

**CAMILA HENNING SALMORIA**

**ASPECTOS JURÍDICOS DA TROCA DE BEBÊS: UMA VISÃO CRÍTICA**

**CURITIBA**

**2003**

**CAMILA HENNING SALMORIA**

**ASPECTOS JURÍDICOS DA TROCA DE BEBÊS: UMA VISÃO CRÍTICA**

**Trabalho monográfico apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, ao Núcleo de Monografias do Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Eroulths Cortiano Júnior**

**CURITIBA**

**2003**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**CAMILA HENNING SALMORIA**

### **ASPECTOS JURÍDICOS DA TROCA DE BEBÊS: UMA VISÃO CRÍTICA**

Trabalho monográfico apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof. Sérgio Seleme  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 22 de outubro de 2003.

## APRESENTAÇÃO

Em 2001, então no terceiro ano de faculdade, ingressei, como bolsista, no grupo de estudos de Responsabilidade Civil do Médico e do Hospital, então coordenado pelo desembargador professor Antônio Alves do Prado Filho. Inicialmente, foi necessário localizar as espécies de erros médicos e hospitalares que pudessem suscitar reparação civil. Entre elas, uma despertou-me grande interesse: a troca de bebês, tema que escolhi como objeto de estudo naquele momento.

As razões que me levaram a optar pelo assunto, ainda hoje, mais de dois anos depois, continuam sendo um grande mistério para mim. Meus estágios na 1ª Vara da Infância e da Juventude e na respectiva Promotoria de Justiça, com certeza contribuíram, porém não foram determinantes. Talvez a frequência com que o assunto era abordado na mídia unido a grande marca que um fato destes pode deixar na vida de uma pessoa foi o que me levou a escolher o tema.

Independentemente dos motivos, o certo é que em maio de 2001 vi-me às voltas com um trabalho que deveria entregar dali a seis meses, sem, no entanto, dispor de qualquer bibliografia. Não importava o quanto eu pesquisasse nos meios impressos (livros, revistas e periódicos), não consegui achar nenhum artigo jurídico sobre troca de bebês, a não ser o primeiro texto que fez despertar em mim o interesse pelo tema, o qual, ao falar sobre a valoração do dano moral, apenas o citava como um dos casos sujeitos a reparação civil<sup>1</sup>.

A falta de bibliografia específica sobre o tema suscitou a necessidade de recorrer a outras fontes. Qual não foi minha surpresa ao verificar que também na área médica, bem como na psicológica tampouco havia material sobre troca de bebês.

---

<sup>1</sup> O texto possuía como única referência ao tema a seguinte passagem: “quando o ato ilícito não possuir vinculação direta com valores (morte ou aleijão em acidente, erro médico, troca de bebês em maternidade, promessa de casamento, contaminação em transfusão de sangue, etc.) deve-se considerar o valor do salário mínimo como referência” (RIBEIRO, M. *Valoração do dano moral*. Disponível em: <<http://www.gab-go.com.br/revista/36/juridico5.htm>> Acesso em: Maio de 2001) .

No entanto, à medida que meus esforços nas fontes científicas demonstravam-se infrutíferos, na internet encontrava cada vez mais casos. Em pesquisas realizadas em fontes bibliográficas estrangeiras o resultado obtido foi o mesmo, uma pluralidade de casos ocorridos, contrastando com a ausência de estudos científicos a respeito.

Foi também na *web* que tive a chance de localizar os dois primeiros julgados sobre o assunto. As duas jurisprudências, apesar de tratarem de troca de bebês, analisavam aspectos distintos do fenômeno: uma abordava a reparação civil pelo hospital do dano causado a uma das famílias<sup>2</sup>, enquanto a outra decidia com quem deveriam ficar as crianças trocadas<sup>3</sup>.

Outras surpresas, porém, estavam reservadas. Alguns meses depois, já próximo do fim do prazo para entrega daquele trabalho, houve o duplo julgamento em Minas Gerais de um caso de troca de bebês ocorrido há mais de vinte anos atrás e que também versava sobre indenização civil pelos danos morais decorrentes do fato<sup>4</sup>. No mesmo mês também foi enviado para sanção presidencial um projeto de lei de autoria da então senadora Marina Silva<sup>5</sup> que tinha como objetivo, entre outras coisas, reduzir o número de casos de troca de bebês.

No fim de novembro de 2001 entreguei meu trabalho final sobre a responsabilidade hospitalar, porém um sentimento de angústia permaneceu comigo: não aceitava o fato de um tema tão importante não ter o devido tratamento jurídico.

Durante minha pesquisa, havia identificado diversos aspectos relevantes à ciência jurídica e que não puderam ser então objeto de meu estudo ante a limitação do tema.

---

<sup>2</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 17ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 15.302/1999. Relator: Des. Severiano Aragão. *Diário da Justiça*, Rio de Janeiro, 19 nov. 1999.

<sup>3</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 87.617/4. Relator: Des. Francisco Figueiredo. Julgado: 13 ago. 1992.

<sup>4</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 332.868-5. Relator: Juiz Quintino do Prado. Julgado: 19 set. 2001. *Diário da Justiça*, Belo Horizonte, 19 set. 2001; e, MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 332.148-2. Relator: Alvimar de Ávila. Julgado: 08 nov. 2001. *Diário da Justiça*, Belo Horizonte, 08 nov. 2001.

<sup>5</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 179 de 1996 (apenso ao Projeto de Lei n. 3.162 de 1997). Dispõe sobre o registro geral de recém nascidos e dá outras providências. Relator: Sen. Marina Silva (Dep. Marcos Rolim). Vetado em 08 nov. 2001.

Dessa forma, escolhi o assunto a ser desenvolvido em minha monografia de final de curso, ou melhor, acredito que ele me escolheu; a ausência de bibliografia especializada a respeito *versus* a importância do assunto, tornaram-no irresistível.

Ao longo dos quase dois anos que se seguiram após a entrega de meu primeiro trabalho sobre o tema, vários outros aspectos jurídicos foram se destacando em minhas pesquisas. Inicialmente, o estudo dos métodos e processos de identificação de neonatos frente às leis vigentes no Brasil tornou-se relevante, uma vez que na maioria dos casos a troca de bebês, conforme observara, decorria da má identificação dos recém-nascidos. O aspecto penal também foi objeto de exame ante a criminalização da não identificação do neonato, tipificada no Estatuto da Criança e do Adolescente. Por fim, a questão mais profunda, e talvez a que me despertou o interesse pelo tema, aflorou: entre a filiação biológica e a sócio-afetiva, qual deve prevalecer, quando descoberta a troca de bebês?

O conteúdo da análise interdisciplinar de mais de sessenta casos de troca de bebês deu origem a esta monografia.

## SUMÁRIO

<b>TERMO DE APROVAÇÃO</b> .....	ii
<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	iii
<b>RESUMO</b> .....	vii
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 AS TROCAS DE BEBÊS</b> .....	3
2.1 CONCETUAÇÃO.....	3
2.2 COMO E POR QUE OCORREM AS TROCAS DE BEBÊS.....	7
2.3 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	9
2.4 A DESCOBERTA.....	13
<b>3 RESPONSABILIDADE PENAL</b> .....	16
3.1 CONDUTA TÍPICA.....	16
3.2 SUJEITO PASSIVO.....	18
3.3 SUJEITO ATIVO.....	18
3.4 TIPO DOLOSO.....	21
3.5 TIPO CULPOSO.....	23
3.6 OS JUIZADOS ESPECIAIS.....	23
3.7 DIREITO PENAL MÍNIMO.....	26
3.8 DESCRIMINALIZAÇÃO.....	29
<b>4 RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	32
4.1 PERDA DE CHANCE.....	33
4.2 DANO MORAL.....	35
<b>5 O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO NOS CASO DE TROCA DE BEBÊS</b> .....	45
5.1 PANORAMA GERAL.....	45
5.2 ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO.....	46
5.3 A FILIAÇÃO NOS CASOS DE TROCA DE BEBÊS.....	49
5.4 A LEI.....	51
5.5 POSSE DO ESTADO DE FILHO.....	53
5.6 MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	55
5.7 CASOS CONCRETOS.....	57
5.8 A INCAPACIDADE DO DIREITO.....	60
<b>6 PREVENÇÃO</b> .....	62
6.1 MÉTODOS E PROCESSOS DE IDENTIFICAÇÃO.....	62
6.2 LEGISLAÇÃO ESTADUAL.....	68
6.3 DA NECESSIDADE DE NOVAS LEIS.....	75
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	76
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	79
<b>ANEXOS</b> .....	91

## RESUMO

A troca de bebês como fenômeno que ocorre no interior de um estabelecimento de saúde, durante o período de internamento da parturiente, após o nascimento do neonato, em decorrência de problemas na identificação do recém-nascido é abordada sob o olhar crítico do direito. Porém, para se tratar do fato há que primeiramente se identificar os fatores que o ocasionam, bem como as situações que levam a sua descoberta. Uma vez fixado isso, parte-se para análise do ordenamento jurídico pátrio. O Estatuto da Criança e do Adolescente não apenas criou a obrigação aos hospitais de identificarem os recém-nascidos mediante o registro de sua impressão plantar, mas também criminalizou a conduta contrária a regra. A legislação, contudo, é falha, não garantindo nem a segurança da identificação dos neonatos, nem a punição dos autores do delito. Às vítimas resta buscar a responsabilização civil (dano moral) dos ofensores, na tentativa de receber alguma compensação pela dor que sentiram. A maior dificuldade, porém, reside no estabelecimento da filiação: com quem cada criança deverá ficar? Prevalece o vínculo biológico ou socioafetivo? Impossível responder com antecedência; apenas no caso concreto e segundo o melhor interesse da criança é que o juiz poderá decidir. Num caso como esses, entretanto, a mais adequada das soluções, em regra, não é satisfatória e as pessoas acabam buscando soluções extrajudiciais. A incapacidade do ordenamento jurídico pátrio de dar uma solução completa à questão torna claro que a melhor tutela que o direito pode fornecer ao fenômeno é preveni-lo, tarefa que os Estados e Municípios estão assumindo ante a inércia do Poder Legislativo federal.

Palavras-chave: troca de bebês; responsabilidade penal; responsabilidade civil; estabelecimento da filiação.



## 1 INTRODUÇÃO

Uma troca de bebês pode ser analisada sob diversos aspectos jurídicos. A abordagem completa de todas as suas manifestações consumiria centenas de páginas para serem propriamente analisadas, o que exacerbaria as limitações de tempo e espaço que impõem observar neste trabalho monográfico. Assim, tivemos de priorizar alguns aspectos, deixando de analisar outros.

No primeiro capítulo, conceituaremos a troca de bebês e delimitaremos o nosso tema, apresentando os fatores mais frequentes que ocasionam as trocas, como elas são descobertas e qual a regulamentação dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ao tema.

No segundo capítulo, analisaremos a responsabilidade penal. O ECA estabelece uma obrigação pertinente ao tema; seu descumprimento caracteriza um delito. O estudo desse tipo penal, com a correspondente crítica será o enfoque dessa seção.

Na seqüência, abordaremos a responsabilidade civil, dando enfoque principal ao dano moral e à tutela mais protetiva fornecida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e expondo brevemente a teoria da perda de chance.

O capítulo quatro dedica-se ao estabelecimento da filiação nos casos de troca de bebês. A atual discussão doutrinária centrada na oposição do vínculo biológico com o socioafetivo é estudada na busca por uma solução para o problema “com que família deve ficar cada criança?”.

O último capítulo dedica-se aos métodos e processos de identificação de neonatos e o seu tratamento nas leis estaduais, bem como nos projetos de leis nacionais, estaduais e municipais que buscam tutelar o assunto.

Por essa breve introdução, nota-se que alguns aspectos jurídicos foram preteridos. Optamos por não analisar, nesse momento, o enfoque patrimonial (a questão sucessória, o direito a alimentos, etc), o estudo das trocas dolosas de bebês, o problema dos registros de nascimento e outras questões jurídicas relacionadas, preferindo os assuntos que no dia-a-dia aparecem com maior frequência.

## 2 AS TROCAS DE BEBÊS

### 2.1 CONCEITUAÇÃO

Todos nós temos uma noção do significado do termo “troca de bebês”, apesar desta não possuir um conceito definido. A expressão é comumente utilizada para se referir aos casos em que um determinado casal (XY) recebe como sendo seu filho natural (C), enquanto outro casal (AB) recebe um bebê diferente (Z) como seu filho biológico, quando na verdade, Z é filho de XY e C filho de AB, ou seja, foram eles trocados e entregues a um casal distinto de seus pais biológicos, sem que ninguém se desse conta disso<sup>1</sup>.

A troca de bebês pode ocorrer em diferentes locais<sup>2</sup> e advir de causas diversas<sup>3</sup>, razão por que mister se faz firmar o exato conceito que a expressão assume neste trabalho. O objeto de estudo dessa monografia é a troca de bebês ocorrida em um hospital, maternidade ou congênera, durante o período de internamento da parturiente, após o nascimento do neonato, em decorrência de problemas na identificação do recém-nascido (incorreção, ineficiência ou ausência)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Salvo nos casos das trocas de bebês derivadas do dolo de alguém, pois nesses casos, por óbvio, o autor e eventuais cúmplices terão consciência do fato.

<sup>2</sup> Existe registro de uma troca de bebês que ocorreu em um abrigo canadense: os pais deixaram seu filho biológico temporariamente em um lar público e quando, um mês depois, voltaram para buscar seu bebê, receberam uma outra criança; seu filho biológico havia sido entregue a pais adotivos (CARANGELO, L. *Switched & stolen babies*. Disponível em: <<http://www.abolishadoption.com/stolenBabies.html>> Acesso em 15 jun. 2003).

<sup>3</sup> Apesar de ser mais comum a troca culposa, existem casos em que a troca é realizada dolosamente. Ocorreu em Israel um caso em que o pai, ao saber que seu filho havia nascido com um problema genético, retirou as pulseirinhas de identificação de sua criança e de outro bebê, trocando-os, ficando, assim, com um bebê saudável (KLEIN, A.; SIEGEL, J. *Mother recovers switched newborn*. Disponível em: <<http://www.jpost.com/com/Archive/17Jul1998/News/Article-8.html>> Acesso em 11 dez. 2001).

<sup>4</sup> Esse trabalho pretende focar seu estudo sobre os casos culposos de troca de bebês.

Sob esse ponto de vista, a troca de bebês pode ser definida como uma espécie de erro hospitalar, o qual não se confunde com o erro médico<sup>5</sup>. Este se caracteriza pela violação da conduta profissional na prática de atos médicos específicos, enquanto aquele se refere a atos médicos genéricos, como ocorre no caso em exame, uma vez que a identificação de recém-nascidos é de responsabilidade das enfermeiras; raríssimas são as ocasiões em que um médico a realiza.

Apesar do médico (seja o obstetra ou o pediatra neonatal<sup>6</sup>) não ser o responsável pela identificação, a troca de bebês em regra o atinge de duas maneiras distintas. De um lado, como todo ser humano, também ele sofre com esse drama social. Luciano Barsanti<sup>7</sup>, neonatologista que já passou pela experiência uma vez<sup>8</sup>, disse que “a pior notícia que um médico pode dar a uma mãe é que seu filho foi trocado e não que ele nasceu morto”. Por outro lado, como o médico é, em regra, o referencial da mãe no hospital, desde antes do parto a parturiente já o conhece e o contato entre ambos permanece até o momento em que a paciente recebe alta, é natural que as mães ao descobrirem a troca identifiquem como culpado imediatamente o médico que as atendeu, ainda que baseadas em um falso julgamento.

Se a troca de bebês afeta ao médico que comunica a notícia, é possível imaginar o que ela não causa a família que se depara com tal fato. Jeff Aldridge, consultor técnico do Centro Nacional de Crianças Desaparecidas, dos Estados Unidos, descreve a troca de

---

<sup>5</sup> Segundo estatística apresentada por Genivaldo Veloso de FRANÇA a incidência é de que 4 em cada 5 erros são hospitalares (FRANÇA, G. V. *Pareceres*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998, p. 115).

<sup>6</sup> O responsável por receber o bebê após o parto e realizar os primeiros exames.

<sup>7</sup> Luciano Barsanti dedica-se há 15 anos ao estudo de métodos de identificação de recém-nascidos, sendo um dos poucos pesquisadores no mundo a estudar o fenômeno da troca de bebês.

<sup>8</sup> No início da década de oitenta, o médico era o neonatologista responsável quando se percebeu que por um erro de identificação havia ocorrido uma troca de bebês. Em suas entrevistas Barsanti atribui o início dos seus estudos na área a esse episódio e ao fato de na época não existiam meios eficazes de assegurar que a destroca foi realizada com precisão (GENÉTICA: Verdade na Geladeira. *Revista Época*, nº 43, 15 mar. 99. Disponível em: <<http://www.epoca.globo.com>> Acesso em: 07 set. 2001).

bebês como sendo o pior pesadelo de um pai<sup>9</sup>. São freqüentes os relatos na mídia das mazelas que sofrem as pessoas envolvidas em uma troca de bebês (ou ante a simples suspeita de sua ocorrência). Depressão profunda, abandono do emprego, ou do lar, o fantasma da traição, acusações de infidelidade (não só feitas pelo marido, mas pela família e sociedade no geral), além do divórcio são os relatos mais comuns. Com relação as crianças, fala-se em sentimento de culpa (pensam ser as causadoras da desarmonia do lar), maior possibilidade de serem vítima de maus tratos pelos pais perturbados<sup>10</sup> e quando possuem características físicas diferentes de seus pais são constantes alvos de preconceitos e discriminações sociais. Entre os relatos mais graves, porém não tão freqüentes, encontra-se o da menina americana que ao descobrir que fora trocada na maternidade recusou-se a conhecer seus pais biológicos, inclusive adquirindo tal direito na Justiça, porém que posteriormente fugiu de casa e foi morar com seus pais naturais e posteriormente abandonou-os para ir viver em um abrigo público para adolescentes sem família; e o caso do casal que abandonou tudo, casa, emprego, família, fugindo pelo Brasil para não ter que realizar a destroca dos bebês<sup>11</sup>.

Se a suspeita da troca traz angústia e dor à família, a confirmação nem sempre alivia o sofrimento. A busca pela localização do filho biológico e o temor de perder a criança que criou como seu filho são sentimentos antagônicos, mas recorrentes nas famílias que tiveram seus bebês trocados.

---

<sup>9</sup> “It’s every parents worst nighthmare... to leave the hospital with the wrong baby” (BARRETT, R. *Waukeeska company’s system matches DNA from babies*. Milwaukke Jornal Sentinel. 07 set. 2001. Disponível em: <<http://www.jsonline/news/wauk>> Acesso em: 15 ago. 2003).

<sup>10</sup> Houve um caso de destituição do pátrio-poder devido aos maus tratos que a criança sofreu ante a suspeita que seus pais tinham de que a criança fora trocada na maternidade (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Apelação Criminal n. 13.523-0. Relator: Des. Odyr Porto. Julgado: 12 dez. 1991.).

<sup>11</sup> Como afirmou Valdomiro LOPES, deputado estadual em São Paulo, por ocasião da apresentação do PL nº 777/01, que determinava a realização de procedimentos de identificação aos recém-nascidos e respectivas mães, nos hospitais que realizavam partos naquele estado, a família sofre uma violência atroz causada pela troca de bebês, “e tudo isso ocorre sem que ninguém tenha culpa de absolutamente nada. Os maiores responsáveis, as maternidades continuam impunes” (LOPES, V. *Justificativa*. Disponível em: <<http://www.bbdoc.com.br>> Acesso em 17 ago. 2003).

A troca de bebês constitui um problema social não só no Brasil, ou nos países em desenvolvimento. Estados Unidos, Nova Zelândia, Canadá, Austrália e Itália, além da Tailândia, Malásia, Israel e Portugal, entre outros Estados, também se deparam com a questão, sem que nenhum deles tenha encontrado uma solução definitiva.

Não existem números oficiais de quantas crianças são trocadas por ano no Brasil<sup>12</sup>. O neonatologista Luciano Barsanti fala em uma troca a cada 6 mil partos<sup>13</sup>, levando-se em conta que ocorrem 5 milhões de nascimentos por ano em território nacional, estima-se então que mais de 800 crianças são trocadas todos os anos em hospitais brasileiros<sup>14</sup>. Recentemente um artigo em uma revista brasileira<sup>15</sup> disse que a taxa de risco de que ocorra uma troca de bebês é de 10%, porém não houve qualquer explicação de como se chegou a tal número, nem quem é a fonte da estatística. Também no exterior não existem dados oficiais. Nos Estados Unidos existem várias pesquisas a respeito, porém todas com resultados conflitantes. Os números variam de 20 trocas ao ano<sup>16</sup> até o número de 500 mil bebês trocados ao ano nos Estados Unidos. O sociólogo Dr. Morton TANDERBERG, em 1998, afirmou que um em cada oito bebês nascidos em um hospital americano é entregue aos pais errados, asseverando, ainda, que nas grandes cidades como Nova Iorque, Los Angeles e Chicago o número de trocas pode ser

---

<sup>12</sup> “Como não existem meios de verificar com exatidão quantas trocas de bebês ocorrem, não existem estatísticas oficiais a respeito do assunto.” (ARRUDA, R. Teste de DNA pode evitar troca de bebês. *O Estado do São Paulo*, 05 nov. 2001, pág. A.9).

<sup>13</sup> Estes dados foram apresentados por ele em entrevista concedida a revista *Época*, (GENÉTICA: Verdade na Geladeira. *Revista Época...* [internet]). Posteriormente os números foram confirmados em entrevista que com ele realizei. Na ocasião, ele esclareceu que os dados foram levantados a partir de um banco de DNA que ele possui. Atualmente essa mesma estatística vem sendo divulgada na mídia com frequência, porém, sem citar a fonte.

<sup>14</sup> No Paraná, o quarto Estado em número de partos no Brasil (179.462 ao ano), segundo dados do DataSUS, se mantida a mesma proporção da estatística, pode-se estimar que aproximadamente 30 bebês sejam trocados por anos em maternidades estaduais (ESTATÍSTICAS. Disponível em: <<http://www.bbdoc.com.br>> Acesso em 17 ago. 2003).

<sup>15</sup> Reportagem apresentada na Revista Dr! A revista do médico, publicação do Sindicato dos Médicos de São Paulo (CARTÃO de DNA esclarece troca de bebês. *Revista DR!* Disponível em: <<http://www.bbdoc.com>> Acesso em: 21 jul. 2003).

<sup>16</sup> NURSERY safety. Disponível em: <<http://wtov.com/nursery.htm>> Acesso em: 07 set. 2001.

consideravelmente maior, chegando a três trocas para cada oito partos<sup>17</sup>. TANDERBERG atribuiu o número tão elevado ao fato de que na maioria dos casos a destroca é descoberta em poucos dias, muitas vezes resolvida antes que mãe e bebê deixem o hospital<sup>18</sup>.

Independentemente do número exato de trocas que ocorrem anualmente, é fato que elas acontecem em uma proporção muito maior que o aceitável<sup>19</sup> e, desse modo, tornou-se um dos maiores medos das mães. Segundo uma pesquisa realizada pelo Hospital Escola Amparo Maternal, 28% das mães tem como a principal preocupação na hora do parto a troca de bebês.

## 2.2 COMO E POR QUE OCORREM AS TROCAS DE BEBÊS

A grande semelhança física existente entre os recém-nascidos, aliada a incapacidade de comunicação e a grande circulação que eles em geral tem nos hospitais (da sala de parto para sala de limpeza, daí ao berçário, e depois ao quarto da mãe, etc) são fatores que contribuem para a ocorrência da troca de bebês.

Existe um maior risco em grandes hospitais<sup>20</sup> públicos, influenciada pelo grande número de partos, e por consequência de bebês circulando no hospital, aliado a carência

---

<sup>17</sup> "It is has been reported by different studies that 100,000 to 500,000 newborns are accidentally switched at birth every year -- and given to wrong parents! According to the 1998 Edition of the Tanderberg Report, (an annual medical study by sociologist Dr. Morton Tanderberg, and as reported by Ann Victoria in Weekly World News, p. 22, on 9-8-98), 500,000 or 1 out of every 8 babies born in American hospitals is sent home with the wrong parents. In many cases, these oversights are caught and corrected within a few days and the babies are returned to their mothers. But on the other end of the scale, Dr. Tanderberg says that in some overcrowded facilities, particularly in large metropolitan areas like New York, Los Angeles and Chicago, the number of switched babies could be considerably higher -- possibly as high as 3 out of 8." (CARANGELO, L. Op. cit. [internet]).

<sup>18</sup> A grande ocorrência de troca de bebês descobertas ainda no hospital, muitas vezes sem que as famílias venham sequer a saber ocorre também no Brasil.

<sup>19</sup> "The problem of babies being given to wrong mothers in hospital nurseries happens more than some people are aware of, said Jeff Aldridge, a technical adviser to the National Center for Missing and Exploited Children." (BARRETT, R. Op. cit [internet]).

<sup>20</sup> "Quanto maior o hospital maiores os riscos. São mais recém-nascidos transportados, ao mesmo tempo, em um mesmo carrinho entre o centro cirúrgico, a sala de assepsia, o berçário e o quarto ou enfermaria onde estão as mães." (PROTÁSIO, R. *Troca de bebês: qual o risco*. Disponível em: <<http://www.topbaby.com.br>> Acesso em 10 jul. 2003).

de recursos, tanto humanos (poucas enfermeiras para o número de bebês) quanto materiais (pulseirinha de identificação em falta ou com baixa qualidade, etc.). Porém, as maternidades pequenas e as particulares não estão isentas de serem palco de uma troca de bebês. Assim, equivocadamente afirma-se que a obrigação de identificação de neonatos é procedimento necessário apenas nos grandes hospitais<sup>21</sup>. Nas pequenas maternidades do interior também é comum ocorrerem trocas de bebês. Há inclusive um caso ocorrido em uma pequena cidade do interior de Santa Catarina em que à noite uma mãe deu a luz a uma menina e o outro parto só foi ocorrer na manhã do dia seguinte, e mesmo com apenas dois recém-nascidos na maternidade a troca de bebês ocorreu. Esse caso evidencia que, embora o número de partos e o tamanho do hospital são certamente fatores<sup>22</sup> que privilegiam a ocorrência das trocas de bebês, não são estas suas causas.

A esse respeito, os fatores que mais contribuem para a incidência de trocas de bebês no interior dos hospitais são:

- a) pulseirinha plástica com fecho que se solta com facilidade;
- b) mães com nomes parecidos ou iguais (quando na pulseirinha fica escrito o nome da mãe): a troca pode ocorrer por dois motivos: ou porque a enfermeira se confunde e escreve os nomes invertidos, ou porque na hora de entregar o bebê enganam-se com o nome da mãe;
- c) pulseirinha feita com esparadrapo: descolam-se com facilidade;
- d) nascimento de vários bebês simultâneos e apenas uma enfermeira para identificar a todos;

---

<sup>21</sup> Paulo Lúcio NOGUEIRA afirma que a obrigação de identificar os neonatos “visam impedir trocas de recém-nascidos que ocorrem em certos hospitais de grande movimento, pois, nos hospitais do interior, em virtude do pequeno número de partos, isso não tem ocorrido, em face da vigilância, mas não deixa de ser conveniente essa prudência.” (NOGUEIRA, P. L. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 23).

<sup>22</sup> Utiliza-se aqui a distinção entre fator e causa que foi definida pela criminologia: causa é algo determinante, enquanto o fator é algo que influencia, mas não determina. Para clarificar a explicação pode-se utilizar um exemplo da própria ciência criminológica: a pobreza é um fator da criminalidade e não uma causa, pois apesar da grande maioria dos bandidos serem pobres, apenas uma minoria dos pobres são bandidos. Assim, a pobreza é um dos fatores que influencia a criminalidade, mas não é determinante (pois nem todo pobre é bandido) (PIMENTEL, M P. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: RT, 1983. p. 17).



- e) falta de conferência das pulseirinhas mãe-bebê na saída do hospital – após a alta;
- f) ausência total de identificação do neonato;
- g) diferenças físicas entre a mãe e o bebê: mãe branca que tem filho negro e mãe negra que tem filho branco, a enfermeira pela semelhança acaba trocando os bebês;
- h) outros: diversos outros motivos podem ocasionar a troca de bebês; um caso atípico ocorreu em Minas Gerais, onde após um black-out no hospital, durante o parto de dois meninos, acabou por comprometer a identificação deles;

Como se pode verificar, na maior parte dos casos a troca ocorre em razão de falhas na identificação do recém-nascido<sup>23</sup>.

### 2.3 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O legislador reconhecendo a importância da identificação dos neonatos<sup>24</sup> obrigou no inciso II do artigo 10 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) os hospitais e demais estabelecimentos de atenção a saúde da gestante a “*identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente*”. Contudo, o método escolhido pelo legislador para o ser o obrigatório não é o mais indicado. Alguns doutrinadores já haviam apontado essa incorreção<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Informação veiculada no site [www.bbdoc.com.br](http://www.bbdoc.com.br).

<sup>24</sup> Neonato e recém-nascido são palavras sinônimas na lição de Ricardo Carlos RIBEIRO: ambas referem-se a criança com até sete dias de vida (RIBEIRO, Ricardo Carlos. *Resumo de Direito da Criança e do Adolescente*. Goiânia: Visão Ed. Publicações, 1997. p. 13). Contudo, aprofunda-se no tema e clarifica a questão Paulo Lúcio NOGUEIRA quando afirma que “a lei não chegou a definir o que seja recém-nascido, mas, segundo magistério de Paulo José da Costa Júnior, somente a doutrina preocupou-se em fazê-lo, oscilando os critérios. Uns falam em sete dias, outros em trinta, outros ainda adotam um prazo genérico de ‘poucos dias’. Finalmente, há os que preferem um critério fisiológico, adotando como término a queda do cordão umbilical.”(NOGUEIRA, P. L. Op. cit., p.294).

<sup>25</sup> O médico José Maria LOPES, membro da Sociedade Brasileira de Pediatria, afirmou que “a impressão plantar do recém-nascido não possibilita a identificação adequada em caso de dúvida.

A identificação do recém-nascido através da impressão plantar é uma técnica antiga, utilizada há mais de um século. O problema da utilização desse método reside nas especiais características que possuem os dermagrafos<sup>26</sup> plantares dos neonatos: as cristas papilares além de serem muito pequenas e delicadas, muitas vezes ainda não estão completamente formadas, havendo assim a chance de ocorrerem mudanças nas dobras podais ao longo do tempo. Outra dificuldade advém da necessidade de se limpar perfeitamente a superfície plantar do bebê antes da retirada do *imprint* podal, para evitar que resíduos existentes nos sulcos plantares, como a impregnação com sangue, líquido amniótico, mecônico e/ou vérnix caseoso, impeçam a obtenção da impressão com a resolução necessária<sup>27</sup>.

O método de colheita da impressão podal do neonato e a tinta utilizada com tal finalidade também são aspectos importantes a fim de assegurar a capacidade de identificação desse método. A tinta das carimbeiras não é eficiente para a retirada da impressão plantar do recém-nascido, ela não produz se não um borrão<sup>28</sup>, o que impossibilita a identificação das características individuais da criança. Também não possui boa capacidade resolutiva a impressão que se retira através do método que utiliza o talco.

Por fim, o método ainda encontra o obstáculo insuperável dos casos em que é impossível a retirada da *imprint* podal. Os recém-nascidos que nascem com problemas cardio-respiratórios ou metabólicos devem ser submetido a procedimentos emergenciais

---

Especialistas na área são unânimes em afirmar que, além do risco de intoxicação com tintas inadequadas, a impressão plantar não é medida de validade na prática diária” (CURY, M.; SILVA, A. F. Do A.; MENDEZ, E. G. (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 49).

<sup>26</sup> Rugosidades presentes nos pés e nas mãos dos seres humanos.

<sup>27</sup> Informação veiculada no site [www.bbdoc.com.br](http://www.bbdoc.com.br).

<sup>28</sup> A perita Bernadete Lyra MORAIS sustentou que a tentativa da retirada da impressão plantar na Ficha de Neonatologia sempre resulta apenas em um borrão (MORAIS, B. L. *Impressão ou borrão*. Disponível em: <<http://www.peritocriminal.com.br/papiloscopia.htm>> Acesso em: Agosto de 2001.). No mesmo sentido, também se manifestou João Alberto Fiorini, delegado-chefe do Serviço de Registros Policiais para Investigações no Paraná, para quem o procedimento só serve para sujar o pé da criança (AKIRA, M. Paraná cria identidade digital para bebês. *Jornal do Estado*. Curitiba, 24 abr. 2001, Seção de Saúde, p. A.8).

que não permitem a retirada da impressão plantar ante a ausência do fator temporal. Os bebês prematuros e os natimortos também não podem ter as impressões podais retiradas; estes em razão da maceração dos tecidos e aqueles pelo desaparecimento ou embotamento dos sulcos plantares, mesma situação que também pode advir de um edema<sup>29</sup>.

A retirada da digital do recém-nascido também não é possível<sup>30</sup>. Os dermatografos da mão do bebê, assim como ocorre com os dos pés, são muito pequenos e delicados não sendo possível de serem registrados no momento do parto. O delegado João Alberto Fiorini, responsável por colher as primeiras impressões digitais de um recém-nascido<sup>31</sup> no mundo, somente conseguiu o feito utilizando um equipamento especial, pois as tentativas anteriores com um microscópio não fora possível ante a pequenez dos sulcos dos dedos dos neonatos<sup>32</sup>. Porém, o método apesar de eficiente para outros fins, como nos relacionados ao tráfico de bebês, não garante identificação apta a evitar troca de bebês, pois a colheita da impressão só pode ocorrer seis horas após o parto<sup>33</sup> e não pode ser feita em bebês prematuros.

Assim sendo, a retirada da impressão plantar ou digital do bebê não se constitui como meio seguro para a identificação de neonatos a fim de evitar a troca de bebês.

Muita confusão, contudo, ainda gera a redação do inciso II do artigo 10 do ECA. Algumas pessoas interpretaram-no como estabelecedor da necessidade da feitura da

---

<sup>29</sup> Informação obtida no site [www.bbdoc.com.br](http://www.bbdoc.com.br).

<sup>30</sup> Nesse sentido afirma Jeff Aldridge “babies can’t be accurately fingerprinted because their fingers have not developed the ridges necessary to make such identification useful” (BARRETT, R. Op. cit. [internet]).

<sup>31</sup> A impressão digital do neonato pode ser colhida graças a uma técnica que combina fotografia e ampliação digital da imagem, em método que possibilita a ampliação em até 40 vezes a obtida no sistema tradicional. Para tal façanha, Fiorini utilizou um microscópio esteroscópico (ou lupa entomológica), equipamento utilizado em microcirurgias (AKIRA, M. Op cit. [internet]).

<sup>32</sup> São até trinta vezes menor que a de um bebê (Id.)

<sup>33</sup> O melhor momento para a identificação do neonato, não importa qual o método utilizado, é o momento de seu nascimento, pois só nessa hora é que há a certeza de quem ele é e quem é sua mãe (ARRUDA, R. 10% dos brasileiros podem não ter os pais que pensam ter. *O Estado de São Paulo*. 21/10/2001 Disponível em: <<http://www.estado.estadao.com.br/editoriais/2001/10/21/ger024.html>> Acesso em: 05 nov. 2001).

carteira de identidade do recém-nascido<sup>34</sup>. Outros confundiram o teste do pezinho<sup>35</sup> com a retirada da impressão plantar<sup>36</sup>. O desconhecimento também pode ser observado na área jurídica onde alguns doutrinadores, desconhecendo a pouca eficiência do método nesse caso, ainda sustentam a importância da retirada da impressão plantar dos recém-nascidos como forma de evitar a troca de bebês<sup>37</sup>.

Uma dúvida que surge com a leitura do inciso II do artigo 10 do ECA é: por que o legislador não tornou obrigatória a identificação dos recém-nascidos pelo método mais utilizado nos hospitais brasileiros, a colocação da pulseirinha? O sistema que hoje é possível de ser encontrado sob diversas modalidades (pulseirinha só com local para o nome da mãe ser escrito, com um número já impresso, com código de barras, com um chip que envia ondas a antenas instaladas no hospital e conectada a uma central de computadores etc.) é muito mais eficiente para a identificação de recém-nascidos. Contudo, se não regulou a situação, prudente foi a atitude do legislador de deixar aberta a

---

<sup>34</sup> Nesse sentido declarou o chefe da identificação civil do Recife, Eduardo Ferreira, quando afirmou: não existe idade adequada para tirar a carteira de identidade, a legislação determina que elas devem ser retiradas na hora do nascimento, mas as maternidades não têm estrutura organizada para isso”. Em reportagem sobre o assunto, anunciou o jornal, aumentando a confusão: “pouca gente sabe, mas o Estatuto de Defesa (sic) da Criança e do Adolescente determina que o documento de identificação civil (a carteira de identidade) deve ser tirado ainda na maternidade. É importante que o registro seja emitido logo nas primeiras horas de vida para evitar problemas como a troca de bebês ou o tráfico de crianças.” (IDENTIFICAÇÃO civil na maternidade. *Diário de Pernambuco*. Recife, 12 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://www.dpnet.com.br>>. Acesso em: 14 out. 2001.)

<sup>35</sup> Exame realizado através da punção no calcanhar da criança, visando verificar se há no bebê fenilcetonúria ou hipotireoidismo. Atualmente o teste é realizado 48 horas após o primeiro aleitamento no mínimo e no máximo até cinco dias após o nascimento do bebê (CURY, M.; SILVA, A. F. Do A.; MENDEZ, E. G. (coord.). *Op. cit.* p. 49)

<sup>36</sup> Foi o que ocorreu com o diretor de um famoso hospital da região metropolitana de Curitiba, que declarou que “o teste do pezinho, além de ser útil para a identificação de doenças, se bem feito, é também uma boa forma de identificação” (AKIRA, M. *Op. cit.* [internet]). Equivocou-se o médico ao confundir a retirada da impressão plantar com o teste do pezinho, este último realizado com uma simples gota de sangue retirada do pé do bebê 24 horas após o parto, e, portanto, incapaz de garantir a identificação de neonatos.

<sup>37</sup> Afirma Paulo Lúcio NOGUEIRA que “a identificação do recém-nascido mediante a sua impressão plantar e digital e a impressão digital da mãe não deixam de ser uma exigência necessária, principalmente nos hospitais de grande movimento para evitar trocas de bebês” (NOGUEIRA, P. L. *Op. cit.*, p. 23). No mesmo sentido manifestou-se o juiz José Dantas (DR. JOSÉ Dantas. Disponível em: <<http://www.tvpontaneira.com.br/60min/entrevista.asp?ID=53>> Acesso em 09 jun. 2003.) ao dizer que “depois do ECA” a ocorrência de uma troca de bebês “ficou muito dificultada, pois agora se exige muitos procedimentos para se identificar uma criança na maternidade.”

questão possibilitando que as autoridades competentes (no caso as Secretarias de Saúde<sup>38</sup>) estabeleçam outras formas obrigatórias para a identificação dos recém-nascidos.

## 2.4 A DESCOBERTA

A falta da regulamentação de um método realmente efetivo de identificação de recém-nascidos, capaz de evitar a troca de bebês impede que o número de ocorrências diminua. O problema é grave, ainda mais, levando-se em conta que as pessoas envolvidas podem nunca descobrir que ocorreu uma troca de bebês ou pior, podem vir a saber do fato mas não conseguirem jamais encontrar a outra família envolvida.

