



# CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS FORMAÇÃO CONTÍNUA 2018/2019

## Temas de Direito Penal e Processual Penal

### Ação de Formação Contínua Tipo C Lisboa, 8 e 15 fevereiro 2019

### CEJ – Auditório



# **Causalidade complexa e prova penal - O caso do escândalo dos transplantes**

---

**PAULO DE SOUSA MENDES**

**Professor Associado da FDUL**



# O ESCÂNDALO DOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS



# DESCRIÇÃO DO CASO

O, médico e diretor do Centro de Transplantação do Hospital Universitário de Göttingen, estava a ser investigado por falsas informações relativamente ao estado de saúde dos seus pacientes para conseguir a sua inclusão nas posições cimeiras da lista nacional de candidatos a transplante hepático.



# DESCRIÇÃO DO CASO

O Ministério Público considerara que O se tinha conformado com a morte de outros pacientes em perigo de vida que teriam recebido um órgão em caso de alocação correta, mas já não foram a tempo. O Ministério Público figurara a manipulação da lista de espera nacional como tentativa de homicídio, aliás tantas tentativas quantos os transplantados com base nas falsas informações registadas pelo arguido na ficha clínica dos doentes e inseridas na plataforma informática.



# PRISÃO PREVENTIVA

Decisão recorrida: LG Braunschweig, Beschl. v. 11.02.2013 – 9 Qs 20/13.

Recurso da prisão preventiva: OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13.



# PRISÃO PREVENTIVA

## OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13:

*“As falsas informações intencionais aos serviços centrais competentes – aqui: Fundação Internacional Eurotransplant – em violação do disposto no § 12 TPG podem ser consideradas como tentativa de homicídio [§ § 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB] contra os pacientes que foram ultrapassados, se o infrator souber que as suas declarações não serão verificadas e influenciarão a ordem de alocação imediata de um órgão doado post mortem, atrasando o tratamento de outros pacientes e criando-lhes assim risco de vida” (síntese oficiosa).*



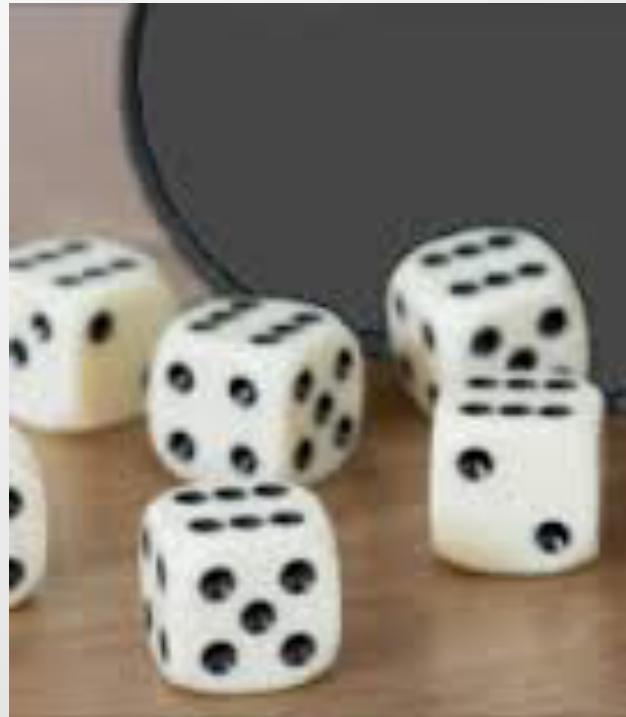
# EUROTRANSPLANT

A Fundação Internacional Eurotransplante (*Eurotransplant International Foundation*) dedica-se ao armazenamento, gestão e intercâmbio dos dados clínicos dos pacientes em lista de espera para transplante de qualquer um dos Estados-Membros. A Eurotransplant é uma organização sem fins lucrativos que promove a alocação orientada para o paciente e a troca transfronteiriça de órgãos de dadores falecidos.

