

O ADMIRÁVEL MUNDO NOVO DA(S) MÃE(S) INCUBADORA(S): NEM A MORTE (N)OS SEPARA¹

INÊS FERNANDES GODINHO

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito e Ciência Política da ULP
Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

DIANA SOFIA FERREIRA COUTO

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais (FDUC)

O nascimento de Salvador em Março de 2019 veio, uma vez mais, trazer à sociedade portuguesa a (necessária) discussão sobre um fenómeno, já não único, mas (ainda) raro: referimo-nos ao fenómeno das mães incubadoras, ou, se quisermos, do admirável mundo novo das incubadoras humanas artificiais. Esta questão traz consigo uma problemática relacionada com a discursividade penal, a qual pretendemos olhar mais de perto, ainda que assumidamente em jeito preliminar, considerando que não é ainda possível antever se haverá evolução qualitativa ou mesmo quantitativa deste tipo de casos.

Assim, o ponto de partida deste olhar terá de ser conceitual. E, em termos conceituais, como vimos, não deve conferir-se sinonímia entre vida humana e pessoa. Efectivamente, o conceito de pessoa não pode ser analisado desligado de pressupostos éticos ou mesmo filosóficos. Inversamente, a ideia de vida humana pode limitar-se, unicamente, a uma observação biológica². Não se trata, aqui, de defender que vida humana é menos do que pessoa, apenas de precisar que são, para efeitos jurídicos, realidades distintas³.

Deste modo, em termos estritamente biológicos, podemos afirmar que existe vida humana desde a concepção, o mesmo já não podendo afirmar-se em termos jurídico-penais. Na verdade, os crimes contra as pessoas — onde se integra o Capítulo relativo

¹ Este texto inclui já algumas considerações tecidas pela primeira autora na obra *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

² Relatório da CNECV sobre Procriação Medicamente Assistida, de Julho de 2004, p. 24.

³ Aqui discordamos da posição de STELA BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 203, que defende que há uma pessoa a partir do momento da concepção.

aos crimes contra a vida intra-uterina — protegem a vida humana a partir da nidação^{4 5}. Poderemos, então, afirmar que para o direito penal o conceito de pessoa apenas se aplica a partir da nidação, logo verificamos que este é um factor de afastamento da sinonímia entre vida humana e pessoa.

Todavia, pudemos também observar que, de uma óptica jurídico-penal⁶, é-se pessoa até ao acontecimento morte⁷. Quer isto significar que o direito penal considera como integrante do conceito de pessoa a realidade biológica que vai desde a nidação até à cessação irreversível das funções do tronco cerebral. Mas, sublinhe-se, não a considera de forma homogénea, diferenciando a fase intra-uterina da fase autónoma.

Assim, no âmbito da lesão do bem jurídico-penal vida humana existem situações de fronteira às quais importa fazer alusão. São situações que, justamente por delimitarem até onde se pode considerar estar-se perante uma lesão do bem jurídico-penal vida humana, assumem aqui particular relevo. Temos para nós que estas situações de fronteira, em particular, a nova realidade da gestante em morte cerebral, devem ser encontradas nas zonas-limite — anteriormente identificadas — deste bem jurídico: no início e no fim da vida.

Actualmente, o fim da vida é cada vez mais um processo de morte associado a métodos artificiais de prolongamento e sustentação da vida. Por outro lado, vimos também que a protecção jurídico-penal da vida humana não encontra uma autonomização de um bem jurídico entre os trabalhos de parto e a morte.

⁴ *Comentário Conimbricense/DAMIÃO DA CUNHA*, Anotação ao Art. 140º, p. 150 e s. Como refere este Autor, não obstante podermos encontrar, na perspectiva de direito comparado, idênticas soluções no direito alemão (§ 218, 1) e no direito suíço, existem entre nós autores que entendem que a tutela penal se inicia com a fecundação (Maia Gonçalves e Leal-Henriques/Simas Santos). A este propósito, no direito penal alemão S/S/Eser, § 218, n.º m. 10.

⁵ Impõe-se, assim, talvez um esclarecimento para a elucidação na qual nos iremos socorrer das palavras de JOÃO LOUREIRO: “se o conhecimento da Biologia é pressuposto indispensável para um tratamento sério da questão — a discussão do estatuto ontológico tem de tomar em consideração os ‘pressupostos de facto’ biológicos (R. Colombo (1996, p. 140) —, não se pode cair num ingénuo reducionismo biológico. Assim, o conceito de pessoa pertence a outros campos semânticos — ontológico, axiológico, jurídico —, mas nunca biológico”, in: “O estatuto do embrião”, in: Luís Archer *et al.*, *Novos Desafios à Bioética*, Porto: Porto Editora, 2001, p. 110 e s., p. 112.

