

A CONFIDENCIALIDADE ENTRE MÉDICOS E PACIENTES MAIORES DE 16 ANOS E MENORES DE 18 ANOS Á LUZ DO DIREITO BRASILEIRO ATUAL

THE CONFIDENTIALITY BETWEEN DOCTORS AND PATIENTS OVER 16 AND BELOW 18 YEARS UNDER CURRENT BRAZILIAN LAW

THAÍS BARREIROS PRATES¹

JESSICA HIND RIBEIRO COSTA²

RESUMO:

O presente artigo propõe uma análise acerca da relação de confidencialidade entre médicos e pacientes maiores de 16 anos e menores de 18 anos, a luz do direito brasileiro atual, observando a necessidade da garantia dos direitos constitucionais desses menores relativamente incapazes no ordenamento jurídico, bem como demonstrando insuficiência da teoria da capacidade disposta no Código Civil. Nesse contexto, a metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica no qual pode-se vislumbrar que devido a inexistência de uma legislação específica acerca da possibilidade de decisão ou não desses pacientes, e conseqüentemente a manutenção ou não do sigilo, gera uma insegurança jurídica aos médicos que não sabem como proceder nesses casos, conforme verificou-se através da análise dos pareceres dos Conselhos Regionais de Medicina acerca do tema. Desta maneira, analisando também o papel dos pais e responsáveis legais desses menores, será visto que apesar da existência do dever legal de proteção, a vontade do menor de 16 anos e maior de 18 anos deverá possuir um papel significativo no momento da tomada de decisão, haja vista a garantia dos seus direitos constitucionais através do conceito da autonomia progressiva. Demonstrado todos esses aspectos, sugere-se a adoção da teoria do menor maduro em conjunto com a proposta de maioria bioética como forma de garantir a segurança jurídica para os médicos e a inviolabilidade da confidencialidade do adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Confidencialidade. Autonomia. Relativamente Incapaz. Direito Médico

ABSTRACT:

This article proposes an analysis of how the relationship of confidentiality between doctors and patients over 16 and under 18 will be given, in the light of current Brazilian law, observing the need to guarantee the constitutional rights of these relatively incapable minors in the legal system, as well as demonstrating the insufficiency of the capacity theory set out in the Civil Code. In this context, the methodology adopted was bibliographic research, in which it can be seen that due to the lack of specific legislation that addresses on whether or not these patients hold decision powers, and consequently the maintenance or not of confidentiality, generates legal uncertainty for doctors who don't know how to proceed in these cases, as verified through

¹ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: thaisbprates@gmail.com

² Pós-Doutoranda pela UNB-FLACSO. Doutora e mestra em Direito das Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Pós Graduada em Direito Civil pelo Complexo Educacional Damásio. Especialista em Teoria e Práticas Clínicas em atenção psicossocial aos usuários de substâncias psicoativas pela Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Civil na graduação dos cursos da UNIRUY e UCSAL e de pós-graduação em Direito Médico e Bioética na UNIFACS, UCSAL E CERS. Integrante do Grupo de Pesquisa Vida (PPGD - UFBA). E-mail: jel_hind@hotmail.com

the analysis of the opinions of the Regional Councils of Medicine on the subject. In this way, also analyzing the role of the parents and legal guardians of these minors, it will be seen that despite the existence of the legal duty of protection, the will of the child under 16 and over 18 must have a significant role at the time of decision making , given the guarantee of their constitutional rights through the concept of progressive autonomy. Having demonstrated all these aspects, it is suggested the adoption of the theory of mature minors in conjunction with the proposal of bioethical adulthood as a way of guaranteeing legal security for doctors and the inviolability of adolescent confidentiality.

KEYWORDS: Confidentiality. Autonomy. Relatively Unable. Medical Law

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2.OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA AUTONOMIA, DA INTIMIDADE E DA ESCOLHA 3. A CONFIDENCIALIDADE, O SIGILO MÉDICO E SUAS EXCEÇÕES 4. UMA ANÁLISE DA INCAPACIDADE RELATIVA: O CASO DO ADOLESCENTE MAIOR DE 16 ANOS E MENOR DE 18 ANOS 5. PARECERES DOS CONSELHOS FEDERAIS DE MEDICINA SOBRE O ATENDIMENTO A ADOLESCENTES 6. LEGISLAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DA AUTONOMIA DOS MENORES NO ÂMBITO MÉDICO 7. TEORIA DO MENOR MADURO E MAIORIDADE BIOÉTICA, UMA POSSIBILIDADE DE MUDANÇA? 8. CONCLUSÃO 9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo, requisito de conclusão de curso do bacharelado em Direito, trata-se de uma análise da relação de confidencialidade entre médicos e pacientes maiores de 16 anos e menores de 18 anos. Dessa forma, será analisada a forma como será dada essa relação uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro vê esses menores como sendo relativamente incapazes, no qual ainda necessitam da assistência dos responsáveis para tomar decisões.

Desta maneira, com o intuito de justificar a confecção do presente artigo, inicialmente será estabelecido os conceitos de autonomia pela ótica do princípio da autonomia bioética, e os princípios constitucionais que protegem e reconhecem a autonomia do adolescente. Importante destacar que a relação entre médicos e pacientes foi mudando ao passar dos anos, anteriormente a postura desses médicos era majoritariamente de cunho paternalista, porém com as mudanças da sociedade e inclusive com os avanços do código de ética de medica, essa relação agora passa a ser baseada na autonomia, confidencialidade e no respeito à privacidade, o que conseqüentemente viabiliza o protagonismo do paciente no processo de tomada de decisão sobre sua saúde, mudando também a relação entre médicos e pacientes.

Prosseguindo, será delineado o conceito de confidencialidade no âmbito médico e a importância deste para o relacionamento médico-paciente e como isso irá influenciar a escolha

do melhor tratamento para o paciente, bem como será definida as hipóteses da quebra de sigilo de acordo com o Código de Ética Médica. A quebra da confidencialidade irá acontecer em quatro hipóteses, sendo a autorização expressa do paciente uma dessas, e as demais quando o paciente ter indícios de colocar a sua vida ou a de outrem em perigo, ou o sigilo do médico implicar danos coletivos. Sendo assim, não há uma previsão específica que aborde o caso dos adolescentes maiores de 16 anos e menores de 18 anos, ratificando a insegurança jurídica enfrentada pelos médicos ao tratar esses pacientes.

Outrossim, será analisado a incapacidade relativa do adolescente maior de 16 anos e menor de 18 anos, através dessa análise será demonstrado até onde irá a capacidade desse sujeito, contextualizando com as outras maioridades existentes no ordenamento brasileiro, como por exemplo a maioridade eleitoral, que apesar de facultativa, tem seu marco etário aos 16 anos, bem como demonstrar que o conceito de incapacidade relativa proposto pelo Código Civil não mais atende as necessidades no que tange as decisões desses menores quando forem relativas ao seu próprio corpo/saúde.

Posteriormente, será feita uma análise das decisões e pareceres proferidos pelos Conselhos Regionais de Medicina acerca da manutenção ou não do sigilo médico no atendimento aos pacientes adolescentes, e ou a possibilidade de adentrar a consulta desacompanhados, no qual poderemos compreender o entendimento destes acerca da necessidade da manutenção e respeito da autonomia dos pacientes maiores de 16 anos e menores de 18 anos.

Seguindo, será abordado as disposições existentes no Código de Ética Médica acerca do sigilo, no contexto do paciente adolescente e a responsabilidade dos pais e responsáveis legais. Considerados como relativamente incapazes, o maior de 16 anos e menos de 18 anos ainda estão sob a influência do poder familiar, sendo assim, ainda necessitam da assistência desses pais para tomarem decisões, mostrando-se necessário entender mais acerca dos limites deste poder no que tange as decisões referentes a saúde e corpo do adolescente.

