

O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE EM SITUAÇÕES
ENVOLVENDO SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA
*THE RIGHT OF PARTICIPATION OF ADOLESCENT IN SITUATIONS
ENVOLVING SEXUAL AND REPRODUCTIVE HEALTH*

RESUMO

Trata-se de artigo científico que aborda os direitos das crianças e dos adolescentes, sob a égide da Doutrina da Proteção Integral. Em específico, explora-se a autonomia progressiva das crianças e dos adolescentes e o direito de participação que dela decorre, ambos reconhecidos pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, respectivamente, nos Artigos 5 e 12. Ato contínuo, explana-se acerca do novo paradigma do Direito Civil, em especial, do Direito de Família, que passa a ser visto por um viés mais personalista e humano e da significativa mudança operada no instituto da autoridade parental. Nesse contexto, defende-se a impossibilidade de representação no exercício de direitos fundamentais. Delimita-se o estudo no direito à saúde sexual e reprodutiva dos adolescentes, o qual se efetiva, por exemplo, mediante o acesso às consultas e tem como um dos aspectos mais relevantes a confidencialidade entre médico e paciente. Nesse ínterim, explora-se o aparato normativo existente no Brasil e se utiliza de estudo comparativo com a Teoria do Menor Maduro, que teve sua origem em caso paradigmático no Reino Unido a respeito do mesmo tema. Com tal abordagem, menciona-se sobre mecanismos de aferição da capacidade para decidir e se verifica que, apesar de não haver um modelo ou um conjunto de mecanismos fechados, eles podem ser úteis e essenciais na efetivação dos direitos dos adolescentes. Por fim, considera-se que a responsabilidade de aferição da capacidade não se concentra apenas nas mãos do médico, vez que este pode – e deve, muitas vezes, – recorrer ao Comitê de Bioética, ao juiz e, sempre que possível, aos pais e familiares do adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Criança. Adolescente. Saúde Sexual e Reprodutiva. Confidencialidade.

ABSTRACT

This is a scientific article which deals with children and adolescents' rights, under the aegis of the Doctrine of Integral Protection. Specifically, this article aims to explore the progressive autonomy of children and adolescents, as well as the right of participation that arises from it, both rights recognized by the International Convention on the Rights of the Child, respectively, in Articles 5 and 12. Subsequently, the new paradigm of Civil Law, especially regarding Family Law, which is now seen from a more personalistic and humane bias, and from a significant change in parental authority institute, is discussed. In this context, the impossibility of representation in the exercise of fundamental rights is defended. The study is based on the right to sexual and reproductive health of adolescents, which is effective, for example, through access to consultations and has as one of the most relevant aspect the confidentiality between the doctor and the patient. Regarding this aspect, the normative apparatus existing in Brazil and that uses a comparative study with the Theory of Mature Men, which

had its origin in a paradigmatic case in United Kingdom, on the same subject, is explored. With such approach, the mechanisms to check the capacity to decide are addressed and it is verified that, although there is no closed model or set of determined mechanisms, they can be useful and essential in the realization of the rights of adolescents. Finally, it is concluded that the responsibility for the measurement of the capacity it is not only concentrated in the hands of the doctor, since he or she can - and oftenly should - resort to the Bioethics Committee, to the judge and, whenever is possible, to the parents and the family members of the adolescent.

KEYWORDS: Children. Adolescent. Sexual and reproductive health. Confidentiality.

1 INTRODUÇÃO

Os últimos anos foram marcados por um avanço considerável na conjuntura de direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, com efeitos em todo o mundo. Socialmente, eles foram tratados como objetos¹.

O principal marco dessa evolução é a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990), que traz à tona a Doutrina da Proteção Integral. No Brasil, tal doutrina foi consagrada também pela Constituição da República de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Dessa feita, a partir de então, as crianças e os adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos, assim como os maiores de idade.

Este novo paradigma proporcionou mudanças consideráveis no Direito Civil, sobretudo no âmbito do Direito de Família. A autoridade parental, antes denominada de pátrio poder, passa muito mais a um aspecto de dever atribuído aos pais que de poder. Sendo assim, cabe aos detentores da referida autoridade agir de modo a efetivar o melhor interesse das crianças ou adolescentes sob seu cuidado, respeitando e promovendo a personalidade, a identidade e a individualidade deles.

Ocorre que, não raro, as crianças e os adolescentes têm desrespeitados os seus direitos ou inviabilizados mecanismos para que os exerçam diretamente. Além disso, ainda existem resquícios culturais e sociais consideráveis do pátrio poder na realidade nacional, razões pelas quais abordagens aprofundadas sobre esse tema se fazem cruciais.

Sob essa perspectiva, abordar-se-á acerca dos direitos das crianças e dos adolescentes, em especial, o direito ao reconhecimento de sua autonomia progressiva (previsto no Artigo 5 da Convenção), que é pressuposto do direito de participação (previsto no Artigo 12 da

¹ Nas palavras de TEIXEIRA (2005, p. 93-94), “Historicamente, o antigo pátrio poder era enquadrado como direito subjetivo sobre o filho, pois este era visto como objeto de direitos, e o poder do pai traduzia um poder de senhorio, embora fosse clara a inexistência de identidade com os direitos reais”.

Convenção); discorrer-se-á sobre o novo sentido do instituto da autoridade parental; da impossibilidade de exercício de direitos fundamentais por representação; do direito à saúde, em especial, a saúde sexual e reprodutiva dos adolescentes e os possíveis entraves que podem surgir, por exemplo, o acesso às consultas sem a necessidade de acompanhamento dos pais e a dualidade entre a confidencialidade entre médico e paciente e a autoridade parental; por fim, relacionar-se-á a perspectiva defendida com a Teoria do Menor Maduro, que teve origem em caso paradigmático no Reino Unido, em que se discutia a possibilidade de meninas receberem métodos contraceptivos na adolescência independentemente da autorização ou do consentimento de seus pais e, nesta explanação, discorrer-se-á acerca de alguns mecanismos que podem ser utilizados para aferição da capacidade para decidir. Em outras palavras, se o adolescente, de fato, é maduro para a decisão casuística.

2 AUTONOMIA PROGRESSIVA E O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE

Consagrada a doutrina da proteção integral, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e, para além disso, seus direitos são de absoluta prioridade, de modo que sua efetivação é dever da família, da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988)².

Com efeito, as crianças e os adolescentes são detentores dos mesmos direitos que todo e qualquer cidadão adulto e, frente à sua situação peculiar de constante desenvolvimento, a eles deve ser concedida proteção prioritária³, visto que os seus direitos são, de certo modo, qualitativamente diferentes. Nessa senda, necessária menção específica à Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário. A citada Convenção reconhece a autonomia progressiva das crianças e dos adolescentes e, em decorrência desta, o direito de participar em tudo que lhes diga respeito. (BRASIL, 1990a).

² “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (BRASIL, 1988).

³ No mesmo sentido do aludido artigo 227 da Constituição Federal, tem-se disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Com efeito: “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.” (BRASIL, 1990b).

O princípio da autonomia progressiva está previsto no Artigo 5 da Convenção, com a seguinte redação:

Artigo 5: Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção. (BRASIL, 1990a).

A determinação de uma responsabilidade aos Estados, aos pais e à comunidade de proporcionar às crianças e aos adolescentes instrução e orientação adequadas, conforme a evolução de sua capacidade no exercício de direitos, significa o reconhecimento da sua condição de sujeitos em desenvolvimento, de modo que, nestas fases, vislumbra-se a existência de uma autonomia progressiva. Ou seja, a infância, a adolescência e a passagem para a fase adulta representam um processo paulatino que conjuga o desenvolvimento biológico com a realidade familiar e social. (ORISINI; SOUZA; SILVA, 2017). Em outras palavras, reconhece-se que o amadurecimento das crianças e dos adolescentes ocorre dia após dia e que, conseqüentemente, quanto maior a maturidade, maior deve ser o espaço de liberdade e autonomia no exercício de seus direitos.

Ainda nessa perspectiva, em estudo realizado por Gerison Lawnsdown (2005), para o Instituto de Investigaciones Innocenti de UNICEF, tem-se que:

A Convenção sobre os Direitos da Criança introduz pela primeira vez em um tratado internacional em matéria de direitos humanos o conceito de “evolução das faculdades” da criança. O art. 5 da Convenção estabelece que a direção e orientação transmitidas à criança por seus pais ou outras pessoas encarregadas disso devem levar em conta a capacidade que a criança possui de exercer seus direitos por conta própria. Esse princípio tem implicações profundas no que tange aos direitos humanos das crianças. Tem sido descrito como um novo princípio de interpretação do direito internacional, segundo o qual se reconhece que, à medida que as crianças vão adquirindo um rol mais extenso de competências, a necessidade de orientação é reduzida e aumenta sua capacidade de assumir responsabilidades que dizem respeito às decisões que afetem sua vida. (LAWNSDOWN, 2005, p. 19, tradução nossa).⁴

Compreendida a existência de uma autonomia progressiva, deve ser propiciado, de acordo com a evolução da referida autonomia, o direito de participação da criança e do

⁴ No original: “La Convención sobre los Derechos del Niño introduce por primera vez en un tratado internacional en materia de derechos humanos el concepto de “evolución de las facultades” del niño. El artículo 5 de la Convención establece que la dirección y orientación impartidas al niño por sus padres u otras personas encargadas de él deben tener en cuenta la capacidad que el niño posee de ejercer sus derechos por cuenta propia. Este principio tiene implicaciones profundas en lo que respecta a los derechos humanos del niño. Ha sido descrito como un nuevo principio de interpretación del derecho internacional, según el cual se reconoce que, a medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores, se reduce su necesidad de orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto a las decisiones que afectan sus vidas”. (LAWNSDOWN, 2005, p. 19).

adolescente em tudo que lhes diga respeito, o qual é previsto pelo Artigo 12 da mesma Convenção. A redação é a seguinte:

Artigo 12: 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. (BRASIL, 1990a).

