

REGRA DA LOCALIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS

Locality rule and medical professional negligence

Pelo Doutor Renato Lovato Neto⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. Introdução: O impacto das características particulares de determinado profissional. **2.** Considerações gerais sobre a diligência profissional dos médicos. **3.** A regra da localidade e a diligência médica: o exemplo do direito norte-americano. **4.** A regra da localidade como fator de individualização do padrão de diligência na responsabilidade civil. **5.** Síntese conclusiva. **Bibliografia citada.**

Resumo: O direito da responsabilidade civil tem como um dos seus requisitos a culpa, que no regime-regra é averiguada por meio de um padrão de cuidado de uma pessoa razoável. Esse critério é objetivo, porém deve ser verificado diante das circunstâncias de cada caso. O artigo tem como finalidade estudar se dentro desse quadro é possível considerar se a localização onde o médico exerce a sua profissão poderá modular esse padrão de qualidade.

Palavras-chave: Diligência médica; responsabilidade civil do médico; padrão de cuidado; culpa; prestador de serviços de saúde.

⁽¹⁾ Professor Auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique; Doutor em Direito (Doutoramento Europeu) pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Mestre em Direito Privado (*magna cum laude*) pela Universidade Católica Portuguesa do Porto; Investigador Integrado do Instituto Jurídico Portucalense (IJP); Investigador Colaborador do Centro de Investigação Jurídica (CIJ); Advogado (Brasil/Portugal). Endereço para contacto: <renato.neto@upt.pt>.

Abstract: Professional negligence requires the violation of a duty of care, which is verified via a reasonable person standard of care. This criterion is objective, although the circumstances of the case can be taken in consideration. This paper aims to understand if in this framework the locality rule can be used to modulate the medical standard of care.

Keywords: Medical diligence; medical malpractice; standard of care; fault; health care provider.

1. Introdução: O impacto das características particulares de determinado profissional

O tema da análise em concreto ou em abstrato da culpa do médico exige a ponderação sobre os limites do padrão-regra objetivo da diligência do bom pai de família (do profissional razoavelmente competente, da pessoa razoável ou média, ou qualquer outra nomenclatura apontada na lei)⁽²⁾. Alguma personalização do padrão de cuidado se daria em relação à

⁽²⁾ A diligência médica tem um desenho próprio em relação a outras faces da culpa na responsabilidade civil: “A obrigação de prestação de cuidados assistenciais, para os que lhe atribuem natureza contratual (...), é uma obrigação de prestação de serviços, de meios, em contraposição com a de resultado, em que o médico se obriga a prestar cuidados ao doente, minorar-lhe a dor, proporcionar-lhe bem estar, saúde, aliviá-lo do padecimento, restitui-lo à vida, se em perigo, envidar todos os esforços ao seu alcance, por em prática os seus conhecimentos de acordo com a ciência e a executá-los conforme os seus meios técnicos disponíveis, de acordo com as *leges artis*, um especial dever objectivo de cuidado, tendo como padrão um médico minimamente cuidadoso, diligente, sensível ao sofrimento alheio e aos bens jurídicos da vida e saúde, tal como suposto pela ordem jurídica, que nas condições do caso concreto agiria de forma diferente, como um *bonus pater familias*. E não se trata de uma obrigação de resultado, de assegurar a todo o custo, a cura, mas a prestar os seus serviços, incluindo cuidados e conselhos, esclarecimentos dos riscos usuais e comuns em certos tratamentos, mas não já produzir um resultado esperado, porque na prestação de serviço podem interferir variáveis absolutamente incontroláveis e imprevisíveis, mesmo que empregues toda diligência. O médico apenas se compromete a empregar a diligência e a prudência típica da sua especialidade em ordem a conseguir certo efeito, tratar o doente, para evitar o mal iminente” — cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.02.2015 (ARMANDO MONTEIRO). É o mesmo no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.03.2017 (TOMÉ GOMES), no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.03.2018 (MARIA DA GRAÇA TRIGO), no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.02.2019 (OLIVEIRA ABREU) e no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.12.2020 (RICARDO COSTA), entre outros. Foi esta posição traduzida para o Estatuto da Ordem dos Médicos (Lei n.º 117/2015, de 31 de agosto), no art. 135.º, dentro dos princípios gerais de conduta: “1 — O médico deve exercer a sua profissão de acordo com a *leges artis* com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade. (...) 8 — O médico deve cuidar da permanente atualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica”.

localidade da prestação de serviço, da especialização e da reputação do profissional, do valor do preço dos seus serviços, da qualidade de sua educação e qualificação formal, entre outros fatores.

Em princípio, os graus de conduta, de diligência e de cuidado a serem seguidos pelos médicos são os mesmos para todos os profissionais de dada área: se devem ser comparados numa avaliação *objetiva e impessoal*, tendo somente as circunstâncias do caso como variantes. Todos estão inscritos no mesmo quadro profissional e o regime por trás das associações profissionais é o tratamento igualitário entre os seus membros.

Ignoram-se as particularidades dos sujeitos envolvidos, sendo sempre o padrão do profissional médio ou do profissional razoavelmente competente e cuidadoso. Cabe indagar se pode haver alguma individualização desse *standard*⁽³⁾, de acordo com as partes envolvidas.

Um grande questionamento sobre a determinação de um nível de diligência médio a ser exigido de um profissional razoavelmente capaz está no que deve-se considerar em termos de *local* em que a atividade se desen-

(3) No direito italiano, ver MAURO BUSSANI, *La colpa soggettiva: modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, Cedam, 1991, pp. 27-29, ss., indagando se a individualização da valoração da culpa é uma exceção à regra geral ou se comporta um regime autónomo. O autor chama atenção não somente para a individualização em caso de profissionais que apresentam capacidades acima da média, que têm, *e.g.*, especialização, experiência e formação universitária superiores, mas de igual modo para sujeitos que são *inferiores à média* nesses e noutros aspetos — cf. MAURO BUSSANI, *La colpa soggettiva...*, *op. cit.*, pp. 31-39, entretanto destacando a figura do *handicap* e do *soggetti deboli* que apresentam capacidades reduzidas que de alguma forma são observadas e merecem tutela jurídica. Não está a se referir a indivíduos que não continuaram os seus estudos a nível de pós-graduação, que frequentaram um ensino superior de qualidade questionável ou médicos novatos, por exemplo, o que não nos impede de considerarmos essas situações, denominado de “*uomo senza qualità*” (MAURO BUSSANI, *La colpa soggettiva...*, *op. cit.*, p. 218). Por outro lado, se tratando da superioridade subjetiva (*superiorità soggettiva*), MAURO BUSSANI, *La colpa soggettiva...*, *op. cit.*, pp. 215-218, 235-251, trata da relevância no direito italiano da experiência anterior como relevantes para a responsabilidade civil em atividade profissional. Sobre uma consideração mais individualizada da diligência aplicada pelo médico na responsabilidade profissional perante o seu paciente, há de se operar diferentes critérios, nos quais o juiz deve: primeiramente, desenhar qual a conduta esperada no caso concreto, diante dos factos e direito aplicável (especialmente para avaliar qual a conduta profissional que um médico prudente deveria ter na condução da causa); em segundo momento, adequar a exigibilidade do *standard* ao caso concreto, tanto para abaixar o nível do dever de cuidado como para elevá-lo. Acerca dessa posição, cf. SELMA PEREIRA DE SANTANA, *Negligência grosseira: a sua autonomia material*, Lisboa, Quid Juris, 2005, pp. 147-156, que conclui: “[s]ob a perspetivação, agora, da negligência grosseira, os mesmos critérios *generalizador* e *individualizador* hão-de ser utilizados. Assim, para aquele agente que possua capacidades inferiores à média, e que tenha procedido dessa maneira, não se considera que fique excluída a tipicidade, mas uma análise individualizadora que será relegada para o âmbito da culpa. Para aqueles, contudo, possuidores de capacidades superiores ao padrão médio, e que tenham agido semelhantemente, as suas capacidades deverão ser tomadas em conta, no sentido de poderem fundar o tipo de ilícito negligentemente grosseiro”.

volve, isto é, se tal *standard of care* é o localmente verificado ou se é racionalizado de modo global a todos os profissionais que exercem no território em questão.

