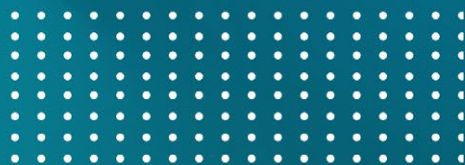




Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 178-179, ago. 2019/jul. 2020

RDM 178/179

Doutrina e Atualidades:

- 1 - "Respostas estruturais para os grandes ilícitos empresariais" (autor: Calixto Salomão Filho)
- 2 - "Governança Corporativa e Diversidade Racial no Brasil" (autor: Carlos Portugal Gouvêa)
- 3 - "A Crise e o Quadro Normativo da Gestão Monetária" (autores: Luís Fernando Massoneto e Gustavo Jorge Silva)
- 4 - "A tecnologia de registros distribuídos e o Real Digital como ferramentas para o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro?" (autor: Rafael Viana de Figueiredo Costa)
- 5 - "Inovação bancária e as fragilidades ao processo de colaboração compulsória imposta às instituições financeiras na detecção dos indícios de lavagem de dinheiro" (autor: Alessandro Fernandes)
- 6 - "A tutela da liquidez no mercado secundário de ações no Brasil" (autor: Yasmin Fernandes Reis)
- 7 - "O exato cumprimento do contrato enquanto requisito para a procedência da ação renovatória na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo" (autor: Luis Felipe Pinto)
- 8 - "A Relativização Da Autonomia Da Vontade No Âmbito Do Contrato De Factoring: Uma Análise Acerca Do Julgamento Proferido Pelo Superior Tribunal De Justiça No Recurso Especial Nº 1.711.412-MG" (autores: Paulo Márcio da Cruz e Pedro Henrique Piazza Noldin)
- 9 - "A Substituição do Índice de Correção Monetária nos Contratos Empresariais" (autores: Ana Chen e Bruno Almeida Ruggiero)
- 10 - "Validade e eficácia da cláusula denominada *pró-sandbagging* nos contratos de compra e venda de participação societária sujeitos ao direito brasileiro" (autor: Maira de Melo Vieira Temple)
- 11 - "Plataforma de Dois Lados e Regra da Razão: o Caso Ohio vs. American Express" (autor: Guilherme dos Santos)

ISBN 978-65-6006-025-8



IDGLOBAL
Instituto de Direito Global

rdm
revista de direito mercantil

EXPERT
EDITORA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

**REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro**

178/179

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano LVIII (Nova Série)
Agosto 2019/Julho 2020

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LVIII – ns. 178/179 – ago. 2019/jul. 2020
FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROFS. PHILOMENO J. DA COSTA e FÁBIO KONDER COMPARATO

CONSELHO EDITORIAL

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO, CARLOS KLEIN ZANINI,
GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU,
JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, JUDITH MARTINS-
COSTA, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS,
PAULO DE TARSO DOMINGUES, RICARDO OLIVEIRA GARCÍA,
RUI PEREIRA DIAS, SÉRGIO CAMPINHO.

COMITÊ DE REDAÇÃO

CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS
LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO,
NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN,
EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA,
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC
VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MARCOS PAULO DE ALMEIDA
SALLES, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI,
PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA, JULIANA KRUEGER PELA,
JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, BALMES VEGA
GARCIA, RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES,
CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA, ROBERTO
AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER,
SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI, VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO,
MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK.

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO

MICHELLE BARUHM DIEGUES E MATHEUS CHEBLI DE ABREU.

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE

BEATRIZ LEAL DE ARAÚJO BARBOSA DA SILVA, ISABELLA PETROF
MIGUEL, MATEUS RODRIGUES BATISTA, PEDRO FUGITA DE OLIVEIRA,
VICTORIA ROCHA PEREIRA, VIRGILIO MAFFINI GOMES,

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação trimestral da

Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho,

CEP 30664790

Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos

Daniel Carvalho

Direção editorial:

Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa:

Daniel Carvalho e Igor Carvalho

Revisão:

Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Alessandro Fernandes, Ana Chen, Bruno Almeida Ruggiero, Calixto Salomão Filho, Carlos Portugal Gouvêa, Guilherme dos Santos, Gustavo Jorge Silva, Luis Felipe Pinto, Luis Fernando Massonetto, Maira de Melo Vieira Temple, Paulo Márcio da Cruz, Pedro Henrique Piazza Noldin, Rafael Viana de Figueiredo Costa, Yasmin Fernandes Reis

ISBN: 978-65-6006-025-8

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte,

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



AUTORES

Calixto Salomão Filho

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Professor de Direito e Desenvolvimento no Institut des Sciences Politiques (Sciences Po) de Paris.

Rafael Viana de Figueiredo Costa

Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio (2023). Pós-graduado em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais pelo Insper-SP (2019). Graduado em Direito pela FGV-Direito Rio (2016). Advogado no escritório Velloza Advogados Associados, com atuação voltada para o mercado de capitais, com ênfase em fundos de investimento e administração de recursos de terceiros em geral.

Alessandro Fernandes

Assessor na Unidade de Segurança Institucional do Banco do Brasil. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Gestão e Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Yasmin Fernandes Reis

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestranda em Direito dos Negócios e Desenvolvimento Econômico e Social da Fundação Getúlio Vargas. Analista de negócios em São Paulo.

Luis Felipe Pinto

Advogado regularmente inscrito na OAB/SP, sob nº 435.812, pós-graduado em Direito Empresarial e Societário, e investidor do mercado financeiro desde 2019.

Luís Fernando Massonetto

Doutor em direito pela Universidade de São Paulo. Professor doutor no Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. É coordenador de pesquisa sobre Regulação Indutora no Programa de Pós-Graduação em Cidades Inteligentes e Sustentáveis da Uninove. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Econômico e Produção do Espaço: território, lugar, escalas e redes (CNPQ).

Gustavo Jorge Silva

Doutor e Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela mesma instituição, com período de estudos na Universidade de Lucerna (Suíça). Pós Graduado em Administração Pública no Século XXI pela Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Atua como advogado especializado em Direito Bancário e Meios de Pagamento.

