

DIREITO CIVIL COMPARADO – ITINERÁRIOS

Maria Cristina De Cicco
Rafael Marinangelo
Coordenadores

DIREITO CIVIL COMPARADO – ITINERÁRIOS



EDITORA PROCESSO

Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

www.editoraprocesso.com.br

www.catalivros.com.br

Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio LTDA ME

Copyright © 2023 - Maria Cristina de Cicco, Rafael Marinangelo (coordenadores)

Todos os direitos reservados.

Conselho Editorial

Maria Celina Bodin de Moraes (*Presidente*)

Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira

Ana Frazão

Antônio Augusto Cançado Trindade (*In memoriam*)

Antônio Celso Alves Pereira

Caitlin Sampaio Mulholland

Carla Adriana Comitri Giberton

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Carlos Martins Neto

Cleyson de Moraes Mello

Eneas de Oliveira Matos

Eugênio Facchini Neto

Fernando de Almeida Pedroso

Hélio do Vale Pereira

Joyceane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Marco Aurélio Peri Guedes

Marcos Ehrhardt Jr.

Maria Cristina De Cicco

Mariana Pinto

Martonio Mont' Alverne Barreto Lima

Mauricio Moreira Menezes

Melhim Namem Chalhub

Sergio Campinho

Zeno Veloso (*In memoriam*)

Diagramação - Mariana Carvalho

Capa - Alexander Marins

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C346d

Cicco, Maria Cristina de, Rafael Marinangelo (coordenadores)

Direito civil comparado itinerários, Maria Cristina de Cicco, Rafael Marinangelo (coordenadores)

Rio de Janeiro: Processo, 2023

371p. ; 23 cm

ISBN - 978655378098-9

1. Direito civil comparado itinerários. 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

SUMÁRIO

DELINEAMENTOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

Luis Felipe Salomão e Mônica Drumond..... 11

DELINEAMENTOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO ITALIANO

Maria Cristina De Cicco 33

O DIREITO COMPARADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Alessandro Hirata 81

INTERPRETAÇÃO E COMPARAÇÃO JURÍDICA

Maria Paola Mantovani 93

A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL COMPLEXA NO DIREITO BRASILEIRO E AS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Rafael Marinangelo..... 121

A COMPLEXIDADE DA RELAÇÃO OBRIGATÓRIA NO DIREITO ITALIANO E AS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Antonino Procida Mirabelli di Lauro..... 151

AS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE FATO E AS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS COM EFEITOS PROTETIVOS A TERCEIROS NO DIREITO BRASILEIRO

Vera Jacob de Fradera..... 201

AS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS COM EFEITOS PROTETIVOS A TERCEIROS NO DIREITO ITALIANO

Rocco Favale 217

A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL POR RUPTURA DAS TRATATIVAS NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO: UMA VISÃO EM PANORAMA

Judith Martins Costa 251

A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL E A TEORIA DO CONTATO SOCIAL NO DIREITO ITALIANO

Giovanni Varanese 289

O DEVER DE INFORMAR E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NA ATIVIDADE MÉDICA

Antonio Carlos Morato..... 323

A RESPONSABILIDADE MÉDICA NA ITÁLIA

Maria Feola..... 335

A RESPONSABILIDADE MÉDICA NA ITÁLIA

Maria Feola¹

Sumário: 1. O primeiro período da responsabilidade médico-hospitalar nos âmbitos civis e penal. A confusão entre as duas espécies de responsabilidade civil e a qualificação em termos de responsabilidade extracontratual. A extensão do art. 2236 c.c. também ao setor penal: o limite da “culpa grave”. – 2. A “revolução copernicana” operada no segundo período: do ilícito ao contrato. Prestações rotineiras e inversão do ônus da prova. O confronto com a experiência francesa. – 3. O terceiro período como sinal de continuidade. O nascimento de algumas obrigações “de resultado”, da temática do “consentimento informado” e da teoria do “contato social”. As críticas da doutrina: da obrigação sem prestação a prestação sem obrigação. – 4. O quarto período em conformidade com a melhor jurisprudência das Seções unidas. A interpretação unitária do art. 1453 c.c. com relação à repartição dos ônus probatórios. Os princípios de “imputabilidade ou de proximidade da prova” e de “presunção de persistência do direito”, mesmo em caso de adimplemento inexato. – 5. *Segue*. A aplicação dessas regras ao campo médico-hospitalar. A superação da divisão entre prestações de fácil execução e prestações envolvendo a solução de problemas técnicos de especial dificuldade e a *summa divisio* entre obrigações “de meios” e “de resultado”. A reconstrução de uma disciplina unitária de inadimplemento, – 6. O quinto período caracterizado pelas reformas legislativas. A ambiguidade da lei n. 189 de 2012 (denominada lei Balduzzi) e a limitação da responsabilidade extracontratual do profissional da saúde apenas aos casos de irresponsabilidade penal por culpa leve. A responsabilidade do membro da *équipe*. – 7. *Segue*. Virtudes e defeitos da lei n. 24 de 2017 (denominada Gelli-Bianco). A equivocada publicação dos decretos de execução e a quase total inoperância da reforma. A ausência de uma disciplina transitória e a regra jurisprudencial da

¹ Professora Titular de Direito Privado Comparado no Departamento de Jurisprudência da Università degli Studi di Napoli Federico II.

irretroatividade. A inadmissível “assimetria” do dever de contratar e os corretivos previstos pela normativa francesa. As perplexidades provocadas pelas “outras medidas análogas”, na ausência do decreto de execução. – 8. Do perfil estático ao aspecto dinâmico da atividade sanitária: “governo clínico” e *risk management*. A oportuna introdução de um modelo bipolar. As distorções jurisprudenciais da reforma: a) a limitação da dirimente penal apenas à “culpa leve” da imperícia. b) Um (contestado) retorno às origens: a aplicação, às obrigações de “*facere* profissional”, da divisão dos ônus probatórios previstos pela responsabilidade extracontratual por culpa. Os “corretivos” da Cassação: a *fictio* do recurso à prova presumida e “indiciária”.

1. O primeiro período da responsabilidade médico-hospitalar nos âmbitos civil e penal. A confusão entre as duas espécies de responsabilidade civil e a qualificação em termos de responsabilidade extracontratual. A extensão do art. 2236 c.c. também ao setor penal: o limite da “culpa grave”

O tema da responsabilidade médica representou, na Itália, um «pêndulo»² entre a responsabilidade civil e penal, contratual e extracontratual, mas, frequentemente, também uma controversa «comédia dos erros»³.

Se tentarmos determinar, em síntese, as diversas fases que caracterizaram esse setor, devemos distinguir ao menos cinco “períodos” que se seguiram, mas de maneira nem sempre coerente.

O primeiro período, que perdura até 1978, é caracterizado pela confusão da nossa ciência jurídica entre a responsabilidade civil e penal, contratual e extracontratual e, substancialmente, da inconsciente absorção do contrato no ilícito, com base na errônea convicção de que o ressarcimento do dano no âmbito médico encontra seu campo de eleição

² C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, p. 847 ss.

³ V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 297 ss.

apenas nas regras de responsabilidade extracontratual por culpa⁴. A vasta “zona cinzenta” da incerteza probatória onera o autor⁵ enquanto o profissional da saúde e o hospital se beneficiam de um regime de quase irresponsabilidade. O princípio de concurso entre os dois regimes - segundo o qual «é admissível o concurso de responsabilidade contratual e extracontratual quando um mesmo fato viole não apenas direitos derivados do contrato, mas também direitos respeitantes à pessoa ofendida, independentemente do contrato»⁶, contrariado por autorizada doutrina sob a vigência do código de 1865⁷, que considerava tal teoria «uma monstruosidade, um excesso»⁸, e pela própria Cassação do Reino⁹, mas já enunciado pelas Seções unidas sob a presidência de D’Amelio¹⁰ – pareceu legitimar essas convicções, sendo, então, o problema da responsabilidade médica resolvido, também em relação à responsabilidade da estrutura, em âmbito extracontratual.

À responsabilidade civil se alinha a penal que, por meio da aplicação do art. 2236 c.c. não apenas à responsabilidade extracontratual, mas também à penal, limita esta última apenas aos casos de culpa grave, a fim de evitar a contradição de considerar penalmente relevante conduta que, na esfera civil, seria julgada lícita¹¹. A Cassação penal propõe avaliar

⁴ Entre outras, vide, Cass., 9 de março de 1965, n. 375, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1965; Cass., 13 de outubro de 1972, n. 3044, *ivi*, 1973, I, c. 1170; Cass., 18 de junho de 1975, n. 2439, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 953, com nota de C. LEGA, *In tema di responsabilità del medico chirurgo*; Cass., 29 de março de 1976, n. 1132, *ivi*, 1977, I, 1, c. 1980.

⁵ M. FACCIOLI, “*Presunzioni giurisprudenziali*” e *responsabilità sanitaria*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 79.

⁶ Cass., 27 de março de 1947, n. 440, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, c. 420.

⁷ Particularmente críticos, confirmam-se, C.F. GABBA, *Nota*, in *Foro it.*, 1899, I, cc. 926 s., 929; G.P. CHIRONI, *Nota*, in *Giur. it.*, 1917, I, 1, c. 1101 ss. Confirma-se, na esteira da experiência francesa, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, t. V, VII ed., Firenze-Torino, 1926, p. 255 ss.

⁸ C.F. GABBA, *Nota*, cit., c. 929.

⁹ A esse respeito: P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova: Cedam, 1989, p. 133 ss.

¹⁰ Assim afirma: P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di Dir. civ.* diretto da R. Sacco, 3, Torino: UTET, 1998, p. 688, o qual identifica o precedente em Cass. Sez. un., 30 de janeiro de 1936, n. 3559. O *leading case* é identificado, no entanto, na decisão das Seções unidas de 20 de outubro de 1956, n. 3785, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, c. 116, da M. SERIO, *La responsabilità complessa*, Palermo: Ila-Palma, 1988, pp. 54 e 57, e também no Cd-rom anexado ao volume *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino: Giappichelli, 2007.

¹¹ A esse respeito a pontual reconstrução história de P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale – I delitti colposi*, Padova: Cedam, 2009, p. 322 ss.

a culpa do profissional da saúde «com visão ampla e compreensão, seja porque a ciência médica não determina relativamente ao mesmo mal um único critério taxativo de cura, seja porque na arte médica o erro de apreciação é sempre possível»¹². A exclusão da culpa profissional médica encontra um limite apenas na conduta do profissional que seja incompatível com o mínimo de cultura e de experiência que se deve legitimamente esperar de quem seja habilitado ao exercício da profissão médica¹³. A Corte constitucional¹⁴, chamada a se pronunciar sobre a questão da legitimidade constitucional dos arts. 42 e 589 c.p. em relação ao art. 3 cost., considerou infundada a questão e, com uma sentença interpretativa de rejeição bastante ambígua, confirma a relevância penal apenas da culpa grave, isto é, daquela derivada de erro inescusável, da ignorância dos princípios elementares atinentes ao exercício de uma determinada atividade profissional ou próprios de uma determinada especialização, mesmo que no contexto de casos clínicos particularmente complexos e em relação apenas à imperícia¹⁵. Nos outros casos de culpa (imprudência e negligência) e nos casos de dificuldade operatória normal (por imperícia), no entanto, o juízo não pode deixar de ser marcado por critérios de severidade normal¹⁶.

