

Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal

Material definition of crime, fundamental rights and law reform

Maria Fernanda Palma

Resumo: O movimento neo-criminalizador verificado recentemente em Portugal e noutros países europeus confronta o Direito Penal com os seus parâmetros constitucionais de validade. O conceito material de crime deve funcionar aqui como instrumento de controlo da validade destas incriminações. Esse controlo há de estender-se à análise da estrutura do comportamento atingido, na perspetiva da possibilidade, da lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico-penal. Por outro lado, o conceito material de crime deve orientar o alargamento da tutela penal de direitos já consagrados onde a carência dessa tutela se tenha entretanto tornado perceptível.

Palavras-chave: neo-criminalizações – conceito material de crime – princípio da necessidade da pena – princípio da culpa – princípio da legalidade

Abstract: The neo-criminalization movement which appeared recently in Portugal and other european countries makes it necessary to confront the new criminal law with its constitutional validity standards. The material definition of crime must operate here as an instrument to check the constitutional conformity of the incriminations. Among other things, that means one must check if the aimed conduct is one that harms or puts in peril goods that are relevant to the Criminal Law. On the other hand, that scrutiny must not hinder the protection of already known rights through the criminal law, when such protection has in the meantime appeared as necessary.

Keywords: neo-criminalizations – material definition of crime – principle of subsidiarity of criminal law – principle of guilt – principle of legality

O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas

Criminal law as a means to overcome the economic and financial crisis: the state of the debate and new perspectives

Augusto Silva Dias

Resumo: A crise financeira, iniciada em 2007 e 2008 e transformada rapidamente numa crise económica e social, mobilizou vários meios de reacção, desde medidas de reorganização financeira e administrativa a soluções de Direito Financeiro e de Direito do Mercado de Capitais. Também o Direito Penal foi convocado para reprimir certos comportamentos do *top management* de instituições financeiras como o investimento em activos derivados de alto risco e a auto-atribuição de elevadas remunerações, prémios ou *boni*. No epicentro da intervenção penal estiveram – e estão – tipos de crime patrimoniais como a infidelidade e a insolvência. Esta opção desencadeou um debate vivo e muito interessante na doutrina e na jurisprudência europeias entre posições opostas acerca não só das possibilidades de aplicação daqueles tipos patrimoniais tradicionais e dos limites da imputação jurídico-penal, mas também da necessidade *de jure consuetudo* de um novo Direito Penal económico-financeiro e da capacidade do Direito Penal para prevenir crises financeiras globais. O presente estudo pretende dar conta deste debate e tomar posição nele, ainda que de forma um tanto perfunctória.

Palavras-chave: crise económico-financeira – limites da imputação jurídico-penal – validade do Direito Penal – Direito Penal Económico-político

Abstract: The financial crisis, which began in 2007 and 2008 and rapidly turned into an economic and social crisis, led to the creation of several means of reaction, from financial and administrative reorganization measures to Financial Law and Capital Markets Law solutions. Criminal Law was also called on to suppress some behaviours adopted by the top management of financial institutions, such as investment in high risk derivative assets and self-attribution of high levels of remuneration and bonuses. At the heart of this criminal intervention were – and are – certain crimes against property, such as breach of trust and bankruptcy. This option has led to lively and interesting debate in European legal theory and case law between opponents not only the possibilities of applying those traditional crimes against property and the limits of criminal liability, but also the need *de jure consuetudo* for a new economic and financial Criminal Law to prevent global financial crises. This study seeks to give an account of this debate and take a stance in relation to it, albeit in a somewhat perfunctory manner.

