

Contrato de *factoring*: autonomia da vontade e dirigismo contratual. Uma análise da jurisprudência

João de Oliveira Rodrigues Filho
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Noções históricas; 3. Elementos conceituais e classificação; 4. Espécies e diferenças com institutos semelhantes; 5. Remuneração no contrato de *factoring*; 6. Autonomia da vontade e dirigismo contratual no fomento mercantil: análise jurisprudencial; 7. Conclusão.

1. Introdução

O positivismo jurídico, marcado pela postura de neutralidade científica e estrita obediência à lei, porquanto esta se confunde com o próprio direito, já não mais encontra sustentação nos dias atuais.

Após a Segunda Guerra Mundial, constatou-se a insuficiência do dogmatismo puro na aplicação do direito, como forma de resolução de conflitos, justamente porque estados autocráticos se valeram do positivismo estrito para legitimar condutas atrozmente perpetradas por tais regimes.

Surge então o pós-positivismo, com a reaproximação do direito à filosofia e as discussões acerca de legitimidade e justiça de sua aplicação, através da inserção da ética no equacionamento voltado ao seu estudo. Assim, com o pós-positivismo, busca-se ir além da legalidade estrita, mas sem menosprezar o direito posto, ao proporcionar uma leitura do texto legal ao lado de elementos axiológicos, sem recorrer a critérios metafísicos, para se preservar a higidez científica do tema.

De acordo com Paulo Hamilton Siqueira Jr.¹:

A reformulação do positivismo ante ao desenvolvimento e complexidade social é imperiosa, sendo que para a efetividade do direito no século XXI, podemos afirmar: 1. a impossibilidade da neutralidade científica; 2. a pluralidade de normas jurídicas, que não podem ser reduzidas a uma estrutura comum, pois dentro do sistema jurídico verifica-se a existência de normas de direito estatal e não estatal. Ainda, nem todas as normas são imperativas e coativas; 3. a pluralidade de fontes do direito com a consequente verificação da importância da construção jurisprudencial; 4. a coerência do sistema jurídico; 5. a discricionariedade judicial embasada no raciocínio; 6. a possibilidade do questionamento da validade da lei.

No Brasil, tal fenômeno pode ser verificado com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, na qual se consolidou a implantação de um Estado Democrático de Direito como fundamento da

¹ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2009.

própria República. Nesse sentido, comentam Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes²:

A Constituição do Brasil de 1988 – ao lado do princípio republicano e da forma federativa de Estado, princípios fundamentais da organização do Estado, inova ao incorporar o conceito de Estado Democrático de Direito, na tentativa de conjugar o ideal democrático de Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do status quo. O conteúdo de legalidade – princípio ao qual permanece vinculado – assume forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, por meio dele, de intervenções que impliquem diretamente uma mudança substantiva nas circunstâncias da vida da comunidade política.

No direito privado também é possível verificar a incidência do pós-positivismo, através da inserção dos baldrames axiológicos da eticidade, operabilidade e socialidade como vetores interpretativos do Código Civil instituído em 2002.

Neste ponto, vale menção à doutrina de Maria Helena Diniz³, assim vernaculamente posta:

O novo Código passa a ter um aspecto mais paritário e um sentido social, atendendo aos reclamos da nova realidade, abolindo instituições moldadas em matrizes obsoletas, albergando institutos dotados de certa estabilidade, apresentando desapego a formas jurídicas superadas, tendo um sentido operacional à luz do princípio da razoabilidade, traçando, tão somente, normas gerais definidoras de instituições e de suas finalidades, com o escopo de garantir sua eficácia, reservando pormenores às leis especiais, mais expostas às variações dos fatos da existência cotidiana e das exigências sociocontemporâneas, e eliminando, ainda, normas processuais ao admitir apenas as intimamente ligadas ao direito material. Procura exprimir, genericamente, os impulsos vitais, formados na era contemporânea, tendo por parâmetro a justiça social e o respeito da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Tem por diretriz o princípio da socialidade, refletindo a prevalência do interesse coletivo sobre o individual, dando ênfase à função social da propriedade e do contrato e à posse-trabalho, e ao mesmo tempo, contém, em seu bojo, não só o princípio da eticidade, fundado no respeito à dignidade da pessoa humana, dando prioridade à boa-fé subjetiva e objetiva, à probidade e à equidade, como também o princípio da operabilidade, conferindo ao órgão aplicador maior elatério, para que, em busca de solução mais justa (LICC, art.5º), a norma possa, na análise de caso por caso, ser efetivamente aplicada. Como diz Engisch, “normatividade carece de preenchimento valorativo”, as cláusulas

² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. Federação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

gerais e os conceitos indeterminados contidos nos preceitos do novo diploma legal requerem uma valoração objetiva do julgador, tendo por base os valores vigentes na sociedade atual. Todos os princípios norteadores do Código Civil de 2002, ora vigente, giram em torno da cidadania, da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Não seria equivocada afirmar que o Direito Empresarial é o ramo mais afetado pelo dinamismo social, haja vista o caráter permanentemente inovador e competitivo do mercado empresarial, como consequência direta dos princípios a ele inerentes, a saber: livre iniciativa, livre concorrência, propriedade privada e autonomia da vontade.

Com frequência é possível verificar o descompasso entre o direito posto e as práticas empresariais implementadas pelo mercado. Diante desse hiato, o Poder Judiciário é sempre chamado para resolver lides, amalgamando conceitos jurídicos consagrados, fatos presentes do caso concreto e valores indissociáveis do mundo empresarial, de modo que a própria jurisprudência acaba por amoldar determinado instituto jurídico, num procedimento claramente marcado pelo pós-positivismo ora inserto em nossa cultura jurídica.

O contrato de *factoring* ou fomento mercantil é um contrato socialmente típico, modalidade surgida pela reiterada utilização de determinada forma de contratação no meio empresarial, em razão de sua aceitação no meio econômico e, também, pelo seu reconhecimento pela doutrina jurídica e pela jurisprudência. Paula A. Forgioni⁴ enumera três requisitos para que um contrato possa ser socialmente típico:

A doutrina aponta três requisitos para que um contrato possa ser considerado socialmente típico. São “elementos justificativos da relevância social” que comprovam ser, aquele negócio específico, economicamente importante para determinado grupo de agentes: [i] reconhecimento de sua função econômico-social; [ii] difusão e relevo da prática na sociedade e [iii] recepção do negócio pela ordem jurídica.

