo de ser discutível o critério de aferição do grau de diligência que deve conformar a actuação do *factor*. Efectivamente, parece não bastar, em face das finalidades prosseguidas pelo contrato, a actuação de um homem médio, sagaz e diligente, sendo antes exigível um procedimento técnico eficaz e delimitado por parâmetros elevados e criteriosos. Só que esta aferição terá, ainda assim, de ser realizada segundo juízos altamente objectivos, não bastando a consideração subjectiva do cedente de que o cessionário não envidou todos os esfor-

ços necessários para a boa cobrança do crédito cedido. Pelo que será obrigatório avaliar as diferentes actuações caso a caso, sendo sempre possível a sindicância judicial do desempenho do *factor* na actividade de recuperação do valor em dívida.

O que não parece ser discutível é a responsabilidade contratual em que incorre o *factor* em caso de negligência na cobrança do crédito. E esta circunstância assume particular acuidade no caso de o contrato de *factoring* em causa ser com recurso, caso em que o cedente, naturalmente, terá direito à indemnização correspondente ao valor devido pelo crédito se for provado que a actuação do *factor* foi insuficiente para o recuperar do devedor cedido.

Para que o *factor* cumpra os seus deveres com a necessária diligência e responsabilidade, por outro lado, é essencial que conheça todos os agentes do meio económico em que se insere e com quem irá lidar directamente: sejam os devedores cedidos ou a ceder, cujo conhecimento do seu modo de actuação e capacidade financeira constituirá inegável vantagem para quem se proponha a celebrar um contrato de *factoring*; seja o conhecimento do próprio *facturizado*, cujos contratos celebrados, actividade comercial e financeira e situação económica se revelam fundamentais para o *factor*, que pretende apenas contratar com aqueles agentes idóneos para cumprir de forma segura e eficaz as obrigações contratuais a que se vinculam. É assim no seguimento desta exigência que os contratos deste tipo concederão frequentemente ao cessionário um poder de inspecção e fiscalização da actividade do cedente muito abrangente, permitindo-lhe a consulta, com periodicidade razoável, de toda a documentação atinente aos créditos cedidos, bem como de todos os relatórios de contas ou comerciais. A esta faculdade concedida ao *factor* corresponderão, naturalmente, deveres de conteúdo positivo e negativo para o *facturizado*, nomeadamente deveres de informação – quando tal for solicitado ou segundo a periodicidade estipulada – e deveres de não colocar obstáculos ao poder de controlo da sua contraparte.

É fácil deduzir que esta faculdade poderá comportar problemas, designadamente nos casos em que o papel do *factor* transpõe a fina linha que separa a fiscalização da actividade do controlo dos métodos comerciais e administrativos. Essencial se torna, assim, que seja observado de forma conveniente o princípio da proporcionalidade quanto ao controlo aqui descrito, podendo incorrer em responsabilidade o *factor*

que, por exemplo, se apodere de documentos originais, de forma abusiva, do arquivo do cedente. A sindicância daquele estará assim limitada, como é bom de ver, ao mínimo necessário para cumprir a sua função com eficácia, e com o objectivo único de reforçar a segurança necessária para o cumprimento da sua actividade.

Ressalve-se, quanto a este ponto, que o poder de fiscalização do *factor* pode constituir um importante obstáculo à cedibilidade de créditos resultantes da actividade, por exemplo, de médicos ou advogados: é que estes encontram-se, no exercício da sua actividade, vinculados pelo sigilo profissional, pelo que a consulta de informações relativas aos seus processos por parte de um terceiro quebraria importantes protecções criadas por lei – pelo que tendemos a defender, com Menezes Leitão⁵⁴, a incedibilidade destes créditos, a menos que o devedor o consinta expressamente⁵⁵.

Questão que se coloca com frequência na doutrina e na prática negocial, relativa à concreta actuação do *factor* neste tipo de contratos, passa por um conjunto de poderes e faculdades que não raras vezes lhe são atribuídas através de concretas estipulações negociais, e cuja admissibilidade se afigura, as mais das vezes, como extremamente duvidosa. Falamos principalmente das permissões concedidas para a alteração, criação ou revogação unilaterais de determinadas concessões ou serviços que o *factor* se obriga a prestar, por vezes motivadas por razões manifestamente desproporcionais face ao resultado a obter, ou até acionáveis sem a necessidade de qualquer tipo de fundamentação – sendo por isso passíveis de colocar o *facturizado* em situações melindrosas e inesperadas, e colocando em causa o plano que este gizou e com o qual contou ao assinar, de boa-fé, o contrato de *factoring*.

José Maria Pires⁵⁶ enuncia um exemplo típico e recorrente na prática negocial do contrato do *factoring*, concernente às situações em que o crédito cedido sem recurso poderá, já depois da sua cessão, perder a sua garantia de boa cobrança para passar a ser um crédito cedido

⁵⁴ Cfr. em Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Cessão de créditos*, 303-304.

⁵⁵ Menezes Leitão considera ainda que os créditos deverão ter-se como incedíveis ainda que os documentos que acompanhem a cessão se limitem às notas de honorários com indicação final da dívida – uma vez que, também nestes casos, a informação de que o devedor consultou determinado profissional poderá encarar-se como uma violação ao segredo profissional. Cfr. Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Cessão de créditos*, 304.

⁵⁶ No seu *Elucidário de direito bancário*, 670-671.

com recurso – transformação motivada apenas por uma vontade discricionária do *factor*. Tal transformação, continua o autor, seria apenas possível até à entrega da mercadoria ou da efectivação da prestação do serviço: mas nem nesses casos será possível, para o cessionário, realizar a transferência do risco do incumprimento para o cedente, sem qualquer fundamento, uma vez cedido o crédito incumprido. Não podemos deixar de concordar com esta posição, principalmente tendo em conta que uma cláusula deste tipo será, na esmagadora maioria das vezes, imposta ao cedente que não dispõe de um período de negociação razoável: estará portanto sujeita ao crivo do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, e nula por contrária ao princípio da boa-fé.

O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, relativamente à alteração unilateral, por parte do *factor*, dos limites que se propõe a conceder a créditos determinados: é que o balizar do crédito que o *factor* se propôs garantir constitui, para o *facturizado*, um limite e uma expectativa segundo a qual este pode actuar com a elevada segurança jurídica que o contrato lhe deve conceder, constituindo uma grave contradição ao princípio da boa-fé a diminuição unilateral e injustificada dos limites de crédito concedidos. Não é, portanto e de forma alguma, admissível que o *factor* possa, sem mais, “tirar o tapete dos pés” do cedente, retirando-lhe a certeza das facturas que presumia “em caixa”, e colocando-o numa situação altamente delicada face aos seus próprios credores; assim, também uma cláusula com este tipo de faculdade de diminuição do risco de crédito que o *factor* se propôs a assumir será nula, nos termos do regime das cláusulas contratuais gerais.

Referimo-nos já à invalidade de poderes discricionários, concedidos ao *factor*, para eliminar ou reduzir o limite do crédito concedido no âmbito do contrato. Contudo, também estes poderes deverão ser postos de parte quando o seu exercício não é discricionário, mas os fundamentos admitidos para a sua invocação sejam manifestamente inidóneos para produzir os efeitos que se pretendem. Assim, também a cláusula que permita a transformação das cláusulas sem recurso em cláusulas com recurso, motivada pela violação de *qualquer* dever do contrato por parte do *facturizado*, terá de ser considerada nula por contrária à boa-fé, nos termos do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro: é que, como aponta Pestana de Vasconcelos⁵⁷, uma cláusula deste tipo poderia comportar a eliminação da função de garantia a partir de qualquer

⁵⁷ Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, *Dos contratos de cessão financeira*, 265.

incumprimento, ainda que irrisório ou de importância diminuta.

O que parece ser certo é que o cancelamento ou a diminuição, por parte do cessionário, do risco de crédito que assumiu, sem que seja invocado qualquer fundamento ou sendo invocados fundamentos manifestamente inválidos, possibilitarão ao cedente a faculdade de resolução do contrato firmado, já que não lhe será exigível a manutenção de um vínculo em que uma das partes faz do princípio da boa-fé “letra morta”. Para além disto, será de admitir também, quando os casos o justifiquem, um direito por parte do *facturizado* de indemnização pelos danos sofridos.