Keywords: economic and financial crisis – limits of criminal responsibility – validity of Criminal Law – Political-economic Criminal Law

Relevância dos mecanismos de “Compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes

The relevance of the “Compliance” mechanisms in the criminal liability of corporations and its officers

Teresa Quintela de Brito*

Resumo: A relevância dos mecanismos de *Compliance* na atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas implica uma reflexão sobre a exigência de comissão do facto punível no interesse colectivo (artigo 11.º/2 Código Penal); a culpa da pessoa jurídica e sua autonomização do ilícito-típico colectivo; a diferenciação entre normas de organização e normas de *Compliance*; o significado do artigo 11.º/6 do Código Penal; e a possibilidade de punição da pessoa jurídica por uma falha de supervisão do *Compliance Officer*. Em sede de relevância dos mecanismos de *Compliance* na responsabilização dos dirigentes das pessoas colectivas considera-se os novos deveres dos administradores de implementação de sistemas de prevenção de riscos; o surgimento de *Compliance Officers* com competências de controlo diferenciadas e complementares da gestão empresarial do risco; a não responsabilização, atenuação especial da pena ou a isenção de pena dos “denunciantes cívicos” (*Whistle-Blowers*); os riscos da responsabilização penal sistemática dos *Gatekeepers* (auditores externos).

Palavras-chave: *Compliance* – interesse colectivo – ilícito-típico colectivo – culpa da pessoa jurídica e responsabilidade penal dos seus dirigentes

Abstract: The relevance of *Compliance* mechanisms in the allocation of criminal liability to corporations implies a careful consideration on the requirement that the punishable act is committed for the benefit of the corporation (article 11/2 Penal Code.); the guilt of the legal person and its autonomy from the collective unlawful act; the differentiation between corporate organizational rules and *Compliance* rules; the meaning of article 11/6 of the Penal Code; the possibility of punishment of the corporation for a failure of oversight of the *Compliance Officer*. The importance of the *Compliance* mechanisms in the accountability of the directors of legal persons and the new duties of directors to implement risk prevention systems; the emergence of *Compliance Officers* with different and complementary skills to control the business risk management; non accountability, mitigation of punishment or exemption from punishment of “civic whistleblowers” (*Whistle-Blowers*); risks of the systematic criminal liability of *Gatekeepers* (external auditors).

Keywords: Compliance – corporate benefit – corporate unlawful act – corporate guilt and criminal liability of their officers

Conflitos de interesse

Conflicts of interest

J. Lobo Antunes*

Resumo: O autor revê os vários tipos de conflitos de interesse (C.I.), entendidos como o que acontece sempre que uma instituição ou um indivíduo têm um compromisso primário, e, simultaneamente, um compromisso secundário que pode anular o primeiro, ou é insuficiente tentador para criar a possibilidade ou aparência do que isso possa de facto acontecer.

Mereceu particular destaque os C.I. em ciência, nomeadamente no financiamento e na publicação, na relação entre a investigação e a indústria, e na prática médica. É mencionada a realidade portuguesa, incluindo legislação recentemente aprovada. Finalmente enunciam-se um dos princípios éticos que devem constituir a base de uma regulamentação sólida destas questões.

Palavras chave: conflito de interesses – investigação biomédica – ética da publicação científica – investigação e indústria

Abstract: The author surveys the various types of conflicts of interests (C. I.). These take place whenever an institution or an individual have some primary compromise and, simultaneously, a secondary compromise which may annul the first one or is tempting enough to lead one to believe that may happen.

The C. I. in science – namely, in the areas of funding and publication, of the relation between investigation and industry and of medical practice – deserve a special highlight. One also goes over the portuguese reality, including recently approved legislation. Finally, one points some ethical principles that shall make the basis of a solid regulation of these matters.

Ética, medicina e Direito Penal

Ethics, medicine and criminal law

Paulo de Sousa Mendes*

Resumo: O exercício correto da medicina é, desde sempre, um dos pilares da vida social. A atividade médica é uma das modalidades da vida humana que mais contribui para a promoção e desenvolvimento das potencialidades do ser humano, individual e coletivamente. Daí a sua enorme relevância ética e a necessidade de o Direito acompanhar as valorações da Ética nesta matéria.

Palavras-chave: adequação social – intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos – *leges artis* -risco permitido

Abstract: Correct medical practice has always been one of the pillars of social life. Medical activity is one of the modalities of human conduct that contribute the most to the promotion and development of the potentialities of the human being, considered as an individual and as a group. From there comes its ethical importance and the obligation for the Law to follow the valorations of Ethics in these matters.

