

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

Lourena de Carvalho Victal

**UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DA RESPONSABILIDADE SOBRE A TROCA
DE BEBÊS E OS REFLEXOS DA SOCIOAFETIVIDADE**

**ITUVERAVA
2022**

LOURENA DE CARVALHO VICTAL

**UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DA RESPONSABILIDADE SOBRE A TROCA
DE BEBÊS E OS REFLEXOS DA SOCIOAFETIVIDADE**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade Dr. Francisco Maeda. Fundação
Educativa de Ituverava para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Dr. Wander de Bortoli Pereira

**ITUVERAVA
2022**

LOURENA DE CARVALHO VICTAL

**UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DA RESPONSABILIDADE SOBRE A TROCA
DE BEBÊS E OS REFLEXOS DA SOCIOAFETIVIDADE**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade Dr. Francisco Maeda. Fundação
Educativa de Ituverava para obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

Ituverava, 24 de Agosto de 2022.

Orientador: _____
Prof. Dr. Wander de Bortoli Pereira

Examinador: _____
Prof. Cristina Elena Bernardi Iaroszkeski

Examinador: _____
Prof. Diego de Mota Borges

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho inteiramente a minha mãe Eliana, que ao produzi-lo pude entender um pouco do que você passou quando descobriu que foi trocada na maternidade. Você foi o foco luminoso e a motivação para eu ter concluído esse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que sempre esteve comigo, e fez com que meus objetivos fossem alcançados, não me deixando desanimar.

Aos meus pais Edson e Eliana, por todo o apoio e motivação ao longo do curso de Direito.

Ao professor Wander por ter aceitado ser meu orientador, e ter desempenhado essa função com tanta dedicação.

UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DA RESPONSABILIDADE SOBRE A TROCA DE BEBÊS E OS REFLEXOS DA SOCIOAFETIVIDADE

VICTAL, Lourena de Carvalho/
PEREIRA, Wander de Bortoli 2

RESUMO: O estudo versou a respeito da troca de bebês na maternidade sobre o âmbito da socioafetividade, reconhecida e consagrada atualmente pela Constituição Federal de 1988 e pelas demais normas brasileiras. Sob a proteção do Estado, o instituto familiar consagrou a igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva, para todos os fins de direito, dentro dos limites da legislação. O trabalho tem como objetivo analisar e reconhecer a relação socioafetiva entre pais que tiveram seus filhos trocados por negligência, imperícia por parte do hospital, e promover a responsabilização para esta conduta, que, mesmo que o crime não está tipificado em lei, basta que a pessoa deixe de identificar corretamente o neonato para caracterizar a indenização. Por fim, tem a finalidade de apresentar um projeto de lei que viabiliza a diminuição de casos de bebês trocados na maternidade.

Palavras-chave: Família. Socioafetividade. Troca de Bebês. Responsabilidade

A CONTEMPORARY ANALYSIS OF RESPONSIBILITY ABOUT BABY EXCHANGES AND THE REFLECTIONS OF SOCIO-AFFECTIVITY

SUMMARY: The study will deal with the exchange of babies in the maternity hospital on the scope of socio-affectivity, currently recognized and enshrined by the Federal Constitution of 1988 and other Brazilian norms. Under the protection of the State, the family institute enshrined equality between biological and socio-affective affiliation, for all legal purposes, within the limits of legislation. The objective of this work is to analyze and recognize the socio-affective relationship between parents who had their children exchanged through negligence, malpractice on the part of the hospital, and to promote accountability for this crime, which even if the crime is not typified by law, it is enough that the person fails to correctly identify the neonate to characterize the indemnity. And finally, present a bill that makes it possible to reduce cases of exchanged babies in the maternity ward.

Keywords: Family. Socioaffectivity. Baby Exchange. Responsibility.

1 INTRODUÇÃO

A troca de bebês é um evento que ocorre dentro de um ambiente hospitalar, após o nascimento de bebês no mesmo dia, decorrido de dissídia, negligência e imperícia na identificação do neonato. Determinado casal recebe um bebê acreditando ser seu filho (a) biológico, enquanto outro casal recebe o outro bebê diverso como se fosse seu filho (a) com laços sanguíneos, quando, na realidade, as crianças que foram levadas aos respectivos pais são trocadas e entregues a cada casal distinto de seus pais biológicos, sem que ninguém perceba que a troca foi realizada.