Não pretendemos com as posições aqui expostas, já o dissemos, configurar como imutáveis os limites de crédito a que se obriga o cessionário dos créditos no contrato de *factoring*. Efectivamente, temos de admitir que estes poderão ser alvo de alterações quando as circunstâncias o justificarem, sendo necessário que para tal o *factor* invoque de forma clara e rigorosa os motivos da sua “justa causa”. Assim, parece-nos admissível, por exemplo, a alteração dos limites de créditos sobre devedores que se vejam impedidos de cumprir por motivos que lhe não são imputáveis (por exemplo, em caso de terramoto ou incêndio que destrua todo o seu património), ou sobre devedores que se encontravam já em estado iminente de insolvência ao tempo da cessão. Ponto é que a alteração aqui descrita se deva a factores previstos nas condições do contrato base, por forma a garantir a estabilidade e segurança jurídicas com que contam as partes ao tempo da sua celebração.

Outra das faculdades comumente atribuídas ao *factor* nos contratos celebrados é a permissão para alterar unilateralmente as comissões devidas pelas prestações a que está adstrito pelas cláusulas contratuais, designadamente aquelas que se referem à concessão de adiantamentos, à prestação de serviços de gestão e cobrança dos créditos ou à concessão de garantia de boa cobrança. Consideramos, na mesma linha de pensamento, que também estas cláusulas terão de ser nulas por contrárias ao princípio da boa-fé, sempre que o poder de alteração destas comissões não se baseie em critérios objectivos, determinados e inequívocos. É que a fixação de uma cláusula deste tipo poderá, tal como acontece com as cláusulas que permitem o cancelamento da assunção dos riscos de crédito, colocar o cedente numa posição melindrosa com a qual não contava, podendo inclusive levá-lo, no limite, a incumprir com as suas obrigações perante a sua contraparte, incumprimento que

não poderá considerar-se culposo se a alteração da comissão for manifestamente repentina ou injustificada. Assim, para que as cláusulas de alteração das comissões a receber pelo *factor* sejam válidas, terão de ser definidos com rigor os critérios e os termos em que se poderá processar essa alteração, nomeadamente no que toca à periodicidade da revisão dos valores a pagar, valor médio das facturas cedidas ou à quantidade de créditos cedidos⁵⁸.

Também a faculdade de revisão ou suspensão do contrato não poderá ser exercida de forma discricionária por parte do *factor*, sob pena de incorrer em responsabilidade civil. Efectivamente, quando as partes celebram um contrato contam com o seu integral cumprimento e o seu normal funcionamento nos exactos termos em que este foi celebrado, não podendo ser alterado, sem mais, pelos caprichos ou conveniências de apenas uma das partes. Poderá, sim, ser aplicada uma vez mais a solução analógica do regime do contrato de agência, que permite a qualquer parte resolver o contrato se ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual⁵⁹ – sendo certo que estas terão de ser circunstâncias que alicercem uma “justa causa” fundamentada por ocorrências não imputáveis a qualquer das partes, num regime semelhante ao da alteração das circunstâncias prevista pelo art. 437.º do Código Civil⁶⁰.

Outra questão controvertida passa pela admissibilidade, para o *factor*, de limitar a eficácia da cessão do crédito à possibilidade do devedor vir a invocar um direito de compensação de que dispunha sobre o cedente. Ora o direito de compensação, previsto pelos arts. 847.º e seguintes do Código Civil, será em princípio oponível pelo devedor ao cessionário, junto com outros meios de defesa existentes ao tempo da cessão, como iremos observar em momento oportuno. Mas nada impede que o *factor*, tendo assumido a garantia de cumprimento do crédito cedido, venha a estipular que esta garantia seja eliminada no caso de existirem créditos recíprocos entre cedente e devedor. Isto tendo em conta que o cessionário continua a ter direito ao valor que pagou pela cessão do crédito – pelo que uma situação deste tipo não configurará,

⁵⁸ Defendendo igualmente a existência de critérios rigorosos para este tipo de cláusulas, vide Luís Miguel D. P. Pestana de VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira*, 270.

⁵⁹ Art. 30.º, al. b) do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho; sendo esta uma solução preconizada por Luís Miguel D. P. Pestana de VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira*, 268-269.

⁶⁰ Neste sentido, António Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 134-137.

para este, pressuposto de responsabilidade civil.

Refram-se também os casos em que o *factor* se arroga no direito de resolver o contrato quando o devedor declare insolvência dentro de um determinado período de tempo posterior ao da celebração do contrato, que usualmente se fixa entre os 30 e os 60 dias: não nos parece também que esta seja uma cláusula nula em face do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, visto que se pretende, legitimamente, com a estipulação de um preceito deste tipo evitar situações de fraude ou de conluio entre devedor e cedente, que encontrando-se com dificuldades de tesouraria vem a ceder um crédito que sabe não se revestir do seu pressuposto de exigibilidade. Necessário será, contudo, que o período a fixar não ultrapasse um espaço de tempo razoável, em que o “período de suspeição” ainda se verifique, pois caso contrário desvirtuar-se-ia inelutavelmente a função de garantia que é assumida na cessão de créditos sem recurso.

Elencámos então, desta forma, um conjunto bastante vasto de casos de incumprimento do *factor*, que quer sejam anteriores, quer ocorram na vigência do contrato comportam para este o surgimento de responsabilidade civil. Contudo, falta-nos ainda referir a hipótese de o *factor* se encontrar numa situação em que não pode cumprir nenhuma das suas obrigações vencidas, em virtude de se encontrar impossibilitado para o fazer – ou seja, os casos de insolvência do *factor*. Em princípio, uma situação deste tipo representará motivo para a resolução do contrato, não sendo exigível para a contraparte manter a relação contratual face a um cessionário que não tem capacidade para aceitar os créditos cedidos. Mas também o administrador da insolvência do *factor* terá, à partida, a faculdade de optar pelo não cumprimento do contrato se este for prejudicial para a massa insolvente, sendo que neste caso o cedente ficará com um crédito sobre a massa no valor da prestação em dívida e da indemnização⁶¹. Por outro lado, também os créditos que o cedente tiver já cedido mas cuja cobrança ainda não tenha sido feita farão parte integrante da massa insolvente, se bem que neste caso o administrador da insolvência terá todo o interesse em fazer cumprir a prestação; o seu produto, contudo, constituirá objecto do crédito que o *facturizado* terá sobre a massa. Não nos parece haver aqui um direito à separação da coisa, dado que o crédito se transferiu, definitivamente, para a esfera jurídica do cessionário.

⁶¹ Cfr. Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Cessão de créditos*, 520.

3.4.2. O incumprimento por causa imputável ao cedente

Fizemos já a contabilização daqueles que serão os principais casos de incumprimento do contrato de *factoring* por motivos imputáveis ao cessionário, tornando-se agora imperativo abordar aqueles casos em que a sua normal execução seja perturbada por uma acção ligada ou causada pelo cedente dos créditos. Este poderá, indubitavelmente, conformar o contrato de várias formas, visto ser ele o titular originário dos créditos cuja cessão compõe o cerne da figura que colocámos sob análise. E esta afirmação torna-se iluminada pelas várias configurações que o *facturizado* pode assumir, podendo influenciar o decurso do contrato graças à sua qualidade de signatário e parte integrante do mesmo, mas também graças à sua qualidade de anterior credor do devedor cedido – existindo por isso um sem número de factores que, sendo decorrentes da relação contratual originária que fundou o aparecimento do crédito, poderão influenciar decisivamente a relação contratual principal constituída pela cessão do crédito.

Para que a cessão do crédito seja válida e eficaz, essencial será, em primeira linha, que o cedente garanta a existência e a exigibilidade do crédito ao tempo da cessão, tal como estatui o art. 587.º, n.º 1 do Código Civil: quer isto significar que o crédito terá que existir no momento em que é cedido ao abrigo do contrato de *factoring*, e para além disso, tem ainda de estar livre de vícios ou limitações que lhe retirem a substância que fundou a decisão de contratar. Naturalmente, incorrerá em incumprimento o cedente que transmitir um crédito que não esteja nestas condições, tendo que restituir ao *factor* eventuais antecipações e vinculando-se a indemnizá-lo pelos danos que essa cessão lhe possa ter causado. Mas também terá outras consequências: se o crédito cedido for um crédito comercial alheio, o cedente terá a obrigação de adquirir o crédito e de transmiti-lo posteriormente ao cessionário (cfr. art. 467.º, § único do Código Comercial) – pelo que se admite aqui a inexistência do crédito mas de um ponto de vista relativo, já que ele existirá em esfera jurídica alheia.