Carlos Portugal Gouvêa

Livre-Docente em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP (2022). Professor Associado de Direito Comercial da Universidade de São Paulo (USP) e sócio fundador do PGLaw. Doutor em Direito pela Universidade de Harvard (S.J.D., 2008). Bacharel pela Universidade de São Paulo (USP). Lecionou como professor visitante na Harvard Law School e foi pesquisador visitante na Yale Law School e na Wharton Business School da University of Pennsylvania. É credenciado pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela New York State Bar Association. É membro vice-presidente da Comissão de Mercado de Capitais e Governança Corporativa da OAB-SP e membro do conselho da Comissão Fulbright do Brasil. Foi membro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Paulo Márcio da Cruz

Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1984), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999). Realizou estágio de pós-doutorado nas universidades de Perugia e Alicante e estágio sênior na Universidade de Alicante. É professor titular da Universidade do Vale do Itajaí, coordenador e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica nos cursos de mestrado e doutorado - da Universidade do Vale do Itajaí, professor convidado da Universidade de Alicante e da Universidade de Perugia. Professor visitante do Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales da Universidade de Alicante. Atua como docente e pesquisador nos temas Direito Transnacional, Direito e Sustentabilidade, Democracia e Estado e Constitucionalismo Comparado. E-mail: pcruz@univali.br.

Pedro Henrique Piazza Noldin

Advogado (OAB/SC 45.273). Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Università degli Studi di Perugia/Itália. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Widener University - Delaware Law School/EUA, com apoio de Bolsa PROSUP-CAPES. Especialista em Direito Empresarial e dos Negócios pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Médico pela Verbo Educacional. Graduado em Direito, com Mérito Estudantil, pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Assessor Jurídico do Município de Itajaí no ano de 2016. Atuante na área do Direito Empresarial, Médico e Hospitalar. E-mail: pedro@spsadvogados.com.br.

Ana Chen

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Analista jurídica da IEST Consultoria e Brusasco & Corinti Sociedade de Advogados. Orientanda do Professor Associado Eduardo Tomasevicius Filho (DCV).

Bruno Almeida Ruggiero

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Estagiário no escritório Mendonça Sica Advogados Associados. Foi orientando do Professor Associado Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (DCO).

Maíra de Melo Vieira Temple

Doutoranda em Direito Comercial, USP. Pós-graduada em Direito Empresarial, Escola Paulista da Magistratura. Master (I) em Direito dos Negócios, *Université d'Aix-Marseille* (bolsa do *Programme de Bourses d'Excellence Eiffel*, do Ministério das Relações Exteriores da França). Bacharel em Direito, USP. Autora de livro e de artigos publicados no Brasil e no exterior, nas áreas de Direito Societário, Arbitragem, Direito Internacional e Direito das Empresas em Crise. Há 18 (dezoito) anos em resolução de disputas, foi advogada associada de algumas das principais bancas do Brasil e do exterior na área de arbitragem, em São Paulo e Paris, e é assessora de Desembargador integrante da 2a. Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Guilherme dos Santos

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Intercambista do 40º Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PinCade, 2020). Advogado associado ao Nishioka & Gaban Advogados.

SUMÁRIO

Respostas estruturais para os grandes ilícitos empresariais 15

Calixto Salomão Filho

Governança corporativa e diversidade racial no Brasil: um retrato das
companhias abertas..... 31

Carlos Portugal Gouvêa

A crise e o quadro normativo da gestão monetária 81

Luis Fernando Massonetto, Gustavo Jorge Silva

A tecnologia de registros distribuídos e o real digital como ferramentas
para o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro?..... 119

Rafael Viana de Figueiredo Costa

Inovação bancária e as fragilidades ao processo de colaboração
compulsória imposta às instituições financeiras na detecção dos
indícios de lavagem de dinheiro 167

Alessandro Fernandes

O tratamento da liquidez no mercado secundário de ações no
Brasil..... 195

Yasmin Fernandes Reis

O exato cumprimento do contrato enquanto requisito para a
procedência da ação renovatória na jurisprudência recente do
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo..... 225

Luis Felipe Pinto

A relativização da autonomia da vontade no âmbito do contrato de *factoring*: uma análise acerca do julgamento proferido pelo superior tribunal de justiça no recurso especial nº 1.711.412-MG.....261

Paulo Márcio da Cruz, Pedro Henrique Piazza Noldin

A substituição do índice de correção monetária em contratos empresariais: os impactos da pandemia sobre IGP-M/FGV e a resposta tópica do poder judiciário287

Ana Chen, Bruno Almeida Ruggiero

Validade e eficácia da cláusula denominada *pró-sandbagging* nos contratos de compra e venda de participação societária sujeitos ao direito brasileiro.....347

Maíra de Melo Vieira Temple

Plataforma de dois lados e regra da razão: o Caso Ohio vs. American Express377

guilherme dos Santos

A RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO ÂMBITO DO CONTRATO DE FACTORING: UMA ANÁLISE ACERCA DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.711.412-MG.

THE FREE WILL RELATIVIZATION IN THE FACTORING AGREEMENT FRAMEWORK: AN ANALYSIS OF THE JUDGMENT PROVIDED BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE IN SPECIAL APPEAL N. 1.711.412-MG.

*Paulo Márcio da Cruz*³⁹⁴

*Pedro Henrique Piazza Noldin*³⁹⁵

RESUMO: O estudo caracteriza a importante autonomia da vontade no âmbito do contrato de *factoring*. Em um primeiro momento, analisa a atividade de *factoring* e busca entender como está inserida e/ou regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro. Seguidamente, observa as novidades e desdobramentos incorporados à legislação

394 Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1984), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999). Realizou estágio de pós-doutorado nas universidades de Perugia e Alicante e estágio sênior na Universidade de Alicante. É professor titular da Universidade do Vale do Itajaí, coordenador e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica nos cursos de mestrado e doutorado - da Universidade do Vale do Itajaí, professor convidado da Universidade de Alicante e da Universidade de Perugia. Professor visitante do Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales da Universidade de Alicante. Atua como docente e pesquisador nos temas Direito Transnacional, Direito e Sustentabilidade, Democracia e Estado e Constitucionalismo Comparado. E-mail: pcruz@univali.br.

395 Advogado (OAB/SC 45.273). Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Università degli Studi di Perugia/Itália. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Widener University - Delaware Law School/EUA, com apoio de Bolsa PROSUP-CAPES. Especialista em Direito Empresarial e dos Negócios pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Médico pela Verbo Educacional. Graduado em Direito, com Mérito Estudantil, pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Assessor Jurídico do Município de Itajaí no ano de 2016. Atuante na área do Direito Empresarial, Médico e Hospitalar. E-mail: pedro@spsadvogados.com.br.

civil e empresarial com a publicação da Lei nº 13.874/2019, mais conhecida como Lei da Liberdade Econômica. Adiante, contextualiza a relativização da liberdade contratual no âmbito do fomento mercantil a partir dos contornos conferidos pelo julgamento do recurso especial nº 1.711.412-MG pelo Superior Tribunal de Justiça. Por fim, formula uma reflexão acerca dos equívocos técnicos em que incorreu o STJ quando do julgamento do caso e como tais equívocos impactam, doravante, o exercício da própria atividade de *factoring* no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: *Factoring*. Fomento mercantil. Autonomia da vontade. Lei da Liberdade econômica.

