

UMA PEQUENA NOTA EM DEFESA DA  
LIBERDADE NOS CONTRATOS  
(APRESENTAÇÃO DO LIVRO DE LUIZ  
HENRIQUE SORMANI BARBUGIANI, *OS  
CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E A  
JUSTIÇA CONTRATUAL*)<sup>†</sup>

Fernando Araújo<sup>‡</sup>

-I-



valor simbólico da "saúde" faz dela um bem peculiar nas sociedades modernas – um bem que parece dever ser deixado à margem dos meios com os quais se promove a afectação e a circulação de quase todos os outros bens.

Até assumidos crentes na liberdade económica e na autonomia contratual parecem hesitar quando o que está em causa é o bem "saúde"; e não é raro ver invocados princípios de interesse e de ordem pública para com eles se adensar qualquer reflexão acerca do tema, como se fosse óbvio e indiscutível que o que está em causa é um assunto colectivo – como se a "saúde" fosse simples reflexo da nossa índole social, do "colectivo em nós", sem qualquer separação ou qualquer barreira de privacidade.

Resulta daí uma duplicidade de atitudes, uma quase-esquizofrenia, que é bizarra e desafia uma sustentação racional: enquanto que a cada um é consentida uma enorme variedade de atitudes e de condutas com impacto directo na deterioração da

---

<sup>†</sup> Luiz Henrique Sormani Barbugiani, *Os Contratos de Assistência à Saúde e a Justiça Contratual: Noções Gerais, Princípios Aplicáveis e os Reflexos da Intervenção Judicial* (a publicar na Lumen Juris)

<sup>‡</sup> Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

saúde e até no risco de vida, pelo contrário toda e qualquer providência reparadora de condições de saúde é de imediato cercada do mais agudo, zeloso e militante paternalismo.

A habitual confiança nos poderes de auto-governo que se reconhecem ao cidadão adulto e capaz, e que são condição essencial da subsistência do próprio Direito em sociedades abertas e plurais, sofre um súbito eclipse perante a invocação de que está em causa a transacção do bem "saúde" – como se porventura houvesse, perante tal invocação, que dar expressão a uma espécie de "comiseração jurídica" perante uma "vítima" cuja capacidade, cuja imputabilidade até, ficavam *ipso facto* comprometidas, substituindo-se-lhes imediatamente o elo da solidariedade transparente no "colectivo em cada um".

Dito por outras palavras: em quase todas as actividades humanas, com raras excepções, aceita-se que cada um ajuste por si próprio os seus interesses, num ambiente de interdependência, e possa ajustar, com outros, programas de colaboração na produção e circulação de bens, estipulando os ganhos e riscos envolvidos em tais programas – os contratos –, agindo com uma lógica equilibradora e maximizadora que é capaz de ponderar benefícios e custos, actuais e potenciais, de cada decisão, conciliando por intermédio da intersubjectividade as dimensões individual e colectiva da satisfação de interesses.

Recorrendo a um exemplo: o Direito aceita que um cidadão compre um automóvel barato e menos seguro do que os automóveis "topo de gama", embora isso signifique que esse mesmo cidadão passará a estar exposto a riscos muito mais graves, para a sua saúde e para a sua vida, do que aqueles com que se defrontaria se tivesse comprado um automóvel mais sofisticado, mais equipado – mas mais caro.

Significa isso, portanto, que o Direito aceita, sem qualquer hesitação e sem estados de alma, que qualquer pessoa "compre risco", mesmo os riscos mais extremos: que poupe no preço do automóvel assumindo um risco que o produtor ou

vendedor do automóvel assumiria ele mesmo se o comprador lhe pagasse o preço mais caro, o correspondente ao automóvel de gama superior.

Mas – coisa surpreendente, agora que considerámos o caso normal – se o mesmo cidadão tenta comprar risco numa transacção com prestadores do bem "saúde", aí subitamente acende-se o alarme e passa a imperar o referido paternalismo na sua modalidade mais absoluta.