Ainda que um estatuto da ordem profissional seja o mesmo para todo o território e o poder regulamentar das secções territoriais seja limitado — muitas vezes referindo-se somente a questões formais e administrativas — as diferenças que nos importam para o critério da culpabilidade estão nas circunstâncias factuais em que a medicina é exercida.

A adaptação do padrão de cuidado às peculiaridades locais é a “regra da localidade” (*locality rule* ou *standard*).

Por exemplo, há de analisar se um médico que atua numa cidade grande tem os mesmos níveis de dever de cuidado que o que atua numa cidade pequena — ou, ainda, se o que atua em zonas rurais ou remotas terá o mesmo dever de cuidado que os que vivem em zonas urbanas e com maior acesso ao conhecimento e formações específicas.

A localização é relevante para determinar os níveis de cuidado e diligência esperados em dado contexto, avaliando a circunstância do caso, mas esse critério pode ser empregado de modo abstrato ou na situação concreta.

Ora:

- pode-se avaliar de forma geral o dever requerido na prestação de *todos os médicos naquele local* como vinculantes a todos;
- ou pode-se ponderar qual o *grau de diligência de um médico individualizado* nas circunstâncias que envolviam a prática do ato específico em dado tempo e local.

Por um lado, também as expetativas que um paciente tem perante o médico que contrata em prática particular ou a um determinado estabelecimento hospitalar podem exercer um papel nesta análise, isto é, se a localidade é um elemento determinante em relação ao que o paciente espera de seu médico, a verificação da diligência poderia ser feita de acordo com um certo e delimitado espaço.

2. Considerações gerais sobre a diligência profissional dos médicos

Quando se fala de especialidades⁽⁴⁾ que um médico professa ter a um paciente ou ao mercado de serviços em geral, a ponderação sobre o grau de cuidado num caso concreto suscita dúvidas. Ora, um médico especialista pode ter sua conduta avaliada pelo juiz pelo padrão de diligência de um prático com as suas qualificações, conhecimentos e experiência, ou então se o *standard of skill and care* será o exigido para a sua profissão em geral⁽⁵⁾.

No direito inglês, há alguma adoção da primeira corrente, mas a aceitação ampla está do lado do tratamento *generalístico* do grau de diligência, que é ponderado sobre um *professional devidamente qualificado praticando aquela profissão*, num teste objetivo com base num médico *ideal e imaginário*, e não um teste *subjetivo* com relação ao profissional em particular⁽⁶⁾.

Disto entendemos que na responsabilidade civil profissional outra regra que pode se estabelecer é que aos *especialistas* será exigido um grau de diligência maior do que aos *generalistas*, nomeadamente na responsabilidade médica, segundo qual o médico especialista e que tem um determinado cargo (numa clínica ou hospital) será responsabilizado se causar

⁽⁴⁾ JACQUES HAMELIN e ANDRÉ DAMIEN, *Les règles de la profession d'avocat*, 8.^{ème} ed., Paris, Dalloz, 1995, pp. 332 e 334, mencionam que, se no *milieu* do século XIX apenas existiam profissionais com algumas especialidades, a realidade era diferente ao fim e início do século XX, cf. *Art. 1er de l'arrêté* de 8 de Junho de 1993, J.O. 12 de Junho de 1993, p. 8407.

⁽⁵⁾ JOHN L. POWELL e ROGER STEWART (eds.), *Jackson & Powell on professional liability*, 7.th ed., Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2012, p. 78. No Japão, por exemplo, um médico generalista possui os mesmos deveres de cuidado que possui um especialista na área em questão, embora um *grande* hospital possui deveres de diligência mais acentuados e devem obedecer padrões de qualidade mais elevados (KATSUNORI KAI, YUICHIRO SATO e YUKO NAGAMIZU, *Medical Law in Japan*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2014, p. 33).

⁽⁶⁾ Cf. JOHN L. POWELL e ROGER STEWART (eds.), *Jackson & Powell on professional liability...*, *op. cit.*, p. 79, que critica tanto as posições sobre um teste objetivo quando sobre um teste subjetivo: A abordagem subjetiva é irreal e impraticável, pois não seria adequado elaborar um padrão de conduta com base nas qualificações e capacidades assumidas pelo profissional, e, posteriormente, verificar se a conduta dele atingiu esse padrão no caso concreto. Em outra mão, também não é pertinente a abordagem objetiva, porque desta se exige padrões de competência iguais a todos os membros daquela profissão, algo que cria problemas mais graves quando se trata de profissionais com posições diferentes na hierarquia (e.g., médicos em começo de carreira e médicos de elevando *rank* numa sociedade), cf. JOHN L. POWELL e ROGER STEWART (eds.), *Jackson & Powell on professional liability...*, *op. cit.*, p. 79. Os autores propõem uma solução em que o juiz deve apreciar a conduta do profissional lesante em referência a um padrão de cuidado (*standard of skill and care*) apropriado a todos os membros de sua profissão que, entretanto, tenham o mesmo *status*, qualificação e posição formal numa estrutura hierárquica (JOHN L. POWELL e ROGER STEWART (eds.), *Jackson & Powell on professional liability...*, *op. cit.*, p. 79).

danos exercendo a profissão além de sua competência real⁽⁷⁾. Isso porque anuncia que é mais capacitado por ser especialista ou ocupar uma posição.

Questiona-se se é possível exigir maior diligência e cuidado de um médico especialmente bem preparado e experiente (o especialista)⁽⁸⁾, comparativamente com médico menos preparado e inexperiente (o generalista em início de carreira), isto é, se aquele poderá responder por ter atuado abaixo do *standard of care* que sua particular qualificação lhe permite, mas que ainda assim atuou com cuidado superior ao de um médico razoavelmente competente, numa situação em que um médico médio não responderia. Isso se dará em questões médicas de alta complexidade e de dificuldade elevada, para as quais um médico comum não tem a habilidade e conhecimento para resolver com simplicidade. Há um dever de integridade do médico que pressupõe que o dever de cumprir pontual e escrupulosamente os deveres consignados nos estatutos profissionais e todos os demais que as regras da profissão, a lei, os usos, costumes e tradições profissionais lhe impuserem⁽⁹⁾.