O médico goza, «com ou sem razão, de uma imunidade tão substancial que poderia ser evocado o famoso princípio do *common law* para excluir a responsabilidade dos magistrados e do inteiro aparato do governo: em lugar de *The King*, seria *The doctor can do no wrong*»¹⁷. Ao elaborar regras de responsabilidade «modeladas sobre a atuação de cada profissional da saúde, mais do que sobre o agir organizado da estrutura hospitalar» franqueia-se «um regime probatório de particular *favor* para médicos e hospitais, em presença do qual o risco de incerteza probatória

¹² Cass. pen., 6 de março de 1967 (dep. 6 de julho de 1967), n. 447, in *Giust. pen.*, 1967, II, p. 1158.

¹³ Cass. pen., 6 de março de 1967, n. 447, cit., p. 1158.

¹⁴ Corte cost., 28 de novembro de 1973, n. 166, in *DeJure*

¹⁵ Essa interpretação é devida, na doutrina, sobretudo a A. CRESPI, *La responsabilità penal e nel trattamento medico chirurgico con esito infausto*, Palermo: G. Priulla, 1955, p. 102 ss.; ID., verbete *Medico-chirurgo*, in *Dig. Disc. pen.*, VII, Torino: UTET, 1993, p. 592.

¹⁶ M. LAURO, *La responsabilità penale dell' esercente la professione sanitaria*, in *Responsabilità sanitaria e risk management*, organização de P. Mautone, Milano: Giuffrè, 2020, p. 329.

¹⁷ G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *Giustizia civile.com.*, 19 de maio de 2020, p. 3.

recaia sobre o paciente, a quem competiria provar a culpa, o nexo causal e o dano»¹⁸.

2. A “revolução copernicana” operada no segundo período: do ilícito ao contrato. Prestações rotineiras e inversão do ônus da prova. O confronto com a experiência francesa

A primeira revolução copernicana ocorre, na Itália, em 1978 com uma sentença da Cassação¹⁹ a qual, de um lado, descobre a “contratualidade” da disciplina do contrato de obra intelectual (art. 2230 ss. c.c.) e reconduz a responsabilidade pelos danos causados pelo hospital e/ou seus profissionais, evidentemente em âmbito contratual; de outro, distingue as prestações denominadas rotineiras daquelas que implicam a solução de problemas técnicos de especial dificuldade, limitando a estas últimas, mas somente nos casos de imperícia²⁰, a responsabilidade por dolo ou culpa grave nos termos do art. 2236 c.c.; de outro, ainda, e sobretudo, define as regras sobre o ônus da prova. Na presença de uma orientação difusa que tendia a considerar os hospitais, sobretudo privados, como “estranhos” à relação entre médico e paciente e, portanto, irresponsáveis pelos danos causados aos pacientes, não havendo eles «pactuado alguma prestação médica se não do tipo de enfermagem»²¹, a Cassação percorre o caminho contratual afirmando que «a responsabilidade de um ente hospitalar pelos danos causados a um paciente por prestações médicas dos seus funcionários é de natureza contratual, visto que o ente, obrigando-se a executar a prestação, concluiu com o paciente um contrato de obra intelectual»²². Quando a intervenção operatória «não for de difícil execução e o resultado obtido fora piora das

¹⁸ R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 542.

¹⁹ Cass., 21 de dezembro de 1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, c. 4.

²⁰ A limitação do art. 2236 c.c. aos casos de imperícia representa uma regra já consolidada na jurisprudência: por todas, confira-se Cass., 27 de julho de 2021, n. 21530, in *DeJure*, § 4.1.2.2., onde prescreve que «Em todo caso, e em via dirimente, dita verificação evidencia perfis de negligência e imprudência que elidem, de per se, a possibilidade de aplicar, no caso em espécie, a norma do art. 2236 c.c., que, como dito, limita o próprio âmbito de operatividade da conduta profissional imperita». A esse respeito, vide: C. MANFREDONIA, *La colpa medica*, in *Responsabilità sanitaria*, cit., p. 43 ss.

²¹ Vide: ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori?*, cit., p. 306.

²² Cass., 21 de dezembro de 1978, n. 6141, cit., c. 4.

condições finais do paciente, o paciente adimple o ônus probatório que lhe assiste, provando que a intervenção operatória era de fácil execução e que dela resultou uma piora, devendo-se presumir a inadequada e não diligente execução da prestação profissional do cirurgião: cabe, pois, ao hospital fornecer a prova contrária, isto é, que a prestação profissional foi executada de forma idônea e o resultado negativo foi causado pela superveniência de um evento imprevisto e imprevisível ou mesmo pela existência de uma particular condição física do cliente não verificável mediante o critério ordinário de diligência profissional»²³.

A orientação, como frequentemente ocorre, não se torna dominante de imediato²⁴, identificando-se, logo na sequência, sentenças de sentido oposto que ora se colocam em posição intencionalmente ambígua relativamente à questão²⁵, ora reconduzem novamente a atividade médica ao âmbito «somente extracontratual»²⁶.

Todavia, o *leading case* não demora a impor-se como modelo geral de distribuição dos ônus probatórios, representando, também sob o perfil sistemático, o «(correto) critério que permite diferenciar as obrigações “de meio” daquelas “de resultado”» e demonstrando, outrossim, «que as obrigações profissionais (e, entre essas, aquelas do médico) não são qualificáveis *a priori* (e invariavelmente) como pertencentes a uma ou outra categoria, para que possam – a depender do seu conteúdo concreto – comportar-se ora como obrigações “de resultado” ora como obrigações “de meios”»²⁷. A «presunção de “culpa” a cargo do devedor (que os juízes consideram consagrada no art. 1218 c.c.)» torna a operar quando a prestação médica se inclui entre aquelas “de alta vinculatividade”, «podendo-se racionalmente presumir que a não

²³ Cass., 21 de dezembro de 1978, n. 6141, cit., c. 4.

²⁴ Confira-se: A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli: Jovene, 1983, p. 147.

²⁵ Por exemplo: Cass., 8 de março de 1979, n. 1443 («qualquer que seja a natureza, contratual ou não, do trabalho profissional do médico prestado em relação ao paciente»).

²⁶ Cass., 24 de março de 1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1115.

²⁷ G. D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 351, in nt. 10. Com referência aos profissionais legais: M. FEOLA, *Attività e responsabilità nelle professioni legali*, in A. PROCIDA MIRABELLIDI LAURO – M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 343, considera que «internamente a cada atividade profissional a jurisprudência identifica obrigações que são ora “de meios”, ora “de resultado”, com a consequência de aplicar a cada relação obrigatória, de acordo com sua qualificação, uma determinada disciplina».

realização do interesse do credor seja imputada a um inadimplemento do devedor»²⁸. Nesses casos existe uma correlação tão estreita entre a observância das regras da arte e o percentual de sucesso da intervenção, «que torna o agravamento das condições de saúde necessariamente imputável a um erro médico (e, portanto, a um inadimplemento)»²⁹. O profissional da saúde, para excluir sua responsabilidade, «não deve provar a ausência de culpa (isto é, de haver respeitado as regras técnicas aplicáveis ao caso em espécie e, assim, de haver adimplido a prestação) [...] mas deve, de preferência, provar (e é a única prova a exonera-lo da responsabilidade) que o insucesso da intervenção (ou seja, a não realização do interesse do credor) foi determinado pela superveniência de uma causa estranha (imprevisível e inevitável) que tornou “impossível” a obtenção do “resultado” que a intervenção procurava alcançar»³⁰. Nesses casos a obrigação médica, que normalmente é “de meios”, tende a se configurar como uma obrigação “de resultado”³¹.

Mesmo quem evoca, pertinentemente, «a regra *res ipsa loquitur* dos sistemas anglo-saxões ou a *Anscheinsbeweis*, prova *prima facie* típica do sistema alemão» concorda com a reconstrução que identifica na execução das intervenções rotineiras «uma obrigação de resultado, cuja frustração reconduz a uma presunção simples de inadimplemento da prestação por parte do profissional da saúde»³². Sob o perfil da relação causal, «ao exigir do paciente a demonstração de que a intervenção rotineira alcançou um resultado de piora, sendo suas condições finais deterioradas em relação àquelas preexistentes», pretende-se não «a prova da atitude concreta danosa do médico, mas a alegação da mera consequência prejudicial sofrida pelo paciente»³³. A presunção de culpa a cargo do profissional médico implica também «o reconhecimento presumido da relação causal entre a atividade médica e o dano»³⁴.

²⁸ G. D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota”*, cit., p. 351.

²⁹ G. D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota”*, cit., p. 352.

³⁰ G. D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota”*, cit., p. 352.

³¹ Nesse sentido: G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 141 ss.; ID., *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 180 ss.

³² M. MAGLIULO – R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 259.

³³ M. MAGLIULO – R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa*, cit., p. 259.

³⁴ M. MAGLIULO – R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa*, cit., p. 259.

Na França, a qualificação da responsabilidade médica como responsabilidade contratual³⁵ não aportou qualquer inovação significativa, vez que a jurisprudência não seguiu a ideia «de lançar sobre o médico o ônus de provar o (exato) adimplemento»³⁶. Considerando, na esteira de René Demogue³⁷, a obrigação do profissional médico como a típica obrigação “de meios”, e tendo modelado a disciplina desse modelo naquela da responsabilidade delitual por *faute provée*³⁸, as Cortes continuaram, na essência, a aplicar o texto do art. 1382 (hoje 1240) *code civ.*, como se se tratasse de uma responsabilidade aquiliana³⁹. A solução, na verdade contrastada por respeitável doutrina, a qual considerou a noção de “culpa contratual” a «história de um conceito falso»⁴⁰, encontra sua explicação na especificidade da tradição francesa que, de um lado, atribuiu à cláusula geral de responsabilidade delitual a mais ampla extensão (e compreensão) e um valor preeminente e quase constitucional, «que daria fundamento e justificação a todo o sistema de responsabilidade civil»⁴¹; de outro, inversamente, traçou em sentido rigoroso os limites da responsabilidade contratual, com base na convicção

³⁵ Que remonta ao *arrêt Mercier*: Cass., 20 de maio de 1936, in *Rec. Sirey*, 1936, I, p. 321.

³⁶ Nesse sentido: L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 367, in nt. 4.

³⁷ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925, p. 538 ss.

³⁸ Mais amplamente sobre o tema vide: M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino: Giappichelli, 2012, p. 405 s.

³⁹ Todavia, sobre a sucessiva evolução da jurisprudência francesa e, em particular, sobre obrigações “de meios” reforçadas, sobre a conexão entre obrigações de *sécurité* “de resultado” a deveres de prestação “de meios” até a reforma de 2002, cfr. M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 339 ss.; A. PROCIDA MIRABELLIDI LAURO, *L’obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 914 ss. Com relação à reforma ocorrida no direito alemão, vide, por todos: R. FAVALE, *L’Arzthaftung* tedesca, in R. FAVALE – G. VARANESE – M.P. MANTOVANI, *Diritto civile comparato. Appunti di studio*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2019, p. 264 ss.

⁴⁰ P. RÉMY, *La «responsabilité contractuelle»*: histoire d’un faux concept, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 323 ss.; G. VISINTINI, *Colpa contrattuale*: un falso concetto?, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 13 ss. A orientação inspira-se nas páginas de D. TALLON, *L’inexécution du contrat*: pour une présentation, *ivi*, 1994, p. 223 ss.; ID., *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris: Presses universitaires de France, 1995, p. 429 ss. Sobre o tema: M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 405 s.