O escopo deste texto, sem a pretensão de esgotar o assunto, é analisar a jurisprudência acerca do tema, levando-se em consideração o conflito entre a autonomia da vontade dos participantes e a figura do dirigismo contratual, modalidade de intervenção estatal nas relações contratuais de ordem privada, com escopo de coibir eventuais abusos, tudo sob a ótica do pós-positivismo ora vigente.

2. Noções históricas

A abordagem sobre a história do contrato de *factoring* não guarda muita utilidade prática, mas não deve ser menosprezada para uma compreensão mais exauriente sobre o tema, até mesmo pela presença de elementos estruturais mínimos nas práticas anteriores com o quanto é realizado hoje.

⁴ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Inexiste consenso doutrinário acerca da origem do contrato de *factoring*. Fran Martins⁵ sustenta ter o instituto surgido na antiguidade, quando, na Grécia e em Roma, “comerciantes incumbiam a agentes (*factors*), disseminados por lugares diversos, a guarda e venda de mercadorias de sua propriedade”.

Já Newton de Lucca⁶, defende posição contrária à acima mencionada, por não visualizar semelhanças mínimas entre os *factors* da antiguidade e os compreendidos pela moderna faturização, seja em nível de estrutura da operação, seja pela função desempenhada. Prossegue o aludido autor, ao argumentar:

O fator de comércio da sociedade romana exprimia a ideia da pessoa que realiza uma atividade em nome da outra.

[...]

Ora, foi somente a partir do século XVI com os descobrimentos marítimos e com todas as consequências importantes daí decorrentes, das quais não pode ficar sem referência especial a colonização britânica no Novo Mundo, que houve um grande incremento comercial ultramarino, principalmente das mercadorias inglesas que eram negociadas nas colônias britânicas.

Surgiu então, nessa ocasião, a figura do fator, que se encarregava da venda das mercadorias produzidas na metrópole, transportando-as até as colônias compradoras, onde outros factors iriam se encarregar da distribuição e posterior venda.

Neste período, sim, poderemos vislumbrar, na atividade praticada pelos factors, semelhança com a faturização atual, já que aqueles que antecipavam valores relativos às mercadorias a serem vendidas assumiam os riscos do negócio. Embora se tratasse de aquisição de mercadorias e não de crédito, não se pode deixar de reconhecer a similitude dos procedimentos, mormente se se leva em consideração o fator risco como inerente a ambas as situações.

Em semelhante linha de pensamento, tratando mais especificamente da atividade legiferante em torno do contrato de *factoring*, Marcelo Negri Soares⁷ afirma em sua obra que:

A positivação do direito em torno do contrato de factoring começou a ser construída levou ainda no direito consuetudinário, aplicado na Inglaterra no século XVIII e, posteriormente, expandindo para a América do Norte, em que a prática levou às primeiras legislações, o Factor Act do estado de Nova York, de 1911, copiado para vários estados, e o Código Comercial Uniforme do Estado da Pensilvânia, de 1º de julho de 1954. O instituto desenvolveu-se na Europa na década de 1960 e, nesse contexto, a Convenção de Roma de 1980 mereceu destaque, pois visou regular as obrigações contratuais no âmbito do comércio internacional. Atualmente o instituto do factoring está presente em todos os continentes.

⁵ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁶ DE LUCCA, Newton. *Contrato de factoring*. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

⁷ SOARES, Marcelo Negri. *Contrato de factoring*. São Paulo: Saraiva, 2010.

De toda forma, em ambos os posicionamentos é possível visualizar a transferência de bens para terceira pessoa, a qual era incumbida de dar a destinação à mercadoria pertencente a outrem, seja em nome próprio, por sua conta e risco, seja para atuação em nome de outrem, nos termos estabelecidos pelo proprietário.

3. Elementos conceituais e classificação

Importante adiantar ser socialmente típico o contrato de *factoring*, ou seja, embora não regulado expressamente por lei, constitui uma modalidade largamente aceita no meio empresarial e jurídico, com muitos contornos delineados pela jurisprudência.

A Lei n. 8.981/1995, que dispõe sobre tributação, em seu artigo 36, inciso XV, previa ser a atividade de fomento mercantil aquela desenvolvida por pessoas jurídicas:

[...] que explorem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring).

No entanto, este dispositivo foi revogado pela Lei 9.718/1998.

A Lei Complementar nº 116/2003, que trata do imposto sobre serviços de qualquer natureza, em lista anexa em que são definidas as espécies de serviços sobre os quais incide o aludido tributo, estabelece no item 17.23:

17.23 – Assessoria, análise, avaliação, atendimento, consulta, cadastro, seleção, gerenciamento de informações, administração de contas a receber ou a pagar e em geral, relacionados a operações de faturização (factoring).

Muito embora não exista lei específica que regulamente a atividade de fomento mercantil através do contrato de *factoring*⁸, com específico propósito empresarial, é perfeitamente possível aproveitar os termos da legislação revogada, bem como de demais atos normativos⁹, para delinear um conceito ao instituto.

⁸ Fábio Vieira Figueiredo (*Contrato de Factoring, objeto, função e prática de fomento mercantil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 24) assim trata dos conceitos de fomento mercantil e *factoring*:

“O contrato de factoring é, portanto, uma avença que tem por conteúdo o fomento mercantil. Nessa avença, o faturizador obriga-se a fomentar o negócio do faturizado, com auxílio financeiro, na medida em que, na esmagadora maioria dos contratos praticados no Brasil, o que se apresenta é o conventional factoring, sem descurar da aplicação de técnicas administrativas, financeiras e econômicas de análises e consultoria, de modo a atingir o seu triplice objeto.