O Direito de Família e o cenário da troca de bebês na maternidade faz com que famílias assumem como filhos (a) biológicos os que pertencem a outras, assim, cria-se um laço pela convivência familiar. Além disso, quando a troca é descoberta, origina sequelas psicológicas. Esse fato se torna permanente na vida dos envolvidos, entretanto, o vínculo

socioafetivo criado por cada família jamais se desfaz.

A relevância de se discutir a troca de bebês na maternidade se dá pela ocorrência de casos de negligência e imperícia nos hospitais do Brasil. Casais que dão entrada na maternidade e saem com filhos (a) de outros criam vínculo socioafetivo com estes. Nesse cenário, situa-se o Direito de Família e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com o objetivo de auxiliar as famílias neste processo para amenizar e penalizar o responsável pelo dano sofrido.

O presente trabalho tem como objetivo explorar a troca de bebês na maternidade, perante o prisma da socioafetividade, buscando expor os danos subsequentes sofridos pelas partes, o vínculo afetivo que se estabelece entre pais e filhos que inviabiliza a destroca, mas também possibilidade de destroca os filhos quando for possível, e a penalização por meio de indenização por dano moral.

A metodologia do presente trabalho será uma revisão bibliográfica crítica, com uso de artigos científicos, de leis, e de livros na área de pesquisa.

2 FAMÍLIA

Para entender a responsabilização e os efeitos decorrentes da troca de bebês na maternidade, é necessário compreender o novo e atual conceito de família advindo da Constituição Federal de 1988 que envolve a socioafetividade.

2.1 Conceito de família

A família é o primeiro grupo que o ser humano se relaciona com outros indivíduos em sociedade. É dentro da convivência deste núcleo familiar que os seres humanos se unem por laços afetivos e compartilham uma relação solidária entre seus integrantes.

Segundo Dias (2021, p. 42), “a família é um agrupamento informal, de forma espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito”.

O vínculo afetivo sempre existiu. É da espécie humana que os indivíduos se unem para o convívio entre pessoas. É um agrupamento informal em um ambiente social.

A família é o primeiro agente socializador do ser humano e também é uma construção social. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função - lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar em seu aspecto mais significativo, de um verdadeiro LAR: Lugar de Afeto e Respeito (DIAS, 2021, p. 42,43).

A família se caracteriza pela construção social entre seus membros, sem constituir laços biológicos.

Dias (2021) aponta que, em determinado momento histórico, a família era considerada a base de uma sociedade conservadora. Sob a influência da igreja, as relações afetivas eram convencionadas ao matrimônio, para, assim, merecer aceitação social e reconhecimento jurídico. Além disso, vale destacar que o núcleo familiar era estabelecido hierarquizado e patriarcal.

Segundo Dias (2021), “a família formal era uma invenção demográfica, pois somente ela permitiria à população se multiplicar”. Partindo desse princípio, o Estado interveio impondo restrições à liberdade e buscando estabelecer padrões de moralidade e de ordem social.

Adiante, esse quadro não resistiu à Revolução Industrial. Considerando o progresso histórico, a mulher ingressou no mercado de trabalho, o que fez com que fosse possível ajudar com as despesas da família e o homem deixasse de ser a única fonte de renda do lar. Surge, então, a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda relação (DIAS 2021).

Quanto ao instituto da família, ela comporta constantes modificações, de modo que gera a necessidade de adaptação das leis, para que seja favorável a todas as categorias de famílias que surgem.

A Declaração dos Direitos Humanos, em seu artigo 16, dispõe: a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção e do Estado.

Segundo Dias (2021), a família é tanto uma estrutura pública quanto uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e como partícipe do contexto social.

Também aponta Madaleno (2022, p. 53) a respeito da “importância da família na estrutura da sociedade, pois, ela é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema”.

Nader (2016, p. 40) traz que a família compreende uma instituição social, composta por mais de uma pessoa que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Portanto, é possível concluir que a família é a base da sociedade, sendo responsável

por promover saúde, educação, proteção aos filhos, uma vez que é no vínculo familiar que são transmitidos valores morais e éticos que servirão como base para a vivência em sociedade, seja essa família composta por pessoas com ancestrais em comum seja vinculado pela afetividade.

2.2 Novas constituições de famílias

A estrutura da família passou por diversas modificações ao longo da evolução histórica, bem como a forma de educar e criar os filhos, alcançando mudanças significativas na legislação brasileira.

