

# REGULAÇÃO ECONÔMICA, CONTRATOS EMPRESARIAIS E LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

## ECONOMIC REGULATION, ENTREPRENEURIAL CONTRACTS AND THE ECONOMIC FREEDOM ACT

**Eduardo Moraes Bestetti**

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS),  
com linha de pesquisa na história do Direito Econômico brasileiro.  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6028-156X> E-mail: bestetti3@hotmail.com

---

**Resumo:** A Lei de Liberdade Econômica alterou dispositivos de direito privado referentes aos negócios jurídicos e, em especial, em relação ao contrato. Ao prever uma postura mais absentéista do Estado, pode levar a conclusões de que as normas cogentes devem deixar de ser aplicadas sobre os pactos privados. Emprega-se o método dedutivo e o histórico para abordar as inter-relações entre a regulamentação econômica e o direito contratual, perquirindo sobre o papel dos contratos na regulamentação da economia, a ideia de crise do contrato e a função econômica dos contratos. Conclui-se que, nos pontos relacionados ao direito privado, a Lei de Liberdade Econômica não cumpriu com seus objetivos, não afastando a aplicação de normas mais específicas de setores regulados, bem como não afasta a aplicação de normas cogentes de direito contratual, as quais possuem fundamento constitucional.

**Palavras-chave:** Contratos empresariais. Função econômica. Liberdade econômica.

**Abstract:** The Economic Freedom Act changed provisions of private law that, in special in Contractual Law. By setting a more absentee stance by the State, it can lead to the conclusion that the mandatory standards should no longer be applied to private pacts. The deductive and historical method is used to address the interrelations between economic regulation and Contract Law, investigating the role of contracts in the regulation of the economy, the idea of contract crisis and the economic function of contracts. It is concluded that, in relation to private law, the LLE did not fulfill its objectives, not overruling out the application of more specific rules from regulated sectors, as well as they do not overrule out the application of mandatory standards of Contract Law, which have a constitutional basis.

**Keywords:** Entpreneurial contracts. Economic function. Economic Freedom.

**Sumário:** Introdução – **1** A regulamentação da economia e os contratos – **2** A Lei da Liberdade Econômica e a repercussão nos contratos – Conclusão – Referências

---

## Introdução

A entrada em vigor, no Brasil, da Lei Federal nº 13.874/2019, conhecida como Lei de Liberdade Econômica, representa um passo significativo no histórico do direito contratual brasileiro, além de trazer modificações em outros ramos do ordenamento jurídico. De uma arrojada lista de pretensões que, em síntese, buscavam dinamizar a atividade econômica no país a partir de uma posição mais abstenetista do Estado na economia, o legislador trouxe inovações na disciplina dos contratos, alterando o Código Civil, o que será abordado a seguir.

O presente artigo buscará analisar quais as consequências para a aplicação das normas de direito contratual e para a interpretação dos contratos das alterações legislativas promovidas pela LLE no direito privado, em especial nos contratos empresariais, mas também no direito econômico, o qual regula as formas de atuação do Estado no e sobre o domínio econômico. Para tanto, empregar-se-ão os métodos dedutivo e histórico, tanto resgatando as origens da intervenção estatal nos contratos e no domínio econômico, bem como analisando as normas constitucionais que definem a forma como o Poder Público atua nesta seara.

No primeiro ponto, portanto, o estudo dedicar-se-á a verificar as formas de atuação do Estado no domínio econômico no contexto do sistema econômico da autonomia, cujas características predominantes se encontram no Brasil, e o papel da liberdade contratual neste sistema. Também na primeira parte, far-se-á a análise da evolução histórica da disciplina dos contratos, até o momento em que se passou a falar de uma “crise do contrato”. A expressão será problematizada, a fim de se questionar se há, ou se havia, mesmo, uma crise envolvendo a livre estipulação pelas partes que devia ser sanada por medidas como a Lei de Liberdade Econômica.

Com este estudo como base de análise, a segunda parte do trabalho dedicar-se-á a verificar quais foram as alterações legais promovidas pela Lei de Liberdade Econômica que afetam a regulação dos contratos, ou seja, não apenas as alterações promovidas no Código Civil no título dedicado aos contratos, mas outras que se entendem também afetam a disciplina jurídica dos contratos, em especial ao prever a atuação subsidiária do Estado sobre o exercício de atividades econômicas.

## 1 A regulamentação da economia e os contratos

As alterações promovidas pela Lei de Liberdade Econômica na disciplina dos contratos seguem a linha ideológica<sup>1</sup> que pode ser verificada em todo o texto da

<sup>1</sup> O termo “ideologia” não é, aqui, empregado em tom pejorativo, de falsa consciência, na forma como Karl Marx empregou, por exemplo, em *A ideologia alemã* (MARX, Karl. *A ideologia alemã*. Tradução de domínio

lei, no sentido de reduzir o papel do Estado na economia e majorar as possibilidades de livre disposição privada no que diz respeito a atividades econômicas em sentido estrito. Assim, as alterações estão intimamente ligadas a uma concepção do papel do Estado no domínio econômico, o que justifica esta análise inicial.