É evidente que o termo factoring, arraigado e mundialmente disseminado, pode ser utilizado até mesmo para que não se perca de vista o efetivo objeto do pacto havido entre as partes. Entretanto, parece-nos que a terminologia mais adequada a ser empregada é contrato de fomento mercantil, posto que é disso que se trata. Neste trabalho, aplicaremos de modo indistinto os termos factoring e fomento mercantil, explicitando, sempre que se fizer necessário, se tratamos do tipo contratual ou do objeto da avença”.

⁹ Embora não exista lei regulamentadora do contrato de *factoring* em seus aspectos puramente empresariais, tal atividade é disposta em diversas leis e atos normativos. Assim, o tema é tratado, como mencionado anteriormente, em legislação de âmbito tributário, como no anexo dos serviços passíveis de ISSQN, mas também na esfera da normatização da atividade bancária, por intermédio de previsão em circulares e resoluções do Banco Central e na esfera penal, conforme se depreende da leitura dos arts. 17, 18 e 44§ 7º, da Lei 4.595/1964 e arts. 1º ao 16 da Lei 7.492/1986.

Logo, podemos conceituar o contrato de *factoring* como o negócio jurídico de prestação de serviços de atividade de assessoria e gerenciamento financeira e de créditos por parte do faturizador, a envolver análise dos riscos da atividade do faturizado, através do exame e estudo da sua carteira de créditos futuros, compra destes direitos ou de parte deles, por intermédio do instituto da cessão civil, mediante remuneração ou antecipação de parte dos valores dos títulos cedidos, além do exercício de cobrança dos recebíveis frente aos terceiros devedores.

Fábio Ulhoa Coelho define o *factoring* como:

Contrato pelo qual um empresário (faturizador) presta a outro (faturizado) serviços de administração do crédito concedido e garante o pagamento das faturas emitidas (maturity factoring). É comum, também, o contrato abranger a antecipação do crédito, numa operação de financiamento (conventional factoring)¹⁰.

Além de socialmente típico, o *factoring* pode ser classificado como contrato bilateral/sinalagmático, oneroso, comutativo, misto e empresarial.

Bilateral ou sinalagmático, porquanto estabelece direitos e deveres recíprocos entre as partes, com equivalência de prestações. É contrato oneroso, pois para ambas as partes remanescem proveitos e sacrifícios em relação às prestações pactuadas. Comutativo, porque as partes, de antemão, já sabem quais são e em que momento suas prestações não de ser adimplidas. É misto porque envolve diversas espécies de contratos, nominados ou não, numa mesma relação jurídica complexa. É empresarial, pois seu objeto é o fomento mercantil, através da prestação de serviço de análise dos negócios empreendidos pelo faturizado para escoreita avaliação dos riscos dos créditos a serem adquiridos pelo faturizador através de cessão civil.

Há divergência acerca da natureza real e bancária do instituto.

Fábio Vieira Figueiredo¹¹ assevera ser o contrato de *factoring* “um contrato consensual, não formal e não solene. A praxe mostra que o contrato de fomento mercantil pode, até mesmo, ser firmado verbalmente”.

Em sentido contrário, Arnaldo Rizzardo¹² estabelece os requisitos necessários à configuração do contrato de fomento mercantil, entre eles, a entrega dos títulos objeto de cessão, *verbis*:

Para configurar a espécie, vários requisitos são necessários:
a) *Venda a prazo, pois se for à vista é, na prática, inócua a transferência do crédito, já que a operação busca munir de capital de giro o faturizado, que não está em condições de aguardar o vencimento do título;*

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa, contratos, falência, recuperação de empresa*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹¹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 73.

¹² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

b) *Transferência das contas do faturizado ao faturizador, relativas a seus clientes, o que se processa através da remessa de um borderau, instruído de cópias as faturas emitidas pelo vendedor, acompanhadas dos títulos de crédito, os quais serão endossados ao faturizador (banco). Este deverá efetuar a cobrança, junto ao devedor, que deverá ser notificado da transferência.*

c) *Caráter oneroso da operação, consistente na remuneração que receberá o faturizador pela cobrança dos títulos.*

Já no tocante à natureza de contrato bancário do *factoring*, algumas poucas, mas importantes considerações se fazem necessárias.

Rizzardo¹³ explica que:

Houve um tempo em que a atividade do factoring era praticamente proibida, eis que exigidas a autorização e a fiscalização do Banco Central do Brasil. Assim, ao tempo da Circular nº 703, de 16.06.1982, da mesma instituição. Mediante a Circular nº 1.359, de 30.09.1988, revogando a que impunha tais exigências, permitindo ampla liberdade em constituir empreendimentos de factoring, passou a imperar unicamente a formação de pessoa jurídica, com o arquivamento na Junta Comercial e demais formalidades perante os órgãos municipais, para o funcionamento. Não mais interviria o Banco Central, a não ser para fiscalizar quanto à prática ou não de atividades reservadas às instituições financeiras.

Já Fábio Ulhoa Coelho¹⁴ assim pondera:

A natureza bancária do conventional factoring é indiscutível, à vista da antecipação pela faturizadora do crédito concedido pelo faturizado a terceiros, que representa inequívoca operação de intermediação creditícia abrangida pelo art. 17 da LRB. Já em relação ao maturity factoring, em razão da inexistência do financiamento, poderia existir alguma dúvida quanto ao seu caráter bancário. Ensina Newton de Lucca, no entanto, que, havendo da parte da faturizadora a assunção dos riscos pelo inadimplemento das faturas objeto do contrato, a faturização se revestirá, também nesse caso, de nítida natureza bancária (1986). O Banco Central já considerou a faturização contrato bancário no início dos anos 1980, mas desde 1989 liberou a atividade de fomento mercantil a qualquer sociedade empresária, independente de prévia autorização. A legislação tributária, por sua vez, conceituou como sendo “a prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços” (lei 8.981/95, arts. 28 e 48, revogados pela Lei 9.249/95). Tomando essa definição por base, o Banco central, em

¹³ Ibid., p. 1.399.

¹⁴ COELHO, op. cit., p. 163-164.

1995, esclareceu que a prática de quaisquer atos financeiros pela faturizadora, estranhos à definição legal, caracteriza infringência à LRB e à Lei 7.492/86.