SUMMARY: The study characterizes free will importance in the scope of the factoring contract. At first, it analyzes the factoring activity and seeks to understand how it is inserted and/or regulated in the Brazilian legal system. It then observes the news and developments incorporated into civil and business legislation with the publication of Law No. 13.874/2019, better known as the Economic Freedom Act. Further on, it contextualizes the relativization of contractual freedom within the scope of mercantile development from the contours conferred by the judgment of special appeal n. 1.711.412-MG by the Superior Court of Justice. Finally, it formulates a reflection on the technical mistakes made by the STJ when judging the case and how such mistakes impact, from now on, the exercise of the factoring activity itself in Brazil.

KEYWORDS: Factoring. Mercantile promotion. Free will. Economic Freedom Act.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a máxima do Direito Romano de que “o contrato faz lei entre as partes” (do latim: *pacta sunt servanda*). Portanto, ao lado das obrigações que derivam de Lei, existem também as obrigações que derivam da vontade e liberdade das partes contratantes.

No âmbito do Direito Civil, mais especificamente no Direito Empresarial, a busca por esta plena autonomia da vontade das partes sempre foi e será louvável. Até porque, não fosse a liberdade contratual, muitas das modernas e complexas relações jurídicas travadas jamais teriam surgido e fomentado tantos negócios empresariais como hoje vistos.

Sob o paradigma do Estado Liberal, diz-se que a modernização das relações comerciais surge em um ambiente de plena autonomia e segurança jurídica, e não decorre de um ambiente de severa intervenção estatal e regulação desenfreada.

O fomento mercantil, também conhecido como *factoring*, é uma dessas relações jurídicas modernas e complexas, que traz uma enorme contribuição e auxílio para o desenvolvimento da atividade empresarial, como o próprio nome se refere, fomentando o cenário mercantil brasileiro.

Ocorre que, não bastasse o auxílio prestado pelas relações jurídicas travadas, não é raro vermos decisões judiciais que ainda insistem em avançar com um certo grau de ativismo sob os direitos e obrigações pactuados entre os contratantes, declarando-os por vezes nulos e por outras anuláveis, relativizando a própria vontade das partes contratualmente manifestada.

É o caso do recente julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.711.412-MG³⁹⁶, decisão judicial que este artigo pretende analisar seus contornos.

E traz como problemas centrais os seguintes questionamentos: Qual a natureza do contrato de fomento mercantil e se existe forma prescrita em Lei? O que diz o ordenamento jurídico acerca da autonomia das partes no âmbito dos contratos empresariais? Está-se diante de vícios do negócio jurídico que o tornem nulo ou anulável?

396 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp nº 1.711.412/MG**, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 4/5/2021, publicado em 10/5/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703081772&dt_publicacao=10/05/2021. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

Foi correto o critério adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no caso posto sob análise?

Para tanto o artigo foi dividido em três partes: (I) a natureza do contrato de *factoring*; (II) a autonomia das partes segundo a Lei da Liberdade Econômica; (III) as razões de decidir do STJ no REsp nº 1.711.412-MG.

Na metodologia, foi utilizado o método indutivo na fase de investigação e no relatório da pesquisa. Foram também acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE FACTORING

Factoring, esta é a denominação mais aceita, não obstante as denominações “fomento empresarial”, “fomento mercantil”, “fomento comercial” e “faturização” serem todas tratadas como sinônimas.

No que se refere ao *factoring*, LEITE, a maior autoridade brasileira sobre o assunto, explica que o termo remete a uma atividade que se destina a prestar auxílio ao segmento empresarial, através da expansão dos ativos empresariais e incremento das vendas³⁹⁷.

Enquanto atividade complexa, o explicita SOARES, *factoring* compreende uma série de serviços relacionados, como o assessoramento de crédito, posicionamento mercadológico, gestão de crédito e financeira, análise de riscos, gerenciamento de contas a pagar e receber, compra de créditos, entre outras³⁹⁸.

397 “O *factoring* é uma atividade de fomento mercantil que se destina a ajudar, sobretudo, o segmento das pequenas e médias indústrias a expandir seus ativos, a aumentar suas vendas, sem fazer dívidas. [...]. *Factoring* é uma atividade complexa, cujo fundamento é a prestação de serviços, ampla e abrangente, que pressupõe sólidos conhecimentos de mercado, de gerência financeira, de matemática e de estratégia empresarial, para exercer suas funções de parceiro dos clientes. O sentido da parceria é essencial ao exercício efetivo do *Factoring*”. (LEITE, Luiz Lemos. **Factoring no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 22-23).

398 “[...]. i) prestação de serviços de assessoramento de crédito, de forma cumulativa e contínua, atuando também em ii) posicionamento mercadológico, iii) gestão creditícia e iv) financeira, v) análise e escolha de riscos, vi) gerenciamento de contas a pagar e a receber, vii) compra de direitos de crédito oriundos de prestação de serviços ou vendas mercantes a prazo

Mas, é bem verdade, que a maior faceta da atividade de *factoring* recai, justamente, sobre o exercício da atividade de aquisição de títulos de crédito, razão pela qual muitos autores que abordam o tema procuram tratar, ao discorrer sobre seu significado, tão somente, de tal modalidade de atuação; o que demanda atenção, haja vista que o instituto vai muito além disso.

Inclusive, em 2017, no julgamento do REsp nº 932.978/SC³⁹⁹ pelo Superior Tribunal de Justiça, a Corte Infraconstitucional abordou o leque de atividades gerenciais que se prendem ao instituto do *factoring* como forma de analisar a obrigatoriedade, ou não, de as Empresas que exploram o fomento se registrarem junto ao Conselho Regional de Administração.

À vista do inteiro teor do julgamento, extrai-se que a posição firmada pelo STJ foi de que, caso a empresa de *factoring* exerça a atividade básica (convencional) de compra de crédito não estará sujeita

a terceiros, clientes do faturizado”. (SOARES, Marcelo Negri. **Contrato de factoring**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32).