⁶ Impõe-se, aqui, um esclarecimento. No âmbito deste Capítulo restringimo-nos apenas ao conceito de pessoa para efeitos penais, sabendo, não obstante, que se trata de conceito controverso de uma perspectiva filosófica. Todavia, não pretendemos adensar a controvérsia em tempo e lugar inapropriados para o fazermos.

⁷ Como refere JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “a qualidade de pessoa para efeito do tipo de ilícito objectivo do homicídio termina com a morte: o cadáver não é mais *pessoa* para este efeito”, in: Anotação ao Art. 131º, p. 9.

Deste modo, os problemas que se colocam no patamar do fim da vida prendem-se, sobretudo, com o momento que antecede a situação de cadáver ou, de outra perspectiva, com as implicações do critério de morte, em particular nos casos de morte dissociativa. Interessa-nos particularmente o segundo nóculo problemático mencionado.

Em termos jurídico-penais, para além da morte não há vida humana. Há cadáver.

E, hoje, é o cadáver o destinatário do progresso das ciências médicas.

Agora, relativamente à natureza jurídica do cadáver, existe acentuada divergência doutrinária sobre se o cadáver pode, ainda, integrar o conceito de coisa. GOMES DA SILVA entende que “o cadáver não é nem pessoa nem coisa; mas, em atenção no que foi e ao que há-de vir a ser, por um lado e, por outro, aos fins da personalidade sempre subsistente, de que fez parte e aos das outras pessoas que com ela estiveram em relação, o cadáver está subordinado a fins intrínsecos próprios das pessoas, e só pode ser tomado pelo direito como acessório ou extensão das pessoas. É uma realidade que, não sendo pessoa, se acha submetida aos fins intrínsecos das pessoas, e há-de, conseqüentemente, ser regida pelos princípios relativos às pessoas, em tudo o que seja adequado à sua configuração particular. Os direitos mais comumente reconhecidos a respeito do cadáver têm natureza e configuração análogas às dos direitos *in personam*, circunstância pela qual se confirma a tese de que o cadáver não é tratado como coisa, mas como extensão ou acessório da pessoa”⁸. Com posição de consequencialidade semelhante encontra-se FARIA COSTA, para quem o cadáver humano, enquanto “realidade ultra existencial”, não pode confundir-se com coisa, dado que se trata ainda de uma realidade corpórea que se confunde com a pessoa humana⁹. Perfilhando posição contrária, SARAGOÇA DA MATTA entende que o cadáver, preenchendo todos os requisitos da noção de coisa — corporeidade, autonomia e subtraibilidade — deve ser tido como tal, pois a sua exclusão deste conceito representaria “a inserção, não admissível, de argumentos de ordem psicológica, afectiva e religiosa no campo da hermenêutica penal”

Perfilhando-se aqui a posição de FARIA COSTA — na medida em que, seguindo-se a posição de SARAGOÇA DA MATTA, sempre ficaria por compreender, havendo total equiparação entre cadáver e coisa, qual o motivo da existência de um tipo penal específico

⁸ GOMES DA SILVA, “Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres”, *Scientia Iuridica*, 1970, p. 45 e s.

⁹ JOSÉ DE FARIA COSTA, Anotação ao Art. 203º, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 24 e s., p. 37.

para a profanação de cadáver¹⁰ — o cadáver é, então, uma realidade autónoma e diferenciada da vida humana, mas que, contudo, mantém com a pessoa uma ligação. O corpo que fica, após a vida já nele não existir, representa uma pessoa.

Em termos estritamente formais, na ordem jurídica portuguesa encontra-se estabelecida uma definição legal de cadáver: nos termos do art. 2º da Lei n.º 411/98, de 30 de Dezembro, o cadáver é *o corpo humano após a morte, até estarem terminados os fenómenos de destruição da matéria orgânica*.

Trazendo para esta realidade considerações de índole material, esta definição não esgota o seu significado. Com efeito, o cadáver “é o corpo de uma pessoa falecida enquanto se possa dizer que ele representa essa mesma pessoa”¹¹.