Com as devidas vênias aos posicionamentos em contrário, há de ser sustentado o caráter não bancário do contrato de *factoring*, seja pelo fato da operação envolver recursos próprios da faturizadora e não captados da economia popular, como aqueles operados pelas instituições financeiras, seja porque a prestação de serviço de assessoria e gestão de créditos, através da análise do riscos da atividade do faturizado pela sua carteira de clientes, é um elemento indissociável e imprescindível à configuração do contrato de fomento mercantil, o que não ocorre, necessariamente, nas concessões de créditos por instituições financeiras.

Por fim, é quase unânime a doutrina em estabelecer que o faturizador é o responsável pela solvência dos créditos que lhe foram cedidos, como decorrência lógica da análise dos riscos inerente aos serviços de assessoria creditícia que presta ao faturizado.

Neste ponto, como a transferência dos títulos se dá através de cessão civil do crédito, não há possibilidade de inserção da cláusula *pro solvendo* em face do faturizado, o qual somente responderá nos termos do art. 295 do Código Civil, *verbis*:

Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.

Portanto, somente em casos de vício de origem remanescerá a responsabilidade do faturizado pelos créditos cedidos ao faturizador. Como se verá adiante, este é um dos pontos de atuação da jurisprudência, em aplicação do instituto do dirigismo contratual de forma a mitigar a autonomia da vontade.

Aqui cumpre uma observação. Silvio de Salvo Venosa¹⁵ admite a possibilidade do faturizador não assumir os riscos pelos créditos obtidos, ao afirmar: “A modalidade com financiamento não implica, necessariamente, que o fator assumo o risco pelos créditos, o que deve ser feito expressamente”.

4. Espécies e diferenças com institutos semelhantes

Como exposto acima, poderá ou não haver a antecipação dos valores inerentes aos créditos cedidos pelo faturizado ao faturizador, posto ser característica imprescindível ao contrato de *factoring* a prestação dos serviços de assessoria creditícia, seja na análise dos riscos a envolver os recebíveis futuros, seja na promoção da cobrança dos títulos adquiridos perante os primitivos devedores.

Quando o contrato de *factoring* envolver apenas atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de gestão de crédito, com a seleção de títulos e avaliação dos seus respectivos riscos, além da administração de contas a pagar e a receber, por intermédio da cobrança a ser feita contra os devedores, temos a espécie de *maturity factoring*,

¹⁵ VENOSA, Silvio d Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie* responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2001. p. 475.

no qual o faturizado apenas receberá pelos créditos cedidos na época do vencimento, descontados valores oriundos da remuneração devida ao faturizador.

Já o chamado *conventional factoring* é o contrato de fomento mercantil segundo o qual, além da assessoria de gestão de créditos, do auxílio ofertado para cobrança dos títulos cedidos pelo faturizado e análise das condições de mercado e risco da atividade deste, o faturizador antecipa os valores inerentes aos créditos cedidos no momento da cessão, naturalmente a envolver deságio entre o valor pago pelo faturizador e os nominados nos recebíveis cedidos.

Marcelo Negri Soares¹⁶ enumera as vantagens do contrato de *factoring* para as empresas:

a) atenua o risco de crédito, beneficiando-se da experiência em cobranças e da informação detida pela faturizadora; b) disciplina as cobranças, estabelecendo com a faturizada estratégias adequadas de contato com os seus clientes para estabelecimento de normas de cumprimento satisfatório dos pagamentos; c) libera recursos humanos e financeiros afetos à área de cobranças dentro da empresa faturizada, que podem ser canalizados para outras áreas do negócio; d) permite o acesso a uma fonte de financiamento complementar, em caso de antecipação de fundos sobre os créditos cedidos.

O contrato que mais se assemelha ao *factoring* é o desconto bancário. Em ambos, os títulos cedidos ou transferidos, respectivamente, resultam em aporte de capital para o cedente ou transferidor.

Dele se diferencia, no entanto, em razão do faturizador operar recursos próprios na operação de aquisição de créditos, enquanto a instituição financeira opera com recursos obtidos da economia de poupança popular.

Outra diferenciação fundamental é que o faturizador não possui direito de regresso contra o faturizado, acaso algum crédito cedido não seja adimplido pelo devedor. Já no desconto bancário, o direito de regresso subsiste para a instituição financeira, contra aquele que lhe transferira os créditos não pagos.

Por fim, outra diferença entre os institutos mencionados reside na ausência de prestação de serviços de assessoramento e gestão de créditos no contrato de desconto bancário, elemento este essencial à caracterização do contrato de *factoring*.

Alguns enxergam semelhança entre o contrato de *factoring* e o contrato de mútuo. No entanto, neste último, o mutuário tem obrigação de restituir a coisa fungível por ele emprestada, com o ressarcimento de outra coisa do mesmo gênero, quantidade e qualidade. Já no contrato de *factoring*, não há restituição dos créditos adquiridos pelo faturizador ao faturizado.

Outra modalidade assemelhada é o *forfeiting*, segundo o qual há o financiamento ao comércio exterior na fase pós-embarque, pela aquisição ou desconto de uma cambial representativa da exportação, sem direito de regresso contra o exportador, o qual recebe à vista o valor correspondente a uma venda a prazo. Aqui, o exportador vende uma mercadoria a prazo para um importador, emite um título contra ele e desconta o seu crédito em alguma empresa de *forfeiting*, a qual receberá, na data do vencimento, o valor nominal

¹⁶ SOARES, op. cit., p. 47.

constante da cártula. Não há direito de regresso contra o exportador, e não há prestação de serviços de assessoria creditícia, esta última presente no contrato de *factoring*.

5. Remuneração no contrato de *factoring*

Como já salientado, em regra, o risco do inadimplemento dos recebíveis que envolve o fomento mercantil é do faturizador. Logo, é natural que a sua remuneração envolva tais riscos, ao lado de todos os outros serviços de gestão e administração dos créditos do faturizado, componentes imprescindíveis do *factoring*, sob pena de descaracterização para contrato de mútuo.

Compõe a remuneração do *factoring* um deságio sobre o valor nominal dos títulos cedidos para a faturizadora, que decorre da assunção dos riscos pelo inadimplemento dos recebíveis sub-rogados e a gama de prestação de serviços pactuada entre as partes.