A Eurotransplant atua para centros de transplantação e respetivos laboratórios associados em **8** países. A Eurotransplant garante a otimização do uso dos órgãos doados *post mortem*.



# DECISÃO SURPREENDENTE



# PROCURADORIAS-GERAIS REGIONAIS

As distintas Procuradorias-Gerais Regionais seguiram diferentes tendências quanto aos casos que foram eclodindo em várias clínicas universitárias:

- StA Göttingen e Bielefeld: tentativa de homicídio;
- StA Regensburg e Munique: manipulação da lista de espera de pacientes que aguardam transplante de órgãos de dadores falecidos não é punível de per si.



# DOUTRINA

Os pronunciamentos da doutrina penal  
começaram logo aqui.



# ACUSAÇÃO

O Ministério Público acusou O da prática de **11 tentativas de homicídio** nos chamados casos de manipulação, **3 ofensas à integridade física agravadas pelas mortes** dos pacientes transplantados nos chamados casos de indicação médica e ainda outros crimes, designadamente a corrupção passiva por ter aceite pagamentos indevidos dos pacientes para a realização dos transplantes, exigindo a sua condenação numa pena de oito anos de prisão efetiva (Anklage v. 29.05.2013, Az.: 405 Js 1933/12).



# 11 TENTATIVAS DE HOMICÍDIO

Quanto à prática das **11 tentativas de homicídio** (§ § 212, 22, 23 Abs. 1 StGB), cometidas nos anos de 2010 e 2011, O teria obtido fígados de dadores falecidos violando as regras estabelecidas nas Orientações para Transplantação de Órgãos da Ordem dos Médicos da República Federal da Alemanha (*Bundesärztekammer* – BÄK), doravante Orientações-BÄK, designadamente através de falsas informações, assim ameaçando a integridade física ou a vida de pelo menos outros onze pacientes em lista de espera para transplante.



# AUTORIA MEDIATA

Neste contexto, o arguido O agira em autoria mediata (*mittelbare Täterschaft*), porquanto instrumentalizara, através de indução em erro sobre a factualidade típica, os funcionários da Eurotransplant que tinham por função proceder à alocação dos órgãos de dadores falecidos.



# EUROTRANSPLANT

O Sistema-ENIS é a plataforma informática utilizada pela Eurotransplant.

Os funcionários da Eurotransplant gerem a alocação dos órgãos através de um através de um algoritmo computadorizado.



# CASOS DE DIÁLISE

O, em **10** desses casos, doravante designados por casos de diálise (*Dialysefälle*), teria, contrariando o diagnóstico do coordenador de transplantes (em **3** casos) ou do seu assistente (em **7** casos), comunicado à Eurotransplant dados falsos dos exames mais recentes da creatinina realizados aos seus pacientes sujeitos a terapêuticas de substituição renal ou diálise.



# CASOS DE DIÁLISE

Em **4** destes casos, O incluirá os pacientes em lista de espera apesar de padecerem de cirrose hepática induzida pelo álcool e não terem cumprido o período mínimo de seis meses de abstinência de álcool, assim desrespeitando o disposto no Ponto III.2.1 das Orientações-BAK.



# CASOS DE DIÁLISE

Em **1** dos casos de diálise, O teria ainda ocultado o facto de o seu paciente ter desenvolvido um carcinoma hepatocelular (ChC) avançado, com extensão extra-hepática, o que deveria ter impedido a realização do transplante, conforme o disposto no Ponto III.2.2 das Orientações-BÄK.



# CASOS DE DIÁLISE

Em outros **2** casos de diálise, O transmitira à Eurotransplant valores de INR172 elevados, mas falsos.