Poderão também verificar-se casos de fraude, em que o crédito cedido é inexistente por falsificação das facturas por parte do cedente, sejam estas emitidas sem a intervenção de qualquer “devedor”, sejam emitidas em conluio com terceiros que, na verdade, ou não possuem uma obrigação perante o *facturizado*, ou se preparam para invocar a situação de insolvência que lhes permitirá não cumprir com o crédito cedido. Ora, se é certo que a responsabilidade civil (e eventualmente

criminal) apenas impende sobre o cedente naquele primeiro caso, neste já terá de responder o devedor solidariamente com o agente com quem fraudulentamente architectou o esquema mencionado, sendo que poderemos estar aqui em face de um caso de simulação absoluta, prevista pelo art. 240.º do Código Civil, e decorrente da aparente celebração de um negócio que dissimula a real pretensão de não celebrar qualquer negócio⁶² – podendo a sua nulidade ser arguida por qualquer interessado, condição que o *factor* preenche.

Podemos verificar, desta forma, que grande parte dos casos de incumprimento imputáveis ao cedente poderão passar por cessões defeituosas, ou por cessões de créditos defeituosos. É assim evidente, por exemplo, que a cessão terá de respeitar aquelas normas que estarão estipuladas pelo contrato, como sejam por exemplo a obrigatoriedade da cessão de todos os créditos ao abrigo do princípio da globalidade: o desrespeito por estas cláusulas comportará a consequente responsabilidade civil contratual do cedente. Mas outras limitações à cessão de créditos decorrerão não do contrato, mas da própria lei: falamos por exemplo da cessão de direitos litigiosos, proibida nos casos previstos pelo art. 579.º do Código Civil, cessão que poderá ser nula e originadora do dever, para o cedente, de indemnizar os danos causados pela violação do preceito em causa; e falamos também da cessão que não se faz acompanhar de todos os documentos probatórios necessários e das garantias que o acompanham, constituindo-se em mora o cedente que deixa passar um prazo razoável sem que concretize a transmissão⁶³.

Também a transmissão de um crédito que já tenha sido anteriormente cedido a outro *factor* será, em princípio, inválida: é que, como já vimos, a cessão de créditos que o *factoring* opera implica uma verdadeira transferência da titularidade do crédito, pelo que o cedente, transmitindo pela segunda vez um mesmo crédito, estará já a dispor de um direito alheio. A lei civil portuguesa determina, contudo, um princípio semelhante ao que estabelece para a prevalência do registo efectuado por terceiro de boa-fé, ao determinar que a cessão prevalecente será aquela que for primeiro notificada ao devedor (art. 584.º do Código Civil) – pelo que, cumprindo-se este requisito, será a cessão efectuada ao segundo *factor* que prevalece, se este tiver a diligência de notificar

⁶² Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 467-468.

⁶³ Neste sentido veja-se o Ac. do TRP de 11.05.2000, mencionado em Abílio NETO, *Código Civil: anotado*, 629.

primeiro. Tal não implica que o cedente fique desresponsabilizado por esta circunstância; simplesmente, terá de indemnizar o primeiro cessionário pelo seu incumprimento da garantia de existência do crédito.

Outra questão bastante debatida pela doutrina passa pela transmissão de créditos protegidos por pactos de incredibilidade. Efectivamente, poderá ser firmado um pacto desta natureza ao abrigo do princípio da liberdade contratual, não parecendo existir qualquer razão ponderosa, perante o nosso sistema legal, que impeça a plena aplicação deste mecanismo. E um pacto deste tipo terá efeitos óbvios relativos ao contrato de *factoring*, que não poderá assim abranger os créditos referidos, sob pena de violação do art. 577.º, n.º 1 do Código Civil. Serão várias as razões que poderão levar um devedor a firmar tal pacto, e que podem passar pelo carácter *intuitu personae* com que celebram o contrato base, ou pelo facto de quererem compensar as dívidas que contraíram com créditos de que venham a dispor perante o credor⁶⁴. Todavia, o nosso ordenamento jurídico não restringe, sem mais, a cessão dos créditos protegidos por *pactum de non cedendo*: admite a sua eficácia perante terceiros, bem como perante o *factor* que não conhecia a convenção ao momento da cessão. Simplesmente, uma transmissão operada nestes termos não poderá causar qualquer efeito ao devedor, protegido por aquela cláusula, que poderá continuar a pagar ao cedente com eficácia liberatória – a não ser que venha a ratificar posteriormente a cessão operada.

Algumas considerações são ainda devidas no que toca ao carácter *intuitu personae*, ou seja, quanto a um negócio concluído sob a influência ou motivado por características específicas das partes. De facto, este pode ser um factor importante, se não capital, para uma parte se obrigar perante outra, em virtude de lhe reconhecer qualidades especiais ou de manter com ela uma relação de confiança. Poderá ser assim delicada a circunstância de um credor ceder um crédito resultante de um negócio celebrado com estas características, existindo aqui um verdadeiro e real interesse do devedor a proteger. Simplesmente, tudo se deverá passar, uma vez provado o carácter *intuitu personae* do negócio celebrado, como se tivesse sido firmado um pacto de incredibilidade: o contraente que fundou o seu acordo na confiança que detinha sobre a contraparte poderá continuar a cumprir perante ela e a exigir a sua contraprestação, não podendo ver, como é sabido, a sua posição agravada pela cessão dos créditos operada por um contrato que não lhe diz respeito.

⁶⁴ Cfr. Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Cessão de créditos*, 306.

Os casos mais flagrantes e que merecem um estudo mais aprofundado do incumprimento imputável ao cedente serão aqueles que implicarão o não cumprimento da prestação por parte do devedor, ou o seu cumprimento parcial ou insuficiente: em suma, aqueles casos em que o *factor* não obtém a prestação do crédito cedido por directa influência do cedente, seja porque este praticou atitudes ilícitas para com os terceiros devedores, seja porque ainda mantém obrigações que estribam o direito destes não cumprirem a sua prestação. As mais das vezes, casos deste tipo constituirão fundamento para que o *factor* opere o regresso dos créditos ao cedente, resolvendo desta forma a operação de cessão por incumprimento deste; e é possível que venha a obter também um direito de indemnização pelos danos causados, ou até a consequente resolução do contrato principal.

Referimo-nos já à obrigação que pode impender sobre o *facturizado* de notificar o devedor do crédito cedido para que a cessão se tenha como eficaz perante ele; e é natural que a notificação do devedor se constitua como um elemento essencial do contrato de *factoring*, a menos que este seja celebrado na sua modalidade de *non-notification*. Viola assim uma obrigação contratual o cedente que, estando vinculado a notificar o devedor da cessão do crédito que possuía sobre este, não o faz; mas esta violação não se revestirá de especial importância enquanto o devedor não cumprir a sua dívida. Os verdadeiros problemas surgirão, sim, quando o terceiro cumpra perante o cedente em virtude da negligência deste em operar a notificação exigida. Assim, se o devedor cumprir depois da notificação perante o seu credor originário, será sobre si que impenderá a responsabilidade de não cumprimento; mas se o devedor cumprir sem ter sido notificado, será o cedente o responsável pelo direito do *factor* não ser satisfeito, tendo de responder em conformidade – e isto devido ao facto de o devedor, agindo de boa-fé, não estar obrigado a conhecer a cessão que não lhe foi notificada, pelo que o seu pagamento será considerado como liberatório.

Estamos assim perante um caso, notório, em que o *factor* não obtém a prestação com que contava devido a uma omissão do cedente. Coloca-se contudo a questão de saber se também será responsável o cedente que, tendo feito uma notificação geral global em primeira linha, não aponha nas facturas subsequentes a indicação de que o pagamento só será liberatório face ao cessionário. Defendemos já nesta exposição que bastará uma notificação com os requisitos daquela, principalmente se

for feita por um meio seguro e idóneo, como seja por via postal através de carta registada com aviso de recepção. Contudo, não deixa de incorrer em responsabilidade o cedente que, vinculado por uma obrigação contratual de fazer essa menção das facturas, não o faz – já que esta, ao estar estipulada, constitui-se como um dever contratual a cujo cumprimento o cedente estará adstrito⁶⁵.

