

# O CONTRATO DE *FACTORING* COMO MEIO DE FOMENTO À ATIVIDADE EMPRESARIAL NO MUNDO GLOBALIZADO

## FACTORING AGREEMENT AS A MEANS OF PROMOTING BUSINESS ACTIVITIES IN THE GLOBALIZED WORLD

Marcus Elidius Michelli de Almeida<sup>1</sup>

Felipe Benfato Pereira<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo busca analisar o instrumento de faturização como meio de fomento à atividade mercantil, bem como as peculiaridades do instituto em uma breve análise da doutrina e da jurisprudência sobre os temas controversos que envolvem a matéria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ciência do Direito. Direito Comercial. Direito Contratual. Contratos em Espécie. Contrato de *Factoring*. Fomento da Atividade Empresarial.

### ABSTRACT

This article seeks to analyse the instrument of faturization as a means of promoting commercial activity, as well as the peculiarities of the institute in a brief analysis of the doctrine and case law on the controversial issues involving the matter.

**KEYWORDS:** Legal Science. Commercial Law. Contract Law. Contracts in kind. Factoring Contract. Promotion of Business Activity.

### SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO. 2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA. 3. O CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO. 4. O CONTRATO DE *FACTORING* NA PRÁTICA. 5. IMPOSSIBILIDADE DO DIREITO DE REGRESSO DO FATORIZADOR CONTRA O FATURIZADO. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

<sup>1</sup> Professor Assistente Doutor da Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da PUC/SP – Coordenador do Curso de Especialização em Direito Empresarial da PUC/SP – Advogado. E-mail para contato: [adv\\_elidius@uol.com.br](mailto:adv_elidius@uol.com.br)

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Comercial na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP, ingresso em 2022), Pós-Graduado em Direito Contratual (IBMEC-SP, 2020), Especialista em Recuperação Judicial e Falência (FGV-SP, 2021), Advogado do Cescon, Barriou, Flesch & Barreto Advogados da área de contencioso, arbitragem e insolvências. E-mail para contato [felipebenfato@gmail.com](mailto:felipebenfato@gmail.com).

## 1. Introdução.

Atualmente atividade de fomento mercantil, também conhecida como *factoring*, tem sido empregada com a conotação de venda do faturamento de uma empresa: há, no *factoring*, a figura da cessão do crédito.

Esse conceito nos dá uma boa ideia do instituto, mas não esgota as suas possibilidades. Diz-se que seria uma cessão de crédito onerosa, mas tal descrição é insuficiente, vez que a cessão de crédito não abarca todas as facetas da operação de *factoring*.

A finalidade precípua do instituto está ligada à necessidade de reposição do capital de giro de pequenas e médias empresas, mediante substituição de ativos realizáveis por ativos disponíveis.

Sob o ponto de vista da prática, as empresas de *factoring* são muito importantes para o desenvolvimento econômico do país. Por outro lado, é preciso um mínimo de estabilidade econômica e jurídica, eis que o risco é um dos elementos básicos do negócio, o qual implica a compra de crédito de alguém.

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.

Nesse sentido, o contrato de *factoring* ou fomento mercantil pode ser considerado como 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. Forgioni<sup>3</sup> 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

<sup>3</sup> FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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 importância do contrato de fomento mercantil ao desenvolvimento da atividade empresarial, em especial às pequenas e médias empresas que, por várias vezes, não possuem acesso direto ao crédito bancário, tampouco podem comprovar que estão aptas a perceberem um aporte relevante sem taxas elevadas ou sem renunciar a parte de seu capital social.

## 2. Breve contextualização histórica

Inexiste consenso doutrinário acerca da origem do contrato de *factoring*. Fran Martins<sup>4</sup> 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 Lucca<sup>5</sup>, 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.

<sup>4</sup> MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>5</sup> DE LUCCA, Newton. Contrato de *factoring*. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). Novos contratos empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

De qualquer maneira, 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. O contrato de fomento mercantil: conceito 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 regule a atividade de fomento mercantil através do contrato de *factoring*, com específico propósito empresarial, é perfeitamente possível aproveitar os termos da legislação revogada, bem como de demais atos normativos, para delinear um conceito ao instituto.

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*).<sup>6</sup>

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 escorreita avaliação dos riscos dos créditos a serem adquiridos pelo faturizador através de cessão civil.

Há divergência acerca da natureza real e bancária do instituto. Todavia, com as devidas vênias aos posicionamentos em contrário<sup>7</sup>, há de ser sustentado o caráter

<sup>6</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa, contratos, falência, recuperação de empresa. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>7</sup> Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho 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

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.