Só se pode falar em intervenção do Estado nos contratos e na autonomia da vontade em um contexto no qual prepondera a liberdade contratual. O emprego do termo “intervenção” já denota que há algo de excepcional nesta forma de atuação estatal, já que ao “intervir” se está atuando naquilo em que não é próprio dele, naquilo que se está, via de regra, reservado a outro. Dessa forma, apenas no sistema econômico da autonomia é que se pode falar em liberdade contratual, liberdade de contratar e autonomia da vontade.

## 1.1 Os contratos no sistema econômico da autonomia

A teoria dos sistemas econômicos os separa em três tipos ideais. O método tipológico separa “elementos que têm uma característica comum [...] e, por outro lado, diferenciam cada uma das respectivas manifestações”.<sup>2</sup> Por ideal compreende-se que eles não se apresentam concretamente nas ordens econômicas instituídas pelos ordenamentos jurídicos de cada país, mas suas características podem preponderar conforme as disposições legais e constitucionais.

Então, para localizar o problema de pesquisa em relação à regulamentação da economia, é necessário compreender que só faz sentido pensar em uma teoria geral dos contratos no âmbito do sistema econômico da autonomia, tipo ideal segundo classificação de Fabio Nusdeo, ao lado do sistema da tradição e sistema da autoridade. O elemento que define os sistemas econômicos é a resposta dada por eles às três seguintes interrogações: o que produzir? Como produzir? Para quem produzir?<sup>3</sup>

No sistema da tradição, cujos exemplos são o período feudal, o período da antiguidade e a forma de organização de comunidades tradicionais indígenas, aborígenes, esquimós, população Sami,<sup>4</sup> entre outros, as trocas e os pactos não

---

público. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000003.pdf>. Acesso em: 2 set. 2019). Ao revés, emprega-se no sentido não particular, mas sim teórico, desenvolvido por Karl Mannheim em *Ideologia e utopia* (MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Tradução de Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968. p. 83).

<sup>2</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Política econômica, ordenamento jurídico e sistema econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2019. p. 25.

<sup>3</sup> NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 86.

<sup>4</sup> Sobre a tutela do modo de vida da população Sami na Noruega: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Reino da Noruega: a economia e os direitos fundamentais na constituição escrita europeia mais antiga. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 69, p. 635-656, jul./dez. 2016.

ocorrem mediante um instrumento jurídico construído pelas partes através de sua autonomia, mas sim dependem do *status* das partes dentro daquela comunidade. Em uma sociedade estanque e na qual a mobilidade muitas vezes não é nem mesmo almejada, já que o que se busca não é produzir excedentes, mas cultivar o modo de vida: “as preocupações econômicas ocupavam na sua cultura e na sua índole uma posição de mero meio a serviço de outras atividades-fim, como a religião, a dança, a guerra, o esporte, o saber”.<sup>5</sup>

No sistema da autoridade, com o principal exemplo sendo a economia planificada, o que interessa são objetivos predefinidos dados pelo plano e determinados pela autoridade. Nesse sentido, uma autorregulação também não seria desejada, porque poderia ter como objetivo algo diverso do que almejado pelo plano e pela autoridade. Nesse ponto é que Evguêni Pachukanis diferencia o direito na economia capitalista e na socialista, sendo que naquela importam relações de dependência recíproca, como a que se dá entre o devedor e o credor, o comerciante e o atacadista.<sup>6</sup> Essas relações, conflituosas, não ocorreriam no sistema da autoridade, pois o interesse seria comum, predeterminado pelo plano e a destinação dos bens seria definida pela autoridade, sem a disputa entre os diferentes contratantes.

Então ocorrem no sistema da autonomia, no qual a solução dos problemas econômicos (o que, como e o quanto produzir) ocorre pelas decisões dos agentes econômicos particulares e se baseia nos fundamentos da propriedade privada e do cumprimento dos contratos. Nas palavras de Max Weber: apropriação e liberdade. E segundo o mesmo Weber, ambos os fundamentos devem ser limitados, pois levá-los às últimas consequências implicaria a sua eliminação. Ele dá os exemplos mais drásticos desse emprego sem limites dos dois pressupostos referidos: a escravidão (apropriação de pessoas e eliminação da liberdade) e monopólio (apropriação de toda uma possibilidade econômica).<sup>7</sup>

Para além da escravidão e do monopólio, outros problemas, comumente chamados de falhas de mercado,<sup>8</sup> assim como princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição, também reclamam a atuação do Estado para regulamentar a economia, para amenizar as falhas de mercado e concretizar os objetivos constitucionais. Como exemplos estão a tutela da concorrência, a proteção ao meio ambiente e ao consumidor, o desenvolvimento regional e o tratamento favorecido

<sup>5</sup> NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 88.

<sup>6</sup> PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988. p. 101.