Segundo Dias (2021), inicialmente, a sociedade somente aceitava a família constituída pelo casamento. A lei regulamentava apenas o matrimônio, o parentesco e a filiação.

O Código Civil de 1916 regulava a família do início do século passado. Em sua versão original, trazia estreita e discriminatória visão da família limitando-a ao casamento (DIAS, 2021).

A Constituição Federal da República de 1988 concedeu um capítulo à família, especificado como Direito de Família, em que aborda a família, a criança, o adolescente e o idoso. A respeito desta questão, dispõe Dias (2021):

A Constituição da República de 1988, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre homem e mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome da família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico (DIAS, 2021, p. 46,47).

Com isso, ao ser promulgada, a Carta Magna de 1988 foi fundamental para o desenvolvimento do ordenamento jurídico, já que, naquela época, não tinha respaldo do Poder Público, os vínculos que existiam eram “impróprios”.

Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 1.689) entendem que o artigo 226, caput, da Constituição Federal estabelece ser a família a “base da sociedade”, gozando de especial proteção do Estado.

Neste sentido, verifica-se a importância da família, tendo em vista que é a base da sociedade. Tal previsão na lei justifica a obrigação constitucional do Estado de implementar

políticas públicas de apoio aos integrantes da família, à criança, ao adolescente e ao idoso.

O artigo 227§6º da Constituição Federal de 1988 consagra que a filiação é um direito de todos os filhos, sendo filhos oriundos ou não da relação matrimonial, ou por adoção. Ambos terão os mesmos direitos e as mesmas qualificações, sendo vedadas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Outrossim, não há mais espaço para a distinção entre família legítima e ilegítima, conforme existente na legislação anterior, ou qualquer outra expressão que deprecie ou estabeleça tratamento diferenciado entre os membros da família. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2022, p 1.998).

Nader (2016, p. 443) afirma:

O artigo 1.593, ao utilizar a expressão ‘outra origem’, abre espaço ao reconhecimento da paternidade desbiologizada ou socioafetiva, em que, embora não existam elos de sangue, há laços de afetividade que a sociedade reconhece como mais importantes que o vínculo consanguíneo (NADER, 2016, p. 443).

Assim, como a sociedade reconhece a afetividade na família, a legislação brasileira consagra o direito da família constituída por laços afetivos.

A Legislação do Código Civil Brasileiro nos termos de seu artigo 1.593 estabeleceu que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, ou seja, os laços afetivos são reconhecidos pela sociedade independente de sua origem diversa.

Nader (2016, p. 13) aduz no princípio da igualdade jurídica de todos os filhos que “hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações”.

Dias (2021, p. 74) entende a afetividade como um princípio que “põe em evidência que a afeição entre as pessoas é o elemento estruturante de uma nova sociedade: a família”

Ela ainda afirma:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família. Como diz Ricardo Calderón, **a socioafetividade é o reconhecimento no meio social de uma dada manifestação de afetividade, percepção por uma dada coletividade de uma relação afetiva.** (DIAS, 2021, p. 74) (Grifos nossos).

A afetividade é reconhecida no meio social diante de que torna o ser humano mais brando ao ter relação afetiva, carinho com o externo. Para Madaleno (2022,p. 85) o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para, por fim, dar sentido e dignidade à existência humana.

Desse modo, tendo em vista os conceitos apontados, é possível compreender que

legislação passou por mudanças importantes para acompanhar as modificações da família, desde a constituição da base familiar, a descendência de sua forma natural, aos filhos por meio de adoção e aqueles reconhecidos por afetividade, independente da inexistência de laço sanguíneo.

3 SOCIOAFETIVIDADE

A filiação socioafetiva ocorre na condição de filho. É reconhecida de forma jurídica na base do afeto em convivência familiar sem que haja vínculo sanguíneo.

Madaleno (2021) evidencia este conceito de filiação:

Essa nova estrutura da família brasileira que passa a dar maior importância aos laços afetivos, e aduz já não ser suficiente a descendência genética, ou civil, sendo fundamental para a família atual a integração dos pais e filhos por meio do sublime sentimento da afeição. Acresce possuírem a paternidade e a maternidade um significado mais profundo do que a verdade biológica, em que o zelo, o amor filial e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva, 4 um vínculo de filiação construído pelo livre-desejo de atuar em interação entre pai, mãe e filho do coração, formando verdadeiros laços de afeto, nem sempre presentes na filiação biológica, até porque a filiação real não é a biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimento cultivados durante a convivência com a criança e o adolescente (MADALENO, 2021, p. 273).