Entende-se enquanto direito à participação a “(...) possibilidade de a criança se envolver na solução de questões que afetam sua saúde, seu estilo de vida, sua educação, sua inserção familiar e comunitária, entre outros”. (RIBEIRO; BERLINI, 2017, p. 118). Em síntese, trata-se da possibilidade conferida à criança e ao adolescente de deliberar sobre os assuntos atinentes às suas vivências. (RIBEIRO; BERLINI, 2017).

No âmbito do direito de participação, há o direito de ser ouvido. Moral Ferrer (2007) ensina acerca da tridimensionalidade de tal direito. Para a autora, a primeira dimensão é o próprio direito de ser ouvido, de manifestar suas vontades e sensações, devendo ser concedido em qualquer idade. Importante também que a opinião seja informada, que a criança ou adolescente conheça a situação e compreenda as consequências que podem advir da sua decisão.

A segunda dimensão concerne ao direito de ser escutado, ou seja, o destinatário da opinião deve escutar o que a criança ou adolescente tem a dizer e deve prestar atenção significativa ao expressado, sendo assim, indispensável dispor de tempo, capacidade e respeito, sobretudo, à situação de constante desenvolvimento em que se encontra a criança ou o adolescente.

Por fim, a última dimensão trata do direito que a criança e o adolescente têm de que suas opiniões sejam tomadas em conta de acordo com sua maturidade e idade; sem este, o direito de opinar careceria de seu elemento principal, porque não há qualquer sentido em assegurar o direito de opinar a uma pessoa se, ao final, sua opinião for desconsiderada. Aqui, inclusive, é o momento de se atentar à evolução da criança ou do adolescente e de suas faculdades. A consideração vai ser condicionada a dois critérios, um objetivo (idade) e o outro subjetivo (maturidade). (MORAL FERRER, 2007).

Reconhecer a autonomia progressiva das crianças e adolescentes e o direito de participação na formação de sua identidade e todo o restante que lhes interesse, nas palavras de Orisini, Souza e Silva (2017):

[...] É dizer [que], a autonomia da criança se perfaz enquanto direito na possibilidade ativa de participação e real projeção da sua personalidade em meio social, político e jurídico, não como um igual, mas respeitado, ouvido e reconhecido em suas diferenças biológicas, físicas e psicológicas. (ORISINI; SOUZA; SILVA, 2017, p. 93).

Neste panorama, necessário registrar que o novo paradigma referente às crianças e aos adolescentes como sujeitos ativos de direitos propiciou uma nova abordagem do Direito Civil, especialmente na seara do Direito de Família. Teixeira (2005) ensina que:

[...] uma das maiores demonstrações do fenômeno da personalização foi o tratamento prioritário dado à criança e ao adolescente, como pessoas em desenvolvimento, e alvo de proteção integral da família, da sociedade e do Estado, cujo melhor interesse deve ser preservado a qualquer custo. Este também constitui uma das verdadeiras mudanças epistemológicas no Direito de Família, uma vez que contribuiu para a mudança lógica do sistema. (TEIXEIRA, 2005, p. 75).

Nesse ínterim, surge uma problemática, qual seja: como conciliar o exercício da autoridade parental com o direito da criança e do adolescente de exercer pessoal e diretamente seus direitos, tanto no seio familiar quanto fora dele? Para responder a essa questão, de início, faz-se necessário despender atenção especial ao instituto da autoridade parental. Com efeito, entender a dimensão de tal instituto responde a uma série de perguntas e direciona o estudo.

Anteriormente, a autoridade parental possuía contornos diversos, a começar pelo nome, qual seja, pátrio poder. Tratava-se de um poder que o pai (a mãe não o detinha, frente à cultura patriarcal então dominante) possuía em detrimento de seus filhos, por intermédio do qual tomava todas as decisões. Cabia aos filhos somente acatar os mandamentos do pai e cumpri-los.

A origem do pátrio poder, inclusive de seus moldes no Brasil, veio da família romana, haja vista que as primeiras legislações brasileiras foram aquelas trazidas de Portugal (TEIXEIRA, 2005). No mesmo sentido:

A potestade paterna era perpétua, assim, durava enquanto vivesse o seu titular. As poucas exceções a essa regra eram os casos de emancipação, elevação do filho a certas dignidades, seu abandono pelo pai e perda da *libertas* ou da *civitas* pelo pai. O *pater* era seu titular exclusivo, ocupava o posto centralizador do poder. Os filhos eram propriedade do pai, que podia deles dispor da forma que julgasse melhor. (TEIXEIRA, 2005, p. 15-16, grifo da autora).

No mesmo sentido, Lorda e Cantalejo (2010) descrevem que:

Em qualquer caso, é importante apontar que, para um padre da Grécia e Roma clássicas, seu filho era um ser imperfeito física, espiritual e moralmente, não era um “sujeito”. Muito menos era um “cidadão” capaz de tomar decisões sobre sua vida, sobretudo sobre sua vida política, que é o ponto chave da antropologia grega clássica. Era bem mais um “objeto”, um bem em usufruto, uma propriedade, porque era seu “produto”, um “produto” de sua paternidade. (LORDA; CANTALEJO, 2010, p. 39-40, tradução nossa).⁵

Recorrendo, novamente, às palavras de Teixeira (2005):

A família pré e pós-codificada era marcadamente patriarcal, patrimonializada, matrimonializada e hierarquizada. Seu *locus* era uma sociedade eminentemente agrária. O pai, centro da grande família e detentor do patrimônio, também estava no topo da pirâmide, decidindo qual seria o destino de todas as pessoas que lhe eram subordinadas: filhos, parentes e empregados. A família era desenhada em moldes semelhantes à família romano-canônica. Esse foi o modelo de família assumido pelo Código Civil de 1916, deixando marcas legislativas que perpetuaram até o final do século passado. (TEIXEIRA, 2005, p. 20-21, grifo da autora).

Um pouco mais adiante, a autora complementa que: “Os direitos dos filhos eram aqueles determinados pelo pai. Vigia a concepção de pátrio poder como direito subjetivo do pai, noção oposta à atual definição de autoridade parental, que se consubstancia em um múnus a ser exercido em benefício do filho”. (TEIXEIRA, 2005, p. 25).

Na perspectiva atual, a autoridade parental muda de figura e de lógica. Teixeira (2005) sintetiza que:

Entre as situações jurídicas subjetivas, o poder familiar melhor se enquadraria como poder jurídico, que se consubstancia na atribuição de competências pelo Estado, para o exercício de um poder em benefício do outro sujeito da relação jurídica. Assim, ainda subsiste a noção de poder-dever, mas não no sentido contraposto, de crédito e débito. A perspectiva, nesse caso, é invertida. Na autoridade parental, tanto o poder quanto o dever são dirigidos às mesmas pessoas: os pais, que devem usá-los para a concreção do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Cuida-se, pois, de um ofício de direito privado. Por essa razão, a autoridade parental é uma situação subjetiva complexa, pois há atribuição de poderes e deveres a serem exercidos pelo titular do poder, em favor dos filhos menores. Nem por isso, contudo, os filhos configurariam sujeitos passivos da relação jurídica, sendo apenas receptores dos benefícios do poder jurídico. (TEIXEIRA, 2005, p. 97).

Os ensinamentos de Asensio Sanchez (2006), em sua obra intitulada “La patria potestad y la libertad de consciencia del menor”, coadunam com o raciocínio exposto acima. Com a nova moldura do Direito, “[...] no plano jurídico-conceitual, o instituto da autoridade parental passou por uma alteração substancial, frente à concepção tradicional que o

⁵ No original: En cualquier caso, lo importante es señalar que, para un padre de la Grecia y Roma clásicas, su hijo era un ser imperfecto física, espiritual y moralmente, no era un “sujeto”. Mucho menos era un “ciudadano” capaz de tomar decisiones sobre su vida, sobre todo sobre su vida política, que es el punto clave de la antropología griega clásica. Era más bien un “objeto”, un bien en usufructo, una propiedad, porque era su “producto”, “producto” de su paternidad””. (LORDA; CANTALEJO, 2010, p. 39-40).

considerava um direito, passa a ser conceituado como função”. (ASENSIO SANCHEZ, 2006, p. 55, tradução nossa).⁶ O autor vai um pouco mais adiante, ao afirmar que:

O carácter de função da autoridade parental supõe uma dupla vertente, de dever/direito, tendo em conta que o direito se concede, exclusivamente, para facilitar o cumprimento do dever. O dever imposto aos titulares da autoridade parental consiste em seu exercício em benefício do filho, de acordo com a sua personalidade [...] é dizer, tendo em conta o interesse do menor. (ASENSIO SANCHEZ, 2006, p. 57, tradução nossa).⁷

Destarte, é possível dizer que a autoridade parental é um direito somente na medida em que serve para facilitar o cumprimento de um dever, ou seja, existe enquanto instrumento para a efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente. Veja-se, nesse sentido, novamente, os ensinamentos de Teixeira (2005):

[...] o relacionamento entre os genitores e o filho passou a ter como objetivo maior tutelar a sua personalidade e, portanto, o exercício dos seus direitos fundamentais, para que possa, neste contexto, edificar sua dignidade enquanto sujeito. A autoridade parental, neste aspecto, foge da perspectiva de poder e de dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos. (TEIXEIRA, 2005, p. 130).

Nessa seara, como visto acima, é necessário expor o duplo aspecto da realidade de uma criança e de um adolescente. Indiscutivelmente, eles são dotados de uma peculiaridade, qual seja, o estágio de constante desenvolvimento. Ao mesmo tempo, são sujeitos de direitos, dentre eles, o reconhecimento de sua autonomia progressiva e o direito de participação decorrente da existência dessa autonomia.