No último item do desenvolvimento, apresenta-se a teoria do menor maduro, já adotada em diversos países, inclusive, nas decisões e pareceres do Conselho Regional de Medicina, entretanto, será demonstrada a sua incapacidade de resolver o problema dos médicos, uma vez que serão decisões que poderão mudar de acordo com o julgador, mantendo ainda a incerteza jurídica acerca da capacidade ou não do paciente maior de 16 anos e menor de 18 anos, contudo,

será abordado ainda a maioria bioética, na qual pode-se ter uma possibilidade de segurança jurídica através do marco étario.

2. OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA AUTONOMIA, DA INTIMIDADE E DA ESCOLHA

Inicialmente, antes de adentrar o tema da confidencialidade na relação médico-paciente aos maiores de 16 anos e menores de 18 anos é importante conceituar alguns princípios basilares para o desenvolvimento do presente artigo, sendo o primeiro deles o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na Constituição Federal de 1998, em seu artigo 1º, inciso III tem a garantia de dignidade da pessoa humana como princípio norteador da Lei Maior, bem como ainda há a disposição de que todos serão iguais perante a lei, não havendo qualquer distinção, e assegurando a inviolabilidade do direito à vida, conforme disposto no artigo 5º da Carta Magna.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos existem também dispositivos específicos que abordam sobre o tema, dessa forma no artigo 18 é disposto a garantia do direito à liberdade do pensamento, consciência e religião e no artigo 19 há a garantia de que “Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.”

Sendo assim, Moraes conceitua a dignidade da pessoa humana como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.(MORAES, 2011, p. 61).

Desta forma, por ser um princípio que orienta todos os Direitos Fundamentais da Constituição Brasileira, é importante perceber que a autonomia e o direito de escolha estão dentro do âmbito da dignidade da pessoa humana.

Mas o que é autonomia? Para este trabalho utiliza-se o conceito bioético do princípio da autonomia segundo Beauchamp e Childress (1994), em seu livro “Principles of Biomedical Ethics”, qual seja: a capacidade que uma pessoa tem para se autodeterminar, devendo estar livre de influências externas ou internas, como limitações pessoais que a impeça de fazer uma

escolha. Desta forma o indivíduo autônomo age livremente em conformidade com o que ele mesmo escolheu.

Nesta seara, também está o direito de escolha, que tem como base a autonomia da vontade de se ter o que deseja, ou seja, se há a autonomia há o direito da pessoa de escolher o que é melhor para si.

No que tange a autonomia, principalmente nos casos dos adolescentes maiores de 16 anos e menores de 18 anos, faz-se uma ressalva de que no que tange a vulnerabilidade. Segundo Aguiar (2012), é necessário fazer a distinção entre a vulnerabilidade, contexto no qual estão inseridos essas crianças e adolescentes, sendo protegidas por leis específicas, que inferem a necessidade de proteção e socorro prioritários, e a vulnerabilidade como condição humana, nesta pode-se dizer que tanto adultos como crianças e adolescentes estão suscetíveis, que no caso, seria a capacidade de ser ferido.

Dessa forma, o fato desses adolescentes, principalmente os maiores de 16 anos e menores de 18, serem vulneráveis socialmente, nada tem a ver com a vulnerabilidade como condição humana, ou seja, em nada deveria impedir a sua capacidade de tomar decisões, sobretudo no que tange as decisões de sua saúde, ou seja, o exercício de sua autonomia.

Neste sentido aduz Aguiar e Barbosa (2017, pagina 23):

Haverá situações em que pacientes legalmente capazes, por estarem expostos a fatores de vulnerabilidade, não estarão em condições de tomar decisões sobre a própria saúde de maneira livre e consciente. Da mesma forma, pessoas legalmente incapazes podem demonstrar aptidão para tomar tais decisões em um determinado contexto.

Sendo assim, há de se perceber que a relação entre vulnerabilidade e capacidade não são necessariamente vinculadas quando trata-se da autonomia necessária para tomar decisões, ou seja, ser vulnerável não significa falta de autonomia, uma vez que até mesmo pessoas consideradas absolutamente capazes em relação a teoria da capacidade adotada pelo Código Civil poderão estar em situações de vulnerabilidade que o deixarão incapazes momentaneamente de tomar qualquer decisão.

Voltando aos princípios necessários a introdução desse trabalho, deve-se considerar ainda o princípio da intimidade, que tem previsão legal no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Este princípio, por ser um direito de personalidade deve ser entendido como uma proteção de uma área mais privativa da vida de alguém do que a noção do direito de privacidade,

desta forma explica Borges (2007, p. 163-167): “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”.

Neste trabalho pretende-se destacar a necessidade do respeito desse princípio, haja vista que a relação de confidencialidade entre médicos e pacientes se sustentará na garantia de não revelar o que fora discutido entre ambos, no exercício da profissão médica, bem como poderá garantir um atendimento mais eficaz, uma vez que o paciente se sentirá seguro para compartilhar as informações pertinentes e necessárias para um diagnóstico mais próximo a realidade.

No caso dos adolescentes maiores de 16 anos e menores de 18 anos, que estão em uma fase da vida que querem se descobrir como pessoas que podem tomar decisões sem a interferência dos pais, ou seja, tendo mais responsabilidades e que já possuem o entendimento de que todas as escolhas possuem consequências, será através da segurança jurídica dada pelo princípio da inviolabilidade a sua intimidade, que dará ao médico condições para que esse indivíduo possa tomar escolhas, referentes a sua saúde, da melhor forma e que possa praticar essa liberdade da forma mais segura possível.

Após essa breve introdução acerca dos princípios mais relevantes que irão nortear esse trabalho, é importante ambientá-los a luz do âmbito médico, no que tange a relação de confidencialidade dos adolescentes maiores de 16 anos e menores de 18 anos para com seus médicos.

Ainda assim, mesmo com a existência desses princípios, havia ainda uma necessidade de mudança em relação ao comportamento dos médicos, que possuíam uma postura comumente paternalista, na qual eram os responsáveis pela tomada de decisão no tratamento médico, porém com o advento da bioética principialista cunhada por Beauchamp and Childress (1994), o cenário ético mudou, e agora, em respeito a esses princípios acima elencados, e com o consentimento livre e esclarecido, é necessário que seja respeitada e estabelecida a vontade do paciente na hora da escolha do seu tratamento médico, determinando o que se deve ou não fazer.

3. A CONFIDENCIALIDADE, O SIGILO MÉDICO E SUAS EXCEÇÕES

Segundo Maria Elisa Villas-Bôas (2015, p. 514) a confidencialidade e o respeito a privacidade constituem preceitos basilares das relações entre profissionais de saúde e pacientes.

O Código de Ética Médica, no capítulo I, que dispõe sobre os princípios fundamentais, inciso XI, aduz que: “O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.”

Ademais, o juramento de Hipócrates, aquele feito pelos bacharéis em medicina momentos antes da graduação, já abordava sobre a necessidade da confidencialidade nas relações médico-paciente: “Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto.” (CREMESP, s/d)

Desta forma, Maria Elisa Villas-Bôas (2015, p. 513-523) complementa este entendimento ao aduzir que o segredo deve ser associado com o princípio da autonomia já que as informações pertencem ao paciente, somente ele pode decidir a quem informar.

Nesse sentido, quando é preservado esse dever, além de evitar controvérsias garante uma maior liberdade ao paciente no momento de escolha e na tomada de decisões, ou seja, garante que seja respeitado o princípio da autonomia.

Ademais, frisa-se que de modo geral, ninguém divulga informações consideradas íntimas sem necessidade, e quando ocorre essa divulgação, na maioria das vezes o paciente não faz por que quer, mas sim porque existe um motivo, ou melhor, uma necessidade pelo qual ele recorreu ao médico e aquela informação é vital para saber qual a melhor solução para aquele problema.