Nesse sentido, *o cumprimento dos deveres legais abrangeria tão somente a diligência do bom pai de família*, que nada mais seria que a preparação e cuidado médio pela avaliação da culpa em abstrato. Esse quadro teórico parte de uma presunção legal de que todos os médicos são igualmente competentes para prestar todo e qualquer serviço típico e generalista dessa atividade profissional (algo que é comum em diversos ordenamentos jurídicos quanto à medicina generalista), com atenção então apenas às especialidades. Isso permite que qualquer médico se obrigue a prestar qualquer serviço de caráter geral e, fazendo, deverá executar o contrato com um padrão de um médico razoavelmente competente, entretanto *aplicando os conhecimentos técnicos e empíricos que o profissional possui em sua qualidade individual e que lhe instrumentalizam para resolver problemas de especial dificuldade*⁽¹⁰⁾.

(7) HUGH EVANS, *Lawyers' Liabilities*, London, Sweet & Maxwell, 1996, p. 6.

(8) Cf. em JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “A responsabilidade dos profissionais liberais”, in *Estudos sobre direito civil e processo civil*, Vol. II, 2. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 692. Para FABRÍCIO ZAMPROGNA MATIELLO, *Responsabilidade civil do advogado*, São Paulo, LTr, 2014, pp. 62-63, seria impossível aplicar o critério do bom pai de família aos profissionais, pois suas obrigações se revestem com as demandas da perícia e conhecimento técnicos, que qualificam o padrão de conduta esperado para a correta aplicação e manuseio dos instrumentos das ciências. Em Portugal, L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, *Responsabilidade...*, op. cit., p. 31, entende que, além da diligência profissional ser mais elevada que a do bom pai de família, também será ainda *mais rigorosa* quando o prestador de serviços for *especialista*.

(9) L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, *Responsabilidade civil dos advogados*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 16.

(10) JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “A responsabilidade...”, op. cit., p. 693.

Apesar de a medicina receber aquele tratamento igualitário em diversos ordenamentos, é cabível que sejam exigidos esforços e conhecimentos acima do padrão médio. Uma pessoa que dirige-se ao profissional ou a clínica/hospital em específico tem o direito de receber uma prestação com maior diligência se eles professarem possuir competência maior que a média, o que não se dará com a nomeação de um médico em situações como emergências hospitalares, cuja escolha não compete ao doente individual. Isso porque há um contrato entre o médico e o doente que permite que o credor demande que o devedor execute sua prestação com o *skill and care* que lhe atraiu para a celebração do contrato de prestação de serviços médicos, ou seja, que aplique diligência acima do que se considera razoavelmente ou medianamente competente, se assim for possível extrair do escopo do contrato entre as partes⁽¹¹⁾.

Na medicina, a diferença entre especialistas ganha relevante papel, na medida em que há diferenciações formais⁽¹²⁾ de formação académica e prática em todos os casos, ainda que a profissão se dirige cada vez mais para um exercício coletivo, por meio associações e cooperativas, sendo a prática isolada cada vez menor.

Não só o médico pode postar-se aos seus pacientes como especializado em determinada área quando exerce a profissão ou dentro de uma sociedade, como a própria associação de médicos pode ser inteiramente especializada numa determinada área. Quando um paciente procura um estabelecimento especializado na área na qual o seu problema está inserido, está a procurar o melhor cuidado possível que poderá ser empregado na defesa de seus interesses e não espera que os profissionais envolvidos atuem com a diligência média de um profissional geral ou que atua em diversas áreas, de um generalista.

O doente espera e procura tal profissional porque este oferece seus serviços no mercado — ainda que não do mesmo modo que outros profissionais liberais podem fazer no mercado de consumo, mas dentro do limitado espaço de publicitação de seus serviços, como com o uso de cartões ou sinais indicativos na porta de sua clínica — alegando e anunciando que tem determinada habilidade. Neste caso, há dois anúncios de especializa-

(11) Ver JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “A responsabilidade...”, *op. cit.*, p. 693, que sustenta esse entendimento pela avaliação da diligência de um bom pai de família em face das circunstâncias de cada caso, tal como está no art. 487.º, n.º 2, Código Civil português, e seguindo a tradição do art. 717.º, §3.º, do Código Civil português de 1867, que exigia a apreciação abstrata da culpa, temperada pelo conteúdo do contrato e às partes envolvidas (“A qualificação da culpa ou da negligência depende do prudente arbitrio do julgador, conforme as circunstâncias do facto, do contracto e das pessoas”).

(12) HUGH EVANS, *Lawyers...*, *op. cit.*, p. 6.

ção perante o público. Primeiramente, o médico alega que goza das capacidades, conhecimentos e habilidades de uma determinada profissão (licenciado em medicina e com inscrição em vigor nos quadros da ordem profissional pertinente). Em segundo, anuncia ao público que tem a capacidade, conhecimento e habilidades específicos para exercer aquela profissão numa determinada área, o que implica a formação e experiência especiais que lhe permitem se postar como um especialista.

Em caso de conduta negligente que cause dano ao paciente, o profissional será responsabilizado não somente pelas lesões que resultarem de sua atuação *fora da margem de especialização que anuncia*, mas também por faltar com o devido cuidado que se pressupõe dos *especialistas daquela área*, que ao contrário não se esperaria de um médico generalista ou um médico de família.

O princípio da boa fé tem aqui uma relevância extrema na fixação das obrigações profissionais do médico e o nível de exigência que se imporá sobre o desenvolvimento da sua atividade. O médico cria uma *confiança* no paciente com base na sua qualidade técnica e moral⁽¹³⁾. Ora, o doente médio⁽¹⁴⁾ nada conhece sobre as regras aplicáveis ao prestador de serviço que contrata, pelo que a confiança de um interesse delicado e sensível requer uma *fidúcia* particular e justificada na prestação do serviço do profissional, porque a sua margem de controlo sobre a execução do contrato é quase inexistente, ou ao menos é inferior que à de que dispõe o médico⁽¹⁵⁾.

Aqui se dá destaque à necessidade de cumprir corretamente e em tempo os deveres de informação exigidos pelos estatutos profissionais. Vale ressaltar que o princípio da boa fé demanda que o médico atue com lealdade especial, em razão — não só da confiança que a sua própria capacidade individual na intervenção no direito de personalidade à proteção de integridade física desperta, mas também — dele ser um perito numa matéria e numa profissão que, para o seu exercício, requer a inscrição no *albo*

(13) GIOVANNI CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, Giuffrè Editore, 1958, p. 90.

(14) Considerando que não se tratem de casos excepcionais de um médico que contrata outro médico para cuidar de determinado assunto, visto que somente se aplicará este critério de diferenciação quando forem de *profissões, áreas e capacidade* diferentes, pois pode-se, por exemplo, um médico endocrinologista contratar um cardiologista ou contratar outro da mesma área, mas com conhecimentos superiores para tratar de um assunto específico ou conhecimento especializado acerca de um tema (por exemplo, um tratamento ou uma técnica diferenciada). O que será equiparável será a capacidade e ciência sobre a técnica e regras profissionais, mas não substanciais sobre a atividade, na medida em que há algum conhecimento sobre o que se espera do médico contratado.

(15) GIOVANNI CATTANEO, *La responsabilità...*, *op. cit.*, p. 90.

de profissionais habilitados (após o cumprimento de requisitos para tanto), o que atesta publicamente a sua qualidade para prestar aquele serviço⁽¹⁶⁾.