Dos casos estudados nesse trabalho foi possível elaborar uma lista das maneiras mais comuns pelas quais as pessoas descobrem que houve uma troca de bebês, e o que se verificou é que muitas vezes a descoberta ocorre acidentalmente. São fatores que comumente acarretam a descoberta de trocas na maternidade:

- a) investigação de paternidade: a mãe buscando que o suposto pai da criança reconheça-a, ingressa com uma ação judicial e pede a realização do exame de DNA, qual a surpresa quando ao ver o resultado descobre que a criança não é filha daquele pai e nem dela própria (mãe);
- b) tipo sanguíneo incompatível: quando o filho por algum motivo (doação de sangue, exame para fins empregatícios) descobre que seu tipo sanguíneo ou seu rh é incompatível com o de seus pais;
- c) ausência de semelhança física entre os pais e o bebê: é o caso clássico dos pais negros com uma filha loira ou o inverso;
- d) gêmeos idênticos trocados – a família acha que os gêmeos eram fraternos até que alguém (um amigo ou parente) encontra o outro gêmeo, idêntico;

---

<sup>38</sup> DIACOMO, M. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <<http://www.mp.pr.gov.br>> Acesso em: 21 ago 2001.

- e) encontro de uma criança de extrema semelhança física a outra pessoa de que aquela não é parente – a semelhança faz com que surja a suspeita;
- f) descoidência entre as informações na pulseirinha – bebê que foi corretamente identificado mas acabou sendo entregue para uma pessoa diferente de sua mãe pela não conferência do bracelete no hospital (pode ocorrer com qualquer modalidade de pulseirinha, salvo com a que contém o chip);
- g) diferença de sexo - ocorre quando nos exames pré-natais o sexo do nascituro foi previsto em sentido diverso daquele verificado no neonato, ou quando na hora do parto anuncia-se um sexo e após um bebê com sexo oposto é entregue a mãe;
- h) outros - a troca de bebês pode ocorrer por outros tantos fatores, entre eles pode se citar a mãe que vem a saber das suspeitas da enfermagem de ter ocorrido troca no seu parto, ou da que ouve seu bebê nascer chorando e após lhe é dito que seu bebê nasceu morto;

De todos esses casos a diferença física entre os pais e o bebê<sup>39</sup> é a causa que traz maior desconfiança, seguido de perto pela incompatibilidade sangüínea. Atualmente, porém, com a popularização dos exames de DNA<sup>40, 41</sup>, torna-se cada vez mais freqüente as descobertas ocorridas através de testes realizados para fins de investigação de paternidade.

Os testes de DNA também assumiram grande importância como meio de prova nos casos de troca de bebês<sup>42</sup>. No passado, a prova era extremamente difícil; de um lado,

---

<sup>39</sup> “A experiência em clínicas pediátricas reconhece que eventuais dúvidas quanto à maternidade surgem até os oito meses de idade quando então se firmam as características físicas da criança.” (CARTÃO de DNA esclarece troca de bebês. *Revista DR!* [internet].).

<sup>40</sup> Nos últimos seis anos o valor do exame de DNA diminuiu muito; hoje com apenas R\$ 400,00 já é possível realizá-lo (DEMANDA por exames de DNA cresce 30% este ano. Disponível em: <<http://www.fisioterapia.com.br>> Acesso em: 26 set. 02).

<sup>41</sup> A Lei nº 10.317/01 acrescentou o inciso IV ao artigo 3º da Lei nº 1.060/50 que trata da assistência judiciária. Dispõe a nova regra que à assistência judiciária também compreende a isenção “das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade”.

<sup>42</sup> O laboratório Biocod de Minas Gerais declarou que está crescendo o número de pedidos de exames de DNA para a confirmação de possíveis trocas de bebês (DEMANDA por exames de DNA... [internet]).

era difícil provar que a troca tinha acontecido (em geral analisava-se as características físicas do casal e do bebê), por outro lado, era ainda mais complicado localizar a outra família envolvida, pois o único recurso existente era o visual (em alguns casos um exame de sangue, as impressões plantares, ou dados clínicos podiam auxiliar), impossibilitando-se de qualquer forma a *garantia* de que a troca de fato ocorrera e quem era a outra criança.

A localização da outra família envolvida na troca de bebês até hoje continua sendo uma questão importante a fim de se resolver o problema. A falta de cooperação dos hospitais<sup>43</sup> com os pais que manifestam sua suspeita é um dos fatores relevantes. Muitas maternidades com medo de uma futura ação de indenização tentam evitar ao máximo que os pais consigam comprovar a troca e encontrar a outra criança. Também traz dificuldades o fato dos registros hospitalares serem conservados por um curto período. Muitas vezes ocorreu que, quando os pais descobriram a troca, os prontuários médicos referentes a época do parto já haviam sido incinerados, o que diminuiu as chances de identificação da outra família e localização da criança. Nesse sentido, a criação da obrigatoriedade dos hospitais de “manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de 18 anos”<sup>44,45</sup>, estabelecida no inciso I do artigo 10 do ECA<sup>46</sup>, vem prestar importante auxílio para os pais que buscam localizar onde está seu filho biológico após terem descoberto a troca de bebês.

---

<sup>43</sup> Em Foz de Iguaçu, um pai, que suspeitava que sua filha havia sido trocada na maternidade, levou dois anos buscando sozinho todas as crianças que haviam nascido no mesmo dia e hospital de seu bebê até localizar sua filha biológica e comprovar a troca (KÖNIG, M. Pais dizem que vão processar hospital por troca de bebês. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 19 jun. 2003, p. 5).

<sup>44</sup> O prazo de 18 anos parecia ser o ideal a época da edição do ECA. Hoje, porém, com os modernos sistemas computadorizados de armazenamento de dados, o lapso poderia ser aumentado sem acarretar maiores problemas à maternidade, pois em alguns casos a troca só é descoberta após a maioria da criança quando os arquivos já não existem mais (foi o que ocorreu em São Paulo, quando somente aos 24 anos do rapaz foi descoberta a troca).

<sup>45</sup> “Manutenção dos registros das atividades desenvolvidas durante 18 anos: seria extremamente útil para estudos futuros se esta medida viesse acompanhada de uma normatização dos dados mínimos, básicos, que necessitam ser arquivados. Não temos, hoje no Brasil, uma ficha de identificação neonatal padronizada e em uso nas instituições que atendem aos recém-nascidos” (LOPES, J. M. Comentários ao artigo 10 do ECA. *In*: CURY, M.; SILVA, A. F. Do A.; MENDEZ, E. G. *Op. cit* (coord.), p. 49).

<sup>46</sup> O desrespeito a essa obrigação está tipificado no artigo 228 do mesmo diploma legal.

### 3 RESPONSABILIDADE PENAL

O ECA não apenas estabeleceu para os hospitais o dever de identificar, mediante impressão plantar e digital, o recém-nascido, como também criminalizou a conduta de “deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde da gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto”, conforme o disposto na primeira parte do artigo 229 do Estatuto<sup>47</sup>. A seguir, analisaremos os tipos penais em questão, entre outros temas pertinentes.

#### 3.1 CONDUTA TÍPICA

A doutrina comumente apresenta como sendo o fim dessa norma a prevenção da troca de bebês<sup>48</sup>, ou a punição dos culpados quando da sua ocorrência. Contudo, essa interpretação não é a mais correta. Analisando o núcleo do tipo observa-se que a conduta descrita “deixar de identificar corretamente” abrange a identificação incorreta e a não-identificação<sup>49</sup>, porém não abarca os outros fatores que ocasionam as trocas na maternidade. Não se encontra compreendida na regra, assim, a identificação falha (aquela que se utiliza de métodos ineficientes, como quando a pulseirinha solta-se, borra-se ou rompe-se), nem os casos em que apesar da identificação correta, os bebês são entregues a mães erradas por descuido na conferência da identificação. Portanto, mais acertado é o

---

<sup>47</sup> A ação penal correspondente ao delito classifica-se como pública incondicionada, quanto aos legitimados para seu exercício, segundo o artigo 227 do ECA.

<sup>48</sup> Manifestam-se nesse sentido: Paulo Lúcio NOGUEIRA (NOGUEIRA, P. L. Op. cit. p. 295) e Ricardo Carlos RIBEIRO (RIBEIRO, R. C. Op. cit., p. 106).

<sup>49</sup> A maioria dos autores cita apenas uma conduta típica, por exemplo, Wilson LIBERATI (LIBERATI, W. D. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 213) só se refere a ausência de identificação, enquanto Felício PONTES (PONTES, F. In: CURY, M.; SILVA, A. F. Do A.; MENDEZ, E. G. (coord.). Op. Cit., p. 742.) trata apenas da identificação incorreta. Contudo, estando o advérbio “corretamente” integrando o tipo penal e qualificando o verbo identificar, outra conclusão não se extrai senão que ambas as condutas encontram-se tipificadas.



entendimento de que o bem protegido por essa norma penal<sup>50</sup> é o da segurança na identificação dos neonatos logo após o parto<sup>51</sup>, ou seja, a garantia de que cada um seja identificado corretamente.

Resolvida essa questão preliminar surge a pergunta: o que significa “deixar de identificar corretamente” o bebê e sua mãe? A princípio poder-se-ia pensar que sempre que em um hospital não fosse possível de se determinar de quem dado recém-nascido era filho, ou ainda, quando se identificasse os neonatos de modo trocado (por qualquer método) teria ocorrido a conduta prevista no núcleo do referido tipo penal. Porém, uma vez que a própria lei impõe a obrigação aos hospitais de identificarem os neonatos com o registro de sua impressão plantar e digital e a parturiente mediante sua impressão digital, outra conclusão não pode ser extraída<sup>52</sup> do tipo a não ser a que “deixar de identificar corretamente” significa a utilização dos parâmetros estabelecidos no inciso II do artigo 10 do próprio ECA<sup>53,54</sup>, ou seja, para a configuração do delito é necessário que o registro da impressão plantar e digital do bebê, e da impressão digital da parturiente tenha se realizado de forma incorreta.

---

<sup>50</sup> O tipo descrito no artigo 229 do Estatuto pode ser classificado como crime de mera conduta, uma vez que eventual resultado advindo do ato é irrelevante para a consumação do delito; a ocorrência ou não de uma troca de bebês após o parto seria, portanto, irrelevante no caso. Importante ressaltar, contudo, que alguns autores não aceitam essa classificação e entendem que só se opõem aos crimes materiais (em que a consumação depende de um resultado), os crimes formais, os quais englobariam todos os demais delitos para os quais o resultado é irrelevante a sua consumação. Contudo, cada dia mais doutrinadores passam a adotar a primeira divisão, que tem como seu maior defensor Damásio de JESUS [ad tempora], a qual diferencia os crimes formais dos de mera conduta na medida que naqueles a lei previu um resultado da conduta, ainda que este não seja considerado para fins de consumação delitiva, sua ocorrência implica no exaurimento do crime, enquanto neste a lei tão-somente tipificou a conduta sem sequer mencionar algum resultado decorrente dela.

<sup>51</sup> LIBERATI, W. D. Ob. cit. p. 215.

<sup>52</sup> A interpretação autêntica contextual, aquela que é dada pela mesma lei (um de seus dispositivos esclarece a outro), é a única forma interpretativa de uso obrigatório.

<sup>53</sup> A maioria da doutrina (Jason ALBERGARIA, João Roberto ELIAS, Alberto Silva FRANCO e Sebastião O. FELTRIN) manifesta-se dessa mesma maneira, entendendo o artigo 229 como meio de tornar efetiva a obrigação instituída no inciso II do artigo 10 do ECA.

<sup>54</sup> A interpretação que estenda a definição de identificação correta também àquelas formas reguladas pela “autoridade competente”, conforme faculdade prevista no mesmo inciso do artigo 10 do ECA não pode ser aceita por ferir o princípio da legalidade insculpido no artigo 5º, XXXIX, da Constituição, que prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina”, no qual o vocábulo “lei” deve ser compreendido em seu sentido formal.

### 3.2 SUJEITO PASSIVO

O artigo 229 do ECA estabelece como sujeito passivo da conduta aquele que sofre os efeitos do delito, ou seja, o neonato ou a parturiente. Contudo, a redação do dispositivo contém uma impropriedade técnica que pode ocasionar uma interpretação equivocada do tipo penal. Utilizando-se apenas o método interpretativo gramatical, aquele que leva em conta tão-somente o sentido literal das palavras, concluir-se-ia que só haveria crime se o bebê e a sua mãe, ambos, deixassem de ser identificados corretamente, uma vez que o legislador utilizou a conjunção coordenativa aditiva “e” (que estabelece relação de soma). Contudo, através dos outros métodos interpretativos, sobretudo o sistemático e o *mens legis*, conclui-se que ocorreu um erro material na redação do artigo, e onde se lê “e”, deve-se ler “ou”<sup>55</sup>. Torna-se claro, assim, que haverá crime toda vez que o neonato *ou* a parturiente não forem identificados corretamente<sup>56</sup>.

### 3.3 SUJEITO ATIVO

De acordo com o estabelecido na própria norma penal, só pode ser sujeito ativo do delito aquele que realiza o fato tipificado, i.e. “o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde”. Trata-se, portanto, de *crime próprio*, pois somente essas categorias de pessoas elencadas na lei podem realizar a conduta descrita na norma incriminadora. Tal limitação encontra direta relação com o fato do artigo 229 do ECA ter sido elaborado como meio de efetivação da obrigação instituída aos hospitais no inciso II do artigo 10 do mesmo diploma legal, conforme acima esclarecido.

---

<sup>55</sup> As leis penais devem ser interpretadas de forma declarativa ou até restritiva, não podendo jamais serem ampliadas, salvo em benefício do réu. Contudo, também é regra da hermenêutica que o resultado da interpretação não pode acarretar a inefetividade do dispositivo [ad tempora].

<sup>56</sup> “...a omissão tipificada no art. 229 do ECA encontra expressão sob duas espécies de conduta. Na primeira, o agente não identifica, por ocasião do parto quer o neonato, quer a parturiente.” (FRANCO, A. S.; FELTRIN, S. O. Estatuto da Criança e do Adolescente. In: FRANCO, A. S.; STOCO, Rui. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7ª ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 527.)

O enfermeiro é quem, dentro da organização interna de tarefas nos hospitais, possui a responsabilidade pela identificação dos pacientes, inclusive dos recém-nascidos logo após o parto. Assim, torna-se claro que se a falta de identificação correta foi tipificada, o enfermeiro deveria figurar como sujeito ativo.

O médico, apesar de em princípio não ser o responsável pela identificação, pode eventualmente sê-lo em circunstâncias especiais, como por exemplo na falta de efetivo no momento da realização de um parto ou pela alteração das regras internas da maternidade. Logo, a inclusão dele nesse rol foi uma medida de cautela do legislador estatutarista que buscou garantir a máxima eficiência do dispositivo.

Contudo, as mesmas observações não podem ser tecidas em relação ao “dirigente de estabelecimento de atenção à saúde”. Alberto Silva FRANCO e Sebastião O. FELTRIN, por ocasião dos comentários aos dispositivos penais do ECA, teceram inúmeras críticas às imprecisões terminológicas do Estatuto, concluindo que o tipo penal descrito na primeira parte do artigo 229 do ECA, “por sua generalidade, lesa o princípio da legalidade, constitucionalmente tutelado”<sup>57</sup>, pois o Estatuto em nenhum momento define o que seja um dirigente. É ele o diretor? Qualquer diretor? O presidente? E um “estabelecimento de atenção à saúde da gestante”, o que é?

Além da imprecisão terminológica, a inclusão do dirigente no rol dos agentes esbarra em outro problema: o princípio constitucional da intranscendência da pena<sup>58</sup>, segundo o qual responde penalmente pelo delito apenas quem o cometeu, numa nítida diferenciação da responsabilidade civil, na qual o superior hierárquico responde por seus subordinados e prepostos. Assim, o dirigente não poderá ser responsabilizado penalmente se um de seus funcionários (enfermeiro ou médico) identificou incorretamente o recém-nascido ou a parturiente, sendo a responsabilização somente possível por uma não-identificação quando dele tenha decorrido instrução de não se realizá-la conforme o

---

<sup>57</sup> Id.

<sup>58</sup> O princípio, o qual decorre de uma garantia prevista no inciso XLV do artigo 5º da CF88 (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado”), é um limite à atuação estatal, uma vez que apenas permite que o Estado exerça sua pretensão punitiva em face do criminoso.

disposto no inciso II do artigo 10 do ECA ou quando ele, sabendo da possibilidade da identificação não se realizar (falta de material ou funcionário sem treinamento, etc.), não atuou no sentido de garantir sua efetivação dentro dos padrões legalmente exigidos. Enfim, não poderá o dirigente ser responsabilizado penalmente sem que ele tenha realizado uma ação ou omissão correspondente à tipificada.

Claro está que o rol dos sujeitos ativos elencados pelo legislador não é o melhor. Contudo, observa-se que o problema relativo à especificação dos agentes desse delito possui direta ligação com o fato de que no Brasil inexistia a responsabilidade penal da pessoa jurídica<sup>59</sup>. Conforme se depreende da sistemática do ECA, a obrigação de corretamente identificar o neonato e a parturiente foi atribuída aos hospitais, porém, com vistas a efetivar a medida, o legislador criminalizou a conduta da falta de identificação correta, mas não podendo responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica, ele definiu como os sujeitos ativo do crime as três profissões mais comuns nos estabelecimentos de saúde: médico, enfermeiro e dirigente.

Entretanto, a responsabilização penal da pessoa jurídica, mesmo que venha a ser admitida no futuro, como sustenta parte da doutrina no Brasil<sup>60</sup>, não resolveria a questão de pronto, pois o tipo penal continuaria a se referir expressamente às três categorias profissionais, demandando uma reforma legislativa. Porém, independentemente

---

<sup>59</sup> Grande polêmica existe em torno do tema ante a redação do § 5º do artigo 173 e § 3º do artigo 225 ambos da Constituição Federal, reforçado pela Lei 9.605 que trata dos crimes ambientais. Embora existam autores que sustentem que a CF88 abriu a possibilidade da pessoa jurídica ser responsabilizada penalmente, a maioria da doutrina parece se inclinar no sentido contrário, sustentando erros e imperícias técnicas da lei de crimes ambientais e na equivocada interpretação dos dispositivos constitucionais. Nesse sentido já se manifestaram grandes penalistas como René Ariel DOTTI, Miguel REALE JR. e Luiz Régis PRADO (In: PRADO, L. R. (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001; passim).

<sup>60</sup> Claus ROXIM sustenta que a responsabilidade da pessoa jurídica possui grande papel no futuro do Direito Penal Para ele a irresponsabilidade delas acarreta: a) a dificuldade de punição, pois a responsabilidade nas empresas se distribui entre tantas pessoas que é difícil provar a culpabilidade de um indivíduo; b) a punição de uma pessoa substituível (do ponto de vista da pessoa jurídica), o que não fornece tutela eficaz ao problema. Porém, o próprio doutrinador reconhece a necessidade de uma grande reforma nos conceitos penais clássicos a fim de se construir regras especiais de imputação para só então se admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas (ROXIM, C. Tem futuro o Direito Penal? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 790, p. 473-474, ago. 2001).

do aspecto penal, certo é que as maternidades podem ser responsabilizadas administrativamente pela desobediência à regra de identificação prevista no ECA, com sanções muito próximas às que geralmente são aplicadas no âmbito criminal para as pessoas jurídicas<sup>61,62,63</sup>.

Ainda sobre os sujeitos ativos, cumpre ressaltar que por se tratar de crime omissivo<sup>64</sup>, não há concurso de pessoas, pela impossibilidade de se dividir as tarefas buscando obtenção de um fim comum. Assim, se mais de um indivíduo houver se omitido, deixando de identificar corretamente o neonato ou a parturiente, então cada conduta será considerada completa e autônoma em si, respondendo cada agente isoladamente por sua omissão.

### 3.4 TIPO DOLOSO

Segundo a teoria da vontade adotada pela Código Penal, no tocante ao dolo direto<sup>65</sup>, dolo é a consciência<sup>66</sup> e a vontade<sup>67</sup> de praticar o fato típico. Assim, comete o delito na modalidade dolosa todo aquele que age buscando deixar de identificar corretamente o neonato ou a parturiente. Há, portanto, nessa modalidade uma orientação

---

<sup>61</sup> Luiz LUISI relaciona as sanções penais mais comumente aplicadas às pessoas jurídicas nos países que responsabilizam-nas criminalmente: multa, interdição, proibição de realizar determinados negócios ou operações e a vigilância feita por autoridade (LUISI, L. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, L. R. (coord.). Op. cit., p. 79-99 [passim]).

<sup>62</sup> “As penas que podem sofrer as pessoas jurídicas, como as de multa, por exemplo, não são, rigorosamente, penas de direito penal, ou penas criminais, mas penas de direito administrativo” (LUNA CUNHA. Apud: SALES, Sheila J. S. Anotações sobre o princípio *societas deliquere non potest* no Direito Penal moderno: um retrocesso praticado em nome da política criminal. In: Ibid, p. 202).

<sup>63</sup> Miguel REALE JR. sustentou em recente trabalho que “muitas vezes as infrações administrativas e as punições no âmbito do direito administrativo são muito mais eficientes, eficazes e maiores do que o recurso a lei penal” (REALE JR, A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: Ibid., p. 139).

<sup>64</sup> O tipo penal previsto no artigo 229, primeira parte, do ECA trata-se de um crime omissivo próprio, também chamado de omissivo puro, ou seja, aquele que se consuma com a simples abstenção de uma conduta independente de qualquer resultado.

<sup>65</sup> Para a conceituação de dolo eventual o CP adotou a teoria do assentimento.

<sup>66</sup> Consciência com relação à conduta, ao resultado e ao nexa causal.

<sup>67</sup> Vontade de realizar a conduta e de provocar o dano.

da conduta baseada em um querer do agente, sem, contudo, que os motivos da omissão sejam elementos necessários para a configuração do delito<sup>68</sup>.

Quem praticar dolosamente o crime estará sujeito a uma pena de seis meses a dois anos de detenção<sup>69</sup>. Pela sistemática do Código Penal (CP)<sup>70</sup>, só o agente reincidente deveria cumprir a pena em regime semi-aberto, todos os demais (primários) em regime aberto. Entretanto, salvo situações excepcionais, nenhum deles ficaria preso, pois ante as circunstâncias objetivas do delito, o autor poderia ter sua pena, inicialmente privativa de liberdade, substituída por uma restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária e limitação dos fins de semana), ou mesmo, excepcionalmente, obter um *sursis* (suspensão condicional da pena<sup>71</sup>). De modo que, quando o legislador elaborou o ECA, criminalizou a omissão da identificação correta do neonato e da parturiente, porém, quando estabeleceu as respectivas penas já sabia que se alguém cometesse o delito, mesmo que dolosamente, jamais seria preso.

---

<sup>68</sup> Em alguns tipos penais, além do dolo exige-se também um especial fim de agir para a configuração do delito, como no crime de furto há a necessidade do objeto subtraído ser “para si ou para outrem”. No caso do delito tipificado na primeira parte do artigo 229 o legislador não faz esse tipo de exigência, configurando-se o crime independentemente dos motivos que levam o sujeito ativo a agir; sendo claro, entretanto, que se o motivo for de relevância social, se é que tal possibilidade existe nesse crime, incidirá a atenuante genérica prevista no artigo 65 do CP.

<sup>69</sup> Prescreve a pretensão punitiva do Estado em quatro anos, contados a partir da consumação do delito, salvo incidência de causa interruptiva (recebimento da denúncia ou sentença condenatória recorrível, no caso).

<sup>70</sup> A sistemática do CP não é mais aplicável ao tipo desde que entrou em vigor a Lei 10.259/01 (*Lei dos Juizados Especiais Federais*), contudo, sua análise é importante, uma vez que foi com base nela que o legislador construiu o tipo penal. Na seqüência, entretanto, veremos o atual tratamento da questão e compararemos os dois sistemas.

<sup>71</sup> Nele a execução da pena privativa de liberdade é suspensa por um tempo (em regra, de 2 a 4 anos) mediante o cumprimento de certos requisitos; se tudo transcorrer corretamente, conforme o combinado, ao fim do prazo estipulado ocorrerá a extinção da pena.

### 3.5 TIPO CULPOSO

Quem, com sua conduta, inobserva um dever de cuidado<sup>72</sup> e realiza o fato descrito na primeira parte do artigo 229, combinado com o parágrafo único, ambos do ECA, comete o delito na modalidade culposa. Assim, ocorrerá o crime toda vez que médico, enfermeiro ou dirigente agindo com negligência, imprudência ou imperícia, deixar de identificar corretamente a parturiente ou neonato. Aplica-se à espécie a pena de dois a seis meses de detenção<sup>73</sup>, sendo válidas também aqui as observações feitas acerca do tema quando analisada a execução da pena no tópico anterior (tipo doloso).

### 3.6 OS JUIZADOS ESPECIAIS

As leis que instituíram os Juizados Especiais Estaduais (Lei 9.099/95) e Federais (Lei 10.259/01) alteraram o tratamento dado ao tipo penal insculpido na primeira parte do artigo 229 do ECA.

Primeiramente a Lei nº 9.099/95, ao estabelecer como crimes de menor potencial<sup>74</sup> ofensivo “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial” (art. 61), tornou o tipo culposo de deixar de identificar corretamente neonato ou parturiente um delito de competência absoluta dos Juizados Especiais.

---

<sup>72</sup> Três são as modalidades através das quais se realiza o tipo culposo: a) imprudência: conduta positiva em que o agente por agir com afoiteza ou precipitação cria um perigo desnecessário; b) negligência: conduta negativa do agente que deixa tomar uma precaução por relaxamento, preguiça ou indiferença; c) imperícia: implica na incapacidade ou falta de conhecimentos técnicos no exercício de arte ou ofício.

<sup>73</sup> A pretensão punitiva do Estado prescreve em dois anos, situação muito fácil de se configurar, pois muitas vezes a troca de bebês leva anos para ser descoberta.

<sup>74</sup> Conforme previsão do inciso I do artigo 98 da CF88.

A partir de 1996, com a entrada em vigor da Lei 9.099/95, então, todos os institutos despenalizadores<sup>75</sup> e descarcerizadores<sup>76</sup> previstos na Lei dos Juizados Especiais Estaduais passaram a ser aplicados ao delito tipificado na primeira parte do artigo 229 do ECA, c/c seu parágrafo único. Como consequência, esse crime deixou de ser investigado através de inquérito policial<sup>77</sup>, passando a polícia a realizar mero Termo Circunstanciado<sup>78</sup>, o qual “nada mais é que um boletim de ocorrência minuciosamente elaborado”<sup>79</sup>. Por outro lado, o processo que antes se desenvolvia pelo procedimento ordinário previsto no Código de Processo Penal passou a ser sujeito ao rito sumaríssimo, típico dos Juizados, e caracterizado pela concentração máxima dos atos processuais, tudo sob a égide dos princípios da informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade<sup>80</sup>.

Posteriormente, em 2001, foi editada a Lei nº 10.259, que entrou em vigor no início do ano seguinte, e que em seu artigo 2º, parágrafo único, ampliou o conceito de crime de menor potencial ofensivo, passando a abranger “os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa” e desse modo trazendo para a competência dos Juizados Especiais também o tipo doloso do delito de deixar de identificar corretamente neonato ou parturiente.

---

<sup>75</sup> Segundo Luiz Flávio GOMES, despenalizar é “adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos sua redução” (GOMES, L. F. Direito Penal mínimo. *Revista do Conselho de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, vol. 1, n.1, p. 74, jan. /jun. 1995). A transação penal e a suspensão condicional do processo constituem-se, assim, em alternativas à aplicação da pena, uma vez que não visam só evitar sua aplicação, mas sim a própria instauração ou desenvolvimento do processo. Diferem, pois, das medidas substitutivas em que a pena privativa de liberdade inicialmente fixada é só posteriormente substituída por outra, como ocorre, por exemplo com as restritivas de direito.

<sup>76</sup> As medidas descarcerizadoras (parágrafo único do artigo 69 da Lei nº 9.099/95) visam evitar a prisão cautelar.

<sup>77</sup> Segundo Luiz Flávio Borges D’URSO, assim, se “mutilou o mecanismo de busca de prova” (D’URSO, L. F. B. In: MORELLE, Ítalo. *Pseudo Humanismo: crime organizado*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em: 25 mai. 2003.)

<sup>78</sup> Acompanhado apenas dos laudos periciais indispensáveis a causa.

<sup>79</sup> GOMES, L. F. *Juizados Criminais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em 10 jul. 2003.

<sup>80</sup> Conforme previsão expressa do artigo 62 da Lei nº 9.099/95.



Assim, em 2002, o crime tipificado na primeira parte do artigo 229 do ECA, passou a ser disciplinado pelas mesmas regras processuais (as dos Juizados Especiais) para suas duas modalidades, além de lhe ser aplicado o instituto despenalizador da transação penal. À modalidade culposa foi possibilitado ainda, a suspensão condicional do processo.

Os Juizados Especiais foram criados com o objetivo principal de agilizarem a prestação jurisdicional, ao mesmo tempo que introduziram a justiça consensual penal no Brasil. Contudo, em prol da celeridade processual, acabou por se limitar a possibilidade de produção de provas<sup>81</sup> e reduziu-se quase a zero os casos de condenação. Tanto a transação penal, cumprimento voluntário de uma sanção penal (pena restritiva de direito ou multa), quanto a suspensão condicional do processo (a qual corresponde ao cumprimento de determinadas condições por um prazo pré-fixado pelo juiz) acarretam uma não condenação do réu, ainda que este se reconheça culpado. Ou seja, não haverá sentença condenatória, conseqüentemente inexistirá inscrição no rol dos culpados; se cometer outro fato delituoso o agente não será considerado reincidente (apenas não poderá mais usufruir do benefício durante alguns anos) e também nada constará em eventual consulta aos seus antecedentes criminais.

Possível notar, dessa forma, que a tutela penal do bem jurídico da segurança da identificação dos recém-nascidos, com o claro fim de evitar a troca de bebês, tornou-se ainda mais fraca após a edição das Leis dos Juizados Especiais. Se com a sistemática do CP a proteção já era fraca, pois implicava sempre na aplicação de penas substitutivas, agora, apenas com as sanções alternativas (o que na prática, em regra, se resume ao pagamento de algumas cestas básicas) e sem os efeitos secundários da condenação criminal (inscrição no rol de culpados, etc), o tipo penal descrito na primeira parte do

---

<sup>81</sup> No procedimento sumaríssimo a audiência é una e todos os atos se realizam com extrema concentração. Contudo, muitas vezes, ante a aplicação da transação penal ou da suspensão condicional do processo, não se chega sequer a tal fase, o que implica na prática, em um processo sem interrogatório, sem colheita de provas e sem reincidência; impossibilitando qualquer tentativa de se reconstituir os fatos.

artigo 229 do ECA tornou-se praticamente inócuo, pois nem previne, nem pune. Aliás, essa crítica não é recente, pois, desde sua criação o dispositivo já era inefetivo<sup>82</sup>.

Também merece ser criticada a incoerência do legislador ordinário observada no caso pois, ele em 1990 valorou a conduta de “deixar de identificar corretamente neonato e parturiente relevante o suficiente para ser criminalizada, porém após dez anos já a considera de menor importância. Essa oscilação entre extremos, ora criminalizando, a seguir despenalizando a mesma conduta, não serve a outra finalidade que a dos propósitos eleitoreiros dos congressistas<sup>83</sup>. As conseqüências reais dessa falta de lógica legislativa manifestam-se no enfraquecimento do sistema, que passa a ter apenas função simbólica<sup>84</sup>, perdendo sua capacidade preventiva, ante ao descrédito que o cidadão passa a ter pela justiça, como meio de resolução dos conflitos sociais.

### 3.7 DIREITO PENAL MÍNIMO

As críticas feitas à criminalização da conduta e a posterior aplicação de mecanismos despenalizadores e descarcerizadores ao delito fazem surgir a questão: qual é

---

<sup>82</sup> Dentre todos os casos por nós pesquisados não foi possível localizar sequer um em que houvesse sido ao menos cogitada a possibilidade de se aplicar o referido dispositivo. Na jurisprudência brasileira, entretanto, encontramos um julgado que se referia a tutela penal: tratava-se de um inquérito policial buscando identificar quem foram os autores da troca de bebês, contudo, como o fato ocorrera antes da edição do ECA, sendo a lei aplicável a do tempo do crime (artigo 5º, XL, da CF88 e artigo 4º do CP), toda a investigação baseava-se nos tipos penais previstos no CP, em especial os artigos 242 e 249 contudo, ainda nesse caso, esbarrou-se no problema da irresponsabilidade da pessoa jurídica (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 3617-2/SP. Relator: Ministro Flaquer Scartezini. 20 mai. 1993. Julgado: 20 mai. 1993.)

<sup>83</sup> Afirma Gleuton Brito FREIRE que “não se deve buscar no Direito Penal a tábua de salvação dos problemas sociais, metamorfoseando a função real desta ciência, em busca da salvaguarda do próprio interesse do legislador, em suposta resposta aos anseios comunitários” (FREIRE, Gleuton Brito. *Direito de intervenção mínima*. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=27>> Acesso em: 12 ago. 2003).

<sup>84</sup> A pena possui uma dupla função: a prevenção (geral e especial) e a simbólica. Essa última foi conceituada por Jesus Maria SILVA SANCHES como sendo a “produção na opinião pública da impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidindo” (SILVA SANCHES, J. M. Apud: MOURA, G. R. B. *Breves anotações sobre o princípio da insignificância*. Disponível em: <<http://www.tj.go.gov.br/cecom/noticias12062002.htm/>> Acesso em: 12 ago. 2003.).

a necessidade da tutela criminal no caso? Dos fundamentos do Direito Penal extrai-se a resposta, que pode ser resumida no princípio base dessa ciência: o da mínima intervenção<sup>85</sup>. Ele funda-se no fato da pena ser a mais drástica das formas de controle social, implicando em um elevado grau de violência<sup>86</sup> e irracionalidade que atinge o bem mais importante do indivíduo e do Estado Democrático de Direito: a liberdade. Assim, a tutela penal, por sua agressividade, só pode ser aplicada em último caso (*ultima ratio*).

O princípio da intervenção mínima pode ser definido através de basicamente dois critérios: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

Nem todos os bens jurídicos são tutelados penalmente, e mesmo os valores que são protegidos não o são de forma absoluta, pois certos ataques que eles sofrem consideram-se irrelevantes no âmbito criminal. A tal característica peculiar do Direito Penal, BINDING denominou de fragmentariedade<sup>87</sup>. Assim, um bem jurídico para ser protegido criminalmente deve ter elevada relevância social, ou seja, o valor tutelado deve ser importante para toda a comunidade e não apenas para o particular<sup>88</sup>, além de ser necessário que o ataque a ele ameace as relações mantidas entre os cidadãos<sup>89</sup>, colocando em risco a própria sobrevivência do corpo social<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> Luiz Régis PRADO, definiu o princípio da intervenção mínima como sendo aquele que “estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade como *ultima ratio*” (PRADO, L. R. Apud: SIQUEIRA, F. A. M. *A insignificância no Direito Penal mínimo*. Disponível em: <http://www.praetorium.com.br> Acesso em: 15 ago. 2003).

<sup>86</sup> “Nem todo mundo consegue perceber a violência que se esconde por trás das leis e a criminalidade que se oculta na institucionalização da tirania penal” (KERKENHOFF, J. B. *Direito e utopia*. Apud: BRITO, S. N. *Movimento Antiterror*. Disponível em: <http://www.paranaonline.com.br> Acesso em: 05 ago. 2003.)

<sup>87</sup> A esse respeito Hans WELZEL [ad tempora] desenvolveu a teoria da adequação social, na qual afirma que a conduta que deve receber a tutela penal é aquela que afronta aos valores sagrados à manutenção da paz e do equilíbrio da esfera jurídica.

<sup>88</sup> “A substância, porém, do princípio da intervenção mínima do direito penal deve se concentrar na não tipificação das condutas lesivas ao interesse social, de ofensa exclusiva ao particular cabendo a este, ao seu alvedrio, a busca da proteção estatal através de outro ramo do direito” (FREIRE, G. B. Op. cit. [internet]).

<sup>89</sup> FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*. 3ª ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Ícone, 2002. p. 400.

<sup>90</sup> CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal*. 4ª ed. rev. e atual.; São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 1, p. 5.

A subsidiariedade<sup>91</sup>, por outro lado, está ligada à ineficiência e impossibilidade dos demais ramos do direito (civil, administrativo, comercial, etc.) protegerem determinado bem. Ou, como melhor definiu Fernando CAPEZ, a intervenção do Direito Penal “no círculo jurídico dos cidadãos só tem sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico [grifo nosso]”<sup>92</sup>.

No caso do tipo penal do artigo 229, primeira parte, do ECA, observa-se que o bem jurídico protegido, a segurança na identificação dos recém-nascidos (conforme acima esclarecido), valor importante para toda a sociedade, é muito mais fácil de ser alcançada através do Direito Administrativo, com a instituição de normas, fiscalização e aplicação de multas e outras sanções, do que pelo Direito Penal<sup>93</sup>. Não é a pena o “único e último” recurso para a proteção do bem jurídico em questão. De onde se conclui que a referida conduta (deixar de identificar corretamente a parturiente e o neonato) não deveria ter sido criminalizada; crítica já feita por alguns estatutaristas<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Claus ROXIM, autor, da Teoria Unificadora Dialética, a qual sustenta que a punição do direito penal deve apenas alcançar os ataques aos bens jurídicos imprescindíveis, disse que “só devem cominar penas a comportamentos socialmente lesivos se a eliminação do distúrbio social não puder ser obtida através de meios extrapenais menos gravosos” (ROXIM, C. Op. cit., p. 459).

<sup>92</sup> CAPEZ, F. Op. cit, p.5.

<sup>93</sup> Maurício A. R. LOPES chama o fenômeno de re-tipificação administrativa e o define como sendo “a readaptação jurídica da norma, transferindo-a da esfera penal para outra de grau de ilicitude inferior (...) pela freqüente constatação de que é no Direito Administrativo (embora não necessariamente) que a conduta encontraria respaldo punitivo adequado, conforme a eleição constitucional dos valores fundamentais de tutela jurídico-penal” (LOPES, M. A. R. Alternativas para o direito penal e princípio da intervenção mínima. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 757, p. 408, nov. 1998).

<sup>94</sup> “O que, no entanto é sério e demanda uma postura crítica é o processo de criminalização de novas condutas em nível de legislação menorista (...) um reforço à idéia, que já parecia estar superada, mas que retoma no momento atual, com força total, de que o Direito Penal dispõe de uma resposta de alta eficácia contra todo e qualquer tipo de criminalidade. Nada mais ilusório, nem mais perigoso. (...) Os tipos montados no Estatuto da Criança e do Adolescente não primam pela clareza descritiva; são compostos, muitas vezes, com cláusulas gerais e, não raro, lesam o princípio da legalidade, de inequívoca conotação constitucional.” (FRANCO, A. S.; FELTRIN, S. O. Ob. cit., p. 525-526).

### 3.8 DESCRIMINALIZAÇÃO

Ao fim da análise do delito tipificado na primeira parte do artigo 229 do ECA é possível concluir pela sua total ineficácia para tutelar os casos de troca de bebês, uma vez que a norma nem serve para punir, nem tampouco para prevenir. De um lado, os problemas de técnica legislativa, o fato do tipo não alcançar o real culpado (o hospital, o qual possui a obrigação legal de corretamente identificar o recém-nascido) e as conseqüências quase nulas de eventual processo criminal (o qual, em regra, resulta apenas no pagamento de algumas cestas básicas) impossibilitam uma efetiva punição de quem tenha cometido o delito. Por outro lado, a leveza da punição, o descaso da polícia e do Ministério Público em relação aos crimes de menor potencial ofensivo e o desconhecimento da lei, somados ao fato da grande maioria dos crimes serem cometidos na modalidade culposa (ou seja, sem intenção), impedem a norma de exercer seu papel preventivo, seja o geral ou o específico.