Pode-se observar que a confidencialidade é extremamente importante para que o paciente possa ter seus direitos constitucionais garantidos, e para que a decisão tomada tenha sido apenas baseada nas suas próprias convicções.

Entretanto, quando tratamos do paciente maior de 16 anos e menor de 18 anos, essa relação começa a mudar, uma vez que antes, o relacionamento era entre pais e médicos, e agora que já atingiu uma certa idade na qual possui autonomia e entende melhor o que se passa em seu corpo, irá formar uma relação direta com o profissional de saúde, modificando o relacionamento para médico-paciente-responsável legal.

Contudo, a problemática envolvendo esse grupo ocorre quando esses menores de idade não querem divulgar as informações conversadas em sigilo com o médico para seus pais, haja vista que perante a legislação brasileira, ainda estão sobre responsabilidade de seus pais e não possuem autonomia necessária para a tomada de decisão sem assistência daqueles.

Infelizmente, essa situação na qual se encontram os médicos, que por um lado desejam respeitar a decisão do menor, porém também se sentem ameaçados por existir a possibilidade de retaliação, e conseqüentemente punições na esfera jurídica, afeta diretamente a forma como estes irão proceder com o atendimento do menor, uma vez que ao quebrar o sigilo desse paciente, este não mais se sentirá seguro de informar, de forma verdadeira, a sua realidade e o motivo da consulta.

Nesse sentido aduz a autora Manoela Almeida (2018, p. 86):

Inclusive, é a partir da garantia desse sigilo que muitos adolescentes passam a se abrir e, assim, garantem um acompanhamento médico mais saudável. Nessa fase de descobertas tanto sexuais como do próprio corpo, é comum que os adolescentes não se abram completamente com seus pais, guardando para si diversas dúvidas e acontecimentos. Ao se garantir a promessa referente ao sigilo, tais questionamentos podem ser respondidos por profissionais habilitados em quem os jovens depositem confiança, garantindo assim um desenvolvimento mais sadio para os infantes.

Desta forma, apesar de não haver dispositivo específico que determine quais são as hipóteses de quebra de sigilo médico, a autora Maria Elisa Villas Bôas (2015, p. 513-523) aduz três situações nas quais poderão haver a quebra de sigilo, são elas: 1) “situações que envolvam risco de vida para si ou para outrem - inclusive situações comprovadas ou suspeitas (essas com razoável fundamento) de maus tratos contra criança e adolescentes”; 2) Conforme disposto no Código Penal, artigo 269, quando se trata de doença ou notificação compulsória ao órgão governamental próprio. Neste ponto, frisa a autora que esta causa legal não implica autorização para a divulgação desse fato a outrem, ou seja, mesmo nessa hipótese de quebra legal, não se pode divulgar informações do paciente para membros da equipe ou familiares a menos que o paciente consinta. Aqui a quebra é relativa a órgãos governamentais. E a 3) Conforme disposto no artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os casos de suspeita ou confirmação de maus tratos contra crianças e adolescente.

O Código de Ética Médica, irá dispor:

É vedado ao médico: Art. 73. 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.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha (nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento); c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Outrossim, as autoras Maria de Fatima Oliveira dos Santos, Thalita Esther Oliveira dos Santos e Ana Laís Oliveira dos Santos, aduzem que:

A confidencialidade não deve ser uma prerrogativa de pacientes adultos, pois é atribuída a todas as faixas etárias, constituindo-se questão de direitos éticos e legais a privacidade, que restringe o acesso de terceiros ao âmbito privado e íntimo da pessoa, que por meio do contato físico ou da revelação de ideias, informações, fatos ou sentimentos. (2012, p.321)

Para evitar conflitos, o Código de Ética Médica, através da análise dos pareceres emitidos pelos Conselhos Regionais de Medicina, acabam dando ao médico a autonomia para determinar se aquele paciente menor de idade possui maturidade ou não para que possa ser atendido sem o acompanhamento dos seus responsáveis legais, entretanto não há um parâmetro definido para determinar esse grau de discernimento, muito menos um consenso dos profissionais de saúde.

Percebe-se, portanto, que inexistente uma possibilidade objetiva de quebra de sigilo no que compete a idade desses pacientes. Desta maneira, como fica a situação quando esse paciente é maior de 16 anos e menor de 18 anos, janela de idade na qual esses menores já possuem certo tipo de discernimento mas ainda não são reconhecidamente como totalmente capazes no ordenamento jurídico brasileiro?

4. UMA ANÁLISE DA INCAPACIDADE RELATIVA: O CASO DO ADOLESCENTE MAIOR DE 16 E MENOR DE 18 ANOS

De acordo com Flávio Tartuce (2018, p. 74) existem dois tipos de capacidade: a de direito ou de gozo e a de fato ou de exercício. A primeira é inerente ao ser humano, ou seja existe a partir do nascimento, e a segunda é a capacidade para exercer direitos, e é esta que será abordado neste tópico.

No Código Civil, o artigo 3º, irá dispor sobre a capacidade, indicando a incapacidade absoluta dos menores de 16 anos, para todos os atos da vida civil, e no artigo 4º, inciso I, será disposto sobre os incapazes relativamente, mais especificamente os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Desta forma, absolutamente incapaz é o menor de 16 anos haja vista o legislador entender que nessa idade a pessoa ainda não tem o entendimento necessário para determinar o que pode ou não fazer em relação a sua vida privada.

Porém, ressalte-se que o fato desse menor não ser considerado capaz não significa que não poderá ter suas vontades levadas em consideração no momento de tomada de decisão, desde que demonstrem ter discernimento para tais atos, que disponham sobre situações existenciais sobre si, conforme preconiza o Enunciado n. 138 do Conselho Federal de Justiça/ Supremo Tribunal de Justiça aprovado na III Jornada de Direito Civil: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

Pode-se perceber, inclusive, uma inclinação – mesmo que discreta dos juristas – à adoção da teoria do menor maduro, que será explicada mais adiante, haja vista, que levam em consideração o discernimento do menor e a sua capacidade decisória.

Sendo assim, parte-se do pressuposto que o maior de 16 anos e o menor de 18 anos já há um certo nível de discernimento para que possa praticar alguns atos da vida civil.

Tanto que nessa faixa etária é possível que o relativamente incapaz pratique atos civis sem assistência, como servir de testemunhas de atos e negócios jurídicos, requerer registro de seu nascimento, escrever testamento, ser eleitor, mandatário *ad negotia* (mandato extrajudicial), e com autorização dos pais ou representante legais podem se casar ou serem empresários, ou seja, existe um cunho patrimonial e econômico. (BRASIL, 2015)

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro existem diversas maioridades, não só a civil, nas quais, inclusive, adotam um marco etário diferente, como por exemplo a maioria trabalhista que adota a idade de 14 anos como a idade mínima para que o menor comece a trabalhar

Sendo assim, Aguiar (2012, pg. 87), explica que:

Para nosso sistema jurídico, fixa-se uma idade certa a partir da qual se considera que todos que a atingirem são capazes de praticar pessoalmente os atos atinentes ao macrossistema privado, representado pelo Código Civil ou aquele microssistema jurídico específico entre os já referidos, de modo que é juridicamente irrelevante para o reconhecimento genérico da ocorrência da maioria se, eventualmente, para determinado indivíduo em particular a maturidade ontológica ocorra em apartado da maioria legalmente indicada.

A escolha de uma idade para que sejam considerados capazes traz uma segurança jurídica, não só para quem decide, nesse caso, para os maiores de 16 anos e menores de 18 anos,

como também para os médicos. Todavia, pela idade ser baseada na capacidade civil, que frisa-se, foi formulada com o intuito patrimonial e de cunho econômico, várias outras áreas, ou como Aguiar (2012, p. 90) chama, microssistema, ao ter fundamentos próprios, possibilitou a fixação de idades diferenciadas em relação aquilo que aquela área diz respeito.

