

TUTELA DO DIREITO À INTIMIDADE DE ADOLESCENTES NAS CONSULTAS MÉDICAS

LEGAL REGIME OF THE RIGHT TO INTIMACY OF ADOLESCENTS IN MEDICAL CONSULTATIONS

Amanda Souza Barbosa

Doutoranda em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Público pela Unisinos. Professora de Direito Civil e Biodireito da UNIFACS. Pesquisadora nos grupos Vida (UFBA) e Clínica de Direitos Humanos – Biotecjus (Universidade Federal do Paraná – UFPR). Advogada em Direito Médico e da Saúde.

Taysa Schiocchet

Pós-doutora pela Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com estudos doutorais na Université Paris I-Panthéon Sorbonne e na FLACSO, Buenos Aires. Professora do programa de pós-graduação em Direito da UFPR. Líder do grupo de pesquisa Clínica de Direitos Humanos – Biotecjus (UFPR).

Resumo: Este trabalho tem como objetivo geral analisar os contornos do exercício do direito à intimidade de adolescentes no contexto da assistência à saúde no Brasil. Para tanto, foi adotado o método dialético e realizada pesquisa bibliográfica e documental. Tem-se como principal resultado a demonstração da insuficiência do tratamento legal conferido pelo Código Civil à (in)capacidade decisória do paciente-adolescente, questão diretamente relacionada à avaliação das hipóteses de exceção ao sigilo profissional. A conclusão a que se chega é que o regime legal não atende à complexidade da vida real, o que pode gerar situações de desproteção, em descumprimento ao princípio da proteção integral.

Palavras-chave: Adolescentes. Capacidade civil. Direito à intimidade. Saúde. Sigilo profissional.

Abstract: This paper aims to analyze the contours of the exercise of the right to intimacy of adolescents in the context of health care in Brazil. To do so, the dialectical method was adopted and bibliographical and documentary research was made. The main result is the demonstration of the inadequacy of the legal treatment conferred by the Civil Code on the decision-making (in)capacity of the adolescent patient, a question directly related to the evaluation of the hypotheses of exception to professional secrecy. The conclusion reached is that the legal regime does not meet the complexity of real life, which can generate situations of lack of protection, in breach of the principle of integral protection.

Keywords: Adolescents. Civil capacity. Health. Professional secrecy. Right to intimacy.

Sumário: **1** Introdução – **2** Panorama normativo sobre a tutela do direito à intimidade de adolescentes na esfera da assistência à saúde – **3** Análise da tutela do direito à intimidade de adolescentes na assistência à saúde: seus contornos e viabilidade – **4** Considerações finais

1 Introdução

A relação médico-paciente tem passado por transformações sensíveis a partir da segunda metade do século XX. A postura paternalista do profissional da saúde vem cedendo espaço a uma conduta direcionada a viabilizar que o paciente, alçado a protagonista no processo decisório em saúde, determine o que (não) fazer em termos terapêuticos. Essa transição, por si só, traz uma série de desafios nessa dinâmica relacional. Tal complexidade é agravada quando se está diante de um paciente que é adolescente e, por isso, depende de um representante legal para tomar decisões *a priori*.

Em atenção a esse contexto, propõe-se a análise dos contornos do exercício do direito à intimidade de adolescentes no contexto da assistência à saúde no Brasil. Em outras palavras, será colocado sob análise como o profissional da saúde deve se comportar quanto à preservação da intimidade do paciente-adolescente, em especial na observância do dever de sigilo profissional. Para tanto, dividiu-se a explanação em duas partes: a primeira dedicada a um panorama normativo sobre a tutela do direito à intimidade de adolescentes na esfera assistencial, e a segunda referente ao estudo da teoria das incapacidades.

Na primeira parte, o direito à intimidade foi situado enquanto direito da personalidade que se traduz, na esfera assistencial, nos deveres de confidencialidade e sigilo profissional. Após análise do panorama normativo brasileiro, em sentido amplo, percebeu-se que as regras sobre o assunto se concentram na deontologia médica e, assim como a teoria das incapacidades do Direito Civil, carece de especificações para oferecer diretrizes mais precisas aos atores dessa relação sobre o que se entende por boa ou má prática nesse contexto.

A este desafio foi dedicado o segundo momento do trabalho. Percebeu-se que a possível quebra do sigilo profissional, enfraquecendo-se a tutela do direito à intimidade de paciente-adolescente, está assentada na premissa de que esse sujeito não apresenta capacidade decisória. Sendo assim, fez-se uma análise da teoria das incapacidades do Direito Civil – que taxa os adolescentes de absoluta ou relativamente incapazes a depender da faixa etária – a partir do marco teórico do biopoder, na perspectiva foucaultiana, e a partir da doutrina bioético-jurídica.

Esse caminho foi orientado pela metodologia dialética e subsidiado por pesquisas do tipo documental e bibliográfica. Ao final, chegou-se a considerações a respeito do estado da arte, sistematizando-se análise e propostas colacionadas ao longo do texto, destacando-se o quanto um tratamento geral e abstrato da (in)capacidade decisória de paciente-adolescente é incompatível com a complexidade da vida real e seus mais variados matizes, podendo redundar em situações de desproteção e descumprir o mandamento de proteção integral deste grupo social.

2 Panorama normativo sobre a tutela do direito à intimidade de adolescentes na esfera da assistência à saúde

Para a execução do objetivo proposto, é fundamental mapear o que a norma jurídica, em sentido lato, tem a dizer a respeito do exercício do direito à intimidade por adolescentes. De início, algumas premissas devem ser esclarecidas: os contornos do direito à intimidade e o que significa, no âmbito normativo, falar-se em adolescentes. Cumpre destacar que o direito à intimidade conta com previsão no art. 5º, X, da Constituição Federal, assegurando-se sua inviolabilidade e o direito à indenização pelos danos morais e materiais decorrentes de sua violação.