399 “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMPRESA DE FACTORING. DESNECESSIDADE DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. ATIVIDADE BÁSICA. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. COMPRA DE ATIVOS OU DIREITOS CREDITÓRIOS DECORRENTES DE VENDAS MERCANTIS A PRAZO. [...]. 4. As atividades desempenhadas pelas empresas de factorings na modalidade convencional, que envolve funções de compra de crédito (cessão de crédito) e prestação de serviços convencionais (análise de riscos dos títulos e cobrança de créditos da faturizada) não estão no alcance da fiscalização profissional do Conselho Federal de Administração - CRA, porquanto sua atividade-fim não se enquadra nas hipóteses elencadas como de natureza administrativa. [...]. 6. É cediço que somente na modalidade de factoring conhecida por trustee o faturizador prestará serviços diferenciados, como co-gestão, consultoria etc. Podemos afirmar - sem nenhuma dúvida - que é raro uma operação de factoring que envolva a modalidade trustee. A mais usualmente praticada é a modalidade convencional. E na modalidade convencional de factoring, os serviços prestados, quando o são, não envolvem administração, consultoria ou co-gestão, pois tais serviços são próprios somente na modalidade trustee.” (Antonio Carlos Donini, in *Inexigibilidade do Registro da Empresa de Factoring junto ao Conselho Regional de Administração*, Revista dos Tribunais, ano 92 - volume 810 - abril de 2003 - páginas 84/85). 7. A única modalidade que, em tese, pode-se admitir a prática de atos ditos “administrativos” de factoring é na modalidade trustee, por envolver prestação de serviços diferenciados, a saber, co-gestão e consultoria, [...]”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp nº 932.978/SC**, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6/11/2008, publicado em 1/12/2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=835360&num_registro=200700515183&data=20081201&formato=PDF. Acesso em: 30 de agosto de 2022).

ao registro junto ao Conselho Regional de Administração. Todavia, em se verificando que sua atividade preponderante seja a de gestão e consultoria financeira, altera-se o cenário e se abre a discussão acerca da (des)necessidade do registro.

Certo é que, como dito, a atividade usual praticada pelas empresas de *factoring* é a de compra de crédito, de modo que a decisão, caso seu resultado fosse diverso, teria causado enorme impacto ao setor.

Neste ensejo, RIZZARDO argumenta que, no seu sentido tradicional (compra de crédito), a atividade de fomento compreende *“uma relação jurídica entre duas empresas, em que uma delas entrega à outra um título de crédito, recebendo como contraprestação, o valor constante do título, do qual se desconta certa quantia, considerada a remuneração pela transação”*⁴⁰⁰.

A seu modo, PEREIRA conceitua a figura, conferindo maiores contornos à prática e aos sujeitos da relação, ao explicar que a atividade se concretiza quando *“uma pessoa (factor ou faturizador) recebe de outra (faturizado) a cessão de créditos oriundos de operações de compra e venda e outras de natureza comercial, assumindo o risco de sua liquidação”*⁴⁰¹.

Por sua vez, DINIZ discorre que o *factoring*, no seu sentido convencional, reflete na relação em que *“um empresário, industrial ou comerciante (faturizado), cede a outro (faturizador), no todo ou em parte, os créditos provenientes de duas vendas mercantis de bens ou serviços a terceiros, mediante o pagamento de uma remuneração consistente no desconto sobre os respectivos valores”*⁴⁰².

No que diz respeito a regulamentação do *factoring* se observa que a atividade carece de legislação própria e não encontra hoje forma prescrita em lei.

400 RIZZARDO, Arnaldo. **Factoring**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 13.

401 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **A Nova tipologia Contratual no Direito Brasileiro**, em RF/281. Apud. RIZZARDO, Arnaldo. **Factoring**. p. 14.

402 DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105

O que se verifica são diversos projetos de lei que tentaram ao longo dos anos regulamentar a atividade e algumas instruções normativas que fazem menção ao exercício da atividade.

Em 1993, sobreveio a primeira tentativa de uma lei sobre *factoring* no Brasil, através do Projeto de Lei nº 192/1993⁴⁰³, de autoria do falecido Deputado Federal Jackson Pereira (CE) e que propunha uma alteração na Lei nº 4.595/64. Ocorre que, embora o projeto tenha sido aprovado na Câmara de Deputados em 1994, acabou arquivado posteriormente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, por ter sido julgado inconstitucional, haja vista que, por se tratar de lei ordinária, não poderia vir a alterar uma lei complementar⁴⁰⁴.

Mais tarde, destaca-se a Resolução nº 2.144/1995⁴⁰⁵ do Banco Central do Brasil (BACEN) que admitiu o *factoring* como atividade lícita.:

Concomitantemente, foi nesse mesmo ano, que a atividade de *factoring* foi pela primeira vez mencionada em lei. Isso ocorreu com a edição da Lei nº 8.981/1995⁴⁰⁶, que, alterando a legislação tributária, trazia no seu art. 28, § 1º, alínea “c.4”, uma pequena noção do papel desempenhado pelas empresas de *factoring*, que segundo o referido diploma legal, seria de “[...] prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e receber, compras de direitos creditórios

403 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 192, de 1993**. Tipifica as empresas que exploram a atividade de faturização, também conhecida por fomento comercial ou *factoring*, como instituições financeiras. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/23207>. Acesso em 31 de agosto de 2022.

404 ANFAC. **Lei do Fomento Mercantil vai à votação**. Revista Fomento Mercantil nº 06, de 15 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.anfac.com.br/jsp/news/News-n6.pdf>. Acesso em 31 de agosto de 2022.

405 BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução nº 2.144, de 22 de fevereiro de 1995**. Esclarece sobre operações de “*factoring*” e operações privativas de instituições financeiras. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1995/pdf/res_2144_v1_O.pdf. Acesso em 31 de agosto de 2022.

406 BRASIL. Planalto. **Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995**. Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8981.htm. Acesso em 31 de agosto de 2022.

resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring)”.

Frente a isso e em decorrência da inconstitucionalidade da alteração anteriormente proposta pelo Deputado Federal Jackson Pereira, o Senador José Fogaça (RS) apresentou o Projeto de Lei nº 230/1995⁴⁰⁷, o qual, à época, objetivava reunir com clareza todo o conjunto de normas em que se pautava a atividade de *factoring*.

Mais adiante, sobreveio o Projeto de Lei nº 3.615/2000⁴⁰⁸, de autoria do Deputado Federal João Herrmann Neto (SP), e que dispunha sobre o fomento mercantil especial de exportações ou *factoring* de exportação; bem como o Projeto de Lei nº 3.896/2000⁴⁰⁹, de autoria do Deputado Federal Celso Russomanno (SP), o qual tinha como escopo ampliar a regulamentação e assimilar os dois anteriores projetos.