⁴¹ M. FEOLA, *L’obbligazione come rapporto complesso*, in H. STOLL – R. FAVALE – M. FEOLA – A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L’obbligazione come rapporto complesso*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 127.

de que ela fosse uma *species* compreendida no bem mais vasto *genus* da responsabilidade extracontratual.

Isso é confirmado pela reforma realizada com a lei n. 2002-303, de 4 de março de 2002 que, embora prescindindo do título contratual ou delitual, remete a uma unitária responsabilidade por *faute prouvée* a atividade dos «professionnels de santé» e das estruturas hospitalares, salvo as hipóteses – já qualificadas pela jurisprudência em termos de *sécurité-resultat*⁴² – de danos causados por produtos (art. L. 1142-1, parágrafo 2, *code santé publ.*), ou por infecções nosocomiais contraídas nessas estruturas (art. L. 1142-1, parágrafo 2), nas quais a prova (invertida) recai sobre o réu e se colora de “objetividade”, devendo referir-se à «une cause étrangère». A responsabilidade por culpa dos médicos e hospitais encontra, porém, um importante corretivo no sistema de *solidarité nationale*, que intervém, segundo uma lógica de subsidiariedade⁴³, quando «la responsabilité d’un professionnel, d’un établissement, service ou d’un producteur de produits n’est pas engagé»⁴⁴.

3. O terceiro período como sinal de continuidade. O nascimento de algumas obrigações “de resultado”, da temática do “consentimento informado” e da teoria do “contato social”. As críticas da doutrina: da obrigação sem prestação a prestação sem obrigação

O terceiro período se desenvolve no rastro da continuidade e representa a evolução coerente dos princípios introduzidos pela sentença n. 6141 de 1978.

A partir dos anos 90, a qualificação da prestação médico-hospitalar como obrigação de resultado interessa sobretudo ao campo da

⁴² A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione – Prestazione – Protezione*, in H. STOLL – R. FAVALE – M. FEOLA – A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. cit.*, p. 210 s.

⁴³ M.P. MANTOVANI, *L’assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli: Jovene, 2017, p. 111.

⁴⁴ L. CLERC RENAUD, *L’aléa thérapeutique et les régimes spéciaux d’indemnisation des victimes des accidents médicaux*, in: www.grerca.univ-rennes1.fr.

cirurgia estética e da odonto estomatologia⁴⁵. Com referência ao primeiro âmbito, o agravamento do regime da responsabilidade⁴⁶ encontra fundamento na convicção de que tal ramo da medicina parece ter finalidades meramente hedonísticas e não terapêuticas. Todavia, a propósito, parecia lícito questionar-se «por que a saúde não pode ser objeto de uma obrigação (de resultado), enquanto a “beleza”, a “jovialidade” podem sê-lo»⁴⁷. E a Suprema corte põe um obstáculo a essa tendência distinguindo entre a cirurgia meramente estética, destinada a «melhorar a própria aparência estética», e a cirurgia plástica reconstrutiva⁴⁸.

Naquela mesma época, e precisamente partindo de um caso de cirurgia estética, o Tribunal de Cassação inicia a elaborar a teoria do denominado “consentimento informado”, que depois evoluirá até as mais recentes produções legislativas (lei 22 de dezembro de 2017, n. 219, referente a “Normas em matéria de consentimento informado e de disposições antecipadas de tratamento”, em vigor a partir de 31 de janeiro de 2018) e jurisprudencial⁴⁹. Prescindindo da questão inerente à dificuldade da intervenção cirúrgica realizada pelo médico, a «formação do consentimento» do paciente (nos termos dos arts. 13 e 32 Const.) impõe ao profissional da saúde «uma específica informação» sobre o objeto do contrato, o qual «só pode provir do profissional da saúde que deve prestar a sua atividade profissional»⁵⁰. Tal consentimento implica o pleno conhecimento da natureza da intervenção médica e/ou cirúrgica, da sua amplitude e extensão, dos seus riscos, dos resultados alcançáveis e das possíveis consequências negativas, com a explicação, todavia, de que nos casos de intervenção cirúrgica estética, enquanto não finalizada à

⁴⁵ Sobre o tema se reenvia à ampla casuística reportada por: R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sotto sistema della responsabilità civile*, Padova: Cedam, 1995, p. 378 ss.

⁴⁶ Vide, por exemplo: Cass., 25 de novembro de 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2913, com nota de E. SCODITTI, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 937, com comentários de G. FERRANDO, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*.

⁴⁷ V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori?*, cit., p. 307.

⁴⁸ Cass., 8 de abril de 1997, n. 3046, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1801, e in *Danno e resp.*, 1997, p. 638.

⁴⁹ Cass., 11 de novembro de 2019, n. 28985, in *Danno e resp.*, 2020, p. 11 ss., com comentários de S. CACACE, *L'estate dell'autodeterminazione, a San Martino 2019*.

⁵⁰ Cass., 23 de maio de 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2504, e in *Danno e resp.*, 2001, p. 1165, com nota de M. ROSSETTI, *I doveri di informazione del chirurgo estetico*.

recuperação da saúde em sentido estrito, a informação deve ser particularmente precisa e detalhada⁵¹. Para fins de configuração da responsabilidade do profissional da saúde por violação do consentimento informado, a jurisprudência passa a considerar «de todo indiferente se o tratamento foi executado corretamente ou não»⁵².

No entanto, a novidade jurisprudencial que alcançará maior relevo, a ponto de ser considerada o emblema de todo o período, é a da teoria do denominado contato social. Na esteira do célebre escrito de Günter Haupt, que, para resolver os problemas do direito alemão sobre a responsabilidade pré-contratual e das relações conhecidas como de cortesia, elabora a *fattispecie* (tipificada) das relações contratuais de fato derivadas da *kraftsozialen Kontaktes*⁵³, a Cassação individua a fonte da responsabilidade contratual (*recte*, “contattuale”) do funcionário do hospital público ou privado⁵⁴ e não no inadimplemento de uma obrigação sem prestação ou na noção geral de responsabilidade pela confiança⁵⁵, mas na violação de «obrigações nascidas de situações (não de contrato, mas sim) de simples contato social»⁵⁶.

Essas relações, que «não encontram o seu fundamento numa vontade dirigida a constituí-las, isto é, em um comportamento negocial, nem em um outro comportamento jurídico típico, mas manifestam-se como relações da vida que, em virtude da sua tipicidade social, assumem relevância para o direito»⁵⁷, encontrariam uma disciplina mais adequada nas normas relativas aos contratos, precisamente em razão da sua “similitude”, e se imporiam às partes não tanto em virtude de um consentimento (na verdade fictício), «mas sim pela relevância que o “fato” da posição dos sujeitos assume na valoração social»⁵⁸. Nesses

⁵¹ Cass., 23 de maio de 2001, n. 7027, cit., c. 2504.

⁵² Cass., 14 de março de 2006, n. 5444, in *Danno e resp.*, 2006, p. 564.

⁵³ G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino: Giappichelli, 2012, p. 50 ss.

⁵⁴ O *leading case* encontra-se na Cass., 22 de janeiro de 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, p. 441 ss., com nota de A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

⁵⁵ Assim delinea: A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione – Prestazione – Protezione*, cit., p. 215.

⁵⁶ Cass., Sez. un., 26 de junho de 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1708, com nota de A. DI MAJO.

⁵⁷ L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano: Giuffrè, 1965, p. 4 s.

⁵⁸ L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., pp. 3 e 2.

casos cria-se «como um *contato* entre as “partes” de uma relação, vale dizer uma relação de *confiança recíproca*, para cuja disciplina, seja relativamente ao ressarcimento dos eventuais danos seja pela determinação dos deveres ulteriores de comportamento, apresentam-se mais adequadas as normas sobre contratos do que as concernentes aos atos ilícitos»⁵⁹. Tais relações teriam sua fonte não em um contrato em sentido técnico, mas em uma «*fattispecie* autônoma»⁶⁰ que encontra o fundamento da sua tutela no fato que «uma relação jurídica se torna realidade, relação que no seu típico significado social se configura como fornecimento, locação, transporte ou outra relação típica da vida relacional, avaliáveis segundo os critérios normativos que regulam os contratos»⁶¹.

A inovação, devido ao sucesso, também jurisprudencial, recepcionada na Itália por respeitável doutrina⁶², teve como efeito a extensão da disciplina da responsabilidade contratual à toda relação médico-hospitalar: não apenas referente ao hospital, mas também aos auxiliares, empregados ou não, dos quais o credor tenha se valido para o adimplemento da obrigação (art. 1228 c.c.). Mas essa reconstrução não foi isente de críticas. De um lado contestou-se a adoção de uma solução (o contato social) que, nascida na Alemanha, foi depois repudiada pelo próprio direito alemão⁶³, também (e sobretudo) pelos seus pressupostos ideológicos⁶⁴, não sendo difícil colher em sua argumentação «a fortíssima sugestão exercitada pelas doutrinas político-sociais imperantes na Alemanha da época»⁶⁵. De outro, a teoria da obrigação sem prestação, «se suprimida a remissão ao “contato social”, não pareceu capaz de explicar “como” e “quando” a relação se torna “categoria essencial da

⁵⁹ Nesse sentido é o pensamento de G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 50 ss., e é assim entendido por E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 355

⁶⁰ G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 29.

⁶¹ E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 364 s.

⁶² C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano: Giuffrè, 1995, p. 191 ss.

⁶³ A. ZACCARIA, *Deraufhaltsame Aufstiegedessozialen Kontakts (La resistibile ascesa del “contatto sociale”)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 78 ss.

⁶⁴ M. FEOLA, *La responsabilità civile al confine tra contratto e torto. Obbligazioni di sécurité, Schutzpflichten ed effetti di protezione del contratto rispetto a terzi*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino: Giappicelli, 2014, p. 20.

⁶⁵ L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 20 s.

obrigação”»⁶⁶. Malgrado tenha-se afirmado que «Estar em relação significa desde logo dever alguma coisa reciprocamente», e que justamente com o fim de impedir a realização de uma «inexplicada inversão entre fato e direito»⁶⁷, depois, «na realidade, se presumiu “*ex ante* o caráter ‘relacional’ da relação, para dele extrair a consequência de que o dever de proteção perde a sua natureza *aquiliana* para assumir a contratual”»⁶⁸. Em tal reconstrução identificou-se uma «petição de princípio»: «caberia perguntar-se “como pode uma obrigação e/ou dever, privado, na origem, de ‘relacionalidade’, transferi-la *tout court* a uma situação que se define ser de não-relação, isto é, não relacional”»⁶⁹. A proteção, portanto, deveria ser «sempre funcional e de qualquer forma conexas à prestação» ou em todo o caso «devida em decorrência dessa»⁷⁰. No caso específico do profissional de saúde empregado, considerou-se que não há uma obrigação em relação ao paciente, mas uma prestação que é adimplida pelo profissional da saúde na presença de uma obrigação por ele assumida em relação ao hospital. Portanto, mais do que de uma obrigação sem prestação, se trataria de uma prestação sem obrigação⁷¹.

Enfim, a natureza contratual da responsabilidade do profissional da saúde empregado ou não foi contestada com base na interpretação unitária do art. 1228 c.c.⁷². Na grande parte dos casos tipificados pela jurisprudência em termos de “contato social” (médico, “preceptor”, etc.) estava-se «na presença de hipóteses clássicas de responsabilidade por fato dos auxiliares (...), e as soluções acolhidas no sentido da responsabilidade contratual e não da extracontratual (...)», não podiam «ser desconformes a

⁶⁶ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il rapporto obbligatorio*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 34 s. L’A. richiamato è C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.