Quanto maior a especialização que o médico ou o grupo de profissionais alegar que possui para desempenhar a sua profissão, maior é o grau de diligência e cuidado que aplica-se ao teste da violação de deveres de proteção perante o paciente. Isto não depende e não está relacionado ao valor a ser pago acordado entre o paciente e o médico de acordo com as regras e costumes locais e os usos do mercado. Mesmo que o profissional especialista acabe por oferecer os serviços em contrapartida de uma renumeração menor do que um generalista cobraria, o facto de postar-se perante a sociedade como portador de conhecimentos, técnica e competência numa determinada área elevam o nível de cuidado que deverá observar. Nesse contexto se demonstra a importância que uma *boa formação profissional* dará para o bom desempenho da arte, nomeadamente pelo aproveitamento e dedicação no decorrer do curso numa faculdade de medicina de qualidade reconhecida pelos pares (ou pelo mercado)⁽¹⁷⁾. Mas a boa formação não resume o problema, que deverá também ser influenciado pela ética e moral do médico (e seu carácter), experiência após o fim de sua formação básica em medicina e suas próprias capacidades e características naturais ou desenvolvidas no meio social⁽¹⁸⁾.

Os médicos passam por controlos de formação iguais e são tratados como de idêntica capacidade pelas respetivas ordens profissionais, independentemente de seu percurso académico e da faculdade na qual estudaram, sendo este fator relevante somente quando o médico anuncia isso ao

(16) GIOVANNI CATTANEO, *La responsabilità...*, op. cit., p. 91.

(17) PA CARTENS, "The locality rule in cases of medical malpractice", in *De Rebus*, Junho, 1990, pp. 421-423, p. 422, observa a tendência da *locality rule* perder importância diante da uniformização das instituições de ensino e celeridade dos meios de comunicação, de transporte, de educação e de qualificação formal. No mesmo sentido, cf. LYNDIA K. ZIMMERMAN, "Medical Malpractice: Locality Rule Abandoned in Massachusetts", in *Southwestern Law Journal*, Vol. 23, 1969, 585-589, p. 588. Ver também GARLAND BENTON WOODWARD, "Medical Malpractice — Locality Rule — State of New York Rejects Locality Standard of Professional Care", in *Texas Tech Law Review*, Vol. 9, 1978, pp. 786-790, pp. 788-789, observando que, entretanto, nem sempre nessas comunidades rurais ou afastadas (justamente as que a regra da localidade visa tratar) os profissionais tem acesso a essas facilidades para a prática ou, ainda, que não necessariamente resultam em médicos mais habilidosos e cuidadosos: "Periódicos de medicina oferecem artigos que enriquecem o conhecimento médico do profissional, mas é questionável se um artigo pode melhorar as habilidades de alguém. (...) Mesmo que informação suficiente esteja disponível aos médicos rurais, nem sempre estes têm tempo para tirar vantagem disto. Assim, não é necessariamente verdade que os médicos rurais de hoje têm recursos iguais às suas contrapartes urbanas".

(18) ADRIAN EVANS, *The good lawyer*, Port Melbourne, Cambridge University Press, 2014, pp. 1-22, 62-68, 85-107.

paciente como um elemento que o distingue dos demais. Esta é uma característica integrada no conceito das profissões organizadas em algum tipo de associação, na qual a inscrição como membro tem como de igual capacidade e competência todos aqueles que possuem a qualificação, perante um princípio de equidade e isonomia, ignorando os reflexos concretos e individualizados que a formação formal teve no desempenho da atividade de determinado médico.

Podem ser distinguidas duas regras para compreender o dever de cuidado diferenciado que é exigido ao médico especialista, de acordo com o caso concreto. Primeiramente, o dever de diligência do perito e do não especialista pode ser comparado na prestação de exatamente o mesmo tipo de trabalho, no qual há que se demandar um padrão mais elevado no desenvolvimento da atividade do especializado, sobretudo se o paciente pagar mais por isso e isto estiver no âmbito de proteção do contrato (como para um grande consultório especializado numa matéria)⁽¹⁹⁾, quando esperará uma maior qualidade do serviço⁽²⁰⁾.

Pelo lado do não especialista, se deve esperar também que excepcionalmente recuse o tratamento quando evidentemente não possuir a capacidade para isso, ou seja, um médico razoavelmente prudente não assumirá um caso se não tiver os conhecimentos para isso.

Se o paciente contrata um médico reputado e experiente em determinado assunto, a verificação do dever de cuidado no caso concreto será problemática, visto que pode ocorrer de o profissional não exercer a atividade com o cuidado e a habilidade que o doente espera dele, mas mesmo assim a sua atuação ficar acima do grau de diligência de um médico razoavelmente competente⁽²¹⁾. A pessoa que contrata um médico especialista para cuidar de sua saúde normalmente paga uma retribuição relativamente con-

(19) Cf. LUIZ GUILHERME MARINONI e L.A. BECKER, “Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros”, in L.A. BECKER (org.), *Qual é o jogo do processo?*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, pp. 449-480, p. 465, escrevem sobre as diferenças entre *grandes* e *pequenos* escritórios de advocacia no Brasil.

(20) HUGH EVANS, *Lawyers...*, *op. cit.*, p. 7. É preciso cautela nessa diferenciação, pois é verdade que quem tem mais recursos financeiros pode contratar uma gama maior de médicos e, naturalmente e como esperado, os médicos mais qualificados cobrarão mais pelos seus serviços, impedindo ou dificultando que pessoas mais vulneráveis economicamente tenham acesso a tal serviço (LUIZ GUILHERME MARINONI e L.A. BECKER, “Influência...”, *op. cit.*, p. 466). Se o grau de diligência for afetado diretamente pelo valor cobrado pelo médico, poderá resultar em distorções indesejadas. Ora, pressupondo que as pessoas com menos condições financeiras contratam médicos que cobram menos do que de pessoas com mais recursos, aquelas teriam direito a um *standard of care* menos robusto que as últimas. Por isso, o preço do serviço jamais pode ser o único índice para determinar os deveres de cuidado do médico.

(21) HUGH EVANS, *Lawyers...*, *op. cit.*, p. 7.

digna a essa competência específica certamente está a contratar um serviço diferenciado que não recairá somente no que o médico médio faria: ele espera e paga por mais por esta tutela especial⁽²²⁾.

Essa especialização não se refere somente a uma determinada área da medicina pela formação e pela prática de somente (ou repetidamente) atuar nessa seara. Ser especialista envolve igualmente aquele que tem mais experiência⁽²³⁾ e maiores habilidades, não só comparativamente com não especialistas, mas também em relação a outros profissionais que praticam o direito na mesma área e são de reputação mais tímida e menos experientes⁽²⁴⁾.

Embora todos os médicos sejam hipoteticamente de igual capacidade, sendo todos inscritos na mesma ordem profissional, na realidade há médicos de maior reputação entre pares e mais renomados que outros. Isso mesmo que o reconhecimento público de seu nome não corresponda necessariamente com a sua verdadeira capacidade, visto que isso cria uma legítima expectativa no médico de que seu interesse e seu direito de ação ou defesa serão devidamente administrados.

Também deve ser relevante o enquadramento orgânico do médico ou do próprio grupo de médicos. Há desde consultórios individuais até internacionais, com gabinetes em grandes capitais e em diferentes continentes. Este contexto não pode ser ignorado. Em se tratando de um grupo pequeno, com poucos médicos que dividem os trabalhos em igual — ou com pequenas diferenças de — responsabilidade, o cuidado devido pelos médicos não será tão diferente, desde que tenham especialidades semelhantes ou não atuem fora destas, invadindo a competência dos colegas.