<sup>7</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. 4. reimpr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015. v. 1. p. 71.

<sup>8</sup> NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 117.

às pequenas empresas, todos princípios da ordem econômica positivados no art. 170 da Constituição Federal. Assim, se vê que o caráter ideal do sistema econômico não é automaticamente transplantado para a ordem econômica instituída pela Constituição de 1988, havendo tanto mitigações para evitar que o próprio sistema prejudique os dois pressupostos, como prevendo amenizações das falhas de mercado e outros valores cuja tutela se considera importante seja levada a cabo pelo Estado.

## 1.2 A intervenção do Estado nos contratos e a atuação sobre o domínio econômico

Eros Roberto Grau, após problematizar o emprego do termo “intervenção” do Estado no domínio econômico – o que não será objeto deste estudo, apenas menciona-se para justificar o emprego pelo autor do termo “atuação” em vez de “intervenção” –, classifica as formas de atuação do Estado na economia: atuação *no* domínio econômico e atuação *sobre* o domínio econômico.<sup>9</sup>

A atuação *no* domínio econômico se dá nas hipóteses do art. 173 da Constituição nos casos de relevante interesse coletivo e de imperativo de segurança nacional. É nesta forma de atuação em que se faz relevante o debate acerca da subsidiariedade, como será aprofundado na sequência do trabalho. Já a atuação *sobre* o domínio econômico é regulamentada pelo art. 174 da Constituição, atuando o Poder Público como agente normativo e regulador, mediante fiscalização, incentivo e planejamento. Neste caso a atuação é impositiva, conforme expressa disposição constitucional: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado *exercerá*, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento” (grifos nossos).

No que diz respeito aos contratos, a hipótese é de atuação *sobre* o domínio econômico. No ordenamento jurídico brasileiro, considerando que o acesso a praticamente todo e qualquer bem com valor econômico em uma economia de mercado se dá através dos contratos, deve ser considerado que aqueles bens necessários à subsistência humana também são acessados através deles, o que exige uma consideração diferenciada do ordenamento jurídico, inclusive por atenção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal) e da justiça social (conformadora da ordem econômica, conforme *caput* do art. 170 da Constituição).

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 141.

Assim, Ruy Rosado de Aguiar Júnior diferencia os contratos relacionais, existenciais e de lucro, sendo que nos contratos existenciais uma das partes seria uma pessoa física, ou pessoa jurídica sem fins lucrativos, e esta parte estaria buscando, através desse contrato, a sua subsistência. Na interpretação desses contratos, os juízes devem levar esse fato em consideração “em respeito ao direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc.”. Exemplifica o autor: “Dentre os contratos existenciais encontram-se todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, de locação residencial, compra de casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência humana”.<sup>10</sup>

O respeito a tais valores pouco diz respeito a objetivos macroeconômicos almejados através da intervenção nos contratos empresariais, diferentemente do que ocorre em setores regulados da economia, como nos seguros ou de valores mobiliários. Por isso pode-se afirmar que nem toda regulação econômica é regulação dos contratos, nem toda regulação dos contratos é intervenção do Estado na economia. Os itens a seguir se dedicarão a analisar justamente se há uma crise do contrato e o paradigma da função econômica do contrato, que contribuirão para essa diferenciação e para a compreensão da justificativa da intervenção do Estado na seara contratual.

### **1.3 O contrato no sistema econômico da autonomia: um paradigma em crise?**

Como brevemente visto acima, para evitar a autodestruição do sistema, corrigir as falhas de mercado, atingir as finalidades estabelecidas pela Constituição e tutelar os bens buscados pelas pessoas em contratos existenciais, o Estado tem atuado sobre o domínio econômico. Dissipa-se, assim, a grande divisão entre público e privado, Estado e sociedade civil, que na verdade foi uma construção da modernidade, como Norberto Bobbio explicita:

Nestes últimos anos pôs-se a questão de saber se a distinção entre sociedade civil e Estado, que por dois séculos teve curso, teria ainda a sua razão de ser. Afirmou-se que ao processo de emancipação da sociedade do Estado seguiu-se um processo inverso de reapropriação da sociedade por parte do Estado, que o Estado, transformando-se de Estado de direito em Estado social (segundo a expressão divulgada

<sup>10</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos existenciais, relacionais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 12, n. 45, 2011.

sobretudo por juristas e politólogos alemães) e precisamente por ser “social”, mal se distingue da sociedade subjacente que ele invade por inteiro através da regulação das relações econômicas.<sup>11</sup>

Entram então as questões relacionadas à crise do contrato em face da atuação estatal sobre a economia: nesse contexto, o paradigma do contrato, baseado na autonomia da vontade, que faz lei entre as partes, entrou em crise? As exigências da economia globalizada, da sociedade de massas, da tutela dos interesses de subsistência nos contratos existenciais, acabaram com o velho contrato? Há uma supremacia das normas legais, de ordem pública, da heteronomia sobre a autonomia? Há mesmo um conceito imutável de contrato, desde Roma, que apenas no século XX, em especial na segunda metade, entra em crise?