Como explica Borges, a intimidade – enquanto direito da personalidade – vem sendo compreendida como uma esfera de proteção à intromissão alheia de um âmbito ainda mais restrito de sua vida do que aquele correspondente à noção de privacidade. Seria da ordem da intimidade, por exemplo, a revelação de doença ou deformidade somente perceptível num convívio íntimo. O direito à privacidade, por sua vez, se refere ao direito de excluir do conhecimento de terceiros determinados comportamentos – culturais, sexuais, domésticos etc. –, preferências, características, entre outros.¹

Pode-se dizer que o dever de sigilo profissional deriva da proteção ao direito à intimidade. Quando um paciente compartilha informações sensíveis sobre si com o médico, tem a legítima expectativa de que tais informações não serão transmitidas para terceiros sem que expressamente o autorize. Essa ideia de compartilhamento de dados e acesso limitado a terceiros é traduzida em termos de confidencialidade na esfera assistencial.² Seria ela “uma forma de privacidade informacional que acontece no âmbito de uma relação especial entre o médico e seu paciente”.³

Enquanto do direito à privacidade e à intimidade, em suas respectivas esferas de abrangência, deriva a confiança e segurança para a revelação de algo privado/íntimo, a confidencialidade garante que a revelação será mantida em sigilo. Na relação médico-paciente, essa promessa de não revelação é qualificada, consistindo um dever profissional de natureza legal e deontológica, como se verá. Trata-se, portanto, de um dever de sigilo qualificado.⁴ Mesmo havendo uma

¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 163-167.

² LOCH, Jussara de Azambuja. Confidencialidade: natureza, características e limitações no contexto da relação clínica. *Revista Bioética*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 51-64, 2003, p. 52.

³ LOCH, Jussara de Azambuja. Confidencialidade: natureza, características e limitações no contexto da relação clínica. *Revista Bioética*, cit., p. 53.

⁴ LOCH, Jussara de Azambuja. Confidencialidade: natureza, características e limitações no contexto da relação clínica. *Revista Bioética*, cit., p. 54.

diretriz normativa, a ser explorada na primeira parte deste texto, as hipóteses de quebra do sigilo demandam reflexões.

Quando o paciente está na adolescência, tem-se uma complexidade adicional no desenvolvimento desses estudos, pois somente podem prestar consentimento pessoas plenamente capazes, regime jurídico a ser explicitado a seguir. Entende-se por adolescente pessoa com idade entre os 12 anos completos e 18 anos incompletos. Assim determina o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁵ para fins de incidência da sua tutela protetiva.

De acordo com a tutela das incapacidades do Código Civil brasileiro (arts. 3º e 4º), pessoas até os 16 anos incompletos são consideradas absolutamente incapazes para a prática dos atos da vida civil. Já entre os 16 e 18 anos incompletos, uma pessoa é considerada relativamente capaz para tanto. A capacidade aqui referida é a de fato, ou seja, corresponde à habilidade de exercício direto, livre e consciente dos direitos e cumprimento das obrigações de que se é titular.⁶

Sendo assim, a depender da faixa etária em que se encontre, um adolescente pode ser considerado absoluta ou relativamente incapaz na ordem civil. Diante de tais restrições ao exercício direto de direitos, também indica o *codex* as pessoas responsáveis por representar ou assistir o adolescente na prática de tais atos. São eles os pais, no exercício do poder familiar (arts. 1.630 e ss. do CC) e, na ausência ou impossibilidade destes, um tutor (arts. 1.728 e ss. do CC).

Nos últimos anos, avolumaram-se críticas ao critério etário enquanto marco para a atribuição de capacidade de fato a uma pessoa. Considerações a respeito serão tecidas no segundo momento deste trabalho. Por ora, cabe salientar que a própria disciplina normativa atualmente em vigor a respeito do direito à intimidade de adolescentes na esfera da assistência à saúde denuncia os limites desse regime jurídico.

2.1 Disciplina normativa da intimidade de adolescentes em âmbito nacional: a figura paciente-adolescente

No âmbito do ECA, o termo “intimidade” somente aparece em dois momentos. Primeiramente, no art. 100, parágrafo único, inciso V, constando o “respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva de sua vida privada” entre os princípios que

⁵ Lei nº 8.069/1990.

⁶ AGUIAR, Mônica. 2002+10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

devem orientar a aplicação de medidas específicas de proteção. Tais medidas, elencadas no art. 101 do mesmo diploma legal, são aquelas providenciadas, inclusive, quando o adolescente tenha cometido ato infracional (art. 105 do ECA).

Em um segundo momento, assegurar a intimidade de crianças e adolescentes aparece como objetivo de ações de infiltração de agentes de polícia na internet para a investigação de crimes contra a dignidade sexual deste grupo (art. 190-E do ECA). No tocante ao exercício do direito à saúde, assegurado no art. 7º e seguintes do mesmo diploma legal, nada é dito especificamente sobre a intimidade de crianças e adolescentes na esfera assistencial. Normas específicas a respeito são encontradas na deontologia médica.

De acordo com o art. 74 do Código de Ética Médica – CEM (Resolução CFM nº 1.931/2009), é vedado ao médico “revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente”.⁷ É curioso notar que o CEM recorre ao discernimento como critério, elemento este abandonado pela lei civil no a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência,⁸ tópico a não ser explorado pela ausência de modificações quanto ao critério etário.

Os contornos gerais do dever de sigilo profissional encontram-se no art. 73 do CEM. É vedado ao médico: “Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente”.⁹ Tal proibição permanece hígida mesmo sendo fato de conhecimento público ou caso o paciente tenha falecido; quando intimado para depor como testemunha, devendo comparecer e declarar seu impedimento; ou quando a revelação possa expor o paciente a processo penal.

Também no parágrafo único do art. 101 do CEM, referente ao contexto da realização de pesquisas em seres humanos, determina-se que: “No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão”.¹⁰ Embora esteja aí localizada tal previsão, sabe-se que o

⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010, p. 61. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

⁸ Cf. LAGO JR., Antonio; BARBOSA, Amanda Souza. Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e código de processo civil de 2015. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, n. 3, v. 8, p. 49-89, jul./set. 2016.

⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010, p. 61. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

¹⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de

consentimento livre e esclarecido é pressuposto de qualquer ato médico, sendo-lhe correspondente o assentimento para os incapazes nos âmbitos assistencial e de pesquisa.