Keywords: social adequation – medical and surgical interventions and treatments – *leges artis* – allowed risk

Do erro (em medicina) ao acidente (em saúde): estado da arte e mudança cultural em Portugal

From error (in medicine) to accident (in health): state of art and cultural change in Portugal

Maria do Céu Rueff

Resumo: Examino neste trabalho a evolução da literatura sobre erro e responsabilidade em medicina, bem como a diversidade de implicações da prática clínica no sistema legal português (nomeadamente, no Código Penal, no Código Civil e na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro de 2007 sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado).

Convocando o método transdisciplinar do direito da medicina (Eser, 2004), a minha abordagem parte da terminologia utilizada na prática clínica, designadamente: evento adverso, acidente, quase-acidente (near miss), erro humano e erro sistémico. Se os riscos são inerentes aos procedimentos clínicos temos o dever de reconhecer e identificar os eventos adversos e tomar medidas razoáveis para prevenir a sua repetição. De facto, tais deficiências ou percalços são causadas por muitos fatores que têm de ser, todos eles, levados em consideração, sobretudo os de natureza sistémica que predis põem ao insucesso. Em vez de nos orientarmos por uma “cultura da culpa”, devemos antes concentrar-nos nos fatores que determinaram o fraco desempenho e, acima de tudo, na capacidade de reportar em termos voluntários, de modo a conhecer o que aconteceu exatamente, suprimindo deste modo o “ciclo do medo” (Fragata, 2006). Uma vez ocorrido o “acidente” – como enfatizam Merry & McCall Smith (2004) –, a situação transforma-se num facto pelo qual não se trata de culpabilizar alguém, enquanto o termo “negligência” tem sempre algo a ver com a assunção da culpabilidade do agente.

Abordo ainda a introdução em Portugal (2012) do “Sistema Nacional de Notificação de Incidentes e de Eventos Adversos (SNNIEA)”, que permite o reporte anónimo de eventos adversos. Eis um importante passo – mas não certamente o último – no sentido de uma mudança: da “cultura da culpa” para uma “cultura da transparência e da segurança do doente”.

Palavras-chave: erro em medicina, acidente em saúde e quase-acidente (near-miss) – erro humano – evento adverso – erro sistémico – risco de saúde – responsabilidade civil médica, responsabilidade penal médica – segurança do doente – Sistema Nacional de Notificação de Incidentes e Eventos Adversos – análise da causa raiz

Abstract: I deal in this paper with the evolution of the literature on medical error and responsibility, as well as the diversity of implications for clinical practice in the Portuguese legal system (particularly in the Penal Code, the Civil Code and the Law. 67/2007, of December 31 2007, on Extracontractual Civil Liability of the State). By taking into account the transdisciplinary method of Medical Law (Eser, 2004), my approach deals with the terminology used in clinical practice, including: adverse event, incident, near miss, human error and system error. If risks are inherent to clinical procedures, we have a duty to recognize and identify adverse events, and to take reasonable steps to prevent their recurrence. In fact, such deficiencies or mishaps are caused by many factors that have to be all of them considered, especially those of systemic nature that predispose to failure. Instead of letting ourselves be guided by a “culture of blame”, we must rather focus on the factors that lead to poor performance, and, above all, on the ability to report on voluntary terms in order to know what exactly happened, suppressing in this way the “cycle of fear” (Fragata, 2006). Once the

ANATOMIA DO CRIME | ANATOMY OF CRIME

“accident” occurred – as emphasize Merry & McCall Smith (2004) –, the situation becomes a fact for which anyone is not to blaming, while the term “negligence” has something to do with the assumption of culpability by the agent.

I will still refer to the introduction in Portugal (2012) of the “National System for Incident and Adverse Events Reporting (SNNIEA)”, which allows anonymous reporting of adverse events. Here is an important step – but certainly not the last – in the sense of a shift from a “culture of blame” to a “culture of transparency and patient safety”.