O quadro muda em grandes estabelecimentos hospitalares que possuem departamentos especializados não somente em determinadas gran-

(22) HUGH EVANS, *Lawyers...*, *op. cit.*, p. 7.

(23) A experiência é algo que uma pessoa somente pode alcançar por dois meios, geralmente comutativos, quais sejam o exercício reiterado de uma atividade em questões de *intensidade, quantidade e repetição*, mas também pelo *passar do tempo*. Um profissional pode alcançar frutos da experiência em menos tempo com uma atuação muito intensa, assim como outro pode não conseguir os frutos que a longevidade traz por diversos motivos (*e.g.*, pouco acesso a casos, poucas habilidades e reduzida procura de doentes, etc.), ainda que permaneça a praticar a profissão por muitos anos. Nem sempre a *esperienza* resultará numa superioridade individual (*superiorità individuali*), mas quando assim for, os tribunais devem ser mais rigorosos na análise do grau de diligência que o médico deve seguir, colocando mais o *standard* mais alto do que o de uma pessoa razoável, justamente porque deveria dispor de informação e potencialidade psíquica superior — cf., sobre o assunto, MAURO BUSSANI, *La colpa soggettiva...*, *op. cit.*, pp. 17-20, que observa que isso só deve seguir se a experiência for de tal modo que seja relevante ao caso e adquira conotação não usual.

(24) *Duches of Argyll v. Beuselinck*, [1972] 2 Lloyd's Rep., p. 172, ss., p. 183.

des áreas, mas também em serviços, isto é, ainda que na mesma seara profissional.

Em tais situações, o cargo do médico dentro da estrutura é demarcado e não pode ele assumir outras funções que não as que está habilitado e capacitado para realizar, quer dizer, é vedado a um médico em início de carreira fazer serviços de maior complexidade e que originariamente seriam próprios a um médico mais experiente e em grau de carreira superior (e, portanto, com funções mais exigentes e maiores competências).

Se o fizer, a sua diligência perante o cliente será analisada de acordo com a esperada de alguém em seu estágio de carreira, porém, as consequências para o estabelecimento serão muito mais graves. Como esta possui os instrumentais para fornecer ao cliente os profissionais que façam o serviço, ela não pode se escusar de cumprir com essa diligência adequadamente, devendo exercer as atividades no melhor interesse do cliente. No caso de deixar que tal situação ocorra, o estabelecimento deverá arcar com as consequências dessa falha funcional, e o padrão de cuidado e competência da sociedade deverá ser julgado de acordo com o grau exigido para o médico de *rank* e competência mais elevados.

Quer dizer, quando se tratar de uma organização coletiva de qualquer natureza a prestar o serviço (e não um médico individual), esta associação possui dentro do seu quadro o pessoal e os meios suficientes para cumprir com o *standard of skill and care* superior — porque conta com profissionais especialistas e generalistas, com profissionais seniores e em início de carreira, devendo *sempre* empregar esses recursos quando necessário, com o cuidado apropriado exigido de um profissional que deveria efetuar aquele serviço, ainda que não o tenha feito⁽²⁵⁾.

O médico especialista pode ter o padrão de diligência a seguir determinado pelo padrão do *médico especialista razoavelmente competente*⁽²⁶⁾, o que eleva a prudência e o cuidado requeridos em sua ativi-

(25) JOHN L. POWELL e ROGER STEWART (eds.), *Jackson & Powell on professional liability...*, *op. cit.*, p. 80, que defende que o mesmo deve ocorrer com sujeitos habilitados para uma profissão, que assumem serviços que deveriam ser destinados a outras, pelo que aqueles deverão ser submetidos ao crivo do *standard of skill and care* aplicáveis à profissão que seria competente para aquela tarefa ou encargo.

(26) HUGH EVANS, *Lawyers...*, *op. cit.*, p. 8. Para JOHN L. POWELL e ROGER STEWART (eds.), *Jackson & Powell on professional liability...*, *op. cit.*, p. 79, assim deveria ser a formulação do *standard of care* para profissionais: “[...] the standard of skill and care which a professional person is required to exercise may be defined as follows: that degree of skill and care which is ordinarily exercised by reasonably competent members of the profession, who have the same rank and profess the same specialization (if any) as the defendant. If the standard is formulated in this way, it is fair to both parties. The professional person will not be held liable in the absence of personal fault on his part. The client is adequa-

dade, mas o diferencia dos generalistas, sem criar profundas distorções na comparação de diferentes rigorosidades de diligências⁽²⁷⁾.

Entretanto, o padrão de conduta deve ser uniforme, mas pode ser individualizado, dependendo do caso. O dever de cuidado a ser seguido pelo profissional de acordo com um padrão objetivo — sem dar conta das qualidades pessoais do lesado e do lesante, como idade, experiência, formação escolar e currículo, especialidades, etc. — e *inflexível* deve ser criticado, na medida em que cria um fardo e onera os lesados (muitas vezes os membros da sociedade mais fracos) diante de lesantes portadores de conhecimentos e habilidades especialmente qualificados⁽²⁸⁾.

Quando o profissional gozar de características relevantes ao serviço que presta ao cliente — além disso, se pressupõe maior rigor, quando se apresentar como um profissional mais competente, cuidadoso e formalmente mais qualificado que outros prestadores do mesmo serviço, e ainda refletir no valor da contraprestação —, será essencial que o elemento da culpa e do grau de diligência requerido pelo sistema jurídico seja elevado (em comparação com outros profissionais no mercado), postado como superior ao grau exigido de um profissional diligente e razoavelmente capaz de acordo com as circunstâncias presentes no caso.

3. A regra da localidade e a diligência médica: o exemplo do direito norte-americano

Se a localidade for considerada, esse espaço deve ter uma delimitação geográfica *relevante* e não deve ser feita somente tendo em conta a localização individual e específica em que o médico prestou o serviço para determinar qual o nível de habilidade e capacidade a se exigir dele. É pressuposto que capacidade reduzida do médico seja consequência da localidade e não seja absolutamente censurável pelos padrões de qualidade profissional da medicina: apenas assim o cuidado esperado numa região

tely protected, because it is normally actionable negligence if a professional person undertakes work beyond his competence”.

(27) Esse critério foi rejeitado no direito inglês, cf. *Locke v. Camberwell Health Authority* [1990] 1 Med Law Review, p. 253, ss., p. 253.

(28) MICHELE GRAZIADEI, “Liability for fault in Italian Law: the development of legal doctrine from 1865 to the end of the twentieth century”, in JANSEN, NILS (ed.), *The development and making of legal doctrine*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 126-163, p. 153.

relevante será significativa para determinar o padrão de diligência exigido⁽²⁹⁾.

O demarcador seria um local ou um conjunto de localidades que apresentem condições particularmente desfavoráveis para o exercício da medicina, tendo evidente menor atratividade de profissionais e distanciamento considerável de centros de formação e qualificação médica.

Diante disso, faz-se imprescindível a verificação da circunscrição da proposta regra da localidade.