Porém, apesar de haver essa fixação de idades, que definem um parâmetro a ser cumprido, com o intuito de assegurar a segurança jurídica, é necessário repensar as leis quando essas não mais condizem com a realidade da sociedade atualmente. A possibilidade de tomar decisões no que se referem a sua saúde/corpo, num momento em que cada vez mais cedo os jovens possuem o discernimento necessário, bem como a omissão da legislação atual, revela que o marco da idade civil, em caso, no que se refere aos maiores de 16 anos e menores de 18 anos e ao fato de, ainda ser uma questão que causa dúvidas ao médicos, de acatar ou não a decisão do menor, não mais condiz com o estipulado para tomada de decisões em relação a si mesmo, o que traduz a necessidade de repensar a legislação vigente.

O próprio Código Civil mudou a sua percepção, haja vista que com o advento do Código Civil de 2002 reduziu a maioria de 21 para 18 anos e fundamentou-se justamente no fato dos jovens estarem atingindo a maturidade cada vez mais cedo, e ressalta-se, essa mudança ocorreu numa época em que a internet não era o que conhecemos hoje, com a facilidade de acesso a informações. (AGUIAR, 2012)

Outro exemplo que pode ser analisado se refere a controversa proposta da maioria penal, na qual admite que um jovem de 16 anos pode ser responsabilizado criminalmente, uma vez que esse menor já pode ser responsável por suas escolhas, haja vista já entender as consequências de seus atos.

Este trabalho não tem o objetivo de entrar na discussão sobre a redução da maioria penal, uma vez que existem diversos outros fatores a serem considerados, apenas trouxe o exemplo para demonstrar o quão contraditório um jovem de 16 anos ter noção das suas escolhas e poder ser penalizado criminalmente, entretanto não poder tomar decisões referentes a seu próprio corpo. Apesar da redução da maioria penal ser apenas uma proposta, existem outras maiorias no ordenamento jurídico brasileiro, e que já são consolidadas, que ratificam essa controvérsia, tal como a maioria eleitoral.

Com relação a esta maioria, apesar de ser o voto nessa idade facultativo, a idade indicada é a de 16 anos, conforme preceitua o art. 14, §1º, II, c da Constituição Federal. A época, o argumento utilizado foi o da formação pela informação, ou seja, o contato cada vez

mais cedo com as informações, demonstra que o jovem maior de 16 anos já possui um desenvolvimento mental necessário para eleger seus representantes políticos. (AGUIAR, 2012)

Conforme pode ser percebido em diversas esferas do ordenamento jurídico brasileiro, o jovem maior de 16 anos já possui capacidade decisória, uma vez que já é capaz de trabalhar e de escolher o seu representante no legislativo.

Desta forma, o legislador, no ordenamento jurídico como um todo dá a esse relativamente incapaz, o maior de 16 anos e menor de 18 anos autonomia para que possa exercer alguns atos da maioridade, porém quando se trata de decisões médicas, principalmente na questão da manutenção do sigilo médico-paciente, a lei é omissa.

Sendo assim, como deverá se portar os médicos no que tange a confidencialidade do adolescente relativamente incapaz?

5. PARECERES DOS CONSELHOS FEDERAIS DE MEDICINA SOBRE O ATENDIMENTO A ADOLESCENTES

Justamente por não haver no ordenamento jurídico brasileiro uma idade concreta no que tange a autonomia dos adolescentes, principalmente os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, e essa lacuna causar uma grande insegurança jurídica nos médicos, muitas dúvidas são suscitadas acerca de como conduzir a consulta com esses pacientes, o Conselho Federal de Medicina, realiza alguns pareceres com o intuito de mitigar, dentro de suas capacidades, as inseguranças desses médicos.

O Conselho Regional de Medicina do Paraná (CRM/PR), no parecer nº 2255/2010, no que tange o atendimento do menor de idade desacompanhados de seus pais, é no sentido de que apesar do dever de guarda dessas crianças, os responsáveis legais não possuem o direito de decidir sobre a vida daquele quando em risco. Isso não significa que a opinião desse pais não serão ouvidas, mas que deverá ser levado em conta também o princípio da proteção dos mais vulneráveis, disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto que no caso da escolha dos pais não serem as mais recomendadas para o menor, é dever do médico informar o conselho tutelar.

No que tange o atendimento médico desacompanhado, o maior de 16 anos e menor de 18 anos pode ser atendido sozinho, porém, recomenda-se a presença de um outro profissional de saúde, principalmente nos casos de exames físicos, para que seja garantida a segurança não

só do menor, como também do médico, uma vez que a presença de um terceiro previne interpretações equivocadas.

Já em relação a notificação ao conselho tutelar, o CRMPR aduz que em casos que sejam percebidos maus tratos é o dever do médico de notificar, essa notificação deve ser feita com cautela e prudência, haja vista que feita de forma equivocada, poderá causar uma quebra de confidencialidade estabelecida entre as partes e gerar danos mais gravosos ao menor. Sendo assim, há de se perceber que o Conselho Regional de Medicina, ao elaborar o parecer, se importou muito em demonstrar importância da confidencialidade na relação.

Em parecer nº 14/12 feito pelo Conselho Regional de Medicina da Bahia, é perceptível também a valorização da autonomia do menor, bem como o motivo que o levou aquela consulta e o motivo desta ter sido desacompanhado dos responsáveis legais, bem como a sua capacidade de discernimento acerca da gravidade dos seus problemas.

Neste parecer, a importância da confidencialidade na relação médico paciente fica bem evidente, uma vez que entende que esta não é uma prerrogativa única dos maiores de 18 anos, e que os adolescentes e até mesmo as crianças possuem o direito de ter suas informações preservadas, de acordo com suas capacidades. Aqui importante ressaltar que apesar de não adotada formalmente no nosso ordenamento jurídico, há uma clara referência a teoria do menor maduro, que se utiliza dos níveis de discernimento do menor quando a sua saúde.

O princípio da confidencialidade é relativo ao nível de maturidade, autonomia e risco do adolescente, e estes aspectos devem ser avaliados em conjunto com o paciente. Tanto a adesão inquestionável à confidencialidade como a ausência total da mesma são indesejáveis para a ética e a lei. Quanto à questão legal, o princípio de beneficência é soberano. No caso da confidencialidade, é reconhecido seu benefício no atendimento do adolescente, pois favorece a formação de uma relação médico-paciente estável e facilita a adoção das medidas de prevenção. (...) Após análise do teor da consulta, dos motivos que levaram o menor a fazê-la desacompanhado e do desenvolvimento cognitivo do mesmo, o médico tem autonomia e competência para decidir pela necessidade, ou não, da presença dos pais ou responsáveis durante a realização da consulta, sendo indispensável resguardar o direito do paciente à privacidade e o dever do médico ao sigilo profissional.

Desta maneira percebe-se que até mesmo no momento da quebra do sigilo, este deve ser informado previamente ao menor, numa tentativa de manter a relação de confidencialidade desses pacientes para com seus médicos, mais uma vez demonstrando a importância desse elo.

Este parecer ainda traz que a autonomia desse adolescente deve ser estimulada, principalmente a responsabilidade com a sua saúde, e para isso a garantia do direito ao sigilo

das informações dadas e obtidas naquele atendimento é imprescindível. Tanto que caso haja uma das hipóteses da quebra de sigilo, esta deverá ser informada ao adolescente.

Em pediatria, a autonomia do paciente está ausente ou limitada, os pacientes pediátricos são considerados incapazes, necessitando de pais ou responsáveis para responder por seus interesses, até que atinjam a maturidade que lhes permitam participar de decisões a respeito de sua saúde. (...) O adolescente deve ser encarado como uma pessoa capaz de exercitar progressivamente a responsabilidade quanto a sua saúde e seu corpo.

