

33° Reunião Clínica de Aids Pediátrica da
Coordenadoria Estadual de IST/Aids - São Paulo

Prep para adolescente

Aspectos jurídicos do atendimento do adolescente

Flávio Américo Frasseto
frasseto.f@gmail.com

Fev. 2023

Questões jurídicas relacionadas

A- aspectos ligados ao atendimento em Saúde.

1. Atendimento sem a presença dos pais. Os pais ou responsável têm **necessariamente** de consentir previamente com o atendimento/tratamento? NÃO
2. Se não, os pais têm de ser **necessariamente** comunicados sobre o atendimento e o tratamento? NÃO

B- aspectos ligados a uma possível situação de risco relacionada ao atendimento em Saúde

3. Se o profissional que faz o atendimento constatar que o adolescente atendido mantém vida sexual ativa
 - 3.a Os pais devem ser **necessariamente** comunicados? NÃO
 - 3.b Os órgãos de proteção devem ser **necessariamente** comunicados? NÃO

POSIÇÃO PESSOAL

a notificação aos pais ou aos órgãos de proteção não é obrigatória em todos esses casos, mas pode ou até deve ser feita em certas situações e sob determinadas condições.

FUNDAMENTO GERAL

Os profissionais devem agir e decidir baseados numa única e principal orientação básica: qual conduta (atender, tratar, pedir presença dos pais, notificar os pais, notificar a rede de proteção) melhor beneficia o adolescente?

REGRA DE OURO: A preservação da vida, saúde e bem estar do paciente o valor básico que deve orientar o profissional de saúde.

Fundamento geral

- Adolescentes, tanto quanto adultos, têm direito ao sigilo (confidencialidade) e ao exercício da autonomia decisória em suas relações com profissionais de saúde. Tem direito também à privacidade, preservação da intimidade e liberdade de consciência. VER FUNDAMENTOS
- Mas adolescentes também são, pela lei, destinatários de proteção integral de seus direitos, globalmente considerados, por parte do estado, família e sociedade (art. 227 da CF).

Fundamento geral

- Há situações em que a quebra de sigilo é essencial para beneficiar o paciente. E uma radical preservação da confidencialidade opera contra a preservação da vida, saúde e bem estar dele. E aí, tentando reduzir ao máximo os danos, vamos quebra-la.
- Há situações em que a quebra de sigilo é, pelo contrário, prejudicial à preservação da vida, saúde e bem estar do adolescente. E aí não deve se quebrada. Por exemplo em casos de gravidez, prevenção de gravidez, DST, questões de saúde mental, vitimização, etc. E aí visando preservar o dano maior, vamos manter a confidencialidade.

Fundamento geral

Na tomada de decisão, o profissional **não deve se orientar por algumas premissas** que sustento serem **equivocadas** e que, se observadas de maneira inflexível, podem prejudicar a aplicação da regra de ouro da DECISÃO ORIENTADA PELO QUE FOR MELHOR PARA A PRESERVAÇÃO DA VIDA, SAÚDE E BEM-ESTAR DO PACIENTES. Entre elas:

- a) Pessoas até os 18 anos não podem tomar decisões por si só, porque são consideradas incapazes pelo Código Civil (VER FUNDAMENTAÇÃO)
- b) Os pais detém o poder familiar o que lhes dá o direito de plena ingerência na intimidade e privacidade dos filhos, dando a última palavra em todas as decisões que os afetem (VER FUNDAMENTAÇÃO).
- c) Os órgãos de proteção da criança e do adolescente (Conselho Tutelar, Ministério Público, Justiça, Polícia, etc) devem conhecer e agir **sempre** que houver notícia de vitimização (ameaça ou violação de direitos).VER FUNDAMENTAÇÃO

Aspectos a serem considerados na tomada de decisão do profissional de saúde

- a) Gravidade da condição de saúde do adolescentes.
- b) Grau de importância/dependência do tratamento para preservação da vida e saúde.
- c) Grau de risco para o paciente em decorrência do tratamento.
- d) Reversibilidade ou não dos efeitos do atendimento/tratamento no adolescente
- e) Grau de autonomia do adolescente para conduzir por si só tratamento.
- f) Presença de competências/habilidades decisórias (maturidade) do adolescente.
- g) Qualidade das relações do adolescente com seus pais ou responsável.
- h) Quais prejuízos podem advir da comunicação aos pais (perda do vínculo com o serviço, reação inadequada contra o adolescente).
- i) Quais vantagens podem advir da comunicação aos pais (tem eles repertório para e condições de agir de forma a reforçar a proteção?