# OUTRO CASO DE MANIPULAÇÃO

Para além dos 10 casos de diálise, O inscrevera na lista de espera **outro** dos seus pacientes, que sofria de cirrose hepática induzida pelo álcool, mas não cumprira o período mínimo de seis meses de abstinência de álcool. Em relação a este paciente, O comunicou ainda à Eurotransplant um valor aumentado de bilirrubina, mas falso, contrariando o diagnóstico do coordenador de transplantes. Acresce que havia contraindicação no momento do transplante, pois o paciente fora diagnosticado com sépsis.



### 3 OFENSAS AGRAVADAS PELO RESULTADO

O MP acusou também O por 3 crimes de ofensas à integridade física agravadas pelas mortes dos pacientes, p. e p. § § 223 Abs. 1, 227 Abs. 1 StGb, que receberam transplantes de fígado sem indicação médica e sem informação adequada à prestação de um consentimento informado.

Em todos estes casos, O, segundo a acusação, estava ciente de que não existia indicação médica, nem consentimento eficaz.



# JULGAMENTO PELO LG GÖTTINGEN

Cerca de 2 anos durou o processo até à prolação do acórdão da Câmara de Juízes Togados e Jurados Populares do Tribunal Regional de Göttingen (*Schwurgerichtskammer des Landgerichts Göttingen* – LG Göttingen), que decidiu a acusação do Ministério Público contra O após 60 sessões de julgamento com a audição de 100 testemunhas.



# DECISÃO LG GÖTTINGEN



# DECISÃO LG GÖTTINGEN

O LG Göttingen absolveu o arguido de todos os crimes acusados (Urt. v. 06.05.2015, Az. 6 Ks 4/13 Göttingen).



# SOBRE AS 11 TENTATIVAS DE HOMICÍDIO

Sobre a punibilidade do arguido por **11 crimes tentados contra a vida** ( § § 212, 22, 23 Abs. 1 StGB) – Os chamados casos de manipulação.



# NÃO SE FEZ PROVA DAS MORTES!

O LG Göttingen considerou que não se fez prova do seguinte:

- Qual teria sido o paciente a receber um fígado de dador falecido se tivesse havido um procedimento regular;
- Qual teria sido o paciente a sobreviver com uma probabilidade próxima da certeza ou a beneficiar de um prolongamento da vida se tivesse recebido um fígado de dador falecido;
- Que o paciente que teria recebido o fígado de dador falecido em procedimento regular, segundo o devido critério de escolha, morreria de facto por já não ter sido oportuna a alocação de órgãos.



# NENHUMA INTERRUPÇÃO DE PROCESSO CAUSAL!

Segundo o LG Göttingen, as manipulações realizadas pelo arguido não configuravam qualquer interrupção de processos causais salvadores.

Para interromper um processo causal de salvamento o arguido teria de ter intervindo numa cadeia causal já iniciada, considerada na perspectiva *ex ante*. A cadeia causal só começaria, porém, com a aceitação pela instituição do órgão disponibilizado pela Eurotransplant, não imediatamente com a sua dádiva.



# NENHUMA PRESUNÇÃO DO RESULTADO!

Somente em relação ao primeiro paciente que fosse identificado se poderia dizer que fora efetivamente preterido defronte da dádiva de um órgão *post mortem*, mas já não quanto ao segundo, ao terceiro e a todos os pacientes subsequentes.

Mas a suposição de que, em cada caso, o órgão manipulado seria adequado ao primeiro paciente preterido violaria a garantia constitucional da presunção de inocência.



# NÃO HOUVE SEQUER INÍCIO DE EXECUÇÃO!

Através da introdução de dados no Sistema-ENIS ou através de ações anteriores, tais como a manipulação das análises de sangue, o arguido criou, segundo o LG Göttingen, um perigo abstrato para os pacientes ultrapassados, razão pela qual a cada um destes pacientes poderia ter sido negada uma oportunidade de salvamento.



# NENHUM INÍCIO DE EXECUÇÃO!

Mas no momento da introdução dos dados manipulados no Sistema-ENIS não chegou a ser criado qualquer perigo concreto para a vida ou a saúde dos pacientes ultrapassados.