Como já dá alguns indícios o trecho acima transcrito da obra de Norberto Bobbio, a rígida separação entre sociedade civil e Estado começou com a modernidade e logo foi amenizada a partir das regulamentações econômicas do Estado social. Para Jürgen Basedow, a separação clássica entre público e privado negligencia o caráter funcional do direito e a área gris de interdependência entre o direito público e o privado.<sup>12</sup>

Em sentido semelhante ocorre com o paradigma da supremacia da autonomia da vontade, que por vezes é confundido com a supremacia da interpretação textualista do que consta na minuta do contrato, o que nem sempre foi vislumbrado na história dos contratos. A própria ideia de consentimento não pode ser vista como algo alheio à regulamentação,<sup>13</sup> pois é apenas dentro do quadro normativo dado pelo direito positivo que as partes do contrato firmam os pactos.

A noção de liberdade individual, em uma esfera de não interferência do Estado, é uma noção moderna. Como visto acima, no estudo dos sistemas econômicos, sob o feudalismo ela não existia, pois as pessoas estavam livres ou com suas ações limitadas conforme seu *status* na sociedade, e em Roma a liberdade era relacionada ao *status* político. Também em Roma havia a possibilidade de os pactos não serem reconhecidos pelo pretor, os chamados pactos nus.<sup>14</sup>

No período do final do século XVIII, século XIX e início do século XX, apogeu da ideia de autonomia e autorregulação, há elementos que demonstram que ela

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 51.

<sup>12</sup> BASEDOW, Jürgen. The state's private law and the economy: commercial law as an amalgam of public and private rule-making. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 3, 2008. p. 704.

<sup>13</sup> BRAUCHER, Jean. Contract versus contractarianism: the regulatory role of contract law. *Washington and Lee Law Review*, v. 47, n. 4, 1990. p. 699.

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, v. 722, p. 40-45, dez. 1995.

não acontecia por um princípio. Como aponta Patrick Atiyah,<sup>15</sup> o Estado inglês da época não era nem mesmo muito organizado. Ele estava, junto com as nascentes indústrias e dinâmicas atividades econômicas, ainda se organizando. Não haveria, assim, como o Estado intervir de forma incisiva sobre o domínio econômico, pois os seus corpos burocráticos internos não eram bem formados. Além disso, o conhecimento científico era muito raso. Não havia como existir uma extensa regulação sanitária, ambiental e laboral em um período em que a medicina e a veterinária, por exemplo, eram pouco desenvolvidas e em que as novas relações de trabalho estavam recém começando a surgir.

Nessa época, ainda, os contratos eram feitos entre burgueses, pessoas de mesma classe social. Já as empresas, em sua maioria, não eram de responsabilidade limitada. Por isso, a confiança na pessoa física, na reputação, na boa fama, tinha muita influência. Esta realidade é completamente diferente do que se percebe atualmente nos negócios mercantis e também nos existenciais. Vive-se em tempos de contratos digitais, instantâneos e *smart contracts*, do aceite dos termos de uso, dos contratos de adesão. Nas palavras de Arnoldo Wald: “Outro efeito relevante das recentes transformações econômicas foi uma verdadeira revolução cultural, em virtude do abandono do texto escrito e assinado manualmente como sendo o único documento vinculatório do ponto de vista jurídico”.<sup>16</sup>

Em um primeiro momento, as previsões de boa-fé, cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da lesão passam a questionar essa interpretação textualista dos contratos, como se a expressão da autonomia da vontade fosse tão somente a previsão redigida no contrato, trazendo outros elementos para análise do elemento vontade dos contratantes. Após, passa a haver um maior dirigismo em setores tidos como de interesse coletivo, dos serviços públicos ou setores que estavam monopolizados. A ideia das *essential facilities* de um monopólio, obrigação de contratar, entre outras medidas se inserem nesse contexto.

Há, também, a previsão de tipos contratuais, com estabelecimento de um conteúdo mínimo, ou limitação da autonomia, como no contrato de representação comercial e atualmente no contrato de parceria de salão de beleza.

Já a consideração de direitos transindividuais e de objetivos da política econômica podem impor interferências e limitações à liberdade de contratar, por exemplo, o Decreto-Lei nº 22.626/33 do Estado Novo, que limitou os juros, e a Lei Federal nº 8.880, que proíbe a cláusula contratual que estabeleça o reajuste por índice cambial.

<sup>15</sup> ATIYAH, P. S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 18.

<sup>16</sup> WALD, Arnoldo. O Novo Código Civil e o solidarismo contratual. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, v. 1, p. 77-116, out. 2011. DTR\2003\334.



## 1.4 A função econômica na interpretação dos contratos

No ponto anterior, conclui-se vislumbrando que as ideias de supremacia da autonomia da vontade e de interpretação textual dos contratos não encontram respaldo histórico, sendo que a apontada “crise” do contrato não passa da superação de um paradigma erigido com o Estado moderno liberal, já ultrapassado pelas primeiras alterações significativas nas constituições e nos códigos no começo do século XX.