Alguns fundamentos jurídicos

- A incapacidade legal, absoluta (0-16) ou relativa (16-18), se aplica a questões de natureza negocial e patrimonial. não se aplica a situações de natureza existencial ou que envolva direitos de personalidade (interpretação)
- Adolescentes não são incapazes, são dotados de autonomia progressiva. Devem ser educados de forma irem eles próprios gradativamente assumindo a titularidade e responsabilidade por suas decisões E tão mais cedo se tornam autônomos na defesa de seus próprios direitos quanto mais desenvolvidas tiverem sua capacidade para tomada de decisões consequentes (art. 5º da CDC e interpretação).

Alguns fundamentos jurídicos

- Na aferição da maturidade, é possível trabalhar por presunções, marco antes dos 12 anos (criança) , presume imaturidade até prova em contrários; acima dos 12 (adolescente) presume-se maturidade salvo prova em contrário. (interpretação sistemática do ordenamento jurídico).
- Pais não são donos dos filhos. O poder familiar, ou autoridade que os pais exercem sobre os filhos até os 18 Não é ilimitado. Direito dos pais sobre os filhos acaba onde começam os filhos e filhos são sujeitos de direito. Poder dos pais sobre os filhos só se legitima se exercido em favor dos filhos (doutrina, interpretação sistemática do ordenamento)

Alguns fundamentos jurídicos

Procurar por si refúgio e orientação, ser atendido sozinho, direito à privacidade, intimidade tem previsão no ECA.

Adolescente tem direito à confidencialidade (código de ética médica). A confidencialidade é algo estruturante dos serviços de saúde, pois se não é garantido, afasta o sujeito da busca pela preservação da vida, saúde e bem-estar.

Alguns fundamentos jurídicos

Nem toda situação de risco deve ser notificada, especialmente se apurada num contexto de confidencialidade. Perguntas: há mesmo vitimização? Ela é grave? Ela é iminente? É atual? Não há possibilidade de cessação por uma iniciativa de autoproteção?

Contatos sexuais, ainda que consentido, com adolescentes não é sempre crime?

NEM SEMPRE. E MESMO QUANDO É CRIME, NEM SEMPRE A NOTIFICAÇÃO É COMPULSÓRIA

1. Adolescente também é gente e gente é titular de direitos. Inclusive direitos sexuais e reprodutivos.
2. A lei vigente de certa forma nega o exercício desses direitos à pessoa menor de 14 anos na medida em que prevê como crime de estupro de vulnerável contato sexual de qualquer natureza com pessoa menor de 14 anos. Para a lei é indiferente se há consentimento ou não. Se há ou não violência ou ameaça. Consentimento/violência ou ameaça não faz parte da descrição do crime.
3. Veja como o crime está descrito (tipificado) na lei: Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Contatos sexuais, ainda que consentido, com adolescentes não é sempre crime?

4. cartilha do MS - o crime não incidiria quando a vítima consente. Entendimento hoje pouco sustentável. Súmula 593 do **STJ** – "*O crime de **estupro de vulnerável** se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual **consentimento** da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente*
5. A lei parece irracional, ingênuo, fora da realidade, infantilizadora, radical, paternalista – mas assim o é em nome de um propósito maior muito relevante, que é a prevenção geral da exploração sexual e do abuso sexual de crianças e adolescentes cujos autores **SEMPRE SE MANTIVERAM NUMA ZONA DE IMPUNIDADE APROVEITANDO-SE DAS BRECHAS DO CONSENTIMENTO, DO RELACIONAMENTO AMOROSO, DA EXPERIÊNCIA SEXUAL PRETÉRITA** para “legalizar” a conduta.
6. **VOLTANDO AO TEMA**, então, se o profissional de saúde detecta que o adolescente **MENOR DE 14** que busca a tratamento profilático tem vida sexual ativa ele está tomando conhecimento de um crime e, diante disso, não teria obrigação de denunciar à autoridades.
7. Não há regra que obriga a denúncia pelo profissional de saúde – às autoridades – qualquer situação de crime cometido contra a criança ou adolescente

Notificação à rede de proteção (CT)

Art. 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

A comunicação ao CT não obrigatória para qualquer crime que vitimize crianças, é de situações que envolvam algum tipo de violência grave.