Isso implica que cabe aos pais, no exercício da autoridade parental, agir de modo a equilibrar os dois aspectos, para assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente. Eles precisam de proteção e, ao mesmo tempo, de espaço e fomento para construírem sua própria personalidade, sua identidade, sua individualidade.

A esse respeito, defende-se, nas palavras de Ribeiro e Berlini (2017), que: “[...] insista-se, a função protetora dos pais deve ser inversamente proporcional ao desenvolvimento físico, intelectual, emocional, moral e social dos filhos”. (RIBEIRO; BERLINI, 2017, p. 125-126). Um pouco mais adiante, os autores afirmam que:

⁶ No original: “[...] en el plano jurídico-conceptual se ha traducido en una transformación sustancial de la institución que, frente a la concepción tradicional que a la consideraba un derecho, pasa a ser conceptuada como una función”. (ASENSIO SANCHEZ, 2006, p. 55).

⁷ No original: “El carácter de función de la patria potestad supone una doble vertiente de deber/derecho, teniendo en cuenta que el derecho se concede, exclusivamente, para facilitar el cumplimiento del deber. El deber que impone la patria potestad a sus titulares consiste en su ejercicio <<en beneficio del hijo de acuerdo con su personalidad [...] es decir, teniendo en cuenta el interés del menor”. (ASENSIO SANCHEZ, 2006, p. 57).

Esta disposição [Artigo 5] menciona a criança como titular de direitos fundamentais, com idoneidade para exercê-los de acordo com o desenvolvimento de suas habilidades. Cabe aos pais orientar, aconselhar e preparar os filhos para o exercício de seus direitos fundamentais, reconhecendo-lhes crescente autonomia e responsabilidade na gestão da própria vida, na medida em que evidenciem competência para fazê-lo.

Na mesma direção, a Convenção sobre os Direitos da Criança, nos termos do art. 12, assegura à criança que estiver capacitada a formular seu próprio juízo o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com ela, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da sua idade e da sua maturidade [...]. (RIBEIRO; BERLINI, 2017, p. 127).

Para além disso, faz-se *mister* pontuar que os direitos fundamentais, por serem personalíssimos, não admitem representação. Asensio Sanchez (2006) ensina que: “A própria natureza de direito subjetivo fundamental, como inerente à pessoa e ao livre desenvolvimento da personalidade, impediria a substituição da vontade do titular”. (ASENSIO SANCHEZ, 2006, p. 43, tradução nossa).⁸ Nesse ínterim, considerando que direitos fundamentais são personalíssimos e que a titularidade deles corresponde única e exclusivamente ao seu detentor, a partir do momento em que se constatar o discernimento e a mínima vontade de expressão/projeção da identidade, da consciência e da vontade das crianças e dos adolescentes, deve lhes ser propiciado o espaço necessário ao exercício de todos os seus direitos fundamentais, com o devido suporte.

Rodrigues (2013), sob este raciocínio, ao lecionar acerca do regime das incapacidades, afirma sobre a necessidade de repensá-lo, sobretudo quando o assunto for referente a situações jurídicas de cunho existencial, que envolvem o “próprio desenvolvimento humano do indivíduo” (RODRIGUES, 2013, p. 41). Afirma, nessa senda, que não faz sentido reconhecer titularidade de situações existenciais sem garantir o exercício delas (RODRIGUES, 2013, p. 41). Conclui, portanto, que “[...] frente a situações que toquem diretamente ao desenvolvimento de sua própria personalidade, não pode mais ser admitido em nosso sistema que a vontade do incapaz seja irrelevante ou desprezada pelo Direito”. (RODRIGUES, 2013, p. 44).

Ainda, Lázaro González e Montalvo Jääskeläinen (2010) afirmam que:

[...] o artigo 162 do Código Civil [Espanhol] estabelece que, embora os pais que ostentam a autoridade parental tenham, em princípio, a representação legal de seus filhos menores não emancipados, são excetuados da regra os atos relativos a direitos de personalidade ou outros que o filho, de acordo com as leis e com as suas condições de maturidade, possa realizar por si mesmo. Não se admite que os representantes legais realizem nesta esfera atos contra a vontade ou sem o

⁸ No original: “La propia naturaleza del derecho subjetivo fundamental, como inherente a la persona y al libre desarrollo de la personalidad, impediría la sustitución de la voluntad del titular”. (ASENSIO SANCHEZ, 2006, p. 43).

consentimento de seu representado, se este reúne as condições necessárias para expressar sua vontade ou prestar seu consentimento. (LÁZARO GONZÁLEZ; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, 2010, p. 353, tradução nossa)⁹.

Sêco (2015), ao abordar sobre as decisões de cunho existencial referentes às crianças e aos adolescentes, aponta a existência de uma “metáfora geométrica” formada por três vértices, quais sejam, “o primeiro ocupado pela sociedade, por intermédio do Estado; o segundo ocupado pela família; e o terceiro pela própria criança ou adolescente”. (SÊCO, 2015, p. 04). A autora pontua que o propósito dos três é o mesmo: “promover os interesses da criança” (SÊCO, 2015, p. 05).

Nesse sentido, a título de aprofundamento:

Somente no terceiro vértice ocupado pela própria criança e pelo próprio adolescente, portanto, seria possível falar-se apropriadamente de autonomia, justamente por causa do prefixo “autos” (do grego “αὐτος”; próprio, si mesmo). Enquanto nos outros dois vértices trata-se, não de autonomia, mas de *heteronomia*.

É importante observar que não se trata de autonomia porque a autonomia detém um mecanismo muito intrínseco de legitimação do que é decidido na medida em que a pessoa que decide é também a pessoa que vivencia as consequências da decisão. O poder que é conferido aos pais para tomar decisões existenciais referentes aos seus filhos não pode ser entendido como expressão da autonomia, mas apenas como expressão da *subjetividade* dos seus valores e dos seus entendimentos, em consonância com o princípio do pluralismo político. Via de regra, por meio da autonomia o indivíduo pode promover modos de vida que são subjetivamente eleitos, que fazem sentido para o próprio indivíduo mesmo quando não fazem sentido para a sociedade em geral, possibilitando um autêntico pluralismo manifestado até mesmo por práticas extremas, como a do *body modification*. (SÊCO, 2015, p. 5-6, grifo da autora).

Dessa feita, sob a ótica de decisões relacionadas à autonomia corporal, por exemplo, leciona a autora que só é eticamente aceitável que o próprio indivíduo opte pela sua modificação corporal, porque, via heteronomia, até mesmo uma pequena tatuagem não seria nada menos que uma profunda violência. Nesse contexto, segundo ela, tem-se que:

[...] Decisões existenciais, em geral, são dotadas de caráter *personalíssimo*. Mas há decisões que por seu conteúdo e por força do princípio da dignidade da pessoa humana se tornam ainda mais personalíssimas. São decisões que potencialmente podem ferir um bem moral relevante para o sujeito e que, dessa forma, só se legitimam por sua escolha pessoal. (SÊCO, 2015, p. 7, grifo da autora).

O direito à saúde¹⁰ se enquadra na classificação de direitos fundamentais e, por conseguinte, também só pode ser exercido pelo seu próprio titular, devido ao seu aludido

⁹ No original: “[...] el artículo 162 del Código Civil establece que, aunque los padres que ostenten la patria potestad tengan, en principio, la representación legal de sus hijos menores no emancipados, quedan exceptuados de la regla los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. No se admite que los representantes legales lleven a cabo en esta esfera actos contra la voluntad o sin el consentimiento de su representado, si éste reúne las condiciones necesarias para expresar su voluntad o prestar su consentimiento” (LÁZARO GONZÁLEZ; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, 2010, p. 353).

caráter personalíssimo. Frente à importância desse direito e aos não raros entraves que as crianças e os adolescentes encontram no alcance de seu exercício, foi ele o escolhido para aprofundamento. De forma um pouco mais específica, decidiu-se tratar acerca do direito à saúde sexual e reprodutiva dos adolescentes. A esse respeito, nas palavras de Antona Rodríguez e Andrés Domingo (2010):

Os e as adolescentes têm direito a serem protegidos do risco. E da mesma forma, têm direito a serem atendidos com respeito se se encontram com problemas depois da exposição a uma situação de perigo para sua saúde, embora tenham transgredido normas morais, éticas ou legais relacionadas à sua sexualidade. A saúde sexual se promove quando, de forma consciente, rompe-se com estereótipos que pretendem enquadrar a sexualidade de cada pessoa em um único sentir, em um único padrão, e negar as sexualidades de cada um que tem a ver com as experiências de bem estar vividas sobre seus corpos. (ANTONA RODRÍGUEZ; ANDRÉS DOMINGO, 2010, p. 439, tradução nossa).¹¹

Frente à suscitada importância do direito à saúde sexual e reprodutiva e a nítida conexão dele com a autonomia progressiva e o direito de participação dos adolescentes, passa-se a uma abordagem mais específica.

3 ACESSO ÀS CONSULTAS E AOS CUIDADOS DE SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA PELOS ADOLESCENTES

Tendo em vista a consagração dos direitos acima suscitados e que direitos fundamentais não admitem representação, pode-se refletir acerca de alguns desdobramentos. Realize-se o seguinte processo de raciocínio: se os adolescentes têm autonomia progressiva e direito de participar de tudo que lhes envolva, conforme seu grau de maturidade e desenvolvimento, isso inclui, por derradeiro, a participação em seus cuidados de saúde. Por exemplo, sua saúde sexual, o que engloba o acesso a consultas, informações, a confidencialidade das informações trocadas, o consentimento informado e a participação nas decisões, por exemplo, sobre métodos contraceptivos.