Para a socioafetividade, o elo da afetividade se prestigia pela convivência entre pais e filhos, o que caracteriza a paternidade/maternidade e não o vínculo sanguíneo.

Dias (2021) entende a socioafetividade como:

Pai é aquele que, ao dar abrigo, carinho, educação, amor ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ou verifica o boletim escolar. Enfim é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam. (DIAS, 2021, p. 233).

Outrossim, a legislação em vigor reconhece a modalidade de filiação socioafetiva como condição de filho por meio do vínculo afetivo. A doutrina ao visar o princípio do melhor interesse da criança esta regulamentando a prevalência da chamada posse do estado de filho, reconhecendo a afetividade entre famílias sem laços sanguíneos.

Adiante, a Legislação do Código Civil Brasileira consta uma menção da proteção do vínculo afetivo, como posse da condição de estado do filho afetivo, nos termos do artigo 1.593 que define que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Neste sentido, Madaleno (2022, p. 274) entende que: “a filiação socioafetiva se estabelece justamente em função desse elo de afeto desencadeado entre os dois polos de amor

de uma filiação que nasceu do coração”.

Portanto, apesar de a inexistência de vínculo biológico, se a pessoa for criada pelo pai e pela mãe como se fosse filho e, tendo estabelecido laços de afeto, tal fato produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais advindos da filiação, ocorre, assim, a posse do estado de filho, configurando o vínculo parental pela filiação socioafetiva.

3.1 Família eudemonista como nova lógica das constituições familiares

A doutrina consagra o princípio da família eudemonista como a busca da felicidade na vida humana seja individual seja coletiva a partir do vínculo afetivo. Esse princípio se apresenta, cada vez mais, na sociedade moderna.

Dias (2021, p. 461) aduz:

A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. As relações afetivas são elementos constitutivos dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em seres socialmente úteis. (DIAS, p 461).

A família, ao se formar por vínculo afetivo, busca o amor, a felicidade, o prazer de estar na companhia de seus integrantes. Ainda, Dias (2021, p. 461) entende que, ao identificar a família pelo seu envolvimento afetivo, surgiu o nome de família eudemonista, que busca a felicidade individual, por meio da emancipação de seus membros.

O preceito da família eudemonista é que independente do modelo familiar escolhido, a família é a base da sociedade que, por sua vez, se forma pelo afeto entre seus membros. É na família que se encontra a felicidade e o espaço para as realizações pessoais. As relações de afeto estão protegidas no princípio da dignidade da pessoa humana e solidariedade.

Adiante, segundo Madaleno (2022, p. 50) “desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade”.

A Constituição Federal de 1988, no capítulo do Direito de Família, confere à família o reconhecimento jurídico e a proteção do Estado para com o surgimento das novas famílias. A forma de assegurar esse direito está estabelecida nos termos do artigo 226, *caput*: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

O regulamento constitucional do parágrafo 4º do artigo 226 reconhece o vínculo afetivo formado entre pais e filhos que não compartilham relações biológicas: “§4º

Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Dessa forma, a família atual afasta o formato hierárquico anteriormente adotado, para ceder a um ambiente familiar cuja base é na igualdade, no respeito mútuo e na responsabilidade recíproca. Assim, deixa de existir razões morais, políticas e religiosas que sustentam a excessiva intervenção do Estado, que tinha como objetivo de cercear direitos na vida das pessoas.

4 DATROCA DE BEBÊS NA MATERNIDADE

Troca de bebês não tem um conceito definido, porém não é difícil distinguir o significado de quando um determinado casal recebe um bebê acreditando ser seu filho biológico, enquanto outro casal recebe o recém-nascido diverso, como se fosse filho com laços sanguíneos, quando, na verdade, as crianças que foram entregues aos respectivos pais foram trocadas e entregues a cada casal distinto de seus pais biológicos, sem que ninguém percebesse que a troca foi realizada.

A troca de bebês em maternidades, nascidos em mesmo dia, decorrente da ineficiência da administração hospitalar, tem provocado que famílias assumam como filhos os que são de outras, tendo-os, todavia, como verdadeiros filhos, ao fim e ao cabo da convivência familiar prolongada, em manifesta parentalidade socioafetiva. (ALVES, 2014).