Os exemplos dados no último parágrafo do item anterior levam à necessidade da consideração da função econômica na interpretação dos contratos. Isso quer dizer, considerar de forma objetiva o interesse expresso na cláusula. No exemplo da proibição do reajuste por índice cambial: se os contratantes querem estabelecer uma atualização monetária, o estabelecimento de taxa cambial foge à função econômica da cláusula, que não corresponderá a qualquer índice de inflação, principalmente depois da ausência de paridade entre real e dólar.

No mesmo sentido é o contrato de parceria de salão de beleza, que pode ser considerado nulo caso seja utilizado para maquiagem uma relação de emprego, ou seja, trabalho sob dependência na forma do art. 2º da CLT, entre o estabelecimento comercial e o profissional.

A função econômica é, assim, relacionada à causa deontológica e teleológica do contrato, não sendo necessariamente considerada a causa fenomenológica, o que afasta o subjetivismo na análise.

A consideração da causa e da função econômica não necessariamente implica uma maior interferência do Estado nos contratos. Ao revés, a análise da função econômica do contrato, em geral, e da cláusula, em específico, vai dizer respeito a uma condição de possibilidade daquele contrato e a importância dele na cadeia de relações econômicas que contemporaneamente se desenvolvem em qualquer cadeia produtiva. Nesse sentido:

O direito, nisso, segue cumprindo o seu duplo papel: viabilizando (e justificando) as relações que fluem segundo as regras da economia de mercado e instrumentando o exercício, pelo Estado, de políticas voltadas à preservação do mercado e à acumulação do capital. Ao Estado, na medida em que os conforma e interfere no dinamismo dos contratos, permanecem atribuídas as funções de atuar como terceiro regulador e como terceiro árbitro.

11. As mudanças no ordenamento não são *qualitativas* e tampouco se afastam das premissas que moldaram a teoria geral do contrato por conta do *Welfare State*. A normatização protetiva não advém da

*solidariedade*, como querem alguns, mas da expressão de uma *estratégia para a promoção do mercado*.<sup>17</sup>

Esta “estratégia para a promoção do mercado” fica ainda mais clara quando se analisa a regulamentação dos contratos em setores regulados, ou seja, em setores da economia em que a regulamentação atua de maneira mais intensa, como nos setores dos seguros, setor bancário e setor de planos de saúde privados. O rol básico de procedimentos em saúde é um caso elucidativo que basicamente informa que ou o contrato de plano de saúde prevê a sua cobertura, ou não há contrato de plano de saúde. A autonomia da vontade se dá na hora de contratar ou não, por parte do usuário, e de oferecer ou não o plano no mercado, por parte da operadora.

No caso dos seguros, para a empresa poder atuar no setor, ela deve ter uma série de requisitos. Há todo um sistema nacional de seguros privados e os contratos também devem conter cláusulas obrigatórias, até mesmo porque nesses casos o segurado também será o aderente em um contrato de adesão, nos quais, segundo Luiz Edson Fachin: “a presença de liberdade ‘de contratar’, como liberdade de optar pela celebração ou não do contrato, ainda que esteja presente, não é suficiente para permitir a afirmação da presença da liberdade ‘contratual’, ou seja, a liberdade de definir o conteúdo do contrato”.<sup>18</sup> Ou seja, a ausência de liberdade “contratual” não decorre das imposições estatais, mas do caráter de adesão dado ao contrato pela própria companhia de seguros.

Com isso, pode se ver que o objetivo da regulamentação nesses casos não é a proteção do hipossuficiente, que não detém as informações necessárias, pode ser facilmente enganado e muitas vezes está em um estado de necessidade de contratar, embora em alguns casos específicos, como do direito do consumidor, possa ser. Essas regras, que interferem na liberdade contratual, servem para tutelar o bom funcionamento da economia de mercado. E quanto mais estrutural ao bom funcionamento desta economia, mais importante a regulamentação econômica.

O caso do contrato de seguro é paradigmático neste sentido. Há empresas que correm grandes riscos para poder exercer a sua atividade econômica. E não apenas riscos inerentes a suas atividades, mas riscos externos, como decorrentes da violência urbana, desastres naturais ou outros casos fortuitos. No entanto, haver quem esteja disposto a correr tais riscos é essencial para o funcionamento da economia. Por isso, a diluição do risco através da coletivização dele

<sup>17</sup> GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 23.

<sup>18</sup> FACHIN, Luiz Edson. Contrato de seguro e o agravamento de risco na perspectiva do Código Civil Brasileiro. *Soluções Práticas de Direito*, v. 1, p. 157-187, jan. 2012. DTR\2012\106.

(mutualidade),<sup>19</sup> que é justamente a função econômica do contrato de seguro, se torna estrutural para a economia de mercado.