Acrescentando-se a tudo isso, a subsidiariedade e fragmentariedade que deve observar a tutela penal, torna-se claro que, no caso, além de ineficiente, ela também é desnecessária. A sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro só tem uma utilidade: enfraquecer o sistema. A não aplicação da regra apenas faz com que a população cada vez mais desacredite no Direito Penal; passando a agir conforme bem entende, ante a não existência de coerção.

O ECA foi elaborado em 1990, no auge do Movimento Lei e Ordem, o qual sustentava que leis mais severas implicariam na diminuição dos crimes. O recrudescimento do poder e a inflação legislativa foram os “resultados” por eles alcançados. Porém, na ânsia por se criar novos tipos penais o legislador acabou, em diversas situações, como no caso em análise, criminalizando uma conduta que já estava

tipificada no ordenamento penal pátrio. Realmente, a troca de bebês era já passível de punição pela aplicação do artigo 242 do CP<sup>95,96</sup>.

Ante todas as críticas feitas ao delito tipificado na primeira parte do artigo 229 do ECA, a única solução que se mostra viável é sua descriminalização setorial<sup>97</sup>. Ou seja, o ideal seria que o legislador expressamente revogasse<sup>98</sup> a norma a fim de desqualificar a conduta como crime. A descriminalização é procedimento necessário para que o próprio Direito Penal atinja seus fins, assim, ela deveria ser implementada no caso para evitar a sobrecarga do sistema<sup>99</sup>. Nilo BATISTA, em seu texto “Algumas palavras sobre a descriminalização”<sup>100</sup>, elencou três situações que sugerem a necessidade da descriminalização: quando há a ineficácia absoluta da solução penal (quando a ameaça penal não mais funciona); quando a questão estaria melhor protegida em outro ramo do direito; ou quando se avaliar que a conduta não merece nenhum tipo de sanção. No caso do artigo 229 do ECA observa-se que, não apenas um, mas dois requisitos (os dois primeiros) estão presentes, demonstrando, assim, a real necessidade da retirada da norma de nosso sistema penal.

---

<sup>95</sup> DELMANTO, C. *Código Penal Comentado*. 4ª ed. atual. e ampl.; Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 436.

<sup>96</sup> “Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.”

<sup>97</sup> A descriminalização pode ser global, quando se retira o caráter ilícito da conduta em todo ordenamento, ou setorial, quando apenas no âmbito penal a conduta deixa de ser ilícito.

<sup>98</sup> Pelo princípio constitucional da legalidade é necessária uma lei em sentido formal.

<sup>99</sup> Afirma Nilo BATISTA “será preferível não se estabelecer uma punição, do que estabelecê-la para não executá-la ou executá-la mal, salvaguardando-se a eficiência possível do sistema penal, para áreas nas quais não seja viável a abdicação” (BATISTA, N. Algumas palavras sobre descriminalização. *Revista de Direito Penal*. São Paulo: RT, n. 13/14, p. 39, jan. /jun. 1974).

<sup>100</sup> *Ibid*, p. 28-40.

Por todo o exposto, conclui-se que a tutela fornecida pelo direito penal a fim de evitar e punir as trocas de bebês é quase que totalmente imprestável. Nos casos culposos a interferência penal não respeita ao princípio da intervenção mínima, e, portanto, não deve ser aplicada; e nos casos dolosos a regra do ECA se mostra de pouca praticidade, aplicando-se de fato o tipo penal mais genérico<sup>101</sup> do artigo 242 do CP, pouco utilizado ante a raridade com que ocorrem tais situações.

---

<sup>101</sup> A expressão “genérico” foi utilizada querendo significar que o artigo não trata apenas dos casos de troca de bebês, mas também desse fenômeno.

#### 4 RESPONSABILIDADE CIVIL

Com a proibição do exercício da vingança privada, o Estado assumiu a função de solucionar os conflitos sociais, possibilitando aos cidadãos essencialmente duas espécies de proteção: a penal e a civil<sup>102</sup>. No caso da troca de bebês, a primeira já se mostrou ineficaz. Resta, portanto, às vítimas buscarem a segunda.

A responsabilidade civil<sup>103</sup> encontra-se fundada na idéia do descumprimento de um dever jurídico (legal ou contratual). Ou seja, toda lesão causada ao patrimônio de uma pessoa em decorrência de um ato ilícito cria a obrigação, por parte do ofensor ou quem por ele responda, de indenizar os prejuízos do lesado. Busca-se através dela a recolocação na situação anterior (princípio da *restitutio in integrum*). Nos casos em que isso não for possível, então, apenas se fixará uma compensação proporcional ao dano.

Na troca de bebês não existe, em princípio, dano material<sup>104</sup>, pois as lesões produzidas geralmente não refletem na esfera financeira do ofendido. É certo, porém, que as vítimas eventualmente poderão ter alguns gastos com exames de DNA, localização da

---

<sup>102</sup> “A proteção do homem (isto é: da pessoa humana) das violências e atentados cometidos por outras pessoas em termos gerais é encontrada com maior consistência na esfera do Direito Penal. (...) Eventual proteção à pessoa humana no âmbito do direito privado só se encontrava (e mesmo aí apenas recentemente) na idéia da reparação do dano, através da responsabilização civil do agente causador de um evento danoso. Merece atenção que a responsabilidade civil baseia-se numa idéia de patrimonialidade, onde persegue-se a reparação do prejuízo causado, então, não é a agressão em si, mas o prejuízo causado pela agressão.” (CORTIANO JR, E. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, L. E. *Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31-56.)

<sup>103</sup> “A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 7. p. 36.)

<sup>104</sup> A doutrina e a jurisprudência já decidem em casos com semelhante abalo moral (por exemplo, quando há a morte de um filho) que os gastos com tratamento psicológico eventualmente necessários já está abrangidos na condenação pelo dano moral, tida como uma compensação (teoricamente, a vítima deveria gastar o dinheiro buscando afastar sua dor, podendo, assim, inclusive, optar por se submeter a um tratamento psicológico). Já houve, contudo uma decisão diversa num caso de troca de bebês, na qual a juíza condenou a ré a pagar, como danos materiais, um tratamento psicológico para cada autor (RIO DE JANEIRO-RJ. 25ª Vara Cível. Ação de Responsabilidade Civil nº 95.001.085662-0. Juíza: Claudia Fernandes Bartholo Suassuna. *Diário da Justiça*, Rio de Janeiro, 03 set. 1999).



outra família, etc., porém, esses valores poderão ser cobrados ao final do processo indenizatório sob a forma de despesas processuais<sup>105</sup>; sendo imprescindível, nesse caso, pedido específico<sup>106</sup> deferido pelo juiz na sentença. O pagamento se dará mediante a comprovação dos gastos.

#### 4.1 PERDA DE CHANCE

Modernamente alguns doutrinadores brasileiros começam a sustentar a possibilidade de se indenizar pela perda de chance<sup>107</sup>. Ou seja, defendem que quando o dano causado pelo ofensor implicar na perda de uma oportunidade à vítima, impossibilitando-a de obter um ganho que antes era provável<sup>108</sup>, surgirá o dever de reparar também essa lesão<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> A disciplina geral das despesas processuais encontra-se no § 2º do artigo 20 do CPC, porém, o rol ali elencado é meramente exemplificativo (NEGRÃO, T. *Código de Processo Civil*; e legislação processual em vigor. 28ª ed.; São Paulo: Saraiva, 1997, p. 93). “Por despesas processuais hão de ser entendidos todos os gastos necessários feitos para se levar um processo às suas finalidades” (RT 621/168 Apud: Id.).

<sup>106</sup> Como não é possível de se antecipar quanto será a indenização que será arbitrada pelo juiz, é importante que a parte peça a condenação específica a fim de resguardar a restituição desse valor inicialmente gasto com o processo, sob pena de ao final o valor pago a título de reparação do dano se aproximar da quantia desembolsada com a ação.

<sup>107</sup> A perda de chance pode ser conceituada como “... a frustração de uma oportunidade em que seria obtido um benefício caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ato ilícito. A oportunidade que é frustrada não é o benefício aguardado, mas a simples probabilidade de que esse benefício surgiria se não houvesse um corte no modo de viver da vítima” (SANTOS, A. J. *Dano moral indenizável*. 3ª ed. rev., ampl. e atual.; São Paulo: Método, 2001. p. 114). Segundo Bustamante ALSENA (Apud: Ibid, p. 79), a chance é dano atual e não hipotético, que “... pode ser valorado em si mesmo, prescindindo do resultado final incerto, em seu intrínseco valor econômico de probabilidade”.

<sup>108</sup> Id..

<sup>109</sup> Há, contudo, em solo pátrio, uma discussão acerca da natureza jurídica da perda de chance, buscando definir se ela seria um dano moral ou patrimonial; polêmica que obviamente repercute na fixação do *quantum* indenizatório. Maria Helena DINIZ (DINIZ, M. H. Ob. cit., p. 65.) considera a perda de chance a prova da existência de lucro cessante, ou seja, como um dano material. Já Silvio VENOSA (VENOSA, S. *A responsabilidade civil; avaliação de danos*. *Jornal Valor Econômico*. Disponível em: <<http://br.groups.yahoo.com/groups/sanfran-np2002/message/1453>> Acesso em: 03 ago. 2003.) considera-a uma terceira categoria, intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante, porém, também pertencente a espécie dos danos materiais. Por outro lado, Antônio Jeová SANTOS, em seu recente livro *Dano Moral Indenizável*, assevera que a perda de chance gera dano moral, manifestando-se

A teoria, bastante difundida no exterior, já embasou um pedido indenizatório na Malásia, num caso de troca de bebês. Em 1970, duas meninas foram entregues a famílias erradas no hospital logo após o parto. Em decorrência disso e pela grande diferença econômico-social dos clãs (um era chinês e o outro indiano), uma das crianças cresceu com todo o conforto, enquanto a outra foi criada na miséria. Ao descobrirem a situação, mais de vinte anos depois, a diferença no estilo de vida das duas mulheres era gritante, o que levou uma delas a pleitear contra o hospital indenização não apenas pelo dano moral da troca de bebês, mas também pela educação que deixou de receber.

Situações como essa ocorrem com frequência, sobretudo nos países subdesenvolvidos onde há as maiores diferenças sociais. No Brasil, dois casos se destacam: o primeiro de uma menina loira, neta de um antigo coronel nordestino, proprietário de um engenho de cana, que foi trocada na maternidade com a filha de um casal de negros que habitavam uma favela carioca; o outro, de uma moça humilde do interior paulista que durante anos lutou para dar o melhor tratamento de saúde possível a uma criança com graves problemas de saúde e que mais tarde descobriu não ser seu filho, mas de outra família.

A pergunta inevitável que surge nesses casos é a mesma que foi levantada na corte malasiana: como seria a vida dessas crianças se não tivesse ocorrido a troca de bebês? E mais: não teriam essas pessoas o direito de serem indenizadas pelo estudo, ou pelo tratamento de saúde que claramente deixaram de receber (perda da chance) por terem sido afastadas de sua família biológica, na qual deveriam ter sido criadas?

Se a teoria da perda de chance já suscita muitas controvérsias, a possibilidade dela ser aplicada num caso como esses, com certeza aumenta a polêmica. No entanto, no estado atual da doutrina e da jurisprudência brasileira, não parece precipitado afirmar que dificilmente uma tese como essa obteria sucesso nos tribunais. Porém, conforme

---

no sentido de que como não se pode ressarcir o efetivo dano patrimonial, pois não se sabe de quanto exatamente ele foi, seria possível, ao menos, se compensar a dor que a pessoa sofreu ao ficar impossibilitada de auferi-lo (SANTOS, A. J. Op. cit., p. 79, 114).

mencionamos, a teoria está ganhando cada vez mais adeptos em solo nacional<sup>110</sup>, já sendo bastante considerada no exterior, sobretudo na Europa, tendo inclusive já sido aplicada até em casos de troca de bebês, o que, portanto, nos impossibilita de refutarmos a tese totalmente. Caberá, assim, ao futuro tratar de responder essas questões.

## 4.2 DANO MORAL

O dano moral<sup>111</sup> é a lesão extrapatrimonial, decorrente de um ato ilícito, que fere a vítima na esfera de sua subjetividade, atingindo-a em seus valores pessoais e íntimos protegidos pelo direito; afetando sua psiquê, causando-lhe<sup>112</sup> dor<sup>113</sup>, sofrimento, aflição, angústia e tristeza.

Pela simples análise do conceito de dano moral, é possível concluir que ele está presente toda vez que ocorre uma troca de bebês; uma vez que ela surge sempre de um ato ilícito, fere valores pessoais e íntimos das vítimas, causando-lhes sofrimento e angústia .

O ilícito é cometido pelo hospital; ele possui o dever de organização e guarda de seus pacientes, restando claro que quando ocorre uma troca de bebês em suas

---

<sup>110</sup> Silvio VENOSA constantemente tem afirmado a importância da perda de chance, já tendo dito que o tema merece ser alvo de um estudo monográfico (VENOSA, S. *Ossos do ofício: a responsabilidade civil do advogado e os clientes*. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/16220/>> Acesso em: 16 ago. 2003.), e asseverado que “não há dúvida de que, de futuro, o legislador irá preocupar-se com o tema, que começa a fluir com maior frequência em nossos tribunais” (VENOSA, S. *A responsabilidade...* [internet]).

<sup>111</sup> “Danos morais são aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e, como tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico.”(BITTAR, C. A. *Reparação civil por danos morais*. 3ª ed. rev., ampl. e atual.; São Paulo: RT, 1997. p. 43-44). Ou, nas palavras de Cláudio Antonio Soares LEVADA “... dano moral é a ofensa a todo e qualquer atributo da pessoa física como indivíduo integrado à sociedade ou que cerceie sua liberdade, fira sua imagem ou intimidade...” (LEVADA, C. A. S. *Liquidação de danos morais*. 2ª ed. Campinas: Copola, 1995. p. 24).

<sup>112</sup> “O dano moral, ensina-nos Zannoni, não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.” (DINIZ, M. H. Op. cit., p. 85-86.)

<sup>113</sup> Segundo Wilson Melo SILVA, o elemento característico do dano moral é a dor (SILVA, W. M. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 12).

dependências é porque houve um descumprimento dessa obrigação, conforme melhor analisaremos na seqüência.

Os valores íntimos e pessoais que são atingidos quando ocorre uma troca de bebês integram os direitos da personalidade<sup>114</sup>, os quais tutelam a integridade moral, especialmente, a identidade pessoal e familiar<sup>115</sup> de cada indivíduo. Ou seja, cada pessoa ao nascer possui um vínculo genético com seus pais, o qual lhe transmite além das características físicas, outros tantos dados que irão permanecer ativos, influenciando sobre ela, até o fim da vida. Mais do que isso, os ascendentes auxiliam na formação de cada pessoa; o *eu* é construído a partir de inúmeros dados, inclusive a filiação, sendo fácil de se notar sua importância, seja no meio social ou jurídico. Desde pequena a criança tem como referencial os seus pais<sup>116</sup>, não raro, muitas vezes as apresentações sociais incluem além do nome, a filiação (esse é Fulano, filho do Sicrano e da Beltrana). Do mesmo modo ocorre em termos jurídicos, no qual as pessoas para serem identificadas precisam dizer sua filiação; em todos os documentos de identificação oficiais, da certidão de nascimento à carteira de identidade, passando pelo passaporte e carteira de trabalho, a filiação é elemento que auxilia na identificação das pessoas. A importância é tão grande que, na seara penal, é comum serem afastados possíveis antecedentes criminais de um réu quando não for possível identificar na certidão qual a filiação daquele indivíduo, não bastando para tanto a simples coincidência do nome. De outro lado, o mesmo fenômeno acontece

---

<sup>114</sup> “... os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.” (DINIZ, M. H. Op. cit., p. 70.)

<sup>115</sup> R. Limongi FRANÇA diz que os direitos da personalidade visam proteger a integridade física, intelectual e moral de cada pessoa, e ao enumerar os direitos que se encontram contidos em cada espécie elenca expressamente a identidade pessoal, familiar e política como subespécies da integridade moral. (Apud: Ibid. p. 71.)

<sup>116</sup> Em uma entrevista concedida ao Jornal Nacional, Dulceana Pereira, que aos 21 anos descobriu que fora trocada na maternidade logo após seu nascimento, declarou que “tinha vontade de chorar. Fiquei sem chão, porque as raízes familiares que eu pensei que tinha, tive que construir de novo” (HOSPITAL pagará indenização pela troca de bebês 21 anos depois. Disponível em: <http://redeglobo1.globo.com/jn/semana.jsp?id+01929> Acesso em: Novembro de 2001).

com os pais. O nascer de um filho redimensiona a identidade da mãe e do pai do bebê<sup>117</sup>. A partir do parto, a criança passa a integrar não só a família de seus ascendentes, como também se torna elemento que os identifica. Quantas vezes no dia-a-dia não se ouvem apresentações do estilo “sou Sicrana, mãe do Fulano”, ou afirmações como “esse é o meu filho”.

Por fim, a aflição e o sofrimento advindo da descoberta de uma troca de bebês são inegáveis. É possível ao homem médio identificar que o fenômeno ocasiona dor tanto aos pais, como aos filhos trocados.

No caso da troca de bebês, existem múltiplos danos de ordem sentimental. De um lado, a mãe descobre que a criança que ela carregou durante nove meses não é aquela que ela cria<sup>118</sup>, que seu filho biológico cresceu em meio a estranhos, e que ela foi privada de seu convívio<sup>119</sup>. Por sofrimento igual passa também o pai do bebê. A vontade dos pais de conhecerem seu rebento, conjugada a possibilidade de nunca encontrá-lo são causas de enorme aflição. O maior dano, ressalve-se, não é o de se ter criado um bebê que não é seu, mas sim o de saber que o seu filho biológico está com outra pessoa.

A criança, independentemente de sua idade, também sofre um grave dano moral. Se é pequena, sofre, pois a destroca neste caso é quase certa, e assim o bebê que já identificava a mãe pelo cheiro, voz, ritmo respiratório e imagem, passará a conviver com

---

<sup>117</sup> “Através da verdade biológica, pai e filho buscam uma certa face de sua identidade, o primeiro sabendo-se perpetuado e o segundo conhecendo um pouco de si mesmo.” (FURTADO, A. M. A. de S. Paternidade biológica X paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: n. 13, p. 22, abr./jun. 2002). A mesma autora na seqüência sustenta que “negar a possibilidade ao pai ou ao filho de encontrar-se com essa verdade seria negar-lhes o acesso a uma parte de si mesmos” (Ibid, p. 23).

<sup>118</sup> “*In casu*, não paira qualquer dúvida no sofrimento psíquico por que passaram e ainda devem passar as famílias envolvidas, abatendo-se em suas almas o sofrimento, principalmente quanto às mães que gestaram por um longo período seus filhos e que por uma fatalidade somente tiveram a oportunidade de reencontra-los após já possuírem idades avançadas.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. 4ª Câmara Cível...).

<sup>119</sup> Reconheceu-se em uma sentença a existência de, no caso de uma troca de bebês “... inegáveis e irreparáveis danos morais, constituídos pela frustração e impossibilidade de os mesmos participarem da criação, formação dos primeiros laços de afeição, além de outros sentimentos materno-paternais...” (RIO DE JANEIRO-RJ, 1ª Vara Cível de Madureira. Ação de indenização nº 21800/98. Juiz: Francisco José de Azevedo. Julgado: 13 jan. 1999).

estranhos. Seus hábitos não serão respeitados da mesma forma, sua rotina se alterará, mas mais do que isso, as pessoas a quem ele reconhece e pelas quais desenvolveu afeto e confiança não estarão mais ao seu lado. A psicologia ainda não conseguiu determinar quais são todos os danos causados por esta separação, mas sabe-se que os primeiros três meses de vida do bebê são de grande importância, pois durante essa época o bebê passa a desenvolver laços com a família, bem como sua personalidade e suas habilidades. Comete um grave erro de valoração e de sensibilidade a pessoa que alega que trocar de família nesta fase não ocasionaria nenhum dano ao bebê, pois ele nem a notaria. O fato de um recém-nascido não poder se expressar da mesma forma que as pessoas adultas, ou as crianças que já desenvolveram plenamente a fala, não significa que sejam desprovidos de sentimentos.

De outro lado, as crianças mais velhas, assim como os adolescentes e adultos também sofrem um dano moral. A criança trocada tem curiosidade e uma certa necessidade de conhecer seus pais biológicos. Ao descobrir a troca e saber que não é filho natural do casal que lhe vinha criando, faz com que se sinta distante do núcleo familiar. Comparações com a outra criança e especulações acerca de como o problema será solucionado são questões freqüentes no pensamento desses indivíduos. A reação de cada um, de como expressará sua dor e seu desconforto em face da situação, dependerá da fase pela qual esteja passando<sup>120</sup>. Porém, independentemente de qual seja a reação exteriorizada por estas crianças ou adolescentes, é inegável que a descoberta da troca tende a ser causa de uma grande angústia.

É muito importante ressaltar que a descoberta da troca de bebês causa tanto nos pais como nas crianças trocadas muita dor. O sofrimento advém, essencialmente, da ausência do vínculo biológico que sempre se pensou existir associada aos inevitáveis receios, dúvidas e outros pensamentos que surgem dessa descoberta. A descoberta da estranheza genética, associada a busca pelos vínculos biológicos cria angústia e aflição

---

<sup>120</sup> A dor causada por uma troca de bebês é fácil de ser entendida, porém difícil de ser quantificada. Cada pessoa sofre e demonstra sua dor de uma forma, dizer quem sofre mais é quase impossível.

para as pessoas que passam por tal situação. Dessa forma, soa falsa e superficial a afirmação de que inexistente dano moral nesses casos, uma vez que os envolvidos não perdem as pessoas que amam, mas ganham tantas outras por quem irão desenvolver afeto<sup>121</sup>.

Apesar do sofrimento geralmente só surgir após a descoberta da troca, quando várias “certezas” que embasaram a construção da identidade pessoal e familiar de cada um dos personagens são derrubadas, pode haver casos em que a troca cause dor mesmo antes de a pessoa saber da ocorrência de tal fato. Ou seja, há situações que a mera troca dos bebês, sem que dela se tenha conhecimento, já dá origem a alguns sofrimentos e aflições. É o caso das trocas ocorridas entre bebês de diferentes raças, onde invariavelmente, ou o pai acredita que sua esposa lhe foi infiel<sup>122.123</sup>, ou a criança cresce não se sentindo parte daquela família, como se fosse um “estranho no ninho”<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Essa tese embasou a sentença de um pedido indenizatório em uma troca de bebês “... não obstante os transtornos e eventuais aborrecimentos ocorridos, pela troca de crianças, em sede de dano moral, a Autora nada perdeu. Ao contrário, ganhou, porque deixou de ter dois pais, para tê-los em dobro, ou seja, tem ela, hoje, quatro pais: os biológicos e os legais, que não abrem mão da afetividade no relacionamento familiar ‘farto em amor’, como confessam todos. Mais do que isso, também ganhou a Autora uma irmã.” (UBERABA-MG, 5ª Vara Cível. Ação Ordinária Indenizatória nº 98.015.515-7. Juiz: Jurandir Sebastião, *Diário da Justiça*, Belo Horizonte, 14 set. 2000). A decisão que foi mantida em segundo grau “em primeiro lugar porque a sua dor moral não foi tão intensa, conforme ressaltou a sentença atacada pois, com o advento passou a ter oportunidade até de pluralidade familiar, o que lhe é, indubitavelmente, benéfico”. Contudo, o tribunal, apesar de não ter dado provimento a apelação, reconheceu a existência de um dano moral, tendo, entretanto, considerado a indenização fixada em primeiro grau (50 salários mínimos), com base apenas no caráter punitivo, suficiente para reparar o dano sofrido.

<sup>122</sup> Reconheceu-se em uma sentença a existência de, no caso de uma troca de bebês, “... inegáveis e irreparáveis danos morais (...) inclusive todo o sentimento de desconfiança naturalmente ocorrido do esposo para a primeira autora, tentando imaginar razões para a pigmentação imprópria do filho e comentários de quem percebia a impossibilidade do mesmo ser o pai do menor...” (RIO DE JANEIRO-RJ, 1ª Vara Cível de Madureira...).

<sup>123</sup> “... um hospital foi responsabilizado por danos morais, pela troca de bebês, diante dos transtornos e sofrimentos que o fato acarretou às duas famílias, tanto que um dos casais quase chegou à separação, pelas dúvidas surgidas a propósito da paternidade da criança, que era branca, enquanto que o “pai” era preto, questionando-se, até mesmo, entre os vizinhos, a honorabilidade da ‘mãe’.” (VALLER, W. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. 4ª ed.; Campinas: E. V., 1996. p. 244-245).

<sup>124</sup> Uma troca de bebês ocorrida nos Estados Unidos entre a filha de um casal de judeus, com a de um casal latino, fez com que a menina de origem judia que cresceu no seio da comunidade hispânica, se sentisse sempre fora do lugar, ou como ela mesma disse “*unfit*”, uma vez que não atendia ao ideal de beleza local, sendo constantemente isolada por seus colegas (CBS WORLDWIDE. *Family secrets*:

Uma vez comprovada a existência de dano moral decorrente de uma troca de bebês, surge a possibilidade de se buscar uma indenização na via judicial. Os legitimados ativos da ação, a princípio, são os pais e a criança trocada, contudo, é possível de serem identificados outros<sup>125</sup> no caso concreto.

O legitimado passivo principal é o hospital. Entidade prestadora de serviços, ele é considerado fornecedor<sup>126</sup> e, portanto, passa a lhe ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor. As maternidades além de oferecerem o serviço principal a ser realizado por um médico, o parto, oferecem também acomodações a parturiente e ao neonato, assemelhando-se, desse modo, a relação que os hoteleiros possuem com seus hóspedes<sup>127</sup>. Ao aceitarem um paciente em suas dependências, o hospital cria uma cláusula implícita de incolumidade<sup>128</sup>, assumindo o dever jurídico de vigilância, garantindo que agirá com a máxima prudência e diligência a fim de evitar a ocorrência de qualquer tipo de dano. A configuração de uma troca de bebês no interior de um estabelecimento de atendimento a saúde caracteriza a desobediência da obrigação de incolumidade, pois implica sempre na

---

switched at birth. Disponível em: <<http://www.cbsnews.com/stories/2002/12/05/48hours/main531970.shtml>> Acesso em: 19 mai. 2003.)

<sup>125</sup> Nos Estados Unidos uma irmã gêmea que foi separada por uma troca de bebês de sua gêmea idêntica pleiteou também por indenização (Id.). E em outro caso quem processou o hospital e recebeu a indenização foram os avós maternos de uma das crianças que estavam criando a neta desde a morte de sua filha (JONES, Tamara; SWEAR, Michael D. Swapped babies, shattered families. *Washington Post Magazine*, D.C. (EUA), 5 de março de 2000. Disponível em: <<http://washingtonpost.com/ac2/wpdyn?pagename+article&node+digest&contentId+A60131-2000Mar2>> Acesso em: Setembro de 2001).

<sup>126</sup> “Fornecedor é todo aquele (pessoa física ou jurídica ou ente despersonalizado) que pratica, habitualmente ou profissionalmente, atividade econômica no mercado de consumo” (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2ª ed. rev. e ampl.; São Paulo: RT, 2003. p. 908)

<sup>127</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *O código de defesa do consumidor e suas implicações ético-legais no exercício médico*. Disponível em: FRANÇA, G. V. de. *O Código do Consumidor e suas implicações ético-legais no exercício médico*. Disponível em: <[http://www.crmPB.cfm.org.br/Regional/crmPB/artigos/cod\\_consum.htm](http://www.crmPB.cfm.org.br/Regional/crmPB/artigos/cod_consum.htm)> Acesso em: 16 ago. 2003.

<sup>128</sup> SOUZA, N. T. C. *Responsabilidade civil do hospital*. Disponível em: <<http://www.filosofiyderecho.com/varia/hospital.htm>> Acesso em: 16 ago. 2003.



incorreta identificação do recém-nascido, implicando, assim, em um defeito do serviço<sup>129</sup>, pelo qual o hospital responde objetivamente<sup>130</sup>, ou seja, independentemente de culpa.

O Novo Código Civil (NCC) previu que o empregador responde objetivamente<sup>131</sup> pelos atos de seu preposto<sup>132,133</sup>, assim, ainda que não se aplicasse o CDC às relações paciente-hospital, seria possível responsabilizar o estabelecimento de atendimento a saúde sem a necessidade da comprovação da culpa do hospital. Contudo, importante ressaltar, que para se responsabilizar a maternidade, faz-se necessário antes, segundo a previsão do novel diploma civil, a prova de que o funcionário agiu culposamente. Evidenciando, portanto, que o tratamento mais benéfico segue sendo o fornecido pelo CDC.

Além do hospital, pode ainda ser réu no processo indenizatório o enfermeiro responsável pela troca de bebês<sup>134</sup>. Isso, contudo, raramente ocorre pela dificuldade de se descobrir quem foi o profissional que identificou incorretamente os recém-nascidos.

Em um processo nos Estados Unidos foi acionada também a empresa responsável pela fabricação das pulseirinhas plásticas de identificação, contudo, a tese não foi

---

<sup>129</sup> “...só se pode considerar que o serviço foi defeituoso quando desatender ao que *razoavelmente dele se pode esperar* [grifo do autor]...” (GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. *Responsabilidade médico-hospitalar em face do direito do consumidor*. Disponível em: GUIMARÃES, J. A. C. *Responsabilidade médico-hospitalar: em face do direito do consumidor*. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/respmed.htm>> Acesso em: 16 ago. 2003.).

<sup>130</sup> Apesar da maioria da doutrina reconhecer a responsabilidade objetiva dos hospitais, alguns doutrinadores, entre eles Rui STOCO (STOCO, R. *Tratado de responsabilidade civil*. 5ª ed. rev. atual. e ampl.; São Paulo: RT, 2001, p. 570), entendem que os estabelecimentos de saúde respondem sempre subjetivamente.

<sup>131</sup> Afirmou Antônio CHAVES, ao comentar a responsabilidade dos hospitais, que “provar a culpa, o responsável, e o momento em que ocorreu o ato causador do dano consiste num ônus inexigível. Num primeiro momento, portanto, não deve importar a identidade do agente ou seu grau de culpa, recorre-se à responsabilidade objetiva, respondendo pelos danos o estabelecimento através de seus representantes legais.” (CHAVES, A. *Responsabilidade civil das clínicas, hospitais e médicos*. *Revista Jurídica*, n. 159, p. 144, jan. 1991).

<sup>132</sup> “Convém não olvidar que a responsabilidade do enfermeiro poderá acarretar a do seu empregador, pois comumente ele é o empregado do hospital...” (DINIZ, M. H. Op. cit. p. 274.)

<sup>133</sup> “Não é preciso que se aponte culpa de uma única enfermeira, pois é certo que o dano ao menor se deu em mãos ou sob vigilância e cuidados de uma delas. E a culpa do estabelecimento também não se afasta pela má escolha de suas prepostas” (SOUZA, L. C. de. *Dano moral por morte de recém-nascido em hospital*. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 3, n. 10, p.272, abr./jun. 2002).

<sup>134</sup> É possível ainda que mesmo nos casos em que os autores processem só o hospital, o enfermeiro venha integrar a lide quando o estabelecimento de saúde o denunciar à lide, a fim de assegurar seu direito de regresso, conforme o disciplinado no artigo 70, II, do Código de Processo Civil (CPC).

vencedora por falta de provas. No Brasil, teoricamente tal argumento também poderia ser utilizado, uma vez que o CDC prevê em seu artigo 12 que o fabricante responde solidariamente pelos danos causados em decorrência de vício do seu produto. Contudo, também aqui a dificuldade de prova seria um empecilho.

A comprovação da ilicitude do ato, da ocorrência do dano<sup>135</sup> e do nexo causal entre ambos são geralmente as provas que devem ser produzidas nos processos indenizatórios. Contudo, uma vez aceita a aplicação do CDC nas relações desenvolvidas entre paciente e hospital, é possível pleitear-se a inversão do ônus da prova<sup>136</sup>. Desse modo, com a responsabilidade objetiva das maternidades e a possibilidade de se inverter o ônus probatório, a prova do dano moral nos casos de troca de bebês fica muito mais simples, sendo que muitas vezes sequer essa prerrogativa precisa ser utilizada.

Se as duas famílias forem conhecidas, um simples exame de investigação de vínculo genético familiar por análise de DNA poderá comprovar a troca quando aliado ao fato das duas crianças terem nascido no mesmo hospital em data e hora muito próximas<sup>137</sup>. Caso um dos bebês trocados não tenha sido localizado, mesmo assim é possível se provar a ocorrência da troca de bebês mediante a comprovação de que o parto foi realizado no hospital e que lá se entregou aos pais (ou à mãe), em lugar de seu filho biológico, criança com a qual não possuem nenhum vínculo genético (deve-se apenas juntar o exame de DNA, excluindo a paternidade, para demonstrar o alegado), cabendo

---

<sup>135</sup> Na lição de Humberto THEODORO JR “quanto à prova, a lesão ou dor moral é fenômeno que se passa no psiquismo da pessoa e, como tal, não pode ser concretamente pesquisado... Cabe-lhe apenas comprovar a ocorrência do fato lesivo, de cujo contexto o juiz extrairá a idoneidade, ou não, para gerar dano grave e relevante, segundo a sensibilidade do homem médio e a experiência de vida” (THEODORO JÚNIOR, H. *Dano moral*. 4ª ed. atual. e ampl. São Paulo: J. de Oliveira, 2001. p. 8).

<sup>136</sup> Como esclarece Nelson NERY JR (NERY JR, N.; NERY, R. M de A. Op. cit., p. 915), a inversão do ônus da prova é uma regra de juízo, ou seja, de julgamento, pois o juiz só irá aplicá-la se ao proferir a sentença estiver em dúvida.

<sup>137</sup> “Na verdade, basta ater-se na seqüência lógica dos acontecimentos, para tanto, partindo da ficha de registro hospitalar revelando que as crianças nasceram no mesmo dia e horário, além do que tiveram os mesmos médico e enfermeira obstetras (Cf. f. 11 e 68). Adiante, através de exame realizado para identificação dos grupos e subgrupos sanguíneos das famílias envolvidas, constatou-se a possibilidade de que os bebês, hoje duas jovens, pudessem ter a paternidade e maternidade invertidos, dada à incompatibilidade com seus pais afetivos (f. 13/21), o que resultou na confirmação do teste de DNA.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. 4ª Câmara Cível...).

nessa situação a inversão do ônus a fim de que o hospital demonstre que a troca não ocorreu nas suas dependências.

Em regra a prova da troca de bebês pode ser realizada apenas através de documentos, possibilitando que haja julgamento antecipado da lide. Contudo, em alguns casos os juízes optam por produzirem mais provas a fim de melhor arbitrar o *quantum* da indenização<sup>138</sup>. Sob esse fundamento já se realizaram audiências e até perícias técnicas no hospital e psicológicas nos envolvidos<sup>139</sup>.

Por fim, cumpre apenas analisar a questão da prescrição. Na atual sistemática, aplica-se o prazo estabelecido no CDC<sup>140</sup>, ou seja, a ação indenizatória prescreverá em 5 anos a partir do conhecimento do dano<sup>141</sup>, ou, no caso de incapaz, a partir de quando cessar sua incapacidade. Tal ressalva faz-se importante, uma vez que em um julgado recente, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais (TAMG)<sup>142</sup> não reconheceu o direito dos pais da criança trocada, pois haviam decorrido 23 anos, 3 meses e 6 dias desde o parto

<sup>138</sup> A quantificação da indenização pelo dano moral é alvo de grande polêmica doutrinária e jurisprudencial. Discute-se especialmente qual o seu caráter: punitivo (Teoria do Desestímulo) e compensatório, ou meramente compensatório. Em decorrência disso, não há unanimidade sobre quais critérios deveriam ser considerados a fim de se fixar o valor mais justo. Assim, entendendo que a matéria diz respeito muito mais ao estudo genérico do dano moral, do que a específica análise desse nos casos de troca de bebês, deixo de abordar o assunto. Contudo, apenas a título de informação é válido citar que o montante indenizatório por troca de recém-nascido tem variado muito: a maior foi a de R\$ 302.000,00 (RIO DE JANEIRO-RJ. 25ª Vara Cível. Ação de Responsabilidade Civil nº 95.001.085662-0. Juíza: Claudia Fernandes Bartholo Suassuna. *Diário da Justiça*, Rio de Janeiro, 03 set. 1999) e a menor de R\$ 8.000,00. Nos Estados Unidos o valor geralmente fica em torno de dois milhões de dólares, porém, há a possibilidade do hospital pagar parte do valor em parcelas mensais a criança.

<sup>139</sup> "... a perícia não se destina apenas a provar a já reconhecida troca de crianças, mas, fundamentalmente, a intensidade do erro e a conduta da ré em seu reflexo direito nos perseguidos danos imateriais" (RIO DE JANEIRO-RJ. 25ª Vara Cível...)

<sup>140</sup> O artigo 27 do CDC prevê o prazo prescricional de 5 anos e não se choca com a disposição do NCC, do prazo de 3 anos nesses casos, pois este diploma legal é geral, assim sua norma é subsidiária e não prevalece sobre a disposição específica do estatuto consumerista.

<sup>141</sup> "Somente depois de conhecida a autoria do fato danoso aos direitos do consumidor, bem como depois do conhecimento efetivo do dano é que se iniciará o prazo de prescrição" (NERY JR, N.; NERY, R. M. de A. Op. cit., p. 930). A mesma tese foi apresentada no Código do Consumidor comentado (ALVIM, A. et al. *Código do Consumidor comentado*. 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 1995. p. 178), conforme se infere do excerto: "o marco inicial para a contagem do prazo prescricional, portanto, depende não somente do conhecimento dos danos, desde que pode o consumidor sofrê-los, apesar de desconhecer sua origem, mas do momento em que puder *ele relacioná-los com o defeito do produto ou do serviço, por ele adquirido ou contratado ou do qual sofreu os efeitos* [grifo do autor]".

<sup>142</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. 7ª Câmara Cível...

sem que eles houvessem agido<sup>143</sup>. O detalhe, porém, é que apenas quando a moça estava com 21 anos é que ela e seus pais, aqueles que a criaram desde pequena, foram ter conhecimento do que houvera acontecido.

A contagem equivocada da prescrição parece ser o maior empecilho a efetivação da compensação do dano moral decorrente da troca de bebês. A negativa da existência de uma lesão deve ser desconsiderada, uma vez que contrária a todos os fundamentos a reparação moral, largamente utilizados pela jurisprudência moderna. O caso relatado, em que não se reconheceu o dano (entendimento, posteriormente revisto em segundo grau de jurisdição), mostra-se isolado, além de que mesmo nele foi arbitrada uma indenização, ainda que sob a natureza de punição.

Desse modo, com as ressalvas feitas acima, no atual panorama jurídico brasileiro é praticamente certo que um processo indenizatório por troca de bebês restará provido, independentemente de *quando e com quanto* se dará a reparação.

---

<sup>143</sup> Na disciplina do Código Civil de 1916 o prazo prescricional nas ações indenizatórias era de 20 anos, o qual foi reduzido para três anos com o advento do NCC.

## 5 O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO NOS CASOS DE TROCA DE BEBÊS

A troca de bebês é um fenômeno jurídico que repercute em diferentes ramos do direito. Conforme já analisamos, com a responsabilização penal, busca-se punir os culpados, enquanto, com a civil, quer-se reparar o dano. Porém, nenhum desses ramos é capaz de fornecer uma solução para o problema concreto que se apresenta diante das duas famílias: o que fazer com as crianças?

### 5.1 PANORAMA GERAL

O direito possibilita que apenas uma mulher seja reconhecida como sendo mãe, e somente um homem, como pai. Juridicamente, não é possível que uma pessoa possua dois pais, ou duas mães. Assim, se um indivíduo já detém essa condição, outro não poderá possuí-la, salvo se o primeiro for destituído daquele estado<sup>144</sup>.