Uma argumentação habitual é a de que, aí, a assimetria informativa é maior do que nunca, a reclamar portanto uma presença tutelar susceptível de colmatar o hiato. Só que, por um lado, não se vê que a assimetria informativa numa relação médico-paciente seja maior do que na relação produtor-comprador de um automóvel – sendo até certamente menor do que a assimetria informativa registada entre produtores e compradores de material electrónico e informático.

Por outro lado, a assimetria informativa não é, nem um acaso, nem uma fatalidade – sendo antes o subproduto da divisão social de trabalho, e portanto o resultado de um arranjo social vantajoso para todos os envolvidos, começando por aqueles que, por força da divisão social de informação, se encontram ocasionalmente do lado menos protegido da assimetria informativa.

Noutros termos, o facto de, como paciente, saber menos do que o médico que consulto não é uma desvantagem fortuita nem um infortúnio que nos vitimize – sendo, pelo contrário, tão somente o preço que cada um paga para, dispensando-se de adquirir o conhecimento médico que esbateria a sua assimetria informativa face ao profissional a que recorre, poder concentrar-se na aquisição do conhecimento em que se especializou (e que o médico, por sua vez, deixou de adquirir).

Dir-se-á mesmo mais: a paridade informativa, o equilíbrio rigoroso de posições entre contratantes, é incompatível com a própria ideia de contrato, que é a promessa recíproca de

adstrição a um programa de colaboração que supõe complementaridade, interdependência, diferença de estatutos, contra-posição objectiva de interesses.

Mais ainda, o que se busca nos contratos, ou através deles, não é qualquer convergência, parificação de posições, ou nivelamento: as partes buscam vantagens diferentes, e a persistência de uma tal diferença é indispensável à aferição das vantagens separadamente alcançadas. O ponto de vista interno alimenta-se, pois, da exploração das virtualidades de uma tal divergência de perspectivas. Só que o ponto de vista externo – e aqui reside o problema – muitas vezes tenta sobrepor-se a essa relatividade contratual buscando reconduzi-la a padrões de justiça distributiva que, pior do que serem impostos, representam uma violência contra os incentivos espontâneos que as pessoas encontram para contratarem.

Insistamos que o prestador de serviços de saúde e o utente desses serviços de saúde não pretendem ficar irmanados numa qualquer posição niveladora intermédia, à sombra gloriosa de ideais "solidaristas"; pretendem, antes, alcançar as vantagens de um serviço remunerado, tal como cada uma das partes assimetricamente as representa – e é do interesse de ambas que, mesmo numa relação contratual prolongada, essa assimetria perdure e frutifique, para que a sua liberdade extra-contrato subsista incólume (o que, numa sociedade livre, tem um valor simbólico mais forte do que qualquer pseudo-exemplaridade ínsita no "solidarismo contratual", pois a solidariedade social costuma encontrar outras vias de manifestação que não a via do contrato).

Um equívoco adensa-se aqui, e merece ser vigorosamente desfeito: as partes quererão legitimamente ser objecto de um tratamento igual, no sentido de não discriminatório, imparcial; mas nada indica, bem pelo contrário, que quererão que desse tratamento igual nasça uma igualdade de resultados, uma igualdade de posições ou até uma igualdade "material" de van-

tagens. A observância deontológica da imparcialidade ("*fairness*") muito simplesmente tornará dispensável qualquer indagação rectificadora em nome da "igualdade de resultados" que as partes não terão normalmente incentivo a prosseguir (pense-se que qualquer exigência de "paridade de resultados" tenderá a reduzir drasticamente o universo de parceiros contratuais potenciais).