Outro motivo para se conformar juridicamente a autonomia contratual é a realização de objetivos constitucionalmente estabelecidos através da atuação *sobre* o domínio econômico. Por exemplo, a Lei Federal nº 12.485, que dispõe sobre o serviço de telecomunicação de acesso condicionado (TV por assinatura), estabelece um mínimo de canais de conteúdo nacional e de conteúdo nacional independente. Das empacotadoras, por sua vez, é exigida a presença de um canal brasileiro de espaço qualificado a cada três canais de espaço qualificado em cada pacote, até o limite de doze canais brasileiros de espaço qualificado.

Ou seja, essas empresas não podem firmar contratos com seus consumidores sem a presença dos canais brasileiros de espaço qualificado e do conteúdo nacional. Trata-se de uma intervenção na liberdade contratual que tem como objetivo induzir o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, tendo em vista a exigência também de conteúdo de produtoras independentes, a soberania nacional econômica e o acesso ao mercado, em respeito ao princípio do tratamento diferenciado de pequenas empresas.

A consonância com os objetivos constitucionalmente adotados para o Estado brasileiro, inclusive aqueles referentes aos fundamentos e princípios da ordem econômica, também ingressa na regulamentação dos contratos, pois no seu processo de interpretação as obrigações contratuais deverão estar de acordo com linhas socialmente desejadas.<sup>20</sup> A interpretação, assim, não é neutra, mas valorativa, com base nos princípios constitucionais.

O espaço para a autonomia, nesses casos, será moldado pelas normas, que criarão um quadro mais ou menos amplo de possibilidade de autonomia. Segundo Judith Martins-Costa:

A intensidade do controle judicial será diversa se se tratar de um contrato “individual” típico, precedido de negociações, onde as partes podem, em larga medida, fixar as cláusulas e conformar o conteúdo do ajuste ou se, ao contrário, se tratar de um contrato configurado como de “adesão”, inclusos aí aqueles insertos de maneira geral nas relações jurídico-econômicas de consumo. Neste caso será preciso

<sup>19</sup> BORGES, Nelson. Os contratos de seguro e sua função social. A revisão securitária no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 826, p. 25-37, ago. 2004.

<sup>20</sup> BRAUCHER, Jean. Contract versus contractarianism: the regulatory role of contract law. *Washington and Lee Law Review*, v. 47, n. 4, 1990. p. 700.

atentar ao plano mais amplo das relações econômicas globalmente consideradas, vale dizer, ao plano da organização das formas econômicas.<sup>21</sup>

Em um extremo, há apenas a liberdade de contratar (escolher entre ingressar ou não na relação contratual) e a liberdade de escolher um serviço que seja melhor ou pior, ou pelo preço, ou por serviços anexos, como aqueles outros serviços oferecidos por seguradoras para atrair clientes. No outro extremo, está a liberdade contratual, com ampla negociação entre as partes e processos informados de tomada de decisões pelas partes.

## 2 A Lei da Liberdade Econômica e a repercussão nos contratos

Como já brevemente mencionado, a Lei de Liberdade Econômica foi instituída pela Lei Federal nº 13.874 e promoveu alterações no direito econômico, a partir da instituição de garantias de livre mercado, no direito administrativo, pela positivação da análise de impacto regulatório, e também no direito privado. Segundo Ricardo Villas Boas Cueva, essas alterações ocorreram em três eixos:

Primeiramente, pretende criar norma geral de direito econômico. Em segundo lugar, promove importantes alterações em institutos de direito privado, especialmente a desconsideração da personalidade jurídica, a função social do contrato, os contratos interempresariais e os fundos de investimento. Além disso, no direito público, introduz a análise de impacto regulatório e modifica importantes normas trabalhistas, entre outras medidas.<sup>22</sup>

A seguir, passa-se a abordar as alterações no direito privado promovidas pela Lei de Liberdade Econômica que afetam o direito contratual.

### 2.1 A alteração promovida no art. 113 do Código Civil, a boa-fé objetiva e a função econômica

Especificamente em relação ao direito contratual, a Lei de Liberdade Econômica incluiu os §§1º e 2º ao art. 113 do Código Civil, trazendo especificações à

<sup>21</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da noção de contrato no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 3, p. 127-154, 1992.

<sup>22</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Vilas Bôas; FRAZÃO, Ana (Org.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book. Posição 71.

norma de interpretação dos contratos conforme a boa-fé objetiva. Com essa inclusão, a interpretação do negócio jurídico deverá atribuir o sentido que:

- I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;
- II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;
- III - corresponder à boa-fé;
- IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e
- V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

Para Gustavo Tepedino e Laís Cavalcanti, contudo, a tentativa “mostra-se verdadeiramente inquietante”.<sup>23</sup> Isso porque os padrões de comportamento adequados à boa-fé objetiva foram construídos paulatinamente pela jurisprudência, já havendo, segundo os autores, razoável segurança jurídica no ponto. Além disso, para Judith Martins-Costa, a boa-fé inserta na Parte Geral do Código Civil não pode ser confinada ao “papel de uma regra meramente subsidiária ao estatuído pela ‘vontade das partes’”.<sup>24</sup> A alteração, portanto, não pode ter como consequência a submissão da boa-fé a uma interpretação textualista do contrato, ou então a sua consideração prejudicada em relação aos demais critérios de interpretação insertos no Código Civil pela Lei de Liberdade Econômica.