Por ser o contrato de fomento mercantil um negócio jurídico que envolve prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (Lei n. 8.981/1998, art. 28, § 1º, alínea c-4), a remuneração ao faturizador não pode envolver, somente, a assunção do risco pelo inadimplemento dos títulos cedidos.

O faturizador deve ofertar ao faturizado a possibilidade de negociar com seus fornecedores, para dirimir custos e riscos da contratação, negociar diretamente com clientes para dirimir riscos de inadimplemento de seus recebíveis e, ainda, assumir as atividades de cobrança daquele que o contrata.

Portanto, a remuneração também deve compreender a efetiva prestação de serviços ao faturizado. Ela pode envolver um valor fixo ou variável e, por questões econômicas e de equilíbrio na relação, poderá incidir sobre um percentual dos recebíveis adquiridos ou não, de acordo com o quanto expressamente convencionado pelas partes.

Neste ponto, inegável a força da boa-fé objetiva dos contratos, no sentido da imposição, por dirigismo contratual, dos deveres anexos de informação, haja vista a necessidade de minuciosas informações sobre a composição da remuneração do faturizador.

A remuneração pela prestação de serviços executada pela empresa de fomento mercantil pode se dar através de uma comissão cobrada, chamada na linguagem desta operação jurídica de *ad valorem*, sem incluir nesta prestação o pagamento pela aquisição dos títulos e demais despesas da faturizada.

A comissão *ad valorem* pode incidir sobre percentual livremente pactuado sobre o valor de face do título, quando a prestação de serviços ocorrer em conjunto com sua respectiva aquisição, ou poderá corresponder a um valor livremente fixado entre os contratantes, quando os serviços prestados não estiverem ligados à aquisição de direitos creditórios.

Por outro lado, também na linguagem que envolve o contrato de *factoring*, Fábio Vieira Figueiredo¹⁷ nos explica o conceito de fator:

Por sua vez, o fator engloba a remuneração da factoring, em sentido amplo, excetuados os serviços prestados que, em regra, serão chamados de ad valorem, pois assim restou convencionado e é bastante comum no setor mercantil, entre os profissionais da

¹⁷ FIGUEIREDO, op. cit., p. 280-281.

factoring. Isso porque, após as análises constantes do *ad valorem*, chega-se ao valor correspondente ao que será pago ao faturizado. De forma lógica, nestes domínios, quanto maior o risco, maior a importância, sendo o contrário também verdadeiro.

Ora, nesse tipo de contrato, o ganho da empresa de factoring, a faturizadora, é a diferença resultante entre o valor antecipado (no convencional factoring, é claro) à faturizada e o valor que irá receber do comprador da mercadoria ou adquirente do serviço.

Evidentemente, quanto maior o risco de inadimplência e maior for o custo do dinheiro no mercado financeiro, menor será o valor que pagará ao faturizado, já que este recebe à vista e sem qualquer risco de inadimplência.

Mais à frente, o mencionado autor¹⁸ descreve a composição da remuneração do faturizador, no contrato de fomento mercantil, composto da parcela *ad valorem* e do fator, denominando a conjunção de ambas como “fator geral de deságio”:

Assim, temos uma taxa de deságio cobrada pela empresa de fomento mercantil, que corresponde aos valores referentes: i) ao ad valorem, conforme item anterior – a prestação dos serviços de fomento mercantil ao faturizado; ii) ao fator, que engloba os seguintes aspectos: a) a correção monetária, que só tem razão de ser no convencional factoring (posto que no maturity factoring o faturizador não antecipa valores), será calculada levando em consideração o lapso temporal que medeia os termos da data de entrega da antecipação do valor à faturizada e o vencimento do título, e é matematicamente aplicada ao deságio; b) a taxa de compensação pela disponibilização do capital, que, em nosso entendimento, não poderá ultrapassar a barreira dos juros legais de 1% ao mês e que se dará, especificamente, pela remuneração do capital no convencional factoring ou pela garantia de liquidação do título em favor do faturizado no maturity factoring. Referida taxa leva em consideração os juros compensatórios pela disposição do capital e os remuneratórios, ou seja, aquilo que o faturizador razoavelmente deixa de lucrar; c) a remuneração sobre a mensuração do risco de inadimplemento nos casos de internalização de cessão que tenha se dado pro soluto para o fomento; d) os custos operacionais, tais como emissão de boleto, elaboração de contrato, termos aditivos, taxas de correio, taxas bancárias e obtenção de informações para análise de risco/ crédito; e) as despesas de manutenção da empresa faturizadora, tais como pessoal e estrutura; e, por fim; f) os tributos relativos ao exercício da atividade: Imposto de Renda, PIS, COFINS, IOF, e adicional de IOF.

Nos casos concretos envolvendo *factoring* que chegam nas mais variadas espécies nos tribunais, raramente o faturizador esclarece a forma de composição de sua remuneração, o que dá ensejo à abusividade tanto na cobrança da parcela *ad valorem*, resultante dos serviços prestados pelo fomentador, como na parcela relativa ao fator, que remunera as outras prestações da faturizadora.

¹⁸ Ibid., p. 282.

Logicamente não podemos entender que, se o fator geral de deságio superar a taxa de 1% ao mês de juros, haverá abusividade no caso concreto, posto ele ser composto de juros compensatórios e muitos outros elementos que lhe integram. Mas para que cheguemos a esta conclusão, é preciso a obtenção de informações precisas e claras sobre o percentual ou quantia que é cobrada pelo faturizador nos outros componentes do fator geral de deságio.

De mais a mais, a instituição de instrumentos legítimos no contrato de *factoring*, tal como a modalidade de endosso para transferência dos títulos do faturizado para o faturizador, também mascara a remuneração do negócio e pode dar ensejo à abusividade contra o empresário contratante do fomento mercantil, através da indevida transferência do risco do inadimplemento do título cedido ao faturizado, posto tal responsabilidade do faturizador compor o núcleo intangível do fomento mercantil.