Resta ainda uma ressalva quanto à questão da notificação: quando o *factoring* seja celebrado sem a função de garantia, e por alguma razão os créditos regressem à esfera jurídica do cedente, caberá sempre a este notificar novamente o devedor de que o pagamento apenas terá eficácia liberatória se for feito perante ele – até porque nesse caso será o único interessado.

A causa mais flagrante de incumprimento da prestação debitória a que se vincula o devedor por causa imputável ao cedente verifica-se naqueles casos em que aquele dispunha de meios de defesa que pudesse invocar contra este: é que a cessão, apesar de comportar a transmissão do direito do crédito, não impede que o devedor possa invocar agora contra o cessionário estes meios de defesa, com a mesma amplitude com que os poderia invocar contra o cedente. O cessionário fica, neste caso, com o crédito sobre o qual adquiriu a titularidade afectado, pelo que caberá ao cedente que garantiu a sua exigibilidade responder pelos danos causados. Este regime decorre do princípio que define que a posição do devedor não pode ser agravada pela cessão do crédito, e a sua admissibilidade merece consagração legal através do art. 585.º do Código Civil. Note-se, contudo, que apenas serão válidos os meios de defesa que pudessem ser invocados até à data do conhecimento da cessão, ainda que o devedor os ignorasse; qualquer facto superveniente já não tutelará qualquer expectativa jurídica que o devedor pudesse ter, visto já ter pleno conhecimento e contar razoavelmente com a existência de uma nova relação jurídica e de um novo credor⁶⁶. Resta saber, assim, que meios de defesa concretamente considerados poderá o devedor invocar.

Começemos pela *exceptio non adimplenti contractus* (art. 428.º do Cód-

⁶⁵ Com esta orientação, *vide* o Ac. do STJ de 08.11.2007 (Processo n.º 07B3071).

⁶⁶ António Menezes CORDEIRO, *Da cessão financeira: factoring*, 106, dá o exemplo da compensação, ao enunciar que o terceiro devedor apenas pode compensar o seu débito com créditos que tenha constituído antes da notificação da cessão – e já não depois, pois o seu credor será a partir daí, e para todos os efeitos, o *factor*.

go Civil). Esta poderá ser oposta pelo devedor ao cessionário sem que este a possa impedir, constituindo-se como uma recusa legítima, por parte do devedor, de que não cumpre a prestação porque e enquanto o cedente não cumprir a sua contraprestação⁶⁷. A exceção de não cumprimento do contrato é um meio de coerção defensiva essencial para que o devedor possa fazer valer o seu direito, conseguindo ao mesmo tempo garantir-se contra o não cumprimento do cedente e pressionando-o a cumprir a sua prestação. Caberá sempre, nesta hipótese, a faculdade ao *factor* de resolver a cessão operada sobre estes créditos em específico, já que o cedente lhe transmitiu obrigações despidas do seu carácter de exigibilidade. Certo é que o devedor cedido tem direito à contraprestação do cedente, não podendo este, evidentemente, exonerar-se por transmitir a titularidade do crédito. E também em caso de ter havido um cumprimento defeituoso por parte do cedente poderá haver lugar à exceção aqui invocada: neste caso, o devedor poderá não cumprir, legitimamente, na justa medida da contraprestação que o credor falhou em realizar⁶⁸.

Efeitos idênticos verificar-se-ão havendo oponibilidade do direito de retenção (arts. 754.º e 755.º), outro dos meios de coerção defensiva privada que a lei admite e que se verifica quando o devedor, possuindo uma quantia (ou uma coisa) que deva entregar ao credor, pode legitimamente mantê-la na sua posse enquanto este não satisfizer um crédito que se conexas com essa quantia: assim, se esse crédito for transmitido ao *factor*, é evidente que o devedor poderá também exercer o direito de retenção contra este.

De grande interesse se reveste a oponibilidade do direito de compensação: este surge quando existe uma reciprocidade de créditos entre devedor e cedente, podendo aquele livrar-se da sua obrigação, ou de parte dela, por “extinção simultânea do crédito equivalente de que dispõe sobre o seu credor”⁶⁹, bastando para tal a simples declaração da sua vontade neste sentido (tal como preconiza o art. 847.º, n.º 1). Ora, o direito de compensação será, em princípio, oponível ao cessionário,

⁶⁷ Cfr. João Calvão da SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 329 e ss. para mais desenvolvimentos sobre esta figura.

⁶⁸ Favorável a esta orientação é o Ac. do STJ de 24.01.2002, que refere que “o exercício da *exceptio* obedece a um princípio de proporcionalidade, sendo a redução proporcional da contraprestação um dos direitos que em tal base assistem ao credor quando o devedor ofereça um cumprimento defeituoso”; para mais acórdãos sobre o contrato de *factoring*, vide Abílio NETO, *Operações bancárias*, 698.

⁶⁹ Tal como enuncia João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, II, 197.

desde que este se refira a créditos constituídos antes da data em que se efectivou a notificação da cessão; e tal oponibilidade não é abalada ainda que conste do contrato de *factoring* a obrigação, para o cedente, de receber de volta os créditos que transmitiu se o devedor invocar um direito desta natureza – obrigação legítima ainda que a cessão tenha sido celebrada sem recurso. Já não parece lógico, contudo, que o devedor possa invocar esse direito, perante o cessionário, se constituído após a notificação da cessão de créditos, uma vez que, neste momento, sabe não possuir qualquer crédito perante o seu novo credor que possa compensar. Simplesmente, a faculdade de o devedor poder opor a compensação ao cessionário é atribuída pela lei para que aquele não se veja afectado por um negócio jurídico no qual não teve intervenção, facilitando desta forma (ou não dificultando) a recuperação do seu próprio crédito.

Controversa foi a decisão do STJ de 6 de Fevereiro de 1997⁷⁰, através de um conhecido aresto que determinou, resumidamente, que tendo dado o devedor o seu acordo expresso para que se realizasse a cessão de créditos, “renunciou a invocar a compensação até essa quantia, perante a cessionária (sociedade de *factoring*) a quem o crédito foi cedido” – admitindo aqui a hipótese de o devedor efectuar uma renúncia tácita à compensação. Parece-nos que esta será, com o devido respeito pelo Tribunal, uma interpretação rebuscada da vontade do devedor cedido, visto que não se pode razoavelmente inferir, da declaração por este emitida, que pretendesse abdicar de um direito plenamente válido e eficaz de que dispunha ao tempo da cessão; de resto, esta será uma interpretação que não se coaduna com o princípio de que o devedor não pode sair prejudicado pela cessão de créditos operada. Não implica isto que não seja admissível a renúncia a este direito, visto ser “uma prerrogativa unilateral, articulando-se em áreas de posições disponíveis”⁷¹; apenas consideramos que uma renúncia tácita terá de ser inequívoca, para que seja validamente admissível e aproveite ao *factor* cessionário dos créditos.

Já constituirá, portanto, uma renúncia tácita ao direito de compensação, bem como a quaisquer outras excepções que o devedor pudesse invocar contra o *factor*, a circunstância em que aquele, inquirido sobre

⁷⁰ Processo n.º 96B608; consultado em Rui Pinto DUARTE, «A jurisprudência portuguesa sobre *factoring*», 269-274.

⁷¹ António Menezes CORDEIRO, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, 144.

a existência de exceções contra o cedente, responda negativamente, embora estas existam na sua esfera jurídica: é que, neste caso, cria-se uma expectativa jurídica para o *factor* que não pode deixar de ser tutelada, visto que irá gizar a sua actuação, no que a este contrato diz respeito, segundo as declarações que solicitou ao devedor; para além de que a sua diligência não poderá ser depois colocada em causa por um procedimento do devedor que o induziria, ilegitimamente, em erro⁷². Em última análise, conhecendo o devedor as exceções que impedem sobre o crédito, e escolhendo não as comunicar ao seu novo credor perante a sua solicitação, incorreria nestas circunstâncias num abuso de direito na figura do *venire contra factum proprium*, prevista pelo art. 334.º do Código Civil. Diferente será, todavia, o caso em que o *factor* nada solicita ao devedor em termos de informações: cabendo o dever de informação, em primeira linha, ao cedente do crédito, não impenderão sobre o *debitor*, em regra, obrigações acrescidas decorrentes do contrato de *factoring* para além da obrigação de cumprir perante o novo titular do crédito, tal como já explicitámos por diversas vezes.