Que o cadáver, ou melhor, que a refracção que o cadáver provoca, quer no sentido de impor à comunidade o respeito pelos mortos, quer na dimensão de ser ele mesmo objecto da piedade de familiares ou amigos, co-envolve um bem jurídico que o direito penal protege (*maxime*, art. 254º do CP).

A ideia comumente associada a cadáver, não obstante a sua ligação à pessoa, não é, assim, nem uma ideia de ser vivente nem, muito menos, uma ideia de gravidez.

Porém, hoje, o direito português vê-se confrontado com o nascimento de dois fetos de mães, em morte cerebral, cujas funções vitais foram artificialmente mantidas por meio de medidas de suporte vital, até que os referidos fetos fossem suficientemente viáveis para sobreviver fora do útero materno.

Assim, em 2016, Sandra Pedro, grávida de 17 semanas, morre a 20 de Fevereiro de 2016, e por decisão médica são mantidas artificialmente as suas funções vitais para permitir a gestação do seu feto, que vem a nascer a 7 de Junho de 2016 com 32 semanas.

Hodiernamente, em 2019, Portugal defronta-se novamente com uma incubadora humana, desta vez, Catarina Sequeira, uma mulher grávida de 19 semanas, que foi submetida a medidas de suporte vital para a viabilidade do seu feto, que vem a nascer

¹⁰ Considerando-se aqui o bem jurídico protegido, para alguns autores, o “sentimento de piedade para com os defuntos”. Cfr. *Comentário Conimbricense*/DAMIÃO DA CUNHA, Anotação ao Art. 254º, p. 653 e s.

¹¹ DAMIÃO DA CUNHA, Anotação ao Art. 254º (cit.), § 4, p. 654. Já para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “O cadáver é o corpo de pessoa falecida, incluindo obviamente o esqueleto ou parte dele (com uma interpretação manifestamente extensiva no sentido de englobar o nado-morto e inaceitavelmente restritiva no sentido de excluir o esqueleto no fim do processo de decomposição)”, in: Anotação ao art. 254.º, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 925.

passados 56 dias após ter sido declarada a morte cerebral da sua mãe em dezembro de 2018¹².

Os Salvadores – nome dos “bebés-milagre” –, são, portanto, o novo dilema em torno da vida e da morte, com que o ordenamento jurídico português se confronta, face à existência de duas proteções distintas a ponderar: a do feto, que ainda não é vida humana autónoma, e da mulher, que já não é vida humana autónoma, nem mesmo pessoa¹³.

Por isso, cumpre perguntar se será uma boa prática médica, da perspectiva jurídico-penal, a utilização de um cadáver como meio para permitir a gestação do feto com vista ao seu nascimento.

Exige-se, pois, ao direito penal que possa apresentar uma proposta de solução para um cadáver grávido. Situação esta permitida, por uma parte, pelo actual critério de morte cerebral, e, por outra parte, pelos avanços das ciências médicas, *maxime*, pela medicina intensiva. Solução essa que, mesmo representando um caso extremo, é um dos reflexos da recepção, na ordem jurídico-penal, do critério de morte cerebral.

Critério esse que continua a ser adotado pelo ordenamento jurídico e pelas ciências médicas, na medida em que é aquele que, segundo o conhecimento da ciência médica significa a inexistência de possibilidade de reversão¹⁴.

Neste conspecto, a reprodução *post-mortem*¹⁵, com o intuito de fazer nascer uma criança após a morte da progenitora, constitui uma morte dissociativa justificada por uma gravidez.

A primeira questão que se poderia colocar é se não existe, aqui, uma instrumentalização da “mãe”, em si mesma ofensiva do valor da dignidade da pessoa humana.

¹² Artigo publicado no Observador a 28/3/2019 e assinado por Sónia Simões.

¹³ Coincidente, VERA LÚCIA RAPOSO, “Até que a morte nos separe. Breves notas sobre a reprodução post-mortem no caso de gestante em morte cerebral”, *Revista Lex Medicinæ*, n.º 29, 2018, p.76.

¹⁴ O CNECV determina as razões da adoção do critério da morte cerebral no seu parecer 10/CNECV/95. Ainda o art.2º da Lei da verificação da morte, Lei nº141/99 de 28 de Agosto. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Vol.1, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 448-449; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 527 a 530.

¹⁵ Conceito que tomamos de empréstimo com o sentido que lhe foi atribuído por VERA LÚCIA RAPOSO, “Até que a morte nos separe. Breves notas sobre a reprodução post-mortem no caso de gestante em morte cerebral” (cit.), p.73.