⁶⁷ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale*, cit., pp. 73 e 61.

⁶⁸ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 35, que reporta ao pensamento de A. DI MAJO, *L’obbligazione “protettiva”*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 9.

⁶⁹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 35, que cita A. DI MAJO, *L’obbligazione “protettiva”*, cit., p. 9.

⁷⁰ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino: Giappichelli, 2009, p. 65.

⁷¹ A intuição de Adolfo di Majo foi objeto de interessante reflexão por F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contato sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 109 ss.; ao qual adere M. FEOLA, *L’obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 171 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 36 ss.

⁷² Nesse sentido, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione – Prestazione – Protezione*, cit., p. 218 s.

uma interpretação unitária do art. 1228 c.c. relativamente a todos os outros auxiliares do devedor»⁷³. A propósito, não parecia possível, de um lado, excluir que o auxiliar do devedor pudesse ser «ele próprio devedor», e portanto, responsável contratualmente em relação ao credor⁷⁴; de outro, «afirmar que o médico empregado de um hospital (que é um auxiliar do devedor)» fosse «diretamente responsável por via contratual em relação ao paciente, em virtude de uma responsabilidade pela confiança derivada do específico *status* profissional»⁷⁵.

Malgrado a amplíssima ressonância que essa temática teve na literatura jurídica italiana, provavelmente devido à respeitabilidade das intervenções doutorais e à solidez da orientação jurisprudencial, o problema da “contatualização” da atividade do profissional da saúde auxiliar do hospital se revela bastante marginal na evolução histórica da responsabilidade médica. E isso será confirmado pela jurisprudência subsequente⁷⁶ e, sobretudo, pela reforma legislativa que tentará deslocar a questão jurídica do ato único, da prestação profissional do médico, à complexa atividade hospitalar em «uma ótica voltada a promover uma concepção dinâmica do serviço que conjuga o perfil terapêutico/assistencial da atividade da saúde com aquele mais estritamente organizativo do fornecimento do serviço»⁷⁷.

4. O quarto período em conformidade com a melhor jurisprudência das Seções unidas. A interpretação unitária do art. 1453 c.c. com relação à repartição dos ônus probatórios. Os princípios de “imputabilidade ou de proximidade da prova” e de “presunção de persistência do direito”, mesmo em caso de adimplemento inexacto

O quarto período é introduzido pela sentença das Seções unidas de 2001⁷⁸ que, embora sem envolver diretamente a responsabilidade

⁷³ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione – Prestazione – Protezione*, cit., p. 218.

⁷⁴ C. CASTRONOVO, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 708.

⁷⁵ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione – Prestazione – Protezione*, cit., p. 219.

⁷⁶ Que se examinará nos §§ 4 e 5.

⁷⁷ R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria*, cit., p. 543, também na nota. 2.

⁷⁸ Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, in *Corrieregiur.*, 2001, p. 1566 ss. Entre os incontáveis comentários em sentidos variados: G. VILLA, *Onere della prova*,

médico-hospitalar, representa um dos momentos mais altos alcançados pela jurisprudência nos últimos decênios.

A decisão parte da interpretação do art. 1453 c.c., sobre o tema da resolução, e se questiona se para as três hipóteses previstas (adimplemento, resolução, ressarcimento) subsiste ou não uma disciplina unitária sobre o ônus da prova. A isenção do credor quanto ao ônus de provar o fato negativo do inadimplemento «em todas as hipóteses do art. 1453 c.c. (e não apenas no caso de solicitação de adimplemento), com a correlativa transferência do ônus de fornecer a prova do fato positivo do adimplemento realizado ao devedor réu» mostra-se solução «coerente com a regra prescrita no art. 2697 c.c.» e «conforme o princípio de referência ou de proximidade da prova»⁷⁹. Portanto, em relação aos três remédios «conjuntamente previstos pelo art. 1453 c.c.», mostra-se «oportuno identificar um critério de máxima caracterizado, no maior grau possível, pela homogeneidade», mesmo porque «o excesso de distinção de tipos conceituais e formais é seguramente fonte de dificuldade pra os operadores práticos do direito, cujas exigências de certeza merecem ser levadas em consideração»⁸⁰.

O princípio «da presunção de persistência do direito, dedutível do art. 2697», em virtude do qual, «uma vez provada pelo credor a existência de um direito destinado a ser satisfeito em um certo termo» fica o devedor obrigado a demonstrar a existência do fato extintivo, deve ser considerado inoperante não apenas no caso em que o credor aja para o adimplemento, onde deve provar o título contratual e legal do seu direito, mas também no caso em que, sob o pressuposto comum do inadimplemento da contraparte, aja para a resolução ou o ressarcimento do dano⁸¹. As demandas de adimplemento, de resolução e de ressarcimento do dano ligam-se todas ao mesmo pressuposto constitutivo do inadimplemento. Do contrário, não seria «razoável» atribuir relevância

inadempimento e criteri di razionalità economica, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 707 ss.; G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 903; V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1569 ss.; P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le Sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769 ss.

⁷⁹ Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

⁸⁰ Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

⁸¹ Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

diversa ao fato do inadimplemento segundo o tipo de ação que vier a ser concretamente exercitada, sendo as ações de adimplemento e de resolução «postas pelo art. 1453 sob o mesmo plano, tanto é verdade que o credor tem a faculdade de escolha entre uma ou outra»⁸². Se a parte que age para o adimplemento «pode limitar-se (como é incontroverso) a alegar (sem o ônus de prová-lo) que não houve adimplemento, igual ônus limitado à alegação deve ser reconhecido subsistente no caso em que, ao invés do adimplemento a parte reclame, postulando sempre que não houver o adimplemento, a resolução ou o ressarcimento do dano»⁸³.

À base de tais argumentações, as Seções unidas concluíram que o credor que aja para o adimplemento, a resolução e/ou o ressarcimento do dano, dever provar a fonte negocial ou legal do seu direito e, se previsto, do termo final, limitando-se a alegar o inadimplemento da contraparte, enquanto o devedor réu é quem deverá fornecer a prova do fato extintivo do direito, constituído pelo adimplemento⁸⁴.

Esse “critério de repartição” que encontra exceção apenas no caso de inadimplemento de obrigação negativa, além de se aplicar, em papel inverso, no caso de exceção de inadimplemento (art. 1460 c.c.)⁸⁵, vem sendo difundido, para as «mencionadas exigências de homogeneidade do regime probatório», também para a hipótese de adimplemento inexato. De fato, mostra-se «artificiosa a reconstrução da história segundo a qual o credor que reclama um adimplemento inexato manifestaria, implicitamente, a vontade de admitir a realização do adimplemento»⁸⁶. Na realidade «o credor exprime uma bem precisa e única reclamação baseada na não conformidade do comportamento do devedor ao programa negocial, e em razão disso requer tutela, demandando o adimplemento, a resolução ou o ressarcimento»⁸⁷. Do contrário, seria mais uma vez «desarrazoado» considerar suficiente a alegação de inadimplemento total e pretender do credor a prova do fato negativo da inexatidão. Em ambos

⁸² Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

⁸³ Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

⁸⁴ Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, cit., p. 1568.

⁸⁵ Podendo-se limitar, quem formula a exceção, a alegar o inadimplemento alheio, enquanto «será a contraparte que deve neutralizar a exceção, demonstrando o próprio adimplemento ou o não vencimento da obrigação a seu encargo» (Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, cit., p. 1568).

⁸⁶ Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, cit., p. 1568.

⁸⁷ Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, cit., p. 1568.

os casos a pretensão do credor se funda na alegação de um inadimplemento ao qual o devedor deverá contrapor a prova do fato extintivo constituído pelo exato adimplemento⁸⁸.

Fazer recair, também em tais casos, sobre o devedor o ônus de demonstrar a realização do exato adimplemento assume capital importância, não apenas para os deveres de prestação, mas também para os deveres de proteção e de *sécurité*, tanto é que a própria Cassação cita, como exemplos típicos de adimplemento inexato, além das «deformidades quantitativas ou qualitativas dos bens» e a «falta de observância do dever de diligência», o inadimplemento dos deveres de informação e, mais em geral, a «violação dos deveres acessórios»⁸⁹.

5. Segue. A Aplicação dessas regras ao campo médico-hospitalar. A superação da divisão entre prestações de fácil execução e prestações envolvendo a solução de problemas técnicos de especial dificuldade e a *summa divisio* entre obrigações “de meios” e “de resultado”. A reconstrução de uma disciplina unitária de inadimplemento

Tal decisão de fundamental importância foi, mais tarde, confirmada pela jurisprudência subsequente, incluindo aquelas que versaram sobre o tema da responsabilidade médico-hospitalar.

Após ter reafirmado que a relação instaurada entre o hospital e o paciente gera uma relação do tipo contratual⁹⁰, uma vez que «a aceitação do paciente no hospital, para fins de recuperação ou de uma visita ambulatorial, comporta a conclusão de um contrato»⁹¹, a Cassação devia resolver a questão mais relevante – que tinha inspirado, ao seu tempo, Hermann Staub na sua “descoberta” das violações positivas do contrato⁹²

⁸⁸ Textualmente nesse sentido: Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, cit., p. 1568.

⁸⁹ Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, cit., p. 1568; e também L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 374.

⁹⁰ Nesse sentido, Cass., Sez. III, 21 de junho de 2004, n. 11488, in *Danno e resp.*, 2005, p. 25, anotada por R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*

⁹¹ Cass., Sez. III, 28 de maio de 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, p. 27.

⁹² H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1903, agora na versão italiana de G. Varanese, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

–, isto é, qual era a disciplina aplicável às hipóteses mais frequentes nas quais se contestam um adimplemento inexato.

Nas importantes sentenças proferidas pela Terceira Seção civil, em 2004, que inspirarão a subsequente decisão das Seções unidas, a jurisprudência italiana, aplicando à responsabilidade médica os princípios da proximidade da prova e de presunção de persistência do direito (insatisfeito)⁹³, tinha iniciado a distinguir claramente o “estatuto” da relação obrigatória do modelo da responsabilidade delitual (por culpa), providenciando outrossim a uniformização entre deveres de prestação (eventualmente “de meios”) e deveres de proteção ou de *sécurité* (eventualmente “de resultado”)⁹⁴. A Cassação dispõe que, com base no art. 1218 c.c., o paciente há apenas «o ônus de alegar o adimplemento inexato, não a culpa e nem mesmo a gravidade da culpa; cuja ausência (no caso “ordinário” do art. 1176 c.c.) ou mesmo apenas a não “qualificabilidade” dela em termos de gravidade (no sentido do art. 2236 c.c.) deve ser, no entanto, alegada e provada pelo obrigado à prestação que se assume inexatamente efetuada»⁹⁵. Portanto, também a prova de que a intervenção implique a solução de problemas técnicos de especial dificuldade (para fins da limitação da responsabilidade aos casos de culpa grave por imperícia ou dolo, *ex art. 2236 c.c.*) é colocada a cargo do devedor, diferentemente do quanto foi decidido no *leading case* de 1978.

Superada a distinção entre prestações de fácil execução e prestações que impliquem a solução de problemas técnicos de especial dificuldade como critério de distribuição do ônus da prova⁹⁶, a Corte decide que a prova, seja da impossibilidade da prestação derivante de causa não imputável, seja da diligência no adimplemento, «é sempre imputável à esfera de ação do devedor; em medida, ademais, quanto mais acentuada porque a execução da prestação consiste na aplicação de regras técnicas, desconhecidas do credor porque estranho à bagagem da comum experiência e especificamente da do devedor»⁹⁷. Tal conclusão fez

⁹³ Por exemplo: Cass., 21 de junho de 2004, n. 11488, cit., p. 25; Cass., 28 de maio de 2004, n. 10297, cit., p. 28.