A troca de bebês pode ser caracterizada por um erro hospitalar interno, ou seja, na administração do hospital. Entretanto, quando não descoberto ainda na maternidade, a longo prazo, pode criar laços socioafetivos entre pais e filhos.

O primeiro sinal de desconfiança advém das características físicas, ou seja, pela falta de semelhança com seus supostos pais.

As primeiras repercussões fáticas são danosas, quando a não semelhança física com os pais, permite “inconvenientes desconfianças” do cônjuge varão, que levam, em alguns casos, à separação judicial, ou à compreensão social do “filho de criação”; culminando, outrossim, com a realização de exames genéticos para a verificação da paternidade e, ao depois, a procura e identificação do filho biológico trocado. (ALVES, 2014.).

Em seguida, as famílias se dirigem ao hospital onde ocorreu o nascimento para a confirmação da suspeita de que houve a troca de bebês – ou não – e para identificar o filho biológico que foi trocado.

Outrossim, confirmada a troca, são identificados os filhos em questão. A solução subsequente é a destroca, quando for possível, todavia, diante do tempo decorrido que foi descoberta a troca de bebês, não é possível desfazê-lo em virtude de se ter criado laços socioafetivos.

4.1 Casos em que a socioafetividade prevaleceu sobre a troca de bebês na maternidade

Apesar de ficar comprovada a inexistência da relação biológica ao descobrir a troca de bebês, se a pessoa for criada pelos pais como se fosse filho, atende aos direitos e aos requisitos da filiação socioafetiva.

De acordo com o Jornal da Band, na cidade de Planaltina, localizada no Distrito Federal, no ano de 2014, uma mãe, Geruza Ferreira, somente descobriu que sua filha de 7 (sete) anos havia sido trocada na maternidade após acionar o judiciário para pedir revisão de alimentos pagos pelo ex-marido, e ele exigiu um exame de DNA, comprovando, assim, não ter vínculo biológico com a menor. Diante disso, a mãe também realizou o teste que constatou que ambos não eram pais biológicos da menina. Nas investigações feitas pela Polícia Civil, foi localizado o paradeiro da outra criança trocada. Mesmo com o abalo emocional que ambas as famílias tiveram, ao ser comprovado a troca de bebês na maternidade há sete anos, as mães, por já terem vínculo afetivo com as meninas, optaram por não destrocar as crianças (VILLELA, Carolina. Mães com bebês trocados na maternidade há 7 anos decidem não ficar com filhos biológicos. (JORNAL DA BAND, 2021).

Neste caso, é incontestável o vínculo de afeto e de amor que ambas as mães, ao decidirem não destrocar as crianças, desenvolveram pelas filhas durante o período de 7 anos. Diante do fato, a filiação socioafetividade prevalece sobre o vínculo genético e jurídico.

Outro caso em que se assemelha ao anterior foi publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família cujo acontecimento ocorreu em Foz do Iguaçu no estado do Paraná no ano de 1995, no hospital Santa Casa Monsenhor Guilherme, em que Dona Maria Pereira afirma que, pela ausência de semelhança física com a filha Danielle de 8 anos, foi chamada de adúltera até pelo hospital, pois a menina apresentava cabelos loiros e olhos claros, e a autora e seu marido tem pele mais escura. Por conta disso, ela juntou dinheiro e realizou um exame de DNA, comprovando, assim, não ser mãe biológica de Danielle. Após isso, iniciou-se as buscas sobre o paradeiro da verdadeira filha e foi descoberto que outra mulher havia dado à luz no mesmo dia e que estaria com a suposta filha. Ao entrar em contato com Ana, ela se negou a realizar o teste para comprovar a possível troca, afirmando que seu marido também

possuí pele morena como sua filha Francielle de 8 anos e que acreditava que era impossível tal fato. Diante das insistências de Maria, que chegou até a desenvolver quadro de depressão pelo desconforto que a situação lhe causava, Ana concordou em realizar o exame de DNA. Assim, com o resultado, ficou comprovado que ambas as meninas haviam sido trocas na maternidade. De início, veio o abalo emocional, mas Ana e Maria por já nutriem amor fraternal pelas filhas do coração, dessa forma, optaram por não destrocá-las, e sim aproximar as famílias para que ambas possam conviver com os respectivos pais. A justiça determinou que o hospital pagasse a indenização, mas a instituição fechou as portas em meados de 2006. Após 17 anos, pais serão indenizados por troca de bebês (CARAZZAI 2012).