Por tal peculiaridade jurídica, nos casos de troca de bebês, apenas um dos casais poderá ser considerado legalmente como sendo os pais de cada uma das crianças. Dessa forma, apenas duas soluções, a princípio, mostram-se viáveis: a manutenção de cada bebê na família que o criou desde o parto ou, a destroca das crianças.

A questão posta reflete uma das discussões mais atuais do Direito de Família: qual é a verdadeira paternidade<sup>145.146</sup>? A biológica ou a socioafetiva<sup>147</sup>?

---

<sup>144</sup> “Entendemos que o estado abarca determinadas qualidades de uma pessoa (...) que determinam sua condição de membro da sociedade, constituindo fonte de direitos e obrigações.” (NOGUEIRA, J. F. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 105).

<sup>145</sup> “O princípio da igualdade da filiação carrega ao seu lado outro de igual importância: o da busca da paternidade verdadeira. Mas, qual será a verdadeira paternidade?” (FACHIN, L. E. *Da paternidade; relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 33.)

<sup>146</sup> “O fato é que iniciamos este milênio sem conseguir dar uma definição exata para o que seja um pai.” (FURTADO, A. M. A. de S. *Op. cit.*, p. 18.)

<sup>147</sup> Embora reconhecendo que a grafia gramaticalmente correta do termo seja com acento e hífen (sócio-afetiva) optamos por adotar essa outra grafia por entender, como sustentou Belmiro Pedro WELTER, que “o hífen causa uma ruptura gráfica, retirando a identidade do termo, estando ainda apegado

## 5.2 ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO

A filiação pode ser estabelecida a partir de três diferentes critérios<sup>148</sup>: o legal, o biológico ou ainda o socioafetivo. O primeiro deriva das ficções legais fixadas, sobretudo no Código Civil, que estabelecem presunções acerca da paternidade, as quais determinam, em suma, a noção que vige desde Roma, consubstanciada no brocardo latino *pater is est quem nuptia demonstrant*<sup>149</sup>, ou seja, que se presume ser o marido da mulher, o pai dos filhos nascidos na constância do casamento<sup>150</sup>.

Por outro lado, a filiação biológica define a paternidade a partir do vínculo genético; é considerado pai o homem que forneceu o espermatozóide que veio a originar o bebê<sup>151</sup>. A grande vantagem desse critério é que, por se referir a um vínculo natural e imutável<sup>152</sup>, sua comprovação é possível de ser feita cientificamente, através do exame de DNA, com um grau de certeza muito próximo de 100%. Seus defensores alegam que se uma criança só pode ser concebida a partir do encontro de um gameta feminino com um masculino, e se o espermatozóide não apenas determina o sexo, mas também contribui para a formação dos traços físicos, das habilidades intelectuais<sup>153</sup> e das predisposições para doenças desse bebê, o seu pai deverá ser considerado esse homem que biologicamente contribuiu para sua origem.

---

à idéia de cisão cartesiana” (WELTER, B. P. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 14, p. 128-153, jul./set. 2002).

<sup>148</sup> FURTADO, A. M. A. de S. Op. cit., p. 18.

<sup>149</sup> A maternidade era sempre presumida como sendo certa (*mater semper certa est*).

<sup>150</sup> “É sob o modelo biológico que o sistema jurídico inicialmente organiza o estabelecimento da filiação, embora não o reproduza fielmente.” (FACHIN, L. E. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 22.)

<sup>151</sup> “A filiação, como fenômeno da natureza, contém em si o sentido biológico da paternidade pelo qual se atribui a condição de pai ao pai genético.” (ALMEIDA, M. C. de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001)

<sup>152</sup> “A paternidade biológica vem pronta sobre a filiação; elo inato, indissolúvel, não raro impenetrável.” (FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade; relação biológica e afetiva*. p. 59.)

<sup>153</sup> “Desde a concepção que o ser humano está formado com o seu genótipo; os seus caracteres físicos, intelectuais, morais, estão em gene nos seus cromossomos.” (SAUVY, Alfred. *Court et valeur de la vie humaine*. Apud: CAMPOS, D. L. de. *O estatuto jurídico do nascituro*. *Arquivo dos Tribunais de Alçada*. Ata 27, p. 33, 1997).

A filiação socioafetiva, ao contrário, é concebida com base no campo dos sentimentos, o elemento concreto que se valora é o afeto. Assim, por este critério é pai o homem que estabelece uma relação de afetividade com a criança. A paternidade é aferida no dia-a-dia<sup>154</sup>, na análise das funções exercidas no cotidiano; pai é quem ocupa na vida da criança esse lugar<sup>155</sup>. É aquele que cuida com carinho, alimenta, protege, educa e preocupa-se com ela<sup>156</sup>. Ou como disse João VILLELA<sup>157</sup>, ser pai é amar e servir com confiança e ternura a uma criança por um ato de opção. Desse modo, será considerado pai todo o homem que por um querer seu decidiu por dar afeto a uma criança e com ela estabelecer uma relação de solidariedade na qual dá-lhe seu nome, trata-a como sua filha, e deixa com que as demais pessoas conheçam-na como tal<sup>158.159</sup>.

João VILLELA ressalta ainda que a paternidade é um conceito cultural e apenas a fecundação é um fato da natureza concreto<sup>160</sup>. Ou seja, segundo esse entendimento, o homem que com seu espermatozóide fecunda o óvulo, que irá originar o bebê, é o genitor dessa criança<sup>161</sup>, fato que ninguém pode negar. Porém, isso não implica, necessariamente,

<sup>154</sup> “A paternidade se constrói, não é apenas um dado: ela se faz.” (FACHIN, L. E. Estabelecimento da... p. 23.)

<sup>155</sup> “... estudos da área de Psicologia têm dito que o pai traduz-se, na verdade, no lugar que ele ocupa, ou seja, para além de sua pessoa o pai deve ser encarado pela função que exerce” (FURTADO, A. M. A. de S. Op. cit., p. 18.)

<sup>156</sup> “... o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este vínculo que se cria não se determina.” (NOGUEIRA, J. F. Op. cit., p. 85.)

<sup>157</sup> VILLELA, J. B. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 21, p. 401-418, mai. 1979.

<sup>158</sup> Trata-se aqui dos elementos característicos da posse do estado de filho, instituto que será tratado na seqüência desse capítulo.

<sup>159</sup> “Na prática social, as relações de afeto são mais importantes que as oriundas de consangüinidade, pois o entendimento majoritário é de que pais são os que criam, não os que procriam...” (NOGUEIRA, J. F. Op. cit., p. 56.)

<sup>160</sup> “... a paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Aqui, o fato da natureza é dado por uma relação de causalidade material: a fecundação e seus necessários desdobramentos.” (VILLELA, J. B. Op. cit., p. 401.)

<sup>161</sup> “... porque genitor qualquer homem potente pode ser, basta manifestar capacidade instrumental para gerar; pai, ao contrário, é mais que o mero genitor, pode até se confundir o genitor, mas vai além da mera noção de reprodução.” (LEITE, E. de O. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: \_\_\_\_\_. *Grandes temas da atualidade: DNA como prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 77.)

que ele venha a ser o seu pai. O conceito de pai é assim construído culturalmente (hoje é comum se ouvir dizer que “pai é quem cria”), sem uma vinculação direta com eventuais laços sanguíneos<sup>162</sup>.

Ao longo da história alternaram-se esses critérios de estabelecimento da filiação. Sem avançar muito no tempo, tal fenômeno pode ser observado na última metade do século passado. Inicialmente, a paternidade era fixada com base nas presunções legais instituídas no Código Civil de 1916, então vigente. Posteriormente, com o desenvolvimento científico e a popularização do exame de DNA, passou-se a dar maior importância à filiação biológica. Mais recentemente, e já no fim do século, começou-se a valorizar o vínculo socioafetivo<sup>163</sup>, na tentativa de assim se melhor tutelar o interesse das crianças.

Nesse momento, a única tendência que se pode reconhecer com certeza é a da superação da utilização das presunções legais (embora elas continuem previstas no NCC), uma vez que se estabeleceu como objetivo máximo na determinação da paternidade a busca da verdade real. Nos tribunais, paira certa névoa sobre a questão. Ainda hoje prevalece o critério biológico, porém aos poucos mais e mais juízes vêm reconhecendo a prevalência do vínculo socioafetivo. Na doutrina, ao contrário, já se estabeleceu há muito a total prevalência do critério socioafetivo, sendo grande o número de autores que sustentam-no como o vínculo único e absoluto no estabelecimento da paternidade<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue.” (LOBO, P. L. N. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 1, n. 3, p. 35, jul./set. 2000.)

<sup>163</sup> “Do silêncio recheado pela hipocrisia jurídica vem ao altar da consagração a definição do liame de sangue. É o *biologismo a moda dos anos 80* que se projeta para a nova década ao lado de *valores sociologistas* que não o desmentem [grifo do autor]”. (FACHIN, L. E. Da paternidade... Ob. cit., p. 21.)

<sup>164</sup> “Concluimos, assim, que o elemento fulminante na definição da verdadeira e única filiação que mereça a tutela jurídica é o relacionamento sócio-afetivo entre pais e filhos, portanto, necessário se faz o reconhecimento do afeto como valor jurídico.” (NOGUEIRA, J. F. Op. cit., p. 194.)



### 5.3 A FILIAÇÃO NOS CASOS DE TROCA DE BEBÊS

Nos casos de trocas de bebês a questão merece uma análise mais detalhada.

Observa-se que os autores, ao sustentarem a prevalência absoluta da paternidade socioafetiva, trabalham sempre com hipóteses em que o que se contrapõe a ela é só um vínculo biológico, destituído de qualquer afeto. Os casos clássicos abordados são os de adoção (quando os pais naturais abandonaram o bebê), nas reproduções assistidas, sobretudo as relacionadas aos bancos de sêmen (quando o doador nem sabe que seu esperma foi utilizado em uma fecundação), e nas situações em que o marido sempre criou a criança com amor e carinho, como se fosse sua filha, e um dia descobre-se que ela descende de um outro homem, com quem sua esposa lhe fora infiel, e o qual, não raro, nem sequer sabe que a relação sexual deu origem a um bebê.

Porém, nos casos de troca, há de um lado uma família com vínculo apenas socioafetivo com a criança, e, de outro lado, um casal que, além do liame biológico, também possui amor por ela. Assim, o estudo dessas situações traz um novo enfoque a questão do estabelecimento da filiação.

Nos casos de troca de bebês, a gravidez é querida, os pais desejam a criança, eles querem que ela nasça; amam-na desde a barriga<sup>165</sup>. É durante a gestação que se inicia a relação entre pais e filhos, a mãe é quem primeiro sente as manifestações do bebê que carrega<sup>166</sup>, mas em pouco tempo, também seu marido, o pai, já participa desses

---

<sup>165</sup> “Desde quando considero que existo, que sou eu? Desde o momento da concepção. Reconheço-me como existente no ventre da minha Mãe. Esta descreve-me a gravidez dela, as alterações do seu corpo por minha causa, os meus primeiros movimentos. Considero-me existente cerca de nove meses antes do nascimento. A minha Mãe sofreu um acidente de automóvel três meses antes de eu nascer. Os meus Pais e Avós ficaram preocupados por minha causa. Eu me reconheço e os outros me reconhecem.” (CAMPOS, D L de. *Ob cit.*, p. 34.)

<sup>166</sup> “As recentes pesquisas em psiquismo fetal, demonstram que as habilidades apresentadas pelos recém-nascidos começam a se desenvolver muito antes deles nascerem. Já nos primórdios da vida intra-uterina, segundo Wilhelm (1992), o feto pode perceber som, engolir, sonhar, reconhecer a voz da mãe, apresentar comportamento inteligente, e a experiência auditiva mostra que o feto prefere a voz familiar. Cada história de gestação e parto, segundo Piontelli (1992), se relaciona a comportamentos que continuam a serem observados no período pós-natal; mostrando a existência das diferenças individuais da cada feto, o modo peculiar de interagir com o mundo intra-uterino.” (FERNANDES, P. C. *Uma investigação sobre as*

momentos. A primeira mexida, o primeiro chute, a primeira ultra-sonografia, as batidas do coração do bebê, a descoberta do sexo, e os fenômenos que se desenvolvem externamente, a montagem do quarto, a compra do enxoval, a escolha do nome, etc. são todas situações que só aumentam a relação de afeto que os pais têm com o bebê<sup>167</sup>. Não é com o nascimento que o amor surge, ele vem de muito antes, muitas vezes já é possível de ser notado no momento em que os casais decidem ter um filho. Assim, com o parto, ocorre apenas o estreitamento dos laços de afeto. Talvez a comprovação definitiva que se possa dar dessa relação de afeto desenvolvida entre o bebê e seus pais quando ele ainda está na barriga de sua mãe é a dor e o sofrimento por que passam os casais quando ocorre um aborto; para eles não há diferença, sentem que perderam um filho.

Assim, reconhecendo-se que há afeto na relação dos pais com o bebê desde a barriga, seria ilógico sustentar que quando se descobre uma troca de bebês existiria apenas uma família com vínculo biológico, contrapondo-se a outra que possui apenas o liame socioafetivo. Resta patente que os pais naturais também amam a criança.

A respeito do tema é próprio o poema do Pe. Antônio Vieira que diz que “o filho por natureza ama-se porque é filho, o filho por adoção é filho porque se ama”.

Dessa forma, surgindo o conflito pelo estabelecimento da filiação, caberá ao juiz decidir com qual das famílias ficará cada criança, observando que não só os pais que criaram, mas também os que a geraram amam-na. A questão, portanto, será sempre de um vínculo socioafetivo contrapondo-se a um vínculo biológico que também vem acompanhado de uma relação de afeto<sup>168,169</sup>.

---

*diversas formas de comunicação entre mãe e feto.* Disponível em: <<http://www.psicologia.org.br/internacional/pscl30.htm>> Acesso em: 04 ago. 2003.)

<sup>167</sup> “Hoje, com as modernas técnicas de conhecimento da vida intra-uterina, é possível acompanhar a par e passo a vida do nascituro, conhecer os seus movimentos: suas reações a estímulos sonoros; ver a sua cabeça mover-se no sentido da voz do pai. ‘Fotografar’ ecograficamente o seu rosto e dizer com quem é parecido. E os psicólogos afirmam-nos que a fase da vida intra-uterina é fundamental para o desenvolvimento psicológico do ser humano e descrevem-nos o interrelacionamento do filho com a mãe.” (CAMPOS, D.L. de. Op. cit., p. 34-35.)

<sup>168</sup> “Contudo, embora deva ser idolatrada a filiação afetiva, já que uma das partes mais importantes de nossas vidas(...), não se pode desdenhar o liame biológico de relação paterno-filial, de vez

Na prática, porém, o magistrado não será chamado a efetivamente decidir em todos os casos de troca de bebês. É comum acontecer de as famílias terem optado pela mesma solução; as duas querem destrocá-lo ou ambas querem permanecer com o bebê que já vinham criando. Nesses casos, caberá ao juiz apenas homologar a decisão, pois, de outra forma, está ferindo o interesse das crianças. Uma sentença oposta ao desejo das famílias faria com que os dois bebês fossem morar com quem já optara de forma inequívoca por ficar com o outro, ou seja, as duas crianças ficariam em um lugar onde não seriam bem-vindas<sup>170</sup>.

Assim, o juiz apenas deverá decidir quando as famílias não conseguirem chegar a um acordo, ou quando, excepcionalmente, uma das crianças envolvidas não concordar com a decisão tomada pelos casais.

Surge, assim, nessas situações, a questão: como deverá o magistrado decidir? Com base em que critérios?

#### 5.4 A LEI

O ECA institui no seu artigo 19 que “toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta”. Segundo a interpretação comum desse dispositivo, as crianças deverão sempre

---

que, da afetividade, que também deve estar presente no liame biológico.” (WELTER, B. P. Op. cit. p. 152).

<sup>169</sup> “... não possui qualquer propósito científico querer restringir o *status familiae* do homem a uma dimensão exclusivamente biológica, como apontava a ortodoxia jurídica, muito menos limitá-lo à esfera da afetividade, como pretende a moderna doutrina jurídica.” (SILVA, R. P. Ascendência biológica e descendência afetiva: indagações biojurídicas sobre a ação de investigação de paternidade. In: SILVA, R. P.; AZEVEDO, J. C. (coord.) *Direitos de Família: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 1999. p. 173.)

<sup>170</sup> Além disso, adverte João VILLELA que não se pode obrigar “quem quer que seja, a assumir uma paternidade que não deseja. Simplesmente porque é impossível fazê-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a própria idéia de paternidade. (...) Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é.” (VILLELA, J. B. Op. cit., p. 414.)

permanecer junto aos seus pais biológicos<sup>171</sup>, só se admitindo que outra família venha a assumir a tarefa, quando a manutenção da criança com seus pais naturais esteja ameaçando ou violando seus próprios direitos<sup>172</sup>.

Contudo, uma interpretação mais sistemática do dispositivo, que leve em conta que a Constituição recepcionou não apenas a filiação biológica, mas também a socioafetiva, somada ao fato de ter-se assegurado a prioridade da proteção à infância, tanto na ordem constitucional como na estatutarista, permite que se extraia do dispositivo uma orientação de que as crianças sejam criadas por seus genitores, porém, excepcionalmente, poderão elas ser criadas por uma família substituta quando essa opção lhe for a melhor. Entende-se, assim, que não apenas nos casos em que a criança esteja sendo abusada física, sexual, ou moralmente por sua família biológica é que ela poderá passar a ser criada por outro casal, mas que sempre que se colocar a questão família natural ou substituta<sup>173</sup>, deverá se perquirir em qual das opções se assegurará a maior proteção à criança. Todo o processo decisório deverá se orientar, assim, pelo melhor interesse da criança<sup>174</sup>.

As duas interpretações do dispositivo, a tradicional e a sistemática, podem parecer muito semelhantes, porém, na prática, podem levar a soluções diametralmente opostas e que se relacionam diretamente com os casos de trocas de bebês. Na tradicional, entende-se que a criança só poderá deixar de conviver com seus pais biológicos quando seus direitos estiverem sendo ameaçados ou violados. Ou seja, é necessário que a família

---

<sup>171</sup> “Nos procedimentos da infância e juventude, a preferência é sempre de manutenção do menor junto aos genitores biológicos...” (ISHIDA, V. K. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 40.)

<sup>172</sup> “A solução natural foi proclamada pelo legislador, de modo que a colocação em família substituta só se justifica quando os direitos da criança e do adolescente forem ameaçados ou violados.” (CURY; GARRIDO & MAÇURA. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 2ª ed. rev. e atual.; São Paulo: RT, 2000. p. 31.)

<sup>173</sup> “As expressões forenses utilizadas são família natural para aquela originada dos genitores biológicos e família substituta para aquela concretizada pela guarda, tutela ou adoção.” (ISHIDA, V. K. *Op. cit.*, p. 40.)

<sup>174</sup> O melhor interesse da criança será conceituado e analisado na seqüência deste capítulo.

natural possua graves desvios de conduta; se estes não existirem o juiz deverá sempre determinar que a criança fique com seus genitores.

Já na interpretação sistemática, a decisão é tomada de acordo com o melhor interesse da criança. Assim, a família biológica pode não ter nenhum problema e ser capaz de assegurar todos os direitos da criança; porém, se a família substituta for a melhor para os interesses da criança, é com ela que esta deverá ficar. Dessa forma, a interpretação sistemática afigura-se como a mais consentânea com a proteção absoluta que o nosso ordenamento assegurou aos interesses da infância e juventude. E, portanto, é a que deve ser observada na solução dos conflitos familiares advindos de uma troca de bebês.

## 5.5 POSSE DE ESTADO DE FILHO

Se a prevalência da verdade biológica é fundamentada no artigo 19 do ECA, o vínculo socioafetivo<sup>175</sup> encontra sua maior fundamentação na teoria da posse de estado de filho<sup>176</sup>.

A posse de estado de filho<sup>177</sup> é considerada como a exteriorização desse estado, ou seja, considera-se como pai e filho aquelas pessoas que convivem na sociedade e assim se tratam como se de fato possuíssem tal estado. Note-se que não é necessário que esteja presente o vínculo biológico, sua existência ou não é indiferente. O que importa é a maneira como esse homem e essa criança portam-se e como a sociedade os reconhece.

---

<sup>175</sup> “O reconhecimento da posse do estado de filho é o reconhecimento pelo mundo jurídico do ‘afeto’, com o objetivo prioritário de garantir à criança todos os direitos a ela resguardados, na busca de permitir o seu bem-estar e sua felicidade.” (NOGUEIRA, J. F. Op. cit., p. 175.)

<sup>176</sup> Belmiro Pedro WELTER critica a expressão posse de estado de filho e opta pela utilização do termo “estado de filho afetivo”, argumentando que a “equiparação do estado de filho afetivo à posse dos direitos reais (...) representa a perpetuação da coisificação do filho”. (WELTER, B. P. Op. cit., p. 129).

<sup>177</sup> “Posse de estado de filho é aquela relação íntima e duradoura, que decorre de circunstâncias de fato, situação em que uma criança usa o patronício do pai, por este é tratado como filho, exercitando todos os direitos e deveres inerentes a uma filiação, o criando, o amando, o educando e o protegendo, e esse exercício é notório e conhecido pelo público” (NOGUEIRA, J. F. Op. cit., p. 85-86).

A doutrina elenca como sendo os principais elementos caracterizadores da posse do estado de filho: o nome, o tratamento e a reputação (*nominatio, tractatus e reputatio*)<sup>178</sup>. Desse modo, a criança que tem o sobrenome de um homem, o qual a trata como filha (com carinho e afeto, cuidando de sua proteção, educação, alimentação, etc.), e a quem todos conhecem como sendo pai e filha, são assim considerados independentemente da existência de vínculo sanguíneo entre ambos. Modernamente, aceita-se ainda que outros elementos venham a caracterizar a posse do estado de filho, quando ausente um dos três clássicos<sup>179</sup>.

A teoria da posse de estado de filho já é adotada na legislação de muitos países (v. g. França<sup>180</sup>, Canadá e Portugal) como forma de estabelecimento da filiação. No Brasil, ela não encontra amparo no ordenamento jurídico, não tendo sido consagrada nem no NCC. Contudo, sua aplicação é largamente defendida pela doutrina, com amparo, sobretudo, no fato da legislação civil reconhecer a “posse de estado” nas relações matrimoniais.

Embora amplamente divulgada pelos autores como sendo a melhor forma do estabelecimento da filiação com base no vínculo socioafetivo, a posse de estado de filho não fornece nenhum subsídio na resolução dos conflitos familiares advindos de uma troca de neonatos. O motivo é simples: uma vez que cada família, até a descoberta da troca, pensa ter o vínculo biológico com o bebê, torna-se óbvio que todos os elementos clássicos

---

<sup>178</sup> Luiz Edson FACHIN afirmou, no tocante a posse do estado de filho, que “é na reunião dos três elementos clássicos (*nomen, tractus, fama*) que começa a se formar a conjunção suficiente de fatos para indicar a real existência de relações familiares, em especial entre pai e filho” (FACHIN, L. E.. Da paternidade... p. 126.)

<sup>179</sup> “... a doutrina, em sua maioria, dispensa o requisito do nome, bastando a comprovação dos requisitos do tratamento e da reputação” (WELTER, B. P. Op. cit., p. 140).

<sup>180</sup> Na França [ad tempora] o vínculo biológico permanece sendo o principal para o estabelecimento da filiação. Contudo, a legislação prevê que se houver título (certidão de nascimento) mais posse de estado de filho, a filiação torna-se inatacável (trata-se aqui dos casos do marido que é presumido como pai). A adoção de um entendimento como esse, entretanto, pode ocasionar injustiças, sobretudo nos casos de troca de bebês. Sem se desconsiderar a importância da previsão para determinados casos, é importante ressaltar que um engessamento do sistema não deve ser estimulado. A avaliação pelo juiz do caso concreto, com base no melhor interesse da criança, ainda parece ser a solução mais indicada na busca pelo estabelecimento da filiação.

da posse do estado de filho poderão ser verificados na prática; as crianças terão o sobrenome da família com que convivem, e serão tratadas e conhecidas como filha desse casal.

Assim, a aplicação da teoria da posse do estado de filho aos casos de troca de bebês implicaria sempre na manutenção de cada criança na família que a recebeu no hospital após o parto. Situação que muitas vezes resultaria em injustiças, uma vez que poderia vir a contrariar o interesse das próprias crianças.

## 5.6 MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O estabelecimento da filiação, sobretudo nos casos de troca de bebês, não pode ser dado por uma resposta única: prevalência da verdade biológica ou da socioafetiva. Há que se perquirir, no caso concreto, qual a solução que melhor atende ao interesse das crianças envolvidas.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, assegurou os direitos das crianças e adolescentes com absoluta prioridade<sup>181</sup>. No mesmo sentido o ECA também garantiu a “proteção integral à criança e ao adolescente” (art. 1º) tutelando sua “condição peculiar” de “pessoas em desenvolvimento” (art. 6º). Assim, todo e qualquer conflito que as envolva, deverá ser solucionado sempre buscando proteger os direitos da infância e juventude.

Embora, nos casos de troca de bebês, os conflitos sobre o estabelecimento da filiação surjam - na maioria dos casos provocados pelos pais-, o juiz, ao decidir, não deverá analisar apenas qual dos casais possui os melhores argumentos, mas, ao contrário, ele deverá se orientar prioritariamente pelo interesse das crianças envolvidas, buscando

---

<sup>181</sup> “... a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal.” (BARBOSA, H. H. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, R. da C. (org.) *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p. 206.)

sempre a melhor solução para os filhos, mesmo que isso possa significar o descontentamento dos pais.

Uma vez definido que o estabelecimento da filiação deve se orientar pelo melhor interesse da criança, surge a pergunta: mas o que é o melhor interesse? Como defini-lo?

O princípio advém do direito comparado, tendo sido expressamente assegurado na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e recepcionado pelo direito pátrio através da ratificação pelo Brasil da Convenção através do Decreto 9.970/90. Contém ele uma orientação genérica para que na ocorrência de conflitos entre os interesses da criança com o de outras pessoas, os direitos da infância sejam preservados. Desse modo, não é possível criar um conceito único do que seja o melhor interesse da criança, pois sua definição estará sempre atrelada a situação fática que está sendo discutida<sup>182</sup>.

O princípio do melhor interesse da criança é assim uma norma de julgamento, na qual deverá se basear o juiz a fim de decidir o caso concreto. Tal regra orienta o magistrado a dar prevalência ao direito ligado a infância, sempre que os interesses da criança estiverem em contraposição ao de outra pessoa.

No caso específico das trocas de bebês, nos conflitos familiares existirá sempre o interesse de duas (ou mais) crianças que deverão prevalecer. Assim, o magistrado quando chamado a decidir com qual família cada criança ficará, ele deverá perquirir qual das situações irá trazer menos prejuízo às crianças. *Ex ante*, é impossível de se estabelecer qual seria a melhor decisão. A destroca das crianças em algumas situações é a solução mais viável, porém, em outras, é totalmente desaconselhável. Apenas através da análise do caso concreto é que o juiz poderá formar seu convencimento.

Por se tratar de questão tão delicada, com inúmeras implicações psicológicas, o ideal seria que o magistrado sempre se valesse de uma equipe multidisciplinar, formada

---

<sup>182</sup> “Atualmente, a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão, considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto.” (PEREIRA, T. da S. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: *Ibid.*, p. 218.)



sobretudo por psicólogos e assistentes sociais para lhe auxiliar em sua decisão<sup>183</sup>. A oitiva da criança pode ser extremamente relevante em casos como esses, porém, via de regra, nas trocas de bebês, elas não são possíveis, uma vez que a discussão ocorre nos primeiros anos de vida das crianças, quando elas ainda não possuem condições suficientes para exarar sua opinião.

Ante a impossibilidade da oitiva da maior interessada na resolução da questão – a criança – caberá ao juiz analisar antes de formar seu convencimento inúmeros elementos, dos quais destacam-se: o tempo de convivência/afastamento da criança com o casal, os laços de afeto já formados<sup>184</sup>, as diferenças sócio-culturais e eventuais diferenças físicas (cor de pele, traços físicos) entre as famílias e as crianças, a capacidade de cada criança de se adaptar a uma eventual destroca, etc.

## 5.7 CASOS CONCRETOS

O juiz vê-se diante de uma árdua tarefa na busca por uma solução aos conflitos familiares no caso de troca de bebês. As variantes a serem analisadas são tantas que torna-se praticamente impossível de se determinar qual será a solução final.

Não há um único critério que fixe a solução. O fator temporal, ou seja, o tempo que cada criança está convivendo com cada família, poderia parecer um elemento seguro, afinal é facilmente verificável pela idade da criança e possui relação direta, em tese, com

---

<sup>183</sup> “Cabe lembrar que a investigação do juiz pode e deve contar com a análise de uma equipe interdisciplinar, com a presença de outros especialistas, como psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, etc., para que ele, com toda a segurança determine a solução jurídica no sentido do melhor interesse da criança. Essa prerrogativa da qual pode se recorrer o juiz está prevista no artigo 151 do ECA.” (NOGUEIRA, J. F. Op. cit., p. 85.)

<sup>184</sup> “... o juiz, ao decidir uma disputa de filiação, deve levar em conta o vínculo de afetividade da criança com seus pais. Deve ser argumento primordial para nortear sua decisão, devendo apreciar e julgar considerando, como melhor interesse da criança sua estabilidade psicológica e grau de afetividade. A criança tem o superior direito de crescer num ambiente sadio, tranqüilo, com aqueles que a amam.” (Ibid. p. 174).

o laço afetivo formado entre os casais com as crianças<sup>185</sup>. Porém, analisando as soluções a que se chega na prática dos tribunais, verifica-se que o fator etário possui uma diminuta influência. Por exemplo, nos mais de cinquenta casos pesquisados encontramos dois em que a destroca ocorreu quando as crianças já estavam com três anos<sup>186</sup>, por outro lado, também encontramos duas outras situações que aos dois anos de idade as crianças foram mantidas com a família que as vinha criando. Ainda que não haja registro de nenhum caso de manutenção das crianças antes dos dois anos (até essa idade todos os casos pesquisados terminaram com a destroca) é possível de se observar famílias que mesmo com o bebê com poucos meses de vida optam por sua manutenção, restando, porém, vencidas no Judiciário<sup>187</sup>. Por outro lado, somente após os oito anos de idade é que não mais se avistam casos de tentativa de destroca<sup>188</sup> (até essa idade ainda há famílias que pleiteiam a destroca), embora, na prática, o caso mais tardio de destroca encontrado ocorreu quando as crianças estavam com três anos.

---

<sup>185</sup> Alguns países estabeleceram um prazo mínimo para o reconhecimento da posse de estado de filho: na França foi de dez anos, em Luxemburgo três e na Espanha quatro anos (WELTER, B. P. Op. cit., p. 142), porém, conforme ressaltou Belmiro Pedro WELTER, com base nos estudos de Guilherme de OLIVEIRA, a fixação de um lapso temporal mostra-se uma atitude arbitrária e dissonante do caráter garantista que se busca dar aos direitos da infância no âmbito do direito de família.

<sup>186</sup> Um dos casos foi voluntário, i.e., as famílias chegaram a um acordo pela destroca. Todavia, o outro foi uma decisão judicial que contrariou a vontade das duas famílias. Esse último caso ocorreu no interior da Bahia e findou com uma decisão contrária por uma manipulação dos dirigentes do hospital envolvido que acabaram proibindo todos os advogados locais de atuarem, com exceção de um que foi pago para pedir a destroca. Após estarem seguros que cada uma das crianças estava com seus pais biológicos, os diretores do hospital mandaram uma das famílias para São Paulo. Na seqüência dos fatos, o processo desapareceu, o hospital nunca foi processado por danos morais e os seus dirigentes, que ainda são os mesmos, dizem que nunca ocorreu um caso de troca de bebês naquele estabelecimento de saúde. (TRAUMA de infância. *Fantástico*, 28 jan. 2001. Disponível em: <<http://www.redeglobo.globo.com/fantastico>> Acesso em: 28 jul. 2001.; e, MINUTOS antes de embarcar Paulo finalmente sorri. *Fantástico*, 04 fev. 2001. Disponível em: <<http://www.redeglobo.globo.com/fantastico>> Acesso em: 28 jul. 2001).

<sup>187</sup> Um caso ocorrido no Rio de Janeiro se alongou durante meses, pois um dos casais não queria a destroca, que ocorreu, porém, quando as meninas estavam com 11 meses, mas só se realizou com o auxílio policial (PUGA, F. *A novela de Raquel Maurício*. Disponível em: <[http://bolsademulher.com/revista/?id\\_secao=5&id\\_materia=1985](http://bolsademulher.com/revista/?id_secao=5&id_materia=1985)>).

<sup>188</sup> Em São Paulo, uma mãe pleiteou a destroca de duas meninas de sete anos, pois uma das crianças trocadas era irmã gêmea idêntica de sua outra filha e ela queria manter as duas garotas unidas (CHAVES, A. *Responsabilidade civil...* p. 146).

Há também situações inusitadas como os casos em que uma mãe pleiteia ficar com as duas crianças, pretendendo deixar a outra família sem nenhuma delas, ou o da menina americana que pediu para se divorciar de seus pais biológicos e que no ano seguinte fugiu de casa para ir morar com eles. Há ainda o caso da destroca de bebês que ocorreu quando as meninas tinham 11 meses e os pais optaram por não anular os registros de nascimento; assim, cada criança recebeu, na nova família, o nome pelo qual era antes a outra chamada, resultando que durante quase dois meses as meninas não atendiam quando eram chamadas pelo novo nome.

Problemática também a situação ocorrida em São Paulo: a mãe recebeu logo após o parto a notícia de seu filho havia morrido, porém, desconfiando, pediu exumação do corpo e realização de exame de DNA, o qual revelou que o bebê falecido não era seu filho. A busca por localizar seu rebento levou mais de dez anos. O caso chama a atenção, pois havendo apenas uma criança, caberá ao juiz decidir qual dos dois casais será considerado como sendo os seus pais, sabendo que, porém, um deles ficará sem o esperado filho vivo. A solução deve ser dada também aqui pelo melhor interesse da criança a ser analisada no caso concreto. Ainda mais difícil seria a decisão se após uma investigação se descobrisse que a troca foi dolosa<sup>189</sup>. Contudo, a análise do caso foge ao objetivo desse trabalho que tem como seu objeto a análise apenas dos casos culposos de troca de bebês.

Por fim, há que se mencionar a decisão tomada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)<sup>190</sup>, que em um caso *sui generis*, determinou que um dos casais ficasse com os dois meninos. Como fundamento da decisão, consideraram os desembargadores o fato de um dos garotos ter sido abandonado pela mãe, que o havia entregado a um casal para criá-lo, o qual não formalizou a guarda e nem buscou legalmente adotar a criança. Assim, entenderam os magistrados que esse casal, o qual não possuía a posse jurídica do

---

<sup>189</sup> Situação semelhante foi a que ocorreu no célebre “caso Pedrinho”, porém, lá a hipótese é de subtração de incapaz e não de troca de bebês.

<sup>190</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 87.617/4. Relator: Des. Francisco Figueiredo. Julgado: 13 ago. 1992.

bebê, também não possuía legitimidade para atuar no processo e ante a revelia da mulher que recebera o bebê como seu filho, reconheceram a prevalência do vínculo biológico, entregando o bebê a sua genitora, sem, contudo, tirar-lhe a guarda do outro menino.

## 5.8 A INCAPACIDADE DO DIREITO

Independentemente, porém, da decisão do juiz, ou mesmo da solução encontrada pelas partes, certo é que o ordenamento jurídico não consegue fornecer uma tutela completa para a situação.

Observa-se, na prática, que não importa com quem as crianças fiquem. seja com os pais biológicos, seja com os socioafetivos, em regra, ocorre uma aproximação das duas famílias muito grande. No Brasil, é comum os casais irem morar próximos uns dos outros. Na Itália, já houve inclusive um caso em que as duas famílias foram morar em uma grande casa e as duas meninas que foram trocadas passaram a reconhecer ambos os casais como sendo seus pais, considerando-se irmãs.

A estipulação de visitas também é uma solução informal comumente adotada no Brasil, embora no direito estrangeiro ela seja regulada e muitas vezes até determinada pelo juiz ao fim do processo referente ao estabelecimento da filiação. Finais de semana, férias e feriados são geralmente os dias escolhidos para que as crianças visitem a outra família, sendo freqüente que a visita seja uma semana na casa de um casal e na seqüência na do outro, para possibilitar que nesses momentos as crianças trocadas fiquem juntas.

No Brasil, mais uma prática é adotada com freqüência pelos casais envolvidos em uma troca de bebês: é o apadrinhamento. Feita ou não a destroca, é comum que um dos casais apadrinhe a outra criança. Por se tratar, entretanto, de uma prática religiosa, sobretudo com raízes católicas, não se observa a utilização dessa prática em outros países.

Segundo a doutrina católica, padrinho é a pessoa que responde pela criança se eventualmente seus pais lhe faltaram, ou seja, entende-se que a madrinha é uma “mãe substituta” ou uma “segunda mãe”. Tornando-se óbvio que essa prática não consiste em

nada além de um “jeitinho brasileiro” dado ante a incapacidade do ordenamento jurídico de tutelar os conflitos familiares advindos de uma troca de bebês.

O apadrinhamento é, assim, mais uma solução informal utilizada para garantir uma aproximação das duas famílias com as duas crianças, convergindo com outras soluções observadas no sentido de demonstrar que, se juridicamente uma pessoa só pode ter um pai e uma mãe, na prática, essa limitação pode ser bastante relativizada pelas partes, em busca da melhor solução.

## 6 A PREVENÇÃO

A restituição ao estado anterior não é uma tutela possível de ser fornecida pelo direito aos casos de troca de bebês.

As dificuldades advindas da tentativa de se minorar os efeitos maléficos de uma troca despertam, pois, a questão: não seria mais eficiente que o direito busca-se primeiramente prevenir a ocorrência do fato? Se por meio do ordenamento jurídico é possível se estabelecer critérios a serem seguidos na identificação dos neonatos e se mediante a adoção dessas técnicas poderia se reduzir (com a necessária fiscalização) a ocorrência do fenômeno, por que não fazê-lo?

Resta, pois, que melhor que é prevenir a ocorrência desse tipo de dano, do que posteriormente tentar remediá-lo.

O primeiro passo nessa direção foi dado pelo legislador estatutarista que obrigou os hospitais a identificarem os neonatos mediante registro de sua impressão plantar e digital. Embora o método escolhido não seja o mais adequado, certo é que a porta ficou aberta para que outras leis viessem a regulamentar o assunto, sendo, inclusive, que o próprio ECA possibilitou que a autoridade administrativa assumisse a tarefa.

### 6.1 MÉTODOS E PROCESSOS DE IDENTIFICAÇÃO

Toda lei que venha a legislar sobre a identificação de recém-nascidos como meio de prevenção à troca de bebês deve, necessariamente, estabelecer os métodos e processos<sup>191</sup> a serem seguidos no intento, sob pena de tornar-se inepta.

---

<sup>191</sup> O Centro Nacional de Crianças Desaparecidas, dos Estados Unidos, reconheceu que “safeguarding newborn infants requires a comprehensive program of health care policy, procedures, and processes, education of and team work by nursering personal, parentes, physicians, security and risk-management personel, and coordenating of various elements of physical and eletronic security” (BARRETT, R. Op. cit. [internet]).

Entende-se como método a técnica utilizada, e por processo a seqüência de atos que é seguida desde o parto até a identificação do neonato. Ambos são muito importantes na prevenção da troca de bebês, porém, por mais aprimorado que seja o método, se o processo não for seguido corretamente as chances de troca aumentam muito.