#### 4. O contrato de *factoring* na prática

O *factoring* envolve a prestação de serviços, os mais variados e abrangentes, em base contínua, conjugada com a aquisição de créditos de empresas, (somente pessoas jurídicas), resultantes de suas vendas mercantis, ou de prestação de serviços, realizadas a prazo. Essa definição, consta no Art. 28, da Lei 8.981/95 (Convenção Diplomática de Ottawa).

---

serviços” (Lei 8.981/95, arts. 28 e 48, revogados pela Lei 9.249/95). Tomando essa definição por base, o Banco central, em 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”. (COELHO, *op. cit.*, p. 163-164).

As sociedades que realizam fomento mercantil são sociedades mercantis, registradas e arquivadas nas Juntas Comerciais.

O Factoring inicia-se com a assinatura de um Contrato de Fomento Mercantil, também chamado de contrato-mãe, contrato principal, contrato guarda-chuva etc. entre a empresa e a Factoring.

No que concerne aos sujeitos da relação contratual, vale destacar o entendimento de Fran Martins (Ed. Forense. (2001 p. 476): “O contrato de faturização tem como elementos pessoais o faturizador (factor) e o vendedor, também chamado aderente ou faturizado. A essas pessoas se junta uma terceira, que é o comprador do vendedor, dando-se a essas os nomes de comprador, cliente ou devedor. O contrato se faz entre o faturizador e o faturizado ou vendedor, sendo necessário o comprador apenas porque são os créditos que o vendedor tem contra ele que vão ser cedidos ao faturizador. Tanto faturizador, como vendedor, devem ser comerciantes.

A operação de factoring funciona assim: uma pequena ou média empresa vende seu bem, crédito ou serviço a prazo, gerando um crédito. Posteriormente, ela negocia este crédito com a Factoring, transformando seus ativos disponíveis em ativos realizáveis. A empresa de fomento mercantil então informa o sacado acerca do fato e da forma de cobrança (carteira ou banco). Ao término do prazo negociado inicialmente, a empresa sacada pagará o valor deste crédito à Factoring, encerrando a operação.

## 5. Impossibilidade do direito de regresso do faturizador contra o faturizado

A grande questão que se põe diz respeito ao direito de regresso, pois considerando que, no bojo do contrato de factoring, existe uma cessão de crédito, resta saber se o faturizado deve responder pelos créditos “cedidos” ao faturizador?

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 imanentes 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 imanente 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 ENDOS SANTE-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 cédulas. 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. OPOSIÇÃO 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 oposição 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)

Haveria aqui, portanto, indevida intromissão judicial no princípio da autonomia da vontade entre as partes? A resposta é não.

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 novamente 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).

Paula Andrea Forgioni<sup>8</sup>, 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.

## 6. Considerações finais

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

<sup>8</sup> FORGIONI, op. cit., p. 253.

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.

## 6. Bibliografia

BRITO, Cristiano Gomes de. **Análise econômica do *factoring* no âmbito das pequenas e médias empresas**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol. 103, p. 25 e segs.

BUSSADA, Wilson. ***Factoring: interpretado pelos Tribunais***. Campinas: Julex, 1997.

CARMO, Eduardo de Sousa. **Endosso sem garantia e *factoring***. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol. 99, p. 24 e segs.

CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. ***Factoring: seu reconhecimento jurídico e sua importância econômica***. 2.ed.rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. Leme: LED Editora de Direito, 2004.

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

COELHO, Sancha C. Navarro; COELHO, Marco Aurélio Caldeira. **Negócio jurídico denominado *factoring***. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, v. 120, p. 257 e segs.

COELHO, Túlio Freitas do Egito. ***Factoring e a Lei 4.595/1964***. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol. 67, p. 109 e segs.

COELHO, Wilson do Egito. ***Factoring e a legislação bancária brasileira***. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, v. 54, p. 73 e segs.

COMPARATTO, Fábio Konder. **Factoring**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol. 6, p. 59 e segs.

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

HAGSTROM, Carlos Alberto de São Tiago. **Factoring no Brasil**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol. 48, p. 38 e segs.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Operação de factoring como operação mercantil**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol. 115, p. 239 e segs.

LOBO, Jorge. **Contrato de factoring**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol. 112, p. 36 e segs.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. **Contrato de factoring e o Sistema Nacional**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol. 74, p. 57 e segs.

LUCCA, Newton de. **A faturização no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

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

MARINO NETO, José Ernesto. **Factoring. Alternativas às modificações financeiras introduzidas pelos Decretos-leis 2.283/1986 e 2.284/1986**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol. 66, p. 67 e segs.

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