Neste sentido, mais uma vez, a socioafetividade prevalece sobre o vínculo biológico, pois a filiação de vínculo de afetivo advém da construção pela convivência familiar, prestigiando a situação que preserva os laços da afetividade.

Adiante, no Hospital de Urgência da cidade de Trindade, no estado de Goiás, ocorreu um caso em que foi possível destrocá-los dos bebês Murilo e José Miguel que nasceram no mesmo dia e que haviam sido trocados no berçário. A suspeita partiu dos pais, Pauliana e Genésio, ao perceberem que o bebê José Miguel não se assemelhava fisicamente com eles e, por contra própria, realizaram um teste de DNA que, assim, foi comprovado que o bebê não era filho biológico do casal.

Então, a outra família, Aline e Murillo, que estava com o outro recém-nascido trocado, foi localizada e refez os testes para comprovar a troca dos bebês. Assim que ficou comprovado, após 24 dias, as crianças foram destrocadas. Nesse curto período de 24 dias, as famílias cultivaram um vínculo afetivo forte com os bebês, tanto que uma das mães Pauliana afirma que ficou feliz ao ter o filho verdadeiro, mas que sente falta de seu outro filho e que deseja estar próxima do menino. A mãe Aline também demonstrou interesse em saber a respeito do bem-estar de seu filho socioafetivo. As famílias pretendem continuar unidas. Mãe diz que bebês trocados em hospital passaram bem 1ª noite com pais biológicos, mas pondera: 'Sinto falta do meu outro'. ((RESENDE, 2019. G1)

Embora a destroca tenha sido possível em razão do curto prazo de 24 dias de convivência das famílias com os recém-nascidos, nota-se que ficou explícito o vínculo de afeto que ambas famílias constituíram pelos supostos filhos e que, mesmo comprovado a inexistência de vínculo genético, os envolvidos pretendem manter contato entre si para, assim, conviverem com as crianças cuja afetividade já foi firmada.

Portanto, a socioafetividade expõe o foro de filiação ao dar amor, carinho, educação e abrigo. Os casos apresentados evidenciam este termo, pois dependendo da faixa etária não é mais possível realizar a destroca, visto que já foi construído um vínculo que consagra a afetividade acima do elo biológico e, quando for possível a destroca, ainda sim caracteriza um amor fraterno por aquele recém-nascido que se conviveu por um curto período.

5 RESPONSABILIDADE E NORMA REGULAMENTADORA PORTARIA Nº 248

Para muitos casais, a chegada de um novo filho é, muitas vezes, um sonho tornado realidade. Entretanto, o momento de dar à luz, principalmente ao entrar na sala de parto, vem acompanhado de um medo de não sair da maternidade com o bebê. Essa é a segunda maior preocupação da gestante antes de entrar em trabalho de parto.

O Instituto Brasileiro de Geografia (IBGE) apresenta a estatística de que ocorra uma troca de bebês a cada 6 mil nascimentos por ano. São, aproximadamente, 3 milhões de nascimentos por ano no Brasil, ou seja, 500 pais deixam a maternidade com o nascituro errado (NATOSAFE, 2020).

O crime conhecido como troca de bebês na maternidade não tem um nome específico, mas essa conduta é descrito no artigo. 229 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 229. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei:
Pena - detenção de seis meses a dois anos.
Parágrafo único. Se o crime é culposo:
Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa.
(BRASIL, 1990. Art. 229)

Não existe o crime da troca de bebês em si, atualmente o que há é uma consequência do crime. O delito está ao não identificar corretamente o nascituro. Não é necessário que a troca de bebês tenha ocorrido para que o crime se concretize, basta o indivíduo deixar de identificar corretamente o neonato.

Outrossim, também não há como afastar a responsabilidade civil dos prepostos do hospital no ato ilícito praticado pelos funcionários da unidade hospitalar em face dos autores prejudicados, já que, por negligência, imperícia e por falta de esforço físico e moral, não praticam os cuidados necessários com os recém-nascidos que estão sob a custódia e a segurança, ao serem entregues a famílias distintas de elo genético.

O artigo 186 do Código Civil, por sua vez, dispõe a respeito da responsabilidade civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e

causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim, a indenização por danos morais somente terá o viés de amenizar o estrago causado, além de penalizar os contribuintes para o evento danoso, mas não resolve a questão, pois nada trará de volta a convivência familiar que deveria ter.