Nas palavras de Roberto D'Ávila, ex-presidente do CFM, faz-se importante “a obtenção do assentimento de menor de idade em qualquer ato médico a ser realizado, pois a criança tem o direito de saber o que será feito com o seu corpo”.¹¹ À primeira vista, estaria reservada ao assentimento a conotação de tomar conhecimento, dar ciência da prática de um ato previamente autorizado – via consentimento livre e esclarecido – por um representante legal. Contudo, na disciplina sobre sigilo profissional, o CEM vai muito além, resguardando o sigilo em lugar de exigir o consentimento do representante legal.¹²

Frise-se que o art. 74 do CEM, já mencionado, se refere a discernimento. No tocante à proteção da intimidade do adolescente em consultas médicas, portanto, pressupõe-se uma análise mais apurada de sua capacidade decisória, em concomitância a ausência de riscos de dano à sua saúde, para que o dever de sigilo profissional se perfaça. Loch destaca que a deontologia médica oferece fórmulas gerais que não contemplam as dificuldades inerentes à prática assistencial, daí ser este um ponto cuja elucidação ainda se faz necessária.¹³

Nessa linha, para a autora seria necessária uma interpretação sob a perspectiva beneficente-autonomista da confidencialidade, de modo que as exceções ao dever de sigilo profissional contribuam para o fortalecimento de uma relação médico-paciente eticamente adequada. Se a preservação do sigilo visa uma boa relação entre médico e paciente, deixando o segundo à vontade para compartilhar informações sensíveis importantes para o cuidado de sua saúde, a revelação precisa se justificar enquanto melhor meio de atingir este mesmo objetivo.¹⁴

Ética Médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010, p. 69. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

¹¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010, p. 23. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

¹² ROSA, Carlos Alberto Pessoa (Coord.) *Relação médico-paciente: um encontro*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2017, p. 95.

¹³ LOCH, Jussara de Azambuja. Confidencialidade: natureza, características e limitações no contexto da relação clínica. *Revista Bioética*, cit., p. 57.

¹⁴ LOCH, Jussara de Azambuja. Confidencialidade: natureza, características e limitações no contexto da relação clínica. *Revista Bioética*, cit., p. 54-58.

2.2 Proteção do direito à intimidade de pacientes adolescentes: em direção à especificação do dever de sigilo profissional

Apesar da tímida disciplina estritamente legal quanto ao respeito à intimidade do paciente adolescente na esfera da assistência à saúde, sendo a produção normativa mais abundante nas esferas administrativa e deontológica, indubitavelmente a preservação da confidencialidade e privacidade do adolescente é fundamental, *ab initio*, para viabilizar o próprio acesso ao sistema de saúde. Viu-se que as hipóteses de sigilo foram traduzidas em conceitos indeterminados, como justa causa, cuja significação depende do caso concreto.

Certamente por isso, na publicação “Saúde do adolescente: competências e habilidades”, publicada pelo MS em 2008, indica-se como diretriz que: “O sigilo da consulta deve ser assegurado por meio de um debate nos serviços visando a um consenso entre os profissionais sobre as situações onde deva ser violado”.¹⁵ Destaca-se que a família precisa compreender a importância da confidencialidade na relação médico-adolescente, preservando-se a comunicação e encaminhamentos de seus cuidados, ficando eventual quebra do sigilo condicionada a uma razão clara e consensual entre o profissional e o paciente.¹⁶

Em outras palavras, de antemão, é preciso estabelecer com o paciente adolescente que a sua intimidade será preservada, havendo alguns limites. Há determinações legais, por exemplo, que obrigam o profissional a realizar denúncia para preservar a integridade do adolescente – casos de abuso sexual, violência, dependência de drogas, etc. Tais exceções devem ser pontuadas desde o início, para que, em hipótese de quebra do sigilo profissional, não haja repercussão entre os demais usuários do sistema de saúde em termos de perda da confiança na relação com a equipe.¹⁷

Diante da identificação de pesquisas que apontam ser a preocupação com a confidencialidade – revelação à família de informações sensíveis – o principal

¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde do adolescente: competências e habilidades*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008, p. 28. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_adolescente_competencias_habilidades.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde do adolescente: competências e habilidades*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008, p. 28. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_adolescente_competencias_habilidades.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

¹⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde do adolescente: competências e habilidades*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008, p. 28-29. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_adolescente_competencias_habilidades.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

motivo para que adolescentes retardem a busca de auxílio especializado, Loch, Clotet e Goldim desenvolveram pesquisa para identificar quais seriam os limites éticos à confidencialidade e em quais situações a sua quebra seria admitida na ótica dos jovens. Foram entrevistados 711 universitários da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em dezembro de 2000, entre os 16 e 21 anos de idade.¹⁸

Após análise dos dados obtidos, os autores identificaram que, de acordo com os jovens entrevistados, as informações obtidas em consulta podem ser comunicadas a terceiros quando o próprio paciente der autorização, ou quando se encontrarem em situação de risco para si ou terceiros. Mais de 80% admite a quebra do sigilo em situações de ideação suicida, violência física, anorexia nervosa e abuso sexual. Ter uma doença sexualmente transmissível, usar drogas ou ter HIV fez com que o grupo manifestasse opiniões diversas, estando o percentual em torno de 50%.¹⁹

Já em relação a questões afeitas à sexualidade, a admissibilidade da quebra do sigilo foi menor. Dentre eles, 33% admitem a quebra da confidencialidade em casos de gestação, 20,7% em caso de homossexualidade e apenas 15,6% quanto à manutenção de relações sexuais.²⁰ Compreender a percepção do adolescente a respeito contribui para uma relação médico-adolescente dialógica e afasta o temor da revelação inesperada, que pode levá-lo a omitir informações importantes para se chegar a um diagnóstico adequado e condução do tratamento correspondente.²¹

Não sendo o direito à intimidade absoluto, o desafio reside, justamente, em determinar quais seriam os princípios e circunstâncias que justificariam a quebra do sigilo profissional. Há situações em que a quebra do sigilo é imperativa, como a notificação de doenças transmissíveis, casos de lesão por agressão e suspeitas de abuso infantil. Noutras, é preciso levar em consideração se a preservação do segredo traz preocupações acerca da segurança de terceiras partes conhecidas, ou ainda com o bem-estar público e social.²²

¹⁸ LOCH, Jussara de Azambuja; CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto. Privacidade e confidencialidade na assistência à saúde do adolescente: percepções e comportamentos de um grupo de 711 universitários. *Revista da Associação Médica Brasileira*, São Paulo, v. 53, n. 3, p. 240-246, 2007, p. 240-241.

¹⁹ LOCH, Jussara de Azambuja; CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto. Privacidade e confidencialidade na assistência à saúde do adolescente: percepções e comportamentos de um grupo de 711 universitários. *Revista da Associação Médica Brasileira*, cit., p. 61.

²⁰ LOCH, Jussara de Azambuja; CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto. Privacidade e confidencialidade na assistência à saúde do adolescente: percepções e comportamentos de um grupo de 711 universitários. *Revista da Associação Médica Brasileira*, cit., p. 61.