## -II-

Infelizmente, a crescente ideologização do Direito Civil – sob as vestes de uma "constitucionalização" que raramente se aparta de uma ortodoxia socializante e de uma agenda anti-liberal – tem contribuído para o triunfo generalizado das perspectivas tutelares; e mesmo o bastião do direito contratual, congenitamente refractário a supervisões externas, soçobra já a esse programa de "tutela pública dos interesses privados".

Ora é precisamente na área dos contratos de planos e seguros de saúde, dado o carácter icónico e paradigmático do seu objecto – que já referenciámos – que mais longe se tem ido nessa tendência paternalista e colectivista de fiscalização, supervisão, intervenção, e liderança politico-ideológica.

Veja-se a desconfiança que prematuramente se acastela contra o facto de seguros e planos de saúde serem geralmente (mas não necessariamente) apresentados sob forma de contratos de adesão: logo se agita a bandeira da aversão à liberdade contratual, que vê nos contratos de adesão meras oportunidades de abuso pela predisposição de cláusulas por uma única das partes – escamoteando com isso o facto de o figurino do contrato de adesão, não obstante representar esse risco, poder em contrapartida ser o único viabilizador de uma prestação massificada de serviços, poder ter o valor informativo para o aderente quanto à uniformidade e padronização dos termos contratuais que obtém (garantindo-lhe que não está a ser discriminado),

poder facilitar tanto a detecção de abusos como as reacções colectivas dos utentes, e até, poupando em custos de informação e de negociação, poder incrementar a elasticidade negocial dos aderentes. Todas essas possibilidades são escamoteadas porque são ideologicamente inconvenientes, ou neutras: a única coisa que interessa enfatizar é que o contrato de adesão pode converter-se num instrumento de abuso – o que, sendo verdade, está longe de ser toda a verdade, ou a faceta mais relevante do contrato de adesão.

Pense-se também no encarniçamento com que certa doutrina busca recusar qualquer carácter aleatório aos contratos de seguros e planos de saúde – não propriamente para enfatizar que muita procura desses contratos se orienta hoje também para uma visão mais integrada do bem "saúde", envolvendo a dimensão preventiva, o que efectivamente reduz a margem de aleatoriedade da cobertura dos riscos de saúde: mas sobretudo para incrementar a legitimidade de tutela, que se crê mais alicerçada na pura comutatividade dos contratos onerosos; e do mesmo passo, e mais subtilmente, para "montar o cerco" às defesas de que se serviria o prestador de cuidados de saúde vinculado por meras "obrigações de meios" a resultados de elevada incerteza – uma atitude novamente reconfigurada como não mais do que oportunismo abusivo da parte "mais forte" na relação.

A autonomia da vontade é, evidentemente, a primeira vítima desta ofensiva ideológica – porque esse bastião de relatividade bilateral contra a devassa e a interferência tutelar não resiste à urgência colectivizadora que, pelo que vimos, se agiganta com a consideração da "dimensão social (ou se quisermos, "transpessoal") do bem "saúde".

Por um lado, a estratégia de desacreditação é simples e já ficou sumariamente delineada acima: basta enfatizar-se o lado "paradoxal", auto-destrutivo, do uso dessa autonomia, privilegiando a referência às patologias que dela emergem – as cláu-

sulas abusivas dos contratos de adesão, invariavelmente destacadas e enfatizadas em deliberado detrimento das vantagens que os contratos de adesão possam apresentar, e que racionalmente explicam a sua subsistência (que, como é óbvio, jamais se explicaria se fosse realista o retrato "demonizador" que o paternalismo deles traça).