Tratando indiretamente sobre a obrigação típica no ato médico ser de meio e não de resultado, a regra foi criada nos Estados Unidos da América em *Small v. Howard*⁽³⁰⁾, num caso de erro médico no tratamento de uma lesão provocada pelo profundo corte nos pulsos do paciente, que cortou todos os tendões e artérias, atingindo os ossos. O caso ocorreu entre George S. Small e Levi Howard na pequena cidade de Chemrsfold (com apenas 2200 habitantes na época) e decidido pela *Massachusetts Supreme Judicial Court* em 19 de Janeiro de 1880:

“[u]m médico ou cirurgião sem um contrato em especial com seu paciente não é nunca considerado como garante da cura. O seu contrato, como implicado pela lei, é:

1. Que ele possui aquele grau razoável de conhecimento, habilidade e experiência que é ordinariamente apresentado por outros de sua profissão, considerando o atual estado de avanço da ciência da cirurgia.
2. Que ele usará o cuidado e a diligência razoáveis e ordinários no tratamento do caso comissionado a ele.
3. Que ele usará o seu melhor julgamento em todos os casos de dúvida quanto ao melhor curso a seguir no tratamento do caso.

O réu, que se comete a praticar como médico ou cirurgião numa cidade de população comparativamente pequena, está vinculado a apresentar apenas a habilidade que comumente possuem médicos ou cirurgiões de habilidade e perícia ordinárias, praticando em localidades semelhantes, sem oportunidades de experiências mais alargadas; e ele não está vinculado a possuir aquele elevado grau de arte e competência que apenas são havidas por eminentes cirurgiões que praticam em maiores cidades, e que fazem a prática de uma cirurgia uma especialidade.”

A decisão concluiu que a habilidade esperada de um médico nessas condições (e.g., numa pequena vila, onde não há oportunidades de aprendizado substanciais como numa cidade grande) é a de *profissionais razoavelmente competentes e habilidosos em localidades do mesmo tipo*. Esta

⁽²⁹⁾ Cf. Acórdão da *Supreme Court of the State of South Dakota* em *Roger Hamilton v. Richard A Sommers, Melissa E. Neville and Bantz, Gosch & Cremer*, [2014] S.D. 76, p. 15.

⁽³⁰⁾ *Small v. Howard* 128 Mass. (1880), pp. 131-136, pp. 132-133.

ponderação segue um dever secundário (que, todavia, está sempre presente e não é especial a esses casos) de recomendar um profissional mais competente se entender que o serviço está além de sua capacidade⁽³¹⁾.

Apoiamos o entendimento de que o nível de cuidado exclusivamente limitado de acordo com a localização pode fomentar um *baixo grau de execução do serviço* em certas áreas do país. Isso mostrará ser inaceitável.

Se em determinado estado ou território de um país *todos* os médicos (considerados em média) não tiverem determinada habilidade, conhecimento ou experiência para cuidar de um tipo de caso, na análise pericial, técnica e posterior do problema — verificando que realmente naquele município ou região o médico razoavelmente competente não tem erudições para tratar do assunto em causa (e.g., por ser imperito) — o teste apenas servirá para perpetuar um nível de cuidado médio exigível tão baixo que será inaceitável sob o ponto de vista da profissão⁽³²⁾.

Esse nível diminuto não pode ser incentivado por um menor dever de cuidado⁽³³⁾, mas deve ser remediado pelo sistema educacional e pela ordem profissional, que possui um dever público de atentar ao problema.

Todavia, ainda é autoridade em casos recentes.

Em Carolina do Norte houve o caso *Swink v. Weintraub*⁽³⁴⁾, em que se decidiu que o médico faltou em providenciar os cuidados de saúde de acordo com os padrões de prática esperado dentro os membros da mesma profissão de cuidados de saúde com treinamento e experiência semelhan-

(31) Cf. *Small v. Howard* 128 Mass. (1880), p. 136. Cf. MARC D. GINSBERG, “The locality rule lives! Why? Using modern medicine to eradicate and unhealthy Law”, in *Drake Law Review*, Vol. 61, 2013, pp. 321-373, e MICHELLE HUCKABY LEWIS, JOHN K. GOHAGAN e DANIEL J. MERENSTEIN, “The locality rule and the physician’s dilemma: local medical practices vs the national standard of care”, in *JAMA*, jun., Vol. 297, 2007, n.º 23, pp. 2633-2637. Cf. Também os Acórdãos mais recentes em *Swink v. Weintraub*, 672 S.E.2d 53 (N.C. Court of Appeals 2009), e *McClure v. Inova Medical Group*, *JAMA*, 2004, Jan., Vol. 7;291(1):15-6. Na responsabilidade civil do advogado, cf. DWAIN E. FAGERLUND, “Legal Malpractice...”, *op. cit.*, p. 675, ss.

(32) DWAIN E. FAGERLUND, “Legal malpractice: the locality rule and other limitations of the standard of care: should rural and metropolitan lawyers be held to the same standard of care?”, in *North Dakota Law Review*, Vol. 64, 1988, p. 661, ss., p. 686-687.

(33) JOHN F. KING e WARD B. COE III, “The Wisdom of the Strict Locality Rule”, in *Baltimore Law Review*, Vol. 3, n.º 2, 1974, pp. 221-233, p. 232, apontam que não é de qualquer modo possível defender um padrão nacional de conduta em áreas científicas como a médica: haverá sempre diferentes protocolos e tratamentos, assim como diferentes opiniões para casos semelhantes — isso seria demonstrado pela própria dificuldade em provar esse padrão nacional de conduta médica. Em suporte, cf. BRIAN K. COOKE, ELIZABETH WORSHAM e GARY M. REISFIELD, “The Elusive Standard of Care”, in *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 45, n.º 3, 2017, pp. 358-364, pp. 359-361.

(34) *Swink v. Weintraub*, 672 S.E.2d 53 (N.C. Court of Appeals 2009).

tes, e também *situados nas mesmas ou similares comunidades*⁽³⁵⁾ no tempo da prestação do serviço.

No caso referido, uma paciente procurou um médico para realizar a troca de um marca-passo — o marido Paul Swink (individualmente e como gestor do espólio de Margaret Swink) ajuizou a demanda contra o médico Richard A. Weintraub e o *Southeastern Heart and Vascular Center*. Em 1994 ela havia passado por uma outra troca com o mesmo cirurgião e estava com receio de fazer novamente a mesma cirurgia (pois ela teve uma parada cardíaca enquanto o cirurgião realizava a *lead extraction*), pedindo para que, se possível, deixasse o *lead* que não funcionava mais no mesmo lugar, evitando o mesmo procedimento. Agendado para 16 de Junho de 2003, a paciente teve complicações cinco dias antes e teve que adiantar a intervenção, onde seria necessário exatamente retirar o cabo o qual a paciente solicitou que deixasse. Ela havia assinado um formulário de consentimento informado sobre a troca do marca-passo, mas não sobre a retirada da sonda. No procedimento, foi encontrado tecido cicatrizado em volta do *lead* enquanto da sua retirada, o que foi seguido de complicações que levaram a uma parada cardíaca e o médico verificou que a paciente parou de respirar (*coded*). O médico solicitou a presença de um outro cirurgião especialista, que compareceu apenas uma hora depois que o cirurgião original havia constatado a parada e, quando ele conseguiu estabilizá-la, seu quadro já era de morte encefálica. Foi provado que esse segundo médico estava no mesmo corredor em que se levava a cabo o procedimento, embora isso não teve relevância no julgamento.