²¹ ALMEIDA, Renata Acioli de; LINS, Liliane; ROCHA, Matheus Lins. Dilemas éticos e bioéticos na atenção à saúde do adolescente. *Revista Bioética*, cit., p. 321.

²² LOCH, Jussara de Azambuja; CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto. Privacidade e confidencialidade na

Em documentos e normas técnicas publicados pelo Ministério da Saúde (MS) é possível perceber um esforço no sentido de oferecer aos profissionais de saúde diretrizes mais específicas a respeito da preservação ou quebra do sigilo profissional no atendimento a adolescentes. Alguns deles serão abordados a título exemplificativo, como demonstração do estado da arte em situações específicas. *Vide* o documento intitulado “Cuidando de Adolescentes: orientações básicas para a saúde sexual e a saúde reprodutiva”, publicado em 2016.

Neste, o dever de sigilo profissional foi reiterado em alguns momentos. Quando realizado o teste rápido de gravidez, deve a paciente ser informada “que o atendimento é sigiloso e confidencial para que ela possa retornar à unidade independente do resultado”.²³ Em caso de gestação, apresentando-se sinais de alerta, a adolescente deve ser encaminhada ao hospital mais próximo, sob a proteção do sigilo profissional. Somente com a sua anuência, a família e parceiro poderão comparecer ao atendimento pré-natal, na qualidade de apoiadores afetivos.²⁴

Neste último ponto, percebe-se que a adolescente gestante é colocada como protagonista no processo decisório. Sua família, o que abrange seus pais – assistentes legais de acordo com a lei civil – são referidos como “apoiadores afetivos”. Seu papel, portanto, seria acompanhar e dar afeto, e não ter a decisão final a respeito da condução do acompanhamento. Contudo, quando abordada a circunstância do abortamento legal, uma vez havendo a indicação de sua realização, prevê o documento ora sob análise que:

Havendo indicação desse procedimento invasivo, torna-se necessária a presença de um dos pais ou responsável, excluindo-se as situações de urgência, quando há risco de vida iminente, e em casos de violência sexual. A ausência dos pais ou responsável não deve impedir o atendimento pela equipe de saúde em nenhuma consulta.²⁵

assistência à saúde do adolescente: percepções e comportamentos de um grupo de 711 universitários. *Revista da Associação Médica Brasileira*, cit., p. 62.

²³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Cuidando de Adolescentes: orientações básicas para a saúde sexual e a saúde reprodutiva*. Brasília: Ministério da Saúde, 2015, p. 24. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cuidando_adolescentes_saude_sexual_reprodutiva.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

²⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Cuidando de Adolescentes: orientações básicas para a saúde sexual e a saúde reprodutiva*. Brasília: Ministério da Saúde, 2015, p. 31. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cuidando_adolescentes_saude_sexual_reprodutiva.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

²⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Cuidando de Adolescentes: orientações básicas para a saúde sexual e a saúde reprodutiva*. Brasília: Ministério da Saúde, 2015, p. 33. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cuidando_adolescentes_saude_sexual_reprodutiva.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

A exposição ao risco tem sido o principal fator justificador para quebra do sigilo profissional no atendimento de adolescentes. Na publicação “Proteger e cuidar da saúde de adolescentes na atenção básica”, também de autoria do MS, esse entendimento é ratificado, dando-se como exemplos de situação de risco: violência sexual, ideia de suicídio e informação de homicídios.²⁶ Esse também é o entendimento adotado pela Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP) e Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo).²⁷

Na Norma Técnica “Atenção Humanizada ao Abortamento”, publicada pelo MS em 2011, é seguido entendimento semelhante. Diante do abortamento espontâneo ou provocado, a quebra do sigilo profissional deve ser alvo de ponderação.²⁸ A mesma reflexão é suscitada na Norma Técnica “Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes”:

O atendimento de crianças e adolescentes em situação de violência sexual também se submete aos mesmos fundamentos éticos e legais. A assistência à saúde da menor de 18 anos deve observar ao princípio de sua proteção. *Se a revelação dos fatos for feita para preservá-la de danos, está afastado o crime de revelação de segredo profissional. Entretanto, a revelação do ocorrido também pode lhe acarretar danos, em algumas circunstâncias. Entre outros prejuízos ainda mais graves, ela pode afastar-se do serviço e perder a confiança nos profissionais que a assistem. Nesse caso, a decisão do profissional de saúde deve estar justificada no prontuário da criança ou da adolescente. A negociação da quebra de sigilo com as adolescentes poderá evitar os prejuízos [...].*²⁹ [Grifos nossos]

No Sistema Único de Saúde (SUS), a realização do abortamento é disciplinada pela Portaria nº 1.508/2005. É previsto um procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, composto

²⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Proteger e cuidar da saúde de adolescentes na atenção básica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2017, p. 106. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/proteger_cuidar_adolescentes_atencao_basica.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

²⁷ ROSA, Carlos Alberto Pessoa (Coord.) *Relação médico-paciente: um encontro*, cit., p. 96.

²⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2011, p. 19-20. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2018.

²⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2012, p. 27. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018.

por quatro fases: a) relato circunstanciado do evento pela gestante; b) intervenção médica acompanhada de parecer técnico; c) assinatura de termo de responsabilidade pela gestante, contendo advertências sobre os crimes de falsidade ideológica e aborto; d) assinatura do termo de consentimento livre e esclarecido.³⁰

Nas duas últimas etapas referidas, exige-se assinatura do representante legal caso a paciente seja incapaz.³¹ A portaria, portanto, parece assumir um viés mais restritivo do que as publicações que lhe antecederam nesta análise. A partir dos exemplos colacionados, foi possível demonstrar os esforços para especificação da boa prática médica no tocante à preservação do direito à intimidade do paciente-adolescente. O segundo momento desse trabalho se dedica a tais esforços e a justificar a sua premente necessidade.

