



Opinião: O contrato de factoring como limite à autonomia privada

Os negócios jurídicos celebrados entre empresas, voltados ao desempenho de suas atividades econômicas, são considerados contratos empresariais e atraem a incidência das regras do Código Civil, sendo norteados pelos postulados da paridade e da autonomia privada. O empresário que celebra contrato de *factoring* com a finalidade de fomentar suas atividades econômicas não é reputado Consumidor.



Os empresários, em suas relações contratuais, são

considerados agentes econômicos dotados de conhecimentos e de informações necessários para efeito de discernimento das regras a serem nelas pactuadas. O agente econômico está, pois, legitimamente autorizado a presumir que seus parceiros empresariais são aptos a realizar negócios.

Um dos desdobramentos dessa afirmação é que os parceiros empresariais detêm — ou deveriam ter diligenciado para deter — as informações relevantes à contratação. Não se espera que, no momento da vinculação, as empresas efetivamente disponham de todas as informações sobre o negócio ou o contexto fático que o circunda. Ao contrário, o tráfico exige apenas que: a) a empresa tenha se esforçado razoavelmente para obter as informações sobre o negócio; se não o fez, presume-se que essa foi sua opção consciente, assumindo o risco da informação defeituosa; e b) as empresas não omitam informações relevantes à contraparte (Paula Forgioni. *Contratos Empresariais*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 164).

Diante da assertiva de que cabe aos empresários verificar detidamente os aspectos essenciais do negócio jurídico (*due dilligence*), o controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas nesse setor da economia (STJ, REsp 1.409.849/PR, relator ministro Paulo de Tarso Sanseverino).

No último dia 10, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.711.412/MG, relator ministro Marco Aurélio Bellizze, proferiu uma importante decisão que, em contrato de *factoring*, servirá de paradigma para a definição dos limites da autonomia privada frente à finalidade jurídico-econômica dos negócios jurídicos empresariais.



Com efeito, o contrato de *factoring* não é regulado por lei ou por norma jurídica específica, sendo considerado um contrato atípico, cuja descrição, para fins tributários (Lei 8.981/1995), envolve a prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

Na esteira da doutrina clássica, o contrato de faturização, ou *factoring*, é aquele em que um empresário cede a outro créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração, e tem as seguintes características essenciais: 1) exclusividade ou totalidade das contas do faturizado; 2) duração do contrato; 3) faculdade de o faturizador escolher as contas que deseja garantir; 4) liquidação dos créditos; 5) cessão dos créditos; 6) assunção de riscos pelo faturizador; 7) remuneração do contrato (Fran Martins. Contratos e Obrigações Comerciais. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 469-471).

O caso concreto revelava a presença de cláusula em contrato de *factoring* que prevê a responsabilização da faturizada (empresário/cedente) pelo adimplemento dos créditos cedidos à faturizadora (empresa de *factoring*). Embora não exista norma jurídica proibitiva, a mencionada cláusula acabou por ser invalidada, eis que estava em desconformidade com a finalidade do fomento mercantil consubstanciada na assertiva de que o risco do adimplemento do crédito cedido é da sua essência.

Em outros termos, a faturizadora exerce, entre outras, a atividade de análise de risco voltada à escolha dos créditos que deseja adquirir, cujos títulos de crédito lhe são transferidos em definitivo, de sorte que a faturizada se exonera de responder pela satisfação do crédito.

De outro lado, embora seja essencial a característica de que não é corresponsável pelo adimplemento do crédito transferido, a faturizada responde pela existência em si do crédito exteriorizado no título, aplicando-se na espécie a regra do artigo 295 do Código Civil ("*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 título de exemplo, a faturizada não se responsabiliza perante o faturizador pelo pagamento de duplicata sacada regularmente na hipótese de inadimplemento do devedor/sacado, mas se responsabiliza por uma duplicata fria, sacada fraudulentamente, sem causa subjacente legítima.

Por isso que, no contrato de *factoring*, a faturizada não garante o adimplemento do crédito, mas a sua existência, sim, de sorte que o direito de regresso da faturizadora em face da faturizada afigura-se presente, quando estiver em discussão a própria existência do crédito, e não o mero inadimplemento (STJ, REsp 1289995/PE, relator ministro Luis Felipe Salomão).

Após algum período de dissenso, foi assentada a orientação de que a transferência do título de crédito no contrato de *factoring* se opera por endosso cambial, sendo inviável a oposição de exceções pessoais à faturizadora, notadamente porque esta temática atrai a aplicação dos institutos de Direito Cambiário, e não da disciplina da cessão de crédito (STJ, EREsp 1439749/RS, relatora ministra Maria Isabel Gallotti).



Nada obstante a regra do artigo 296 do Código Civil ("*Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor*"), o contrato de *factoring* não se resume apenas a mera operação de cessão de crédito, mas revela também a prestação de serviços de análise e de gestão de créditos com a assunção dos riscos da aquisição dos créditos da faturizada, notadamente em razão da elevada remuneração/comissão que normalmente se ajusta em favor da faturizadora.

Pelos mesmos motivos, a cláusula de recompra no contrato de *factoring* também não se reputa em regra válida, quando decorrente do mero inadimplemento da satisfação do crédito, salvo se o crédito inexistir (por exemplo, título frio). Como a faturizada não responde pelo simples inadimplemento do crédito, deve ser reputada nula a cláusula de recompra, eis que a tal regra retiraria da faturizadora o risco inerente aos contratos dessa natureza, salvo na hipótese em que se reconhece a inexistência do crédito (STJ, AREsp 1159564/SC, relatora ministra Maria Isabel Gallotti).

Por conseguinte, deve-se extrair o entendimento de que, nos contratos empresariais em geral, a autonomia privada cede espaço ao postulado da função social do contrato, impondo-se a análise dos fins econômico e jurídico como um limite à atuação da vontade das partes. Vale dizer, a autonomia privada não pode se sobrepor às finalidades jurídica e econômica do negócio jurídico, sendo relativizada pelo postulado da função social do qual resulta o dever de observância dos limites impostos ao contrato (Miguel Reale. Questões de direito privado. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5).

A orientação adotada pelo STJ, no REsp 1711412/MG, reafirma os novos paradigmas da teoria contratual fundada pelo Código Civil, em que os postulados da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos podem ceder espaço aos princípios da função social, da boa-fé objetiva e da justiça contratual, especialmente quando se verifica que o exercício da autonomia privada entra em rota de colisão com os fins econômico-jurídicos do negócio jurídico.