Posteriormente, o Projeto de Lei nº 13/2007⁴¹⁰ foi o texto definitivo aprovado pela Câmara dos Deputados, subindo ao Senado e aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça com pequenas modificações, tendo voltado no ano de 2010 à Câmara dos Deputados, onde até hoje se encontra, para formalização definitiva e encaminhamento à sanção presidencial. Um longo e árduo caminho percorrido e a se percorrer, visto que há aproximadamente vinte anos não se visualiza um desfecho definitivo.

407 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 230, de 1995**. Dispõe sobre as operações de fomento mercantil - *factoring* - e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1622>. Acesso em 31 de agosto de 2022.

408 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.615, de 2000**. Dispõe sobre o fomento mercantil especial de exportações ou “*factoring*” de exportação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/7226.pdf>. Acesso em 31 de agosto de 2022.

409 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.896, de 2000**. Dispõe sobre a introdução de assistente social no quadro de profissionais de educação em cada escola. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/7226.pdf>. Acesso em 31 de agosto de 2022.

410 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 13, de 2007**. Dispõe sobre o fomento empresarial e altera a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80244>. Acesso em 31 de agosto de 2022.

Sendo assim, observa-se que o *factoring* é uma atividade comercial, mercantil, de fomento. É uma relação complexa e de múltiplas funções. Diz-se ser um contrato atípico misto – atípico, por não deter forma prescrita em Lei; misto, pois coaduna a compra de direitos de créditos com a prestação de serviços, contando para tanto com recursos exclusivamente próprios.

2. A AUTONOMIA DAS PARTES SEGUNDO A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

É certo que na exploração da atividade empresarial, a que se dedica o empresário, diversos contratos são celebrados. Pode-se afirmar que combinar os fatores de produção é contrair e executar obrigações nascidas eminentemente de contratos.⁴¹¹

Nesta seara, quando disciplinado pela Código Civil⁴¹², o contrato empresarial é regido por princípios próprios, os quais fundados na livre-iniciativa e livre concorrência, limitam as hipóteses de revisão judicial, restringem a alegação de anulabilidade e nulidade, bem como modulam a boa-fé e a função social.⁴¹³

Não é novidade, então, que o contrato tem força obrigatória, pois quem expressa a vontade de assumir obrigação perante outra pessoa fica responsável nos termos de sua declaração.⁴¹⁴

A Lei nº 13.874/19⁴¹⁵, mais conhecida como Lei da Liberdade Econômica, procurou reforçar essa ideia e trouxe como um grande

411 ULHOA COELHO, Fábio. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa**. 32 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 379.

412 BRASIL. Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

413 ULHOA COELHO, Fábio. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa**, p. 380.

414 ULHOA COELHO, Fábio. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa**, p. 385.

415 BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de

objetivo viabilizar o livre exercício da atividade econômica e a livre iniciativa, deixando evidente a intenção do legislador em garantir autonomia do particular para empreender. Neste sentido, alterou diversos dispositivos legais existentes para restringir a atuação do Estado sobre atividades econômicas, relações jurídicas e normas regulamentadoras de profissões, juntas comerciais, produção, relações de consumo e meio ambiente.

Talvez a sua maior contribuição para o Direito Civil e Empresarial tenha sido a vontade expressa do legislador em garantir respeito a autonomia das partes manifestada via contrato, conforme disposto logo no seu art. 1º, § 2º, da Lei da Liberdade Econômica.

E, mais do que isso, o próprio permissivo para que se pactue *contra legem*, alterando a máxima até então vigente de que “tudo posso desde que não seja proibido”, para, agora, a de que “tudo posso, ainda que proibido”, salvo, logicamente, se a disposição foi contrária à matéria de ordem pública, nos termos do art. 3º, VIII, da mesma legislação.

O art. 3º da Lei da Liberdade Econômica se refere ao novel princípio da subsidiariedade das normas de direito contratual empresarial. Em razão de princípio, as cláusulas contratadas pelas partes prevalecem sobre o disposto em Lei, ainda que tenham conteúdo diverso desta. À vista do fato de as normas de direito contratual empresarial possuírem natureza supletiva da vontade dos empresários contratantes, essa pode até mesmo dispor de modo oposto ao prescrito no direito positivo.⁴¹⁶

Aliado a isso, a legislação, inclusive, acarretou em alterações e acréscimos ao art. 421, e ao criado art. 421-A, do Código Civil.

1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

416 ULHOA COELHO, Fábio. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa**, p. 389.

Como visto, a autonomia da vontade nos contratos empresariais ganhou maiores contornos e consideração. Elevou-se o contrato empresarial a um patamar de maior hierárquica, digamos assim, frente a norma posta.

Contudo, mesmo diante desse cenário, a insegurança jurídica ainda rodeia os contratos empresariais, dado que são inúmeras as vezes em que o poder judiciário insiste em desconsiderar a autonomia da vontade manifestada contratualmente pelas partes.

Exemplo disso é a recente decisão proferida pelo Superior Tribunal Justiça que veremos no tópico seguinte, a qual impactou e restringiu sobremaneira a autonomia das partes nos contratos de *factoring*, mais especificamente no que diz respeito a (im)possibilidade de pactuar a cláusula de responsabilidade do faturizado pelo pagamento do crédito no caso de inadimplemento do devedor originário.

3. AS RAZÕES DE DECIDIR DO STJ NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.711.412-MG

Como visto no tópico anterior, pelo princípio da autonomia da vontade, os empresários, em suas relações contratuais, contratam porque querem, como e com quem querem e, via de regra, negociam as cláusulas dos contratos.⁴¹⁷

Porém, na prática, não é o que normalmente se verifica. Nas relações jurídicas de *factoring* é comum as partes (faturizado e faturizador) pactuarem acerca da responsabilidade ou não do faturizado pelo pagamento do crédito no caso de inadimplemento do devedor originário, e garantindo a operação, nesta hipótese, por endosso ou cessão de crédito, conforme autorize a natureza do título.