¹⁰ Segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde, de 1946, “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

¹¹ No original: “Las y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos del riesgo. Y de la misma forma, tienen derecho a ser atendidos con respeto si se encuentran con problemas tras la exposición a una situación de peligro para su salud, aunque hayan transgredido las normas morales, éticas o legales relacionadas con su sexualidad. La salud sexual se promociona cuando, de forma consciente, se rompe con estereotipos que pretenden encasillar la sexualidad de cada persona en un único sentir, en un único patrón, y negar las sexualidades de cada quien que tienen que ver con las experiencias de bienestar vividas sobre y en sus cuerpos”. (ANTONA RODRÍGUEZ; ANDRÉS DOMINGO, 2010, p. 439).

É sabido que, geralmente, a vida sexual se inicia na adolescência.¹² (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016; SÃO PAULO, 2007). Outrossim, que a fase de descoberta do corpo e da vida sexual é uma fase delicada, sensível, íntima e que, por vezes, o adolescente quer manter em segredo, para preservar sua privacidade.

Nessa senda, faz-se imprescindível a observância de alguns cuidados no atendimento aos adolescentes. Sem dúvidas, como quaisquer seres humanos, para efetivar o seu direito à saúde, eles têm direito a recorrer aos hospitais ou consultas médicas em busca de atendimento.

Segundo Goicoechea (2010), o primeiro aspecto que deve ser considerado na atuação pediátrica se refere às características que o menino ou a menina apresenta como paciente. Isso exprime a necessidade de que o profissional de saúde se atente à individualidade de cada pessoa que atende. O autor explica que, após voltar à atenção às individualidades do paciente, deve-se adaptar o modo com o qual o profissional irá expor as informações necessárias ao caso concreto, sendo que isso “não significa dar-lhes menos informação que se daria a qualquer outro paciente, senão dá-la de modo adequado”. (GOICOECHEA, 2010, p. 327, tradução nossa)¹³.

Em seguida, o autor pontua a essencialidade de haver vínculo entre o profissional de saúde e o paciente adolescente para atingir o sucesso terapêutico. Assevera, igualmente, que se trata de um elemento irrenunciável na relação médico-paciente. Pontua que a relação deve permitir que o adolescente internalize a informação transmitida; que seja construída relação de confidencialidade suficiente, para que confie informações importantes ao profissional, uma vez que a manutenção do sigilo, em muitas situações terapêuticas, é imprescindível; que seja eliminada a necessidade de o paciente mascarar dúvidas e sensações; que sejam

¹² “Os resultados da PeNSE 2015, para a Amostra 1, indicaram que 27,5% dos escolares brasileiros do 9º ano do ensino fundamental já tiveram relação sexual alguma vez. Dos escolares do sexo masculino 36,0% declararam já ter se relacionado sexualmente alguma vez, enquanto entre os do sexo feminino deste mesmo grupo o percentual foi de 19,5%. Considerando a dependência administrativa das escolas, 29,7% de alunos das escolas públicas e 15,0% das escolas privadas já tiveram relação sexual alguma vez. Na análise por Grandes Regiões, as Regiões Norte (36,1 %) e Sudeste (25,0%) tiveram o maior e menor percentuais, respectivamente. O Estado de Roraima (41,4%) e o de Alagoas (20,8%) apresentaram o maior e o menor percentual, respectivamente, para esse indicador (Tabela de Resultados 1.1.15.1). No conjunto dos Municípios das Capitais, 27,1% dos escolares declararam já ter tido relação sexual. Na PeNSE 2009 esse percentual foi de 30,5% e na PeNSE 2012, 30,8%. Este percentual é maior para os meninos (35,3%) do que para as meninas (19,3%), sendo também maior entre os alunos de escolas públicas (31,5%) do que entre os de escolas privadas (15,5%). Os Municípios das Capitais Porto Alegre (43,3%), na Região Sul e Manaus (40,5%) na Região Norte, apresentaram os maiores percentuais de escolares que declararam já ter tido relação sexual (...)” (INSTITUTO..., 2016).

¹³ No original: “(...) no significa darles menos información de la que se daría a cualquier otro paciente, sino darla del modo adecuado”. (GOICOECHEA, 2010, p. 327).

proporcionadas respostas ao adolescente de forma gradual à sua idade e às necessidades de respostas, somadas à possibilidade de autonomia. (GOICOECHEA, 2010).

Merece maior aprofundamento, nesse contexto, a relevância da confidencialidade para que o adolescente frequente às consultas, submeta-se aos cuidados necessários e questione as informações que lhes são caras. Comumente, o medo de ter seu segredo revelado aos seus pais, por exemplo, o impede de ir às consultas e, por conseguinte, de alcançar cuidados tanto para evitar a contracepção quanto para se proteger de doenças sexualmente transmissíveis.

Para Martín Espíldora, Altisent Trota e Delgado Marroquín (2010):

Considera-se *sigilo profesional*, na esfera sanitária, um dever assumido de maneira compartilhada ou derivada por todos os profissionais que participam da atenção médica. A *confidencialidade* é um direito de todo cidadão, constituindo sua salvaguarda um elemento referente à qualidade da assistência.

A *intimidade* é parte constitutiva essencial do ser pessoal do homem, algo próprio e exclusivo de cada pessoa. A confidencialidade é uma garantia necessária para a intimidade que a vida afetiva das pessoas exige. Todos necessitamos de uma esfera de intimidade para desenvolver a vida emocional. [...]

O *dever de sigilo* é inerente à relação entre o profissional de saúde e o usuário. Fundamenta-se em sólidos argumentos [e] vem reconhecido em todos os códigos deontológicos das profissões sanitárias [...]. (MARTÍN ESPÍLDORA; ALTISENT TROTA; DELGADO MARROQUÍN, 2010, p. 341, grifo do autor, tradução nossa).¹⁴

Pois bem. O sigilo profissional ou confidencialidade são essenciais para garantir o direito à intimidade e à privacidade do paciente – os quais são direitos fundamentais, conforme artigo 5º, inciso X da Constituição Federal (BRASIL, 1988).¹⁵ Faz-se *mister* suscitar, ademais, o fato de se enquadrarem como direitos da personalidade, como corroborado pelo Código Civil. Com efeito, no Capítulo II, intitulado “Dos Direitos da Personalidade”, há salvaguarda pormenorizada dos direitos da personalidade concernentes à intimidade e à privacidade. (BRASIL, 2002).¹⁶

¹⁴ No original: “Se considera el *secreto profesional* en la esfera sanitaria como un deber, asumido de manera compartida o derivada, por todos los profesionales que participan en la atención médica. La *confidencialidad* es un derecho de todo ciudadano, constituyendo su salvaguarda un elemento más de la calidad de la asistencia.

La *intimidad* es parte constitutiva esencial del ser personal del hombre, algo propio y exclusivo de cada persona. La confidencialidad es una garantía necesaria para la intimidad que exige la vida afectiva de las personas. Todos necesitamos una esfera de intimidad para desarrollar la vida emocional. [...]

El *deber de secreto* es inherente a la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Se fundamenta en sólidos argumentos éticos, viene recogido en todos los códigos deontológicos de las profesiones sanitarias [...]”. (MARTÍN ESPÍLDORA; ALTISENT TROTA; DELGADO MARROQUÍN, 2010, p. 341).

¹⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988).

¹⁶ “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. (BRASIL, 2002).

Doneda (2013) leciona que a dignidade da pessoa humana e a cidadania, enquanto fundamentos da República (vide artigo 1º, incisos II e III da Constituição Federal), somados às garantias de igualdade (material e formal, respectivamente previstas nos artigos 3º, III e 5º da Constituição Federal), dirigem o intérprete e o legislador ordinário a uma cláusula geral da personalidade.

Nas palavras do autor, a título de complementação: “Tal cláusula geral representa o ponto de referência para todas as situações nas quais algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em jogo, estabelecendo como decisão a prioridade a ser dada à pessoa humana”. (DONEDA, 2013, p. 61). Como é o caso em questão, que concerne ao direito à saúde, o qual, por vezes, precisa da salvaguarda da intimidade e da privacidade para ser genuinamente garantido.

Nessa senda, faz-se necessário destacar consideração apresentada por Beauchamp e Childress (2013), quando da reflexão acerca da justificação das obrigações de confidencialidade, abordando os argumentos consequencialistas. Nesse sentido, explicam que:

Se os pacientes não pudessem confiar em seus médicos para guardar segredo a respeito de algumas informações, ficariam relutantes em revelar informações completas e francas ou em autorizar que os médicos os examinassem ou que realizassem uma bateria de exames completa. Sem essas informações, os médicos não seriam capazes de fazer diagnósticos e prognósticos acurados ou de recomendar a melhor linha de tratamento. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 457).

Os autores abordam, todavia, que há divergências entre os consequencialistas, sobretudo quanto à “[...] abrangência e o peso de tal regra” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 458) e concluem que:

[...] há bases para uma justificação consequencialista das regras de confidencialidade não absolutas. Ao mesmo tempo, um consequencialista não irá negligenciar o fato de que, quando a confidencialidade médica é rompida, os direitos do paciente são violados caso tenha sido feita uma promessa de confidencialidade e o relacionamento tenha sido construído com base na confiança e no objetivo comum da terapia. O paciente, quase sempre, se sentirá profundamente desapontado e traído, e talvez sofra algum dano. Estas consequências negativas para os pacientes só podem ser justificadas diante de ameaças de importância considerável contra outras pessoas, o interesse público ou o próprio paciente. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 459).

A esse respeito, é forçoso dizer que não pode ser considerado dano grave a terceiros eventuais sofrimentos que os pais venham a sentir ao conhecerem a situação de seus filhos. (MARTÍN ESPÍLDORA; ALTISENT TROTA; DELGADO MARROQUÍN, 2010).

É nesse sentido que Cohen (2008) afirma que “o segredo é o que torna confiável a relação profissional” e, ainda, que “será essa confidencialidade que irá assegurar ao paciente mostrar toda a sua intimidade, sem que isso se torne público”. (COHEN, 2008, p. 193).