3 Análise da tutela do direito à intimidade de adolescentes na assistência à saúde: seus contornos e viabilidade

Indica-se que, no plano ideal, o atendimento deve se dar em dois momentos: com o adolescente sozinho e, posteriormente, na presença de familiares ou acompanhantes. O primeiro momento é importante para que o adolescente se sinta à vontade para expressar a sua percepção sobre o que está lhe acometendo, abordando aspectos sigilosos, bem como para que se torne progressivamente responsável por sua saúde e condução de vida. Já o segundo momento contribui para o entendimento da dinâmica e estrutura familiar, bem como eventuais esclarecimentos.³²

Viu-se que, em âmbito normativo, tem-se como regra geral que o paciente adolescente precisa de acompanhamento dos seus pais ou responsável legal para que receba tratamento médico, pois estes têm a capacidade necessária e o dever legal de prestar consentimento livre e esclarecido. Porém, nem sempre esta é uma alternativa viável. Não raro há conflitos de interesse entre o adolescente

³⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.508/GM, de 1^a de setembro de 2005. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/mulher/Portaria%201508%20aborto.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

³¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.508/GM, de 1^a de setembro de 2005. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/mulher/Portaria%201508%20aborto.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

³² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde do adolescente: competências e habilidades*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008, p. 44. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_adolescente_competencias_habilidades.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

e seus responsáveis, estes não estão presentes e sua identificação é inviável ou, ainda, a família existente não é capaz de fornecer qualquer tipo de auxílio.³³

Como reconhecido em publicação do MS, frequentemente tal exigência não é observada, pois o profissional, impelido pelo seu dever de cuidado, aproveita o comparecimento do adolescente e o atende sem formalidades. Sugere-se que seja solicitada ao próprio adolescente a assinatura do termo de consentimento livre e esclarecido, buscando o envolvimento familiar quando possível. Parte-se da premissa de que o adolescente pode se responsabilizar por seu tratamento em circunstâncias especiais – gravidez, paternidade precoce, evasão da residência familiar – mesmo ainda sendo legalmente incapazes.³⁴

Nessas circunstâncias, o profissional de saúde se questiona a respeito da capacidade decisória do paciente-adolescente, sobretudo quando desacompanhado, e se põe a refletir sobre a necessidade da quebra do sigilo profissional ou não. De um lado, o ECA garante o direito à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, mesmo tratando-se de pessoas em desenvolvimento.³⁵ De outro, a teoria das incapacidades do Direito Civil parte do pressuposto de que pessoas menores de 18 anos não têm capacidade plena.

Em meio a esse contexto, é importante elucidar as críticas que têm sido feitas à teoria das incapacidades no âmbito do Direito Civil e da Bioética. O marco etário como referencial geral e abstrato para a determinação da (in)capacidade de fato desagradou muitos estudiosos, para os quais o caso concreto revela particularidades inalcançáveis pela norma. Da mesma forma, estudar a percepção do adolescente enquanto pessoa em desenvolvimento revela premissas importantes desta lógica, permitindo que ela seja discutida com mais propriedade.

3.1 A incapacidade civil de adolescentes: mecanismo disciplinar e biopolítico de controle sobre os corpos

A partir da análise da normativa em vigor, é possível perceber que, ainda que pautada numa premissa protetiva, nivela todas as pessoas com menos de

³³ TAQUETTE, Stella R.; VILHENA, Marília Mello de. Aspectos éticos e legais no atendimento à saúde de adolescentes. *Adolescência & Saúde*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 10-14, 2005, p. 11-12. Disponível em: <http://www.adolescenciaesaude.com/detalhe_artigo.asp?id=169>. Acesso em: 21 jan. 2018.

³⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde do adolescente: competências e habilidades*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008, p. 29. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_adolescente_competencias_habilidades.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

³⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde do adolescente: competências e habilidades*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008, p. 29. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_adolescente_competencias_habilidades.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

18 anos à mesma condição de incapacidade, diferenciando-se a incapacidade absoluta e relativa no tocante à extensão dos poderes do representante legal. Cria-se, portanto, a necessidade de se ter atores aptos a decidir e responder por eles, como se tivessem, sempre, as melhores condições de fazê-lo meramente por terem ultrapassado um determinado número de aniversários.³⁶

Essa tutela protetiva, por vezes apontada como justificativa da representação legal, surgiu tempos depois. O próprio reconhecimento do adolescente enquanto sujeito de direito remonta aos fins do século XX. Por muito tempo, como esclarece Taysa Schiocchet, o Direito apenas se ocupava do adolescente para tratar da sua incapacidade para, em regra, praticar atos de cunho patrimonial. Tais parâmetros se tornam passíveis de questionamento, sobretudo, a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais e da doutrina da proteção integral.³⁷

A inscrição do adolescente enquanto sujeito incapaz na ordem civil pode ser explicada, sob uma perspectiva foucaultiana, como resultado das redes de poder que circulam na sociedade. Taysa Scchiochet aponta que a demarcação de diferenças, ordenamentos e hierarquias, permeando e dando o tom ao binômio permitido/proibido, delimita o lugar social a ser ocupado por esses sujeitos – *in casu*, adolescentes. Trata-se de um discurso reproduzido em diversos espaços, inclusive nos consultórios, afinado com o chamado poder disciplinar,³⁸ a ser explicitado a seguir com base na obra de Michel Foucault.

O poder disciplinar é uma das manifestações do biopoder, cuja incidência sobre a vida remonta ao século XIX. Trata-se da primeira tomada de poder sobre os corpos, numa perspectiva individual, através de técnicas e sistemas de vigilância que visam preservar a docilidade-utilidade. A dominação passou a ser exercida por meio de formulações gerais, de modo a ser possível o domínio sobre o corpo alheio para maximizar seu desempenho.³⁹ Tais mecanismos de vigilância operam sem recorrer à força ou violência. Seu funcionamento é contínuo, discreto⁴⁰ e, por vezes, revestidos de legalidade.

Pode-se dizer que a teoria das incapacidades, ao retirar do adolescente a possibilidade de exercício direto e imediato de seus direitos, se revela um mecanismo

³⁶ LEONE, Cláudio. A criança, o adolescente e a autonomia. *Revista Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 1-4, 1998, p. 2.

³⁷ SCHIOCCHET, Taysa. Autonomia de adolescentes e interrupção voluntária da gravidez: um olhar sobre capacidade civil, direitos da personalidade e direitos humanos. In: ENGELMANN, Wilson; SCHIOCCHET, Taysa (Coords.) *Sistemas jurídicos contemporâneos e constitucionalização do direito: releituras do princípio da dignidade humana*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 38.

³⁸ SCHIOCCHET, Taysa. Marcos normativos dos direitos sexuais: uma perspectiva emancipatória. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo (Org.). *Biodireito e gênero*. Ijuí: Unijui, 2007, p. 61-106. Disponível em: <<https://unisinon.academia.edu/TaysaSchiocchet>>. Acesso em: 30 jan. 2018, p. 77.

³⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 117-119.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*, cit., p. 148-149.

de vigilância desse sujeito. Pessoas adultas, na condição de representantes legais, passam a gerir a tomada de decisões do adolescente nos mais diversos âmbitos, inclusive na esfera da saúde, relacionada à esfera extrapatrimonial das relações jurídicas. Essa limitação ao exercício de direitos vem sendo exercida de maneira restritiva, pautada numa proteção que, muitas vezes, resulta num paternalismo injustificado.

Ainda de acordo com Michel Foucault, o disciplinamento dos corpos se dá pela via da normalização, a saber, processo geral de normalização social, política e técnica cujos reflexos se manifestam em diversos âmbitos, inclusive na medicina. Ao assumir a forma de regra natural, a disciplina põe a norma⁴¹ em relação com fenômenos ligados não só ao corpo individual, mas também com a população em geral. Por isso, pode-se dizer que a norma implanta e induz a segunda tomada de poder sobre os corpos – agora, numa perspectiva coletiva e populacional – a biopolítica da espécie humana.⁴²

Enquanto a disciplina controla corpos individuais, a biopolítica se dedica à medição de fenômenos globais – como o nascimento, a morte, a doença – no intuito de controlar a sua probabilidade e seus efeitos, mantendo-se uma certa regularidade.⁴³ Também a teoria das incapacidades se articula nessa lógica, ao se traduzir numa norma jurídica geral e abstrata que retira de uma parte da população a possibilidade de tomar decisões na ordem civil, de modo que caberá aos adultos “normalizados” tomar decisões compatíveis com aquilo que se espera em dada situação.

Ocorre que essa subtração da capacidade de decidir não se coaduna com a doutrina da proteção integral, proteção esta compreendida sob uma perspectiva emancipatória. Taysa Schiocchet aponta a necessária ruptura com a superioridade adulta, paternalista e de infantilismo socialmente difundida. Ao mesmo tempo, deve ser ampliado o leque de direitos individuais, sociais e coletivos direcionados aos adolescentes.⁴⁴ Em direção a essa construção, passa-se à explicitação de críticas à teoria das incapacidades do código civil, enquanto meios de resistência à lógica disciplinar e biopolítica já instalada.

⁴¹ Entenda-se norma como o elemento fundante do exercício do poder, no qual ele se legitima, estando sempre relacionada a uma técnica positiva de intervenção ou transformação. FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF, 2010, p. 42-45.

⁴² FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 293-294.

⁴³ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*, cit., p. 294-295.

⁴⁴ SCHIOCCHET, Taysa. Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no contexto brasileiro: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Orgs.). *Direito sanitário*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 382-401, p. 388.

3.2 Críticas à teoria das incapacidades do Direito Civil: adolescente como agente decisor na esfera existencial

Como já referido, a teoria das (in)capacidades do Direito Civil vem sendo alvo de duras críticas. Diversos autores, a exemplo de Pithan, Bernardes e Pires Filho, destacam a ausência de correspondência entre a capacidade civil e a capacidade para a tomada de decisões em saúde, esta última denominada de “autonomia bioética”. A lei civil, por ser excessivamente geral e abstrata, não permitiria uma análise individualizada, tornando-se insuficiente para uma aferição detida da capacidade decisória do paciente.⁴⁵

Tal inadequação é atribuída à vocação patrimonial da teoria das incapacidades, pois fora concebida para salvaguardar a segurança jurídica no trânsito de relações jurídicas patrimoniais, e não existenciais.⁴⁶ Diante dessa constatação, têm sido desenvolvidas propostas direcionadas à avaliação da capacidade decisória de crianças e adolescentes. Uma delas é ter no “discernimento” critério paralelo às noções de capacidade, a ser aferido casuisticamente e sujeito a exame jurisdicional. Assim sugere Luciana Dadalto, como forma de relativização do regime legal.⁴⁷

Uma forma alternativa de maioridade, relativa à tomada de decisões sobre o próprio corpo e à saúde foi proposta por Mônica Aguiar. Para a autora, com base no art. 28, §§ 1º e 2º, do ECA, a idade de 12 anos representaria um marco adequado para gerar a presunção absoluta de capacidade para a prática de atos relacionados ao direito à vida e à saúde. Esta seria a maioridade bioética, que também encontraria amparo no art. 74 do CEM, que garante ao adolescente o direito ao sigilo profissional. Dessa forma, haveria base legal para uma mudança de marco etário.⁴⁸

Segundo a autora, passaria a haver mais uma hipótese de capacidade específica, ao lado da capacidade eleitoral, tributária, penal, entre outras. Por guardar proximidade com o regime em vigor, este seria um meio factível para conferir

⁴⁵ PITHAN, Livia Haygert; BERNARDES, Fabrício Benites; PIRES FILHO, Luiz Alberto B. Simões. Capacidade decisória do paciente: aspectos jurídicos e bioéticos. In: GAUER, Gabriel José Chittó; ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (Orgs.). *Ciclo de conferências em Bioética I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 121-132.

⁴⁶ RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 25-26.

⁴⁷ DADALTO, Luciana. Capacidade versus discernimento: quem pode fazer diretivas antecipadas de vontade? In: DADALTO, Luciana (Coord.) *Diretivas antecipadas de vontade: ensaios sobre o direito à autodeterminação*. Belo Horizonte: Letramento, 2013, p. 224-226.

⁴⁸ AGUIAR, Mônica. 2002+10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*, cit., p. 98-101.

ao adolescente plena capacidade para decidir a respeito de seu próprio corpo e saúde: “as questões referentes à vida e à saúde da pessoa devem ser por ela mesma decididas, quando ainda não atingida a maioridade civil”.⁴⁹ Ficaria a noção de capacidade civil restrita às questões de ordem patrimonial.