Por outro lado, no que toca à onerosidade a ao equilíbrio interno do contrato, a exceção é subtilmente convertida em regra: e aquelas situações em que faltas ou vícios de vontade ou a emergência de perturbações exógenas graves e imprevistas aconselham a reponderação do vínculo passam a ter-se, mesmo que implicitamente, como a regra, ou seja, passa a ter-se por normal – dominante – a possibilidade de revisão contratual, por qualquer das (muitas) vias autorizadas pela pré-compreensão tutelar, expressa nas já triviais invocações "principiológicas" da "função social do contrato" ou da "boa-fé objectiva" ou – perversão conceptual máxima – a da "equidade", convertida numa autorização omnímoda e irrestrita a que os juízes se convertam em polícias da intra-contratualidade e em "*second-guessers*" ("treinadores de bancada") da autonomia privada, destruindo o núcleo do contrato com a paradoxal intenção de "salvá-lo" em nome do "equilíbrio (solidarista) das partes".

O argumento dominante aqui é o da hipossuficiência, o tal argumento que vimos erradamente apontar para a necessidade de paridade das posições que levam ao contrato ou das posições que dele resultam.

Só que o alegado hipossuficiente vê serem-lhe retiradas as prerrogativas normais do agente livre e capaz, e a adjudicação arranca das bases da imposição da tutela pelo adjudicador, tudo com o argumento comum de que o "coitado" deve ser protegido de si próprio, dada a sua vulnerabilidade, não podendo escolher a auto-protecção que resultaria da assunção plena das regras de jogo conexas com o jogo negocial entre pessoas capazes (a protecção mais forte, já que permite ao contraente as-

sumir uma conduta integralmente correspondente às expectativas de todas as contrapartes potenciais, assegurando assim o acesso pleno ao mundo do contrato).

### -III-

As observações avulsas que precedem correspondem a outras tantas notas de leitura do texto que se segue, a instigante reflexão de Luiz Henrique Sormani Barbugiani sobre os contratos de assistência à saúde.

Gostaria de enfatizar, a rematar esta minha singela apresentação, um ponto de especial convergência com o pensamento do autor: o argumento de que as interferências nos contratos de seguros e planos de saúde, as imposições adjudicativas de "revisões" e "reequilíbrios" de resultados, acabam por atentar contra o contrato como propiciador universal de vantagens bilaterais, vedando o acesso àqueles que procurariam no contrato resultados "substandard", abaixo do nível imposto pela referida adjudicação – especificamente, excluindo das vantagens contratuais aqueles que estariam, com plena capacidade e autonomia, dispostos a "comprar risco", ou seja a assumir riscos a troco de outras condições contratuais de contrapartida, nomeadamente preços mais baixos; ou seja, àqueles dispostos a fazerem, nos domínios da saúde, aquilo que, com não menos riscos, lhes é autorizado fazerem no sector automóvel.

Voltamos ao exemplo já utilizado: se uma ordem jurídica impusesse a compra somente dos carros mais seguros, os "topo de gama", haveria certamente muito menos mortos e feridos em acidentes rodoviários – mas a circulação automóvel começaria por ficar drasticamente reduzida, visto que só uma ínfima fracção dos proprietários actuais tem recursos para adquirir os "topos de gama".

Como dissemos já, há portanto um "*trade-off*" entre liberdade e segurança, e permite-se que, dentro de alguns limites



(assegurado um standard mínimo aceitável para a comercialização de automóveis), o adquirente possa, na compra de um automóvel de "gama baixa", e a troca da poupança no preço, assumir uma extensa margem de risco (toda aquela margem que separa o nível de segurança da "gama baixa" do nível de segurança da "gama alta").

As sociedades, as ordens jurídicas de todo o mundo, convivem pacificamente com esta ponderação de que resultam centenas, milhares de mortes e incapacidades graves por ano – tomadas decerto pelo preço a pagar pela disseminação e democratização da circulação automóvel, um benefício que tem que se presumir que ultrapassa os custos inerentes.

Insisto que isso torna claro, por contraste, o custo social do paternalismo que se concentra no sector da saúde – um sector no qual a insistência na imposição dos "*standards*" mais elevados não pode deixar de privar do acesso à saúde contratualizada aqueles que, por razões várias – incluindo a de serem mais pobres (circunstância que releva, e não é contestada, no acesso ao sector automóvel) –, estariam dispostos a celebrarem contratos com mais equilibrada distribuição de risco.