# NENHUM DEVER DE CUMPRIMENTO DAS ORIENTAÇÕES-BÄK!

A violação das Orientações-BÄK quer em relação à monitorização do período de abstinência de álcool, quer em relação à listagem de pacientes com doenças malignas, quer ainda em relação à listagem de pacientes com insuficiência hepática aguda preexistente não preencheria, segundo o LG Göttingen, o tipo objetivo de homicídio, nem sequer na forma da tentativa de homicídio.



# DIREITO SUBJETIVO DE PARTICIPAÇÃO

Uma vez que o Ministério Público alegara que o arguido cometera as 11 tentativas de homicídio por violação das regras de atribuição do direito subjetivo ao transplante de órgãos, tomando por base as Orientações-BÄK, então só seria necessário demonstrar que as mesmas visam a proteção da vida humana individual.

Mas só há um direito subjetivo de participação na lista!



# FORÇA NORMATIVA DAS ORIENTAÇÕES-BÄK

As Orientações-BÄK não são instrumentos que apenas digam respeito ao trabalho técnico ou administrativo relacionado com o transplante de órgãos.

Os critérios das Orientações-BÄK para decidir se é necessária a abstinência de álcool durante pelo menos 6 meses em pacientes com cirrose induzida pelo álcool demonstram de forma dramática a distribuição real das oportunidades de vida.



# FORÇA NORMATIVA DAS ORIENTAÇÕES-BÄK

As Orientações-BÄK são normas jurídicas.

Ao contrário dos diplomas aprovados pelo Parlamento, cuja desconformidade à Lei Fundamental só pode ser declarada pelo Tribunal Constitucional Federal (BverfGE), as Orientações-BÄK podem e devem ser fiscalizadas por qualquer tribunal em sede de constitucionalidade e, eventualmente, poderão ser desaplicadas, nos termos da fiscalização concreta da (in)constitucionalidade prevista no Art. 100 Abs. I GG.



# BverfGE

O BverfGE é um exemplo típico de tribunal constitucional conforme ao modelo de Hans Kelsen, com jurisdição exclusiva sobre as questões constitucionais.



# DIREITO SUBJETIVO DE PARTICIPAÇÃO

O direito de participação em igualdade de oportunidades na distribuição dos órgãos disponíveis, sempre escassos no tocante à quantidade de fígados disponíveis. Esse direito decorre do direito fundamental à vida, do direito fundamental ao respeito da dignidade humana, do princípio geral da igualdade e, não menos importante, do princípio do Estado social.



# FÓRMULA DA PROIBIÇÃO DA ARBITRARIEDADE

De acordo com a ‘fórmula da arbitrariedade’ (*Willkürformel*), há violação do princípio da igualdade somente se não existir um fundamento racional para a diferenciação legal ou diferença de tratamento relativamente a pessoas ou grupos de pessoas. Com a chamada ‘nova fórmula’ (*neue Formel*), o BverfGE proíbe qualquer tratamento desigual entre dois grupos de destinatários da norma se não houver diferenças entre ambos de tal natureza e peso que possam justificar um tratamento desigual.



# INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

- Sobre a abstinência do álcool.
- Sobre as chamadas doenças malignas.
- Sobre o registo como residente num Estado-Membro da Eurotransplant.



# TIPO SUBJETIVO

Segundo o LG Göttingen, O também não preencheu os elementos subjetivos do tipo de ilícito do homicídio, nos termos do § 212 Abs. 1 StGB.



# TIPO SUBJETIVO

Ao analisar a questão da resolução criminosa (*Tatentschluss*) que caracteriza o tipo subjetivo da tentativa, nos termos do § 22 StGB, o LG Göttingen distinguiu entre o primeiro e os restantes pacientes ultrapassados.

No tocante ao primeiro paciente ultrapassado, O preencheu o elemento cognitivo, mas não o elemento volitivo do dolo.