Apesar do Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia informar que cabe aos médicos decidir pela presença dos pais ou não, essa autonomia não é amplamente utilizada, haja vista o temor desses profissionais de estarem desrespeitando as leis brasileiras, e conseqüentemente sendo processados pelos pais desses menores que não entendem a importância desse elo médico-paciente.

O Conselho Regional de Medicina do Ceará também tem o mesmo entendimento no que tange o atendimento de menores desacompanhados, porém um dos argumentos utilizados, merece um destaque o seguinte trecho:

O direito do adolescente à privacidade e à confidencialidade durante a consulta médica é respaldado pela Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP) e pela Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), devidamente respaldadas pelo ECA, ONU (Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994) e pelo Código de Ética Médica (CEM). A posição conjunta das duas entidades foi estabelecida no Fórum 2002 – Adolescência, Contracepção e Ética.

Outrossim, há de se perceber que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994) e o próprio Código de Ética médica já dispõem sobre a autonomia do adolescente, principalmente o maior de 16 anos e menor de 18 anos, entretanto ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro legislação clara sobre o assunto.

O processo consulta CFM nº 03/15 – Parecer nº 55/2015, apesar de não abordar necessariamente a relação de confidencialidade entre o médico e o paciente, de um certo modo contextualiza com os outros pareceres trazendo outro ponto da situação, que seria os benefícios que essa relação traz para o adolescente.

O caso se referia a uma menor de 11 anos que já havia sido abusada ao 8 anos de idade, mas que no momento da consulta admitiu ter um namorado de 12 anos no qual tinha relações sexuais, inclusive, sem proteção. O dilema enfrentado pela médica era se deveria prescrever

contraceptivos ou informar ao responsável legal, sabendo que poderia ocasionar ainda mais danos para a menor.

Superando-se o fato do ato ser criminalizado, tendo em vista que é um ato ilícito, praticado por menores de 14 anos, ou seja, os considerados totalmente vulneráveis em praticamente todas as idades legais do ordenamento jurídico brasileiro, que esses atos não serão praticados entre esses menores.

No parecer do Conselho Regional de Medicina, a questão certo/errado, licito/ilícito é superada, não adentrando nesse mérito, e sim no cerne da questão desse trabalho, uma vez que aborda os aspectos não só biológicos, mas sociais da consequência da vida sexual ativa desses menores, uma vez que ao quebrar a confiança desse menor, que só relatou a situação para o médico devido a garantia de confidencialidade, pois uma vez que esta for quebrada, o menor terá medo de relatar qualquer problema relacionado a saúde a qualquer outro profissional, e dessa forma cria-se um trauma que traz problemas muito maiores, inclusive de cunho biológico, pois o menor não terá a educação sexual adequada, bem como não irá relatar qualquer outro problema com o receio de ter sua vida exposta.

Analisando-se o lado desse profissional de saúde, através desse parecer, pode-se ter uma noção maior do receio desses médicos no que tange aos assuntos que envolvem menores. Existe o medo, e com razão, da responsabilização cível e criminal, pois em ambas as legislações o maior de 16 anos e o maior de 18 anos ainda não possui autonomia plena, e ainda há o dever legal de proteção.

Apesar desses riscos, a conclusão desse parecer foi no sentido de que ao prescrever contraceptivos, não haverá o risco de participação criminosa do profissional de saúde, uma vez que seu objetivo final, sempre será o dos melhores interesses do menor, sendo assim a sua proteção, inclusive a proteção de evitar doenças sexualmente transmissíveis, pois os menores ainda assim, irão praticar o ato ilícito.

O relator do referido parecer ainda aduziu que:

Assim, considerando que a maioridade ética é, regra geral, a da compreensão, do entendimento, do discernimento da pessoa em desenvolvimento com relação aos fatos, circunstâncias e situações pelas quais está passando, não se justifica a idade de 18 anos estipulada pelo Código Civil, específica para os atos da vida civil, como paralelo de maioridade e autonomia do adolescente em relação à vida sexual.

Sendo assim, pode-se perceber que a partir de uma breve análise desses pareceres, é que a falta de uma legislação ainda causa insegurança nesses profissionais de saúde, mesmo que

haja um entendimento consolidado no que se refere a autonomia do paciente maior de 16 anos e menor de 18, bem como sobre a necessidade de manutenção do sigilo, exceto quando houver causas para a quebra da confidencialidade.

Outrossim, esses pareceres também demonstram que é através do atendimento particular, sem a interferência dos responsáveis legais, que irá gerar o vínculo necessário para a formação do elo de confidencialidade entre os médicos e os pacientes menores de 16 anos e menores de 18 anos, e será através da garantia do sigilo profissional que será formada essa conexão. Uma vez formada a ligação médico-paciente, o menor irá contar tudo de forma verdadeira, o que permitirá que o profissional de saúde possa atuar de forma preventiva, principalmente nas questões que envolvam a sexualidade, o uso de drogas, violências e a sua saúde de forma geral.

6.LEGISLAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DA AUTONOMIA DOS MENORES NO ÂMBITO MEDICO

Considerando estar tratando sobre menores maiores de 16 e menores de 18 anos, deve-se trazer também o entendimento do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, dispositivo no qual tem o objetivo de proteção integral desses cidadãos, além de ser o marco regulatório dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

Para este Estatuto criança é o menor com até 12 anos incompletos e adolescentes aqueles entre 12 e 18 anos incompletos, conforme preceitua o artigo 2º do Códex: “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”

Percebe-se uma diferença entre os marcos etários dispostos neste Estatuto e o disposto no Código Civil, isso porque enquanto o último surgiu como uma forma de disciplinar o direito patrimonial o primeiro tem o intuito de cuidar especificamente dos direitos da criança e do adolescente.

Apesar de ter como objetivo a garantia dos direitos fundamentais deste nicho, o ECA, apenas dispõe sobre sua intimidade em dois momentos, um no que tange seu direito à imagem e no outro tem o intuito de assegurar a intimidade em ações de infiltração de agentes policiais na internet para a investigação de crimes contra a dignidade sexual deste grupo (artigos 100, parágrafo único, inciso V e 190-E do Estatuto da Criança e do Adolescente), porém

em nenhum momento dispõe sobre o exercício de autonomia no tocante a decisões médicas, ou o direito de uma relação de sigilo médico paciente.

Porém em outras situações, como por exemplo no momento da colocação desse adolescente em família substituta, é exigido o consentimento do maior de 12 anos. Ou seja, conforme aduzem as autoras Amanda Souza Barboza e Mônica Aguiar (2017, p. 21), é curioso essa exigência, haja vista que com 12 anos “não é possível praticar outros atos da vida civil sem contar com a representação via assistência ou representação em sentido estrito”.

Desta forma, evidencia-se a existência de uma lacuna no que tange a capacidade desses adolescentes para a tomada de decisão, principalmente em relação a capacidade decisória nas questões de saúde e na proteção ao seu direito fundamental de autonomia e intimidade.

Conforme explicado anteriormente, o maior de 16 anos e o menor de 18 anos, por ser relativamente incapaz devem ser assistenciados pelos seus pais ou responsáveis legais quando precisarem praticar atos da vida civil.

Esse dever de assistência irá emanar do poder familiar, antigo pátrio poder no Código Civil de 1916. Atualmente está disposto no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, vejamos:

Art. 21. O ~~pátrio poder~~ poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Nesta senda, Maria Helena Diniz (ano 2002, p. 447) conceitua o poder familiar como:

Um conjunto de direitos e obrigações, quanto a pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção do filho.

Desta forma, esse poder só irá cessar quando o filho completar maioridade, ou seja, tiver 18 anos completos, mas nada dispõe dos adolescentes relativamente incapazes que já possuem certo nível de autonomia. O que é contraditório haja vista o próprio Estatuto entender que maiores de 12 anos precisam expressar o consentimento quando o mesmo é entregue a uma família substitutiva.