Também não há regra que obrigue a comunicação de toda e qualquer situação de ameaça e violação de direito ao CT

CONCLUINDO

- Em suma, a notificação obrigatória à autoridades é de violência e se o contato é consentido, e não há violência, ainda que caracterize crime, não há necessidade de notificação ao Conselho. NÃO
- Exemplo a adolescente de 13 anos que chega com o marido para pré-natal, grávida, cuidada acolhida, feliz. O profissional de saúde tem de comunicar ao conselho?
- Mesmo ao Sinan, Sistema de Informação de Agravos de Notificação - a notificação do caso de vitimização por estupro de vulnerável com consentimento maduro da vítima – seria compulsória em face da ausência de violência.
- Lembrar que, em último caso, resta a possibilidade da denuncia anônima (disk 100): preserva a relação do paciente com o serviço, preserva o profissional contra ameaças ou represálias,

Adendo

Sobre a segurança jurídica para trabalhar

Há como trabalhar com absoluta segurança jurídica?

Responder se a lei permite ou não permite alguma é algo especialmente difícil.

- a) Muitas leis não suficientemente claras e muitas vezes colidem com outras leis, gerando insegurança. Constituição, tratados internacionais, leis federais, orientações dos conselhos de classe, orientações do ministério/secretarias de saúde. Orientação do gestor da unidade. Orientação do profissional responsável pelo caso.
- b) Existe uma hierarquia entre as normas: algumas valem mais do que as outras
- c) Leis mudam com muita frequência. Não há tempo para que consensos sobre sua interpretação se formem de maneira segura.
- d) A lei e suas regras, mesmo quando claras, podem ser relativizadas por meio de interpretações baseadas em princípios mais gerais de hierarquia superior (Constituição Federal).
- e) Mesmo quando há algum consenso, há sempre a possibilidade de a autoridade responsável pela aplicação da lei num caso concreto adotar uma compreensão divergente.
- f) Essa autoridade pode ser trocada e vir outra que tenha entendimento diverso.

Mas

- Isso não quer dizer que atuemos em clima absoluta insegurança jurídica.
- Em situações dilemáticas e complexas é sempre importante o respaldo institucional para a conduta de seus profissionais.
- Os gestores não podem se eximir de suas responsabilidades e tem de adotar procedimentos claros para orientação a atuação dos profissionais de ponta.
- De qualquer forma sempre alguma margem de incerteza haverá na operação de se aplicar uma geral geral e abstrada a uma situação específica e concreta.
- Os profissionais da área da Saúde tem o direito de contar com uma assessoria jurídica para orientá-los em situações concretas e apoia-los em eventuais embates com as “autoridades”.

Logo

Em ultima instância, em situações complexas, é o profissional e sua equipe que terão de avaliar a conduta a ser adotada.

Não podemos trazer respostas fechadas que sirvam para todas as situações. Em grande parte das vezes as decisões devem ser tomadas com base em princípios. Mas, eis o ponto fundamental quando se trabalha com adolescentes: princípios colidem entre si com frequencia:

Temos mais clareza de como agir com crianças: proteção paternalista predomina.

E com adultos – respeito à autonomia prevalece.

Mas com adolescentes não sabemos bem o que fazer. Ora tratamos como criança ora como adultos.

Adolescência não é um território claro para nós e para a sociedade. É definida com um não lugar – ele não é criança mas também não é adulto. Ora é tratado como um, ora como outro. Vide o sistema socioeducativo.

Haverá sempre situações dilemáticas em que orientações gerais não apresentarão resposta clara e aí a decisão final sempre terá de ser tomada pelo profissional e sua equipe. Assumindo os riscos de sua decisão que, no final, sempre fazem parte dos riscos embutidos no exercício de nossa profissão. E que todos enfrentamos. E as torna um pouco mais penosas nossa vida cotidiana, por isso mais proporcionalmente gratificante pois impossível de cair numa rotina tranquila, porém mecânica e desvitalizada.

Os riscos podem ser minimizados se as decisões forem coletivas (equipe)

Se as decisões tiverem um fundamento racional, baseado num exercício racional de ponderação de valores o profissional estará preservado e o adolescente, bem protegido e atendido, com dignidade e respeito.