Com muita parcimônia, sobretudo diante da economia de nosso país, é possível verificar se há abusividade ou não na cobrança do fator geral de deságio em determinado contrato de fomento mercantil, através de uma análise das regras que vem sendo utilizadas no mercado (usos e costumes). Mas, como foi dito, tal análise deve ser bem parcimoniosa, haja vista a volatilidade da economia brasileira impingir diferentes práticas nos diferentes contextos históricos de nossa economia.

Outro critério segundo o qual podemos inferir pela abusividade ou não da remuneração do faturizador é a análise apurada das condições subjetivas do faturizado, que pode ensejar maior ou menor risco de inadimplemento de seus recebíveis.

6. Autonomia da vontade e dirigismo contratual no fomento mercantil: análise jurisprudencial

Após esta breve exposição sobre elementos conceituais e estruturais do contrato de *factoring*, passaremos a analisar alguns pontos polêmicos a envolver conflito entre a autonomia da vontade e dirigismo contratual.

Em poucas palavras, podemos resumir a liberdade de contratar em dois pontos: a liberdade em celebrar o contrato, ou seja, se se quer contratar e com quem se quer contratar; e a liberdade em relação ao conteúdo do contrato, ou seja, a efetiva negociação daquilo que vai constar no contrato.

No modelo clássico de análise da autonomia da vontade no campo contratual, pela regra do *pacta sunt servanda*, sempre se pressupõe a paridade entre as partes, a fim de se sustentar a legitimidade do brocardo como regra de interpretação. No entanto, como bem salienta Rachel Sztajn¹⁹:

Mesmo dentro dos limites da autonomia privada, as partes muitas vezes não são inteiramente livres para a fixação das cláusulas dos contratos que vierem a licitamente celebrar. Frequentemente o legislador intervém limitando ou até mesmo afastando a liberdade de contratar, para tanto estabelecendo normas cogentes e, portanto,

¹⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; SZTAJN, Rachel. *Direito comercial, teoria geral do contrato: Fundamentos da teoria geral do contrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4.

quebrando as regras do livre mercado, objetivando a defesa de princípios que extrapolam o interesse privado.

Esse foi o resultado das transformações políticas, econômicas e sociais que marcaram a passagem do Estado liberal para o Estado social. Quando a plena liberdade individual característica do primeiro cedeu lugar a diversos casos de intervenção do legislador que progressivamente passou a atuar na busca da proteção de interesses gerais ou de categorias sociais, o processo se caracterizou pela proibição legal da inserção ou do não reconhecimento de certas cláusulas contratuais consideradas abusivas; da obrigatoriedade da inserção de outras cláusulas de proteção de categoria mais débil; ou da obrigação de contratar com esta última.

Nota-se, portanto, que a igualdade jurídica constitucionalmente estabelecida nem sempre equivale à igualdade de fato, inclusive no campo contratual. Pouco a pouco o Estado passou a interferir nos contratos privados, de maneira a assegurar a prevalência dos interesses da sociedade sobre os de natureza individual, fato que interfere diretamente no princípio da autonomia privada. O tema diz respeito ao chamado dirigismo contratual, objeto de análise por inúmeros doutrinadores, desde um tempo já bastante apreciável. A questão se coloca nos campos da dignidade e das necessidades da pessoa humana, quando ligadas à atividade do empresário.

Não raro, pode ser observada em diversas situações a imposição de cláusulas contratuais por um dos contratantes que possui posição econômica, técnica e jurídica mais avantajada frente ao outro, ao qual somente caberá aceitar ou rejeitar por completo o pacto.

Nestas situações, há preponderante intervenção estatal, através do dirigismo contratual, cuja conciliação com a regra de autonomia de vontade pode ser obtida bastando a presença de intenção das partes em constituir, regular e extinguir negócios jurídicos, mesmo diante de regras cogentes estabelecidas pelo Estado para aqueles casos; ou seja, não há exclusão de um pelo outro.

A faturização, por ser contrato socialmente típico e misto, tem uma alta carga de intensidade da autonomia de vontade, pela liberdade de conformação do quanto pode nele ser objeto de pactuação entre as partes, levando-se em consideração o modo da operação e procedimento entre os contratantes.

No entanto, diante de diversos abusos cometidos, caracterizados pela tentativa de desnaturação dos elementos iminentes a tal contrato e pela ausência de regulação legal sobre o tema, a jurisprudência tem colocado contornos obrigatórios ao *factoring*, para permitir a higidez do pacto proposto.

Um dos casos mais emblemáticos é aquele segundo o qual os títulos repassados do faturizado ao faturizador se dão através de endosso, modo de transferência de cambiais, em que remanesce a responsabilidade do transferidor pela solvência do título.

Como fora salientado anteriormente, ao faturizador se transfere a responsabilidade pela solvabilidade dos títulos, sem que possa haver direito de regresso em face do faturizado. Tal característica iminente ao *factoring* se reflete na própria remuneração paga ao faturizador, bem como na taxa de juros cobrada pelo aporte financeiro realizado.

Logo, permitir a transferência dos títulos por endosso seria uma burla à comutatividade do contrato de fomento mercantil.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em momentos anteriores, permitia a aposição da cláusula de endosso para transferência de títulos entre faturizador e faturizado, com base na autonomia da vontade. Cito o seguinte julgado:

CHEQUE – ENDOSSO – FACTORING – RESPONSABILIDADE DA ENDOSSANTE-FATURIZADA PELO PAGAMENTO.

– *Salvo estipulação em contrário expressa na cártula, a endossante-faturizada garante o pagamento do cheque a endossatária-faturizadora (Lei do Cheque, Art. 21).*

(REsp 820.672/DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2008, DJe 01/04/2008).

Tal posicionamento fundou-se na autonomia da vontade e na consideração de atipicidade do contrato de *factoring*, para determinar que as partes poderiam ser livres na aposição das cláusulas que bem lhe conviessem no pacto, tal como o endosso.