⁹⁴ Com relação ao direito francês vide, particularmente: M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité dr. civ.* Sous la direction de C. Larroumet, II éd., Paris, 2012, pp. 894, 897 s.

⁹⁵ Cass., 21 de junho de 2004, n. 11488, cit., p. 25.

⁹⁶ Cass., 28 de maio de 2004, n. 10297, cit., p. 28

⁹⁷ Cass., 21 de junho de 2004, n. 11488, cit., p. 26.

coincidir com a disciplina da obrigação “de diligência”: segundo a Suprema corte, «consistindo a obrigação profissional em uma obrigação de meios», o paciente (que age em juízo deduzindo o adimplemento inexato da obrigação do profissional da saúde) «deverá provar a existência do contrato e o agravamento da situação patológica ou o surgimento de novas patologias em decorrência do evento, restando a cargo do profissional da saúde ou do hospital a prova de que a prestação profissional foi executada de modo diligente e que aqueles efeitos deletérios foram determinados por um evento imprevisto e imprevisível»⁹⁸. Em uma sentença contemporânea se evidencia, outrossim, como a «culpa médica» integra agora «uma dimensão “paraobjetiva” da responsabilidade (ou, ao menos, uma dimensão “agravada”», tendo a «presunção de culpa *tout court*» ligada à “facilidade” da intervenção representado «o primeiro passo em direção à substancial transformação da obrigação do profissional da obrigação de meios em obrigação de (quase) resultado»⁹⁹.

O passo sucessivo em direção à individualização de uma disciplina unitária da relação obrigatória, de prestação e de *sécurité* – fundada na convicção de que em todo caso há sempre um “resultado devido”, seja de maior ou menor amplitude, relativamente ao conteúdo do interesse final do credor¹⁰⁰ – foi concluído pela sentença da Cassação proferida pelas Seções unidas, a qual, na esteira da mais abalizada doutrina¹⁰¹, considera «dogmaticamente superada» a distinção entre obrigações de meios e de resultado, admissível apenas para fins “descritivos”¹⁰². Mas o significado mais rico dessa decisão envolve o problema da causalidade e, sobretudo, do caso fortuito como «limite geral da responsabilidade por inadimplemento»¹⁰³.

Na espécie, as Seções unidas são chamadas a resolver um contraste entre as Seções simples em relação ao problema da divisão do ônus probatório: ao aplicar no tema da responsabilidade médico/hospitalar os princípios estatuídos pelas Seções unidas em 2001

⁹⁸ Cass., 28 de maio de 2004, n. 10297, cit., p. 28.

⁹⁹ Cass., 19 de maio de 2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, p. 33.

¹⁰⁰ Nesses termos, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 188 ss. e *passim*.

¹⁰¹ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 188 ss.

¹⁰² Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790, anotada por G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*.

¹⁰³ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 290.

(e isso parece clarear igualmente o alcance da *rationes decidendi* dos relativos *dicta*, à época colocada em dúvida por alguns Autores), algumas Cortes tinham «considerado que recaísse sobre o autor (paciente vítima que age em juízo deduzindo o adimplemento inexato da prestação de saúde) além da prova do contrato, também aquela do agravamento da situação patológica ou o surgimento de novas patologias assim como o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do devedor e o evento danoso»¹⁰⁴. Apenas então estaria «a cargo do devedor o ônus de provar o exato adimplemento, isto é, de ter tido um comportamento diligente»¹⁰⁵.

Segundo as Seções unidas, precisamente o ponto relativo à prova do nexo de causalidade, que nas controvérsias em matéria de responsabilidade profissional representa o verdadeiro ponto nodal a fim de condenar o devedor inadimplente ao ressarcimento do dano, «não pode ser compartilhado», porque «em toda obrigação se exige a presença do comportamento do devedor e do resultado»¹⁰⁶. No entanto, a divisão entre obrigações de meios e de resultado foi frequentemente utilizada pelas Cortes para resolver problemas de ordem prática, «operando-se não raramente, para ampliar a responsabilidade contratual do profissional, uma espécie de metamorfose da obrigação de meios na de resultado, por meio da especificação dos deveres de informação e de aviso [...], definidos acessórios, mas integrativos em relação ao dever primário da prestação e ancorados a princípios de boa-fé, tais como os deveres de proteção, indispensáveis ao correto adimplemento da prestação profissional em sentido próprio»¹⁰⁷.

Uma vez que a distinção entre obrigações “de meio” e “de resultado” «foi submetida à revisão por parte da jurisprudência e da doutrina»¹⁰⁸, o mecanismo de repartição do ônus da prova (nos termos do art. 2697 c.c.) em matéria de responsabilidade contratual, «em conformidade com critérios de razoabilidade para identidade de situações probatórias, de “referibilidade” em concreto do ônus probatório à esfera

¹⁰⁴ Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, cit., p. 790.

¹⁰⁵ Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, cit., p. 790.

¹⁰⁶ Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, cit., p. 790. Sobre o tema, A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 797 ss. Ainda crê nessa divisão, G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento*, cit., p. 141 ss.

¹⁰⁷ Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, cit., pp. 790 e 791.

¹⁰⁸ Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, cit., p. 791.

dos sujeitos e de distinção estrutural entre responsabilidade contratual e por fato ilícito», é «idêntico, seja que o credor aja para o adimplemento da obrigação, *ex art. 1453 c.c.*, seja que requeira o ressarcimento por inadimplemento contratual, *ex art. 1218 c.c.*», sem depender de algum modo da contestada divisão¹⁰⁹.

Tendo aderido aos princípios expressos na sentença n. 13533 de 2001, as Seções unidas «consideram [...] que o inadimplemento relevante no âmbito da ação de responsabilidade por ressarcimento do dano nas obrigações ditas de comportamento não é qualquer inadimplemento, mas apenas aquele que constitui causa (ou concausa) eficiente do dano»¹¹⁰. Isto significa, por um lado, que «a alegação do credor não pode arrimar-se em um inadimplemento, qualquer que seja, mas a um inadimplemento, por assim dizer, qualificado, isto é, abstratamente eficiente à produção do dano»; por outro lado, que «competirá ao devedor demonstrar que tal inadimplemento não ocorreu ou que, embora ocorrido, não está inserido na *fattispecie* causa do dano»¹¹¹.

De tal modo, o problema se desloca da (pretensa) inversão do ônus da culpa, à inversão da prova da causalidade¹¹², nos termos do disposto no art. 1218. A alegação de um adimplemento inexato «abstratamente idôneo a provocar o dano reclamado» impõe ao devedor «demonstrar ou que tal inadimplemento não ocorreu ou que, embora existindo, não é etiologicamente relevante»¹¹³. Para os fins de provar a interrupção da relação causal é de todo irrelevante a prova da diligência no adimplemento, devendo o devedor demonstrar o caso fortuito ou a força maior.

Tal conclusão pareceu de todo evidente¹¹⁴ mesmo antes da nova intervenção da Cassação¹¹⁵ ratificar tal solução. Para fins da prova do nexo de causalidade entre adimplemento inexato e dano é suficiente demonstrar que a execução da relação curativa está inserida na série causal que conduziu ao evento, representado ou «pela persistência da patologia que ensejou o requerimento da prestação» ou «pelo seu

¹⁰⁹ Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, cit., p. 791.

¹¹⁰ Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, cit., p. 791.

¹¹¹ Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, cit., p. 791.

¹¹² M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 366.

¹¹³ Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, cit., p. 792

¹¹⁴ M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 366.

¹¹⁵ Cass., Sez. III, 12 de setembro de 2013, n. 20904, in *Danno e resp.*, 2014, p. 33 ss.

agravamento» ou «pelo surgimento de uma nova patologia que não aquela que gerou o início da relação»¹¹⁶. De tal modo, a Suprema corte faz recair sobre o devedor o risco da causa incerta e/ou ignota¹¹⁷, imputando-lhe o ônus de provar a causa específica que tornou impossível o resultado devido¹¹⁸. Essa regra foi, mais tarde, generalizada à toda responsabilidade contratual. Mesmo no caso de um dano ocasionado a si mesmo durante uma partida de vôlei desenrolada na ausência do “preceptor”, diante de uma causa ignota que não permite demonstrar que «o evento danoso foi determinado por uma causa não imputável nem à escola nem ao professor», é suficiente demonstrar que o dano (uma torção do joelho provocada pelo apoio «de mal jeito da perna esquerda») tenha se verificado «durante o desenrolar da relação» para encetar a responsabilidade contratual da escola e do preceptor¹¹⁹.

6. O quinto período caracterizado pelas reformas legislativas. A ambiguidade da lei n. 189 de 2012 (denominada lei Balduzzi) e a limitação da responsabilidade extracontratual do profissional da saúde apenas aos casos de irresponsabilidade penal por culpa leve. A responsabilidade do membro da equipe

O quinto, e último, período se inicia com a entrada em vigor das reformas legislativas, precedidas da apresentação de inúmeros projetos de lei¹²⁰ que depois inspirarão, sobretudo, a lei 17 de março de 2017, n. 24.

A primeira reforma, conhecida como lei Balduzzi, não representa certamente um modelo de clareza e de univocidade normativa, e isto pode ser devido às profundas modificações sofridas pelo decreto quando de sua conversão¹²¹. O art. 3, parágrafo 1, do Decreto-Lei de 13 de setembro de 2012, n. 158, na verdade, dispunha que «sem prejuízo do disposto no art.

¹¹⁶ Cass., 12 de setembro de 2013, n. 20904, cit., p. 33.

¹¹⁷ M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 366; G.M.D. ARNONE, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 39 ss.

¹¹⁸ A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 875.

¹¹⁹ Cass., Sez. III, 10 de maio de 2013, n. 11143, in *Danno e resp.*, 2014, p. 605 s.

¹²⁰ Confirma-se um amplo exame sobre o tema em R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria*, cit., p. 547 ss.

¹²¹ No mesmo sentido, F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute*, cit., p. 155; C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice*, cit., p. 850.

2236 do código civil, na verificação da culpa leve na atividade do profissional da saúde, o juiz, nos termos do art. 1176 do código civil considera em particular a observância, no caso concreto, das diretrizes e boas práticas confirmadas pela comunidade científica nacional e internacional». O texto do art. 3, parágrafo 1, da lei subsequente de 8 de novembro de 2012, n. 189, no entanto, após a sua reescrita, dispõe: «o profissional da saúde que no desenvolvimento de sua própria atividade se atém às diretrizes e boas práticas confirmadas pela comunidade científica não responde penalmente por culpa leve. De qualquer modo, em tais casos fica estabelecido o dever previsto no art. 2043 do código civil. O juiz, mesmo na determinação do ressarcimento do dano, deve levar em conta a conduta prescrita no primeiro período».

A referência ao art. 2043 c.c. levantou um inflamado debate doutrinário e jurisprudencial¹²²: de um lado há quem afirmasse que o legislador pretendeu superar o direito pretório do “contato social”, propondo um retorno (mas com referência apenas ao profissional da saúde) ao regime de responsabilidade extracontratual. De outro há quem considerasse a norma como uma regra especial que tinha o escopo precípuo de despenalizar a conduta do profissional da saúde que, conforme as diretrizes e boas práticas, seria caracterizada como de culpa leve. «Em tais casos», isto é, nos casos de aplicação da dirimente penal, o legislador teria, mesmo assim, se preocupado em sancionar o dever de ressarcimento civil do dano. Entre as duas interpretações nos pareceu mais convincente a segunda¹²³. A regra não parecia assumir as características de uma reforma geral da responsabilidade no campo da saúde, seja porque a disciplina era destinada apenas aos médicos do serviço público da saúde¹²⁴, seja porque a limitação da responsabilidade penal concernia somente à hipótese da culpa leve¹²⁵, seja porque, com relação ao citado

¹²² Sobre o qual, largamente: M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione*, cit., p. 144 ss.