Porém, no que cerne a confidencialidade médico-paciente, importa mencionar o papel dos pais desse menor maior de 16 anos e menor de 18 anos, que já possui certo nível de

autonomia. Seria legítimo que o médico contasse o que seu filho relatou acreditando que o seu sigilo seria protegido?

Conforme já demonstrado, não há lei expressa que obrigue os médicos a informar aos pais, e conforme veremos a seguir, o Conselho Federal de Médica, ao escrever o Código de Ética Médica propõe o contrário.

Sendo assim, as autoras Amanda Barbosa Souza e Taysa Schioccet (2018, p 55) destacam 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”

Portanto é importante que a família compreenda que essa confidencialidade existe em favor dos de seus filhos, uma vez que tem o condão de garantir que os menores confiem no médico para falar a verdade, e proporcionar o médico ao atendimento adequado para aquela situação.

Outro aspecto que deve ser considerado, é o limite da autoridade parental, haja vista não ser um direito dos pais sobre seus filhos, e sim uma questão de responsabilidade sobre estes.

Tendo em vista que o Brasil ratificou o disposto na Convenção dos Direitos da Criança de 1989, através do Decreto nº 99.710 de 1990, no qual dispões sobre o princípio do melhor interesse da criança e da autonomia progressiva, a visão sobre esses menores foi alterada, para que este passasse a ser visto como um ser vulnerável que com o passar dos anos e o seu maior entendimento sobre o mundo, pudesse começar a ser mais ativo no que tange a sua capacidade.

Sendo assim, ao considerar o menor através da ótica da autonomia progressiva, este terá os seus direitos constitucionais preservados, na medida em que entender as consequências daquele ato, mesmo que tal decisão vá de encontro com a opinião dos seus responsáveis legais.

Percebe-se então que o poder de decisão dos pais e responsáveis emanado pelo poder familiar deveria ter como intuito de ensinar os seus filhos a tomarem as decisões por si só, limitando-se portanto ao nível de discernimento desse menor.

Mesmo sabendo da inexistência de previsão legal que proíba ou obrigue o médico a quebrar esse sigilo, e que apesar do poder familiar só ser cessado com a maioria do menor, mesmo considerando que é dever dos responsáveis legais auxiliarem estes no momento de decisão e não tomar a decisão baseado nos seus próprios interesses, foi visto que a relação de

confidencialidade é extremamente importante não só para o exercício da autonomia da vontade, como também para criar um vínculo com o médico e esse paciente consiga expressar todos os seus sintomas ou curiosidades.

O Código de Ética Médica irá dispor sobre as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, no capítulo que versa sobre o sigilo profissional, resta vedado ao médico:

Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente criança ou adolescente, desde que estes tenham capacidade de discernimento, inclusive a seus pais ou representantes legais, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

Desta forma, é possível perceber que o Código de Ética Médica tem um entendimento similar ao disposto no Código Civil e ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, este último quando exige o consentimento do menor para que seja entregue a uma família substitutiva, no confere dado autonomia ao adolescente relativamente incapaz no que tange decisões as decisões médicas, principalmente no que diz respeito ao sigilo médico-paciente, portanto já se posiciona levando em conta a capacidade de discernimento desse grupo. Porém conforme expresso em tópico anterior o ECA se contradiz quando aduz o poder-familiar que nada fala sobre o menor relativamente incapaz.

7. A TEORIA DO MENOR MADURO E MAIORIDADE BIOÉTICA, UMA POSSIBILIDADE DE MUDANÇA?

Com o objetivo de tentar suprir essa lacuna existente no tocante a autonomia do menor, a teoria do menor maduro tinha como objetivo preencher esse vácuo existente.

Inicialmente o conceito do menor amadurecido surgiu nos Estados Unidos, nos anos de 1970, quando a Academia Americana de Pediatria começou a reconhecer e aceitar a autonomia, ou seja, o consentimento do menor no que concernia as decisões referentes a sua saúde, entretanto, este só era reconhecido se o adolescente demonstrasse capacidade de compreensão sobre os benefícios e malefícios que a escolha tomada. Todavia, tal teoria tomou proporções maiores, após supracitada teoria ser utilizada como fundamento no caso Gillik x West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, na Inglaterra. (SILMANN, FREIRE DE SÁ, 2015, p. 73-75)

Em 1974 o Departamento de Saúde e de Segurança Social do Reino Unido emitiu uma circular, na qual era dirigida aos profissionais de saúde, sobre planejamento familiar, e em determinada seção desta, era abordado sobre os cuidados médicos aos jovens e adolescentes. (SILMANN, FREIRE DE SÁ, 2015, p. 73-75)

O “guideline” desenvolvido nessa circular no que tangia ao atendimento desses menores, era no sentido de que as consultas deveriam ser feitas por uma equipe experiente, e caso esses menores procurassem auxílio desacompanhado, que envolvesse o seu representante legal. (SILMANN, FREIRE DE SÁ, 2015, p. 73-75)

Por ser uma circular que abordava sobre planejamento familiar, aos profissionais de saúde também cabia o aconselhamento sobre o uso de contraceptivos, mesmo que os responsáveis legais não concordassem.

Sillmann e Freire de Sá (2015, p.73), aduzem ainda que esse aconselhamento de uso dos contraceptivos sem anuência dos pais, era justificado pela importância de se respeitar o elo de confidencialidade entre os médicos e pacientes, e os benefícios que o esclarecimento e uso desses métodos de contracepção trariam ao jovem adolescente, uma vez que diminuiria o risco de exposição a doenças sexualmente transmissíveis ou a gravidez indesejada por falta de informação.

A problemática do caso se deu devido a inconformidade de uma mãe de 05 filhas, a Sra. Gillick sobre a referida circular, e portanto requereu a proibição de que os profissionais de saúde informassem as suas filhas sobre métodos contraceptivos sem a sua anuência, ou antes que as menores completassem 16 anos, sob o argumento esse direcionamento violava o seu direito de autoridade parental. (SILMANN, FREIRE DE SÁ, 2015, p. 73-75)

Entretanto, a autoridade competente negou o pedido, o que levou a mãe a ingressar com uma ação contra a cidade e a autoridade de saúde. Fazendo um breve comparativo com o direito brasileiro, apenas para fins de explicação, o que podemos considerar como a primeira instância do direito inglês, concordou com o entendimento de que não havia violação do direito parental, haja vista considerar que a mera informação sobre os métodos contraceptivos não incentivava a prática de atos sexuais por menores de 16 anos, e concluiu o seu entendimento afirmando que a vida dos filhos não devem ser entendida como um direito dos pais sobre os menores, mas sim como uma responsabilidade ou dever. (SILMANN, FREIRE DE SÁ, 2015, p. 73-75)

Ainda não conformada com a situação, a Sra. Gillick recorreu a segunda instância, na qual concordou com o pedido formulado pela genitora, fundamentando-se no fato de que os

menores de 16 anos não poderiam receber aconselhamento de cunho sexual sem a autorização do responsável legal. (SILMANN, FREIRE DE SÁ, 2015, p. 73-75)

Contudo, a autoridade de saúde não se contentou com a decisão proferida, tendo recorrido a “House of Lords”, instancia máxima do ordenamento inglês, na qual decidiu pela licitude da circular, sob o mesmo entendimento da primeira instancia, porem completando-o no sentido que conforme os menores vão crescendo, a necessidade de proteção vai diminuindo de acordo com esse desenvolvimento, considerando-se que haverá cada vez mais uma compreensão de mundo, sendo assim, o médico irá fazer uma avaliação de cada caso, para determinar a “compreensão de mundo” deste adolescente, e decidir quanto o aconselhamento sexual. (SILMANN, FREIRE DE SÁ, 2015, p. 73-75)

A corte ainda entendeu que (SILMANN, FREIRE DE SÁ, 2015,p. 74):

A corte apontou ainda que a autoridade parental não existe para atender os interesses dos pais, mas sim, os interesses da criança. Esta afirmação pode ser compreendida no sentido de que a autoridade parental consiste em um dever dos pais para com a criança e não em um direito dos pais sobre a criança.