No entanto, tal convenção se mostrou deletéria para esta forma de circulação de riquezas, mormente pela falta de transparência das informações sobre a composição de remuneração do faturizador, a ocasionar, em muitas situações, simulação de contrato de *factoring* para mascarar verdadeiro contrato de mútuo.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender como elemento essencial do *factoring* a assunção dos riscos dos títulos adquiridos pelo faturizador tão somente, conforme vemos nos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DUPLICATAS ACEITAS. DESCUMPRIMENTO DO NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE COMPROVADO. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO COM A EMPRESA DE FACTORING.

1. *No contrato de factoring, em que há profundo envolvimento entre faturizada e faturizadora e amplo conhecimento sobre a situação jurídica dos créditos objeto de negociação, a transferência desses créditos não se opera por simples endosso, mas por cessão de crédito, hipótese que se subordina à disciplina do art. 294 do Código Civil.*

2. *A faturizadora, a quem as duplicatas aceitas foram endossadas por força do contrato de cessão de crédito, não ocupa a posição de terceiro de boa-fé imune às exceções pessoais dos devedores das cártulas.*

3. *Recurso especial conhecido e desprovido.*

(REsp 1439749/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 15/06/2015).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CHEQUE. FACTORING. DESCUMPRIMENTO DO NEGÓCIO SUBJACENTE. OPOSIÇÃO DE EXCEÇÕES PESSOAIS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. *As regras do direito cambial não se aplicam à hipótese dos autos, devendo ser adotadas as regras do direito civil, pois em se tratando de empresa de factoring, na condição de endossatária, a transferência do título faz-se por cessão civil de crédito, possibilitando ao devedor originário a arguição de exceções pessoais.*

2. *Agravo interno desprovido.*

(AgInt no REsp 1556780/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 14/10/2016).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. TÍTULO DE CRÉDITO. DUPLICATA DE COMPRA E VENDA. MERCADORIAS NÃO ENTREGUES. CONTRATO DE FACTORING. MERA CESSÃO CIVIL DE CRÉDITO. Oponibilidade das exceções pessoais. Possibilidade. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *No contrato de factoring, a transferência dos créditos não se opera por simples endosso, mas por cessão de crédito, subordinando-se, por consequência, à disciplina do art. 294 do Código Civil, contexto que autoriza ao devedor a oponibilidade das exceções pessoais em face da faturizadora. Precedentes.*

2. *Agravo interno a que se nega provimento.*

(AgRg no AREsp 591.952/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016).

Outro ponto comumente rechaçado pela jurisprudência pátria se dá no reconhecimento da impossibilidade de emissão de títulos de crédito para garantia do contrato de *factoring*, como forma de transferir ao faturizado a responsabilidade pela solvabilidade dos créditos cedidos ao faturizador. Para melhor compreensão do tema, cito os seguintes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça e do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo acerca da matéria, *verbis*:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO DE FACTORING. CESSÃO DE CRÉDITO PRO SOLUTO (CC/2002, ARTS. 295 E 296). DUPLICATA EMITIDA PELA FATURIZADA COMO GARANTIA DOS TÍTULOS TRANSFERIDOS À FATURIZADORA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *A faturizadora não tem direito de regresso contra a faturizada sob alegação de inadimplemento dos títulos transferidos, porque esse risco é da essência do contrato de factoring. Precedentes.*

2. *A duplicata, regulada pela Lei 5.474/1968, constitui título causal que só pode ser emitido para documentar determinadas relações jurídicas preestabelecidas pela sua lei de regência, quais sejam: (a) compra e venda mercantil; ou (b) contrato de prestação de serviços.*

3. *No caso, da moldura fática delineada no v. acórdão recorrido, fica claro que as duplicatas decorrem de contrato de factoring, emitidas em face da inadimplência dos títulos objeto do contrato da faturização.*

4. *Agravo interno não provido.*

(AgInt no AREsp 638.055/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 02/06/2016).

Apelação. Falência requerida por empresa de fomento mercantil, com base em notas promissórias emitidas pela faturizada em garantia de instrumento de confissão de dívida decorrente da recompra de títulos cedidos em operação de faturização. Empresa não integrante

do Sistema Financeiro Nacional. Sujeição ao Decreto nº 22.626/33. Ágio superior ao limite legal. Precedentes do STJ e desta Câmara. Vícios de origem das duplicatas não comprovados. Pedido de falência improcedente. Sentença mantida por seus próprios fundamentos, ora reproduzidos na forma do art. 252 do RITJSP. Precedentes do STJ e STF. Apelo não provido.

(1001268-78.2014.8.26.0100 Relator(a): Pereira Calças; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 16/03/2016; Data de registro: 22/03/2016).

Falência Impontualidade – Pedido formulado pela faturizadora [cessionária] contra faturizada [cedente] fundado em nota promissória protestada e vinculada a contrato de factoring. Emissão da cambial em favor da empresa de fomento mercantil, representando crédito decorrente de mútuo financeiro, operação privativa de instituição financeira, descaracterizando o traço característico do factoring. Vícios na origem das duplicatas não comprovadas – Ação falimentar desprovida de liquidez, certeza e executividade do crédito. Sentença de improcedência mantida. Não provimento.

(0339576-06.2009.8.26.0100 Relator(a): Enio Zuliani; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 31/07/2012; Data de registro: 02/08/2012).

ACÇÃO DE FALÊNCIA. Impontualidade injustificada. Pedido formulado pela faturizadora contra faturizada com base em notas promissórias protestadas e vinculadas a contrato de factoring. Títulos emitidos em favor da empresa de fomento mercantil, representativos de crédito decorrente de mútuo financeiro, operação privativa de instituições autorizadas e fiscalizadas pelo Banco Central, desnaturando o contrato de factoring. Cambiais vinculadas a contrato que perdem a característica da abstração – Simulação evidente. Nulidade impede que os negócios jurídicos gerem efeitos, em especial o presente pedido de falência. Precedentes do Tribunais. Improcedência do feito corretamente decretada. Recurso não provido.

(0083126-72.2011.8.26.0224 Relator(a): Francisco Loureiro; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 12/08/2015; Data de registro: 14/08/2015).

Haveria aqui indevida intromissão judicial no princípio da autonomia da vontade entre as partes? Acaso a remuneração exigida pelo faturizador se coadunasse com a Lei de Usura e se restringisse à prestação de serviços de assessoria e gestão creditícia, seria possível afastar os entendimentos jurisprudenciais e admitir a transferência dos riscos do negócio ao faturizado?