Há que considerar também a hipótese de insolvência do cedente durante a vigência do contrato de *factoring*, caso em que a sua contraparte contratual poderá ficar em posição altamente delicada. Tal poderá acontecer, designadamente, nos casos de *factoring* com recurso em que tenham sido concedidas antecipações, ficando o cessionário sem o valor a que teria direito no caso de não conseguir o cumprimento por parte do devedor. Ora, no caso de serem concedidas antecipações por conta de créditos que não vêm depois a ser cumpridos, origina-se um direito de crédito autónomo do *factor* sobre o cedente; e não existem razões para dissociar esse crédito de todos os outros que serão reclamados no decurso do processo de insolvência, pelo que o *factor* terá, as mais das vezes, de aguardar que a sua pretensão se satisfaça pelo valor da massa insolvente.

Alguna doutrina⁷³ faz a distinção entre os efeitos da cessão dos créditos antes ou depois da notificação do devedor, tendo em vista o conhecimento do momento em que esta se torna oponível em relação à massa insolvente. Parece-nos que os créditos saem da esfera jurídi-

⁷² Defendendo esta posição, Luís Miguel D. P. Pestana de VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência*, 517-520.

⁷³ Cfr. Luís Miguel D. P. Pestana de VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira*, 350-352.

ca do cedente logo com a cessão do crédito, sendo que a notificação do devedor constitui mera condição de eficácia da cessão do crédito perante este. Mas este é um regime destinado a proteger apenas o devedor, dada a sua condição de fragilidade, não sendo de aplicar aos restantes terceiros – pelo que os créditos cedidos já não se podem considerar integrantes da massa insolvente a partir do momento em que é acordada cada uma das cessões. E nem o administrador da insolvência pode operar o regresso dos créditos, já que a hipótese aventada não se subsume ao regime dos negócios em curso: o que o administrador poderá, sim, fazer é optar por manter o contrato de *factoring* globalmente considerado, ou por recusar o seu cumprimento ao abrigo do art. 102.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

É também o entendimento de que a titularidade do crédito se transmite com a sua cessão que funda a inadmissibilidade do arresto dos créditos, se feita sobre o cedente, após a sua cessão ao *factor*: e bem decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra, em 13 de Maio de 1999, neste sentido, em caso em que à data do arresto já tinham sido cedidos os créditos a uma sociedade de *factoring*, e um terceiro pretendia o arresto dos créditos que supostamente pertenceriam ao cedente. O *factor* embargou o arresto, tendo tido sucesso nessa providência⁷⁴.

3.4.3. O incumprimento do devedor cedido

É evidente que o devedor cedido, não sendo parte contratual no contrato de *factoring*, mas apenas destinatário de alguns dos seus efeitos, não pode ser responsável pelo incumprimento do contrato concretamente considerado. Contudo, não é menos evidente que, consubstanciando-se o contrato de *factoring* numa cessão de créditos sobre terceiros devedores, o incumprimento das obrigações emergentes das relações contratuais que fundam esses mesmos créditos pode vir a ter decisiva influência no funcionamento do contrato de *factoring*, originando responsabilidades para o devedor que terão as devidas consequências legais. Para além disto, existem também certos comportamentos que, não constituindo um incumprimento propriamente dito, se relacionam directamente com a normal execução do contrato que temos aqui em análise, e que podem vir a perturbar ou a desviar o seu decurso esperado.

O *factor* dispõe, em princípio, de todos os mecanismos de defesa

⁷⁴ Para um olhar sobre este e outros acórdãos relativos ao contrato de *factoring*, Rui Pinto DUARTE, «A jurisprudência portuguesa sobre *factoring*», 269-274.

contra o incumprimento do devedor de que poderia dispor o cedente; e não poderia ser de outra forma, visto que aquele é, agora, encarado como credor de pleno direito, não se podendo considerar que os créditos transmitidos tenham sido de alguma forma onerados ou limitados em função da sua transmissão; e para além destes, acrescerão certos mecanismos de defesa que poderá opor ao próprio cedente, ainda que o incumprimento não lhe seja imputável – nomeadamente no que ao *factoring* com recurso diz respeito.

O devedor poderá assim incumprir quando a falta de prestação seja definitiva, o que o constituirá como inadimplente, ou quando torne a prestação impossível de cumprir; pode ainda cumprir defeituosamente, quando a prestação que oferece se revestir de vícios e irregularidades; e poderá também constituir-se em mora quando o cumprimento da prestação sofrer um atraso culposo, nos casos em que a prestação continua ainda a ser possível. A falta de cumprimento irá gerar, para o devedor, a lógica obrigação de indemnização dos prejuízos causados ao credor, tal como dispõe o art. 798.º do Código Civil; e caberá ao *factor*, enquanto credor da prestação, a faculdade de interpor a competente acção de cumprimento, bem como de se socorrer da execução específica, nos casos em que esta seja admissível. Esta será a regra no *factoring* sem recurso, em que o *factor*, por se ter obrigado a assumir o risco de incumprimento do devedor cedido, apenas o poderá demandar a ele para ver os seus direitos acautelados; o *facturizado* não terá aqui qualquer responsabilidade face ao não cumprimento da prestação, mantendo-se em dívida apenas quanto aos valores que tenha acordado pagar a título de comissões, e mantendo o direito a receber o valor acordado pelo crédito, se este ainda não tiver sido concedido a título de antecipações.

Diferentemente se passarão as coisas no *factoring* com recurso. Aí o *factor* poderá, em princípio, demandar o cedente, sua contraparte negocial directa no contrato de *factoring*: uma vez entrando em incumprimento, o crédito cedido resolve-se e regressa à esfera jurídica do cedente, que terá de devolver eventuais antecipações que o cessionário lhe tenha transmitido. Tal acontecerá, convencionalmente, mediante o simples débito na conta corrente estabelecida entre eles: se esta apresentar saldo devedor para o cedente, então o *factor* deverá reagir contra este da forma que reagiria contra o devedor inadimplente, dispondo, como já se referiu, de um novo direito de crédito, de carácter obrigacional. No caso de o cessionário não ter concedido quaisquer anteci-

pações por força do contrato de *factoring*, simplesmente estas não serão pagas, com o conseqüente regresso dos créditos para o cedente.

Mas a forma de reacção do *factor* face ao incumprimento do devedor cedido no *factoring* com recurso nem sempre se processa de forma tão simples, sendo necessária a definição da concreta configuração do direito de regresso e de que forma este opera. É que, apesar de ser esperado que o *factor* se vire para o cedente, nada em concreto parece impedir que este venha a demandar o devedor, o que pode trazer óbvias conseqüências: passam a existir dois devedores para um mesmo crédito. O que, se por um lado pode implicar uma dupla garantia para o *factor*, por outro torna-se essencial que essa garantia seja rigorosamente delimitada.

O *factor* dispõe assim, no contrato de *factoring*, de dois direitos distintos face ao incumprimento do devedor na cessão com recurso: de um direito de crédito sobre o devedor e de um direito de regresso sobre o cedente. Simplesmente, o exercício com sucesso de um dos direitos terá de implicar, necessariamente, a extinção do outro, já que ambos satisfazem o mesmo interesse: são assim subsidiários entre si, conexiionados através de uma relação de interdependência que, a não se verificar, poderia implicar um enriquecimento injustificado do cessionário, à luz do nosso ordenamento jurídico e dos ditames da boa-fé⁷⁵. E igual ordem de ideias é aplicável no caso em que o devedor, em lugar de incumprir a prestação, a cumpre perante o cedente, após a notificação da cessão do crédito: tal situação, se admitirmos que equivale a um incumprimento perante o verdadeiro titular do crédito, implica que o *factor* apenas poderá satisfazer o seu direito à prestação através do devedor ou através do cedente, devendo aqui, como indica Carolina Cunha, ser mobilizada a cláusula geral da boa-fé, tendo em vista o impedimento de “actuações do *factor* que deslealmente lhe dessem azo a embolsar duas vezes a mesma soma”⁷⁶.

Não resulta do exposto que o *factor*, ao demandar cedente ou devedor para a satisfação do seu crédito, renuncie à faculdade de demandar o outro se a sua pretensão não for satisfeita primeiramente: o facto de o cessionário possuir dois direitos distintos implica que possa satisfazer um ou outro tendo em vista a obtenção dos valores a que legitimamente tem direito, mas não os dois em simultâneo. Simplesmente, a pro-

⁷⁵ Tal como considera ZUDDAS, *Il Contratto di Factoring*, Napoli, 233 e segs., *apud* Carolina CUNHA, «Contrato de factoring», 50.