Os métodos mais utilizados na identificação de neonatos são, basicamente, quatro:

- a) fotografia: o bebê é fotografado logo ao nascer<sup>192</sup> e qualquer dúvida posterior sobre sua identidade é confirmada mediante a comparação dela com o recém-nascido<sup>193</sup>;
- b) registro da impressão plantar e/ou digital<sup>194</sup> do neonato: é feito logo após o nascimento e eventual identificação posterior é feita também por comparação;
- c) pulseira<sup>195</sup>: a colocação de um bracelete no bebê com elementos que permitam sua identificação posterior; é o método mais utilizado; as pulseirinhas podem ser das mais variadas formas; em geral são fabricadas em plástico, porém, eventualmente são feitas de tiras de esparadrapos; as espécies mais comuns são:

---

<sup>192</sup> Método comumente utilizado nos Estados Unidos, porém, sempre aliado a outras técnicas, em geral, a colocação de pulseirinhas e o registro da impressão plantar (NURSERY... Op. cit. [internet]).

<sup>193</sup> Também nesse caso há de se seguir corretamente o processo e ter certeza que a foto é identificada como sendo a do bebê a que ela realmente corresponde, sob pena de ineficácia.

<sup>194</sup> O ECA obriga os hospitais a retirar a impressão plantar e digital dos bebês, porém as maternidades só colhem a podal, pois a outra não é possível de ser registrada com a simples utilização de tintas o que levou os hospitais a “revogarem” o dever.

<sup>195</sup> Alguns hospitais ainda, buscando ampliar a segurança na identificação de bebês costumam utilizar duas pulseirinhas no bebê, uma no pulso e outra no tornozelo, procedimento comumente adotado nos Estados Unidos. No Brasil a técnica é utilizada em alguns hospitais; outros, porém, optam por adotar precauções diversas. A Maternidade Santa Joana, a qual proclama que em 50 anos de existência, com mais de 209 mil partos realizados não possui nenhum registro de troca de bebês, confecciona as pulseiras com antecipação e submete à aprovação dos pais (para conferirem o nome e o número impressos e a segurança do fecho de segurança, etc.) antes da utilização (PARTICULARES recorrem ao computador. *O Estado de São Paulo*, 5 de novembro de 2001, Disponível em: <http://www.estado.estadao.com.br/editoriais/2001/11/05/ger007.html> Acesso em: Novembro de 2001).

- simples: são aquelas em que determinados dados necessários<sup>196</sup> à identificação do bebê são escritos na própria pulseirinha; algumas tem um papel no seu interior coberto por um filme plástico, outras são apenas feitas com um tipo especial de plástico que permite a escrita com caneta esferográfica;
- numerada: a pulseira já vem com um número impresso nela que é exatamente igual ao que consta do bracelete que será utilizado pela mãe do bebê; é comum que elas venham acompanhadas também de um *clamp* umbilical<sup>197</sup> também com a mesma numeração;
- com código de barras<sup>198</sup>: alguns braceletes ao invés de espaço para escrever os dados de identificação, ou de números possuem um código de barras que corresponde ao da pulseira que será dada à parturiente; nesse método, para se realizar a identificação do neonato é necessário o uso de um *palm top*;
- com chip<sup>199</sup>: essa espécie possui um componente eletrônico em seu interior que emite sinais para antenas instaladas no interior do hospital e que, ligadas a uma central de computadores, permitem a localização do bebê em qualquer setor, além de controlarem as portas de saída, que se travam se uma pulseirinha se aproximar delas; elas são equipadas também com um sensor que dispara um alarme se houver qualquer tentativa de retirá-la;

---

<sup>196</sup> As informações anotadas na pulseirinha variam de hospital para hospital, o mais comum é que se escreva apenas o nome da mãe, porém há maternidades que além disso inserem outros dados como: o nome do obstetra, a data e o horário do parto, o nº do leito, o sexo do bebê, etc.

<sup>197</sup> É o grampo que é colocado, logo após o parto, no pedaço do cordão umbilical que permanece ligado ao bebê.

<sup>198</sup> A técnica, utilizada no país pelo Hospital Israelita Albert Einstein, ganhou o prêmio de o melhor uso de tecnologia, concedido pela Informationweek Brasil (PRÊMIO melhor uso de tecnologia de informationweek. Disponível em: <<http://www.sit.com.br/separataGTI081.htm>> Acesso em: 03 set. 2001).

<sup>199</sup> O sistema denominado Hugs foi criado há mais de 20 anos no Canadá. Atualmente, sua versão mais moderna, o Kisses, está sendo utilizada nos Estados Unidos, sobretudo na região de Boston. O custo da instalação e dos equipamentos gira em torno de R\$ 40 mil (SCHEINBERG, G. *Tornozeleira mapeia bebê na maternidade*. Disponível em: <<http://www.uol.com.br/folha/equilibrio/noticias/ult263u1260.shtml>> Acesso em: 28 jul. 2003).



- d) DNA<sup>200,201</sup>: amostras de sangue da mãe<sup>202</sup> e do bebê<sup>203</sup> são colhidas logo após o parto e armazenadas no hospital para serem utilizadas em eventual suspeita de troca<sup>204</sup>; as técnicas mais utilizadas são:
- com *swab*<sup>205</sup> (semelhante a um cotonete)<sup>206,207</sup>: o sangue é coletado em uma haste de algodão flexível que, depois de identificada, é submetida a congelamento<sup>208</sup>;
  - cartão<sup>209,210</sup>: ele possui uma composição especial capaz de conservar o material genético por muitos anos<sup>211</sup>, possuindo espaço para se colher o sangue da mãe e do bebê.

---

<sup>200</sup> É considerado o método mais eficaz para identificar seres humanos.

<sup>201</sup> Nos Estados Unidos o DNA também é usado como mais um meio de se identificar bebês. O Sentinel Journal, publicou em 06/09/01, uma reportagem sobre o tema, na qual afirmou que “a procedure to match DNA samples of babies and their mothers in hospitals birthing rooms is a measure that national experts said could prove valuable in switched baby cases.” (BARRETT, R. Op. cit. [internet]).

<sup>202</sup> Retirado do sangue do parto.

<sup>203</sup> Retirado do cordão umbilical.

<sup>204</sup> Mediante requisição judicial o hospital disponibiliza o material de todos o bebês nascidos na mesma data para possibilitar a identificação da outra família envolvida.

<sup>205</sup> O médico Carlos Gonçalves, conselheiro do CRM, declarou que o método não tem validade, tendo, inclusive, sido rejeitado pela comunidade científica (CAMPOS, M. Kit do cotonete. *Jornal da Tarde*, São Paulo, 331 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.jt.estadao.com.br>> Acesso em: 15 set. 2002).

<sup>206</sup> O inventor do método, o médico Luciano Barsanti, conhecido como o pioneiro mundial em identificação de bebês pelo DNA, afirma que essa é a melhor técnica para se colher o material genético. Segundo ele, esse sistema é utilizado em vários países, entre eles os Estados Unidos, a Itália e os Países Baixos.

<sup>207</sup> No ano de 1999 muitas acusações foram feitas a técnica pela imprensa paulista. Dizia-se que ela era mero instrumento para se retirar dinheiro dos cofres públicos. As críticas referiam-se aos valores cobrados pelos cotonetes (acusação de superfaturamento). Embasando a tese alegavam que o tema era desconhecido das publicações internacionais e que apenas uma maternidade (pública) a utilizava, sem que qualquer outro hospital houvesse demonstrado qualquer interesse (CAMPOS, M. Op. cit. [internet]).

<sup>208</sup> O DNA deve ser armazenado em um freezer *frost free*, sob pena de contaminação.

<sup>209</sup> A tecnologia já está sendo utilizada no Hospital Regional de Osasco, único estabelecimento público do país a usar a técnica (CARTÃO... Op. cit. [internet]).

<sup>210</sup> No Brasil, o cartão é comercializado juntamente com duas pulseirinhas plásticas e um *clamp umbilical* todos contendo o mesmo código alfanumérico, em um kit chamado de *BB Doc*. Segundo o laboratório responsável por sua produção o sistema foi testado em 20 mil nascimentos antes de ser comercializado. O médico Pedro Luiz Alves de Souza, inventor do kit, afirma que o método garante 100% de identificação em caso de suspeita de troca de bebês e afirma ainda que o cartão é infalsificável pois possui onze itens de segurança (NOVA rotina. Disponível em: <<http://www.bbdoc.com>> Acesso em: 21 jul. 2003.)

Esses métodos, em que pesem serem os comumente utilizados, não são infalíveis<sup>212</sup>, ao contrário, como já afirmamos, o registro da impressão plantar não é eficiente como meio de identificação de recém-nascidos. A fotografia também não é muito prática e pode levar a confusões, pois muitas vezes só pelas características físicas é muito difícil diferenciar um neonato de outro. O DNA serve apenas como método posterior de identificação, assim não é capaz de evitar troca de bebês<sup>213</sup>, mas tão-somente resolvê-las, na eventualidade de uma ocorrer. Assim, a utilização da pulseirinha constitui, ainda, o melhor método de identificação de recém-nascidos em hospitais.

A pulseirinha é extremamente prática<sup>214</sup>, possibilita que se verifique a identidade do recém-nascido em qualquer momento e em qualquer lugar: os outros métodos só possibilitam uma identificação *a posteriori*, após a comparação da fotografia ou da impressão plantar com o recém-nascido, ou depois da realização do exame de DNA.

Entretanto, nem mesmo a técnica da pulseirinha está imune a críticas: a utilização de material inapropriado (esparadrapo) ou de baixa qualidade (sem resistência, ou com fecho que se abre com facilidade) na sua confecção podem acarretar a ineficiência da técnica. Outro dado importante é que para sua eficiência ser completa é importante que o processo adotado seja igualmente eficiente.

Não existe um procedimento padrão<sup>215</sup>, porém, o que geralmente acontece é que logo após o parto o bebê é encaminhado para a sala de limpeza onde receberá os cuidados

<sup>211</sup> Necessita também ser guardado em local com refrigeração seca (*freezer frost free*).

<sup>212</sup> Jeff Aldridge, consultor técnico do Centro Nacional de Crianças Desaparecidas, dos Estados Unidos, afirma “thus, most hospitals use a combination of non electronic identification bracelets, photos and baby footprints as ID systems (...) photos aren’t always reliable. Bracelets fall off, and footprints are little more than smudges of ink from wrinkled skin” (BARRETT, R. Op. cit. [internet]).

<sup>213</sup> Pedro Luiz Alves Souza (CARTÃO... Op. cit. [internet]). sustenta que a utilização do método por um hospital faz reduzir o número de troca de bebês, pois os funcionários tomam-se mais cuidadosos. Tal assertiva, contudo, não parece proceder, uma vez que na maioria dos casos a troca é acidental.

<sup>214</sup> A técnica também é extremamente barata, o que pode encarece-la são os recursos técnicos que podem ser-lhe integrados, porém, apesar de possuírem certa utilidade, eles não são imprescindíveis. A utilização da pulseirinha mais simples (aquela que só tem o nome da mãe ou um número idêntico ao da parturiente) já permite (quando colocada no momento certo, a sala de parto, como analisaremos na seqüência) a segurança da identificação do neonato.

<sup>215</sup> Muitos são os cuidados que se deve ter com um recém-nascido logo após o parto. Os mais comuns são: limpeza das vias aéreas, corte e curetagem do cordão umbilical, exames (o teste *Apgar* deve

pré-natais e só posteriormente é que será identificado; e, é justamente aí, que os especialistas apontam estar um dos principais fatores que levam a ocorrência de uma troca de bebês. Os *experts* são unânimes<sup>216</sup> ao afirmar que o melhor momento para identificar o recém-nascido é ainda na sala de parto. Arlindo Bragato, diretor do Hospital Regional de Osasco<sup>217</sup>, asseverou que “o nascimento é um momento único. É quando temos certeza que a criança é realmente daquela mulher. Por isso é importante que todas as medidas sejam tomadas nesse instante”<sup>218</sup>.

Algumas pessoas<sup>219</sup> vão mais longe e sustentam que a recomendação da Organização Mundial de Saúde (OMS), ratificada no Brasil pelo Ministério da Saúde, para que mãe e bebê sejam mantidos em alojamento conjunto, deveria ser levada ao pé da letra, ou seja, dentro das maternidades os bebês não poderiam ser separados de suas mães, evitando-se assim as trocas.

---

ser realizado já no primeiro minuto de vida e posteriormente no quinto), ministração de medicamento e vitaminas, limpeza, etc., isso sem incluir os cuidados emergenciais eventualmente necessários, sobretudo nos casos de estresse cardiorespiratório e/ou metabólico, circunstâncias todas que fazem com que identificação muitas vezes fique preterida (PROTÁSIO, R. Op. cit. [internet]).

<sup>216</sup> Nesse sentido manifestou-se: Lucino Barsanti, Pedro Luiz Alves Souza, Regina PROTÁSIO, entre outros.

<sup>217</sup> Pacientes do hospital público confirmam que a identificação dos neonatos é feito na frente da parturiente (CARTÃO... Op. cit. [internet]).

<sup>218</sup> Id.

<sup>219</sup> Ana Cris, coordenadora do grupo Amigas do Parto, acredita que as trocas de bebês só acontecem “porque os hospitais teimam em separar as mães de seus bebês” (CRIS, Ana. Amigas do parto: troce de bebês. Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br>> Acesso em: 22 mar. 2002). No mesmo sentido, manifestou-se a professora de enfermagem no Estados Unidos, Lisa Hanson, “maybe we are worrying about wrong thing. If babies weren’t separated from their mother’s in hospitals nurseries maybe it would solve some problems” (BARRETT, R. Op. cit. [internet]).

## 6.2 LEGISLAÇÃO ESTADUAL<sup>220</sup>

O número cada vez maior de troca de bebês divulgadas na mídia aliado à falta de regulamentação federal chamou a atenção dos políticos, os quais passaram a criar leis com o intuito de prevenir sua ocorrência<sup>221</sup>.

A primeira lei a ser editada no Brasil visando a regulamentar a identificação de neonatos em maternidades foi a Lei nº 2.827, promulgada em 30 de dezembro de 1998 (a qual alterou a Lei nº 9.190/98), no Distrito Federal. O referido diploma legal obriga a todos os órgãos de saúde locais a identificarem, ainda na sala de parto, o recém-nascido e sua mãe com pulseirinha (ou esparadrapo), sendo também obrigatória a verificação dos braceletes da mãe e do bebê (que deverão ser idênticas) na saída da maternidade.

A Lei nº 2.827/98<sup>222</sup> é extremamente simples, porém adequada, uma vez que prevê o método (pulseirinha) e o processo (colocação na sala de parto) a ser adotado na identificação dos neonatos, estabelecendo inclusive a obrigatoriedade de que as pulseirinhas da parturiente e do neonato sejam conferidas na saída dos hospitais, prática simples, mas que não raro não é observada.

Duas críticas, apenas, merece o dispositivo. A primeira refere-se à permissão dada para que a identificação ocorra com esparadrapo. Conforme já analisamos nesse trabalho, esse método é extremamente falho, pois é comum o esparadrapo se soltar ou borrar o que nele foi escrito, razão pela qual não deveria ter sido adotado. A falha legislativa apesar de grave não compromete totalmente a lei, porque, atualmente, são raros os hospitais que optam pela utilização de esparadrapos, uma vez que as pulseirinhas além de serem práticas (economizando tempo e serviço), possuem um custo extremamente baixo. A segunda observação é a de que não foi prevista nenhuma sanção

---

<sup>220</sup> A íntegra de cada uma das leis e projetos de leis encontra-se reunida no Anexo A desse trabalho.

<sup>221</sup> Após uma seqüência de trocas de bebês nos Estados Unidos, Sheila Jackson Lee, parlamentar americana, apresentou um projeto de lei buscando aumentar a segurança na identificação dos recém-nascidos e uniformizar os procedimentos adotados em todo o país (NURSERY... Op. cit. [internet]).

<sup>222</sup> DISTRITO FEDERAL. Lei n. 2.827 de 26 de novembro de 2001. Altera a Lei nº 2.190, de 30 de dezembro de 1998. *Diário Oficial*, Brasília, 28 nov. 2001.

administrativa para os estabelecimentos que não seguirem as obrigações impostas na lei. É sabido que no Brasil, a instituição de um dever sem uma correspondente sanção implica, muitas vezes, na total inobservância do dispositivo. A falta da previsão de uma penalidade, contudo, não afasta a pertinência da lei, e a possibilidade de sua regulamentação por outros meios. Em 11 de outubro de 2002, foi sancionada pela então governadora do Rio de Janeiro, Benedita da Silva, a lei que “obriga a adoção de medidas de segurança que evitem, impeçam ou dificultem a troca de recém-nascidos nas dependências de hospitais públicos ou privados, casas de saúde e maternidades, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, que possibilitem a posterior identificação através de exame de DNA”<sup>223</sup>.

A Lei nº 3.990/02<sup>224</sup>, do Rio de Janeiro, obrigou os hospitais a identificarem, ainda na sala de parto, o neonato com uma pulseirinha e um grampo umbilical numerados de forma idêntica a do bracelete da parturiente. Além disso, criou o dever das maternidades coletarem, também na sala de parto, amostras do material genético da mãe e do bebê, para serem arquivadas no próprio local e mantidas à disposição da Justiça, para eventual identificação posterior das crianças em caso de troca de bebês.

A lei carioca previu sanções ao descumprimento dos deveres que instituiu. A penalidade primária é pecuniária, porém a reiterada desobediência poderá ocasionar até mesmo a interdição da maternidade.

Ao regulamentar um método e um processo de identificação, a Lei nº 3.990/02 cria condições para uma significativa diminuição dos casos de trocas de bebês. A previsão da obrigação da conferência das pulseirinhas na saídas das maternidades, como previsto na lei do Distrito Federal, poderia, contudo, aumentar ainda mais a sua eficácia. As críticas, porém mais duras contra a lei, referem-se não ao seu caráter preventivo, mas a

---

<sup>223</sup> O projeto de lei foi proposto pelo Deputado Wolney Trindade.

<sup>224</sup> RIO DE JANEIRO, Lei n. 3.990, de 11 de outubro de 2002. Obriga a adoção de medidas de segurança que evitem, impeçam ou dificultem a troca de recém-nascidos... *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, 23 out. 2002.

obrigação da conservação de amostras do material genético da mãe e do bebê<sup>225</sup> nos hospitais e maternidades. Atualmente, uma grande preocupação da ética biomédica é a preservação do segredo genético das pessoas<sup>226</sup>. A aplicação da lei carioca implicaria na criação de um banco genético em cada hospital, o que conflita frontalmente com as tentativas de se assegurar o caráter confidencial da identidade genética de cada pessoa. Além disso, o armazenamento de DNA nas maternidades é altamente custoso se realizado dentro das normas técnicas e éticas, pois implica na criação de um local adequado para a conservação sem deterioração ou contaminação do material genético, somado a um forte esquema de segurança para garantir que somente tenham acesso a área pessoas autorizadas e que nenhuma amostra de DNA saia do local senão por requisição judicial.

Afora a obrigação de conservar amostras do material genético da mãe e do bebê, no seu caráter preventivo, a lei carioca mostra-se apta a alcançar o seu objetivo: reduzir a ocorrência de troca de bebês.

Recentemente dois outros Estados da Federação já criaram projetos de leis extremamente semelhantes à lei do Rio de Janeiro. No Mato Grosso do Sul<sup>227</sup>, o deputado Paulo Corrêa propôs um projeto nos mesmos termos do carioca, acrescentando, porém, apenas um artigo no qual prevê que a fiscalização do cumprimento dos deveres fixados será de competência da Secretaria de Estado de Saúde, a qual, eventualmente, receberá

---

<sup>225</sup> O serviço de Neonatologia e Perinatologia do Instituto Fernandes Figueira da Fundação Oswaldo Cruz, deu um parecer sobre o então projeto de lei carioca e “considerou que o armazenamento do material genético – de todas as mães e filhos ali internados, coletado na sala de parto, deixando à disposição da Justiça [grifo do autor] – constitui procedimento de custos excessivos para a saúde pública em relação aos benefícios que pudessem trazer para a saúde da população do Estado.” (SECRETARIA DE SAÚDE DO RIO DE JANEIRO. *Projeto de lei nº. 2.687/01*. Disponível em: <<http://www.saude.rj.gov.br/ces/viaces1002.pdf>> Acesso em: 05 mai. 2003.)

<sup>226</sup> Uma das grandes preocupações atuais da ética biomédica é assegurar o caráter confidencial do perfil genético de cada pessoa (ZATZ, M. Projeto genoma humano. *São Paulo Perspectiva*, jul./set., 2002, vol. 14, n. 3, p. 47-52. Disponível em: <<http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca.biologia/bio05b.htm>> Acesso em: 08 jun. 2003).

<sup>227</sup> MATO GROSSO DO SUL. *Projeto de Lei [s. n.]*. Proposto em: 13 mai. 2003. Obriga a adoção de medidas de segurança...Relator: Dep. Paulo Corrêa.

apoio da Secretaria do Estado de Segurança Pública. O outro projeto foi proposto no Rio Grande do Sul, pelo deputado Giovani Cherini, nos mesmos termos da lei carioca<sup>228</sup>.

Também em São Paulo, tramita um projeto de lei<sup>229</sup> que “determina procedimentos de identificação de recém-nascidos e respectivas mães, nos hospitais que realizam partos no Estado”<sup>230</sup>. O projeto prevê a utilização na mãe e no bebê de pulseirinhas (além do *clamp* umbilical do recém-nascido), todos com o mesmo número ou com o mesmo código de barras e com emissão de alarme sonoro ou outro meio<sup>231</sup> que permita o controle da circulação do neonato e da parturiente no interior do estabelecimento de saúde. A coleta e o armazenamento do material genético da mãe e do bebê igualmente foram previstos. O projeto ainda traz mais uma inovação ao prever que nos atendimentos vinculados ao SUS as despesas serão custeadas pela Secretaria de Estado da Saúde, numa tentativa clara de evitar a não aplicação da lei pela falta de recursos.

Após uma análise do projeto paulista é possível se visualizar suas deficiências, uma vez que ele não prevê o procedimento, que é essencial para a garantia da eficiência do método. A mera obrigação da identificação dos recém-nascidos com pulseirinhas não evita a troca, há que se assegurar também que a identificação será feita corretamente, e,

---

<sup>228</sup> Giovani Cherini anunciou que propôs um “projeto que obriga hospitais e maternidades a adotar medidas de segurança que dificultem a troca de recém-nascidos e permitam a posterior identificação através de DNA. Assim, serão utilizadas pulseiras de identificação numeradas para a mãe e o filho na sala de parto, grampo umbilical numerado correspondente ao número da pulseira e kit coleta de material genético coletado na sala de parto para arquivamento na unidade de saúde e à disposição da Justiça.” (JUNIOR, L. Cherini protocola projetos. *Notícias*. 31 jul. 2003. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/ag/NOTICIAS/2003/07/NOTICIA52323.htm>> Acesso em: 26 ago. 2003.)

<sup>229</sup> SÃO PAULO. Projeto de Lei n. 777 de 2001. Proposto em: 14 out. 2001. Determina procedimentos de identificação de recém-nascidos e respectivas mães, nos hospitais que realizam partos no Estado de São Paulo. Relator: Valdomiro Lopes.

<sup>230</sup> O substitutivo do projeto veio com a justificativa que “considerando o quão frequentemente tem sido a troca de bebês nas maternidades públicas e privadas, o projeto está longe de constituir-se em um cuidado exagerado. Antes, pelo contrário, trata-se de providência salutar, tendente a reduzir dramaticamente os custos sociais produzidos pela tardia solução de cada problema individual”. (LEGISLAÇÃO. Disponível em: <<http://www.bbdoc.com.br>> Acesso em: 21 ago. 2003).

<sup>231</sup> O projeto original previa apenas a utilização de equipamentos que emitissem alarmes sonoros. Contudo, houve um substitutivo que incluiu a possibilidade de outro meio seguro também ser utilizado (ver Anexo A.4).

portanto, ela deve ocorrer ainda na sala de parto, quando se tem certeza de quem é o bebê. O silêncio do projeto de lei ao não dizer em que momento a pulseirinha e o grampo umbilical deverão ser colocados, além da não previsão da sua conferência na saída, prejudica a efetiva proteção que a lei pretende dar.

Com relação à coleta do DNA da mãe e do bebê<sup>232</sup>, além da crítica já feita anteriormente do problema ético da criação de vários bancos genéticos, o projeto de lei estabelece como o prazo de armazenamento do DNA, o período de cinco anos, o qual se mostra insuficiente. A manutenção do material genético nos hospitais e maternidades deve ser, no mínimo, por um período igual ao que o ECA estabelece para a manutenção dos prontuários da parturiente e do neonato, ou seja, 18 anos. Um prazo menor do que o instituído na legislação estatutária seria de pouca relevância prática, uma vez que as trocas não possuem um tempo certo para serem descobertas, sendo vários os casos em que a situação só se revelou muitos anos após o parto.

Em Minas Gerais, o governador Aécio Neves vetou em 9 de janeiro de 2003, um projeto de lei<sup>233</sup> que obrigava todas as maternidades do Estado a utilizarem nos recém-nascidos tarjas magnéticas perceptíveis a sensores com alarme a fim de evitar a subtração de recém-nascidos e a coletar amostras de sangue da mãe e do bebê, a serem preservadas por vinte anos nas condições adequadas de climatização. Segundo o governador, a identificação de recém-nascidos feita através do registro das digitais e pela utilização de pulseirinhas já é eficiente contra furtos e trocas de bebês, sendo a utilização de sensores muito complicada<sup>234</sup>.

Embora o governador tenha se equivocado ao afirmar a eficiência dos métodos tradicionais, sua decisão de vetar a lei não está totalmente desprovida de razão. A

---

<sup>232</sup> O projeto também recebeu críticas afirmando que sua propositura ocorreu em decorrência de interesses comerciais – relacionados à colheita e conservação do material genético.

<sup>233</sup> MINAS GERAIS. Projeto de Lei n. 2.089 de 2002. Proposto em: 11 abr. 2002. Torna obrigatória a adoção de medidas de segurança contra o furto e a troca de recém-nascidos em maternidades no Estado e dá outras providências. Relator: Dep. Miguel Martini. Vetado em 09 jan. 2003.

<sup>234</sup> INSTALAÇÃO de sensores em maternidade de Minas Gerais é vetada. Disponível em: <<http://www.jseg.net/ed102/notas/102.htm>> Acesso em: 03 jul. 2003.



utilização de sensores nas maternidades parece eficaz contra a subtração de recém-nascidos, porém, por não se tratar do objeto em análise desse estudo, analisaremos a regra apenas em relação às trocas de bebês. O projeto de lei mineiro não previa nenhum método ou procedimento preventivo à ocorrência de trocas de bebês, mas tão-somente criava a obrigação da conservação de amostras do sangue da mãe e do bebê por vinte anos, com o objetivo de auxiliar na identificação dos bebês trocados caso uma eventual troca tivesse ocorrido. Hoje, contudo, com a popularização do DNA, o mesmo resultado poderia ser alcançado com a simples identificação nos arquivos do hospital de todos os bebês nascidos no mesmo dia, com sua posterior submissão a um exame de DNA. A manutenção das amostras do material genético nos hospitais, além de ser contrária a ética biomédica (criação de bancos de DNA) e de custo elevado<sup>235</sup>, na prática não traz nenhuma grande vantagem que já não possa ser alcançada pelos meios tradicionais<sup>236</sup> (crítica pertinente para todas as leis que criaram a obrigação da conservação do material genético nos hospitais). Não obstante suas deficiências, o projeto de lei mineiro, inspirou três outros projetos legislativos, um estadual, no Mato Grosso, e dois municipais, o primeiro em Novo Hamburgo<sup>237</sup>, no Rio Grande do Sul, e o segundo em Juiz de Fora, no próprio Estado de Minas<sup>238</sup>; todos com redação quase idêntica ao vetado pelo governador Aécio Neves

---

<sup>235</sup> A Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia Legislativa Mineira exarou parecer afirmando que “do ponto de vista financeiro e orçamentário, a medida implica um custo para os cofres públicos, que, comparado com os benefícios que trará, são insignificantes. Os gastos derivados do projeto serão principalmente os relativos à instalação de dispositivos eletrônicos em todas as maternidades públicas, compra periódica de tarjas magnéticas a serem usadas no bebês, custo de manutenção dos bancos de sangue e contratação de pessoal especializado” (PARECER para o 1º turno do projeto de lei nº 2.089/2002. Disponível em: <<http://www.al.mg.gov.br>> Acesso em: 03 jul. 2003).

<sup>236</sup> Eventualmente, poderia se imaginar que a manutenção do DNA poderia ser útil a fim de evitar que várias famílias tivessem que se mobilizar e se comover na tentativa de se localizar a outra criança trocada, bem como nos casos em que um dos envolvidos se recusasse a realizar o exame (situação que raramente ocorre, pois há interesse de todos em conhecer a verdade).

<sup>237</sup> NOVO HAMBURGO-RS. Projeto Lei n. 261/13L de 2002. Proposto em: 26 nov. 2002. Dispõe sobre adoção de medidas de segurança contra subtração e troca de incapaz (recém-nascidos) no Hospital Municipal de Novo Hamburgo e dá outras providências. Relator: Ver. Ítalo Luciano.

<sup>238</sup> O vereador Isauro Calais apresentou um projeto de lei que se aprovado irá obrigar os hospitais municipais a utilizarem nos recém-nascidos pulseirinhas que emitam alarme sonoro (ou meio semelhante),

No panorama nacional, existem dois projetos de lei a respeito do tema. O primeiro<sup>239</sup>, proposto pela então senadora Marina Silva<sup>240</sup>, em 1996, prevê a criação de um registro geral de recém-nascidos, obrigando as maternidades a fornecerem a declaração do neonato com a impressão plantar do bebê e digital de sua mãe. Contudo, apesar de ter sido divulgado como uma lei que iria impedir a troca de bebês, o projeto em nenhum momento regula nenhum método ou procedimento de identificação de neonatos, mostrando-se, assim, ineficiente para a prevenção de trocas nas maternidades.

O outro projeto, proposto pelo deputado Celso Russomanno<sup>241</sup>, obriga as maternidades a conservarem durante dez anos amostras de sangue da mãe e do bebê, em pedaços de algodão ou tecido absorvente, acondicionadas em sacos plásticos e presas ao prontuário das parturientes e dos recém nascidos. A sanção prevista ao descumprimento da obrigação é a perda do alvará de funcionamento. Embora o projeto busque tutelar os casos de troca de bebês, não estabelece nenhum método preventivo, optando, tão-somente, por obrigar os hospitais a conservarem o material genético da parturiente e do neonato. O projeto merece ser criticado não apenas por todas as observações já feitas anteriormente (criação de banco genético, prazo exíguo, alto custo operacional sem implicar em nenhuma vantagem extra para a solução dos casos de troca), mas também pela falta de precisão técnica, uma vez que determinou a manutenção das amostras de sangue anexadas aos prontuários, sem a climatização necessária para evitar a contaminação e garantir a prestabilidade do material genético para a realização de futuros exames de DNA.

---

bem como a armazenarem amostras de DNA da mãe e do bebê (**PROJETO** prevê maior segurança na hora do parto. *Notícia do Dia*. Juiz de Fora, 11 jun. 2003. Disponível em: <[http://www.camara.jf.mg.gov.br/cgi-bin/camara?s=11062003&p=noticias\\_do\\_dia](http://www.camara.jf.mg.gov.br/cgi-bin/camara?s=11062003&p=noticias_do_dia)> Acesso em: 23 jun. 2003).

<sup>239</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 179 de 1996 (apenso ao Projeto de Lei n. 3 162 de 1997). Dispõe sobre o registro geral de recém nascidos e dá outras providências. Relator: Sen. Marina Silva (Dep. Marcos Rolim). Vetado em 08 nov. 2001.

<sup>240</sup> Em 8 de novembro de 2001, o projeto acabou sendo vetado, pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, e retornou ao Senado para se tentar derrubar o veto presidencial.

<sup>241</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 2.446 de 1996. Proposto em: 16 out. 1996. Dispõe sobre a obrigatoriedade dos estabelecimentos de saúde manterem amostras do sangue das mães e das crianças, para fins de identificação. Relator: Celso Russomanno.

### 6.3 DA NECESSIDADE DE NOVAS LEIS

A inefetividade da técnica de identificação de recém-nascidos adotada pelo ECA, qual seja o registro da impressão plantar e digital do neonato (inciso II do artigo 10), somada ao grande número de trocas de bebês que ainda ocorrem por deficiência na identificação dos recém-nascidos logo após o parto, criou a necessidade de uma regulamentação da matéria.

Há, assim, uma demanda pela fixação de determinações uniformes acerca do método e do procedimento a serem utilizados na identificação de neonatos, a fim de evitar a ocorrência de troca de bebês. Ideal seria que a lei fosse nacional, instituindo um processo único a ser adotado em todo o Brasil. Porém, enquanto isso não ocorre, é louvável a opção dos Estados e até de alguns municípios, pela criação de suas próprias leis.

## 7 CONCLUSÃO

A troca de bebês é um fenômeno social que, uma vez configurado, reflete-se no direito, demandando soluções. As tutelas tradicionalmente fornecidas pelo ordenamento jurídico pátrio, contudo, mostram-se incapazes de dar uma solução completa à questão.

A responsabilidade penal é totalmente ineficaz, embora legalmente prevista (primeira parte do artigo 229 do ECA). A elaboração do referido tipo penal foi uma seqüência de erros legislativos que se iniciaram com a eleição de uma conduta que não atendia aos requisitos de criminalização e findaram-se com sua redação imprecisa e falha. Resultado: o crime existe apenas na teoria, na prática, mostra-se totalmente inoperante, razão pela qual até hoje, mais de dez anos após sua criação, não foi aplicado sequer uma vez.

A responsabilidade civil, ao seu turno, possui base legal e está sendo aplicada na prática. Contudo, seus efeitos são limitados não apenas pela demora judicial, pelos baixos valores indenizatórios fixados e pela dificuldade de se receber o dinheiro da reparação, mas, sobretudo, pela impossibilidade de se restituir a situação ao seu estado anterior. Ou seja, não importa qual a quantia indenizatória fixada, nem quão rápido a vítima irá recebê-la, a dor que essa pessoa sofreu jamais poderá ser apagada judicialmente.

O Direito de Família, igualmente, não se mostra apto a estabelecer adequadamente a filiação no caso de uma troca de bebês. Os problemas jurídicos na área mostram-se variados: necessidade de se reconhecer apenas um dos casais como sendo os pais, discussão acerca de qual o real conteúdo da paternidade (biológico ou socioafetivo), ausência de critérios a orientar a decisão judicial, etc. As limitações são tão grandes, que não raro, ao fim do processo judicial, as famílias envolvidas, estabelecem soluções alternativas (e, conseqüentemente, extrajudiciais) para a questão.

Fixado, assim, o panorama geral do tratamento jurídico dado aos casos de troca de bebês, surge a indagação: mas o que pode fazer o direito para melhor tutelar a situação?

Encontramos a resposta no adágio popular “é melhor prevenir do que remediar”.

De fato, observando as limitações das tutelas fornecidas pelo direito às trocas de bebês e reconhecendo a capacidade do ordenamento jurídico de fixar métodos e processos assecuratórios da correta identificação dos recém-nascidos, conclui-se que a melhor proteção jurídica que se pode fornecer no caso é a garantia de sua inoccorrência, ou seja, a prevenção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi o primeiro a instituir um método de identificação de neonatos, qual seja, o registro de sua impressão plantar e digital (inciso II do artigo 10 do ECA). Contudo, reconhecendo a ineficiência da técnica e diante da ausência de outra lei federal a regulamentar a matéria, os Estados, Municípios e o Distrito Federal assumiram a tarefa.

As leis estaduais e os demais projetos de lei existentes não podem ser elogiados por sua eficiência, porém, destacam-se por sua iniciativa<sup>242</sup>. Embora contendo imperfeições e impropriedades, os diplomas legais estaduais estão no caminho correto: buscam evitar a ocorrência das trocas de bebês.

A tentativa de se reduzir os casos de troca de bebês não se mostra utópica. A correta identificação dos neonatos deveria ser uma preocupação espontânea dos hospitais. Contudo, os altos índices de troca comprovam o contrário e demandam a

---

<sup>242</sup> Atul GAWANDE, pesquisador americano dedicado a área médica, afirmou que “não é razoável exigir que a medicina atinja a perfeição. O que é razoável pedir é que a medicina nunca deixe de buscá-la” (MANSUR, A. Quando os médicos erram. *Veja*. São Paulo, 03 mar. 1999, p. 85). A opinião do doutrinador foi reproduzida em um artigo publicado pela Revista *Veja*, o qual noticiou também um fato ocorrido nos Estados Unidos: durante os anos 80, o presidente da Sociedade Americana de Anestesiologia promoveu uma cruzada contra os erros fatais decorrentes de anestésias. Segundo as estatísticas da época, havia a incidência de uma morte a cada 10 mil anestésias. Após 10 anos de trabalho, focado na identificação das causas (“pouco treinamento dos profissionais, deficiência dos equipamentos, má comunicação entre os membros da equipe cirúrgica, cansaço e desatenção”) e seu combate, o índice de erro caiu em 95%, ou seja, uma morte passou a ser verificada em cada 200 mil anestésias.

criação de uma legislação adequada que tutele a questão, estabelecendo não apenas os métodos e processos de identificação, mas também assegurando a fiscalização e aplicação de sanções administrativas quando se configurar a desobediência a seus preceitos.

Exigir juridicamente que cada bebê ao nascer seja identificado corretamente é melhor que desemaranhar a pluralidade de problemas que surgem após a ocorrência de uma troca de crianças na maternidade.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, J. de. *Da responsabilidade civil*. 6ª ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.10-12; 317.
- AKIRA, M. Paraná cria identidade digital para bebês. *Jornal do Estado*. Curitiba, 24 abr. 2001, Seção de Saúde, pág. A.8.
- ALBERGARIA, J. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 221.
- ALMEIDA, M. C. de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 183 p.
- ALVIM, A. *et all. Código do Consumidor comentado*. 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 1995. p 136-137; 178.
- ARAUJO, A. P. *Manual de datiloscopia*. 2ª ed. rev. e ampl.; São Paulo: Escola de Polícia de São Paulo, 1960, p. 193 e 235-236.
- ARRUDA, A. F. M. F. de. *Dano moral: puro ou psíquico*. São Paulo: J. de Oliveira, 1999. p. 2-40.
- ARRUDA, R. 10% dos brasileiros podem não ter os pais que pensam ter. *O Estado de São Paulo*. 21/10/2001 Disponível em: <<http://www.estado.estadao.com.br/editoriais/2001/10/21/ger024.html>> Acesso em: 05 nov. 2001.
- \_\_\_\_\_. Teste de DNA pode evitar troca de bebês. *O Estado do São Paulo*, 05 nov. 2001, pág. A.9.
- BARBOSA, H. H. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, R. da C. (org.) *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p. 201-213.
- BARRETT, R. *Waukeeska company's system matches DNA from babies*. Milwaukee Journal Sentinel. 07 set. 2001. Disponível em: <<http://www.jsonline /news/wauk>> Acesso em: 15 ago. 2003.
- BATISTA, N. Algumas palavras sobre descriminalização. *Revista de Direito Penal*. São Paulo: RT, n. 13/14, p. 28-40, jan. /jun. 1974.

BITTAR FILHO, C. A. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Diritto&Diritti, Itália, set. 2002. Disponível em: <<http://www.diritto.it/articoli/transnazionale/filho3.html>> Acesso em: 16 ago. 2003.