¹²³ M. FEOLA, *La responsabilità civile del professionista sanitario per il danno da “nascita malformata”*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., p. 435 s.; aprova especificamente essa interpretação, C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice*, cit., p. 851, in nt. 12.

¹²⁴ Nesse sentido: V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 383.

¹²⁵ Diversamente, Cass. pen., Sez. IV, 11 de março 2013, n. 11493, citado por L. CAPUTI, *Medical malpractice: nodi inestricabili e nuove prospettive*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 857, que identifica uma referência à perícia que não envolvia as hipóteses de culpa por negligência ou imprudência.

reenvio à disciplina da responsabilidade extracontratual, a Cassação se apressou a especificar como fosse «evidente que a matéria da responsabilidade civil segue as suas regras consolidadas, e não somente para a responsabilidade aquiliana do médico, mas também para a denominada responsabilidade contratual do médico e do hospital, por contato social»¹²⁶. Portanto, a menção ao art. 2043 c.c. não pareceu ser, de per si, «suficiente a sustentar que a vontade do legislador tivesse sido aquela de modificar o título da responsabilidade médica», uma vez que a disciplina do art. 3 da lei n. 189 de 2012, «dedicada ao âmbito penal da responsabilidade, se limita[va] a recordar o princípio segundo o qual a ausência de responsabilidade penal não elimina a responsabilidade civil e o consequente dever de ressarcir o dano»¹²⁷.

A Suprema corte, aliás, embora na ausência de uma relação de trabalho subordinado ou para-subordinado entre clínica e cirurgião, tinha ampliado ulteriormente a responsabilidade contratual da clínica onde teria ocorrido o tratamento contestado, julgando-a responsável (*ex art. 1218 c.c.*) não somente pelo inadimplemento das obrigações que lhe incumbiam, mas também (nos termos do art. 1228 c.c.) pelo inadimplemento da prestação executada pelo profissional na qualidade de «auxiliar necessário da organização empresarial»; assim como do próprio médico que, como devedor da prestação cirúrgica e/ou terapêutica prometida, era considerado contratualmente responsável mesmo por obra de terceiros (e, portanto, da própria clínica) de cuja atividade se utilizou, havendo o dever específico de controle do bom funcionamento da aparelhagem necessária à execução da intervenção¹²⁸. A ligação entre a relação médico/paciente, entre este e aquele e a casa de saúde foi considerada relevante no plano jurídico mesmo na ausência de uma relação de subordinação ou de para-subordinação entre clínica e cirurgião, visto que «de regra, a identificação da estrutura de saúde onde o médico executará a prestação prometida constitui parte fundamental do conteúdo do contrato estipulado entre o paciente e o profissional, no sentido de que cada médico opera exclusivamente junto a determinadas

¹²⁶ Cass., Sez. III, 19 de fevereiro de 2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367.

¹²⁷ Essa é a interpretação fornecida pelo Trib. Cremona, 1º de outubro de 2013, in *Danno e resp.*, 2014, p. 633 ss., com nota de L. MATTINA, “*Legge Balduzzi*”: natura della responsabilità civile del medico.

¹²⁸ Cass., Sez. III, 26 de junho de 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, p. 840.

clínicas e que, por sua vez, cada uma das estruturas de saúde aceita apenas os pacientes cuidados por determinados médicos»¹²⁹.

Nesse meio-tempo, consolidou-se também a orientação jurisprudencial em tema de responsabilidade (civil e penal) dos membros de uma *équipe*. Na esteira de uma orientação destinada a redimensionar seja o paradigma da especialização, seja o da hierarquia, seja o denominado princípio da confiança (entendido como confiança sistemática), e a aplicar a teoria da denominada desconfiança sistemática ou do “controle recíproco”¹³⁰, a Cassação teve que, recentemente, reiterar que «na aplicação da consolidada jurisprudência da Suprema Corte» o componente da *équipe* «possui o dever de diligência concernente não apenas às específicas tarefas que lhe foram confiadas, mas também de vigilância do operado e dos erros alheios na medida em que sejam detectáveis com o auxílio do conhecimento comum do profissional médico»¹³¹. Do operador da saúde que faça parte «mesmo que em posição de menor relevo de uma *équipe* pretende-se sempre uma participação na intervenção cirúrgica não como mero espectador, mas consciente e informada, de modo que ele possa dar o seu aporte profissional não somente em relação à execução material da operação, mas também relativamente ao respeito das regras de diligência e de prudência e à adoção de particulares precauções impostas pelas condições específicas do paciente que será operado»¹³². Na espécie, tal dever de vigilância foi estendido também à atividade executada nas fases antecedentes à execução material da intervenção, concernindo também à verificação da idoneidade da prótese escolhida pelo colega para fins de implante.

¹²⁹ Cass., 26 de junho de 2012, n. 10616, cit., p. 840.

¹³⁰ L. BRIZI, *La Cassazione ancora sulla prova del nesso di causalità materiale e sull'estensione degli obblighi del sanitario membro dell'équipe*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 382.

¹³¹ Cass., Sez. III, 11 de dezembro de 2018, n. 31966, in *Danno e resp.*, 2019, p. 377.

¹³² Cass., 11 de dezembro de 2018, n. 31966, cit., p. 377.

7. *Segue. Virtudes e defeitos da lei n. 24 de 2017 (denominada Gelli-Bianco). A equivocada publicação dos decretos de execução e a quase total inoperância da reforma. A ausência de uma disciplina transitória e a regra jurisprudencial da irretroatividade. A inadmissível “assimetria” do dever de contratar e os corretivos previstos pela normativa francesa. As perplexidades provocadas pelas “outras medidas análogas”, na ausência do decreto de execução*

As incertezas levantadas por esta primeira e tímida tentativa requerem uma posterior intervenção do legislador que, desta vez, discipline todos os aspectos mais significativos do setor médico-hospitalar. Chega-se, assim, depois de um amplo debate, inclusive parlamentar, à promulgação da lei de 17 de março de 2017, n. 24 (denominada lei Gelli-Bianco) que, para bem ou para mal, desempenha essa função.

Não sendo essa a sede para um tratamento aprofundado dos múltiplos aspectos, em parte ainda obscuros, que dizem respeito à essa norma complexa, nos limitaremos a evidenciar apenas algumas temáticas consideradas mais significativas.

Há mais de cinco anos da entrada em vigor dessa lei, o seu principal defeito é certamente a ausência dos decretos regulamentares¹³³ do Ministério do desenvolvimento econômico, previstos pelo art. 10, parágrafo 6 e pelo art. 14, parágrafo 1, malgrado o legislador tenha se comprometido e provê-los em até «cento e vinte dias da data de entrada em vigor da presente lei». O primeiro deveria ter disciplinado aspectos essenciais do contrato, como «os requisitos mínimos das apólices de seguro» para as estruturas de saúde e de assistência social públicas e privadas e para os profissionais de saúde «prevendo a individualização de classes de riscos com correspondentes quotas máximas diferenciadas» (art. 10, parágrafo 6). O mesmo decreto deveria ter estabelecido «os requisitos mínimos de garantia e as condições gerais de operatividade das outras medidas análogas e de assunção direta de risco»; as regras para a transferência do risco no caso de sucessão contratual de uma empresa de

¹³³ Nesses termos o próprio B. F. FUCCI, primo firmatario della l. 24/2017 (*Prefazione*, in *Responsabilità sanitaria*, cit., p. X s.).

seguros, mas também a previsão, no balanço da estrutura de saúde, de um fundo de risco e de um fundo constituído pela reserva de competência dos ressarcimentos relativos aos sinistros denunciados. Além dos dados relativos às apólices de seguros estipuladas nos termos dos parágrafos 1 e 2 do art. 10 e da disciplina das “outras medidas análogas” o decreto deveria ter previsto a modalidade o os termos para a comunicação, ao Observatório nacional de boas práticas sobre a segurança da saúde (art. 3), desses dados por parte das estruturas de saúde e de assistência social públicas e privadas e dos profissionais da saúde, assim como «as modalidades e os termos para o acesso a tais dados». Na ausência de tal decreto a quase totalidade da lei permanece não concretizada: isto vale para a determinação dos requisitos mínimos das apólices, para a individualização das classes de risco, para a determinação dos limites máximos, para a operatividade das “outras medidas análogas” de assunção direta de risco, para a extensão da garantia assecuratória prevista pelas cláusulas *claim made*, para a oponibilidade das exceções derivadas do contrato, para a ação direta da vítima, prevendo o parágrafo 6 do art. 12 que «as disposições do presente artigo aplicam-se a partir da data de entrada em vigor do decreto nos termos do parágrafo 6 do artigo 10».

O regulamento previsto pelo parágrafo 2 do art. 14, por sua vez, deveria ter disciplinado as modalidades de intervenção, o funcionamento e a ação de regresso do Fundo de garantia diante do responsável pelo sinistro (letra *d*), a medida da contribuição devida pelas empresas autorizadas para a assecuração de responsabilidade médica/hospitalar (letra *a*), as modalidades de depósito da contribuição (letra *b*), os princípios aos quais deverá adequar-se a convenção entre o Ministério da saúde e a CONSAP s.p.a. (letra *c*). Na falta de tal decreto é impossível operar o Fundo de garantia.

Na ausência de normas de direito transitório sobre a aplicação da lei às ações pendentes, a Cassação, ao expressar o *Restatement* “San Marino 2019”, estabeleceu que as regras substanciais contidas na lei n. 189 de 2012, tanto quanto aquelas da lei n. 24 de 2017, não retroagem e não podem ser aplicadas a fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor¹³⁴, diversamente daquelas que (art. 7, parágrafo 4), evocando os

¹³⁴ No mesmo sentido, C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice*, cit., p. 857.

arts. 138 e 139 cod. ass. no ponto de liquidação do dano, são de imediata aplicação também aos fatos progressos¹³⁵. A aplicação dessas regras às controvérsias relativas a ilícitos cometidos e a danos produzidos anteriormente à sua entrada em vigor, assim como às ações pendentes em tal data, apenas com o limite do julgamento interno sobre o *quantum*, se justifica porque tal disciplina, não incidindo retroativamente sobre os elementos constitutivos da fattispecie legal da responsabilidade civil, não afeta situações jurídicas pré-constituídas e incorporadas ao patrimônio do sujeito lesado, mas se dirige diretamente ao juiz, delimitando o âmbito de discricionariedade e indicando o critério tabular como parâmetro equitativo na liquidação do dano»¹³⁶.