Conforme pode-se perceber, o princípio do melhor interesse do menor deverá ser sempre respeitado, independendo da vontade dos pais ou responsáveis legais, haja vista o interesses desses não ser o mesmo do menor de idade sobre sua responsabilidade, principalmente quando o menor demonstrar possuir discernimento o suficiente sobre os benefícios e consequências daquela escolha.

No caso Gillick, a decisão trata sobre menores de 16 anos tendo a capacidade de decidir sobre o seu tratamento médico, ou no caso, a adoção de medidas contraceptivas, sem a autorização dos responsáveis legais, desde que esses possuam a compreensão necessária para tomada de decisões.

Contudo, nem todos os menores de idade possuem a compreensão necessária acerca da tomada de decisões, sendo uma situação que irá ser relativa, na qual cada caso será diferente do outro. A medida adotada pela corte inglesa para apurar a capacidade de compreensão desses menores, foi a criação de um teste, elaborado pelos juízes do supramencionado caso, também chamado de Testes de Gillick, na qual a capacidade decisória do menor será analisada através de critérios pré-estabelecidos, determinando, em cada caso, se aquele adolescente possui ou não o discernimento necessário para tomar decisões no que tange a sua saúde, e ratificou a teoria do menor maduro.

No resumo de sua dissertação de mestrado, Reinaldo Santos de Moraes (2011, p.1), aduz que:

A teoria do “menor maduro” considera o menor de idade sob determinadas circunstâncias, capaz de dar um consentimento informado, autorizando o seu tratamento de saúde, prescindindo, portanto, de autorização dos seus pais ou responsável legal. Com origem em país de sistema “Common Law”, esta teoria é aplicada em países desenvolvidos, constando, inclusive, em leis de países do sistema “Civil Law”. Analisam-se, com a teoria do “menor maduro”, a autonomia, o consentimento informado, a vulnerabilidade e aspectos dos países periféricos que podem mitigar a aplicação da teoria do “menor maduro” face à vulnerabilidade socioeconômica do menor, que pode dificultar o seu acesso a certos direitos fundamentais, como o respeito à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, o direito à vida.

Apesar de não ser reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que ela irá dar margem a legislação por jurisprudência, como normalmente ocorre nos países que adotam o ‘*common law*’, esta teoria, conforme análise dos pareceres do Conselho Regional de Medicina do Brasil já é amplamente utilizado para reconhecer a autonomia dos pacientes adolescentes no âmbito médico.

No entanto esta teoria não parece ser a mais viável para solução do problema da insegurança jurídica enfrentada pelos médicos brasileiros ao atender os pacientes maiores de 16 anos e menores de 18 anos, uma vez que, cada caso é único, o que gerará opiniões diversas por cada profissional, sendo assim, um juiz ou junta médica poderá considerar determinado menor apto para tomar decisões, enquanto outra junta poderá julgar este mesmo menor incapaz.

Outrossim, há de se perceber que o critério etário adotado pela legislação civil, também não mais satisfaz a realidade, haja vista que “paciente adolescente pode ser relativamente incapaz para a lei civil, porém mostrar aptidão suficiente para deliberar sobre sua saúde, independentemente da assistência de pais ou responsáveis” (FERREIRA, 2019, p. 77), bem como, existirão adolescentes maiores de 16 anos e menores de 18 anos que não irão possuir essa capacidade decisória.

Mostra-se, portanto, necessário repensar a questão da capacidade do adolescente maior de 16 e menor de 18 anos no que concerne a sua capacidade decisória no âmbito das decisões referentes a sua saúde e a garantia do seu direito fundamental a autonomia do seu corpo.

Desta maneira, apesar de já ser adotada pelo Código de Ética Médica, e conforme vimos ratificada pelos pareceres dos Conselhos Regionais de Medicina, a teoria do menor maduro ainda não traz a segurança jurídica necessária para os médicos, uma vez que não haverá um

consenso sobre a capacidade daquele menor, podendo, portando, um grupo de médicos considerar um menor maduro, e outro não.

Devido a isso, a autora Monica Aguiar traz a proposta da maioria bioética, na qual se baseando no marco etário proposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aduz a idade de 12 anos como o “marco adequado para gerar a presunção absoluta de capacidade para a prática de atos relacionados ao direito à vida e à saúde” (AGUIAR, BARBOSA, 2017, p. 25).

O marco de idade, é baseado no artigo 28, §§ 1º e 2º do referido Estatuto, na qual indica a necessidade do consentimento do maior de 12 anos quando este for colocado em família substituta.

A autora afirma ainda que, apesar das normas de natureza protetiva que possuem o objetivo de proteger o adolescente devido a sua vulnerabilidade, não deve pressupor a retirada de autonomia desses menores, nem ser utilizado como fundamento para a limitação desta. (AGUIAR, 2012)

Entretanto, a Autora ressalva que não se deve confundir a capacidade bioética com a capacidade civil, conforme aduz:

No próprio construir a autonomia em sentido bioético, já não podemos identificá-la, integralmente, com a capacidade civil, daí porque se dever pensar na autonomia como comparável a uma capacidade bioética e não capacidade civil, no sentido de que as questões referentes à vida e à saúde da pessoa devem ser por ela mesma decididas, mesmo quando ainda não atingida a maioria civil. (AGUIAR, 2016)

Sendo assim, aduz a necessidade de haver mais uma hipótese de capacidade no ordenamento jurídico brasileiro, assim como há a maioria civil, eleitoral, tributária. (AGUIAR, BARBOSA, 2017, p. 28)

Outrossim, pode-se perceber que ao definir um marco etário, haverá uma possibilidade de segurança jurídica aos médicos, uma vez que existirá uma legislação específica tutelando a maioria dos menores, no sentido de decisões sobre seu próprio corpo.

Entretanto, na hipótese de uma mudança no ordenamento jurídico brasileiro, que reconhecesse a maioria bioética, não necessariamente significaria que qualquer maior de 12 anos deva proferir decisões, deve-se fazer uma análise dos níveis de compreensão que esse menor possui, na qual entenda todos os benefícios e consequências que aquilo trará para sua vida.

Desta maneira, vejo como sendo necessária uma fusão entre a teoria do menor maduro, na qual o médico irá identificar o nível de maturidade desse adolescente, com a maioridade bioética proposta por Mônica Aguiar, garantindo, portanto o exercício dos direitos constitucionais de privacidade do maior de 16 anos e menor de 18 anos, bem como garantindo o exercício de sua autonomia, uma vez que o marco étario irá proporcionar a segurança jurídica para os médicos, e estes por conseguinte, deverão avaliar o caso concreto, e determinar o nível de compreensão desse menor sem ferir a relação de confidencialidade existente com o paciente.

8. CONCLUSÃO

A capacidade dos maiores de 16 anos e menores de 18 anos no que tange as decisões referentes a sua saúde e ao seu próprio corpo não é algo consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, isso porque, apesar desses menores serem considerados relativamente incapazes perante o Código Civil, ainda necessitam da assistência dos seus pais ou responsáveis legais.

Entretanto, o menor adolescente é regido por uma legislação específica, além do Códex Civil, uma vez que este é considerado vulnerável. Assim sendo, o fato desses menores serem considerado vulneráveis, em nada deverá impedir o exercício dos seus direitos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, que também abarcará o conceito de autonomia e direito de escolha. Isso porque, não deve-se confundir essa vulnerabilidade existente com a vulnerabilidade da condição humana, na qual poderia infligir na incapacidade de tomada de decisões. Ademais, fez-se necessário aduzir também o princípio da intimidade, direito personalíssimo, que deve ser respeitado independentemente da idade do sujeito. Esse direito que irá sustentar o sigilo médico nas relações médico-paciente. Desta maneira pode-se perceber que o direito a autonomia do adolescente, principalmente o maior de 16 anos e menor de 18 anos está garantido pelos princípios constitucionais, no que tange as decisões sobre a sua saúde, mesmo que esta vá de encontro com a decisão dos seus pais e/ou responsáveis legais.