Ainda no sentido de proteção ao adolescente, Urban (2003) pontua que, para que a atuação de saúde seja “técnica e eticamente adequada” (URBAN, 2003, p. 396), faz-se necessário reconhecer o equilíbrio de vários objetivos, quais sejam:

(a) permitir o desenvolvimento da autodeterminação do paciente adolescente; (b) avaliar de modo objetivamente sua competência para tomar decisões; (c) evitar uma excessiva interferência dos pais, reconhecendo, entretanto, os valores e os projetos de vida que têm para seus filhos; (d) servir aos melhores interesses dos adolescentes. (URBAN, 2003, p. 396).

Ao abordar o item “c”, o autor pontua que:

O papel parental implica, necessariamente, em deveres para com sua prole. É esperado dos pais, entre outras coisas, que atuem como orientadores, provedores, supervisores e protetores dos filhos. Em nome dessas obrigações, muitos pais alegam um *direito de saber* sobre a saúde e problemas dos filhos. A assistência confidencial ao adolescente não pressupõe a exclusão dos pais, apenas evita sua interferência desproporcionada. A presença dos pais deve ser estimulada, porque a família constitui o núcleo de apoio para garantir a execução dos cuidados que um doente necessita. [...]. É fundamental, no entanto, que a inserção parental seja feita com o consentimento do adolescente. O médico, naqueles casos em que o suporte familiar for considerado indispensável, deve auxiliar o paciente a reconhecer este fato, através de um processo de esclarecimento e convencimento, sem o uso de sua autoridade profissional como fator de coerção. (URBAN, 2003, p. 397, grifo do autor).

Importante transcrever, ademais, o apontamento do autor quando abordou o item “d”.

Com efeito:

A relação médico-adolescente atinge plenamente suas finalidades, incluindo seu importante e desejável aspecto confidencial, quando a interação clínica elucida os valores e as coisas que o paciente realmente deseja para si, ajudando-o a selecionar as alternativas disponíveis que realizam este projeto de vida e, conseqüentemente, os seus melhores interesses. (URBAN, 2003, p. 398).

No mesmo sentido, “Se o médico considera que o adolescente é maduro, deve respeitar sua vontade e, em princípio, para revelar os dados de sua saúde, deverá contar com seu consentimento expresso e prévio, inclusive quando se tratar de revelar os dados aos próprios representantes do adolescente”. (LÁZARO GONZÁLEZ; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, 2010, p. 353, tradução nossa)¹⁷.

A legislação brasileira é consonante ao raciocínio doutrinário acima exposto. A Constituição Federal resguarda, como direito fundamental, a “[...] inviolabilidade [d]a

¹⁷ No original: “Si el médico considera que el menor es maduro, debe respetar la voluntad del menor y, en principio, para revelar los datos de salud del menor maduro deberá contar con su consentimiento expreso y previo, incluso cuando se trate de revelar los datos a los propios representantes del menor”. (LÁZARO GONZÁLEZ; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, 2010, p. 353).

intimidade, [d]a vida privada, [d]a honra e imagem das pessoas [...]”. (BRASIL, 1988).¹⁸ Além disso, conforme mencionado oportunamente, o Código Civil trata como direito da personalidade o direito à intimidade e à privacidade (vide o suscitado artigo 21). Da mesma forma, prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 17, o direito ao respeito, que engloba a “[...] inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.” (BRASIL, 1990b).¹⁹ Por fim, menciona-se a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que também preserva o direito à intimidade e à privacidade, em seu artigo 16 (BRASIL, 1990a).²⁰

Nesse sentido, conforme documento redigido pelo Ministério da Saúde (2007b), denominado “Marco Legal: saúde, um direito dos adolescentes”, o Código de Ética Médica não adotou o critério etário, mas o de desenvolvimento intelectual, tendo em vista que a quebra do sigilo para informar aos pais ou responsáveis pode acarretar danos à saúde do adolescente e a quebra de confiança na relação com a equipe médica. Dessa feita, o Código de Ética Médica determina “[...] expressamente o respeito à opinião da criança e do adolescente, e à manutenção do sigilo profissional, desde que o assistido tenha capacidade de avaliar o problema e conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo”. (BRASIL, 2007b, p. 42).

Veja-se, a esse respeito, o artigo 74 do referido Código, o qual dispõe que é vedado ao médico: “Art. 74. 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.” (BRASIL, 2009).

Há, igualmente, previsão do Código Penal, que intitula como crime a quebra do sigilo profissional, em seu artigo 154, veja-se: “Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa

¹⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988).

¹⁹ “Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”. (BRASIL, 1990b).

²⁰ “Artigo 16. 1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação. 2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados”. (BRASIL, 1990a).

produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”. (BRASIL, 1940).

Não é ocioso pontuar que os Códigos de Ética das demais profissões de saúde, como Enfermagem²¹, Psicologia²² e Assistência Social²³, seguem a mesma linha de raciocínio, assim como as legislações processuais civil²⁴ e penal²⁵, no sentido de que nem mesmo nos processos judiciais é permitida a quebra do sigilo profissional, exceto se autorizada pelo paciente.

Nas profissões de saúde, a confidencialidade e a privacidade concernem a preceitos morais tradicionais. Os profissionais devem guardar as informações de terceiro que possuem em decorrência de sua profissão, vez que, sem eles, resta prejudicada a confiança que é imprescindível na relação entre médico e paciente e violado o princípio da autonomia, haja vista que, como as informações pertencem exclusivamente ao paciente, só ele deve decidir com quem compartilhar, exceto em casos extraordinários (VILLAS-BOAS, 2015), como a existência de risco de dano grave, por exemplo, conforme já mencionado.

Importante abordar, nessa senda, que a ruptura do sigilo “pode representar grave quebra de confiança, em que o adolescente é levado a afastar-se do profissional, deixando de recorrer a ele para tirar suas dúvidas ou omitindo-lhe dados importantes para o cuidado de sua saúde”. (VILLAS-BOAS, 2015, p. 515). É cediço, no campo da Bioética, que é fundamental a existência de confiança na relação entre médico-paciente para a adesão aos tratamentos. Nesse sentido, é possível afirmar que, quando não se respeita a confidencialidade inerente ao sigilo profissional, resta afrontado o acesso dos adolescentes ao direito à saúde.

²¹ “Art. 82 - Manter segredo sobre fato sigiloso de que tenha conhecimento em razão de sua atividade profissional, exceto casos previstos em lei, ordem judicial, ou com o consentimento escrito da pessoa envolvida ou de seu representante legal.

[...]

§ 4º - O segredo profissional referente ao menor de idade deverá ser mantido, mesmo quando a revelação seja solicitada por pais ou responsáveis, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, exceto nos casos em que possa acarretar danos ou riscos ao mesmo”. (BRASIL, 2007a).

²² “Art. 9º – É dever do psicólogo respeitar o sigilo profissional a fim de proteger, por meio da confidencialidade, a intimidade das pessoas, grupos ou organizações, a que tenha acesso no exercício profissional”. (BRASIL, 2005).

²³ “Art. 17 É vedado ao/à assistente social revelar sigilo profissional”. (BRASIL, 2012).

²⁴ “Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos:

[...]

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;” (BRASIL, 2015).

²⁵ “Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:

[...]

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;” (BRASIL, 2015).

²⁶ “Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”. (BRASIL, 1941).

O Ministério da Saúde (2007b) sustenta que o direito à saúde, enquanto direito humano fundamental, “[...] exclui qualquer outra norma que se mostre prejudicial ao bem juridicamente tutelado à saúde da pessoa humana” (BRASIL, 2007b, p. 41) e conclui que:

[...] qualquer exigência, como a obrigatoriedade da presença de um responsável para acompanhamento no serviço de saúde, que possa afastar ou impedir o exercício pleno do adolescente de seu direito fundamental à saúde e à liberdade, constitui lesão ao direito maior de uma vida saudável. (BRASIL, 2007b, p. 41).

No mesmo documento, aborda-se acerca das situações em que o adolescente não tem a devida capacidade para decidir sobre alguma intervenção de saúde e afirma que, nesses casos, primeiramente, deve-se realizar os procedimentos urgentes e, em seguida, informar ao paciente a necessidade do auxílio e acompanhamento de um responsável. (BRASIL, 2007b, p. 41).

O fato de haver resistência do adolescente quanto ao compartilhamento de informações com o responsável e ao acompanhamento deste:

[...] por si só demonstra uma desarmonia que pode e deve ser enfrentada pela equipe de saúde, preservando sempre o direito do adolescente em exercer seu direito à saúde. Dessa forma, recomenda-se que, havendo resistência fundada e receio que a comunicação ao responsável legal, implique em afastamento do usuário ou dano à sua saúde, se aceite pessoa maior e capaz indicada pelo adolescente para acompanhá-lo e auxiliar a equipe de saúde na condução do caso, aplicando-se analogicamente o princípio do art. 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente”. (BRASIL, 2007b, p. 43).²⁷

O Ministério da Saúde (2007b) recomenda, ademais, “[...] que a equipe médica busque sempre encorajar o adolescente a envolver a família no acompanhamento dos seus problemas, já que os pais ou responsáveis têm a obrigação legal de proteção e orientação de seus filhos ou tutelados”. (BRASIL, 2007b, p. 43). Quanto à excepcional quebra do sigilo, sugere-se que, sempre que possível, seja decidida conjuntamente pela equipe de saúde e o adolescente, tendo como escopo primordial o real benefício para este último. (BRASIL, 2007b, p. 43-44).

Nesse diapasão, é importante registrar que, para além dos demais riscos a que estão submetidos os jovens com vida sexual ativa, sem o devido amparo, como a contração de doenças sexualmente transmissíveis, há a gravidez precoce, que é bastante prejudicial. Com efeito:

²⁷ O citado dispositivo legal tem a seguinte redação: “Art. 142. Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual. Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual”. (BRASIL, 1990b).