⁷⁶ Carolina CUNHA, «Contrato de factoring», 50.

cedência de uma das acções faz cair a outra, visto que o seu interesse, jurídico e económico, estará já, desta forma, atendido.

Admitimos já que o *factor* tem direito a fazer regressar os créditos face ao incumprimento definitivo do devedor cedido. Contudo, coloca-se também a hipótese de saber se este mecanismo pode operar por via de um incumprimento defeituoso ou parcial deste, dadas as finalidades prosseguidas pelo contrato de *factoring*, e no caso de este nada estipular, em concreto, sobre a hipótese admitida. Desta forma, no caso de incumprimento parcial, o *factor* pode legitimamente resolver a cessão, quando não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação, tudo se passando como se o devedor não tivesse cumprido; ou pode optar pelo cumprimento do restante, sendo tal prestação, em primeira linha, exigível ao devedor, e só apenas subsidiariamente ao cedente. Quanto ao incumprimento defeituoso, quando este não comporte a resolução do contrato, concederá, em princípio, ao *factor* um direito de substituição da prestação, para além da indemnização eventualmente devida por danos causados: este deve ser exercido sobre quem realizou a prestação defeituosa (o devedor), parecendo apenas ser admissível a responsabilização do cedente em caso de a prestação cumprida defeituosamente não ser justificadamente aceite pelo cessionário.

Coloca-se também a questão de saber, quando o contrato de *factoring* com recurso seja omissivo, se o incumprimento do devedor que gera o regresso dos créditos terá que ser definitivo, ou se a simples mora admite já a faculdade de exigir do cedente o valor antecipado pelos créditos. Ora, Antunes Varela⁷⁷ define a mora como o “atraso (demora ou dilatação) culposo no cumprimento da obrigação”, sendo certo que esta não se converte em incumprimento definitivo enquanto não decorrer a perda definitiva do interesse na obrigação. Pelo que se o credor originário tiver fixado um prazo ao devedor, para além do qual considera a obrigação como não cumprida, e o *factor* disso tiver conhecimento, não parece admissível que os créditos venham a regressar enquanto esse prazo não tiver sido atingido. Certo será que em caso de atraso no pagamento serão sempre devidos juros moratórios a pagar pelo devedor, nos termos do art. 804.º, n.º 1, ou pelo cedente, em caso de regresso dos créditos, que terá depois direito a ressarcir-se perante o devedor que entrou em incumprimento.

⁷⁷ João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, II, 113-126.

Falámos já em momento anterior do pagamento do devedor ao cedente antes da notificação da cessão; resta agora saber se pode ser considerado liberatório o pagamento feito ao cedente após a notificação da cessão do crédito, e que efeitos produz esse mesmo pagamento, nomeadamente se implica o incumprimento do devedor da obrigação a que se encontra vinculado. A questão colocou-se perante o Supremo Tribunal de Justiça no famoso Acórdão de 26.09.2002⁷⁸ que, independentemente das especificidades do caso concreto que foi chamado a decidir, pronunciou-se inequivocamente no sentido de que um pagamento feito nestas condições não é liberatório, até porque “a própria natureza jurídica do contrato de *factoring* impõe que o pagamento seja feito pelo devedor ao cessionário, e não ao aderente”, não extinguindo, por conseguinte, a obrigação do devedor. É que este, tendo sido notificado da cessão, não tem nenhum interesse ou expectativa jurídica a proteger que lhe permita pagar a alguém que sabe não ser (ou tem obrigação de saber), de pleno direito, o credor da obrigação, mas sim um terceiro: a cessão produziu efeitos perante ele, que assim terá de cumprir perante o agente que dispõe da plena titularidade do direito de crédito. O seu pagamento ao cedente implica, assim, a aplicação do regime da prestação feita a terceiro, previsto pelo art. 770.º do Código Civil. Tal não implica, naturalmente, que o *factor* possa vir a receber a mesma prestação do devedor e do cedente, pelas razões que já apontámos anteriormente; e não implica também que o cedente possa manter uma prestação a que não tenha direito, enriquecendo-se injustificadamente graças a ela. O devedor terá direito, nos termos gerais, à repetição do indevido⁷⁹.

Existe, contudo, uma situação em que o pagamento feito ao cedente, mesmo após a notificação da celebração do contrato de *factoring*, comporta eficácia liberatória, e que se verifica quando são atribuídos ao cedente poderes de representação que lhe permitam receber o pagamento do crédito, tendo aqui aplicação o art. 769.º. Neste caso o cedente será um mandatário do *factor*, actuando por conta e no interesse deste, e assim obrigando-se a transmitir-lhe os valores que recebeu e que, afinal, serão sua propriedade. E isto mesmo quando a finalidade que subjaz às cláusulas concretamente celebradas se prende com a protecção da posição jurídica do *factor*: independentemente do fundamento que presidiu à estipulação em causa, os efeitos da mesma não

⁷⁸ Proc. n.º 1460/02; consultado em Carolina CUNHA, «Contrato de *factoring*», 40-51.

⁷⁹ Neste sentido decidiu o Ac. do TRP de 18.12.1997 (Proc. n.º 9731013).

poderão deixar de se produzir – sendo que, a admitir-se que o devedor não pudesse invocar a procedência da cláusula, esta ficaria despida de interesse e eficácia, podendo ter-se quase como não escrita⁸⁰. Neste caso caberá ao *factor*, quando não receber as importâncias devidas, responsabilizar directamente o cedente, nos termos do art. 1161.º, alínea e), condenando-o ao pagamento das importâncias que lhe são devidas e que o cedente recebeu em execução do mandato – não podendo o devedor ser responsabilizado visto que, afinal, já cumpriu com a sua obrigação, nos exactos termos previstos pelo contrato de *factoring* celebrado.

Resta abordar, entre os casos de incumprimento do devedor cedido, aqueles que se devem à sua situação de insolvência. São admissíveis, entre os casos de *factoring* sem recurso, aqueles em que a função de garantia abrange apenas a capacidade financeira do devedor, funcionando unicamente quando seja decretada judicialmente a insolvência do devedor cedido. Neste caso o *factor*, assumindo a boa cobrança do crédito, terá de pagar ao cedente o valor acordado pelo crédito, uma vez deduzido o valor das várias comissões acordadas e das antecipações eventualmente concedidas. Já no *factoring* com recurso a questão não se colocará com especial especificidade, já que os créditos regressarão, em princípio, logo após o vencimento das obrigações não cumpridas; se a insolvência do devedor for anterior à data do vencimento, retrocederão à esfera jurídica do cedente os créditos cedidos, sendo igualmente devido ao *factor* o valor das comissões acordadas e das eventuais antecipações concedidas⁸¹.

Diga-se de resto que, em caso de insolvência do devedor, caberão naturalmente ao *factor* todos os direitos que caberiam ao credor originário da prestação, designadamente o direito de reclamar créditos sobre a insolvência, de fazer parte da assembleia de credores ou de aprovar um plano de insolvência. Contudo, para tal terá que responsabilizar directamente o devedor, sendo que, tal como já ficou exposto, o *factor* poderá também demandar o cedente em caso de *factoring* com recurso; o que não pode é receber a mesma prestação de ambos, sendo do seu interesse, na maioria dos casos, demandar primeiramente aquele que apresente uma situação financeira mais apta a satisfazer a pretensão decorrente dos créditos de que é titular, e que no caso será o cedente.

⁸⁰ Cfr., neste sentido, Carolina CUNHA, «Contrato de *factoring*», 49.

⁸¹ Cfr. Luís Miguel D. P. Pestana de VASCONCELOS, *Dos contratos de cessão financeira*, 353.

Conclusão

A exposição que ora se apresenta, ao procurar a apreensão da actividade de *factoring* a partir de uma vertente prática, procurou ir além dos estudos que, com maior ou menor pormenor, têm vindo a ser feitos no nosso país no que a esta figura diz respeito. De facto, e sendo embora evidente que o trabalho já feito nesta área é de inegável relevância, procurámos aproveitar o seu conteúdo, nomeadamente no que à evolução histórica, natureza jurídica e estrutura da figura diz respeito, para aprofundar a análise de outras vertentes que, mais relacionadas com a sua concreta aplicação e sedimentação, merecem também, a nosso ver, análise cuidada.