No entanto, não bastasse o pactuado, algumas decisões, de maneira totalmente equivocada, ainda relutavam em considerar a validade desta cláusula, até que em 2021 o STJ, infelizmente, acabou

417 ULHOA COELHO, Fábio. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa**, p. 388.

confirmando este entendimento no Informativo 695⁴¹⁸ da Corte, decorrente do julgamento do

O entendimento exposto no Informativo 695 fora firmado no âmbito do julgamento do REsp nº 1.711.412-MG⁴¹⁹ pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa:

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE FACTORING. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM. RECONHECIMENTO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. AFASTAMENTO. 2. CLÁUSULA QUE ESTABELECE A RESPONSABILIZAÇÃO DA FATURIZADA, NÃO APENAS PELA EXISTÊNCIA, MAS TAMBÉM PELA SOLVÊNCIA DOS CRÉDITOS CEDIDOS À FATURIZADORA, INCLUSIVE COM A EMISSÃO DE NOTAS PROMISSÓRIAS DESTINADAS A GARANTIR TAL OPERAÇÃO, A PRETEXTO DE ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E APLICAÇÃO DO ART. 290 DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. VULNERAÇÃO DA PRÓPRIA NATUREZA DO CONTRATO DE FACTORING. RECONHECIMENTO 3. AVAL APOSTO NAS NOTAS PROMISSÓRIAS EMITIDAS PARA GARANTIR A INSOLVÊNCIA DOS CRÉDITOS CEDIDOS EM OPERAÇÃO DE FACTORING. INSUBSISTÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 899, § 2º, DO CÓDIGO

418 “A faturizada não responde caso o devedor não pague o crédito que ela cedeu à factoring, sendo nula a cláusula que tente responsabilizá-la por isso; também é nulo título de crédito que a faturizada seja obrigada a emitir se responsabilizando pela solvência dos créditos cedidos”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Informativo 695**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0695.cod>. Acesso em: 21 de janeiro de 2023.

419 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp nº 1.711.412/MG**, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 4/5/2021, publicado em 10/5/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703081772&dt_publicacao=10/05/2021. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

CIVIL. 4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O aresto recorrido, coerente com o entendimento adotado, com suficiente fundamentação, não padece do vício de julgamento apontado. No entanto, não se pode deixar de reconhecer a absoluta pertinência da oposição dos embargos de declaração, para que a parte sucumbente, sobretudo em virtude da reforma da sentença de procedência, obtivesse, na origem, a efetiva deliberação judicial acerca de matéria relevante, a fim de autorizar seu questionamento perante esta Corte Superior. Afastamento da multa imposta.

2. O contrato de factoring não se subsume a uma simples cessão de crédito, contendo, em si, ainda, os serviços prestados pela faturizadora de gestão de créditos e de assunção dos riscos advindos da compra dos créditos da empresa faturizada. O risco advindo dessa operação de compra de direitos creditórios, consistente justamente na eventual inadimplência do devedor/sacado, constitui elemento essencial do contrato de factoring, não podendo ser transferido à faturizada/cedente, sob pena de desnaturar a operação de fomento mercantil em exame.

2.1 A natureza do contrato de factoring, diversamente do que se dá no contrato de cessão de crédito puro, não dá margem para que os contratantes, ainda que sob o signo da autonomia de vontades que regem os contratos em geral, estipulem a responsabilidade da cedente (faturizada) pela solvência do devedor/sacado. Por consectário, a ressalva constante no art. 296 do Código Civil - in verbis: “Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor” - não tem nenhuma aplicação no contrato de factoring.

3. Ratificação do posicionamento prevalecente no âmbito desta Corte de Justiça, segundo o qual, no bojo do contrato de factoring, a faturizada/cedente não responde, em absoluto, pela insolvência dos créditos

cedidos, afigurando-se nulos a disposição contratual nesse sentido e eventuais títulos de créditos emitidos com o fim de garantir a solvência dos créditos cedidos no bojo de operação de factoring, cujo risco é integral e exclusivo da faturizadora. Remanesce, contudo, a responsabilidade da faturizadora pela existência do crédito, ao tempo em que lhe cedeu (pro soluto). Divergência jurisprudencial afastada.

4. A obrigação assumida pelo avalista, responsabilizando-se solidariamente pela obrigação contida no título de crédito é, em regra, autônoma e independente daquela atribuída ao devedor principal. O avalista equipara-se ao avalizado, em obrigações. Sem descurar da autonomia da obrigação do avalista, assim estabelecida por lei, com relevante repercussão nas hipóteses em que há circulação do título, deve-se assegurar ao avalista a possibilidade de opor-se à cobrança, com esteio nos vícios que inquinam a própria relação originária (engendrada entre credor e o avalizado), quando, não havendo circulação do título, o próprio credor, imbuído de má-fé, é o responsável pela extinção, pela nulidade ou pela inexistência da obrigação do avalizado.

4.1 É de se reconhecer, para a hipótese retratada nos presentes autos, em que não há circulação do título, a insubsistência do aval apostado nas notas promissórias emitidas para garantir a insolvência dos créditos cedidos em operação de factoring. Afinal, em atenção à impossibilidade de a faturizada/cedente responder pela insolvência dos créditos cedidos, afigurando-se nula a disposição contratual nesse sentido, a comprometer a própria existência de eventuais títulos de créditos emitidos com o fim de garantir a operação de fomento mercantil, o aval ali inserido torna-se, de igual modo, insubsistente.

4.2 Esta conclusão, a um só tempo, obsta o enriquecimento indevido por parte da faturizadora, que sabe ou deveria saber não ser possível transferir o risco da operação de factoring que lhe pertence

com exclusividade, e não compromete direitos de terceiros, já que não houve circulação dos títulos em comento.

5. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta na origem.

Do corpo desta decisão, extrai-se 04 grandes equívocos, conforme serão discorridos abaixo.

4. NATUREZA E ELEMENTO ESSENCIAL DO CONTRATO X CONTRATO ATÍPICO

O primeiro dos equívocos extraídos do inteiro teor da decisão sob análise diz respeito a defesa de uma “natureza” e de um “elemento essencial” do contrato de *factoring*, nas seguintes passagens:

[...]. O risco advindo dessa operação de compra de direitos creditórios, consistente justamente na eventual inadimplência do devedor/sacado, constitui elemento essencial do contrato de factoring, não podendo ser transferido à faturizada/cedente, sob pena de desnaturar a operação de fomento mercantil em exame.

2.1 A natureza do contrato de factoring, [...], não dá margem para que os contratantes, ainda que sob o signo da autonomia de vontades que regem os contratos em geral, estipulem a responsabilidade da cedente (faturizada) pela solvência do devedor/sacado. [...]. (Grifou-se).