No tocante ao segundo, terceiro e demais pacientes ultrapassados o LG Göttingen concluiu que O não preencheria, desde logo, o elemento cognitivo do dolo.



# INDICAÇÃO MÉDICA

Segundo o LG Göttingen, a questão de saber se existia uma indicação médica para um transplante de fígado, na acepção das Orientações-BÄK, é irrelevante como questão-de-facto.



# **SOBRE OS 3 HOMICÍDIOS PRETERINTENCIONAIS**

Sobre a punibilidade do arguido por **3 crimes de ofensas à integridade física agravadas pelo resultado de morte** (§ § 223 Abs. 1, 227 Abs. 1 StGB) – Os chamados casos de indicação médica.



# ANÁLISE DA DECISÃO DO LG GÖTTINGEN

O LG Göttingen apreciou e rejeitou, além disso, a punibilidade do arguido à luz dos §§ 332, 267, 268, 269 e 278 StGB e 20 TPG.



# DECISÃO BGH



## 5.ª SECÇÃO CRIMINAL DO STF (BGH)

A decisão do 5. (Leipziger) Strafsenat des Bundesgerichtshofs (Urteil v. 28.06.2017 – 5 StR 20/16) confirmou definitivamente a absolvição do arguido O, acolhendo as razões de facto e de direito da decisão recorrida.



# ALTERAÇÃO DA TPG



## NOVO § 19 Abs. 2a TPG

O novo § 19 Abs. 2a TPG (15.07.2013), sob a epígrafe genérica de outras disposições penais, dispõe: “(2a) *Quem, desrespeitando intencionalmente o disposto no § 10 (3), n.º 2, agravar, registrar ou comunicar o estado de saúde de um paciente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa*”.

O § 10 Abs. 3 S. 2 TPG, para onde o § 19 Abs. 2a TPG remete, contém a proibição de se transmitir uma informação errada sobre o estado de saúde de um paciente.



# DOUTRINA

1. Doutrina que diz haver causação de vítimas mortais na manipulação dos dados clínicos de um paciente a transplantar.
2. Doutrina que diz haver tentativa de homicídio na manipulação dos dados clínicos de um paciente a transplantar.
3. Doutrina que diz não haver tentativa de homicídio na manipulação dos dados clínicos de um paciente a transplantar.



# COMENTÁRIO

1. O modelo de causalidade aplicado ao caso.
2. O modelo de tentativa aplicado ao caso.
3. O modelo de perigo aplicado ao caso.
4. O modelo de contrafactual aplicado ao caso.
5. A teoria da equivalência não resiste à prática judicial.



# A CAUSALIDADE JURÍDICA

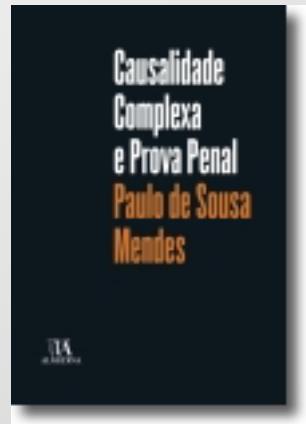
As fórmulas de determinação da causação do resultado:

- A fórmula da *conditio sine qua non* (*c.s.q.n.*)
- As fórmulas positiva e negativa da *c.s.q.n.*
- A fórmula negativa da *c.s.q.n.* e o princípio *in dubio pro reo*
- O teste a-não-ser (*but-for test*)
- A fórmula da condição segundo as leis científicas
- O teste do elemento necessário de um conjunto suficiente (*NESS-test*)



# BIBLIOGRAFIA

Para uma apresentação desenvolvida do caso, cf. PAULO DE SOUSA MENDES, *Causalidade Complexa e Prova Penal*, Coimbra: Almedina, 2018.



# Obrigado pela V. atenção!

[paulosousamendes@yahoo.com](mailto:paulosousamendes@yahoo.com)