Assim, foi necessariamente breve a nossa incursão pelas questões “prévias” ao coração desta dissertação, relacionadas com o aparecimento do *factoring*, sua definição e elementos que o caracterizam – com especial enfoque, naturalmente, para as funções e finalidades que o contrato cumpre e prossegue. Mais demorada foi a contraposição entre *factoring* com e sem recurso, determinada pela assunção do risco do incumprimento por uma ou outra parte contratual, cedente ou factor. Procurámos demonstrar, a partir da decomposição da função de garantia, a sua importância fulcral para o desenvolvimento da relação jurídica que emerge do contrato; e procurámos também analisar a influência da sua omissão em contratos celebrados – o que nos terá permitido, assim, perspectivar esta vertente do *factoring* nos seus planos abstracto e concreto.

Essencial para o desenvolvimento da presente análise foi o estudo da concreta execução do contrato, com particular interesse, claro está, para aqueles casos em que se consubstancia o seu incumprimento. Tivemos a oportunidade de passar em revista aquelas cláusulas cujo surgimento é já recorrente: exame que, de resto, veio a constituir um prefácio para o objectivo principal deste trabalho, e que passou pelo elencar dos casos de incumprimento que, quer consistam em hipóteses, as mais das vezes, académicas, quer consistam em circunstâncias de frequente verificação, nos permitiram avançar soluções e conclusões de relevante teor funcional.

O estudo que assim se expõe, apesar da sua brevidade, não deixa de comportar a ambição de ser mais do que isso: propõe-se como uma súmula daquilo que são os traços gerais da “vida” e complexidade que o contrato de *factoring* conhece ao longo do seu decurso, funcionando como um manual de boas práticas e como compilação de aceções que,

conexionadas com a prática negocial e com o concreto desenvolvimento da figura, permitem um seu conhecimento mais profundo e consonante com a dinâmica que, ao longo da sua execução, o caracteriza.

E será sempre dinâmica, como vimos, a relação complexa que coenvolve *factor*, *facturizado* e devedor cedido, constantemente conformada pela configuração que cada um dos contratos, concretamente considerados, assumem entre si, bem como sempre serão diferentes os problemas preconizados e as soluções apontadas. O que parece certo é que estas soluções não poderão, naturalmente, ser avançadas apenas com recurso aos traços gerais do abstracto regime da cessão de créditos, muito menos pelas tímidas intervenções legislativas que foram feitas no campo da actividade. Necessário será que se analise e decomponha a estrutura do contrato concretamente conformado, já que este terá, quase sempre, causa complexa: e necessária será a sua separação por camadas, por referência às concretas funções que prossegue, adaptando regras de uns e outros regimes jurídicos enquanto se tenta, ao mesmo tempo, respeitar a unicidade do contrato e o espírito comum que lhe é transversal.

Raramente será, desta forma, acessível o apreender, de forma satisfatória, dos traços atinentes a toda a actividade do *factoring*, já que a sua configuração em casos concretos se revestirá de especificidades que poderão, em última análise, originar o aparecimento de dois ou mais contratos de “*factoring*” que, na realidade, serão diametralmente opostos entre si. Mas as relações que se estabelecem entre *factor/facturizado*, *factor/devedor* e *facturizado/devedor* terão de respeitar sempre princípios básicos de boa-fé, de pontualidade e de confiança mútuos, sem os quais a sobrevivência da figura se encontrará em xeque; e será por estas razões que a sua operacionalidade terá de ser permanentemente sindicada pela doutrina e pela jurisprudência, pontos de referência da aplicação dos mais básicos corolários do direito, e impedidores do surgimento de abusos e desproporcionalidades que se verificam com mais frequência do que seria desejável. Será também fulcral, dentro destes casos de abusos, contabilizar aqueles que serão originadores de responsabilidade, em maior ou menor medida, e quais as concretas consequências que esta implica: só assim poderá continuar a verificar-se o florescimento e a procura desta figura e das finalidades que prossegue, e ao mesmo tempo manter-se a faceta atractiva e enérgica que a caracteriza desde o seu surgimento.

Abstract

The *factoring* agreement is an instrument with a relatively recent consolidation in the Portuguese legal system. With Anglo-Saxon origins, it has been an object of study by countless researchers; however, some aspects of its execution still need a much deeper analysis, a task which the present study intends to pursue.

Our dissertation begins with an attempt to define *factoring*, though the contractual freedom subjacent to this kind of agreement does not allow much more than an approximate description. It can always be described as a contract, from which an entity (the client) sells to another (the *factor*) his receivables, which he detains as credit claims over third parties (the debtors). Several variations of the *factoring* agreement can be identified; but the true comprehension and apprehension of this instrument will always depend on the full knowledge of every element that composes this activity.

The agreement is typically composed of three services: financing (advancement, given by the *factor* to the client, of the value of the receivables); acceptance of credit risk; and management of the receivables. It is also known to be a framework agreement, with the typical legal grounds of mixed-purpose contracts; and is currently regulated, in Portugal, by the Decree-Law No. 171/95, of July 18th, which is clearly directed towards the “deregulation” of the typical *factoring* agreement (leaving its construction in the hands of the parties). Our study also refers to the advantages (such as the growth of the company’s effectiveness or the cash flow development) and inconveniences frequently appointed to *factoring* (like the typically high value of the commissions due by the client to the *factor* or the companies’ loss of independence when managing their assets).

This thesis focuses, first and foremost, on the study of the service of credit risk acceptance that can be found on some *factoring* agreements. The transfer of the credit risk to the *factor*, which characterizes the so called non-recourse *factoring*, makes the *factor* liable for the potential default of payment by the debtor. On the other hand, the *factoring* agreements that do not provide this service do not operate the transfer of the credit risk, which will be maintained by the client; this happens in the recourse *factoring*. In this case, the default of payment by the debtor will give the assignee the power to return the unpaid credit claims back to the client.

It is easily understandable that the service of acceptance of the credit risk assumes a vital importance for the comprehension, application and performance of *factoring* agreements, which justifies the special relevance given to it by our study. It can also be said, on that matter, that the *factoring* agreements that contain that kind of service provide the client an undeniable certainty when it comes to account their receivables as assets, since he is now able to pursue his commercial activity without the risk of going through various payment defaults. The present dissertation also analyses the legal grounds subjacent to that service, as well as the advantages and inconveniences associated with it. And we also address a question that raises some controversy, regarding the consideration of the agreement that does not predict the service of credit risk acceptance as a *real factoring* agreement: we believe that this type of contracts must also be considered proper *factoring* contracts, given that their innumerable variations allow them to assume many different forms (as long as their “skeleton”, that is, their basic definition, is still verified).

After studying the meaning that the credit risk acceptance assumes in the *factoring* agreement, our thesis goes on to the scrutiny of those cases where the contract is silent when it comes to who takes the risk of credit failure. We begin by explaining that the legislator seems to be favorable to the subsidiary application of Article 587th, paragraph 2 of the Portuguese Civil Code, which determines that, when nothing is agreed otherwise, the risk of failure is taken by the assignee of the credit; we are also favorable to this solution, for the reasons better explained in the present study. The dissertation explores other problems that come from that absence of stipulation, such as: if the credit risk must relate to the simple payment default by the debtor or, instead, to those cases where the debtor is declared bankrupt by a legal court; the calculation of the commission that the client must pay the *factor* for the acceptance of the credit risk; and the power that the *factor* may or may not have of accepting or approving the transmitted receivables.

The study of the acceptance of the credit risk, in the present dissertation, finally ends when we approach those cases where the credit risk is taken by the client (that is, when the *factor* does not accept the credit risk): we highlight, in particular, the analysis of the mechanism by which the receivables are transferred back to the client when the debtor fails to comply, as well as the effects of that transfer (whether

the *factor* gave, or not, advancements on the account of the transmitted receivables).

After exploring the characteristics and basic elements of the *factoring* agreement (in particular, of the credit risk acceptance), the present exposition focuses on the specifications of this contract on its concrete performance; and, most particularly, on the vicissitudes brought on by the possible breaches of the agreement. We start, firstly, by examining the typical *factoring* agreements. One of the clauses that is most frequently stipulated is that through which the client must transfer all the credit claims on all of the debtors contained on a previously stipulated list, in terms agreed by both parties; and there are also exclusiveness clauses, aimed to forbid the client of transferring, to any other *factor*, any receivables that he may have. The stipulation of the acceptance or non acceptance of the credit risk (which determines if the *factoring* is with or without recourse) is also very frequent; and we can also find a recurrence of the clauses that establish the obligation of notifying the debtor of the transfer of the receivable, which can be committed to any of the parties.