Repetidamente o autor adverte, sobretudo no final do texto, para as consequências anti-contratuais que resultam, abstracta e concretamente, de constrangimentos paternalistas à liberdade contratual – incluindo nestes, com uma subtileza que é de aplaudir, a insegurança jurídica que resulta do casuísmo "justicialista" e "principiológico", com peculiares e graves consequências nesta área em que a cobertura de riscos tem que fazer-se a preços crescentes e a cobertura não abarca incertezas não-computáveis actuarialmente, como as que nascem da "turbulência adjudicativa".

No fim, a denúncia concentra-se, com inteira justiça, no ataque à iniciativa privada que se acoita nestas formas paternalistas e anti-liberais – um ataque que faz, como suas primeiras vítimas, não os "capitalistas" visados, mas os pobres e os hi-

possuficientes que se vêem privados de acederem à prestação contratual de serviços de saúde – apenas pela razão de não terem dinheiro para pagar os "standards máximos de segurança"; apenas por não poderem custear a assunção plena e exclusiva do risco pelo prestador de saúde.

O tema aparece identificado na Bioética e na Economia da Saúde com o título de "medicina defensiva", e resume-se assim: se não for consentido ao prestador de serviços de saúde, nomeadamente ao médico, proceder a uma redistribuição de risco até ao seu nível de equilíbrio (que num ambiente de liberdade tenderá a coincidir com a distribuição socialmente óptima do risco), então não lhe restará senão "afastar-se do risco", seja reduzindo o risco ínsito em cada acto (rejeitando os pacientes mais vulneráveis ou as situações mais difíceis), seja reduzindo o número de actos, ou seja o nível de actividade (excluindo aleatoriamente um número de pacientes).

Tal redução da prestação de cuidados de saúde para níveis socialmente sub-óptimos, a "medicina defensiva", poderá operar-se por racionamento directo; mas o mais natural é que venha a consumir-se por via dos preços, seja porque a retracção da oferta forçará a demanda a envolver-se numa licitação competitiva, seja porque o prestador de serviços consegue (quando consegue) repercutir nos preços o agravamento do prémio de seguro que corresponde à necessidade de assunção plena e exclusiva do risco.

Qual a consequência inevitável da "medicina defensiva"? Alguns doentes ficam desprotegidos – sejam os mais arriscados, sejam os mais pobres, e em especial aqueles que reúnam essas duas características. Forma-se, graças à interferência autoritária no equilíbrio contratual, uma "perda absoluta de bem-estar" ("*deadweight loss*"): deixam de ser prestados serviços que poderiam ser prestados eficientemente, e ficam excluídos pacientes que poderiam ser eficientemente atendidos. E, ironia máxima, o prestador de serviços, o alvo primário da repressão

paternalista, não somente sai incólume como até, por via da retracção da oferta e da resultante subida de preços, pode até enriquecer, passando a beneficiar de uma "renda monopolista" nascida dos constrangimentos à contratação. Ironia máxima, insistamos: os mais prejudicados, e ocasionalmente os únicos prejudicados, são aqueles que o autoritarismo anti-contratual visava proteger – um resultado trágico que costuma corresponder ao desconhecimento das leis económicas, ou do desrespeito por elas (a "hubris" dos tempos modernos).

Não basta ao paternalismo anti-contratual anunciar-se, portanto, como protector dos desvalidos, ou até alicerçar-se numa genuína boa intenção de os proteger. Passando do plano das intenções para o plano dos factos, não podemos deixar de reconhecer que esse paternalismo causa "mais mazelas aos usuários", para usarmos uma frase oportuna do autor: àqueles que, por causa do paternalismo, ficam fora do sistema; e àqueles que, permanecendo no sistema, vêm por causa disso agravarem-se desnecessariamente os custos das coberturas dos riscos.