Desde o final da década de 1970 a Organização Mundial da Saúde (OMS) vem classificando a gestação nesse período da vida como de alto risco. Essa noção, também endossada pelo Ministério da Saúde, é sustentada por um discurso médico que caracteriza a gravidez na adolescência como quadro de gravidade e risco, que faz com que seja definida como situação de alto risco, dada a natureza clínica, biológica e comportamental do evento e suas repercussões sobre a mãe e o concepto. Ao engravidar a adolescente poderá apresentar problemas de crescimento e desenvolvimento, distúrbios emocionais e comportamentais, educacionais e de aprendizado, além de complicações na gravidez e problemas inerentes ao parto. (SILVA; FERRARI, 2008, p. 275).

No mesmo sentido, veja-se abordagem espanhola (local onde é permitido o aborto, mas que não é ociosa a menção, tendo em vista a realidade referente a abortos clandestinos existentes no Brasil):

A gravidez na adolescência constitui um importante problema de saúde pública, não tanto por causa da mortalidade que causa ou por causa de sua incidência, mas também pela magnitude da morbidade que a acompanha. Essas gravidezes envolvem um alto custo social, econômico e muitos problemas emocionais para esses jovens e para seus filhos se eles decidirem seguir em frente. Seja qual for a opção escolhida (assumir maternidade, adoção ou aborto), terá um impacto significativo em seu futuro, tanto socioeconômico quanto afetivo. (RODRÍGUEZ JIMÉNEZ; HERNÁNDEZ DE LA CALLE; SÁNCHEZ SERRANO, 2010, p. 456, tradução nossa).²⁸

Ante o exposto, é possível afirmar a necessidade de que o direito à saúde sexual e reprodutiva seja assegurado aos adolescentes, por lhes ser garantido legalmente e pelo fato de que sua ausência tem potencialidade de resultar em severos prejuízos. Assim sendo, alguns dos aspectos mais importantes à efetividade do direito à saúde são o acesso às consultas, a confidencialidade e a participação em medida proporcional ao seu grau de maturidade nos processos decisórios.

Nesse sentido, faz-se fundamental apontar alguns mecanismos que podem ser utilizados para a aferição da capacidade para decidir do adolescente. Além disso, a abordagem aqui realizada encontra amparo na denominada Teoria do Menor Maduro, que será explanada adiante com maior detalhamento.

²⁸ No original: “El embarazo adolescente constituye un importante problema de salud pública, no tanto por la mortalidad que origina o por su incidencia, sino por la magnitud de la morbilidad que les acompaña. Esos embarazos implican un elevado coste social, económico y gran cantidad de problemas emocionales para estos jóvenes, y para sus hijos si deciden seguir adelante con él. Sea cual sea la opción escogida (asumir la maternidad, adopción o aborto), tendrá una significativa repercusión en su futuro, tanto a nivel socioeconómico como afectivo”. (RODRÍGUEZ JIMÉNEZ; HERNÁNDEZ DE LA CALLE; SÁNCHEZ SERRANO, 2010, p. 456).

4 AVALIAÇÃO DA CAPACIDADE PARA DECIDIR

A teoria do menor maduro foi originada na discussão de um caso paradigmático, qual seja, *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another*, no Reino Unido, no ano de 1985. A história, em uma narrativa bem resumida, foi a seguinte: Victoria Gillick intentou uma ação judicial por meio da qual buscava a concessão de garantia, junto à autoridade local, no sentido de que suas filhas – menores de 16 anos – não se submetessem a aconselhamento/tratamento contraceptivo sem o seu conhecimento e consentimento.

Entende-se que, sobretudo pelos argumentos apresentados por Fraser de Tullybelton – membro da Câmara dos Lordes – esse caso é o que originou a hoje conhecida Teoria do Menor Maduro. Em princípio, Fraser sustentou que a questão principal do recurso era saber se o médico podia prescrever métodos contraceptivos para uma menina de dezesseis anos de idade sem o consentimento de seus pais, sendo que, *in casu*, para o Departamento de Saúde e Segurança Social (DHSS), o médico poderia fazê-lo, enquanto, para Victoria, em contrapartida, tal conduta era ilegal. (MORAES, 2011).

Fraser suscitou que a atuação em desrespeito à confidencialidade entre médico e paciente (inclusive menor de 16 anos) poderia acarretar quebra de confiança na relação, o que, em consequência, seria prejudicial à paciente, que poderia vir a ser exposta a doenças sexualmente transmissíveis e à gravidez indesejada, entre outras consequências. (MORAES, 2011).

Sob esse entendimento, a saúde e o bem-estar da adolescente estariam acima de qualquer direito dos pais, de modo que o Estado deve impor limite aos direitos destes últimos, em benefício dos da adolescente. Na análise feita por Fraser, quanto à capacidade da adolescente, devem ser considerados aspectos cognitivos que podem levar à autonomia e à consequente capacidade para permitir e aceitar um tratamento, independentemente da vontade dos pais. Isso, segundo ele, pode ser aferido por avaliação procedida pelo médico ou outro profissional de saúde. (MORAES, 2011).

Aduziu Fraser, ademais, que, se a adolescente é capaz de entender o que é informado e de expressar sua vontade própria, não há nenhuma razão para considerar que ela não tem capacidade válida e eficaz. Ressaltou-se, outrossim, que, quando houver recusa da adolescente em informar seus pais, o médico deve ter justificativas para agir sem o consentimento deles, sendo estas no sentido de que haja garantia de que a adolescente vai entender o conselho; de que não consegue convencê-la a informar seus pais; que é muito provável que ela continuará a

manter relações sexuais, estando amparada ou não pelos métodos contraceptivos. (MORAES, 2011).

Para sintetizar:

A fundamentação feita por Lord Fraser é esclarecedora ao entendimento de que esse caso determinou a origem da teoria do menor maduro. Em sua dimensão, revela válido um consentimento de um menor quando este se refere à sua saúde e ao seu bem-estar. De modo claro, mostra os pontos que são defendidos nesta teoria para considerar o consentimento de um menor nestas circunstâncias, colocando-o em uma condição de autônomo perante médicos, pais, responsáveis e o Estado e, portanto, capaz de discernir o que deve ou não consentir, permitir, autorizar. (MORAES, 2011, p. 169).

Pois bem, é possível afirmar que tal decisão é consentânea com a abordagem aqui realizada. Primeiramente, não há que se falar em direito dos pais de sobrepor suas vontades às de seus filhos. Conforme discutido alhures, a eles é concedida a autoridade parental com a finalidade precípua de proteção das crianças e dos adolescentes. Em situação em que for vislumbrada agressão ou risco de agressão aos direitos das crianças e dos adolescentes, por excesso dos pais em seu comportamento, crucial a interferência, seja da equipe médica, da sociedade ou do Estado. A tradição que enxergava crianças e adolescentes como objetos de seus pais e responsáveis não mais tem lugar. Elas e eles são pessoas, dotadas de direitos fundamentais assim como seus pais e como quaisquer outros adultos, sendo que seus direitos merecem respeito, resguardo, promoção e proteção.

Diante dessa realidade, faz-se necessário apontar alguns mecanismos que podem ser utilizados para aferir se o adolescente tem capacidade para decidir.

Ribeiro e Berlini (2017), após análise conjunta das obras de Símon Lorda e Barrio Cantalejo (1997), bem como de Esquerda Aresté e Miguel Fernández (2010), concluíram que é essencial que o paciente adolescente:

i) compreenda o significado principal das informações oferecidas pelo médico relativas ao diagnóstico, tratamento recomendado, efeitos adversos, riscos e benefícios, alternativas terapêuticas, entre outros; ii) autorreferencie as informações recebidas sobre o seu estado de saúde; iii) manipule as informações relevantes sobre o seu estado de saúde e suas opções terapêuticas, de modo a construir uma decisão que leve em conta a sua escala de valores no balanceamento dos riscos e dos benefícios envolvidos; iv) indique com clareza a decisão sobre os cuidados de saúde a serem prestados. (RIBEIRO; BERLINI, 2017, p. 133).

No mesmo sentido, Esquerda Aresté, Pifarré Paredero e Viñas Salas (2010), afirmam que “com relação à tomada de decisões sanitárias, a capacidade cognitiva é um fator necessário, porém insuficiente. É necessária certa capacidade para poder entender a informação, valorar alternativas e consequências, e poder tomar decisões de forma razoável e

racional”. (ESQUERDA ARESTÉ; PIFARRÉ PAREDERO; VIÑAS SALAS, 2010, p. 360, tradução nossa).²⁹

Ainda, de suma importância os ensinamentos de Lázaro González e Montalvo Jääskeläinen (2010), que sustentam o seguinte:

As normas sobre o menor maduro no âmbito sanitário têm seguido a mesma direção, onde se tem introduzido uma graduação da capacidade da criança e do adolescente, que permite a eles participarem das decisões que afetem sua saúde, embora não tenham alcançado a maioridade. O menor maduro possui capacidade de juízo. Não é preciso que, para ter resguardada sua intimidade, por intermédio do segredo médico, que esteja emancipado, inclusive quanto aos seus pais ou representantes. A dificuldade fundamental se encontra na necessidade de valorar a capacidade da criança ou do adolescente, que deve lhe permitir discernir a informação clínica e terapêutica (capacidade de autonomia), é dizer, que entenda e racionalize suficientemente a decisão que vai tomar e isso exige um nível cognitivo em que apareça o pensamento abstrato e a racionalização. (LÁZARO GONZÁLEZ; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, 2010, p. 353, tradução nossa).³⁰

Em seguida, abordam sobre a atuação do médico no caso concreto, ou seja, como o médico deve agir para aferir se o adolescente reúne as condições de maturidade ou não. Afirmam que, na avaliação, deve-se levar em conta os estados afetivos que envolvem o adolescente, a repercussão que a decisão pode ter em sua saúde, a complexidade do tratamento, as características de cada ato médico, etc. Pontuam que a avaliação da maturidade deve se pautar na história clínica do paciente, atentando-se às circunstâncias concretas que levam o adolescente a optar por uma ou outra decisão. Uma ressalva que merece bastante destaque é a possibilidade de o médico recorrer ao juiz, quando a aferição da capacidade não for possível no hospital ou no Comitê de Bioética, por exemplo. (LÁZARO GONZÁLEZ; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, 2010).