Extrai-se também de trecho do próprio acórdão do TJMG impugnado:

[...]. Ainda que o contrato de faturização não seja regido expressamente por legislação própria no direito

brasileiro, de rigor constatar que a figura jurídica se encontra incorporada ao nosso ordenamento, existindo, de há muito, jurisprudência sedimentada a seu respeito.

Diante de tais elementos e, apesar de contarem as partes com certo grau de liberdade em torno do teor das cláusulas do contrato a ser firmado no caso concreto, não podem estas alterar certas disposições comuns e inerentes a todo contrato de “factoring”, disposições estas que se constituem em seu próprio núcleo duro, sob pena de desnaturação do instituto. Ora, a transferência dos riscos pelo adimplemento dos títulos cedidos na operação de factoring, se coloca como sendo cláusula essencial dessa espécie de contrato. [...]. (Grifou-se).

Ora, foi visto que o contrato de *factoring* é um contrato eminentemente atípico, sem qualquer legislação própria ou forma prescrita em lei; como então defender que este possui uma “natureza” ou um “elemento essencial” a ser observado?

Tamanha a contradição, haja vista que não há como se falar em elemento essencial ou natureza do contrato, muito menos em instituto jurídico, se este não possui legislação própria ou forma prescrita em lei, pelo que os contratantes se valem justamente da sua autonomia e/ou da conjugação de outros institutos legais, como o é, no caso, o da cessão de crédito.

5. DESCONSIDERAÇÃO DA PREVISÃO LEGAL DO ART. 296 DO CÓDIGO CIVIL

Comovisto, o cerne da decisão seria averiguar se é válida a cláusula que estabelece, no bojo de contrato de factoring, a responsabilização da faturizada, não apenas pela existência, mas também pela solvência dos créditos cedidos à faturizadora, inclusive com a emissão de notas promissórias destinadas a garantir tal operação, a pretexto de

atendimento ao princípio da autonomia da vontade e de aplicação do art. 296 do Código Civil.

Neste ponto, seguindo a interpretação do art. 296 do Código Civil se observa o permissivo legal de as partes pactuarem contrariamente a regra geral (não responsabilidade do cedente pela solvência do devedor).

Destaca-se, então, que a decisão foi contrária ao próprio Código Civil e descon siderou previsão legal sem ter declarado a sua inconstitucionalidade.

Considerando-se que em primeiro grau de jurisdição o julgado fora procedente, tendo sido revertido o julgamento em 2º grau e assim mantido no STJ, extrai-se importante trecho da fundamentação do magistrado de primeiro grau:

[...]. Contudo, no presente caso houve pactuada a responsabilização da contratante e dos responsáveis (devedores solidários) tanto pela existência quanto pela liquidação e solvência dos créditos cedidos. Ou seja, os embargantes anuíram livremente pela contratação da cessão de crédito e garantiram a liquidez e solvência dos devedores originários, transformando a cessão de crédito legalmente prevista como pro soluto em cessão de crédito pro solvendo.

Destaco que a livre pactuação das partes é válida e eficaz, por meio da qual os cedentes atuaram por meio da livre iniciativa e do exercício da autonomia privada, garantidas constitucionalmente nos Artigos 1º, IV e 170 “caput” da Constituição da República, cerne do Direito Privado e autorizado até mesmo pela regra legal de regência da responsabilidade na cessão de crédito, qual excepciona a regulamentação ordinária, Artigo 296, primeira parte, do Código Civil. Deste modo, não deve prosperar a alegação de que por ter os títulos sido dados em garantia a sua execução não pode ser promovida ante a ausência de liquidez, certeza e exigibilidade, circunstâncias

que dão azo à conclusão de que os títulos padecem de nulidade, reiterando que as embargantes assumiram a responsabilidade pela liquidez dos créditos cedidos, contratando a cessão de créditos pro solvendo. [...]. (Grifou-se).

Diante da livre iniciativa, da autonomia privada e do permissivo legal da cessão de crédito, o STJ desconsiderou tais garantias constitucionais e infraconstitucionais, conferindo julgamento desfavorável.

6. NULIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL E DESCONSIDERAÇÃO DA CESSÃO

Adiante, o que causa maior espanto é a declaração de nulidade da cláusula contratual onde ficara pactuada a responsabilização do faturizado pelo inadimplemento do devedor originário.

Pergunta-se qual foi nulidade? Vício de consentimento, ilicitude, violação a norma de ordem pública, nenhuma das situações elencadas no art. 166 do Código Civil e que permitiriam tal declaração caso verificadas.

Nulidade é coisa séria e na hipótese o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e o próprio Superior Tribunal de Justiça reconheceram a cláusula como nula sem qualquer fundamento legal para tanto, afastando-se, com isso, pacto privado onde não há disposição legal que o proíba de assim pactuar.

Imagina o que será feito com a análise de cláusulas contratuais que venham a divergir, já que, como visto, a nova ótica dos contratos empresariais permite se pactuar inclusive em sentido contrário a lei, nos termos do art. 3º, VIII, da Lei da Liberdade Econômica.

7. TRATAMENTO DIFERENCIADO E ASSIMETRIA NEGOCIAL

Não são só as empresas de *factoring* que operam na compra de créditos (o ou adiantamento de recebíveis), mas outros atores também o fazem, a saber: instituição financeiras, fundo de investimento em direitos creditórios – FIDC, e as empresas simples de crédito – ESC.

Como ficam os pactos travados no âmbito destas operações realizadas por outros agentes? Com a decisão direcionada apenas ao instituto do *factoring* se está a distinguir agentes econômicos que operam no mesmo mercado, se está a dar tratamento diferenciado quanto a natureza da transmissão do crédito a depender do agente operante.

Não bastasse, cria-se uma evidente assimetria negocial ferindo a livre concorrência entre os agentes que operam neste mercado. Já que o risco da operação de *factoring* será maior e, consequentemente, maior será o valor do serviço prestado, o que cria uma concorrência desleal frente aos demais agentes que operam no mercado de compra de créditos.

8. ALCANCE DA DECISÃO NA ECONOMIA

Por fim, mas não menos importante, destaca-se a carência de uma análise econômica do direito ao julgamento em questão, desconsiderando-se os efeitos jurídicos do *decisum* na ordem econômica.

Em resumo, a análise econômica do direito (AED) prega a utilização de técnicas de estudo das consequências econômicas das decisões jurídicas, sempre em termos de eficiência alocativa. O próprio fundamento do direito seria a economia em seu viés neoclássico, tendo como pressuposto a não intervenção estatal (sempre mais defendida do que adotada, já o sabemos) e a eleição da previsibilidade

dos mercados como algo superior a outros argumentos (como os fundamentos e garantias constitucionais)⁴²⁰.