Desse modo, é impossível questionar a existência do dano, pois o momento do nascimento é algo delicado e aguardado ansiosamente pelos genitores. Assim, quando ocorre a troca de bebês, causa emoção e prejuízo para ambas as partes envolvidas.

Para amenizar as estatísticas dos inúmeros bebês trocados na maternidade, o Estado de São Paulo adequou a portaria nº 248, de 2 de fevereiro de 2018 para implementar sistema de identificação biométrica cuja a proposta é de vincular o sistema biométrico do recém-nascido ao de sua mãe e formar um arquivo de identificação como forma de evitar, o abandono, os casos de subtração a troca de bebês na maternidade. Entretanto, esta portaria já está em vigor desde a data de sua publicação, mas os hospitais do Brasil não estão aderindo ao sistema de identificação para emitir a carteira de identificação do neonato (BRASIL, 2018, Portaria nº 248, de 2 de fevereiro 2018).

Portanto, se os hospitais/maternidade do Brasil, em específico do estado de São Paulo aderirem a aplicabilidade da portaria nº 248, 2 de fevereiro o de 2018 que dispõe sobre o sistema biométrico de identificação dos bebês que nascem naquele órgão público, na prática dos serviços prestados pela saúde pública, irá prevenir os casos de recém-nascidos trocados na maternidade, diminuindo, assim, o número de famílias prejudicadas em decorrência desta conduta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente estudo, foi possível constatar que a família composta por integrantes com elo biológico ou por socioafetividade é a base para a criação da sociedade, pois ao promover saúde, educação e proteção refletirá no meio social. A família é uma estrutura pública e privada, posto que o primeiro contato do ser humano é em um ambiente familiar.

A legislação brasileira, ao especificar um capítulo exclusivo para o Direito de família, foi fundamental para o ordenamento jurídico. Ao se adequar aos novos termos de família, consagrou aos filhos não oriundos da relação biológica os mesmos direitos de um filho com vínculo genético, não fazendo mais distinção entre eles, reconhecendo, assim, a família

constituída na base de laços afetivos e, também, reafirmando que a família é a base da sociedade, em que o Estado possui o dever de proteger.

A filiação socioafetiva é estabelecida mediante vínculo de afeto construída pela convivência entre pais e filhos advindos do coração e não da genética. Ao consagrar a afetividade na legislação brasileira, admite-se a igualdade entre filiação biológica e socioafetiva, porque a relação, pai/mãe e filho se caracteriza pelo vínculo afetivo e não pelo elo biológico. Com a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil Brasileiro, o reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva gera efeitos patrimoniais e pessoais, fazendo, desse modo, o filho socioafetivo herdeiro na mesma condição de um filho natural.

Partindo do princípio moderno eudemonista, a família busca a felicidade para viver entre seus membros decorrentes da afetividade, respeito mútuo independente de vínculo genético. A afeição é o vínculo que se constrói na família eudemonista, o amor entre pai/mãe e filho significa cuidado um pelo outro. Esse princípio também apresenta um viés externo, uma vez que coloca humanidade em cada família, ao demonstrar a afeição pelo vizinho de fora, transformando uma sociedade da qual se pode resolver conflitos no diálogo.

Foi possível verificar que a troca de bebês na maternidade gera comoção e prejuízo, dado que é estabelecido um vínculo de afeto entre a criança que foi criada pelos pais não biológicos e a dor de ter perdido a oportunidade de criar o filho biológico. Ao descobrir que a troca de bebês foi realizada, ainda que com a aflição de não ter criado o filho natural, em muitos dos casos, já não é mais possível destrocar as crianças, visto que foi constituída uma convivência familiar, um vínculo entre filho e pai/mãe que impossibilita a destroca.

Portanto, a paternidade/maternidade não decorre apenas do elo biológico e sim do papel que os pais desempenham na vida dos filhos, pois ao dar amor, carinho, educação, proteção, amparo nos dias que o filho está doente, expõe-se o elo da afetividade e o foro de filiação. Diante disso, a socioafetividade prevalece sobre o vínculo genético e jurídico, mesmo sobre o impacto de descobrir que aquele filho que os pais criaram não é seu biologicamente, não sendo mais possível desfazer a troca, devido ao amor constituído entre pais e filhos.