Alongside with the clauses mentioned above are others whose legitimacy is quite doubtful (although their stipulation is also quite recurrent). Such terms, most of the times imposed by the assignee without any previous negotiation, can be syndicated through the Portuguese regime of “unfair contract terms”. We also analyze, though superficially, the applicability of this regime to the typical *factoring* agreement.

The main focus of this study is next in line, where we examine the most frequent cases of contract breaches in the business practices of the *factoring* agreement. We start off with the cases of breach that are attributable to the *factor*, assignee of the credits: on those cases, the client will be the most prejudiced by a condemnable procedure of this party – since the debtor, being a third party, cannot be worse off than we was when the receivable was transferred. It seems to us that the *factor*, in this type of contracts, has a duty of care superior to the duty that a normal delegate should fulfill, since he has to be a highly qualified entity; this will be, we believe, the parameter that must be observed when it comes to the evaluation of a potential negligence in the debt recovery process. The *factor* can also be considered liable when he abuses his power of supervision, which most *factoring* agreements give him.

On the other hand, some powers attributed to the *factor* by the agree-

ment can also raise some concerns from a legal point of view, mostly in cases where those powers can be considered discretionary or arbitrary, and when the *factor* can exercise them without any just cause. We are referring, namely, to those powers of elimination or reduction of the credit limits granted in the agreement, of modification of the commissions due to the *factor*, or even of revision or suspension of the contract: all of these powers, of course, cannot be granted to any of the parties if they are arbitrary, or if they only depend on an unilateral declaration. However, it seems to us that an imposition of the *factor* that limits the effectiveness of the transfer to those cases where the debtor does not claim any defense mechanisms, such as a right of set-off, is perfectly admissible, given the interests at stake; and we also find admissible, for example, the right of resolution that the *factor* may have when the debtor declares bankruptcy shortly after the transfer of the receivable.

The present study continues by analyzing the cases of breach that are attributable to the client, seller of the credits. The most flagrant case can be seen when he transfers a receivable that does not meet the requirements of existence and enforceability: that can happen, for example, when the credit claim on the debtor is inexistent due to fraud (derived from falsification of the invoices, or from any other cause). But many other cases of breach of contract by the client can occur, such as those where he transfers a receivable which was already transferred to another *factor*. The failure to comply, on the other hand, may not report directly to the *factoring* agreement, but also to the contractual relations derived from the transferred credit: therefore, the seller will be accountable to the debtor when he transfers credits that are under court dispute (when that transfer is forbidden by Article 579th of the Portuguese Civil Code), or when he transfers a credit protected by an agreement that forbids the transfer.

The client is also liable when the *factor* does not obtain the payment from the debtor due to actions or behaviors attributable to him: that can happen, namely, when the client, committed to notify the debtor of the transfer of the receivables, does not do it (this situation has special relevance in those cases where the debtor, in good faith, pays his debt to the original holder of the credit claim). It also happens when the debtor had legal mechanisms of defense that he could hold against the client, since he can, now, hold the same mechanisms against the

factor: These situations, where the assignee acquires defective receivables, can be verified, specifically, when the debtor claims rights such as the exception of non-compliance, the right of retention, or the set-off right (as long as they refer to credit claims that arose before the notification of their transfer).

We also approach those cases where the breach is attributable to the debtor: even though he is not part of the *factoring* agreement, he is a part in the contractual relations that created the credit claims that will be transferred; hence, his influence in the *factoring* agreement, which depends on those transfers, is undeniable. So, we know that the debtor fails to comply when the payment default is considered definite; and we know that he can also enter into a breach of contract when the fulfillment of his obligation is defective, or even in a situation of late payment. In these cases, the most interesting question is related to the recourse *factoring*, where the *factor* can hold accountable both the client and the debtor. It can occur, consequently, a situation where there are two debtors for only one credit: naturally, if and when the *factor* recovers his credit from one of them, he will be unable to recover the same credit from the other.

Finally, we also address those cases where the payment is made to the seller, after the notification of the transfer, and whether those payments can be considered liberating or not: the answer will be, most of the times, negative, although there are some cases when that payment can be considered valid – namely, when the *factoring* agreement concedes powers of representation to the client that allow him to receive the payment of the receivables on behalf of the *factor*.

Keywords: factoring; contract law; banking law; credit assignments; contractual liability; breach of contract; guarantees.

Bibliografia

- ANTUNES, José Engrácia, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009.
- CARVALHO, Sónia Alexandra Mota de, *O contrato de factoring: na prática negocial e sua natureza jurídica*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2007.
- CORDEIRO, António Menezes, *Da cessão financeira: factoring*, Lisboa: Lex, 1994.
- *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, Coimbra: Almedina, 2003.
- *Manual de Direito Bancário*, Coimbra: Almedina, 2010.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 2005.
- CUNHA, Carolina, «Contrato de factoring: quem paga mal, paga duas vezes?», Anotação ao Acórdão do STJ de 26.9.2002», *Cadernos de Direito Privado*, 3 (Julho/Setembro 2003) 40-51.
- *Letras e livranças: Paradigmas actuais e recompreensão de um regime*, Coimbra: Almedina, 2012.
- DUARTE, Rui Pinto, «A jurisprudência portuguesa sobre factoring: algumas observações», *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Lisboa, 2 (2000).
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Cessão de créditos*, Coimbra: Almedina, 2005.
- MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Contratos comerciais: apontamentos*, São João do Estoril: Principia, 2006.
- MONTEIRO, António Pinto, *Contrato de agência: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, Coimbra: Almedina, 2010.
- ; CUNHA, Carolina, «Sobre o contrato de cessão financeira ou de “factoring”», *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume comemorativo do 75.º tomo (2003) 509-554.
- NETO, Abílio, *Operações bancárias: legislação, doutrina e jurisprudência*, Lisboa: Ediforum, 2008.
- *Código Civil: anotado*, Lisboa: Ediforum, 2010.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da posição contratual*, Coimbra: Almedina, 2003.
- *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PIRES, José Carlos Santos Mota Ferreira, *O contrato de Factoring: estrutura e causa*, Coimbra, 1996.
- PIRES, José Maria, *Elucidário de direito bancário: as instituições bancárias, a actividade bancária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- SÁ, Almeno de, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, Coimbra: Almedina, 2001.
- SERRA, Catarina, *O regime português da insolvência*, Coimbra: Almedina, 2012.
- SILVA, João Calvão da, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007.
- *Direito Bancário*, Coimbra: Almedina, 2001.

- Sousa, Fernando José de, «O Factoring em Portugal», Separata da *Revista Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, 26 (1982).
- Tomé, Maria João R. C. Vaz, «Algumas notas sobre a natureza jurídica e a estrutura do contrato de factoring», *Direito e Justiça*, 6 (1992).
- Varela, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2000.
— *Das obrigações em geral*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2006.
- Vasconcelos, Luís Miguel D. P. Pestana de, *Dos contratos de cessão financeira: factoring*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
— *A cessão de créditos em garantia e a insolvência: em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Sítios web

- Associação Portuguesa de Leasing, Factoring e Renting: <<http://www.alf.pt>>
- Factors Chain International: <<http://www.fci.nl/home>>
- Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça - Bases Jurídico-Documentais”
<<http://www.dgsi.pt>>

Índice

Introdução.....	5
1. O contrato de <i>factoring</i>	7
1.1. Noção	7
1.2. Breve história do <i>factoring</i> em Portugal	8
1.3. Elementos caracterizadores	8
2. O <i>factoring</i> com recurso e o <i>factoring</i> sem recurso. Regimes jurídicos	13
2.1. A função de garantia como função essencial para a aplicação e cumprimento do contrato de <i>factoring</i>	16
2.2. A função de garantia no silêncio do contrato	20
3. O incumprimento no contrato de <i>factoring</i>	25
3.1. A responsabilidade pré-contratual	26
3.2. Cláusulas típicas e obrigações decorrentes	27
3.3. O problema das cláusulas contratuais gerais	34
3.4. Os casos de incumprimento do contrato de <i>factoring</i>	36
3.4.1. O incumprimento por causa imputável ao <i>factor</i>	38
3.4.2. O incumprimento por causa imputável ao cedente	46
3.4.3. O incumprimento do devedor cedido	54
Conclusão	60
<i>Abstract</i>	63
Bibliografia	69