A visão empregada pelo legislador na Lei de Liberdade Econômica reflete uma visão “contratarianista”, que possui um entendimento estreito acerca do conceito de contrato, o qual deveria ser considerado um instituto socioeconômico que é resultado de uma miríade de escolhas normativas e não apenas um instrumento de consentimento entre as partes.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Vilas Bôas; FRAZÃO, Ana (Org.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book. Posição 15134.

<sup>24</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. *Princípios do Novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 406.

<sup>25</sup> BRAUCHER, Jean. Contract versus contractarianism: the regulatory role of contract law. *Washington and Lee Law Review*, v. 47, n. 4, 1990. p. 699.

Ainda em relação a esta alteração, o novo inc. V, do §1º, do art. 113 do Código Civil deixa de considerar a função econômica do negócio jurídico, critério interpretativo que, como visto acima, confere maior objetividade em conformidade com o papel desempenhado por aquela espécie contratual na ordem econômica. Ao contrário, a disposição incluída pela Lei de Liberdade Econômica dá maior importância a caracteres subjetivos da racionalidade econômica das partes e da razoável negociação, aumentando a insegurança no ponto.

## 2.2 A alteração promovida no art. 421 do Código Civil, a intervenção mínima e a liberdade contratual

A Lei de Liberdade Econômica alterou o *caput* do art. 421 do Código Civil, retirando a expressão “liberdade de contratar” e inserindo “liberdade contratual”. Ainda, alterou o texto que dizia que a liberdade de contratar seria exercida “em razão” da função social e mantendo apenas a expressão “nos limites” da função social. Incluiu, ainda, o art. 421-A, que estabelece a presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais, a possibilidade de estabelecimento, pelas partes, de parâmetros de interpretação, o respeito à alocação de riscos definido pelas partes e a excepcionalidade e limitação da revisão contratual.

Quanto à alteração no *caput* do art. 421, este trabalho já desenvolveu os fundamentos de porque se considerar que a liberdade contratual ocorre nos limites instituídos pelo ordenamento jurídico. Seja para concretizar objetivos constitucionais, seja para respeitar a função econômica dos contratos e tutelar a própria economia de mercado, o legislador pode estabelecer parâmetros contratuais em determinados setores da atividade econômica, tendo sido usada essa possibilidade no setor de seguros e da telecomunicação de acesso condicionado, na forma do que exemplificado no decorrer deste trabalho. Tal faculdade conferida ao legislador tem assento constitucional e não será apenas por uma alteração legal no termo empregado no *caput* do art. 412 do Código Civil que a situação se alterará.

Além disso, a limitação da liberdade contratual decorre da evolução da economia de mercado, da massificação, padronização e digitalização dos contratos.<sup>26</sup> Ou seja, a forma como as relações econômicas ocorrem atualmente já estabelece uma realidade em que as cláusulas contratuais não são pactuadas uma a uma, com ampla discussão acerca de cada redação. Pelo contrário, as transações são instantâneas, por vezes perfectibilizadas em fração de segundo

<sup>26</sup> WALD, Arnoldo. O Novo Código Civil e o solidarismo contratual. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, v. 1, p. 77-116, out. 2011. DTR\2003\334.

e em mesmo tempo são alteradas, sendo o contrato dinâmico, flexível, principalmente em relações de longa duração. Não será pela negativa da legislação em reconhecer essa realidade que ela será modificada. Destarte, deve-se levar em consideração que a liberdade contratual, mesmo que expressamente prevista em lei, se encontra mitigada pela forma com que as transações e contratações ocorrem contemporaneamente.

Pode-se dizer o mesmo da retirada do termo “em razão” da função social, pois ela também encontra guarida no texto da Constituição, seja no art. 1º, inc. IV, seja no art. 170, inc. III. Por outro lado, o maior caráter subjetivista da interpretação dos contratos, trazido pelas alterações trabalhadas neste tópico, busca afastar a noção de função econômica, reduzindo a objetividade da interpretação e privilegiando o relativismo.

Por mais que o estabelecimento de parâmetros interpretativos e de alocação de riscos possa trazer maior segurança aos contratantes, tal possibilidade não é novidade no ordenamento jurídico, já que mesmo antes da Lei de Liberdade Econômica os contratantes tinham a liberdade de estabelecer cláusulas e a redação dos contratos. No entanto, o que parece ser o caso, é que o legislador buscou afastar a aplicabilidade de comandos constitucionais à disciplina dos contratos, o que é inviável no ordenamento jurídico brasileiro.