A decisão seguiu o precedente anterior da *Supreme Court of North Carolina* em *Wall v. Stout*⁽³⁶⁾. Nesse sentido, decidiu que a responsabilidade civil do médico por não cumprir ou cumprir defeituosamente a prestação de serviços médicos apenas surgiria com a demonstração desses termos presentes nos factos pelos meios de prova a serem analisados nos mais elevados níveis de exigência. Essas posições seguem uma disposição do *North Carolina General Statute* §90-21.12, alínea *a*), que traz precisamente o texto citado pela *Supreme Court* estatal. Refere a previsão que o prestador de serviços de saúde não será responsável pelo pagamento de danos se da análise dos factos for verificado maior peso probatório no sentido de que o cuidado do prestador não estava de acordo com os padrões de prática: *a*) entre os membros da mesma profissão de cuidados de saúde

(35) Cf. JOHN R. WALTZ, "The Rise and Gradual Fall of the Locality Rule in Medical Malpractice Litigation", in *Paul Law Review*, Vol. XVIII, 1969, pp. 408-420, p. 412.

(36) *Wall v. Stout*, 311 S.E.2d 571 (N.C. 1984).

com treinamento e experiência similares; b) situados na mesma ou em comunidades semelhantes; e c) dentro das mesmas ou em semelhantes circunstâncias no tempo do ato em causa.

Assim também foi decidido em *Dale B. Weatherford v. Stuart Glassman*⁽³⁷⁾ da *Court of Appeals of North Carolina*. Em Dezembro de 1989, o lesado consultou o médico sobre uma dor abdominal, sendo realizada uma cirurgia exploratória na região no mesmo mês. O doente permaneceu no hospital por mais cinco dias e foi liberado para viajar e visitar a sua filha. No seu destino, começou a sentir novamente dores e foi admitido a um hospital. Após os exames, foram constatadas uma infeção bacteriana e peritonite. Em ação judicial contra o médico, o lesado alegou que a baixa pelo médico foi feita enquanto estava gravemente infetado com estreptococos, e a peritonite e a infeção eram evidentes nas notas das enfermeiras no seu prontuário. Peticionou que o médico teria liberado o doente sem ler os documentos. Na análise pericial, foi apresentado um relatório por um perito que era familiarizado com os padrões de prática de médicos em comunidades similares com o mesmo ou semelhante treinamento e experiência que o lesante. Concluiu o perito que o médico não atuou em violação aos seus deveres de cuidado e diligência, com base nas provas documentais. No caso, isso foi o suficiente para inverter o ónus da prova em desfavor do lesado, que então deveria demonstrar em matéria de facto que o médico não agiu com a diligência aplicável naquelas circunstâncias.

4. A regra da localidade como fator de individualização do padrão de diligência na responsabilidade civil

Muitas pessoas residentes em localidades com reduzido acesso a profissionais especializados não possuem recursos, disponibilidade ou mesmo interesse em buscar os serviços de profissionais fora de sua zona. Seria exagerado esperar que os particulares (na maioria das vezes leigos) sempre procurassem o atendimento hospitalar mais adequado e qualificado, não sendo sempre uma alternativa viável a eles. Portanto, não é apenas uma questão de escolha do paciente, mas também de diminuta oferta de serviços em dada área.

(37) *Dale B. Weatherford v. Stuart Glassman* (1998) n.º COA97-885, *Court of Appeals of North Carolina*.

O doente não poderia estar sujeito a um padrão de cuidado menos rigoroso num pequeno município sob o argumento de que poderia ter optado por outro profissional mais reputado e qualificado.

Esse contexto deve ser levado em consideração na análise de um dever de diligência padrão para todo o território nacional ou um de dever mutável.

Entendemos que a “regra da localidade” pode entretanto ser aplicada na verificação do grau de cuidado pressuposto quando a localização deve ser considerada como um fator ou circunstância especial para avaliar se o médico atingiu esse *standard* num caso concreto, bem como se *regras locais, práticas* ou *costumes* são relevantes para verificar se houve uma violação do dever contratual de proteção e cuidado que o médico deve observar.

Deve ser um quesito excecional e de rara aplicação.

Não é somente a redução média e verificação de como os médicos atuam naquela área, mas também *como* os profissionais de capacidade razoável exerceriam a atividade naquelas circunstâncias⁽³⁸⁾.

Não se pode ignorar a flexibilização que a regra da localidade pode oferecer na verificação da diligência profissional exigida ao praticante, que pode não só ser mais baixa em face das posições em que se encontra, como também pode (e deve) ser mais elevada quando o médico exerce a sua profissão em condições mais favoráveis que a média (por exemplo, em estabelecimentos de alto padrão de qualidade e assim reconhecidos).

Evidente que essas mudanças e individualizações no *standard of care* devem condizer com os factos que o tribunal encontra no caso concreto, quer dizer, se não houver motivo relevante para essa composição excecional, a regra geral será sempre a do *professional razoavelmente diligente*. O mesmo será diante de dúvida sobre a relevância da localidade para o critério da culpa.

As considerações da localidade (regras, práticas e costumes) podem ser importantes para determinar qual a conduta apropriada do médico, que deverá ser avaliada por perito imparcial⁽³⁹⁾, possivelmente advindo ou com conhecimento daquela área geográfica⁽⁴⁰⁾.

Sem estar imune às críticas, a *locality rule* na medicina é entendida por alguns como algo incongruente e arcaico e que vai contra todo o

(38) RONALD E. MALLIN e JEFFREY M. SMITH, *Legal Malpractice*, Vol. 2., 4.th ed., St. Paul, West Publishing Co., 1996, p. 568.

(39) ADRIAN KEANE e PAUL McKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, 9.th ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 535.

(40) RONALD E. MALLIN e JEFFREY M. SMITH, *Legal Malpractice...*, *op. cit.*, p. 568.

esforço da profissão em uniformizar a qualidade do serviço⁽⁴¹⁾ a nível nacional (e, no caso de ciências como da medicina, em âmbito global), consubstanciado em organizações públicas profissionais, códigos de conduta, fiscalização das escolas de formação, exames de qualificação, entre outros aspetos.

5. Síntese conclusiva

Sob o prisma da equidade material, um médico especializado de alto *ranking* numa organização numa grande zona urbana não pode ser tratado como igual a um médico em início de carreira numa pequena cidade do interior, acostumado a tratar de quadros de diferentes áreas e de baixa complexidade, sendo muitas vezes um médico em formação, mais apto a prestar cuidados primários.

A localidade pode ser vista como um modo de *especialização*, mas sob o ponto de vista da igualdade e dos padrões utilizados para determinar o grau de diligência necessária a ser observada na atividade, é pressuposto que a habilidade e o conhecimento mínimo exigidos para a prestação de serviços pelo médico não deveriam variar geograficamente. O médico que trabalha, por exemplo, na zona rural, *não está imediatamente liberto* para ser menos cuidadoso, menos capaz e nem menos habilidoso que o médico da zona urbana⁽⁴²⁾.

Nessa perspetiva, a importância desse fator deve ser limitada e somente exercer um papel subsidiário, quando o juiz entender ou as partes provaram que as conjunturas do local foram fundamentais para autorizar a diminuição da diligência que o médico de facto empregou no caso.