BITTAR, C. A. *Reparação cível por danos morais*. 3ª ed. rev., ampl. e atual.; São Paulo: RT, 1997. p. 43-44; 132-157; 234.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 25 jul. 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 05 jan. 1916.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1975.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990. Dispõem sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 1990.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 set. 1995.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.259/01 de 12 de julho de 2001. Dispõem sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jul. 2001.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.317/01 de 06 de dezembro de 2001. Altera a Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, para conceder a gratuidade do exame de dna, nos casos que especifica. *Diário Oficial da União*, Brasília, 07 dez. 2001.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 179 de 1996 (apenso ao Projeto de Lei n. 3.162 de 1997). Dispõe sobre o registro geral de recém nascidos e dá outras providências. Relator: Sen. Marina Silva (Dep. Marcos Rolim). Vetado em 08 nov. 2001.



\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 2.446 de 1996. Proposto em: 16 out. 1996. Dispõe sobre a obrigatoriedade dos estabelecimentos de saúde manterem amostras do sangue das mães e das crianças, para fins de identificação. Relator: Celso Russomanno.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 3617-2/SP. Relator: Ministro Flaquer Scartezini. 20 mai. 1993. Julgado: 20 mai. 1993.

BRITO, S. N. *Movimento Antiterror*. Disponível em: <<http://www.paranaonline.com.br>> Acesso em: 05 ago. 2003.

BRUNO, A. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956. Tomo 1º. p. 25-32.

CAMPOS, D. L. de. O estatuto jurídico do nascituro. *Arquivo dos Tribunais de Alçada*. Ata 27, p. 31-36, 1997.

CAMPOS, M. Kit do cotonete. *Jornal da Tarde*, São Paulo, 331 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.jt.estadao.com.br>> Acesso em: 15 set. 2002.

CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal*. 4ª ed. rev. e atual.; São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 1, p. 5-6.

CARANGELO, L. *Switched & stolen babies*. Disponível em: <<http://www.abolishadoption.com/stolenBabies.html>> Acesso em 15 jun. 2003.

CARBONERA, S. M. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, L. E. *Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 273-313.

CARTÃO de DNA esclarece troca de bebês. *Revista DR!* Disponível em: <<http://www.bbdoc.com>> Acesso em: 21 jul. 2003.

CAVALLIERI, A. *Falhas do ECA*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 17-18; 127.

CBS WORLDWIDE. *Family secrets: switched at birth*. Disponível em: <<http://www.cbsnews.com/stories/2002/12/05/48hours/main531970.shtml>> Acesso em: 19 mai. 2003.

CHAVES, A. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1994, p. 138.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil das clínicas, hospitais e médicos. *Revista Jurídica*, n. 159, p. 118-147, jan. 1991.

COMEÇARAM testes com técnica para coibir o tráfico de crianças, *Gazeta do Povo*, Curitiba, 24 de abril de 2001, Capa do Caderno de Classificados.

CORTIANO JR, E. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, L. E. *Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31-56.

CRIS, Ana. Amigas do parto: troce de bebês. Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br>> Acesso em: 22 mar. 2002.

CURY, M.; SILVA, A. F. Do A.; MENDEZ, E. G. (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 48-49, 82-86; 686-692; 742.

CURY; GARRIDO & MAÇURA. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 2ª ed. rev. e atual.; São Paulo: RT, 2000. p. 24; 30.

DEDA, A. O. de O. *A reparação dos danos morais*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 37-40.

DELMANTO, C. *Código Penal Comentado*. 4ª ed. atual. e ampl.; Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 436.

DEMANDA por exames de DNA cresce 30% este ano. Disponível em: <<http://www.fisioterapia.com.br>> Acesso em: 26 set. 02.

DIACOMO, M. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <<http://www.mp.pr.gov.br>> Acesso em: 21 ago 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 7. p. 36; 65-70; 84-99; 273-274.

DISTRITO FEDERAL. Lei n. 2.827 de 26 de novembro de 2001. Altera a Lei nº 2.190, de 30 de dezembro de 1998. *Diário Oficial*, Brasília, 28 nov. 2001.

DR. JOSÉ Dantas. Disponível em: <<http://www.tvpontanegra.com.br/60min/entrevista.asp?ID=53>> Acesso em 09 jun. 2003.

ELIAS, R. J. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 9; 202-204.

ESTATÍSTICAS. Disponível em: <<http://www.bbdoc.com.br>> Acesso em 17 ago. 2003.

FACHIN, L. E. *Da paternidade; relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 260 p.

\_\_\_\_\_. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992. Cap. 1; 7-8.

FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*. 3ª ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Ícone, 2002. Ponto 30.

FERNANDES, P. C. *Uma investigação sobre as diversas formas de comunicação entre mãe e feto*. Disponível em: <<http://www.psicologia.org.br/internacional/pscl30.htm>> Acesso em: 04 ago. 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia; o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997. cap. 8.

FIRMO, M. de F. C. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 52.

FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal; parte geral*. 15ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 3-5.

FRANÇA, G. V. de. *O Código do Consumidor e suas implicações ético-legais no exercício médico*. Disponível em: <[http://www.crmPB.cfm.org.br/Regional/crmPB/artigos/cod\\_consum.htm](http://www.crmPB.cfm.org.br/Regional/crmPB/artigos/cod_consum.htm)> Acesso em: 16 ago. 2003.

\_\_\_\_\_. *Pareceres*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998, p. 115.

FRANCO, A. S.; FELTRIN, S. O. Estatuto da Criança e do Adolescente. In: FRANCO, A. S.; STOCO, Rui. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7ª ed. rev. atual. ampl., São Paulo: RT, 2001, p. 525-528.

FREIRE, Gleuton Brito. *Direito de intervenção mínima*. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=27>> Acesso em: 12 ago. 2003.

FUNABEM, *A criança e seus direitos; Estatuto da criança e do adolescente e o Código de Menores em debate*. Rio de Janeiro: Funabem, 1989. p. 85-86.

FURTADO, A. M. A. de S. Paternidade biológica X paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: n. 13, p. 13-23, abr./jun. 2002.

GENÉTICA: Verdade na Geladeira. *Revista Época*, nº 43, 15 mar. 99. Disponível em: <<http://www.epoca.globo.com>> Acesso em: 07 set. 2001.

GOMES, L. F. Direito Penal mínimo. *Revista do Conselho de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, vol. 1, n.1, p. 71-96, jan. /jun. 1995.

\_\_\_\_\_. *Juizados Criminais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em 10 jul. 2003.

GUIMARÃES, J. A. C. *Responsabilidade médico-hospitalar: em face do direito do consumidor*. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/respmed.htm>> Acesso em: 16 ago. 2003.

HOSPITAL pagará indenização pela troca de bebês 21 anos depois. Disponível em: <http://redeglobo1.globo.com/jn/semana.jsp?id+01929> Acesso em: Novembro de 2001.

IDENTIFICAÇÃO civil na maternidade. *Diário de Pernambuco*. Recife, 12 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://www.dpnet.com.br>>. Acesso em: 14 out. 2001.

INSTALAÇÃO de sensores em maternidade de Minas Gerais é vetada. Disponível em: <<http://www.jseg.net/ed102/notas/102.htm>> Acesso em: 03 jul. 2003.

ISHIDA, V. K. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 40.

JONES, Tamara; SWEAR, Michael D. Swapped babies, shattered families. *Washington Post Magazine*, D.C. (EUA), 5 de março de 2000. Disponível em: <http://washingtonpost.com/ac2/wpdyn?pagename+article&node+digest&contentId+A60131-2000Mar2> Acesso em: 30 set. de 2001.

JUNIOR, L. Cherini protocola projetos. *Notícias*. 31 jul. 2003. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br>> Acesso em: 26 ago. 2003.

KLEIN, A.; SIEGEL, J. *Mother recovers switched newborn*. Disponível em: <<http://www.jpost.com/com/Archive/17Jul1998/News/Article-8.html>> Acesso em 11 dez. 2001

KÖNIG, M. Pais dizem que vão processar hospital por troca de bebês. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 19 jun. 2003, p. 5.

LABANCA, L. E. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 28-29.

LEGISLAÇÃO. Disponível em: <<http://www.bbdoc.com.br>> Acesso em: 21 ago. 2003.

LEITE, E. de O. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: \_\_\_\_\_. *Grandes temas da atualidade: DNA como prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 61-85.

LEVADA, C. A. S. *Liquidação de danos morais*. 2ª ed. Campinas: Copola, 1995. p. 24.

LIBERATI, W. D. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 19-20; 22-24; 200; 212-216.

LOBO, P. L. N. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 1, n. 3, p. 35-41, jul./set. 2000.

LOPES, M. A. R. Alternativas para o direito penal e princípio da intervenção mínima. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 757, p. 402-411, nov. 1998.

LOPES, V. *Justificativa*. Disponível em: <<http://www.bbdoc.com.br>> Acesso em 17 ago. 2003.

MANSUR, A. Quando os médicos erram. *Veja*. São Paulo, 03 mar. 1999, p. 80-85.

MATIELO, F. Z. *Dano moral, dano material e reparação*. 5ª ed.; Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001. p. 16-17; 56-59.

MATO GROSSO DO SUL. Projeto de Lei [s. n.]. Proposto em: 13 mai. 2003. Obriga a adoção de medidas de segurança...Relator: Dep. Paulo Corrêa.

MINAS GERAIS. Projeto de Lei n. 2.089 de 2002. Proposto em: 11 abr. 2002. Torna obrigatória a adoção de medidas de segurança contra o furto e a troca de recém-nascidos em maternidades no Estado e dá outras providências. Relator: Dep. Miguel Martini. Vetado em 09 jan. 2003.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Alçada. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 332.148-2. Relator: Alvimar de Ávila. Julgado: 08 nov. 2001. *Diário da Justiça*, Belo Horizonte, 08 nov. 2001.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Alçada. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 332.868-5. Relator: Juiz Quintino do Prado. Julgado: 19 set. 2001. *Diário da Justiça*, Belo Horizonte, 19 set. 2001.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 87.617/4. Relator: Des. Francisco Figueiredo. Julgado: 13 ago. 1992.

MINUTOS antes de embarcar Paulo finalmente sorri. *Fantástico*, 04 fev. 2001. Disponível em: <<http://www.redeglobo.globo.com/fantastico>> Acesso em: 28 jul. 2001

MORAES, M. C. B. O direito personalíssimo à filiação e recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, E. de O. (org). *Grandes temas da atualidade: DNA como prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 217-233.

MORAIS, B. L. *Impressão ou borrão*. Disponível em: <<http://www.peritocriminal.com.br/papiloscopia.htm>> Acesso em: Agosto de 2001.

MORELLE, I. *Pseudo Humanismo: crime organizado*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em: 25 mai. 2003.

MOURA, G. R. B. *Breves anotações sobre o princípio da insignificância*. Disponível em: <<http://www.tj.go.gov.br/cecom/noticias12062002.htm/>> Acesso em: 12 ago. 2003.

NEGRÃO, T. *Código de Processo Civil; e legislação processual em vigor*. 28ª ed.; São Paulo: Saraiva, 1997, p. 93.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2ª ed. rev. e ampl.; São Paulo: RT, 2003. p. 239-258; 488-505; 908-934.

NOGUEIRA, J. F. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 27-194.

NOGUEIRA, P. L. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 23; 291-297.

NOVO HAMBURGO-RS. Projeto Lei n. 261/13L de 2002. Proposto em: 26 nov. 2002. Dispõe sobre adoção de medidas de segurança contra subtração e troca de incapaz (recém-nascidos) no Hospital Municipal de Novo Hamburgo e dá outras providências. Relator: Ver. Ítalo Luciano.

NUNES, L. A. R.; CALDEIRA, M. D'A. *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 1.

NURSERY safety. Disponível em: <<http://wtov.com/nursery.htm>> Acesso em: 07 set. 2001.

OLIVEIRA, G. de. *Estabelecimento da filiação*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 27-30; 38-42; 92-94.

PARECER para o 1º turno do projeto de lei nº 2.089/2002. Disponível em: <<http://www.al.mg.gov.br>> Acesso em: 03 jul. 2003.

PARTICULARES recorrem ao computador. O Estado de São Paulo, 5 de novembro de 2001, Disponível em: <http://www.estado.estadao.com.br/editoriais/2001/11/05/ger007.html> Acesso em: Novembro de 2001.

PEREIRA, C. M. da S. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 57-58; 77.

PEREIRA, T. da S. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, R. da C. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p. 215-234.

PIMENTEL, M P. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: RT, 1983. p. 10-31.

PRADO, L. R. (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: RT, 2001.

PRÊMIO melhor uso de tecnologia de informationweek. Disponível em: <<http://www.sit.com.br/separataGTI081.htm>> Acesso em: 03 set. 2001

PROJETO prevê maior segurança na hora do parto. *Notícia do Dia*. Juiz de Fora, 11 jun. 2003. Disponível em: <[http://www.camarajf.mg.gov.br/cgi-bin/camara?s=11062003&p=noticias\\_do\\_dia](http://www.camarajf.mg.gov.br/cgi-bin/camara?s=11062003&p=noticias_do_dia)> Acesso em: 23 jun. 2003.

PROTÁSIO, R. *Troca de bebês: qual o risco*. Disponível em: <<http://www.topbaby.com.br>> Acesso em 10 jul. 2003.

PUGA, F. *A novela de Raquel Maurício*. Disponível em: <[http://bolsademulher.com/revista/?id\\_secao=5&id\\_materia=1985](http://bolsademulher.com/revista/?id_secao=5&id_materia=1985)> Acesso em 09 mai. 2001.

REIS, C. *Dano Moral*. 4ª ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 1-7; 43-60; 75-104.

RENAULT, M. L. D. Desbiologização da maternidade e a proteção constitucional. *Ajuris*, Porto Alegre, vol. 19, n. 54, p. 257-263, mar. 1992.

RIBEIRO, M. *Valoração do dano moral*. Disponível em: <<http://www.gab-go.com.br/revista/36/juridico5.htm>> Acesso em: Maio de 2001.

RIBEIRO, R. C. *Resumo de Direito da Criança e do Adolescente*. Goiânia: Visão Ed. Publicações, 1997. p. 13; 106.

RIO DE JANEIRO, Lei n. 3.990, de 11 de outubro de 2002. Obriga a adoção de medidas de segurança que evitem, impeçam ou dificultem a troca de recém-nascidos... *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, 23 out. 2002.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. 17ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 15.302/1999. Relator: Des. Severiano Aragão. *Diário da Justiça*, Rio de Janeiro, 19 nov. 1999.

RIO DE JANEIRO-RJ. 1ª Vara Cível de Madureira. Ação de indenização nº 21800/98. Juiz: Francisco José de Azevedo. Julgado: 13 jan. 1999.

\_\_\_\_\_. 25ª Vara Cível. Ação de Responsabilidade Civil nº 95.001.085662-0. Juíza: Claudia Fernandes Bartholo Suassuna. *Diário da Justiça*, Rio de Janeiro, 03 set. 1999.

ROXIM, C. Tem futuro o Direito Penal? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 790, p. 460-474, ago. 2001.

SANTOS, A. J. *Dano moral indenizável*. 3ª ed. rev., ampl. e atual.; São Paulo: Método, 2001. p. 45; 57-61; 112-116.

SÃO PAULO. Projeto de Lei n. 777 de 2001. Proposto em: 14 out. 2001. Determina procedimentos de identificação de recém-nascidos e respectivas mães, nos hospitais que realizam partos no Estado de São Paulo. Relator: Valdomiro Lopes.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível de Direito Privado. Apelação Cível n. 196.357.1/9-00. Relator: Des. Godofredo Mauro. Julgado: 18 jan. 94.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Apelação Criminal n. 13.523-0. Relator: Des. Odyr Porto. Julgado: 12 dez. 1991.

SCHEINBERG, G. *Tornozeleira mapeia bebê na maternidade*. Disponível em: <<http://www.uol.com.br/folha/equilibrio/noticias/ult263u1260.shtml>> Acesso em: 28 jul. 2003.



SECRETARIA DE SAÚDE DO RIO DE JANEIRO. *Projeto de lei nº. 2.687/01*. Disponível em: <<http://www.saude.rj.gov.br/ces/viaces1002.pdf>> Acesso em: 05 mai. 2003.

SILVA, E. L. *Criança sob pressão?* Disponível em <<http://br.groups.yahoo.com/group/PaiLegal/message/229>> Acesso em 03 set. 2003.

SILVA, R. P. Ascendência biológica e descendência afetiva: indagações biojurídicas sobre a ação de investigação de paternidade. In: SILVA, R. P.; AZEVÊDO, J. C. (coord.) *Direitos de Família: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 1999. p. 29-51.

SILVA, W. M. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p.11-16; 203-216; 336-346.

SIQUEIRA, F. A. M. *A insignificância no Direito Penal mínimo*. Disponível em: <[hppt://www.praetorium.com.br](http://www.praetorium.com.br)> Acesso em: 15 ago. 2003.

SOUZA, L. C. de. Dano moral por morte de recém-nascido em hospital. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 3, n. 10, p.271-278, abr./jun. 2002.

SOUZA, N. T. C. *Responsabilidade civil do hospital*. Disponível em: <<http://www.filosofiyderecho.com/varia/hospital.htm>> Acesso em: 16 ago. 2003.

STOCO, R. *Tratado de responsabilidade civil*. 5ª ed. rev. atual. e ampl.; São Paulo: RT, 2001. p. 389; 570.

TEPEDINO, G. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. rev. e atual.; Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 391-428.

THEODORO JÚNIOR, H. *Dano moral*. 4ª ed. atual. e ampl. São Paulo: J. de Oliveira, 2001. Cap.1-4.

TOLEDO, F. de A. *Princípios básicos do Direito Penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13-14.

TRAUMA de infância. *Fantástico*, 28 jan. 2001. Disponível em: <<http://www.redeglobo.globo.com/fantastico>> Acesso em: 28 jul. 2001.

UBERABA-MG, 5ª Vara Cível. Ação Ordinária Indenizatória nº 98.015.515-7. Juiz: Jurandir Sebastião, *Diário da Justiça*, Belo Horizonte, 14 set. 2000.

VALLER, W. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. 4ª ed.; Campinas: E. V., 1996. p. 243-245.

VARGAS, G. de O. P. *Reparação do dano moral*. 4ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 48-63.

VENOSA, S. *A responsabilidade civil; avaliação de danos*. *Jornal Valor Econômico*. Disponível em: <<http://br.groups.yahoo.com/groups/sanfran-np2002/message/1453>> Acesso em: 03 ago. 2003.

\_\_\_\_\_. *Ossos do ofício: a responsabilidade civil do advogado e os clientes*. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/16220/>> Acesso em: 16 ago. 2003.

VILLELA, J. B. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 21, p. 401-418, mai. 1979.

WELTER, B. P. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 14, p. 128-153, jul./set. 2002.

ZATZ, M. Projeto genoma humano. *São Paulo Perspectiva*, jul./set., 2002, vol. 14, n. 3, p. 47-52. Disponível em: <<http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/biologia/bio05b.htm>> Acesso em: 08 jun. 2003.

ZENUN, A. *Dano moral e sua reparação*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 81.

**ANEXOS**

## SUMÁRIO DOS ANEXOS

<b>ANEXO A – LEGISLAÇÃO .....</b>	<b>93</b>
A.1 LEI DO DISTRITO FEDERAL .....	94
A.2 LEI DO RIO DE JANEIRO .....	100
A.3 PROJETO DE LEI DO MATO GROSSO DO SUL .....	101
A.4 PROJETO DE LEI DE SÃO PAULO .....	102
A.5 PROJETO DE LEI DE MINAS GERAIS .....	104
A.6 PROJETO DE LEI DE NOVO HAMBURGO – RS .....	105
A.7 PROJETO DE LEI PROPOSTO PELA SENADORA MARINA SILVA .....	106
A.8 PROJETO DE LEI PROPOSTO PELO DEPUTADO FEDERAL CELSO RUSSOMANNO .....	108
<b>ANEXO B – JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>109</b>
B.1 APELAÇÃO CÍVEL Nº 87.617/4 - TJMG .....	110
B.2 CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 3.617-2 – STJ .....	114
B.3 PROCESSO Nº 21.800/98 – 1ª VARA CÍVEL DE MADUREIRA – RJ .....	120
B.4 PROCESSO Nº 15.302/1999 – TJRJ .....	122
B.5 PROCESSO Nº 95.001.085662-0 – 25ª VARA CÍVEL – RJ .....	124
B.6 PROCESSO Nº 98-015.513-2 – 5ª VARA CÍVEL DE UBERABA – MG .....	126
B.7 APELAÇÃO CÍVEL Nº 332.868-5 – TAMG .....	134
B.8 APELAÇÃO CÍVEL Nº 338.148-2 – TAMG .....	137
B.9 APELAÇÃO CÍVEL Nº 196.357.1/9-00 – TJSP .....	148
B.10 APELAÇÃO CÍVEL Nº 13.523-0 – TJSP .....	151

**ANEXO A – LEGISLAÇÃO**

## **A.1 LEI DO DISTRITO FEDERAL<sup>243</sup>**

LEI N.º 2827, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2001

*Altera a Lei n.º 2.190, de 30 de dezembro de 1998.*

O Governador do Distrito Federal,

Faço saber que a Câmara Legislativa do Distrito Federal decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Fica alterada a Lei n.º 2.190, de 30 de dezembro de 1998, acrescentando-se os arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e seus parágrafos, renumerando-se os demais:

"Art. 2º O requerimento será feito em duas vias, assinadas pela mãe ou seu substituto legal na forma desta Lei, ou ainda, quando não souber assinar, será colhida impressão digital de seu polegar direito, na presença de duas testemunhas, que podem ser funcionários do estabelecimento de saúde.

"§ 1º O fato de a mãe não possuir documentos que a identifiquem não impedirá que requeira e obtenha a liberação de seu filho recém-nascido.

"§ 2º Em se tratando de mãe menor de idade, as assinaturas e os dados de seus responsáveis deverão constar do requerimento.

"§ 3º A liberação no caso de impedimento da mãe somente ocorrerá mediante o preenchimento do requerimento com a apresentação de documentos hábeis a comprovar a identidade do requerente e sua condição de responsável em relação à criança, juntamente com a certidão de registro civil do nascimento em que conste a paternidade do recém-nascido.

"§ 4º Para a liberação, além do requerimento devidamente preenchido, deverá o interessado apresentar o seu documento de identidade, a certidão de registro civil do nascimento da criança e o documento hábil à comprovação do parentesco.

"§ 5º É obrigatório o arquivamento de fotocópias dos documentos apresentados junto ao prontuário da mãe da criança.

---

<sup>243</sup> DISTRITO FEDERAL. Lei n. 2.827 de 26 de novembro de 2001. Altera a Lei n.º 2.190, de 30 de dezembro de 1998. *Diário Oficial*, Brasília, 28 nov. 2001.

"§ 6º O responsável pela guarda da criança poderá requerer a liberação do recém nascido, na falta ou impedimento da mãe ou do pai, devendo apresentar seu documento de identidade, a certidão de registro civil de nascimento da criança e a decisão judicial que o nomeou guardião da criança, sendo obrigatório o arquivamento de fotocópias dos documentos apresentados junto ao prontuário da mãe da criança. "

Art. 3º Os órgãos de saúde deverão, obrigatoriamente, anexar ao prontuário de atendimento da mãe da criança, a primeira via do requerimento para liberação do recém-nascido e as fotocópias dos documentos de que tratam os arts. 2º e 4º, mantendo-os em seus arquivos durante o prazo legal estabelecido para arquivamento dos prontuários.

*Parágrafo único.* Compete ao Departamento de Fiscalização de Saúde fiscalizar a observância pelos estabelecimentos de saúde do procedimento previsto no *caput*.

"Art. 4º É obrigatório a todos os órgãos de saúde do Distrito Federal, ainda na sala de parto, a identificação do recém-nascido e de sua mãe com pulseira própria ou com esparadrapo, de acordo com a regulamentação do Ministério da Saúde, e o registro da impressão plantar do recém-nascido e da digital de sua mãe nas três vias da Declaração de Nascido Vivo e em cartão próprio.

"§ 1º No prazo de 24 horas, contadas do nascimento, o cartão a que se refere o *caput* deverá ser entregue à mãe do recém-nascido.

"§ 2º A Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal poderá aprovar, a requerimento do estabelecimento de saúde interessado, outras formas de arquivamento da identificação do recém-nascido, mediante o registro de sua impressão plantar e da impressão digital da mãe por meio de recursos tecnológicos, desde que o estabelecimento de saúde comprove dispor dos recursos necessários à segurança para o armazenamento dos dados pelo prazo de dezoito anos e atenda às recomendações do Ministério da Saúde.

"§ 3º Mãe e recém-nascido deverão permanecer com suas pulseiras de identificação até saírem das dependências do estabelecimento de saúde.

"Art. 5º Todos os órgãos de saúde do Distrito Federal deverão manter em suas portarias rígido controle dos recém-nascidos que deixam as maternidades.

"§ 1º O funcionário encarregado da portaria deverá verificar se mãe e recém-nascido portam as pulseiras de identificação, conferindo o número ou o nome constante de ambas, que deverão ser idênticos entre si, com o constante do documento de liberação.

"§ 2º Deverá ser exigida também a apresentação do documento de identidade da pessoa que conduz a criança e seu documento de liberação da criança, os quais serão conferidos pelo funcionário da portaria e anotados em livro próprio, sujeito a fiscalização do Departamento de Vigilância Sanitária.

"Art. 6º A liberação do corpo da criança nascida morta ou falecida após o parto deverá ocorrer na forma dos arts. 2º e 4º desta Lei.

"*Parágrafo único.* Não sendo requerida a liberação do corpo pelos pais ou parentes no prazo de quinze dias, o administrador do estabelecimento de saúde deverá proceder ao registro do natimorto ou ao de nascimento e ao óbito da criança na forma prevista pelos arts. 52, § 4º, e 53 da Lei nº 6.015 de 1973.

"Art. 7º O órgão de saúde deverá orientar a mãe quanto à importância e ao procedimento para realização do registro de nascimento da criança, entregando-lhe folheto informativo em que constem os endereços dos escritórios de registro civil do Distrito Federal.

"§ 1º Os órgãos de saúde deverão preparar os funcionários responsáveis ao atendimento direto à mãe para prestar as informações de que trata o *caput*.

"§ 2º A Secretaria de Estado de Ação Social do Distrito Federal deverá manter funcionários da área de assistência social nos órgãos de saúde, inclusive nos finais de semana, em regime de plantão.



"§ 3º A Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal distribuirá aos órgãos de saúde folhetos informativos em número compatível com a quantidade de nascimentos ocorridos em cada órgão.

"§ 4º Havendo posto do ofício do registro civil das pessoas naturais em funcionamento no hospital, a mãe deverá ser imediatamente encaminhada para efetuar o registro de nascimento da criança, caso em que será dispensada a entrega do folheto informativo.

"§ 5º No caso da mãe não possuir registro de nascimento próprio, o órgão de saúde deverá encaminhá-la à Defensoria Pública para requerer a autorização judicial necessária a esse registro.

"Art. 8º Durante as campanhas de vacinação e nos atendimentos prestados pelo Programa Saúde em Família e pelos Centros de Desenvolvimento Social, os agentes de saúde e os funcionários deverão, obrigatoriamente, esclarecer as pessoas atendidas quanto à importância e aos procedimentos necessários à lavratura do registro de nascimento, entregando-lhes folheto informativo.

*"Parágrafo Único.* Os maiores de doze anos de idade que não possuírem registro civil de nascimento deverão ser encaminhados para atendimento junto à Defensoria Pública do Distrito Federal a fim de requererem a autorização judicial para o respectivo registro.

"Art. 9º No ato da matrícula de criança ou adolescente junto aos estabelecimentos de ensino do Distrito Federal deverá ser exigida a apresentação da respectiva certidão de nascimento.

"§ 1º A direção do estabelecimento de ensino efetuará matrícula mesmo que não seja apresentada a certidão de nascimento, nos casos em que o requerente houver alegado o extravio de sua certidão de nascimento, ficando obrigada a, no prazo de quinze dias do encerramento das matrículas, elaborar e enviar listagem ao Conselho Tutelar de sua Região Administrativa ou, na falta deste, à Defensoria

Pública do Distrito Federal, a qual deverá conter os seguintes dados referentes ao aluno:

"I - nome completo;

"II - data de nascimento;

"III - endereço completo;

"IV - nome completo dos pais ou responsáveis;

"V - identificação do cartório de registro civil onde foi efetuado o registro.

"§ 2º O Conselho Tutelar ou a Defensoria Pública, de posse das listagens de que trata o parágrafo anterior, deverá providenciar junto aos cartórios de registro civil das Pessoas Naturais, a segunda via das certidões de nascimento a que se refere o parágrafo anterior e, recebendo-as, entregar o original aos pais ou responsável pela criança e encaminhar cópia à direção do estabelecimento de ensino competente.

"§ 3º Nos casos em que o aluno menor de doze anos de idade não for registrado em cartório algum, a direção do estabelecimento de ensino deverá conceder o prazo de trinta dias para que os pais procedam ao registro de nascimento e apresentem a respectiva certidão de nascimento.

"§ 4º Nos casos de aluno maior de doze anos de idade sem registro de nascimento, a direção do estabelecimento de ensino deverá elaborar listagem específica contendo seu nome, data de nascimento, endereço e nome de seus pais, e encaminhá-la ao Conselho Tutelar ou, na sua falta, à Defensoria Pública para as providências cabíveis.

"§ 5º Uma vez realizado o registro de nascimento do adolescente por meio do procedimento judicial cabível, de iniciativa do Conselho Tutelar ou da Defensoria Pública, deverão esses órgãos providenciar a remessa de cópia da respectiva certidão ao estabelecimento de ensino competente.

"§ 6º Decorridos cento e oitenta dias da observância dos procedimentos acima previstos pela direção do estabelecimento de ensino, deverá ser elaborada e

encaminhada ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios listagem contendo os nomes de todos os alunos cuja certidão de nascimento ainda não houver sido apresentada e os nomes de seus pais, bem como seus endereços completos e respectivos telefones de contato, para as providências cabíveis no âmbito daquela Instituição.

"§ 7º A Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal deverá distribuir aos estabelecimentos de ensino folhetos informativos para entregar aos pais dos alunos sem registro de nascimento.

"§ 8º À Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal compete fiscalizar anualmente a observância dos procedimentos previstos neste artigo pela direção dos estabelecimentos de ensino.

"Art. 10. Os folhetos informativos de que trata esta Lei serão impressos pela Secretaria de Estado de Trabalho, Direitos Humanos e Solidariedade do Distrito Federal, e distribuídos de acordo com a forma prevista.

"Art. 11. O requerimento para liberação do recém-nascido de que trata esta Lei deverá ser impresso pela Secretaria de Estado da Saúde do Distrito Federal, em formulário numerado, devendo ser distribuído estabelecimentos de saúde pública e particular do Distrito Federal.

*"Parágrafo único.* Caberá à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal o controle sobre a distribuição e utilização dos formulários de requerimento.

"Art. 12. O Governo do Distrito Federal, com a intermediação e aprovação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, realizará convênios, por meio da Secretaria de Estado de Trabalho e Direitos Humanos do Distrito Federal, com os Cartórios de Ofício de Registro Civil do Distrito Federal, para a instalação de postos de Registro Civil nos estabelecimentos de saúde pública e particular do Distrito Federal."

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

## **A.2 LEI DO RIO DE JANEIRO<sup>244</sup>**

LEI Nº 3990, DE 11 DE OUTUBRO DE 2002.

*Obriga a adoção de medidas de segurança que evitem, impeçam ou dificultem a troca de recém-nascidos nas dependências de hospitais públicos ou privados, casas de saúde e maternidades, no âmbito do estado do rio de janeiro, que possibilitem a posterior identificação através de exame de dna, e dá outras providências.*

A Governadora do Estado do Rio de Janeiro,

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Ficam os hospitais, casas de saúde e maternidades, públicos ou privados, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, obrigados a adotarem medidas de segurança que evitem, impeçam ou dificultem a troca de , recém-nascidos em suas dependências, bem como permitam a identificação posterior, através de exame de DNA comparativo em casos de dúvida.

Art. 2º - Para consecução dos objetivos do artigo anterior definem-se como medidas de segurança:

- I – Utilização de pulseiras de identificação numeradas para mãe e filho na sala de parto;
- II – Utilização de grampo umbilical enumerado com o número correspondente ao da pulseira;
- III – Utilização de kit de coleta de material genético de todas as mães e filhos ali internados, coletados na sala de parto para arquivamento na unidade de saúde a disposição da Justiça.

---

<sup>244</sup> RIO DE JANEIRO, Lei n. 3.990, de 11 de outubro de 2002. Obriga a adoção de medidas de segurança que evitem, impeçam ou dificultem a troca de recém-nascidos... *Diário Oficial*, Rio de Janeiro, 23 out. 2002.

Art. 3º – O descumprimento do disposto na presente Lei implicará nas seguintes sanções, independentes das medidas judiciais cíveis e criminais cabíveis:

- I – multa de 5.000 UFIR's pela não adoção das medidas em primeira autuação;
- II – multa de 10.000 UFIR's pela não adoção das medidas em segunda autuação;
- III – interdição da maternidade.

Art. 4º – As instituições referidas no artigo 1º desta Lei terão o prazo de 90 (noventa) dias para o cumprimento ao disposto na presente Lei.

Art. 5º – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

### **A.3 PROJETO DE LEI DO MATO GROSSO DO SUL<sup>245</sup>**

#### **PROJETO DE LEI**

*Obriga a adoção de medidas de segurança que possibilitem posterior identificação através de exame de DNA para evitar, impedir ou dificultar a troca de recém-nascidos nas dependências de Hospitais Públicos ou Privados, Casas de Saúde e Maternidades, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul e dá outras providências.*

Art. 1º - Os hospitais, casas de saúde e maternidades, públicos e privados, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul ficam obrigados a adotarem medidas de segurança que possibilitem a posterior identificação através de exame de DNA em casos de dúvida, para evitar, impedir, ou dificultar a troca de recém-nascidos em suas dependências.

Art. 2º - Para atingir o objetivo da presente lei, consideram-se como medidas de segurança, sem exclusão de outras que venham a ser criadas:

- I – utilização de pulseiras de identificação numeradas para a mãe e filho na sala de parto;
- II – utilização de grampo umbilical com número correspondente ao da pulseira;

---

<sup>245</sup> MATO GROSSO DO SUL. Projeto de Lei [s. n.]. Proposto em: 13 mai. 2003. Obriga a adoção de medidas de segurança...Relator: Dep. Paulo Corrêa.

III – utilização de Kit de coleta de material genético de todas as mães e filhos ali internados, sendo obrigatória tal coleta ainda na sala de parto, para arquivamento na unidade de saúde, à disposição da Justiça.

Art. 3º - O descumprimento do disposto na presente lei, independentemente das demais medidas judiciais cíveis ou criminais, cominará ao infrator as seguintes sanções:

I – multa de 1.000 UFERMS pela não adoção das medidas previstas nesta lei, em primeira autuação;

II – multa de 5.000 UFERMS pela não adoção das medidas previstas nesta lei, em caso de reincidência.

III – interdição da maternidade no caso de contumácia em descumprir a lei.

Art. 4º - A fiscalização do cumprimento da presente lei será feita pela Secretaria de Estado de Saúde, que receberá o apoio da Secretaria de Estado de Segurança Pública, sempre que for necessário para a consecução de seus objetivos.

Art. 5º - As instituições referidas no artigo 1º desta lei terão o prazo de 90 (noventa) dias para adaptarem-se às suas exigências, adotando as medidas de segurança previstas.

Art. 6º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º - Revogam-se as disposições em contrário

#### **A.4 PROJETO DE LEI DE SÃO PAULO<sup>246</sup>**

PROJETO DE LEI Nº 777 - DE 2001

*Determina procedimentos de identificação de recém-nascidos e respectivas mães, nos hospitais que realizam partos no Estado de São Paulo*

A Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo decreta:

---

<sup>246</sup> SÃO PAULO. Projeto de Lei n. 777 de 2001. Proposto em: 14 out. 2001. Determina procedimentos de identificação de recém-nascidos e respectivas mães, nos hospitais que realizam partos no Estado de São Paulo. Relator: Valdomiro Lopes.

Artigo 1º - Todos os recém-nascidos e suas mães deverão utilizar, no período que estiverem nas maternidades e hospitais, uma pulseira com o mesmo número e ou código de barras idênticos, entre ambos, e alarme sonoro.

Parágrafo Único -: Os recém-nascidos terão ainda identificação com o mesmo número e ou código clampeado por um clamp no cordão umbilical.

Artigo 2º - As saídas dos hospitais e maternidades deverão estar dotadas de identificadores sonoros, que acusam eventuais passagens sem a devida baixa no código de barras.

Artigo 3º - No ato do parto os Hospitais e Maternidades se responsabilizarão pela coleta, armazenagem e conservação de amostras de sangue ou outro material orgânico da mãe e do recém-nascido, pelo período de 05 (cinco anos), que possam servir para a realização de exames de mapeamento do DNA (Ácido Desoxirribonucléico), exclusivamente nos casos em que haja suspeita de troca de recém-nascidos.

Parágrafo Único -: O sangue e ou os materiais orgânicos referidos no caput do artigo 3º, se constituirão no Banco de DNA da maternidade ou hospital cuja guarda e conservação será de sua responsabilidade.

Artigo 4º - Nos atendimentos vinculados ao SUS, as eventuais despesas decorrentes da aplicação desta lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias da Secretaria de Estado da Saúde, suplementadas se necessário.

Artigo 5º - O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 180 (Cento e oitenta) dias contados da data de sua publicação.

Artigo 6º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

#### SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 777 - DE 2001

*Determina procedimentos de identificação de recém-nascidos e respectivas mães nos hospitais do Estado de São Paulo.*

Artigo 1º - Todos os recém-nascidos e suas mães deverão utilizar, no período que estiverem nas maternidades e hospitais, uma pulseira com o mesmo número ou códigos de

barras idênticos, entre ambos, e alarme sonoro ou método que permita o controle seguro do fluxo de parturientes e recém-nascidos.

Parágrafo Único -: Os recém-nascidos terão ainda identificação com o mesmo número ou código de barras clampeados por um clamp no cordão umbilical.

Artigo 2º - As saídas dos hospitais e maternidades deverão estar dotadas de identificadores sonoros ou de métodos que permitam o controle do fluxo de parturientes e recém-nascidos, com a devida identificação e segurança.

Artigo 3º - No ato do parto, os hospitais e maternidades se responsabilizarão pela coleta, armazenamento e conservação de amostras de sangue ou outro material orgânico da mãe e do recém-nascido, pelo período de 5 (cinco) anos, que possam servir para a realização de exames de mapeamento de DNA (Ácido Desoxirribonucléico), exclusivamente nos casos em que haja suspeita de troca de recém-nascidos.

Parágrafo Único -: O sangue ou os materiais orgânicos referidos no "caput" do artigo 3º constituirão o banco de DNA da maternidade ou hospital, cuja guarda e conservação será de sua responsabilidade.

Artigo 5º - O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de sua publicação.

Artigo 6º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

## **A.5 PROJETO DE LEI DE MINAS GERAIS<sup>247</sup>**

### **PROJETO DE LEI Nº 2.089/2002**

*Torna obrigatória a adoção de medidas de segurança contra o furto e a troca de recém-nascidos em maternidades no Estado e dá outras providências.*

A Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais decreta :

---

<sup>247</sup> MINAS GERAIS. Projeto de Lei n. 2.089 de 2002. Proposto em: 11 abr. 2002. Torna obrigatória a adoção de medidas de segurança contra o furto e a troca de recém-nascidos em maternidades no Estado e dá outras providências. Relator: Dep. Miguel Martini. Vetado em 09 jan. 2003.



Art. 1º - Ficam as maternidades públicas do Estado obrigadas a adotar medidas de segurança tecnologicamente eficazes contra a subtração de recém-nascidos em suas dependências.