A AED é, portanto, identificada com características bem específicas: a primeira é a rejeição da autonomia do Direito perante a realidade social e econômica, significando que o direito interage com essas realidades; a segunda é a predominância na utilização de métodos de outras áreas do conhecimento, tais com economia, contabilidade, sociologia e filosofia; já a terceira característica a AED adota uma posição crítica à interpretação jurídica como interpretação conforme precedentes ou o direito, sem referência ao contexto econômico e social. Ou seja, não se pode interpretar o direito através somente da normatividade.⁴²¹

Essas características da AED permitem que os sistemas jurídicos sejam construídos e interpretados de uma forma mais adequada as novas demandas da sociedade, as quais, diga-se de passagem, tornam-se cada vez mais complexas e instigantes.

Longe de ser novidade, foi visto que o *factoring* remete a uma atividade que se destina a prestar auxílio ao segmento empresarial, através da expansão dos ativos empresariais e incremento das vendas. Neste sentido, não há como firmar um voto e proferir um julgamento de tamanha importância sem se debruçar sobre os seus reflexos no campo do desenvolvimento da própria atividade de *factoring*, sob pena de condenar suas características mais marcantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que o *factoring* é uma atividade comercial, mercantil, de fomento. É uma relação complexa e de múltiplas funções. Diz-se ser um contrato atípico misto – atípico, por não deter forma prescrita em Lei; misto, pois coaduna a compra de direitos de créditos com a prestação

420 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

421 SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2009.

de serviços, contando para tanto com recursos exclusivamente próprios.

Quanta a regulamentação do *factoring*, constatou-se que atividade carece de legislação própria e não encontra hoje forma prescrita em lei.

Adiante, observou-se que com a publicação da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) a autonomia da vontade nos contratos empresariais ganhou maiores contornos e consideração. Elevou-se o contrato empresarial a um patamar de maior hierárquica, digamos assim, frente a norma posta.

Contudo, mesmo diante desse cenário, a insegurança jurídica ainda rodeia os contratos empresariais, dado que são inúmeras as vezes em que o poder judiciário insiste em desconsiderar a autonomia da vontade manifestada contratualmente pelas partes.

Exemplo disso foi a recente decisão proferida pelo Superior Tribunal Justiça e objeto de análise do presente artigo, especificamente o julgamento do Recurso especial nº 1.711.412-MG, o qual impactou e restringiu sobremaneira a autonomia das partes nos contratos de *factoring*, mais especificamente no que diz respeito a impossibilidade de se pactuar a cláusula de responsabilidade do faturizado pelo pagamento do crédito no caso de inadimplemento do devedor originário.

À vista do inteiro teor do julgado, constatou-se que a Corte Infraconstitucional pecou em diversos aspectos, especialmente no que diz respeito: (1) a contradição entre a alegada natureza e elemento essencial do contrato, quando se sabe que o contrato de *factoring* é atípico, portanto, sem natureza específica; (2) a desconsideração da previsão legal do art. 296 do Código Civil; (3) a errônea decretação de nulidade da cláusula contratual e desconsideração da cessão, por ausência de enquadramento legal para tanto; (4) o tratamento diferenciado e assimetria negocial entre os demais agentes que operam no mesmo mercado; (5) a desconsideração dos efeitos jurídicos na ordem econômica, mais especificamente no desenvolvimento da atividade de fomento.

Em outras palavras, conclui-se que a decisão omitiu uma evidente análise econômica do direito no que diz respeito aos seus reflexos. É certo que a formação do risco forma o preço do serviço prestado, de modo que, ao tolher o direito de as partes pactuarem a responsabilidade pelo risco do negócio, o preço dos negócios futuros será impactado.

As consequências não intencionais são danosas ao longo prazo para o mercado do *factoring* e geram uma insegurança jurídica tamanha para os contratos já vigentes.

Seus efeitos são perigosos para o melhor acesso a crédito, o que pode acarretar em menos empresas operando o *factoring*, pelo maior receio do risco da atividade, ou, até mesmo, ao esgotamento do produto/serviço prestado. Em resumo, uma evidente retração da cessão de crédito por meio do contrato de *factoring*.

Conclui-se que os efeitos da decisão irão cair na conta dos futuros faturizados, retirando-os, principalmente, o poder de barganha negocial, onde, antes, era possível optar pela sua responsabilidade ou não no ato da venda do crédito.

REFERÊNCIAS

ANFAC. **Lei do Fomento Mercantil vai à votação.** Revista Fomento Mercantil nº 06, de 15 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.anfac.com.br/jsp/news/News-n6.pdf>. Acesso em 31 de agosto de 2022.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução nº 2.144, de 22 de fevereiro de 1995.** Esclarece sobre operações de “factoring” e operações privativas de instituições financeiras. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1995/pdf/res_2144_v1_O.pdf. Acesso em 31 de agosto de 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.615, de 2000.** Dispõe sobre o fomento mercantil especial de exportações ou “factoring” de exportação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/7226.pdf>. Acesso em 31 de agosto de 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.896, de 2000.** Dispõe sobre a introdução de assistente social no quadro de profissionais de educação em cada escola. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/7226.pdf>. Acesso em 31 de agosto de 2022.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.** Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8981.htm. Acesso em 31 de agosto de 2022.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece

garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 13, de 2007**. Dispõe sobre o fomento empresarial e altera a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80244>. Acesso em 31 de agosto de 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 192, de 1993**. Tipifica as empresas que exploram a atividade de faturização, também conhecida por fomento comercial ou factoring, como instituições financeiras. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/23207>. Acesso em 31 de agosto de 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 230, de 1995**. Dispõe sobre as operações de fomento mercantil - factoring - e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1622>. Acesso em 31 de agosto de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Informativo 695**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0695.cod>. Acesso em: 21 de janeiro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp nº 1.711.412/MG**, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma,

julgado em 4/5/2021, publicado em 10/5/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703081772&dt_publicacao=10/05/2021. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp nº 932.978/SC**, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6/11/2008, publicado em 1/12/2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=835360&num_registro=200700515183&data=20081201&formato=PDF. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Luiz Lemos. **Factoring no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **A Nova tipologia Contratual no Direito Brasileiro**, em RF/281. Apud. RIZZARDO, Arnaldo. **Factoring**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Factoring**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2009.

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

ULHOA COELHO, Fábio. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa**. 32 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.