Afastando-se ainda mais da teoria das incapacidades, Taysa Schiocchet aponta que o regime civil não se coaduna com a linguagem dos direitos humanos e da proteção integral, na medida em que reconhecer o adolescente como sujeito de direito deveria pressupor a viabilização do exercício de direitos e edificação de sua autonomia. Reconhecê-lo como digno de proteção e, ao mesmo tempo, lhe retirar a possibilidade de exercício direto em nome desta proteção é paradoxal. Por isso, sustenta que os adolescentes gozam de autonomia plena para a prática de direitos fundamentais – tal como o direito à saúde.⁵⁰

Em contraposição a uma incapacidade civil geral e abstrata, vezes defendem uma capacidade específica e casuisticamente aferida. Este é o cerne da chamada teoria do menor maduro. Carlos Maria Casabona explica que uma pessoa pode ser considerada madura “quando possui uma capacidade natural de juízo ou suficiente maturidade para compreender a natureza e transcendência do ato ao qual consente e as consequências mais relevantes que se derivarão dele”.⁵¹ Em uma fase como a adolescência, marcada por intenso dinamismo, poderá haver grande variabilidade quanto à maturidade.⁵²

Nesse sentido, José Carlos Martins e outros destacam que o tipo de tarefa e seu grau de complexidade interferem na definição da capacidade de realizá-la. A capacidade de decidir sobre a própria vida e saúde estaria assentada em três capacidades: a) compreender o diagnóstico, opções de tratamento, riscos associados e prognóstico; b) apreciar o impacto dessas ações sobre si próprio; c) formular e comunicar a decisão, pautada em seus valores individuais. Seria preciso, portanto, desenvolver ferramentas de avaliação da capacidade decisória.⁵³

Uma análise casuística, pautada nos quatro princípios da bioética principia- lista, é a proposta de Maria de Fátima Santos, Thalita dos Santos e Ana Laís

⁴⁹ AGUIAR, Mônica. O paradoxo entre a autonomia e a beneficência nas questões de saúde: quando o poder encontra a vulnerabilidade. In: ALBUQUERQUE, Letícia; SILVA, Mônica Neves Aguiar; POZZETTI, Valmir César (Orgs.). *Biodireito e direitos dos animais*. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 347-363, p. 352. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/tvu736t8/V23M4aJu4nz88o20.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

⁵⁰ SCHIOCCHET, Taysa. Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no contexto brasileiro: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Orgs.). *Direito sanitário*, cit., p. 397-398.

⁵¹ CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 150.

⁵² ROSA, Carlos Alberto Pessoa (Coord.). *Relação médico-paciente: um encontro*, cit., p. 94-95.

⁵³ MARTINS, José Carlos Amado *et al.* Capacidade do doente para decidir. Avaliar para maximizar a autonomia. *Revista Portuguesa de Bioética*, Lisboa, ano 51, n. 9, p. 307-319, dez. 2009, p. 311-312.

dos Santos para preservação da confidencialidade na relação do médico com o paciente adolescente.⁵⁴ De certa forma, percebe-se a necessidade de especificação em meio à amplitude dos marcos etários. Em resposta à consulta realizada perante o Conselho Federal de Medicina (CFM), referente à necessidade de acompanhamento de adolescentes por responsáveis em consulta, foram indicados os seguintes parâmetros:

1. Nos casos de pré-adolescentes (faixa entre nove e 12 anos incompletos) que procurarem o serviço espontaneamente, o atendimento poderá ser efetuado e, simultaneamente, estabelecido contato com os responsáveis.
2. A partir dos 12 anos e 14 anos e 11 meses, poderá ser realizado, devendo, se necessário, serem chamados os responsáveis legais.
3. A partir de 14 anos e 11 meses, a privacidade é garantida por consenso internacional reconhecido pela lei brasileira [...] principalmente se considerados “maduros”, ou seja, capacitados a entender e cumprir as orientações recebidas.⁵⁵

Percebe-se claramente que, a despeito do marco etário legal, a deontologia médica se aproxima da identificação de marcos mais flexíveis, pautados numa análise casuística da maturidade do paciente-adolescente. Perante o adolescente maduro de 14 anos ou mais, conforme a orientação mencionada, deve o médico preservar a privacidade do paciente, não revelando informações a ele confiadas durante a consulta para seus responsáveis legais que, sequer, precisariam ser chamados para acompanhar o processo terapêutico.

Em documento do MS publicado em 2016, intitulado “Cuidando de Adolescentes: orientações básicas para a saúde sexual e a saúde reprodutiva”, adotou-se um marco etário que não reflete os parâmetros do CC, nem do ECA. *Vide* o que diz a informação, posta em destaque no referido texto:

Adolescentes, de 10 a 19 anos de idade, têm direitos a serem atendidos sem discriminação, de qualquer tipo, com garantia de consentimento informado e esclarecido, de privacidade e de sigilo. Na mesma faixa etária – 10 a 19 – podem ser atendidos sem a presença dos pais, se assim preferirem. No entanto, se esses adolescentes ainda não têm o discernimento e autonomia necessários para tomar

⁵⁴ SANTO, Maria de Fátima Oliveira dos; SANTOS, Thalita Esther Oliveira dos; SANTOS, Ana Laís Oliveira dos. A confidencialidade médica na relação com o paciente adolescente: uma visão teórica. *Revista Bioética*, Brasília, v. 20, n. 2, p. 318-25, 2012, p. 319.

⁵⁵ ROSA, Carlos Alberto Pessoa (Coord.). *Relação médico-paciente: um encontro*, cit., p. 94.

decisões, é preciso negociar com eles e elas a presença de pais ou responsáveis.⁵⁶

Observe-se que foi adotado o marco etário da Organização Mundial de Saúde (OMS), não coincidente com os parâmetros da legislação brasileira. Além disso, para além da privacidade e sigilo, garante-se o direito ao consentimento informado – instituto reservado aos plenamente capazes de acordo com a deontologia médica, cabendo aos incapazes o assentimento informado. Destaque-se, ainda, a necessidade de investigação do discernimento e autonomia. Na falta destes, ainda assim, seria possível negociar a presença dos pais ou responsáveis legais.

Sem se apoiar em faixas de idade, Cláudio Leone aponta o risco desse recurso, qual seja, classificar o adolescente como capaz ou incapaz de uma maneira dicotômica, sem atenção à sua real capacidade. Para o pediatra, uma análise individualizada seria a única forma de respeito à autonomia da criança ou adolescente. A própria interpretação da legislação e devido dimensionamento da decisão dos pais ou responsáveis estariam condicionados à análise detida da autonomia do paciente. Em situações de conflito, será requerido um maior esforço para que se chegue a uma decisão amadurecida e isenta, que respeite a posição do paciente e lhe traga benefícios.⁵⁷

Neste processo de avaliação da maturidade, deve-se ter atenção às características do adolescente, ao seu grau de compreensão, à gravidade do tratamento proposto, bem como aos fatores familiares e restrições legais.⁵⁸ Há relatos científicos apontando que a compreensão sobre as consequências de seus próprios atos é adquirida pelo ser humano, em regra, entre os seis anos e o final da adolescência, de maneira progressiva.⁵⁹ Apesar desses e outros dados, muitos profissionais de saúde ainda se sentem inseguros, temendo eventual responsabilização caso a família seja alijada do processo decisório.