Parágrafo único - As medidas de segurança a que se refere o “caput” deste artigo implicam o uso, nos recém-nascidos, de tarjas magnéticas perceptíveis a sensores com alarme, instalados em todas as saídas das maternidades públicas.

Art. 2º - As maternidades públicas ficam também obrigadas a coletar, identificar e armazenar conjuntamente amostras de sangue da mãe e da criança com vistas ao esclarecimento de eventuais trocas.

Parágrafo único - As amostras de sangue deverão ser preservadas por, no mínimo, vinte anos, em condições de climatização que possibilitem o exame de DNA.

Art. 3º - O poder público estabelecerá mecanismos de incentivo à participação do setor privado na implementação das medidas de segurança de que trata o art. 1º desta lei.

Art. 4º - Fica estabelecido o prazo de seis meses a contar da publicação desta lei, para que as instituições adotem as medidas nela previstas.

Art. 5º - Revogam-se as disposições em contrário.

## **A.6 PROJETO DE LEI DE NOVO HAMBURGO – RS<sup>248</sup>**

PROJETO DE LEI Nº 261/13L/2002

*Dispõe sobre adoção de medidas de segurança contra subtração e troca de incapaz (recém-nascidos) no Hospital Municipal de Novo Hamburgo e dá outras providências.*

O Prefeito Municipal de Novo Hamburgo:

Faço saber que o Poder Legislativo aprovou e eu sanciono e promulgo a seguinte Lei:

---

<sup>248</sup> NOVO HAMBURGO-RS. Projeto Lei n. 261/13L de 2002. Proposto em: 26 nov. 2002. Dispõe sobre adoção de medidas de segurança contra subtração e troca de incapaz (recém-nascidos) no Hospital Municipal de Novo Hamburgo e dá outras providências. Relator: Ver. Ítalo Luciano.

Art. 1º Fica o Hospital Municipal de Novo Hamburgo obrigado a adotar medidas de segurança tecnologicamente eficazes contra a subtração e troca de incapaz (recém-nascidos) em suas dependências.

Parágrafo Único As medidas de segurança a que se refere o “caput” deste artigo, implicam a colocação, nos recém-nascidos, de tarjas magnéticas que possam ser percebidas por sensores com alarmes, instalados em todas as saídas do Hospital Municipal.

Art. 2º O Hospital Municipal fica obrigado a coletar, identificar e armazenar conjuntamente amostras de sangue da mãe e do recém-nascido com vistas ao esclarecimento de eventuais trocas.

Parágrafo Único As amostras de sangue deverão ser preservadas por, no mínimo, 20 (vinte) anos, em condições de climatização que possibilitem o exame de DNA (ácido desoxirribonucléico).

Art. 3º Fica estabelecido o prazo de 06 (seis) meses a contar da data da publicação desta Lei, para que a instituição adote as medidas nela previstas.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

#### **A.7 PROJETO DE LEI PROPOSTO PELA SENADORA MARINA SILVA<sup>249</sup>**

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 3.162, DE 1997

(APENSOS OS PROJETOS DE LEI NºS 784 E 1.104, DE 1999)(PLS nºs 179/96)

*Dispõe sobre o registro geral de recém nascidos e dá outras providências.*

O Congresso Nacional decreta:

---

<sup>249</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 179 de 1996 (apenso ao Projeto de Lei n. 3.162 de 1997). Dispõe sobre o registro geral de recém nascidos e dá outras providências. Relator: Sen. Marina Silva (Dep. Marcos Rolim). Vetado em 08 nov. 2001.

Art. 1º Os hospitais e maternidades, públicos e particulares, imediatamente após os nascimentos, copiarão as impressões das papilas digitais da mãe e as impressões dos pés do recém-nascido, emitindo a declaração neonatal.

§ 1º A declaração neonatal, com as impressões do recém nascido e da mãe, é imprescindível ao registro de nascimento da criança, e conterà todos os dados necessários à sua identificação, especialmente:

- 1) nome da criança;
- 2) nome dos pais;
- 3) tipo e fator sangüíneos;
- 4) a data, a hora e o local de nascimento;
- 5) nome do estabelecimento onde ocorreu o nascimento;
- 6) a assinatura do diretor responsável pelo estabelecimento.

§ 2º O diretor do estabelecimento responderá civil e criminalmente pela veracidade dos dados apostos na declaração.

§ 3º Segunda via da declaração neonatal, com os dados previstos no § 2º, fará parte do registro geral de recém-nascido da entidade hospitalar ou maternidade.

Art. 2º Os nascidos fora de instituições hospitalares ou de maternidades, dos quais não seja possível colher as impressões, terão o registro de nascimento assegurado sob testemunho qualificado de, pelo menos, duas pessoas.

Parágrafo único. Considera-se qualificada a testemunha que esteja habilitada a declarar ao oficial de registro que conhece a genitora, a viu gestante, e que a data do nascimento corresponde à declarada.

Art. 3º Observar-se-ão, nos casos não enquadrados nos artigos anteriores, as normas gerais do nascimento, constantes da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

## **A.8 PROJETO DE LEI PROPOSTO PELO DEPUTADO FEDERAL CELSO RUSSOMANNO<sup>250</sup>**

PROJETO DE LEI Nº 2.446/96

*Dispõe sobre a obrigatoriedade dos estabelecimentos de saúde manterem amostras do sangue das mães e das crianças, para fins de identificação.*

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - Todos os estabelecimentos de saúde que realizam partos são obrigados a manter amostras do sangue da mãe e de seus respectivos filhos pelo prazo de 10 (dez) anos a contar da data do nascimento.

Parágrafo único – As amostras a que se refere o caput deverão ser colhidas em pedaços de algodão ou tecido absorvente de 3 cm X 3 cm, acondicionadas em saquinhos plásticos que serão anexados ao prontuário das parturientes e recém-nascidos, para armazenamento.

Art. 2º - As amostras a que alude o art. 1º serão utilizadas para confirmação da maternidade, mediante solicitação judicial.

Art. 3º - A inobservância do disposto na presente Lei implica na perda do alvará de funcionamento do estabelecimento de saúde admitido pelo órgão competente.

Art. 4º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º - Revogam-se as disposições em contrário.

---

<sup>250</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 2.446 de 1996. Proposto em: 16 out. 1996. Dispõe sobre a obrigatoriedade dos estabelecimentos de saúde manterem amostras do sangue das mães e das crianças, para fins de identificação. Relator: Celso Russomanno.

**ANEXO B – JURISPRUDÊNCIA**

**B.1 APELAÇÃO CÍVEL Nº 87.617/4 - TJMG<sup>251</sup>**

MENOR – RECÉM-NASCIDO TROCADOS NA MATERNIDADE – "GUARDA FÁTICA" DE UM DELES CONCEDIDA A TERCEIROS – BUSCA E APREENSÃO REQUERIDA POR SEUS PAIS BIOLÓGICOS – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE QUE NÃO CONSTITUI CERCEAMENTO DE DEFESA – PATERNIDADE CERTIFICADA ATRAVÉS DOS EXAMES HEMATOLÓGICO E GENÉTICO (DNA).

Trocados os recém-nascidos na maternidade, sendo um deles disposto por quem não tinha poderes legais, é de se confirmar a busca e apreensão solicitada pelos pais biológicos, não constituindo cerceamento de defesa a aplicação do art. 330 do CPC se o Juiz se certificou da paternidade através dos exames hematológico e genético (DNA)

ACÓRDÃO – Vistos etc.: Acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar argüida, julgar prejudicado o agravo interposto retidamente e negar provimento ao apelo.

Belo Horizonte, 13 de agosto de 1992

MONTEIRO DE BARROS, pres.

FRANCISCO FIGUEIREDO, relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS – *O Sr. Des. Francisco Figueiredo: Conheço da apelação por própria, tempestiva (fls.) e regularmente processada.*

---

<sup>251</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 87.617/4. Relator: Des. Francisco Figueiredo. Julgado: 13 ago. 1992.

Antes de adentrar no julgamento da apelação propriamente dito, não se pode deixar de, *preliminarmente*, enfrentar o *agravo de instrumento* contido no apenso nº. 2, que visa "ao indeferimento da produção de prova".

Julgo *prejudicado* este agravo por *dois motivos*, a saber:

1º. É evidente que o presente agravo de instrumento, por não ser retido, cabe-nos apreciar, independentemente de suas razões serem ou não reeditadas na apelação. Mas, *in casu*, a tentativa de evitar-se a realização das perícias tornou-se inócua, porque, em sendo elas realizadas, falecido, portanto, está o seu objeto.

2º. O agravo de instrumento referido não se completou, pois não houve o despacho de rerratificação. Não houve, porque o MM. Juiz *a quo* não tinha que fazê-lo, uma vez que a prova já estava carreado nos autos. No mais, é de se entender que outra razão forte endossa este entendimento, pois, o fato de os apelantes, nas razões recursais, apresentarem a tese de cerceamento de defesa por não terem tido vista dos laudos periciais adequadamente, em razão da aplicação do art. 330 do CPC é prova inconteste de que os agravantes já se conformavam com a realidade fática da perícia nos autos, valendo dizer, que a realização da perícia era fato consumado e, por *ipso facto*, *prejudicado* o agravo de instrumento.

Aliás, as partes já tinham convencionado a desistência deste agravo (fls.), devidamente homologado (fls.).

Quanto à apelação, temos, pela ordem:

1º. *Preliminar*: Cerceamento de defesa pelo fato de os apelantes – ora réus – não terem tido oportunidade de receber esclarecimentos dos peritos em audiência, em razão do MM. Juiz *a quo* ter aplicado o art. 330 do CPC e, com isto, impossibilitados ficaram de melhor se esclarecer e articular a defesa".

Esta preliminar está tão envolvida no mérito da causa que o passo a apreciá-la juntamente com este.

Pelo enredo do processo, duas senhoras uma casada (a autora) e outra solteira deram à luz, numa mesma noite e maternidade, os seus filhos, ambos do sexo masculino, conforme registros de fls.

*Desgraçadamente* – e este é o termo próprio a ser usado para caracterizar a incúria e a irresponsabilidade do hospital (por certo, alvo futuro de todas estas despesas e implicações) – foram as crianças trocadas. Cada uma das senhoras referidas saiu hospital com o filho da outra, como se seu fosse. Os filhos foram registrados e o filho da senhora solteira foi dado à "guarda fática" dos réus após 8 meses de idade. Com o passar do tempo, a senhora casada percebeu, com o seu marido, que a criança que tinha como filho, não era o que ela concebera, em razão dos nítidos sinais diferenciados da criança com relação aos pais legais, mas não biológicos.

O que fizeram?

Providenciaram o exame hematológico (fls.) excludente, e, finalmente, o de DNA, genético, (fls.), determinante, ambos do apenso n.1, que concluíram não ser a criança em poder dos autores filho delas e que a criança em poder dos réus é filha dos autores, "com segurança".

Em decorrência, o MM. Juiz *a quo* determinou a expedição do mandado de busca e apreensão do menor sob a guarda dos réus e decidiu a questão aplicando o art. 330 do CPC. Ressalte-se que a senhora solteira, mãe biológica do filho que foi dado aos réus, foi devidamente citada e não compareceu (fls.), e, ainda, que a criança questionada já se encontra em poder dos autores (pais biológicos) desde 8.5.91 (fls.)

Este é o cenário que os autos apresentam. Vê-se que a troca das crianças, no berçário, foi um fato dramático que, por certo, ocasionou, além dos prejuízos materiais, forte prejuízo emocional às personagens.

Inicialmente, temos a considerar duas circunstâncias de ordem fática, quando acontece uma "troca" como esta. A *primeira*, é que os casais procuraram destrocá-las o mais rápido possível. A *segunda*, é que tal hipótese não aconteceu neste cenário. Por que? Porque a mãe de um dos meninos, a solteira, após oito meses do



nascimento de seu filho, passou a criança ao casal réu, que passou a criá-lo, sem titularidade jurídica alguma, como guarda legal, adoção, etc... .

Os pais-autores, descobrindo onde estava o filho biológico, propugnaram pela sua volta, através da presente "busca e apreensão". Paralelamente, pelo resultado do exame hermatológico e genético, os AA. propiciaram ao MM. Juiz *a quo*, aplicando o art. 330 do CPC, decidir de vez a questão, pela "segurança absoluta da filiação biológica da criança trocada, como filho dos autores."

Sabemos muito bem que o "Tribunal Superior" que deve reger os interesses do menor é o "Tribunal do Bem-Estar do Próprio Menor". Tudo deve girar em torno do menor. Entretanto, *in casu*, a discussão é *outra*; trata-se de discussão de maior importância no Direito, que é o "*direito personalíssimo*".

Não se discute bem-estar do menor, mas a identidade do menor em relação a seus pais. É o pleno exercício do pátrio poder a quem de direito.

Temos a considerar a "mãe solteira", embora citada, não adentrou na disputa processual, deixando ocorrer à revelia. Os réus, a quem a mãe solteira passou o filho legal (mas biológico dos autores) estão no cenário, a discutir desprovidos de qualquer tutela jurídica, como dito, guarda (mesmo provisória), adoção etc... etc... . São, embora sem querer tirar deles o valor moral e afetivo, meros depositários de criança.

Ora, este tipo de assunto quanto mais rápido receber solução, melhor. Veja-se que o colega sentenciante fez bem, quando se certificou da paternidade pelos exames referidos, e aplicou o art. 330 do CPC.

Falou-se em cerceamento de defesa, porque os RR, não tiveram explicação, em audiência, dos peritos para elucidação de questão que gostariam de ver elucidadas. Falou-se que a assistente social não pôde ser ouvida. *Data venia*, em que pese o parecer da assistente social ser favorável ao fato de que a criança discutida já está ambientada na casa dos autores; e que tal pretensão deve ser acolhida com rapidez para o equilíbrio da própria criança, para não ter dois padrões familiares de lar; declaro que, sendo a questão *outra*, hei por bem desconsiderar tal trabalho. Foi útil mas, na espécie, secundário. A

matéria tratada é outra. Houve uma troca de crianças e um deles foi disposta por quem não tinha poderes para fazê-lo.

Nestes termos, confirmo a sentença, com a qual anuíram os representantes ministeriais, confirmando a busca e apreensão já procedida há quase um ano, *negando provimento*, portanto, à apelação.

As questões da outra criança (a da mãe solteira) em poder dos autores e os registros a serem corrigidos deverão ser processados na primeira instância.

*O Sr. Des. Caetano Carelos:* Quanto ao mérito da apelação, coloca-me de acordo com o e. Relator, positivado através do laudo de fls. dos autos em apenso, por meio do teste de impressões digitais de DNA, realizado por profissional renomado, de que o menor BCS é, positivamente, filho do casal apelado e não dos apelantes, gerando a convicção inabalável dos fatos narrados na inicial de que, realmente, houve a troca dos bebês na maternidade do Hospital Antônio Moreira da Costa de Santa Rita do Sapucaí.

Nego provimento à apelação, pedindo licença ao e. Relator para sufragar o seu judicioso e estudado voto.

*O Sr. Des. Corrêa de Marins:* De acordo.

*o Sr. Des. Presidente:* Rejeitaram a preliminar argüida. Prejudicado o agravo interposto retidamente. Negaram provimento ao apelo.

## **B.2 CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 3.617-2 – STJ<sup>252</sup>**

### EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE POSSÍVEL DELITO DE TROCA DE CRIANÇAS EM BERÇARIO DE HOSPITAL – INSS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

---

<sup>252</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 3617-2/SP. Relator: Ministro Flaquer Scartezini. 20 mai. 1993. Julgado: 20 mai. 1993.

Compete a Justiça Comum Estadual, apreciar e julgar inquérito instaurado para apurar eventual troca de crianças em berçário de hospital credenciado pelo INSS. Conflito conhecido para declarar a competência do Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Pinheiros/SP o suscitado.

#### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Pinheiros, nos termos do voto do Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI. Votaram como o Sr. Min. FLAQUER SCARTEZZINI os Srs. Min. COSTA LIMI, ASSIS TOLEDO, ADHEMAR MACIEL, ANSELMO SANTIAGO, e JOSÉ DANTAS. Vencido o Sr. Min Relator. Lavrará o acórdão o Sr. Min. FLAQUER SCARTEZZINI. Ausentes, por motivo justificado os Srs. Min. EDSON VIDIGAL e VICENTE CERNICCHIARO.

Brasília, 20 de maio de 1993 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO – Presidente

MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI – Relator

#### RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: -

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, nos autos de inquérito policial instaurado para apurar possível troca de crianças em berçário de Hospital conveniado pelo antigo INAMPS.

Exsurge dos autos – fls. 4/5, que as investigações iniciaram-se a pedido do Promotor Público da 1ª Vara Criminal do Fórum Regional de Pinheiros, junto à Polícia Estadual, até que, a 6 de julho de 1989, o ilustre Promotor de Justiça que atuava nos

autos, aventou, em petição de fls. 341-343, interesse de órgão público federal no caso, bem como a possibilidade de as investigações se desenrolarem com mais facilidade através da Polícia Federal. Esta manifestação do Ministério Público Estadual foi totalmente acolhida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Pinheiros, o que originou a remessa dos autos à Justiça Federal – fl. 344.

Por outro lado, o MM. Juiz Federal, ao suscitar o presente conflito, asseverou que a espécie não se enquadra no inciso IV, artigo 109, da Constituição e, por tal razão, não é competente a Justiça Federal para apreciação do inquérito policial – fls. 827/829.

Nesta instância, o Ministério Público Federal pronunciou-se pelo conhecimento do conflito e pela competência do Juízo Federal – fls. 835/839.

É o relatório.

#### VOTO VENCIDO

O EXMº SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (RELATOR):-

O Ministério Público Federal opinou no feito assim – fls. 838-839:

Entende, nesta Instância, o Ministério Público Federal, que a competência para apreciar a matéria de que tratam os autos de inquérito ora focalizado é da Justiça Federal, tendo em vista que, como contribuinte obrigatório do INSS, mantém o Sr. José Correa Aguiar vínculo com a autarquia federal, não com o hospital conveniado. Ao dirigir-se ao Instituto Paulistano de Medicina e Odontologia S/A Ltda., não procurava pelos serviços daquele nosocômio especificamente, mas por serviços médicos que o Instituto Nacional de Seguridade Social se propôs a ministrar, desde o momento em que se tornou obrigatória a filiação do empregado ao sistema estatal de saúde. Assim os serviços prestados pelo hospital conveniado, devem ser considerados como sendo prestados pelo próprio INSS, que por ele inclusive é responsável, na medida em que os elege, os seleciona, firmando convênios sem qualquer interferência ou poder de escolha do segurado. Além desse argumento, há o fato de que, na celebração de um convênio, busca-se o atendimento de interesses comuns e coincidentes, de tal sorte que as entidade nele

envolvidas não figuram como partes, mas sim como partícipes, com as mesmas pretensões. “...Por essa razão, no convênio, a posição jurídica dos signatários é uma sé e idêntica para todos, podendo haver, apenas diversificação para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.” (cf. Direito Administrativo Brasileiro – Hely Lopes Meirelles 12ª Ed., p. 340).

Assim, não há como alijar o INSS da responsabilidade pelos serviços executados (bem ou mal) pelo Hospital como os quais se vincula em convênios. Se o hospital, executando tarefas que lhe são impostas pelo convênio, falha em seu serviço, a falha não pode ser debitada ao hospital isoladamente, mas ao serviço de saúde imposto ao trabalhador compulsoriamente, por sistema de saúde patrocinado pela autarquia federal. Caso contrário estaríamos jogando o segurado numa verdadeira “terra de ninguém”, tendo em vista que o momento de cobrar a contribuição (obrigatória, por sinal), o INSS é parte legítima para fazê-lo, e quando se exige a responsabilidade pela qualidade dos serviços correspondentes, essa legitimidade estaria sendo suprimida, ficando o segurado frente a frente com a diretoria de um estabelecimento hospitalar, com o qual teve jamais qualquer tipo de relação jurídica. Ao procurar o sistema estatal de saúde – internando-se o segurado, ou um de seus dependentes, em hospital signatário de convênio com o INSS, está ele procurando a contrapartida da contribuição que lhe é cobrada, está ele se utilizando dos serviços que o INSS se comprometeu prestar ao tê-lo como segurado. E são esses os serviços, no entender do Ministério Público Federal que mereceram, do constituinte, proteção federal, com a redação do inciso IV do artigo 109 da CF/88.

De outro lado, o paradigma apresentado pelo Ministério Público em sua manifestação, não se ajusta ao caso dos autos, pois naquele o segurado fizera ajuste paralelo ao convênio, diretamente com o hospital, ao contratar internação fora dos padrões impostos pela autarquia federal.

Do exposto, entende o Ministério Público Federal que o conflito deve ser reconhecido, e dirimido em favor do Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo.” (fls. 838/839)

Por outro lado, o preceito do inciso IV, do art. 109, da Constituição, tem o seguinte teor:

“Art. 109 Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.”

Do trecho constitucional transcrito, percebe-se que o inquérito policial há de tramitar perante a Justiça Federal. Tal ilação deflui do fato do Instituto Paulistânia de Medicina e Odontologia S/C Ltda SER HOSPITAL CREDENCIADO PELO inamps, OU MELHOR, PRESTAR SERVIÇOS A ENTIDADE AUTÁRQUICA FEDERAL. Portanto, a possível infração penal, troca de recém-nascido, afeta serviços conveniados de entidade autárquica da União, INAMPS, sendo competente a Justiça Federal consoante o preceito constitucional.

Assim sendo, conheço do conflito e declaro competente o MM. Juiz Federal da 6ª Vara de São Paulo.

É como voto.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI:

Sr. Presidente, pelo que pude depreender, trata-se de inquérito policial instaurado para apurar responsabilidade criminal pela eventual troca de recém-nascidos na Maternidade do Hospital Paulistânica.

Entendo que, o simples fato do hospital onde teria ocorrido a troca, ser credenciado pelo INSS, não atrai, para a Justiça Federal, a competência para apreciar a questão.

Com a devida vênia do Sr. Ministro Relator, conheço do conflito e declaro competente o Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Pinheiros, o suscitado.

É como voto.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO COSTA LIMA:

Sr. Presidente, ainda que o hospital mantenha convênio com o INPS, a competência discutida relaciona-se à matéria criminal. Logo, pessoa jurídica não pode ser indiciada. Pessoa natural é quem pode responder o processo criminal.

Se se tratasse de responsabilidade administrativa, então seria diferente. Mas, pelo que percebi pelo voto do Mnisitro-Relator, trata-sr de um inquérito policial que está apurando responsabilidade de alguém pela troca de uma criança, pouco importa que tenha sido nas dependências de um hospital conveniado.

**Data vênia** do Sr. Ministro-Relator, acompanho o voto do Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, entendendo que se trata de competência da Justiça Comum estadual.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO:

Sr. Presidente, a troca de menores, tal como aventada no parecer, poderia constituir dois crimes: em relação ao filho próprio que foi deixado no local, haveria o crime contra o estado de filiação, previsto no art. 243, do CP; em relação ao outro menor que foi subtraído, o crime seria subtração de incapaz do art. 249. Em nenhum desses crimes figura como lesada a entidade que possa identificar-se com o INPS. De maneira

que também não vejo confirmado interesse que justifique a competência da Justiça Federal, ressalvada eventual ação de indenização que venha a acarretar a responsabilidade do hospital, com reflexos sobre a própria Autarquia Federal.

Peço vênua ao Ministro-Relator para acompanhar o Ministro Flanquer Scartezzini.

É o meu voto.

### **B.3 PROCESSO Nº 21.800/98 – 1ª VARA CÍVEL DE MADUREIRA – RJ<sup>253</sup>**

Vistos, etc.

Indenização que pretendem os autores, alegando que em 07 de julho de 1990 a primeira autora deu a luz, no estabelecimento da ré, ao menor A.S.S., ocasião em que também nascia A.M.A., filho de E.V.M.A. e A.F.A. Alegam ainda que após alguns meses perceberam, que a criança a quem julgavam ser seu filho na verdade não o era, dadas as suas características físicas, em especial a cor, já que ambos são negros e o bebê apresenta cor branca e cabelos loiros, restando que através de exame específico feito pela própria cada de saúde-ré tal circunstância foi constatada, culminando a situação com a troca de crianças pelos respectivos pais.

Instruíram a inicial com os documentos de fls. 09/43.

A ré apresentou contestação às fls. 48/50, inicialmente denunciando à lide E.V.M.A. e A.F.A. pelo vínculo dos mesmos ao fato, além de negar sua responsabilidade na troca de menores, o que, segundo sua ótica, não foi comprovado pelos autores, inexistindo, portanto, o dano que ambos alegam ter sofrido.

Sobre a contestação os autores manifestaram-se às fls. 51 e v/53, seguindo-se a audiência de conciliação, instrução e julgamento de fls. 65, realizada conforme o

---

<sup>253</sup> RIO DE JANEIRO-RJ. 1ª Vara Cível de Madureira. Ação de indenização nº 21.800/98. Juiz: Francisco José de Azevedo. Julgado: 13 jan. 1999.



consignado na respectiva assentada e a audiência de conciliação informal de fls. 80. de resultado infrutífero.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

A hipótese é de julgamento antecipado da lide porque desnecessária a produção de prova em audiência.

DA PRELIMINAR:

Rejeito, desde já, a denunciação à lide de E.V.M.A. e A.F.A., pais verdadeiros de A.M.A., criado pelos autores como se filho fosse, pois supondo ser A.S.S., entre outras razões, pela total inadequação à hipótese legal, por serem os mesmos, como os autores, vítimas do erro e da negligência da ré, a qual, muito pelo contrário, estaria até obrigada a ressarcir-los.

No mérito, PROCEDE O PEDIDO. As alegações da ré em nada infirmaram os fatos alegados pelos autores na inicial, restando que a mesma, única e exclusivamente, foi responsável pela terrível circunstância pela qual passaram os autores e o casal E.V.M.A. e A.F.A., já referido, pois que, como pais dos menores A.S.S. e A.M.A., respectivamente, ficaram privados do convívio, da formação psicológica, da afeição e tudo o mais que envolve a criação de uma criança.

A alegação da ré de que não agiu de modo a causar a troca de menores é totalmente infundada, vez que internadas no estabelecimento da ré, as mães, a primeira autora e a referida E., passaram a ser cuidadas pela mesma, assim como os filhos que nasceram, quando, a partir de então, seria determinante a evitar o fato da troca a organização, o cuidado e a atenção da ré na guarda e trato dos menores, o que de fato não ocorreu, tanto que o que seria evitável com cuidados e regras básicas de controle não ocorreu.

Dessa forma, comprovado que a ré falhou na observância de cuidados para evitar a desastrosa ocorrência da troca do filho dos autores, com isso, causou aos mesmos inegáveis e irreparáveis danos morais, constituídos pela frustração e impossibilidade de os mesmos participarem da criação, formação dos primeiros laços de afeição, além de outros

sentimentos materno-paternais, inclusive todo o sentimento de desconfiança naturalmente ocorrido do esposo da primeira autora, tentando imaginar razões para a pigmentação imprópria do filho e comentários de quem percebia a impossibilidade do mesmo ser pai deo menor A., na verdade, A., inclusive com risco da destruição do casamento, com isso justificando a condenação ao ressarcimento de tais danos no equivalente em dinheiro, cujo montante deve considerar a natureza dos danos, a intensidade, a condição social, econômica e financeira das partes, além da circunstância de que no caso, os autores, apesar do mal, ganharam com o sentimento materno-paternal desenvolvido em relação ao menor A.M.A., que sempre continuará no sentimento dos mesmos como filho.

Pelo exposto, condeno a ré a pagar aos autores a quantia equivalente a duzentos salários mínimos, além de custas e honorários que arbitro em 10% sobre o valor total a ser apurado.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 13 de janeiro de 1999.

FRANCISCO JOSÉ DE ASEVEDO

Juiz de Direito

#### **B.4 PROCESSO Nº 15.302/1999 – TJRJ<sup>254</sup>**

DANO MORAL. TROCA DE BEBÊS EM MATERNIDADE. DEFICIÊNCIA DO SERVIÇO, A TRANSFORMAR DUAS FAMÍLIAS, POR CERCA DE UM ANO. FILIAÇÃO CORRETA CALÇADA EM EXAMES NO PRÓPRIO HOSPITAL, MOTIVADOS POR PROGRAMA DE TV. PROCEDÊNCIA DA REPARAÇÃO DE 1.000 SALÁRIOS MÍNIMOS. SENTENÇA CONFIRMADA.

---

<sup>254</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 17ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 15.302/1999. Relator: Des. Severiano Aragão. *Diário da Justiça*, Rio de Janeiro, 19 nov. 1999.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 15.302/1999, sendo apelantes: 1) C. S. M. C. LTDA e 2) S.S.S. E S/M (Recurso adesivo) e apelados OS MESMOS.

ACORDAM os Desembargadores da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – por unanimidade – em negar provimento ao 1º e dar provimento ao 2º recurso.

#### RELATÓRIO

1) Ação indenizatória, por troca de bebês em maternidade, ocorrida em 91, ajuizada esta lide em 96.

2) A defesa (fls. 48-50) alega escassez de provas e nengação geral.

3) Sentença (fls. 82-84), dando pela procedência parcial do pleito, fixado o dano moral em 200 (duzentos) Salários Mínimos.

4) Apelos principal e adesivo regulares, de R. e A. (fls. 85, 90 segs.), alegando, respectivamente:

a) A ré, insistindo em insuficiência de prova.

b) Os A.A. pedindo a majoração da verba de dano moral (fls. 92).

Contra-razões (fls. 93, 97 segs).

#### VOTO

A) A r. sentença não merece retoque, sendo adotados seus fundamentos, na forma regimental.

B) Em verdade, a ação remonta de 96, enquanto o evento é de 91, havendo provas incontestes do erro de serviço da maternidade, na troca de bebês.

C) A confirmação das filiações se dera através de exame na própria casa de saúde, não havendo carência de provas.

D) No tocante ao dano moral, atendendo-se à orientação da Câmara diante da gravidade sócio jurídica dos fatos, martirizando duas famílias e dois meninos, entendemos deva ser elevada para 1000 Salários Mínimos.

E) Acresça-se que o Juizado de Menores, provocado pelo SBT e interessados, cancelara os registros errôneos e não verdadeiros, em Abril – 92 (fls. 03 fine).

Assim não se justifica retocar o julgado monocrático, daí porque votamos pelo não provimento da 1ª e provimento parcial à 2ª apelação.

Rio de Janeiro, 10 de Novembro de 1999.

Presidente – Des. Luiz Carlos Guimarães

Relator – Des. Severiano Aragão

#### **B.5 PROCESSO Nº 95.001.085662-0 – 25ª VARA CÍVEL – RJ<sup>255</sup>**

Vistos, etc.

EDIVALDO NASCIMENTO E EDA MARIA DE MELO propuseram a presente AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS em face da FUNDAÇÃO CLARA BASBAUM, alegando, em síntese, que teve seu bebê trocado na maternidade-ré, fato este já reconhecido por sentença proferida nos autos do juízo da Vara de Família, o que acarretou os danos descritos na inicial. Assim, requer a condenação da parte ré no pagamento de indenização na forma do pedido. A inicial foi instruída com os documentos de fls. 21/60.

O réu apresenta contestação, sustentando, em síntese, que os fatos descritos na inicial não são verdadeiros, uma vez que comprometeu-se a prestar assistência psicológica necessária aos pais e as crianças trocadas; que a causa da troca das crianças foi a insistência da segunda autorade que a criança que estaria no berçário é que seria seu filho; inexistindo, assim, culpabilidade de sua parte, tendo o evento ocorrido por culpa exclusiva da vítima. Impugna, ainda, os pedidos de indenização para tratamento

---

<sup>255</sup> RIO DE JANEIRO-RJ. 25ª Vara Cível. Ação de Responsabilidade Civil nº 95.001.085662-0. Juíza: Claudia Fernandes Bartholo Suassuna. *Diário da Justiça*, Rio de Janeiro, 03 set. 1999.

psicológico, assim como indenização por danos morais. Juntou aos autos os documentos de fls. 78/97.

Replica às fls. 101/110.

Decisão saneadora do feito às fls. 119.

Em audiência de fls. 236, as partes desistiram da produção de prova oral.

Foi juntado aos autos o laudo pericial às fls. 279/286, com os posteriores esclarecimentos de fls. 298/299, em razão de impugnação da parte ré.

A parte ré não se manifesta sobre os esclarecimentos posteriores, conforme certidão de fls. 301 v.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

Trata-se de ação de indenização, a qual, para prosperar, mister se faz a comprovação dos fatos, nexos causal, culpabilidade e ocorrência de danos.

Os fatos e o nexo causal são incontroversos nos autos. Ressalte-se que a alegação da parte ré de culpa exclusiva da vítima na troca de bebês, trata-se de alegação vergonhosa, que não merece sequer qualquer comentário sobre a mesma, já que a maternidade é responsável pelos bebês que encontram-se em seu berçário, não podendo ser uma criança considerada mercadoria a ser entregue a quem a solicitou.

Finalmente, quanto à ocorrência de danos morais, estes independem de prova, diante da gravidade dos fatos em questão. Em relação, aos danos materiais e a necessidade de tratamento psicológico para os autores, tal fato encontra-se cabalmente provado no laudo pericial.

Desta feita, considera-se que a responsabilidade da parte ré pelos danos causados é matéria clara nos presentes autos, resta-me à fixação da indenização objeto do pedido.

Tal matéria, sim, reveste-se de certa complexidade. Quanto vale, em termos monetários, a dor, a angústia e a integridade psicológica de um ser humano? Certamente não há preço que repare as horas de profundo sofrimento a que foi submetida a parte autora, em razão da conduta negligente da parte ré.

No tocante à dor moral sofrida pela parte autora, fixo a indenização devida em 1000 (hum mil) salários mínimos, para cada autor.

No que concerne ao pedido de indenização para tratamento psicológico, fixo o valor arbitrado no laudo pericial, para cada autor, devendo o mesmo ser calculado em sede de execução de sentença.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido, para condenar o réu no pagamento da quantia supra descrita, pelas razões já expostas.

Condeno, outrossim, o réu no pagamento de custas e em honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da condenação.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 23 de agosto de 1999.

CLAUDIA FERNANDES BARTHOLO SUASSUNA

JUÍZA DE DIREITO

## **B.6 PROCESSO N ° 98-015.513-2 – 5ª VARA CÍVEL DE UBERABA – MG<sup>256</sup>**

Vistos, etc: -

BRAZ CARNEIRO DE RESENDE e s/ mulher SILVÉRIA DAS GRAÇAS RESENDE (feito n° 98-015.515-7) e KÁTIA CRISTINA RESENDE REIS (feito n° 98-015.513-2) todos qualificados nos autos em epígrafe, em 29/dez/98, respectivamente, aforaram AÇÃO INDENIZATÓRIA, ao fundamento de dano moral, contra a ASSOCIAÇÃO DE COMBATE AO CÂNCER DO BRASIL CENTRAL, também qualificada.

Em resumo do que interessa, ambas as Iniciais afirmam ter ocorrido troca de identidade civil de recém-nascido, no berçário da Requerida, no ano de 1976.

No feito n° 98-015.515-7, distribuído a esta 5ª Vara Cível, os Autores Braz Carneiro de Resende e Silvéria das Graças Resende alegam que após o nascimento de sua

---

<sup>256</sup> UBERABA-MG, 5ª Vara Cível. Ação Ordinária Indenizatória n° 98.015.515-7. Juiz: Jurandir Sebastião, *Diário da Justiça*, Belo Horizonte, 14 set. 2000.

filha em 23.09.76, recebendo o nome Kátia Cristina Resende, levou-a para casa, dando-se início à criação e convivência familiar. Que, entretanto, “recebiam diretos comentários, com nítido caráter depreciativo e perceptível zombaria de que Kátia não apresentava os mínimos caracteres de hereditariedade em relação a eles”, impondo aos Autores “um estado deprimente de angústia, de dor e de humilhação”, “quando colocavam em dúvida a própria conduta moral da autora, mãe” ou quando diziam “ser Kátia filha de criação”.

Que a troca ocorrida foi descoberta em abril/97, quando receberam a visita de Dulceana Pereira e Oliveira e esta passou a relatar que ao fazer doação de sangue “teve conhecimento de que seu tipo sanguíneo não correspondia ao dos progenitores, até então tidos como seus pais biológicos”. Que, por causa disso, “Dulceana se dirigiu à demandada e, após a verificação de específicos registros, obteve a informação de que na mesma data de seu nascimento (23.09.1976), também nasceu outra criança do sexo feminino, de nome Kátia Cristina Resende”. Que Kátia, “com natural interesse, prontificou-se a se submeter a exame sanguíneo”, cujo resultado confirmou a suspeita da troca do bebê “Dulceana” por “Kátia”. Que, a seguir, realizado exame de pesquisa genética no DNA dos envolvidos, confirmou-se a troca.

Que os Suplicantes, “fartos em amor, como natural, puderam ter em Kátia a satisfação de tê-la amado como filha e continuarão a amá-la como tal”.

Que, não obstante, seus direitos foram violados, “com seqüelas psíquicas e até rejeição no ambiente social”.

Após o registro dos elementos doutrinários e jurisprudenciais que reputam pertinentes, arrematam pedindo a condenação da Ré no pagamento do valor que se fixar como indenização, cuja quantia, em cumprimento “à teoria do valor do desestímulo, deverá corresponder a 4.000 salários mínimos, pelos seguintes fatos: a) – “negligência” da Ré; b) – pela “gravidade das conseqüências” e suas “seqüelas”; c) – pela “impossibilidade da reversão” diante do tempo decorrido; d) – pelo “padecimento da autora”, “diante do constrangimento a que se sujeitou”. Pedem, também, a condenação na sucumbência

máxima. Dando à causa o valor de R\$ 520.000,00 e pedindo os benefícios da justiça gratuita, com a Inicial vieram os documentos de fls. 09/29.

No feito nº 98-015.523-2, distribuído à 3ª Vara Cível, a autora Kátia Cristina Resende Reis descreve os mesmos fatos, transcreve os mesmos fundamentos e faz idêntico pedido de 4.000 salários de indenização, dano à causa o mesmo valor de R\$ 520.000,00 e também formulando pedido de concessão de justiça gratuita, anexando os documentos de fls. 09/34.

Citada em ambos os feitos, a Ré, em tempo oportuno, contestou ambos os pedidos. No pedido formulado por Braz Carneiro de Resende e s/ mulher (fls. 39/61), alegou em resumo:

a) – que, em preliminar, o feito deve ser extinto pela ocorrência da prescrição vintenária, por ter passado período superior a 22 anos;

b) – que, pelo mérito, “não é crível” que os autores “tenham recebido diretos comentário, de caráter depreciativo e zombaria, de parentes, amigos e vizinhos” sobre a paternidade em questão, porque o assunto desse jaez, “numa cidade como Nova Ponte, cujo povo é tido como reservado em seus hábitos”, não são discutidos e nem aventados, tanto é fato que ao longo dos anos nenhuma diligência judicial ou extrajudicial foi feita, exceto o tardio exame;

c) – que, em verdade, os Autores foram “industriados a tomar tal atitude tendo em vista modismo de época: avalanche de indenizatórias que assola o Judiciário”;

d) – que não há prova do nexo causal, uma vez que o “laudo de exame de DNA de fls. É apócrifo”;

e) – que, mesmo que verdadeiros, a Inicial confessa que os fatos em nada influíram no amor deles autores em relação à filha e que “continuarão a amá-la”;

f) – que o valor indenizatório pleiteado é abusivo, consoante doutrina e jurisprudência que transcreve;

g) – que, se o caso fosse de condenação, o valor levaria em conta o objetivo social da Ré, instituição filantrópica sem fins lucrativos que é, proibida de distribuir



lucros ou bonificações de qualquer espécie, voltada para a profilaxia e tratamentos do câncer em âmbito regional e nacional, atendendo pelo SUS (e, ao tempo dos fatos: pelo INPS, INAMPS e FUNRURAL), sobrevivendo de contribuições, de donativos e doações e subvenções públicas.