Podemos, desde logo, considerar que toda a pessoa tem direito a ter dignidade na morte e a não se tornar uma espécie de incubadora humana¹⁶ de uma vida humana. Especialmente quando essa vida humana não é ainda titular de direitos, conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional¹⁷.

Esta questão, porém, não encontra resposta linear, pois, para todos os efeitos, a mãe está morta, é cadáver. Cumpre, então, perguntar se este valor da dignidade da pessoa humana se estende aos cadáveres. É que, apesar de estes não serem, simplesmente, uma coisa, não são, também, pessoa. Não nos pretendendo alongar demasiado nesta questão, resta apontar que existem vozes que entendem que se deve partir de uma ideia de extensão do princípio da dignidade da pessoa humana a nascituros e a mortos¹⁸. Para os defensores desta posição seria, assim, inconstitucional a utilização do corpo de um cadáver como “estação de gestação” ou uma verdadeira “incubadora humana”¹⁹, podendo a solução, para evitar a perspectiva da “experimentação humana” passar por uma ideia de consentimento presumido²⁰ da “mãe”. Mas, se a “mãe” é cadáver, não tem, sequer, capacidade para consentir. Logo, esta solução, procurando possibilitar a aplicação de medidas de suporte vital à mãe, oferece dúvidas na sua fundamentação. Desde logo, por não levar em linha de conta o feto.

Parece-nos que a questão que aqui se coloca prende-se, sobremaneira, com o princípio *in dubio pro vita*. Devemos, então, sob esta luz, debruçar-nos sobre um núcleo de interrogações, relacionadas com o enquadramento jurídico-penal dos comportamentos suscitados por este caso de fronteira.

Em primeiro lugar, olhemos para o comportamento do médico. Pode colocar-se a questão de saber se, ao ligar ou manter a mãe ligada às máquinas sem autorização para o fazer, pode existir um crime de profanação de cadáver. Existem, todavia, duas notas

¹⁶ “É legítimo entender-se que a morte com dignidade implica que não sejam aplicadas à pessoa medidas fúteis, isto é, medidas que em nada contribuam para o seu bem-estar, ou medidas exclusivamente destinadas ao bem-estar de terceiros”. Vera Lúcia Raposo, «Até que a morte nos separe. Breves notas sobre a reprodução post-mortem no caso de gestante em morte cerebral», *Revista Lex Medicinæ*, n.º 29, 2018, p.71.

¹⁷ Ac. TC n.º 25/84, de 19 de Março, Ac. TC n.º 85/85, de 29 de Maio, Ac. TC n.º 288/98, de 17 de Abril. Assim, a orientação do Tribunal Constitucional é no sentido de reconhecer o feto como uma vida humana, mas não como uma pessoa, como um sujeito de direitos.

¹⁸ PAUL HEUERMANN, “Verfassungsrechtliche Probleme der Schwangerschaft einer hirntoten Frau”, *JZ* 1994, p. 133 e s., p. 134, dando conta da posição do Tribunal Constitucional alemão.

¹⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, “Até que a morte nos separe. Breves notas sobre a reprodução post-mortem no caso de gestante em morte cerebral” (cit.), p.78.

²⁰ PAUL HEUERMANN, “Verfassungsrechtliche Probleme der Schwangerschaft einer hirntoten Frau” (cit.), p. 138 e s.

prévias a fazer. Sendo o propósito das medidas de suporte vital manter a vida, a sua aplicação em cadáveres é, necessariamente, uma futilidade terapêutica da perspectiva da “mãe”. Ou seja, de acordo com a ética médica, a partir do momento em que é declarada a morte cerebral de uma pessoa deverão ser interrompidas as medidas de suporte vital.

E porquê?

Porque passamos a estar perante o corpo da pessoa humana que merece o respeito devido, quer por parte da medicina, quer do direito.

Note-se, aliás, as equipas médicas, que intervieram nas mães declaradas em morte cerebral, tiveram de questionar se a intervenção médica no corpo morto com o intuito da viabilidade dos fetos, Salvadores, seria uma intervenção legítima.

Com efeito, podemos considerar que a ordem jurídica protege a dignidade do corpo humano, apenas admitindo a intervenção médica no corpo de uma pessoa humana aquando da colheita e transplante de órgãos²¹, da realização das autópsias²², e nos casos de doação do corpo para estudos medicinais²³.