Além disso, mesmo quando a troca de bebês é descoberta com poucos dias do nascimento e ainda sendo possível destrocar os nascituros devido ao curto prazo de convivência, ainda sim existe o vínculo afetivo que os pais cultivaram pelo recém-nascido, sendo importante manter contato entre as famílias que tiveram seus filhos trocados.

Assim, cabe responsabilizar o hospital que por negligência, imperícia e dissídia praticou o evento danoso, por meio da indenização moral para amenizar o prejuízo sofrido

pelas famílias que, infelizmente, tiveram seus filhos trocados e, por várias vezes, sofreram por meio de comentários maldosos por ausência de semelhança. Assim, a penalização do hospital gera uma atenção para que não ocorra mais o delito. Entretanto, somente a responsabilização dos culpados não resolve a questão, pois não trará de volta o direito natural dos pais de criar o filho legitimamente biológico, sendo que todos os filhos são insubstituíveis, uma vez que cada ser humano é um ser geneticamente único. Sendo assim, por culpa de negligência e imperícia, a maioria dos pais que tiveram seus filhos trocados na maternidade e descobriram após anos, perderam a oportunidade de construir laços de afeição desde o momento de seu nascimento.

Considerando o número de 500 casos de recém-nascidos trocados nos hospitais do Brasil por ano. A aplicação da portaria nº 248 pelos hospitais/maternidade de todo o país vislumbra a possibilidade de diminuir esse evento que causa desconforto em inúmeras famílias, propondo um sistema biométrico de identificação dos bebês desde o nascimento combinado com a identificação da genitora. Dessa maneira, aos hospitais colocarem o sistema biométrico de identificação em prática, as estatísticas de ocorrências de casos de bebês trocados na maternidade, tendem a reduzir.

Diante o apresentado, foi possível verificar que, com a nova constituição de família, a socioafetividade prevalece sobre o vínculo genético e a presunção legal. Ainda, diante da troca de bebês na maternidade e, em virtude do vínculo afetivo estabelecido, as famílias optam por não destrocar as crianças.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. **Famílias mútuas**. 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/961/Fam%C3%ADlias+m%C3%BAtuas>. Acesso em: 10 maio. 2022.

BAND, Jornal da. **Mães com bebês trocados na maternidade há 7 anos decidem ficar com filhos não biológicos**. 2021. Carolina Villela. Disponível em: <https://www.band.uol.com.br/noticias/jornal-da-band/ultimas/maes-decidem-nao-destrocar-criancas-trocadas-na-maternidade-ha-7-anos-16457493>. Acesso em: 13 ago. 2022.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, BRASILIA, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Constituição (2018). **Altera A Portaria de Consolidação N° 4/Gm/Ms, de 28 de Setembro de 2017, Para Dispor Sobre O Registro Biométrico do Recém-Nascido e de Sua Mãe**. Diário oficial da união, 02 fev. 2018. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2018/prt0248_05_02_2018.html. Acesso

em: 26 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Diário oficial da União, BRASÍLIA, Seção 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm#art266. Acesso em: 16 ago. 2022.

CARAZZAI, Estelita Hass. **Após 17 anos, pais serão indenizados por troca de bebês**. 2012. Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/6266/Ap%C3%B3s+17+anos,+pais+ser%C3%A3o+indenizados+por+troca+de+beb%C3%AAs>. Acesso em: 14 ago. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual do Direito Civil**. 6. ed. Bela Vista: Saraiva, 2022.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NATOSAFE. **Por que os medos de mães e pais da troca de bebês em maternidades é real?** 2020. Disponível em: <https://natosafe.com.br/por-que-os-medos-de-maes-e-pais-da-troca-de-bebes-em-maternidade-s-e-real/>. Acesso em: 16 ago. 2022.

RESENDE, Thais Luquesi e Paula. **Mãe diz que bebês trocados em hospital passaram bem 1ª noite com pais biológicos, mas pondera: 'Sinto falta do meu outro'**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/08/02/mae-diz-que-bebes-trocados-em-hospital-passaram-bem-1a-noite-com-pais-biologicos-mas-pondera-sinto-falta-do-meu-outro.ghtml>. Acesso em: 14 ago. 2022.

Troca de Bebês. 2010. Disponível em: <http://direito.folha.uol.com.br/blog/troca-de-beb>. Acesso em: 16 ago. 2022.