Martín Espíldora, Altisent Trota e Delgado Marroquín (2010), ao abordarem acerca das situações concretas e após mencionarem a respeito da necessidade primeira, que concerne à aferição do grau de maturidade do adolescente, mencionam sobre a classe de gravidade do

²⁹ No original: “El relación a la toma de decisiones sanitarias, la capacidad cognitiva es un factor necesario, pero no suficiente. Es necesaria cierta capacidad para poder entender la información, valorar alternativas y consecuencias, y poder tomar decisiones de forma razonada y razonable”. (ESQUERDA ARESTÉ; PIFARRÉ PAREDERO; VIÑAS SALAS, 2010, p. 360)

³⁰ No original: “La misma dirección han seguido las normas sobre el menor maduro en el ámbito sanitario, donde se ha introducido una graduación de la capacidad del menor que permite a los menores participar en las decisiones que afectan a su salud aunque no hayan alcanzado la mayoría de edad. El menor maduro posee capacidad de juicio. No es preciso, para disponer de los límites de su intimidad con respecto al secreto médico, incluso frente a sus padres o representantes, que se encuentre emancipado. La dificultad fundamental se encuentra en la necesidad de valorar la capacidad del menor, que debe permitirle discernir la información clínica y terapéutica (capacidad de autonomía), es decir, que entienda y razone suficientemente la decisión que va a tomar y esto exige un nivel cognoscitivo en el que aparezca el pensamiento abstracto y el razonamiento”. (LÁZARO GONZÁLEZ; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, 2010, p. 353).

problema sanitário. As relações sexuais e a solicitação de métodos contraceptivos são por eles elencadas como situações duvidosas. (MARTÍN ESPÍLDORA; ALTISENT TROTA; DELGADO MARROQUÍN, 2010, p. 346-347). Sobre as relações sexuais, sustentam que:

[...] uma vez iniciadas, deve o profissional de saúde auxiliar os adolescentes, aconselhando-os a evitar práticas de risco, que são frequentes entre eles, mesmo que tenham recebido informações a esse respeito. Precisamente por esta razão, deve o profissional de saúde ser vigilante para detectar possíveis doenças sexualmente transmissíveis (DST), gravidez ou mudanças de humor. Se for um adolescente com maturidade suficiente para a sua idade, não haveria razão para quebrar a confidencialidade, mas, em certos casos, tais como: casal adulto (com diferença de idade, por exemplo, cerca de 10 anos), risco (conhecido) de DST, promiscuidade, adolescentes muito jovens (12 ou 13 anos), a confidencialidade pode vir a ser excepcionada. Nesses casos, se o adolescente se recusar a comunicá-lo aos pais, devemos considerar a quebra da confidencialidade, frente à existência de um alto risco de danos para o paciente. (MARTÍN ESPÍLDORA; ALTISENT TROTA; DELGADO MARROQUÍN, 2010, p. 347-348, tradução nossa).³¹

A respeito da solicitação de métodos contraceptivos, afirmam que, “se o profissional de saúde considera a adolescente suficientemente autônoma, geralmente, prescreve ou administra o método contraceptivo mediante prévia realização de procedimento de consentimento informado e registro da história clínica”. (MARTÍN ESPÍLDORA; ALTISENT TROTA; DELGADO MARROQUÍN, 2010, p. 348, tradução nossa).³² Nos casos em que não a consideram capaz para decidir, novamente, pode ser necessário relativizar a confidencialidade em prol de sua proteção.

Sendo assim, quando restar verificado que o adolescente não tem capacidade para decidir, por lhe faltar um ou alguns dos elementos acima mencionados, o profissional de saúde deve verificar para quem quebrar a confidencialidade. Em princípio, pensa-se nos pais, todavia, ocorre que, em alguns casos, quebrar a confidencialidade revelando informações aos pais do adolescente pode ser prejudicial a ele. Por isso, suscita-se, desde o princípio, a importância de o profissional de saúde se atentar à individualidade de cada paciente, o que

³¹ No original: “[...] una vez que se han iniciado, el profesional sanitario puede ayudar aconsejando que se eviten las prácticas de riesgo, frecuentes entre los adolescentes aunque hayan recibido información en este sentido. Precisamente por este motivo conviene estar vigilante para detectar posibles enfermedades de transmisión sexual (ETS), embarazo o cambios en el estado de animo. Si se trata de una adolescente con suficiente madurez para su edad no habría por qué romper la confidencialidad, pero si habría que plantearse en ciertos casos, como: pareja adulta (con diferencia de edad, por ejemplo, alrededor de 10 años), pareja con riesgo (conocido) de ETS, promiscuidad, adolescentes muy jóvenes (12 ó 13 años). En estos casos, si la menor se niega a comunicárselo a sus padres hay que plantearse romper la confidencialidad por existir alto riesgo de daño para la paciente.” (MARTÍN ESPÍLDORA; ALTISENT TROTA; DELGADO MARROQUÍN, 2010, p. 347-348).

³² No original: “Si el profesional sanitario al que acude la adolescente la considera suficientemente autónoma, habitualmente se la prescribe o administra previa realización del proceso de consentimiento informado y registro de la historia clínica”. (ESPÍLDORA, TROTA e MARROQUÍN, 2010, p. 348).³²

inclui seu entorno familiar. (MARTÍN ESPÍLDORA; ALTISENT TROTA; DELGADO MARROQUÍN, 2010).

Nesse sentido:

Em princípio, considera-se que todos os pais são responsáveis por seus filhos e têm um verdadeiro interesse por eles. No entanto, na prática, há situações em que isso não acontece e outras em que é difícil provar. Algumas famílias estão tão desestruturadas que não é fácil recorrer aos pais para cuidar de seus filhos. Outras vezes, os pais sofrem graves transtornos psiquiátricos (mal controlados) ou problemas sociais tão graves que dificultam o apoio aos adolescentes. Seria desejável conhecer o núcleo familiar do adolescente quando a confidencialidade for quebrada, mas nem sempre é possível. Em certos casos, como os indicados, pode ser aconselhável recorrer a outros membros da família e não aos pais, além de recorrer a serviços sociais. (MARTÍN ESPÍLDORA; ALTISENT TROTA; DELGADO MARROQUÍN, 2010, p. 348-349).³³

Conclui-se, portanto, que, segundo Lázaro González e Montalvo Jääskeläinen (2010), é possível a manutenção da confidencialidade mesmo em casos em que não seja vislumbrada a capacidade para decidir. Em casos tais, afirmam que é possível recorrer à Justiça, para que, de fato, seja alcançada a decisão que atenda ao melhor interesse do adolescente. (LÁZARO GONZÁLEZ; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, 2010).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se, em princípio, que os últimos anos foram marcados por consideráveis avanços no reconhecimento de direitos de crianças e adolescentes. Em menção a alguns deles, temos a consagração da Doutrina da Proteção Integral, que fora fortalecida pela promulgação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança; pela normativa norteadada pela dignidade da pessoa humana que caracteriza a Constituição Federal de 1988; e pela legislação especial, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que veio para tratar de forma mais especializada os direitos e os deveres das crianças e dos adolescentes.

³³ No original: “En principio se considera que todos los padres son responsables de sus hijos y tienen verdadero interés por ellos; sin embargo, en la práctica se presentan situaciones en las que esto no sucede, y otras en la que es difícil comprobarlo. Algunas familias están tan desestructuradas que no es fácil contar con los padres para que se hagan cargo de sus hijos. Otras veces los progenitores tienen trastornos psiquiátricos severos (mal controlados) o problemas sociales tan graves que les dificultan notablemente apoyar a los menores. Sería deseable conocer el núcleo familiar del adolescente cuando se rompe la confidencialidad, pero esto no siempre es posible. En ciertos casos como los señalados puede ser conveniente recurrir a otros miembros de la familia antes que a los padres, además de apoyarse en los servicios sociales”. (MARTÍN ESPÍLDORA; ALTISENT TROTA; DELGADO MARROQUÍN, 2010, p. 348-349).

Este cenário proporcionou uma série de mudanças no Direito Civil. Os reflexos que mais têm relevância no nosso estudo se referem ao Direito de Família. Com efeito, o instituto da autoridade parental (antes conhecido como pátrio poder) passou por significativas mudanças. Trata-se, hodiernamente, muito mais de um dever do que de um poder. Visa à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos filhos. Ou seja, só é um direito na medida de facilitar o cumprimento do dever, que se resume na proteção integral da criança e do adolescente e na efetivação de seus melhores interesses.

Sendo assim, não há dúvidas de que os direitos das crianças e dos adolescentes se encontram devidamente consagrados e que, para além de todos os direitos que os adultos possuem, são as crianças e os adolescentes dotados de um rol qualitativamente diverso de direitos, como o reconhecimento de sua autonomia progressiva e o dela decorrente direito de participação em tudo que lhes diga respeito. Tal diferenciação qualitativa se justifica pela igualdade substancial, frente à situação de paulatino desenvolvimento que os singulariza.