No entanto, a equipa médica dos “Salvadores” decidiu intervir no cadáver da mulher grávida, invocando que a lei da transplantação seria analogicamente aplicável a estes casos²⁴.

Actualmente, tendo presente o bem jurídico protegido pela incriminação da profanação de cadáver, nos termos do art. 254.º, n.º1, al. b), do CP, entendemos que este entendimento não é linearmente defensável, mais correndo a comunidade médica o risco de cometer um

²¹ Lei n.º 12/93, de 22 de Abril. Esta lei cria a presunção de que todos os cidadãos são dadores de órgãos, caso não manifestem a vontade de ser não dadores, conforme o seu art. 10.º, n.º 1, e 11.º. J. M. Damião da Cunha, Anotação ao Art. 254º, p. 656.

²² DL n.º 45/2004, de 19 de Agosto.

²³ DL n.º 274/99, de 22 de Julho.

²⁴ Nas palavras de Filipe Almeida, presidente da Comissão de Ética do Centro Hospitalar de S. João, “aqui houve a transplantação mais plena que se pode imaginar: esta mulher não deu nenhum órgão ao filho, mas entregou-se toda para que ele pudesse nascer”. E neste sentido pronunciam-se a Comissão de Ética e Direção Clínica do Centro Hospitalar de Lisboa Central, do Porto, o Conselho de Ética e Deontologia da Ordem dos Médicos, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e a Associação Portuguesa de Bioética. Cfr. *Diário de Notícias*, “A grande doação desta mãe (para o seu filho) foi o seu corpo”, em 29/3/2019, assinado por David Mandim; no *Público*, “Salvador nasceu com 31 semanas e seis dias e «está bem». Mãe esteve 56 dias em morte cerebral”, em 28/3/2019, assinado por Natália Faria; na *Visão*, “Manter os órgãos em funcionamento de uma mãe em morte cerebral é um objetivo meritório”, em 8/6/2016, assinado por Alexandra Correia.

crime de profanação de cadáver²⁵, se não forem tidos em conta outros factores que poderão legitimar a conduta.

Assim, sem a ponderação desses factores e na ausência de norma expressa, deverá considerar-se ofensiva a conduta médica de suporte hormonal e nutricional necessário para a manutenção das funções vitais maternas no corpo da gestante, em morte cerebral, em benefício do feto²⁶.

Isto não significa que não tenhamos presente o conflito existente entre uma vida humana e o respeito devido pelos mortos, mas entendemos que o problema da morte dissociativa justificada pela gravidez deverá, *in limine*, ser solucionado através de uma intervenção legislativa ao invés de ser deixado à aplicação analógica de legislação existente – mas inaplicável – pelas equipas médicas, enfraquecendo a segurança jurídica que se impõe em casos destes.

Por outro lado, se o médico não ligar ou mantiver a mãe-cadáver ligada às máquinas, estaremos face a um crime de aborto?

É um caso de intervenção indirecta sobre o feto, sem dúvida. E dificilmente se poderá falar aqui em consentimento da mulher grávida.

De facto, a vida intra-uterina é um valor jurídico-constitucionalmente protegido e também penalmente protegido. Porém, em abstrato, o crime de aborto pressupõe que a mãe esteja viva aquando da conduta praticada pelo agente e, no caso de que ora curamos, a mãe encontra-se morta.

Logo, pensamos não dever considerar-se a conduta omissiva da equipa médica sobre as mães mortas como um crime de aborto²⁷.

Todavia, em termos concretos, o que se tem de apurar é se o médico tem o dever de ligar ou manter a mãe-cadáver ligada às máquinas como forma de tentar assegurar a vida do feto. Ou se este dever apenas existirá no caso de o feto ser viável (cfr. art. 142º, n.º 1, al. c), do Código Penal).

Julgamos que, fundamental para uma resposta é, precisamente, a viabilidade do feto. No caso de esta existir, e tratando-se a vida intra-uterina de um bem jurídico autónomo e,

²⁵ Em sentido contrário, VERA LÚCIA RAPOSO, “Até que a morte nos separe. Breves notas sobre a reprodução post-mortem no caso de gestante em morte cerebral” (cit.), p.79.

²⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Anotação ao art. 254.º (cit.), p. 924-925; DAMIÃO DA CUNHA, Anotação ao Art. 254º (cit.), p. 653, 657-658.

²⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, “Até que a morte nos separe. Breves notas sobre a reprodução post-mortem no caso de gestante em morte cerebral” (cit.), p.83.

consequentemente, sendo a vida do feto diferenciável da vida da mãe, o médico — cumprindo o seu dever de garante — deverá agir no sentido de tentar assegurar a gestação do feto até ao tempo necessário para a sua sobrevivência fora do útero. Deste modo se respeitando o princípio *in dubio pro vita*.

Na verdade, a viabilidade do feto deve ser o ponto de partida e de chegada para a resolução do conflito existente relativamente às “incubadoras humanas”.

Aplicar medidas de suporte vital em mulheres mortas é admitir a prática de uma futilidade terapêutica, mas, como tem sido entendido na ética biomédica, será uma boa prática médica quando tenha por finalidade assegurar o nascimento saudável de um feto viável.

E quando é que poderemos considerar um feto viável?

De acordo com a ciência médica, o feto passa a ser considerado viável a partir das 24 semanas de gestação, o que significa que, a partir deste momento, o feto que nascer de uma mulher-cadáver grávida tem uma enorme possibilidade de sobrevivência. Ainda que com a consciência de que os riscos de distúrbios neurológicos graves podem ser consideráveis. Daí que seja estabelecido como período perfeito para assegurar o nascimento saudável de uma criança aquele que se situa entre as 32 e as 34 semanas de gestação.

Ora, podemos concluir, face às notícias que nos chegam, quer de Portugal²⁸, quer de outros países²⁹, que a intervenção médica de prolongamento vital sobre a mulher-cadáver grávida para gestação do feto tem acontecido a partir das 14 semanas, ou seja, bastante antes de um juízo efectivo de viabilidade.

Assim, no actual estado de conhecimento, somos de opinião que quando a viabilidade do feto for uma forte incerteza e, bem assim, o for a saúde da criança após o nascimento, não deverá ser admitida a intervenção médica: nem como uma boa prática médica, nem como uma causa de justificação legal.

²⁸ A mãe do Salvador de 2016 foi submetida a medidas de suporte vital posteriormente à sua declaração em morte cerebral, quando estava de 17 semanas de gestação. Já a mãe do Salvador de 2019 encontrava-se com 19 semanas de gestação.

²⁹ Na Alemanha, uma mãe, em morte cerebral, foi sujeita a medidas de prolongamento vital em favor do seu feto com 15 semanas de gestação, o qual veio a morrer às 19 semanas. Na Irlanda, a gestante em morte cerebral tinha 16 semanas de gestação. No Canadá, uma mulher tinha 22 semanas de gestação quando foi sujeita a medidas de suporte vital em benefício do seu filho. Nos EUA, Marlin Muñoz foi submetida a medidas de prolongamento vital com 14 semanas de gestação. Cfr. RACHEL AISENGART MENEZES/NAARA LUNA, “Gestação e morte cerebral: decisões em torno da vida fetal”, *Interface-Comunicação, Saúde, Educação*, n.º 21, 2017, p. 634 e s.

Refira-se ainda que, nos casos das “mães-incubadoras”, nenhum feto é mantido até às 40 semanas de gestação – momento ideal para o nascimento – devido à deterioração do corpo humano, deterioração essa que começa a ter implicações tanto no desenvolvimento do feto, como na saúde da criança após o nascimento.

Em suma, o direito, em especial, o direito penal, deverá ser chamado a adoptar uma posição que possa resolver o conflito existente – proporcionado pelo desenvolvimento das *ars medicinae* – no âmbito das “mães incubadoras”, para benefício da vida humana fetal. Tal solução deverá, em nossa opinião, ter em conta as seguintes linhas de força:

1. O feto ser viável no momento em que é declarada a morte cerebral da mulher grávida;
2. Existirem maiores certezas acerca das repercussões que esta prática médica poderá vir a ter no feto durante a sua gestação e posteriormente na sua saúde em vida;
3. Existir uma vontade da mulher grávida de manutenção da gravidez, antes de declarada a sua morte cerebral;
4. Existir uma vontade concordante na manutenção da gravidez por parte do outro progenitor e dos familiares que ficarão responsáveis pela criança após o seu nascimento.

Em termos conclusivos, nesta aproximação preliminar ao problema, pensamos que a solução em relação a esta nova realidade só poderá ir no sentido de considerar esta intervenção médica jurídico-penalmente aceitável, como uma boa prática médica, apenas e quando o feto for viável, pois unicamente a viabilidade do feto poderá justificar a – total – instrumentalização do corpo da mãe como incubadora.