Um outro defeito grave dessa lei – que muito oportunamente institui um seguro obrigatório de responsabilidade (art. 10 lei n. 24/2017), que se torna ainda mais eficaz em razão da ação direta (art. 12) do sujeito lesado em relação à empresa de seguro é o de prever apenas para as estruturas de saúde públicas e privadas a obrigatoriedade de assegurar «também para danos ocasionados pelo seu pessoal que atue a qualquer título» (parágrafo 1), e de qualquer outro exercente da atividade de saúde «em regime de profissional liberal» ou «que se valha da estrutura para adimplir a própria obrigação contratual assumida com o paciente» sem prever uma obrigação análoga para a empresa de seguros. Essa «incrível hipótese de contratação obrigatória assimétrica»¹³⁷ é bastante perniciososa não apenas porque se coloca em aberta distonia com o quanto previsto pelo art. 132 cod. ass. sobre o tema “obrigação de contratar”, violando o princípio (de igualdade) do paralelismo dos deveres legais que, se subsistem, devem dizer respeito a ambas as partes da relação obrigatória, mas também por determinar «ainda hoje gravíssimas consequências», como a «fuga “autorizada” das empresas de seguro do setor *med-mal*, acarretando o enorme incremento dos prêmios exigidos pelas empresas

¹³⁵ Cass., Sez. III, 11 de novembro de 2019, n. 28994, in *DeJure*.

¹³⁶ Cass., Sez. III, 11 de novembro de 2019, n. 28990, in *Danno e resp.*, 2020, p. 36, com nota de D. AMRAN, *La persona, le “forzose rinunce” e l'algebra*: qualche considerazione all'indomani delle sentenze di San Martino 2019.

¹³⁷ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento, causalità, onere della prova nella responsabilità contrattuale sanitaria*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 322.

que operam em regime de monopólio substancial»¹³⁸. Espera-se que esse «seguro assimétrico obrigatório» que determina «evidente recaída em termos de efetividade da medida»¹³⁹, possa readquirir a necessária bilateralidade com o decreto do Ministério do desenvolvimento econômico, que deverá prever os requisitos mínimos de garantia e de operatividade das apólices, assim como a individualização das classes de risco aos quais devem corresponder limites máximos diferenciados (art. 10, parágrafo 6).

Sobre o tema, bem diverso é o direito francês, que prevê não apenas a bilateralidade do dever de contratar, mas também introduz um organismo, o *Bureau central de tarification* (art. 252-1 cod. ass.), que tem a função de fixar com autoridade o prêmio do seguro quando uma companhia de seguros se recusar, por duas vezes, a estipular um contrato de seguro em matéria de saúde. A empresa de seguros identificada pelo *Bureau* (art. R. 250-4-1 co. ass.) é obrigada não apenas a estipular o contrato, mas também a observar as condições contratuais estabelecidas. A recusa injustificada de «garantir le risque qui lui a été proposé» (art. 252-1 cod. ass.) expõe a empresa de seguro a sanções de natureza administrativa imposta pela Autoridade de vigilância e de controle do setor de seguros.

A lei n. 24 de 2017 confere às estruturas de saúde, em alternativa à cobertura assecuratória tradicional, o recurso a «outras medidas análogas para a responsabilidade civil em relação a terceiros [...], também para danos ocasionados pelo seu pessoal a qualquer título» (art. 10, parágrafo 1). É permitido, portanto, o autosseguro que, na substância, é um não-seguro¹⁴⁰ por faltar o elemento essencial de transferência do risco a um sujeito externo institucionalmente disposto a assumir a obrigação de garantia. Mas a gestão interna dos riscos requer um plano organizado de provisionamento de fundos e a capacidade de efetuar corretamente uma valoração prognóstica acerca da incidência do risco de verificação de um sinistro. Nesse sentido, a fim de valorizar a função de *risk management* das estruturas de saúde, a lei prevê a instituição de centros para a gestão

¹³⁸ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento, causalità, onere della prova*, cit., p. 322.

¹³⁹ M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione*, cit., p. 48.

¹⁴⁰ L. VELLISCIG, *Autoassicurazione e rischio sanitario. Riflessioni critiche alla luce dell'esperienza statunitense*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 671.

do risco e a segurança do paciente (art. 2, parágrafo 4), dispostos a recolherem das estruturas de saúde públicas e privadas os dados regionais sobre riscos e eventos adversos, assim como sobre o contencioso. Esses dados devem ser transmitidos anualmente pelos Centros Regionais ao Observatório nacional de boas práticas sobre segurança na saúde. A coleta e a valoração desses dados podem revelar-se muito útil para as estruturas de saúde, a fim de elaborar um plano de representação do risco e proceder um provisionamento de reservas. Na falta de uma correta prática na gestão do risco e de uma competência específica em termos de gestão de reserva e de contencioso e, sobretudo, na ausência de disposições que deveriam ser previstas pelo decreto executivo, a denominada *self insurance* pode frustrar a tutela para os pacientes vítimas de *medical malpractice*, além de criar possíveis “buracos” no balanço¹⁴¹. É auspicioso, portanto, que sejam estendidas às estruturas de saúde auto-asseguradas as regras às quais devem se adequar as empresas de seguros que operam no setor da saúde, juntamente ao sistema de vigilância e de controle previstos para as companhias de seguros privados.

8. Do perfil estático ao aspecto dinâmico da atividade sanitária: “governo clínico” e *risk management*. A oportuna introdução de um modelo bipolar. As distorções jurisprudenciais da reforma: a) a limitação da dirimente penal apenas à “culpa leve” da imperícia. b) Um (contestado) retorno às origens: a aplicação, às obrigações de “*facere* profissional”, da divisão dos ônus probatórios previstos pela responsabilidade extracontratual por culpa. Os “corretivos” da Cassação: a *fictio* do recurso à prova presumida e “indiciária”

A «dominância»¹⁴² da responsabilidade da estrutura de saúde em relação àquela do profissional, já prevista em todos os precedentes projetos de lei¹⁴³ – expressão da oportuna vontade do legislador de valorizar «mais que o perfil estático do serviço (a prestação da saúde em si e por si considerada), o perfil dinâmico correlato à atividade e ao

¹⁴¹ M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione*, cit., p. 55.

¹⁴² C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice*, cit., p. 864.

¹⁴³ R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria*, cit., p. 548 ss.

facere endereçado ao serviço»¹⁴⁴ – encontra o seu corolário seja na disciplina da responsabilidade civil e penal, seja nos limites postos às ações de ressarcimento e/ou de sub-rogação, realizável apenas nos casos de culpa grave do profissional da saúde (art. 9, parágrafos 5 e 6) e por uma soma total que não pode superar o triplo de «uma soma igual ao valor maior da retribuição bruta ou do correspondente convencional» (art. 9, parágrafo 5, no caso de resp. administrativa) ou «da renda profissional incluindo a retribuição bruta» (parágrafo 6), conseguidos «no ano de início da conduta causadora do evento ou no ano imediatamente precedente ou sucessivo».

Em relação à lei Balduzzi, que excluía a responsabilidade penal do profissional da saúde que no exercício de suas atividades tivesse seguido as diretrizes e boas práticas reconhecidas pela comunidade científica limitadamente à culpa leve (art. 3), sem distinguir entre imperícia, imprudência e negligência, a lei n. 24 de 2017 não limita a responsabilidade à culpa leve, mas exclui a punibilidade somente para os casos de imperícia «quando são respeitadas as recomendações previstas pelas diretrizes como definidas e publicadas nos termos da lei, ou na sua falta, as boas-práticas clínico-assistenciais, sempre que as recomendações previstas das referidas diretrizes sejam adequadas à especificidade do caso concreto» (art. 6, parágrafo 1 que substitui o código penal relativamente ao art. 590-*sexies*). Nos termos da lei n. 24 de 2017, que abandonou a distinção entre culpa leve e culpa grave, «recuperando, ao contrário, plenamente a *imperícia* como categoria jurídica tradicional da culpa *ex art. 43 c.p.*»¹⁴⁵, resultaria não punível penalmente todas as condutas revestidas de imperícia, mesmo que cometidas com culpa grave. O intérprete, portanto, não deveria mais verificar o grau de culpa, «mas estabelecer a sua natureza ou ela ser uma expressão de imperícia mais do que de negligência ou imprudência»¹⁴⁶.

Todavia, as Seções unidas penais¹⁴⁷ – chamadas a dirimir um conflito entre duas orientações jurisprudenciais contrapostas surgido

¹⁴⁴ R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria*, cit., p. 543, in nt. 2.

¹⁴⁵ Entre tantos, confira-se, S. AMATO, *L'approvazione della legge Gelli-Bianco e il superamento della legge Balduzzi*, in *Responsabilità sanitaria*, cit., p. 409.

¹⁴⁶ S. AMATO, *L'approvazione della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 410.

¹⁴⁷ Cass., Sez. un. pen., 22 de fevereiro de 2018, n. 8770 (denominada sentença Mariotti), in *Giur. pen. web*, 23 febbraio 2018.

internamente à IV Seção, que passavam de uma interpretação substancialmente ab-rogante da reforma¹⁴⁸ «a outra dirigida a excluir da área penalmente relevante o inteiro âmbito das condutas imperitas dos profissionais da saúde que, embora havendo corretamente identificado e selecionado as diretrizes de referência»¹⁴⁹ tivessem errado na sua aplicação prática – decidiram criar uma regra completamente inédita. A não punibilidade é limitada apenas ao caso de imperícia “por culpa leve” do profissional da saúde que tenha corretamente identificado e selecionado diretrizes (ou, na sua ausência, boas práticas clínico-assistenciais) “adequadas” à especificidade do caso concreto e que não tenha errado na sua aplicação prática (hipótese, na verdade, bastante rara na prática, a ponto de poder ser considerada “convencional”), enquanto a responsabilidade penal não resultaria excluída não apenas quando a conduta for caracterizada por (culpa mesmo leve por) negligência ou imprudência, mas também quando o evento tiver se verificado por uma conduta imperita caracterizada pela culpa grave na escolha de diretrizes ou de boas práticas; por culpa, também leve, por imperícia, quando o caso concreto não é regulado por diretrizes ou boas práticas; por culpa, também leve, por imperícia, na escolha de diretrizes ou boas práticas não adequadas à especificidade do caso concreto.

A interpretação das Seções unidas, porém, conflita com a prescrição normativa que, de um lado, ab-rogou explicitamente o art. 3, parágrafo 1, da lei Balduzzi, a qual mencionava a culpa leve sem distinguir entre imperícia, negligência e imprudência; de outro, limitou as ações de ressarcimento e/ou de sub-rogação apenas aos casos de culpa grave do profissional da saúde (art. 9, parágrafos 5 e 6). Daí a irrazoabilidade de uma interpretação que torna a responsabilidade penal mais extensa do que a civil e administrativa. Na presença de duas ações autônomas e paralelas, o profissional da saúde considerado isento de responsabilidade na ação de ressarcimento (porque a conduta imperita é caracterizada pela culpa leve) poderia ser condenado na esfera penal.

¹⁴⁸ Cass. pen., Sez. IV, 20 de abril de 2017, n. 28187 (denominada sentença De Luca Tarabori).

¹⁴⁹ S. AMATO, *L'approvazione della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 413, onde refere-se ao entendimento seguido pela Cass. pen., Sez. IV, 19 de outubro de 2017, n. 50078 (Cavazza).

Enquanto a Cassação penal observa uma interpretação tão restritiva das causas de não punibilidade, a Cassação civil, pelo contrário, segue uma orientação decididamente “permissiva” no que se refere à responsabilidade civil da estrutura de saúde. A lei n. 24/2017 dispôs um tratamento diferenciado das responsabilidades (contratual) da estrutura de saúde e (extracontratual) para os profissionais da área, empregados ou não, que não tenham «agido para o adimplemento de obrigações contratuais assumidas com o paciente» (art. 7, parágrafos 1 e 3), precisamente para “canalizar” a responsabilidade em relação (à companhia de seguro da) da estrutura de saúde, responsável que é pelo “governo clínico” e pelo *clinical risk management*¹⁵⁰.