Finaliza pedindo a extinção do feito com definição de mérito, ou decreto de improcedência, com as cominações de estilo. Com essa resposta judicial vieram os documentos de fls. 62/79.

Impugnação dos Autores às fls. 81/97. Em relação à preliminar de prescrição alegam não ser aplicável porque só agora os Autores souberam de “troca” de crianças. Em relação ao mérito, reiteram os termos da Inicial, acentuando que o dano moral es’t a garantido pela CF/88.

Designada audiência, esta se realizou às fls. 104, com reiteração da extinção do feito, pela ré, e, pelos autores, com pedido de produção de prova oral.

Na contestação ao pedido de Kátia Cristina Resende Reis (fls. 45/66, do feito nº 98-015.513-2, perante a 3ª Vara Cível), a Ré alegou em resumo:

a) – que, em preliminar, há identidade de objeto e de causa de pedir, devendo os feitos ser apensados para decisão simultânea;

b) - Em relação ao mérito, a Ré repete os mesmos argumentos e fundamentos lançados em resposta ao pedido indenizatório dos pais da ora Autora, acima relatados.

Finaliza pedindo o decreto de improcedência ou, na impossibilidade, de procedência parcial, anexando cópia dos mesmos documentos.

Impugnação da autora às fls. 84/97, reiterando os termos da Inicial e acentuando a proteção da CF/88, de indenização moral.

Em cumprimento ao despacho de fls. 121 desses autos, diante da identidade de objeto, o feito veio para esta 5ª Vara Cível, para apensamento e julgamento uno ou simultâneo.

Pelo despacho de 122, os autos foram apensados. Designada audiência de saneamento, esta se realizou às fls. 124 sem composição, mas com designação de nova

data para a produção de prova oral. Na audiência de instrução designada (fls. 127), as partes declararam não ter provas a produzir. Entretanto, alegando possibilidade de composição extra-autos, pediram suspensão de processo por 30 dias, findo os quais se infrutífera a tentativa, os feitos deveriam receber sentença de acordo com os seus elementos de convicção.

Escoado o prazo e diante do silêncio processual, proferi o despacho de fls. 128, convertendo o julgamento em diligência para as partes (de ambos os processos) informassem se houve modificação nos respectivos Registros de Nascimentos.

Em cumprimento, os Autores informaram às fls. 129 não ter ocorrido qualquer modificação no Registro Civil.

Em apensos, encontram-se as Impugnações ao Valor da Causa (feitos nº 99-002.9932 e 99-002.749-5), ambas formuladas pela Ré, discordando do valor de 4.000 salários mínimos fixados pelos Autores, respectivamente, porque, segundo Ementas transcritas pela Ré/Impugnante, o valor de eventual condenação não poderá ultrapassar 50 salários mínimos, o que reduz o valor da causa para R\$ 6.500,00. Em ambos os apensos houve contrariedade pelos Autores/Impugnados, reiterando o valor dado em cada qual das Iniciais.

No feito nº 99-002.883-2, determinei que se aguardasse o desenvolvimento do feito principal, para julgamento uno.

No feito nº 99-002.749-5, o MM. Juiz da causa (competente naquela oportunidade), julgou improcedente a impugnação (fls. 11), contra cuja decisão a Ré/Impugnante manejou Agravo de Instrumento, ao qual a Eg. 7ª Câm. Cível do TAMG negou-lhe provimento (fls. 25/33).

É o relatório do essencial. Conclusos, decido: -

Não há nulidade a declarar nem diligência a cumprir. A discussão em ambos os feitos envolve os mesmos fatos e interesses. Por isso, o caso dos autos é de julgamento uno. A instrução uma findou a contento das partes e os elementos contidos nos autos são suficientes ao convencimento para desate de mérito.

De início, decide-se o apenso nº 99-002.883-2, de Impugnação ao Valor da Causa. Quer a Ré reduzir o valor de R\$ 520.000,00, correspondente aos 4.000 salários pleiteados pelos Autores, para R\$ 6.500,00 correspondentes a 50 salários mínimos, ao pressuposto de que eventual condenação de mérito não ultrapassará esse teto, segundo julgados que transcreve.

Improcedente a Impugnação. O valor da causa atribuído pelos autores está consoante seu pedido. Se este é abusivo ou fantasioso, é questão de mérito. Daí a razão pela qual proferi o despacho de fls. 12, determinando que se aguardasse o desenvolvimento do feito principal, para decisão conjunta. Assim, julgo improcedente a impugnação e dou por regular o valor de R\$ 520.000,00 dado pelos Autores à causa. Custas pelo vencido, a final.

Quanto ao pedido principal, indenizatório, formulado por Braz Carneiro de Resende e s/ mulher, procede a preliminar extintiva, de prescrição vintenária, requerida pela Ré. Como se vê, trata-se de pedido exclusivamente indenizatório, ou seja, de direito disponível.

Se a troca de bebê ocorreu em 23.09.76 e dela fluíram os comentários maldosos e constrangedores, de sarcasmo, de injúria ou de calúnia; de filiação ilegítima, de adoção ou de adultério, como registra a Inicial, a inércia processual dos Autores, por 23 anos, 3 meses e 6 dias consecutivos, importa na caducidade do direito indenizatório.

Por esta razão, com fundamento no art. 177 do CC, e na forma do Inciso IV do art. 269, do CPC, declaro prescrito o pedido indenizatório formulado por Braz Carneiro de Resende e s/ mulher Silvéria das Graças Resende, contra a Associação de Combate ao Câncer do Brasil Central – Hospital Hélio Angotti, e por isso, julgo extinto, com definição de mérito, o feito nº 98.015.515-7. Condeno os autores vencidos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios com base em 10% do valor da causa. Entretanto, concedo aos Autores vencidos o benefício da Justiça Gratuita, requerido na Inicial, ao fundamento de que o varão exerce a profissão de motorista e o cônjuge feminino a de auxiliar de serviços gerais. Deste modo, os Autores ficarão isentos das

custas processuais e honorários de sucumbência só poderão ser exigidos se os vencidos tiverem recursos para suporta-los, sem prejuízo do próprio sustento.

Em relação ao pedido indenizatório formulado por Kátia Cristina Resende Reis (feito nº 98-015.513-2), procede em parte a Inicial.

Tornou-se processualmente incontroversa a troca do bebê Kátia por Dulceana, ocorrida em 23.09.76. Evidentemente que se trata de culpa presumida (objetiva), por parte da Administração Hospitalar. Nessa modalidade de culpa ao responsável (réu) cabe demonstrar e provar a ocorrência de fatos extintivos de sua responsabilidade, a exemplo de culpa da própria vítima, fato de terceiro, ocorrência de caso fortuito ou de força maior. Mas, para os autos da Ré não trouxe quaisquer dessas provas.

Estabelecida a culpa (nexo causal), resta apurar o dano.

Alega a Autora que, por não portar os “caracteres de hereditariedade em relação a seus pais”, recebia “comentários” depreciativos de parentes, vizinhos e amigos, impondo-lhe “um estado deprimente, de angústia, de dor e humilhação”. Alega, por fim, a “incompreensão de seu marido”, hostilizando a “família biológica” da autora (!!!!!).

Mas, registra a Autora que “farta em amor, como natural, pode ter em seus pais a satisfação de tê-los amado e continuará a amá-los como tal”. Essa mesma declaração de amor é feita por parte de seus pais legais, Braz Carneiro de Resende e Silvéria das Graças Resende, na Inicial do feito 98-015.515-7, fls. 04, § 4º.

E, às fls. 129, declara a Autora que não houve qualquer modificação no Registro Civil. Isso significa que, não obstante os transtornos e eventuais aborrecimentos ocorridos, pela troca de crianças, em sede de dano moral, a Autora nada perdeu. Ao contrário, ganhou, porque deixou de ter dois pais, para tê-los em dobro, ou seja, tem ela, hoje, quatro pais: os biológicos e os legais, que não abrem mão da afetividade no relacionamento familiar “farto em amor”, como confessam todos. Mais que isso, também ganhou a Autora uma irmã: Dulceana Pereira.

Para a fixação do quantum, a indenização moral repousa no binômio compensação/punição. Em nenhuma hipótese poderá se transformar em enriquecimento sem causa. Nem em prêmio de loteria, a ponto da vítima desejar o infortúnio.

Estabelecidos esses parâmetros, a compensação, de um lado, é um prêmio ou plus à vítima, para substituir ou distrair a “dor” e o “sofrimento”, injustos. Quanto maiores esses elementos, maior deverá ser o valor da indenização (distração).

De outro lado, a punição tem alcance didático/social e varia de acordo com a gravidade da culpa e a possibilidade financeira do agente. De qualquer forma, o valor da condenação não pode se traduzir em ruína do ofensor.

No caso dos autos, deve ser afastado o elemento compensação – já que a Autora nada perdeu. Ao contrário, ganhou, como explicitado acima.

Mas a condenação se impõe, como elemento de punição, porque não se concebe o descaso administrativo da Ré, permitindo a troca de bebê. Entretanto, em relação ao elemento punição, o “descaso” da Ré não se reveste de falta grave e nem ela, ré, é potência econômica, para suportar grande prejuízo, sem a repercussão em sua estrutura. Ao contrário disso, restou provado (além de ser fato público e notório), ser a Ré sociedade beneficente, voltada para o combate do câncer – doença terrível e insidiosa – atendendo, com suporte nos recursos públicos ou oriundos de donativos, a todos os doentes carentes que lhes batem às portas.

Dentro desse quadro, o valor da indenização moral não deve ultrapassar valor equivalente a 100 salários. Entretanto, em se afastando, como afastado fica, o elemento compensação à vítima, a indenização fica reduzida à metade, ou seja, em valor equivalente a 50 salários mínimos, vigentes ao momento da prolação de sentença. Daí para frente, esse quantum deverá ser atualizado pelos índices de correção monetária publicados pela Eg. Corregedoria de Justiça de Minas Gerais, e acrescido dos juros de mora de 0,5% ao mês, até efetiva liquidação.

Diante do exposto, com fundamento no art. 159 do CC e na forma do art. 459 do CPC, e demais dispositivos legais aplicáveis, julgo procedente em parte o pedido de

indenização moral formulado por Kátia Resende Reis, contra a Associação de Combate ao Câncer do Brasil Central – Hospital Hélio Angotti, condenando esta a pagar àquela o valor equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos vigentes nesta data, acrescido de juros e de atualização monetária como acima explicitados. Pague, ainda, a Ré as custas processuais e honorários advocatícios à base de 20% sobre o valor da condenação, que se apurar.

Transitando em julgado e recolhidas as custas, arquivem-se os autos com baixa no SISCON, mantendo-se os apensamentos.

P. R. I.

Uberaba, MG, 05 de setembro do ano de 2000.

Jurandir Sebastião

Juiz de Direito da 5ª Vara Cível.

#### **B.7 APELAÇÃO CÍVEL Nº 332.868-5 – TAMG<sup>257</sup>**

**EMENTA: INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE HOSPITALAR - PRESCRIÇÃO - RECONHECIMENTO - VALOR REPARATÓRIO QUE DEVE SER COMEDIDO;**

Quando ocorre o fato e os interessados são maiores e capazes, é de sua data que flui o lapso prescricional e não de alegado conhecimento posterior, pois assim não reconhece a Lei.

A indenização a ato culposo deve ser arbitrada com essa preocupação, pois quando tenha raízes no dolo é que se exaspera, tanto mais que o chamado enriquecimento ilícito deve ser evitado.

---

<sup>257</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 332.868-5. Relator: Juiz Quintino do Prado. Julgado: 19 set. 2001. *Diário da Justiça*, Belo Horizonte, 19 set. 2001.

A troca de bebês em hospital, culposa por excelência, e apenada com o pagamento de quantia igual a 50 salários mínimos, é adequada, equilibrado e equânime, mostrando-se confirmável.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível N° 332.868-5 (em conexão com Apelação Cível N° 332.870-5) da Comarca de UBERABA, sendo Apelante (s): BRAZ CARNEIRO DE RESENDE E OUTROS e Apelado (a) (os) (as): ASSOCIAÇÃO DE COMBATE AO CÂNCER DO BRASIL CENTRAL,

ACORDA, em Turma, a Sétima Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, NEGAR PROVIMENTO.

Presidiu o julgamento o Juiz FERNANDO BRÁULIO (Revisor) e dele participaram os Juízes QUINTINO DO PRADO (Relator) e GERALDO AUGUSTO (Vogal).

O voto proferido pelo Juiz Relator foi acompanhado, na íntegra, pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 06 de setembro de 2001.

JUIZ QUINTINO DO PRADO

Relator

#### VOTO

O SR. JUIZ QUINTINO DO PRADO:

Pressupostos presentes. Conhece-se do recurso.

Na Comarca de Uberaba, tendo em conta uma troca de crianças em hospital, no ano de 1976, surgiu, já em 1998, a pretensão a reparação a danos morais por parte de pais e de uma das crianças.

O processo restou extinto quanto aos primeiros, reconhecendo-se a prescrição, com o que inconformam-se eles, tanto quanto a última autora que deseja ver majorada a

reparação para os 4.000 salários mínimos pretendidos no exórdio, certo que, juntos, interpuseram uma só apelação.

No que toca à extinção com efeitos de julgamento do mérito, corretíssima a decisão singular pois, havendo o fato se registrado em 1976, ante a maioria dos pais das menores, então recém-nascidas, por óbvio que, em 1996, operou-se a prescrição vintenária consagrada no art. 177, do Código Civil, até porque somente em dezembro do ano de 1998, mais de 22 anos depois é que foi acionado o Judiciário.

Não se acolhe o argumento de que, do fato só depois souberam os pais, porque, de forma inegável, é da data do ocorrido que flui o lapso de tempo destinado à propositura de uma ação, registrando-se a perda do direito quando exercitado, *in casu*, nesses 20 anos que se seguiram, nada havendo a modificar-se.

Outrossim, a pretensão da autora Kátia Cristina de Resende Reis em elevar a 4.000 vezes o valor do salário mínimo a indenização, mostra-se inatendível. Em 1º lugar porque a sua dor moral não foi tão intensa, conforme ressaltou a sentença atacada pois, com o advento passou a ter oportunidades até de pluralidade familiar, o que lhe é, indubitavelmente, benéfico.

Sofreu, sim, uma dor moral mas que de forma clara pode ser corrigida pela quantia arbitrada - 50 salários mínimos -, tomando-se o devido cuidado para que não surja injustificado enriquecimento, o qual deve ser evitado pelo Judiciário, como tantas vezes dito.

Deferir-se o pedido que vem no recurso da autora Kátia Cristina de Resende Reis seria estimular-se o registro de enganos, contribuindo com essa verdadeira “indústria” de reparação a danos morais que apareceu depois da Constituinte de 1988; e, mais: até inviável a liquidação completa dela, a reparação, dado o alto valor de que seria feita, mais de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

Não. Isto, não! Mesmo porque, também, ninguém teve a intenção de trocar os bebês da época. Pelo menos disso não se trata nos autos, chamando-se a atenção para o



fato de que reparação culposa deve ser muito menos intensa do que a chamada dolosa, firme-se como arremate.

Com o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO À APELAÇÃO.**

Custas pelos apelantes, ISENTOS.

### **B.8 APELAÇÃO CÍVEL Nº 338.148-2 – TAMG<sup>258</sup>**

EMENTA: TROCA DE BEBÊS - RESPONSABILIDADE CIVIL – ENTIDADE HOSPITALAR COM FINS FILANTRÓPICOS – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – CRITÉRIO.

Indiscutível a conduta negligente do hospital que propicia a troca de recém-nascidos em suas dependências, faltando com diligência na observância da norma de conduta, o que causa às famílias envolvidas danos de ordem moral em razão do sofrimento abatido em suas almas.

Para apuração e fixação do dano moral, que é por demais subjetivo porque inerente à própria pessoa que o sofreu, caberá ao julgador a árdua e difícil tarefa de arbitrá-lo com moderação, examinando as circunstâncias específicas e especiais de cada caso concreto, fixando o *quantum* da indenização de acordo com sua conclusão lógica e criteriosa, tendo sempre em vista o meio termo justo e razoável para esta indenização, evitando o enriquecimento da vítima e a desestabilização financeira do causador do dano, contudo, devendo observar a dupla finalidade da reparação, qual seja, a de punir o causador do dano, buscando um efeito repressivo e pedagógico, além de propiciar à vítima uma satisfação em prazer.

---

<sup>258</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 332.148-2. Relator: Alvimar de Ávila. Julgado: 08 nov. 2001. *Diário da Justiça*, Belo Horizonte, 08 nov. 2001.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 338.148-2 (Em conexão com a Apelação Cível n. 338.149-9), da Comarca de UBERABA, sendo Apelante (s): 1º) DULCEANA PEREIRA E OLIVEIRA E 2º) ASSOCIAÇÃO DE COMBATE AO CÂNCER DO BRASIL CENTRAL e Apelado (a) (os) (as): AS MESMAS,

ACORDA, em Turma, a Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Presidiu o julgamento o Juiz PAULO CÉZAR DIAS e dele participaram os Juízes ALVIMAR DE ÁVILA (Relator), SALDANHA DA FONSECA (Revisor) e MARIA ELZA (Vogal).

O voto proferido pelo Juiz Relator foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Produziu sustentação oral, pela segunda apelante, o Dr. Diamantino Silva Filho.

Belo Horizonte, 24 de outubro de 2001.

JUIZ ALVIMAR DE ÁVILA

Relator

## VOTO

O SR. JUIZ ALVIMAR DE ÁVILA:

Trata-se de recursos interpostos contra r. sentença (f. 99/102), proferida nos autos da ação ordinária de indenização por danos morais ajuizada por Dulceana Pereira e Oliveira contra Associação de Combate ao Câncer do Brasil Central – Mantenedora do Hospital Dr. Hélio Angotti, que julgou procedente o pedido, condenando a ré na importância de 70 (setenta) salários mínimos a título de danos morais.

Em suas razões recursais, a primeira apelante insurge contra a verba indenizatória fixada a título de danos morais, alegando desproporcionalidade com o grave dano

cometido pela instituição hospitalar, razão pela qual pleiteia a majoração do valor da indenização (f. 104/109).

Por sua vez, a segunda apelante, em apertada síntese, sustenta em suas razões recursais a inexistência de prova de sua responsabilidade e do nexo de causalidade com o evento danoso. Aduz, ainda, pedido de redução do percentual arbitrado para a verba honorária sucumbencial, além do fato de invocar a aplicação do preceito legal disposto no artigo 21 do CPC, alegando para tanto, que o valor da indenização por danos morais fixado na r. sentença foi inferior ao requerido na peça vestibular, o que enseja sucumbência recíproca (f. 111/125).

Intimadas, ambas as partes apresentaram contra-razões recursais (f. 128/146 e f. 148/152).

Conheço dos recursos, presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Narram os autos fato ocorrido nos idos do ano de 1.976, mais precisamente no dia 23 do mês de setembro, quando nas dependências da entidade hospitalar Dr. Hélio Angotti, situada na Comarca de Uberaba, vieram ao mundo dois recém-nascidos, sexo feminino, que passaram a adotar o prenome de Dulceana e Kátia.

Não bastasse o que aguardava o acaso do destino ou, se é que pode se dizer, os desígnios de Deus, o nascimento das duas crianças, como é natural em todas as famílias, trouxe alegria e esperanças aos seus pais, eis que com a chegada de um herdeiro, novos planos são burilados e o convívio familiar, porque não dizer, a vida, ganha pulso diante do novo ser que a integra.

Pois bem, acontece que após as crianças passarem pela vívida fase da infância, ingressando na fase de conhecimentos e aprendizados da adolescência e da juventude, crescendo e convivendo ao lado dos seu pais e entes familiares, uma das jovens, Dulceana, ao praticar o gesto de solidariedade, que é o da doação de sangue, foi surpreendida com a informação de que o resultado de seu tipo sangüíneo era incompatível com o dos seus genitores.

Diante de importante e séria constatação, ao lado das dúvidas que já assolavam o casal e a filha, além das desconfianças que geravam no convívio social, foram ambos, pais e filha, impulsionados a apurarem qual o motivo para tamanha desordem natural, quando então, descobriram que na mesma data natalícia de Dulceana, havia também nascido nas dependências da entidade hospitalar outra menina, era a Kátia.

Imediatamente, ainda atormentada com o incidente, a família de Dulceana entrou em contato com a família de Kátia, domiciliada na Comarca de Nova Ponte, que por sua vez, concordou submeter-se a exames clínicos no intuito de desvendar a surpresa que os acometia.

Após a realização de exames sanguíneos e genéticos, teste de DNA, restou demonstrado que tanto a jovem Dulceana quanto a jovem Kátia não possuíam quaisquer vínculos genéticos com aqueles que até então acreditavam ser os seus pais biológicos, tendo por outro lado, evidenciado que os pais afetivos de Kátia eram na verdade os pais biológicos de Dulceana, *mutatis mutandis*, os pais afetivos de Dulceana eram os pais biológicos de Kátia, o que ensejou a conclusão de que houve a troca de bebês na unidade hospitalar.

Após o sucinto relatório do triste e lamentoso episódio, cujas conseqüências repercutiram às portas do Poder Judiciário, passo ao exame dos argumentos lançados em sede recursal, cumprindo esclarecer que ambos os apelos serão submetidos ao julgamento conjunto.

Através de metucioso exame no conjunto probatório, mormente diante da farta prova documental que aflora a certeza do infortunado evento, tenho por incontroverso que a troca dos recém-nascidos realizou-se nas dependências do hospital.

Na verdade, basta ater-se na seqüência lógica dos acontecimentos, para tanto, partindo da ficha de registro hospitalar revelando que as crianças nasceram no mesmo dia e horário, além do que tiveram os mesmos médico e enfermeira obstetras (Cf. f. 11 e 68). Adiante, através de exame realizado para identificação dos grupos e subgrupos sanguíneos das famílias envolvidas, constatou-se a possibilidade de que os bebês, hoje

duas jovens, pudessem ter a paternidade e maternidade invertidos, dada à incompatibilidade com seus pais afetivos (f. 13/21), o que resultou na confirmação do teste de DNA:

“Portanto, conclui-se, diante das evidências (presença dos alelos paternos e maternos), que Kátia C.R. Resende é a verdadeira filha biológica do casal de Uberaba (Wacy N. Pereira e Maria Barbosa Pereira), enquanto que Dulceana Pereira é a verdadeira filha biológica do casal de Ponte Nova (Bras Carneiro Resende e Silvéria G. Resende)”. (f. 27)

Nesse diapasão, indiscutível a conclusão da atuação negligente da entidade hospitalar no trato com os bebês e seus respectivos pais, o que sem sombra de dúvida, acarretou-lhes danos de ordem moral. A propósito, leciona o festejado José de Aguiar Dias ao conceituar culpa:

“como a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com o resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude. (Cf. Da Responsabilidade Civil - v. 1. - Rio de Janeiro: Forense, 1979 . p.127.).

Com efeito, demonstrada a conduta negligente da entidade hospitalar, merece vir à baila o magistério do saudoso Professor Wilson Melo da Silva sobre os efeitos da dor moral:

“...as dores se diferenciariam dos prazeres apenas por uma inversão de fenômenos fisiológicos.

O Prof. Alberto Pimentel Filho sintetiza muito bem a questão nestas reduzidas linhas: ‘No caso de descarga nervosa (conseqüente da representação mental) incidir sobre os nervos vasodilatadores, a circulação sangüínea ativa-se, o vigor físico aumenta, os músculos contraem-se com mais energia. Esse aumento da circulação sangüínea ativa a nutrição dos tecidos, todas as funções se executam melhor; sente-se a

plenitude da vida. E tudo isto produz um estado de consciência agradável, quer dizer, o tom da emoção é, neste caso, o prazer.

Em condições opostas, incidindo a descarga nervosa sobre os centros e nervos vasoconstritores, a circulação afrouxa, o vigor físico deprime-se, a contração muscular é débil, ou se paralisa. O estado de consciência provocado por todas estas modificações fisiológicas é, então, desagradável: o tom da emoção é, neste caso, a dor.’ ” (*In O Dano Moral e sua Reparação Forense – Edição Histórica - 3ª ed – 1999 – p. 334*)

Arrematando o festejado Mestre que:

“A dor tem sempre uma característica negativa de desconforto, de sensação desagradável, seja física ou moral. É, pois, em essência, uma só coisa. A origem dela, como já se salientou, é que pode ser diversa.” (Op. Cit. – p. 334)

Outrossim, como trazido por Augusto Zenum, em sua excelente obra sobre o tema em comento, *Dano Moral e Sua Reparação*, 6ª ed., Forense, 1997, p. 99:

“As dores, os sentimentos e os sofrimentos pertencem ao maior patrimônio do ser humano, que tem alma, onde as lesões se acentuam com maior intensidade, que varia de pessoa a pessoa, pois cada qual tem maneira imanente e específica de sentir, tanto que o poeta dizia lapidamente:

‘Se o coração no rosto se estampasse,  
quanta gente que ri talvez chorasse.’

Há de se notar que, aí, está o retrato falado da alma de cada qual, pois um caso não se igualiza com outro e, muitas vezes, a pessoa está rindo quando o coração chora, e vice-versa, donde a variedade na unidade”.

*In casu*, não paira qualquer dúvida no sofrimento psíquico por que passaram e ainda devêm passar as famílias envolvidas, abatendo-se em suas almas o sofrimento, principalmente quanto às mães que gestaram por um longo período seus filhos e que por uma fatalidade somente tiveram a oportunidade de reencontrá-los após já possuírem idades avançadas.

Aliás, embora latente a aflição dos envolvidos, longe está em se contestar os laços afetivos que foram criados entre as famílias adotivas, no sentido de que pai ou mãe são aqueles que criam, ou seja, o amor que uma mãe, porque também não dizer o pai, sejam afetivos ou biológicos, nutrem pelos seus filhos é sublime e incondicional, eis que nas palavras do filósofo André Comte-Sponville:

“Os pais que dão ao filho tudo o que possui não são generosos, ou não precisam sê-los; eles amam o filho mais que a vida. O pais que perdoam tudo ao filho, que o aceitam como ele é, não obstante o que ele tenha feito, o que ele faça, não são misericordiosos: eles amam o filho mais que a justiça ou o bem”. (In Pequeno Tratado das Grandes Virtudes – Ed. Martins Fontes – 6ª Tir. – p. 287).

A propósito, a esse respeito narra a bíblia a seguinte passagem:

“Salomão pedira a Deus um coração compreensivo para julgar seu povo; e sabedoria para discernir entre o bem e o mal, então Deus lhe deu um coração inteligente e sábio, como jamais se vira igual, nem se haveria de ver em tempo algum. A respeito de sua sabedoria, conta-se uma história impressionante:

Duas mulheres foram até o sábio rei para tentar resolver uma situação que ninguém conseguia esclarecer. Uma delas disse:

- Meu senhor, esta mulher e eu morávamos na mesma casa, onde dei à luz um filho, três dias depois ela também teve um filho, mas então o bebê desta mulher morreu. Durante a noite ela se deitou sobre ele; à meia-noite ela se levantou, enquanto eu dormia, tomou meu filho e deixou em meu peito o seu próprio filho morto. Levantando-me de madrugada para dar de mamar a meu filho, vi que estava morto. Reparando nele, imediatamente percebi que não era meu filho, era o dela.

Então, a outra mulher gritou:

- Não é verdade! A criança viva é minha. A morta que é sua.

- Não! A morta é sua, disse a primeira.

Então, pronunciou-se o rei:

- Esta mulher disse: este que vive é meu filho, teu filho é o morto. E a outra assegura: Não! O morto é teu filho, o meu é o vivo. Como vocês não conseguem chegar a um acordo, farei uma divisão igual entre as duas. Tragam-me o bebê.

Colocaram a criança no colo do rei.

- Agora quero uma espada, falou Salomão.

Trouxeram-lhe a espada. Então, disse o rei:

- Cortem a criança em duas metades iguais; depois entreguem metade a uma mulher e metade à outra.

Imediatamente a primeira mulher gritou:

- Oh! Meu senhor, por misericórdia, não mate o menino. Entregue-o então, a esta mulher.

Mas a outra mulher disse:

- O rei está certo, vamos dividi-lo. Que ele não seja nem meu, nem seu.

Salomão ordenou:

- Não matem o menino. Entreguem a criança a esta mulher. Ela é a mãe.

Israel inteira ouviu ou soube da sentença que o rei havia proferido. E todos tiveram por Salomão profundo respeito, porque viram que nele havia sabedoria de Deus para fazer justiça. Assim como ele pedira a Deus, lhe foi dado. Por isto a fama de sua sabedoria ultrapassou as fronteiras de Israel e se espalhou por todos os lados. As pessoas diziam que ela era imensa como as areias do mar”. (As Mais Belas Histórias da Bíblia – Vol. X)

Adiante, já ingressando na seara da apuração do dano moral, pondera o Professor Caio Mário da Silva Pereira:

“O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é própria da indenização do dano material, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo



estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima”. (Responsabilidade Civil, 6ª ed., Forense, 1995, p.60)

Ainda, bebendo na fonte dos ensinamentos do profícuo doutrinador, resta a advertência de que:

“... a indenização, em termos gerais, não pode ter o objetivo de provocar o enriquecimento ou de proporcionar ao ofendido um avantajamento, por mais forte razão deve ser eqüitativa a reparação do dano moral para que se não converta o sofrimento em móvel de captação de lucro, ‘Lucro Capiendo’”. (Ob. Cit. - p. 318).

Portanto, em casos desta natureza, recomenda-se que o julgador se pautе pelo juízo da eqüidade, levando em consideração as circunstâncias de cada caso concreto, devendo o *quantum* da indenização corresponder à lesão e não a ela ser equivalente, porquanto impossível, materialmente, nesta seara, alcançar essa equivalência.

Assim, para apuração e fixação do dano moral, que é por demais subjetivo porque inerente à própria pessoa que o sofreu, caberá ao julgador a árdua e difícil tarefa de arbitrá-lo com moderação, examinando as circunstâncias específicas e especiais de cada caso concreto, fixando o *quantum* indenizatório consoante conclusão lógica e criteriosa, tendo sempre em vista o meio termo justo e razoável para esta indenização no intuito de se evitar o enriquecimento do beneficiário e a desestabilização financeira do causador do dano, contudo, devendo observar a dupla finalidade da reparação, qual seja, a de punir o causador do dano, buscando um efeito repressivo e pedagógico, além de propiciar à vítima uma satisfação em prazer.

Voltando-se para a espécie *sub judicie*, urge ressaltar a circunstância de que o agente causador do dano, Hospital Dr. Hélio Angotti, é integralmente mantido pela Associação de Combate ao Câncer do Brasil Central, que conforme certificado carreado ao autos trata-se de entidade de fins filantrópicos (f. 69) e cujo estatuto social dispõe nos seguintes artigos:

“Art. 2º - Os objetivos da Associação são: a) a difusão principalmente de conhecimentos gerais sobre o câncer, seu estudo e debates sobre os problemas da cancerologia e os assuntos correlatos; b) o combate ao câncer; c) a vulgarização de sua profilaxia; d) a promoção de seu diagnóstico precoce; e) o tratamento e hospitalização dos pré-cancerosos e cancerosos; f) empenhar-se em campanha educativa.

Art. 5º - Para atender as suas finalidades, a sociedade: a) manter-se-á organizada em um quadro social e órgãos de direção e consulta, na forma dos presentes Estatutos; b) procurará constituir um patrimônio para sua manutenção, arrecadando para isso contribuições angariando donativos, aceitando doações, estipendios e subvenções públicas, municipais, estaduais ou federais; c) manterá um hospital para tratamento do câncer em regime de internação e ambulatorial; d) organizará ambulatórios para exames periódicos de saúde, com a finalidade de prevenção contra o câncer; e) promoverá congressos, reuniões, cursos, conferências e palestras educativas sobre o câncer; f) pleiteará auxílio de entidades oficiais, com o fito de manter sede própria.

Art. 6º - A Associação não tem fins lucrativos e aplicará a totalidade de sua receita na constituição do patrimônio assegurador do desenvolvimento do objetivo social ou diretamente na manutenção de suas finalidades sociais, ficando vedada taxativamente a distribuição de lucros, bonificações a dirigentes, associados e mantenedores sob qualquer forma ou pretexto” (f. 55/56)

Com efeito, eximir-se de tal circunstância para a apuração e fixação do *quantum* indenizatório poderia deixar se levar ao comprometimento do funcionamento da entidade hospitalar, via de conseqüência, no tratamento aos pacientes cancerosos, embora ciente do mal irreversível acometido pela primeira apelante, Dulceana Pereira e Oliveira.

Nesse diapasão, diante da delicada e complexa situação dos autos, após meticulosa reflexão, tenho, *data venia*, que o *quantum* indenizatório fixado na r. sentença deverá ser mantido, ou seja, condenando-se a ré primeira apelada, a título de dano moral,

ao pagamento da quantia correspondente a 70 (setenta) salários mínimos, tendo em vista que a indenização por danos morais não é capaz de ressarcir as dores experimentadas pela ofendida, porque seria profundamente imoral que esse sentimento íntimo pudesse ser tarifado em dinheiro, mas conforme a mais moderna e perfeita doutrina, a prestação pecuniária tem, no caso, função satisfatória e também punitiva, implicando uma suavização nos limites das forças humanas para certos males injustamente produzidos, além de resultar no causador do mal impacto bastante para dissuadi-lo de igual procedimento, forçando-o a adotar uma cautela maior, diante de situações terrivelmente constrangedoras como a descrita nestes autos.

Finalmente, no que concerne ao percentual da verba honorária de sucumbência, tenho que o d. Magistrado de primeiro grau fixou-a de forma eqüitativa, ou seja, dentro dos parâmetros exigidos pelo art. 20 §3º do Código de Processo Civil. Outrossim, quanto ao pedido de redução do montante da verba honorária, aplicando-se o disposto no artigo 21 do CPC, entendo, *permissa venia*, não ser aplicável *in casu*, eis que sendo meramente estimativo o valor da indenização pedida na inicial, não ocorre a sucumbência parcial se a condenação fixada na sentença é inferior àquele montante pedido.

Nesse sentido, julgado da Terceira Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça relatado pelo eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PUBLICAÇÃO EM JORNAL – CONDENAÇÃO EM VALOR INFERIOR AO INDICADO NA INICIAL – SUCUMBÊNCIA PARCIAL NÃO CARACTERIZADA.

- O *quantum* pedido a título de indenização por danos morais, neste caso, tem natureza estimativa, assim a condenação em valor inferior, por si só, não caracteriza a sucumbência recíproca.”

(REsp. 112561/RJ – DJU 15.6.98)

Ante o exposto, nego provimento a ambos os apelos interpostos, mantendo a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais do primeiro apelo, pela primeira apelante, suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Custas recursais do segundo apelo, pela segunda apelante.

JUIZ ALVIMAR DE ÁVILA

### **B.9 APELAÇÃO CÍVEL Nº 196.357.1/9-00 – TJSP<sup>259</sup>**

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL Nº 196.357-1/9, da comarca de CAMPINAS, em que são apelantes e reciprocamente apelados JDRMS e seu MARIDO, RGOS e seu MARIDO e RSPB- HCJ:

ACORDAM, em Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento a ambos os recursos.

Resume-se a controvérsia na fixação do valor da indenização devida aos dois casais autores da presente ação, já que a ré (RSPB-HCJ) assumiu a responsabilidade pela troca de crianças ocorrida logo após os nascimentos, e destrocadas cerca de 1 ano e 8 meses após. É de ressaltar que a ré apela exclusivamente para que se diminua a indenização imposta pela sentença.

Não se discute o fato causador do dano. Não se discute a ocorrência do dano moral. Centra-se, em verdade, todo o litígio na quantificação desse dano e sua correspondente indenização.

Parca é a legislação a respeito da matéria. Incipiente é a jurisprudência.

Estão ausentes parâmetros definidores do valor. A aplicação do direito, nesta área cinzenta há, então, de ser definida a partir dos parâmetros que as partes invocam.

---

<sup>259</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível de Direito Privado. Apelação Cível n. 196.357.1/9-00. Relator: Des. Godofredo Mauro. Julgado: 18 jan. 94.

Os autores, que sofreram o resultado da ação omissiva da ré, sugerem como padrão ou como base para o ressarcimento notícia publicada pela imprensa, segundo a qual, empresa de comunicação fora condenada a pagar US\$1.100,000 por exibir animais enjaulados em programa de televisão. A partir desse fato postularam valor idêntico.

Mas o paradigma invocado não serve aos fins da presente ação, porque aquele valor imposto como condenação a empresa televisiva foi pago em “vinhetas”o que na prática pouco representou a essa empresa.

De seu turno, a ré aceita o padrão adotado pela sentença, ou seja, 1 ano do maior salário dentre os pagos aos autores e apenas não aceita sua duplicação.

Atendendo as peculiaridades do caso, e ausência de parâmetros concretos para a aferição ou quantificação do valor que corresponda ao sofrimento dos autores e, por fim, considerando que a ré é uma Sociedade Beneficente sem fins lucrativos, a r. sentença com prudência definiu valores razoáveis. Indiscutivelmente em nenhum momento esses valores nem mesmo os pretendidos pelos autores podem compor os danos morais que os casais suportaram. O dano moral não pode ser mensurável, e por isso mesmo não pode ser quantificado.

Vale o presente julgamento como pálida composição, de modo que a ré possa dar a satisfação material, ainda que não possa fazê-lo moralmente.

Nega-se provimento a ambos os recursos.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Rebouças de Carvalho (Presidente, sem voto), Benini Cabral e Sousa Lima, com votos vencedores.

São Paulo, 27 de dezembro de 1993.

GODOFREDO MAURO

Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 196.357-1/0-01

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO N° 196.357-1/0-01, da comarca de CAMPINAS, em que são embargantes e reciprocamente apelados JDRMS e seu MARIDO, e OUTROS, sendo embargada RSPB- HCJ:

ACORDAM, em Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, rejeitar os embargos, de conformidade com o voto do Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BENINI CARAL e SOUSA LIMA, com votos vencedores.

São Paulo, 28 de setembro de 1994.

GODOFREDO MAURO

Presidente e Relator

Os autores de ação ordinária de indenização em embargos de declaração reclamam de omissão do v. acórdão, que não mencionou, como pretendiam na apelação, se a condenação seria contada a partir do fato, ou do ajuizamento da ação ou da citação. Intentam, se recebidos os embargos, o reconhecimento da primeira hipótese, ou seja, a data em que as crianças foram trocadas por engano no hospital – 13 de dezembro de 1988.

Rejeitam-se os embargos.

Da leitura da fundamentação da r. sentença de fls. 157 até 161, que julgou procedente a ação, deduz-se que o valor encontrado para a indenização por danos morais – CR\$ 72.000.000,00 para cada um dos casais autores – já está atualizado para a data em que foi proferida. A fundamentação para obter o cálculo partiu do quanto do salário reajustado para o mês da sentença, Logo, não se poderia cogitar, mantida que foi a decisão, de outra data que não a da sua prolação.

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos.

GODOFREDO MAURO

Relator

**B.10 APELAÇÃO CÍVEL Nº 13.523-0 – TJSP<sup>260</sup>**

MENOR – BUSCA E APREENSÃO COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO-  
PODER – ADM.

Hipótese em que houve desprezo e maus-tratos pela mãe, face a suspeita de ter havido troca de crianças na maternidade, com a passiva assistência do pai – Insuficiência, ao caso, de ter o pai emprego fixo e pagar assistência médica, bem como a simples declaração de arrependimento da mãe.

Recurso não provido.

---

<sup>260</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Apelação Criminal n. 13.523-0. Relator: Des. Odyr Porto. Julgado: 12 dez. 1991.