Porém, mesmo em situações nas quais se faz presente o risco à vida ou integridade física, podem ser identificados exemplos em que é dada primazia à

⁵⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Cuidando de Adolescentes*: orientações básicas para a saúde sexual e a saúde reprodutiva. Brasília: Ministério da Saúde, 2015, , p. 17. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cuidando_adolescentes_saude_sexual_reprodutiva.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

⁵⁷ LEONE, Cláudio. A criança, o adolescente e a autonomia. *Revista Bioética*, cit., p. 3.

⁵⁸ SANTO, Maria de Fátima Oliveira dos; SANTOS, Thalita Esther Oliveira dos; SANTOS, Ana Laís Oliveira dos. A confidencialidade médica na relação com o paciente adolescente: uma visão teórica. *Revista Bioética*, cit., p. 319-321.

⁵⁹ HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolf. Consentimento informado no atendimento pediátrico. *Revista Paulista de Pediatria*, São Paulo, v. 28, n. 2, p. 128-133. jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpp/v28n2/v28n2a01.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

vontade do paciente-adolescente, inclusive quando em conflito com a decisão manifestada por seus pais. *Vide* caso analisado pelo Conselho Regional de Medicina do Ceará, no qual uma adolescente de 17 anos se recusou a realizar amputação de membro inferior esquerdo mesmo havendo indicação médica e liberação formal dos pais. Concluiu-se que: “adolescente em gozo de suas faculdades mentais tem livre direito de recusar tratamento cirúrgico mutilador, mesmo contrariando o consentimento dos genitores”.⁶⁰

Entre o paciente, seus representantes e profissionais de saúde pode se instalar a discordância a respeito de como conduzir o tratamento. Quanto ao conflito entre o paciente e seus representantes, Carlos Maria Casabona esboça algumas soluções. Tratando-se de caso urgente e grave, sugere o autor que se recorra ao Poder Judiciário. Não havendo tempo hábil para tanto, deverá prevalecer a decisão do responsável, desde que tomada no melhor interesse do menor. Não havendo urgência, o médico deverá buscar a resolução do impasse em concurso com as partes.⁶¹ Poder-se-ia envolver o Ministério Público e o Conselho Tutelar nessa mediação.

Sobre o conflito entre a vontade dos responsáveis legais e a do profissional de saúde, Hirschheimer, Constantino e Osalka entendem que a vontade dos primeiros pode ser contestada na Justiça da Infância e Juventude se o profissional de saúde verificar que a decisão por eles tomada está em conflito com o melhor interesse do paciente menor de idade – a exemplo de situações em que a não realização de algum procedimento implicaria em risco de morte, perda da qualidade de vida ou de função de um determinado órgão ou sistema.⁶²

A despeito de diferentes entre si, a doutrina ora reunida aponta para a direção da possível suficiência da manifestação de vontade do adolescente em saúde, afastando-se, nesses casos, a quebra do sigilo profissional. Essa tendência se aproxima do art. 12 da Convenção dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/1990: deve ser assegurado aos menores de 18 anos o direito de expressar livremente as suas opiniões sobre os assuntos relacionados a si, as quais devem ser levadas em consideração em função de sua idade e maturidade.

⁶⁰ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO CEARÁ. Parecer-Consulta nº 16, de 26 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/pareceres/2005/par1605.htm>>. Acesso em: 19.01.2018.

⁶¹ CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Bioteχνologia e suas implicações ético-jurídicas*, cit., p. 152.

⁶² HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolf. Consentimento informado no atendimento pediátrico. *Revista Paulista de Pediatria*, cit., p. 129.

4 Considerações finais

O direito à intimidade de adolescentes na esfera da assistência à saúde é tema que requer cautela e revisão de institutos tradicionais do Direito Civil. A partir do panorama normativo realizado em âmbito nacional, percebe-se que tanto o tratamento na deontologia médica quanto a teoria das incapacidades civilista carecem de maiores especificações para que se tornem diretrizes mais precisas de boas práticas no tocante à viabilização do exercício do direito à intimidade por adolescentes na relação médico-paciente.

Entre as diretrizes identificadas na literatura, desponta a importância de estabelecer com o paciente-adolescente, desde o início, que a sua intimidade será preservada, havendo situações excepcionais em que se fará necessária a quebra do sigilo profissional. Quais seriam essas situações é o cerne da questão. Circunstâncias em que o adolescente se encontra em risco ou representa risco para terceiros parecem ser amplamente aceitas enquanto exceção ao sigilo profissional, aumentando as divergências quando apontado um contexto específico.

Viu-se que há publicações do MS que se posicionam sobre determinadas hipóteses. Enquanto a quebra do sigilo não seria admitida em atendimentos para realização de teste de gravidez e pré-natal, ela poderia ser justificada em casos de abortamento legal. Nesse percurso investigativo, percebeu-se que as hipóteses de quebra do sigilo profissional – logo, de vulneração do direito à intimidade do adolescente – estão assentadas na premissa da incapacidade decisória desse paciente. Por isso, passou-se a estudar a teoria das incapacidades numa perspectiva crítica.

A partir da ótica foucaultiana, percebeu-se a teoria das incapacidades enquanto engrenagem do biopoder. Retirar a capacidade decisória sobre si, sobre a própria saúde, e conferi-la a outrem é dispositivo que se coaduna com a dinâmica das duas tomadas de poder sobre os corpos descritos por Michel Foucault em sua fase genealógica. O nivelamento do adolescente como pessoa, necessariamente, incapaz para a tomada de decisões incorre numa generalização que favorece os mecanismos de controle e, por outro lado, esmaece a sua identidade.

A doutrina bioético-jurídica aponta a necessidade de revisão dos critérios para aferição da capacidade decisória, sobretudo em âmbitos eminentemente existenciais como o da saúde. Entre as propostas aqui reunidas, algumas mantêm a lógica do marco etário, enquanto outras dela se afastam completamente em direção a uma análise individual e casuística. Apesar das diferenças entre elas, certo é que a generalização não alcança a complexidade dos fatos e pode resultar em situações de desproteção, devendo-se continuar a busca por alternativas em direção à construção e valorização da autonomia do adolescente.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBOSA, Amanda Souza; SCHIOCCHET, Taysa. Tutela do direito à intimidade de adolescentes nas consultas médicas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 49-69, jan./mar. 2018.

Recebido em: 13.02.2018

1º parecer em: 22.02.2018

2º parecer em: 23.02.2018