### **2.3 A atuação do Estado sobre o domínio econômico deve ser subsidiária?**

Tanto a substituição da expressão “liberdade de contratar” pela expressão “liberdade contratual” como o estabelecimento do princípio inserto no art. 2º, inc. III, da Lei de Liberdade Econômica (a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas) padecem do mesmo equívoco conceitual e, quiçá, inconstitucionalidade, por ignorar o disposto no art. 174 da Constituição.

Como visto acima, referido dispositivo constitucional obriga o Estado a agir *sobre* e regulamentar e fiscalizar o domínio econômico, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. A intensidade, a forma da regulação e o grau de interferência nos contratos é que é matéria de ponderação e de maior densificação do legislador, mas não pode o Estado abster-se dessa atividade.

Ainda, determinar que a intervenção do Estado será subsidiária e excepcional *sobre* o domínio econômico seria partir do pressuposto de que entidades privadas poderiam exercer livremente, e não por delegação, concessão ou permissão, tarefas como a de fiscalização de atividades econômicas, de fomento e de regulamentação, o que é reservado ao Estado. A previsão de requisitos mínimos, cláusulas obrigatórias e outras formas de registros para a realização de contratos em

determinados setores, principalmente naqueles estruturantes para a economia de mercado, serve para atender a ditames constitucionais através da intervenção estatal e tutelar o funcionamento da ordem econômica baseada em trocas livres. Ela ocorre através de leis específicas, que não foram derogadas pela Lei de Liberdade Econômica, que tem caráter geral. Não faz sentido, assim, o emprego dos termos “subsidiário” e “excepcional”, pois contrário ao art. 174 da Constituição Federal e ineficaz para derogar leis específicas que regulam setores determinados da economia.

## Conclusão

Pode-se afirmar, após tudo o que abordado no presente estudo, que, no que diz respeito à regulamentação da economia através da regulamentação dos contratos, pouco muda com a entrada em vigor da Lei de Liberdade Econômica. Ou melhor, a lei pouco alcança daquilo que se propôs: reduzir a interferência estatal, principalmente judicial, na interpretação dos contratos. Ao contrário, ela cria novos critérios, insere o conceito de presunção relativa de paridade contratual, busca reduzir a importância da boa-fé objetiva, prevê a análise da racionalidade econômica subjetiva das partes, em detrimento da função econômica, todos critérios que podem ser interpretados como conceitos indeterminados, ou abertos, permitindo a argumentação casuística.

Em adição, não se poderá afastar uma análise da função econômica das cláusulas e da causa teleológica e deontológica dos contratos e de suas disposições, uma vez que esta análise existe justamente para respeitar a autonomia da vontade das partes, analisar de forma objetiva o que as partes queriam e esperavam ao contratar.

Além disso, não pode ser por meio de uma lei que se excluirá o papel do Estado ao atuar *sobre* o domínio econômico, tanto na regulamentação, fiscalização ou fomento. No que diz respeito aos contratos, o Estado podia e continua podendo limitar a liberdade contratual a fim de privilegiar a função econômica, preservar o bom funcionamento da economia de mercado e atingir objetivos constitucionalmente previstos.

Por fim, no que diz respeito aos setores regulados, aqueles que em função de relevante interesse coletivo são regulamentados por lei específica, a Lei de Liberdade Econômica não alterará a sua validade, pois ao se propor como lei geral, não poderá derogar as legislações específicas.



## Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos existenciais, relacionais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 12, n. 45, 2011.
- ATIYAH, P. S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- BASEDOW, Jürgen. The state's private law and the economy: commercial law as an amalgam of public and private rule-making. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 3, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.
- BORGES, Nelson. Os contratos de seguro e sua função social. A revisão securitária no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 826, p. 25-37, ago. 2004.
- BRAUCHER, Jean. Contract versus contractarianism: the regulatory role of contract law. *Washington and Lee Law Review*, v. 47, n. 4, 1990.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Política econômica, ordenamento jurídico e sistema econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2019.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Reino da Noruega: a economia e os direitos fundamentais na constituição escrita europeia mais antiga. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 69, p. 635-656, jul./dez. 2016.
- FACHIN, Luiz Edson. Contrato de seguro e o agravamento de risco na perspectiva do Código Civil Brasileiro. *Soluções Práticas de Direito*, v. 1, p. 157-187, jan. 2012. DTR\2012\106.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, v. 722, p. 40-45, dez. 1995.
- MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Tradução de Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.
- MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da noção de contrato no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 3, p. 127-154, 1992.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. *Princípios do Novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Silvío Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Vilas Bôas; FRAZÃO, Ana (Org.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book.

WALD, Arnaldo. O Novo Código Civil e o solidarismo contratual. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, v. 1, p. 77-116, out. 2011. DTR\2003\334.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. 4. reimpr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015. v. 1.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BESTETTI, Eduardo Moraes. Regulação econômica, contratos empresariais e Lei de Liberdade Econômica. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 2, p. 19-36, abr./jun. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.02.002.

---

Recebido em: 17.07.2021  
Aprovado em: 20.01.2022