Ao tratar sobre a relação de confidencialidade entre os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, percebe-se que essa é de extrema importância para que o médico possa tratar de maneira adequada esses pacientes. Entretanto o Código de Ética Médica ao trazer as hipóteses de quebra do sigilo médico, sequer aduz o caso desses menores, situação que demonstra a insegurança jurídica dos médicos, pois apesar de se tratar do direito constitucional a autonomia do menor, esses profissionais de saúde infelizmente não possuem esse conhecimento, e como no ordenamento jurídico brasileiro não há uma legislação específica na qual possam se ater,

acabam surgindo incertezas, como se devem ou não informar aos pais e responsáveis legais o que fora discutido a luz do sigilo médico-paciente.

Desta forma, quando analisa-se a incapacidade relativa desse maior de 16 anos e maior de 18 anos através dos pareceres emitidos pelos Conselhos Regionais de Medicina, vislumbra-se a incerteza gerada pela inexistência de legislação, diante da quantidade de pareceres aduzindo sobre o mesmo tema, bem como a ratificação da adoção da teoria do menor maduro, na qual aduz que o médico deverá analisar se o adolescente possui ou não o discernimento necessário para tomar decisões relacionadas a saúde.

Contudo, observa-se também a questão do poder familiar que esses pais e responsáveis legais possuem, tendo, portanto, o dever de proteção sobre esses menores, todavia faz-se imperativo concluir este poder tem como um de seus objetivos preparar o adolescente para a vida adulta, através do conceito da autonomia progressiva, para que esse menor possa tomar decisões acerca da sua saúde de acordo com o seu grau de discernimento da situação.

Por derradeiro, através da análise da teoria do menor maduro, observa-se que a adoção desta, ainda não garantirá a segurança jurídica, uma vez que não irá estabelecer um consenso geral, podendo, um juiz considerar o adolescente maduro e o outro não. Contudo, ao analisar essa teoria em conjunto com a maioria bioética proposta pela autora Monica Aguiar, pode-se pensar acerca de uma garantia jurídica, pois a partir da definição de um marco etário não haveria mais dúvidas acerca da possibilidade ou não da tomada de decisão. Todavia, o marco etário proposto pela jurista seria o marco de 12 anos, conforme se extrai do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual pode ser considerado por muitos uma idade na qual boa parte dos menores ainda não irá possuir uma vivência de mundo necessária para entender todas as consequências e benefícios da decisão tomada. Assim sendo, a teoria do menor maduro irá dar a autonomia para o médico decidir sobre a capacidade do adolescente, e consequentemente manter a confidencialidade entre ambas as partes.

No que tange o maior de 16 anos e menor de 18 anos, por já serem reconhecidamente relativamente incapazes, necessitando apenas da assistência dos seus representantes legais, com a adoção da maioria sanitária em conjunto com a teoria do menor amadurecido, não haveria óbice para o rompimento da confidencialidade entre médico-paciente, exceto nas hipóteses de quebra de sigilo.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Manoela; ROCUMBACK, Ines. **A autonomia da vontade da criança e do adolescente**. 2019. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=37812@1> Acesso em: 05/12/2020;

AGUIAR, Mônica. **2002+10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde**. In: LOTUFO, Renan;

AGUIAR, Mônica; BARBOZA, Amanda Souza. **Autonomia bioética de crianças e adolescentes e o processo de assentimento livre e esclarecido**. Revista Brasileira de Direito Animal, <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22942>, v. 12, ed. 02, 2017. DOI <http://dx.doi.org/10.9771/rbda.v12i02.22942>. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22942>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**" (217 [III] A). Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 05/12/2020

BARBOSA, Amanda Souza; SCHIOCCHET, Taysa. **Tutela do direito à intimidade de adolescente nas consultas médicas**. Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 15, p. 49-69, 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/205>. Acesso em: 05/12/2020

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles Of Biomedical Ethics**. 7. ed. rev. [S. l.: s. n.], 2013. ISBN 9780199924585.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05/12/2020

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm . Acesso em: 05/12/2020

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05/12/2020

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 05/12/2020

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Disponível em:

<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf> Acesso em: 05/12/2020

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 5.

FERREIRA, Rebeca. **A Teoria Do Menor Maduro Como Argumento Corretivo à Insuficiência Do Regime Das Incapacidades No Brasil**. 2019. Disponível em:

http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_b325ade1c0043f9f0b2c806eeeca895 Acesso em: 05/12/2020

JURAMENTO DE HIPOCRATES,

<https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 61.

MORAES, Reinaldo Santos de. **A teoria do "menor maduro" e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação brasileira**. Orientador: Mônica Neves Aguiar da Silva. 2011. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA) - Universidade Federal da Bahia, [S. l.], 2011.

NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: IDP; ATLAS. 2012.

Pareceres dos conselhos federal e regionais de medicina. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20190747/09084756-9-pareceres-dos-conselhos-de-medicina-sobre-o-atendimento-a-adolescentes.pdf>. Acesso em: 05/12/2020

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil, volume único**. São Paulo: Método. Edição: 9ª edição.2018

SANTOS, Maria de Fátima; SANTOS, Thalita Esther; SANTOS, Ana Laís. **A confidencialidade médica na relação com o paciente adolescente: uma visão teórica.**

Revista Bioética. V. 20. N. 2. 2012. Disponível em:

https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/625/782 Acesso em: 05/12/2020

SILLMAN, Marina; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima, **A recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: Uma análise a partir da competência de Gillick.**

Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, Minas Gerais, V. 1, N. 2, p. 70-89, Jul/Dez 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/720/715>

Acesso em:05/12/2020

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **O direito-dever de sigilo na proteção ao paciente.**Rev. bioét. (Impr.). 2015; 23 (3): páginas 513-23. ISSN: 1983-8034. Disponível em:

http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/54.Acesso em:

03/10/2019

RELATÓRIO DO PROGRAMA ANTI-PLÁGIO

CopySpider Scholar		Apoiar o CopySpider			
Documentos candidatos					
rcem.cfm.org.br/inde... [2,06%]	Arquivo de entrada: TCC - A CONFIDENCIALIDADE ENTRE MÉDICOS E PACIENTES MAIORES DE 16 ANOS E MENORES DE 18 ANOS À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO ATUAL.docx (9148 termos)				
cremerj.org.br/publi... [1,41%]	Arquivo encontrado	Total de termos	Termos comuns		
al.sp.gov.br/arquivo... [0,57%]			Similaridade (%)		
ibccoaching.com.br/p... [0,49%]	rcem.cfm.org.br/inde...	Visualizar 4513	277	2,06	
sbcoaching.com.br/bl... [0,49%]	cremerj.org.br/publi...	Visualizar 17194	368	1,41	
mindminers.com/blog/... [0,24%]	al.sp.gov.br/arquivo...	Visualizar 6155	87	0,57	
hrcr.org/safrica/chi... [0,12%]	ibccoaching.com.br/p...	Visualizar 2501	57	0,49	
	sbcoaching.com.br/bl...	Visualizar 3117	60	0,49	
	mindminers.com/blog/...	Visualizar 885	25	0,24	
	hrcr.org/safrica/chi...	Visualizar 19865	36	0,12	
	lawteacher.net/cases...	Visualizar 862	4	0,03	
	pubmed.ncbi.nlm.nih....	Visualizar 982	4	0,03	
	saude.ufpr.br/porta...	-	-	-	Conversão falhou