A regra da localidade não se confunde com defeitos nas instalações e condições da prestação do serviço, tais como faltas de equipamentos (aparelhos, materiais descartáveis e instrumentos) e de recursos humanos, especialização inexistente na zona, etc.

Se relaciona especificamente com as deficiências de formação, especialidade e competência do profissional ou do grupo de profissionais que

(41) Ver C. G. VELJANOVSKI e C. J. WHELAN, “Professional negligence and the quality of legal services: an economic perspective”, in *Modern Law Review*, Vol. 46, n.º 6, Nov., 1983, pp. 700-718. Cf. também HAROLD N. BYNUM, “Torts — Medical Malpractice — Rejection of ‘Locality’ Rule”, in *North Carolina Law Review*, Vol. 46, n.º 3, 1968, pp. 680-687, p. 682, ss.

(42) RONALD E. MALLIN e JEFFREY M. SMITH, *Legal Malpractice...*, op. cit., p. 569.

ofertam uma atividade médica numa zona mais afastada de regiões centrais com maior disponibilidade de qualificação e atualização dos profissionais.

Por outro lado, secundariamente também serve para guiar a escolha do perito em casos em que as características do local de prática são relevantes, com a escolha de um médico perito que tenha conhecimento das peculiaridades do local para ponderar as circunstâncias do caso⁽⁴³⁾. Será esse *expert* a pessoa apta a balancear a importância da localidade na diligência esperada.

A tendência a seguir deve ser a determinação de padrões *nacionais* de conduta⁽⁴⁴⁾ — especialmente em ordenamentos de direito codificado, onde as regras profissionais passam aos poucos a integrar o direito legislado e a apresentar força de lei em todo o território nacional, com um órgão associativo profissional centralizado e com divisão nacional e regional em todo o país. Porém, podem essas regras não representar a realidade da prática profissional.

Somente se deve considerar o fator localidade se for de extrema relevância para a particular negligência do médico no caso concreto, após robusta prova apresentada pela parte interessada na importância desse elemento.

(43) DAVID D. ARMSTRONG, “Medical Malpractice — The ‘Locality Rule’ and the ‘Conspiracy of Silence’”, in *South Carolina Law Review*, Vol. 22, n.º 5, 1970, pp. 810-821, p. 818, chama a atenção do risco de uma “conspiração de silêncio”, em que estes profissionais que pratiquem em ambientes similares se recusariam a testemunhar contra outros médicos na mesma situação. Ver o Acórdão da *Supreme Court of Tennessee, Donna Faye Shipley et al. v. Robin Williams*, n.º 02C-3204 [2011].

(44) RONALD E. MALLIN e JEFFREY M. SMITH, *Legal Malpractice...*, *op. cit.*, p. 574.

Bibliografia citada

- ALMEIDA, L. P. MOITINHO, *Responsabilidade civil dos advogados*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.
- ARMSTRONG, DAVID D., “Medical Malpractice — The ‘Locality Rule’ and the ‘Conspiracy of Silence’”, in *South Carolina Law Review*, Vol. 22, n.º 5, 1970, pp. 810-821.
- BUSSANI, MAURO, *La colpa soggettiva: modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, Cedam, 1991.
- BYNUM, HAROLD N., “Torts — Medical Malpractice — Rejection of ‘Locality’ Rule”, in *North Carolina Law Review*, Vol. 46, n.º 3, 1968, pp. 680-687.
- CARTENS, PA, “The locality rule in cases of medical malpractice”, in *De Rebus*, Junho, 1990, pp. 421-423.
- CATTANEO, GIOVANNI, *La responsabilità del professionista*, Milano, Giuffrè Editore, 1958.
- COOKE, BRIAN K., WORSHAM, ELIZABETH E REISFIELD, GARY M., “The Elusive Standard of Care”, in *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 45, n.º 3, 2017, pp. 358-364.
- EVANS, ADRIAN, *The good lawyer*, Port Melbourne, Cambridge University Press, 2014.
- EVANS, HUGH, *Lawyers’ Liabilities*, London, Sweet & Maxwell, 1996.
- FAGERLUND, DWAIN E., “Legal malpractice: the locality rule and other limitations of the standard of care: should rural and metropolitan lawyers be held to the same standard of care?”, in *North Dakota Law Review*, Vol. 64, 1988, pp. 661-718.
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “A responsabilidade dos profissionais liberais”, in *Estudos sobre direito civil e processo civil*, Vol. II, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- GINSBERG, MARC D., “The locality rule lives! Why? Using modern medicine to eradicate and unhealthy Law”, in *Drake Law Review*, Vol. 61, 2013, pp. 321-373.
- GRAZIADEI, MICHELE, “Liability for fault in Italian Law: the development of legal doctrine from 1865 to the end of the twentieth century”, in JANSEN, NILS (ed.), *The development and making of legal doctrine*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 126-163.
- HAMELIN, JACQUES e DAMIEN, ANDRÉ, *Les règles de la profession d’avocat*, 8.ème ed., Paris, Dalloz, 1995.
- KAI, KATSUNORI, SATO, YUICHIRO e YUKO, NAGAMIZU, *Medical Law in Japan*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2014.
- KEANE, ADRIAN e MCKEOWN, PAUL, *The Modern Law of Evidence*, 9.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- KING, JOHN F. e COE III, WARD B., “The Wisdom of the Strict Locality Rule”, in *Baltimore Law Review*, Vol. 3, n.º 2, 1974, pp. 221-233.
- LEWIS, MICHELLE HUCKABY, GOHAGAN, JOHN K., e MERENSTEIN, DANIEL J., “The locality rule and the physician’s dilemma: local medical practices vs the national standard of care”, in *JAMA*, jun., Vol. 297, 2007, n.º 23, pp. 2633-2637.
- MALLEN, RONALD E., e SMITH, JEFFREY M., *Legal Malpractice*, Vol. 2., 4.ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 1996.

- MARINONI, LUIZ GUILHERME e BECKER, L.A., “Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros”, in L.A. BECKER (org.), *Qual é o jogo do processo?*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, pp. 449-480.
- MATIELLO, FABRÍCIO ZAMPROGNA, *Responsabilidade civil do advogado*, São Paulo, LTr, 2014.
- POWELL, JOHN L. e STEWART, ROGER (eds.), *Jackson & Powell on professional liability*, 7.th ed., Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2012.
- SANTANA, SELMA PEREIRA DE, *Negligência grosseira: a sua autonomia material*, Lisboa, Quid Juris, 2005.
- VELJANOVSKI, C. G., e WHELAN, C.J., “Professional negligence and the quality of legal services: an economic perspective”, in *Modern Law Review*, Vol. 46, n.º 6, Nov., 1983, pp. 700-718.
- WALTZ, JOHN R., “The Rise and Gradual Fall of the Locality Rule in Medical Malpractice Litigation”, in *Paul Law Review*, Vol. XVIII, 1969, pp. 408-420.
- WOODWARD, GARLAND BENTON, “Medical Malpractice — Locality Rule — State of New York Rejects Locality Standard of Professional Care”, in *Texas Tech Law Review*, Vol. 9, 1978, pp. 786-790.
- ZIMMERMAN, LYNDIA K., “Medical Malpractice: Locality Rule Abandoned in Massachusetts”, in *Southwestern Law Journal*, Vol. 23, 1969, 585-589.