Dessa forma, cabe aos pais, enquanto titulares da autoridade parental, propiciarem a proteção necessária e suficiente aos seus filhos e, ao mesmo tempo, respeitá-los como pessoas individuais e únicas, auxiliando-os na construção e consolidação de sua identidade, na proteção de seus direitos, como a promoção de sua autonomia e a sua participação. No atual cenário, as crianças e os adolescentes são os protagonistas de suas vidas e não há que se falar em submissão às vontades externas quando estas não representarem, efetivamente, o seu melhor interesse.

Nesse aspecto, inclusive, é importante ressaltar que direitos fundamentais não podem ser exercidos por representação, isto é, não admitem heteronomia. Somente os próprios titulares do direito podem exercê-los, pelo caráter personalíssimo que possuem.

Em específico no âmbito da saúde sexual e reprodutiva, quando os adolescentes possuírem capacidade para decidir, é perfeitamente possível que exerçam diretamente seus direitos, como o acesso à consulta, ao sigilo profissional e à participação nas decisões de métodos contraceptivos, por exemplo, por intermédio do consentimento informado. Nota-se que o exercício direto de tais direitos é excetuado somente quando houver risco grave ou quando for verificado, com evidência, que o sigilo contraria o melhor interesse do adolescente.

Dessa feita, não falta qualquer aparato normativo. Apesar de o Código Civil considerar como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos (artigo 3º), entende-se que as interpretações desta legislação devem ser feitas tendo por fundamento a Convenção

Internacional sobre os Direitos da Criança. Nesse sentido, compartilha-se do seguinte entendimento:

Inobstante a acalorada discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a índole das normas jurídicas decorrentes de tratados de direitos humanos – supralegal ou constitucional, parece-nos que a Convenção sobre os Direitos da Criança deve conformar as disposições do Código Civil, especialmente no que diz respeito à delimitação do sentido da incapacidade de agir em razão da menoridade e da função e do alcance do poder familiar. (RIBEIRO; BERLINI, 2017, p. 129).

Sendo assim, defende-se que, tanto no âmbito jurídico quanto no âmbito dos Códigos deontológicos das profissões da saúde, tudo o que fora defendido nesta pesquisa encontra amparo suficiente.

Desse modo, faz-se *mister* que sejam aplicados em maior medida os mecanismos de aferição da capacidade para decidir - apesar de se considerar a inexistência de um método ou mecanismo fechado - para que, de forma mais abrangente, seja conferido aos adolescentes o exercício direto de seus direitos, quando tiverem condição e entendimento para tanto.

Importante apontar que se constatou, ademais, que a responsabilidade de aferição da capacidade para decidir não se restringe ao médico, podendo – e devendo –, em vários casos, ser compartilhada com Comitês de Bioética, Juízes e auxiliares da Justiça e, sempre que possível, com os pais e familiares.

REFERÊNCIAS

ANTONA RODRÍGUEZ, A.; ANDRÉS DOMINGO, M. A. Salud sexual y reproductiva en las adolescentes: prevención, conducta y corresponsabilidad. In: LÓPEZ, M. de los R.; JACOB, M. S. (Ed.) **Bioética y pediatría: proyectos de vida plena**. Madrid: Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla, 2010, p. 435-441.

ASENSIO SANCHEZ, M. A. **La patria potestad y la libertad de concinencia del menor**. Madrid: Tecnos, 2006.

BEAUCHAMP T. L; CHILDRESS, J. F. **Princípios de ética biomédica**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

BRASIL. **Código de ética do/a assistente social**. Lei 8.662/93 de regulamentação da profissão. 10. ed., rev. e atual. Brasília: Conselho Federal de Serviço Social, 2012. Disponível: <http://www.cfess.org.br/arquivos/CEP_CFESS-SITE.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. Conselho Federal de Enfermagem. Resolução Cofen nº 311, de 8 de fevereiro de 2007a. **Aprova a Reformulação do Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem**. SCLN. Brasília, DF. Disponível: <http://novo.portalcofen.gov.br/wp-content/uploads/2012/03/resolucao_311_anexo.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. **Aprova o Código de Ética Médica.** Setor de Grandes Áreas Sul. Brasília, DF. Disponível: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. Conselho Federal de Psicologia. Resolução CFP nº 010/05. **Aprova o Código de Ética Profissional do Psicólogo.** Setor de Administração Federal Sul. Brasília, DF. Disponível: <<https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo-de-etica-psicologia.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Planalto. Brasília, DF. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 nov. 2017.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. Decreto nº 99.710, 21 de novembro de 1990a. **Promulga a convenção sobre direitos da criança.** Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990b. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Marco legal: saúde, um direito de adolescentes.** Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007b. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/07_0400_M.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

COHEN, C. Confidencialidade: questões éticas relativas ao segredo profissional. In: SEGRE, M.; COHEN, C. (Org.) **Bioética.** 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008, p. 193-201.

DONEDA, D. Os direitos de personalidade no código civil [arts. 11-21]. In: TEPEDINO, G. (Coord.) **O código civil na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 51-74.

ESQUERDA ARESTÉ, M.; PIFARRÉ PAREDERO, J.; VIÑAS SALAS, J. El menor maduro: madurez cognitiva, psicosocial y autonomía moral. In: LÓPEZ, M. de los R.; JACOB, M. S. (Ed.) **Bioética y pediatría: proyectos de vida plena.** Madrid: Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla, 2010, p. 359-365.

- GALLO, J. H. da S.; FERRARI, D. P. Chá de bebê: a celebração da incerteza – gravidez na adolescência. **Revista Bioética**, Brasília, v. 16, n. 2, p. 273-286, 2008. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/73/76>. Acesso em: 08 nov. 2017.
- GOICOECHEA, P. H. Necesidades afectivas de los niños, niñas y adolescentes en la atención sanitaria. In: LÓPEZ, M. de los R.; JACOB, M. S. (Ed.) **Bioética y pediatría: proyectos de vida plena**. Madrid: Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla, 2010, p. 325-329.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Coordenação de população e indicadores sociais. **Pesquisa nacional de saúde do escolar: 2015**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv97870.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.
- LANSDOWN, G. **La evolución de las facultades del niño**. Florencia, ITA, 2005. Disponível em: <<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2017.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. E.; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN. El acceso de los padres a la historia clínica del menor. In: LÓPEZ, M. de los R.; JACOB, M. S. (Ed.) **Bioética y pediatría: proyectos de vida plena**. Madrid: Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla, 2010, p. 351-358.
- LORDA, P. S.; CANTALEJO, I. M. B. Estadios y evolución de la conciencia moral para tomar decisiones sobre la propia salud: de la Bioética al Bioderecho. In: LÓPEZ, M. de los R.; JACOB, M. S. (Ed.) **Bioética y pediatría: proyectos de vida plena**. Madrid: Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla, 2010, p. 39-47.
- MARTÍN ESPÍLDORA, M. N.; ALTISENT TROTA, R. DELGADO MARROQUÍN, M. T. La intimidad, la confidencialidad y el secreto médico en la relación clínica con adolescentes. In: LÓPEZ, M. de los R.; JACOB, M. S. (Ed.) **Bioética y pediatría: proyectos de vida plena**. Madrid: Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla, 2010, p. 341-349.
- MORAES, R. S. de. **A teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação brasileira**. 2011. 231p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10774/1/RMoraes%20seg.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2017.
- MORAL FERRER, A. J. Del El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño. **Cuestiones Jurídicas**, Maracaibo, v. 1, n. 2, p. 73-99, jul./dic. 2007. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127519340005>>. Acesso em: 20 out. 2017.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946)**. Nova Iorque, EUA. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 03 jan. 2018.
- ORISINI, A. G. de S.; SOUZA, C. A. de.; SILVA, L. J. R. da. As nuances da autonomia progressiva de crianças e adolescentes em contextos jurídicos e institucionais: breves discussões. In: VIEIRA, M. de M.; BARCELOS, P. T. R. **Direito da criança e do**

adolescente: estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 79- 112.

REINO UNIDO. Câmara dos Lordes. **Recurso de Apelação.** Recorrente: Departamento de Saúde e Segurança Social. Recorrida: Victoria Gillick. Relator: Lord Fraser de Tullybelton. Reino Unido, 17 de outubro de 1985. Disponível em: <http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

RIBEIRO, G. P. L.; BERLINI, L. F. A participação da criança nos processos decisórios relativos aos cuidados de saúde: entre o código civil e a convenção sobre os direitos da criança. VIEIRA, M. de M.; BARCELOS, P. T. R. **Direito da criança e do adolescente:** estabelecendo pontes entre o direito privado e o direito infantojuvenil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 113-136.

RODRIGUES, R. G. A pessoa e o ser humano no código civil [arts. 1º-10]. In: TEPEDINO, G. (Coord.) **O código civil na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 19-50.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, M. J.; HÉRNANDEZ DE LA CALLE, I.; SÁNCHEZ SERRANO, M. Anticoncepción en la adolescente: métodos, opciones, utilización y fracaso. In: LÓPEZ, M. de los R.; JACOB, M. S. (Ed.) **Bioética y pediatría:** proyectos de vida plena. Madrid: Sociedad de Pediatría de Madrid y Castilla, 2010, p. 453-459.

SÃO PAULO (Estado). **Pesquisa da USP revela que o jovem inicia cedo a vida sexual.** São Paulo, jul. 2007. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/ultimas-noticias/pesquisa-da-usp-revela-que-o-jovem-inicia-cedo-a-vida-sexual/>>. Acesso em: 07 dez. 2017

SÊCO, T. F. T. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. **Civilística.com**, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, p. 1-26, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/por-uma-nova-hermeneutica-do-direito-da-crianca-e-do-adolescente/>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

TEIXEIRA, A. C. B. **Família, guarda e autoridade parental.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

URBAN, C. A. **Bioética clínica.** Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter, 2003.

VILLAS-BOAS, M. E. O direito-dever de sigilo na proteção ao paciente. **Revista Bioética** (Impr.), Brasília, v. 23, n. 3, p. 513-523, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0513.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2017.