Como salientado anteriormente, há posicionamento doutrinário isolado no sentido de que tal avença pode ser firmada no caso concreto. E pela leitura dos julgados acima mencionados, o que se busca coibir, abstraindo-se neste momento os elementos

estruturais do contrato de *factoring*, é que eventual pessoa jurídica não autorizada pela Lei n. 4.595/1964 pratique atividade circunscrita às instituições financeiras e cobre juros usurários no caso concreto.

Pergunta-se: é possível o exercício de empresa sem qualquer risco? A resposta é negativa.

A ordem constitucional vigente reconheceu o regime de livre iniciativa capitalista de nossa economia, mas, ao mesmo tempo, estabeleceu o objetivo que por ela deve ser buscado, a saber, existência digna a todos, segundo os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, CF).

Desse modo, no âmbito do direito, o exercício de empresa deve ser analisado numa perspectiva pós-positivista, na qual haja respeito ao direito posto, ao lado de valores éticos reconhecidamente consagrados na doutrina, como boa-fé, lealdade, probidade e transparência.

De outro lado, a justificativa para a busca do lucro, através dos empreendimentos empresariais, se justifica na medida em que o empresário assuma os riscos de sua atividade, para evitar que eventuais equívocos ou danos sejam suportados de maneira coletiva pelo meio social.

Paula Andrea Forgioni²⁰, comentando obra de Visconde de Cairu (*Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, p. 469 et seq.), bem explica ser o risco algo inerente à percepção de lucro no campo do direito empresarial:

“Quem percebe o cômodo, não deve recusar o incômodo”. Por essa velha máxima, reproduzida por Cairu, tem-se que o negócio é uno e deve ser interpretado dentro de sua unidade. Não se pode – sob pena de subversão da boa-fé e da confiança úteis ao bom “gyro mercantil” – segmentar o negócio, dele retirando, apenas, os efeitos que lhe seriam favoráveis. O mesmo princípio embasa a regra: “Quem quer o conseqüente, quer o antecedente, isto he, quem quer os fins, he visto querer os meios, que a ele tendem”.

“Não pode pretender o lucro quem não concorreu para algum negócio com fundo, industrial, ordem ou risco”. A noção de que o lucro é a remuneração do risco, cardeal na organização do sistema do direito comercial, aparece clara nessa regra de interpretação dos negócios mercantis. O fruto da atividade empresarial tem um preço: o risco que a ela é inerente. Lucro e risco, conceitos orientadores do sistema comercial, presentes na obra de Cairu.

Acertada, portanto, a jurisprudência, ao estabelecer a necessidade da presença dos elementos inerentes ao contrato de *factoring*, bem como a necessidade de manutenção de risco alocado entre as partes, para a higidez de sua validade no caso concreto, posto ser tal postura uma limitação de diversos abusos cometidos contra a comutatividade do pacto, bem como uma importante ferramenta para coibir simulações contrárias à ordem jurídica e à boa-fé contratual, no sentido de travestir um mútuo sob a roupagem de um falso fomento mercantil, comumente verificado nas variadas Comarcas do país.

²⁰ FORGIONI, op. cit., p. 253.

Também não há que se falar em indevida intromissão do Poder Judiciário em tais pontos polêmicos, haja vista os julgados reconhecerem, tão somente, a nulidade de determinadas cláusulas indevidas no contrato de *factoring*, sem aposição de outras não compreendidas pela autonomia privada das partes. Aqui, uma observação de Rachel Sztajn²¹:

Uma observação a ser feita está no fato de que a autonomia privada, exercida nos seus limites, deve ser respeitada evidentemente pelas partes que celebram contratos e, fundamentalmente, pelo Judiciário, diante de questões que venham a ser eventualmente levantadas quanto às fases de celebração, execução e extinção. Sob esse aspecto, o papel do juiz será o de apurar e aplicar a vontade efetiva das partes, ou aquela que elas teriam manifestado (no caso da omissão de algum ponto importante do acordo), interpretando-o e/ou integrando-o, conforme o caso, sem conceder a uma ou impingir à outra cláusula que não seria celebrada. Sob esse aspecto Darcy Bessone afirma que “a missão do juiz terá de se circunscrever à apuração da vontade dos contratantes, em um processo de reconstituição”. Já se disse aqui que não compete ao juiz substituir a parte em sua manifestação de vontade, o que levaria o direito a considerar algumas partes no contrato, em determinadas situações concretas, como absoluta ou relativamente incapazes (além das situações para tanto legalmente previstas), impondo-se em relação às contrapartes a sua substituição ou a assistência pelo juiz na correção de rumos considerados inaceitáveis por este. Esta intervenção do Judiciário revelar-se-ia absolutamente inconstitucional.

7. Conclusão

Diante dos pontos tratados, podemos verificar que a jurisprudência aplicada no contrato de *factoring* busca delinear determinados limites ao exercício da autonomia privada, para evitar abusos e preservar a comutatividade das prestações dos seus integrantes.

Dentro da ótica constitucional vigente, o dirigismo contratual exercido pelo Poder Judiciário guarda consonância com a perspectiva pós-positivista, ao agregar elementos extrajurídicos na solução dos litígios, através da percepção da realidade dos fatos, de modo a evitar que práticas proibidas sejam levadas a efeito através da roupagem do contrato de fomento mercantil.

Mas não se pode dizer que a autonomia de vontade restou afastada, pois o Poder Judiciário, nos casos mencionados, limitou-se a declarar a nulidade de determinadas cláusulas, de forma a preservar a essência do contrato de *factoring*, segundo parâmetros já consolidados pela doutrina, não obstante a atipicidade do pacto.

O resultado proporciona segurança jurídica, ao esclarecer aos interessados os limites sobre os quais podem atuar, o que, certamente, traduzirá maior interesse na busca pela realização do fomento mercantil e, quem sabe, maiores facilidades no incremento da atividade empresarial como um todo.

²¹ VERÇOSA; SZTAJN, op. cit., p. 64.