Esse sistema, certamente compartilhável, que pretende gravar (com ação direta) a companhia de seguros da estrutura de saúde com o custo dos danos causados ao paciente também pelos “auxiliares” do devedor, foi «totalmente conturbado»¹⁵¹ por uma criticada orientação da Terceira seção civil da Cassação¹⁵² que, ao descumprir os “princípios de direito” prospectados pelas Seções unidas¹⁵³, e sem lhe submeter novamente a questão (nos termos do art. 374 c.p.c)¹⁵⁴, predica uma estranha teoria sobre inadimplemento...extracontratual por culpa do devedor (assegurado)¹⁵⁵. Tal endereçamento, que tenta reconduzir integralmente o setor da responsabilidade da saúde às suas origens

¹⁵⁰ A esse respeito, por todos, confira-se, P. MAUTONE, *Clinical risk management e consenso informato alle cure mediche*, in *Responsabilità sanitaria*, cit., p. 497 ss.

¹⁵¹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità* (Atti del 15° Convegno Nazionale SISDiC, 14–16 maggio 2020), Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 356.

¹⁵² Introduzido por Cass., 26 de julho de 2017, n. 18392, in *Danno e resp.*, 2017, p. 696 ss., com nota de D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l’inizio di una nuova storia?*

¹⁵³ Cass., Sez. un., 30 de outubro de 2001, n. 13533, cit., p. 1565 ss.; Cass., Sez. un., 11 de janeiro de 2008, n. 577, cit., p. 790.

¹⁵⁴ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità “materiale”*: perseverare diabolicum, in *Danno e resp.*, 2020, p. 83 s.

¹⁵⁵ Nesses termos, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell’inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 249 ss. Para outras considerações críticas, R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3582 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell’inadempimento*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, p. 33 ss.; M. MAGLIULO – R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa*, cit., p. 256 ss.

extracontratuais, também no que diz respeito às estruturas de saúde, operaria uma indevida confusão entre a disciplina das responsabilidades contratual (art. 1218) e delitual (art. 2043 c.c.), entre inadimplemento e culpa, entre causalidade “material” e causalidade “jurídica”¹⁵⁶, entre causalidade abstrata e causalidade específica ou individual¹⁵⁷, quebrando a unidade do direito das obrigações e duplicando a disciplina do inadimplemento. Caberia ao credor, embora limitadamente às obrigações de *facere* profissional¹⁵⁸, a prova da conduta negligente e da relação de causalidade material com o dano-evento, enquanto o paciente/credor seria gravado com o risco da causa incerta e/ou ignota¹⁵⁹.

Essa orientação, criticada também pelos Autores que qualificam a obrigação da saúde como obrigações “de meios”¹⁶⁰ ou com “resultado indeterminado”¹⁶¹, além de representar um retrocesso em relação à mesma jurisprudência sobre prestações denominadas de rotineiras¹⁶², violaria «seja os arts. 1218 e 2697 c.c., seja a recente reforma da responsabilidade da saúde (lei n. 24 de 2017), a qual pretendeu colocar no âmbito extracontratual a responsabilidade (por culpa) do auxiliar do devedor, mas em âmbito contratual a responsabilidade da estrutura da saúde pública ou privada, concedendo, assim, ao credor lesado uma ação direta em relação à companhia de seguros do devedor (art. 12, parágrafo 1)»¹⁶³; colocaria em discussão a unidade do direito das obrigações e da disciplina do inadimplemento, deformando o juízo de responsabilidade contratual na «convicção equivocada de que a responsabilidade médica seja governada por exigências específicas tais a justificar a predisposição de um regime autônomo»¹⁶⁴ que predica regras incompatíveis com o art.

¹⁵⁶ G. GORLA, *Sulla c.d. causalità giuridica: «fatto dannoso e consequenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 417.

¹⁵⁷ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità*, cit., p. 83.

¹⁵⁸ Nesse sentido as subsequentes sentenças “Scoditti”: Cass., Sez. III, 11 de novembro de 2019, n. 28991 (e 28992), in *Danno e resp.*, 2020, p. 72 ss.

¹⁵⁹ Cf. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione*, cit., p. 249 s.; ID., *Inadempimento e causalità*, cit., p. 77 s.

¹⁶⁰ A título de exemplo: A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino: Giappichelli, 2018, p. 15 ss.; G. D’AMICO, *Il rischio della “causa ignota”*, cit., p. 357.

¹⁶¹ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell’onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, p. 709 ss.; ID., *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 561 ss.

¹⁶² Cass., 21 de dezembro de 1978, n. 6141, cit., c. 4.

¹⁶³ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali*, cit., p. 357.

¹⁶⁴ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale*, cit., p. 736.

1218 c.c. e com o sistema inteiro do direito das obrigações; invertendo os ônus probatórios, transfere novamente o peso do dano da companhia de seguros do devedor (estrutura de saúde) ao paciente credor, representando «um injustificado favor para as companhias de seguro»¹⁶⁵.

Na sequência das críticas movidas por uma doutrina quase unânime¹⁶⁶, a Terceira seção civil, nas mais recentes decisões, parece ter modificado sua orientação, ora incorrendo em desajeitadas contradições¹⁶⁷, ora recorrendo à *escamotage* da prova da causalidade «mesmo por meio de presunções»¹⁶⁸, na ausência de fatores alternativos causalmente relevantes. Todavia, «evidentemente, a presunção da relação etiológica inverte o ônus da prova da causalidade [...] e inverte o risco da causa incerta que passa a gravar, exatamente» (nos termos do art. 1218 c.c.), «o devedor e não o credor»¹⁶⁹.

A prova do que foi aqui destacado é confirmado por uma decisão significativa da Terceira seção que, citando seja o posicionamento das Seções unidas (n. 577 de 2008), seja aquele (contraposto) das decisões mais recentes, cassa a sentença da Corte de Apelação de Torino precisamente pela ausência de adequada consideração da “prova presumida” de causalidade. E conclui de modo a uniformizar seu entendimento com o das Seções unidas: «alegada e provada a recorrência de um inadimplemento “qualificado” (ou seja, o transplante de uma válvula defeituosa) capaz de implicar de per se, na falta de fatores alternativos “mais prováveis”, a presunção de que da conduta inadimplente decorreu as subsequentes intervenções e internações, cabia ao réu o ônus de fornecer uma prova idônea a superar tal presunção de acordo com o critério geral do art. 2697 c.c., parágrafo 2»¹⁷⁰. Na espécie, «permanecendo obscura a causa das intervenções subsequentes à

¹⁶⁵ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali*, cit., p. 357.

¹⁶⁶ Confira-se, igualmente, as observações feitas por C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 882 ss., onde oportunamente considera que «na responsabilidade contratual uma questão causal não é jamais posta como objeto de prova para o credor – porquanto de acordo com o art. 1218 c.c. essa recai sobre o devedor».

¹⁶⁷ Evidenciado, com argúcia, por U. VIOLANTE, *Sulla responsabilità del gestore di piste da sci: “facere” professionale, nesso di causa, onere della prova*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 631 ss., criticando a Cass., Sez. III, 18 de fevereiro de 2020, n. 4009 (ord.).

¹⁶⁸ Cass., 11 de novembro de 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 74.

¹⁶⁹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento, causalità, onere della prova*, cit., p. 336.

¹⁷⁰ Cass., Sez. III, 11 de dezembro de 2018, n. 31966, cit., p. 375.

primeira, cabia aos réus demonstrar a ocorrência de uma causa imprevisível e inevitável que tornariam necessárias as intervenções posteriores sobre a válvula implantada no paciente»¹⁷¹.

Essa decisão, malgrado uma referência formal à orientação criticada, «na substância rebate uma regra de todo oposta. Embora com base em uma qualificação implícita da obrigação de saúde como obrigação de meios, a alegação, por parte do credor, de um inadimplemento qualificado (transplante de uma válvula defeituosa) “abstratamente” idôneo a causar o dano grava o devedor com a prova da vicissitude extintiva da relação: o exato adimplemento ou a impossibilidade superveniente da prestação por causa que não lhe é imputável»¹⁷². Na falta de tal prova o inadimplemento do devedor é considerado causa não apenas dos danos subsequentes à primeira intervenção, mas também daqueles derivados das sucessivas intervenções e internações. E «a causa incerta, como é lógico, recai sobre o devedor. Aqui a Cassação mascara, como recurso à prova presumida, aquele que é o regime ordinário do inadimplemento, embora em uma perspectiva “subjettiva” que identifica este último com a conduta negligente, imperita e/ou imprudente do devedor»¹⁷³.

Um caminho diverso, mas convergente, é adotada por uma recente decisão, que chega à condenação da ASL de Orestano: a existência do nexu causal entre a conduta dos profissionais da saúde e a morte do paciente, «nos termos de imputação completa do evento lesivo aos médicos», é deduzida «excluindo intermediações de fatores naturais concomitantes e com valor etiológico incidente sobre a causação do evento»¹⁷⁴. Vice-versa, a parte recorrente pretendia «(inadmissivelmente) atribuir valor de fatores naturais etiologicamente concorrente com a conduta dos profissionais da saúde a uma [...] abstrata valoração da ciência médica, separada, portanto, da verificação efetuada, corretamente, pelo juiz de mérito do caso concreto»¹⁷⁵. Diferenciada, com base no caso

¹⁷¹ Cass., 11 de dezembro de 2018, n. 31966, cit., p. 375.

¹⁷² A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento, causalità, onere della prova*, cit., p. 336

¹⁷³ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento, causalità, onere della prova*, cit., p. 337.

¹⁷⁴ Cass., 27 de julho de 2021, n. 21530, cit., § 5.

¹⁷⁵ Cass., 27 de julho de 2021, n. 21530, cit., § 5.

Franceze¹⁷⁶, a probabilidade científica da probabilidade lógica, reputa-se que «o paradigma de certeza probabilística», a qual aspira a «teoria condicionalista temperada pela teoria da denominada regularidade ou adequação causal», não possa «ser ancorado na determinação quantitativa-estatística das frequências de classes e eventos (denominadas probabilidade quantitativa ou pascoalina), a qual poderia também faltar ou ser incoerente, mas deve ser verificado reconduzindo-se o grau de validade no âmbito dos elementos de confirmação (e, ao mesmo meio tempo, de exclusão de outras possibilidades alternativas) disponíveis no caso concreto (denominada probabilidade lógica ou baconiana)»¹⁷⁷. Nesse sentido, como já sublinhado por uma importante decisão do Tribunal de Justiça UE¹⁷⁸, a prova da relação causal pode «também derivar da indiciária [...] mesmo na ausência de “certezas” científicas (em termos positivos ou negativos), mas podendo fundar-se “em uma totalidade de indícios cuja gravidade, precisão e concordância [...] consentem” ao juiz “de considerar, com um grau suficientemente alto de probabilidade, que uma conclusão similar” – ou seja, a subsistência de assim dita conexão – “corresponda à realidade”»¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Cass., Sez. un pen., 10 de julho de 2002, in *Foro it.*, 2002, II, c. 619 ss.

¹⁷⁷ Cass., 27 de julho de 2021, n. 21530, cit., § 1.1.1.

¹⁷⁸ TJUE, Sez. II, 21 de junho de 2017, causa C-621/15, *N.W. e altri c. Sanofi Pasteur MSD SNC e altri*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 669, com nota de A.L. BITETTO MURGOLO, *Danno da vaccini e prova del nesso causale tra product liability e indennizzo*.

¹⁷⁹ Cass., 27 de julho de 2021, n. 21530, cit., § 1.1.1.1.