Keywords: Error in Medicine, Accident in Health, and Near Miss – Human Error – Adverse Event – System Error – Health Risk – Medical Civil and Criminal Liability – Patient’s Safety – National System for Incident and Adverse Events Reporting (SNNIEA), Root Cause Analysis

Direito à saúde – direito à informação médica – sigilo médico – interesse público: critérios de orientação do juízo de concordância prática

Right to health – Right to be informed – Confidentiality – Public interest: proportionality and fair restriction

inês Ferreira Leite

Resumo: O presente artigo analisa alguns focos de tensão dialética entre os valores e interesses inerentes ao direito à saúde, com especial atenção para as relações entre o direito individual à saúde e o dever de proteger a saúde de todos, e entre o direito à reserva da vida privada e o interesse público.

Palavras-chave: direito à saúde – direito à informação médica – sigilo médico – interesse público – autodeterminação informativa – reserva da intimidade privada

Abstract: This paper examines the tension between several desirable goals and values within the right to health, foremost between individual right to health and society’s interest in public health, privacy and public interest.

Keywords: right to health – right to be informed – confidentiality – public interest, privacy

Alguns aspetos do consentimento informado

Informed consent – Some aspects

André Gonçalo dias Pereira*

Resumo: Este texto procura realçar que o direito à informação e o direito consentimento ou à recusa de tratamento se inserem no âmbito mais abrangente da relação médico-doente e dos direitos dos doentes. Dentro deste vasto campo de estudo, versa em especial algumas questões problemáticas, designadamente: o possível envolvimento do Ministério Público na proteção de incapazes, a gura do médico responsável pelo processo do consentimento informado, a revelação de riscos graves, a forma do consentimento, o tempo de reflexão e os limites do instituto do consentimento hipotético. Neste texto recorre-se a fontes normativas, jurisprudenciais e doutrinárias nacionais e estrangeiras, com vista a enquadrar o debate científico no plano internacional.

Palavras-chave: autonomia – consentimento informado – direitos dos pacientes

Abstract: This text seeks to emphasize that the right to information and the right to consent or to refuse fall in the broader context of the physician-patient relationship and patients’ rights. Whithin this broad issue, the Author develops some reflections in questions like the possible involvement of prosecutors in protecting unable persons, the physician responsible for the informed consent procedure, the disclosure of serious risks, the form of consent, the time for reflection and the limits of the “hypothetical consent”. This text is resorted to domestic and foreign regulatory, doctrinal and jurisprudential sources, in order to frame the scientific debate internationally.

Keywords: autonomy – informed consent – patients’ rights

A responsabilidade jurídico-penal dos profissionais das terapêuticas não

convencionais

Criminal liability of the non-conventional therapies' professionals

António Brito neves

Resumo: Os diplomas que regulam o exercício profissional das terapêuticas não convencionais colocam questões prementes sobre a responsabilidade jurídico-penal dos seus praticantes. Parte dessas questões enquadra-se no tema geral do concurso (entre crime e contra-ordenação). O seu núcleo fundamental, porém, respeita à remissão legal para o regime dos tratamentos médico-cirúrgicos previsto no Código Penal. Deve esclarecer-se, por um lado, o sentido político-criminal dessa remissão, e, por outro, as suas consequências práticas, em termos de orientações decisórias a seguir no tratamento de casos concretos. Este esclarecimento exige ainda uma clarificação prévia desse regime no âmbito da medicina convencional.

Palavras-chave: terapêuticas não convencionais – concurs o– intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos – consentimento/acordo – *leges artis* (violação)

Abstract: The non-conventional therapies' legal regulation raises some urgent questions pertaining to the criminal liability of its practitioners. Part of those questions deal with the more general problem of the conflict between a qualification of a conduct as a criminal offence and the simultaneous qualification of the same conduct as an administrative offence. The main core, however, deals with the legal extension of the surgical treatments and interventions' regime. One must inquire its political intention, on the one hand, and its practical consequences (meaning the orientations that shall guide the decisions of practical problems), on the other. This clarification requires a previous inquiry about that regime, when referred to conventional medicine.

Keywords: non-conventional therapies – norm competition – surgical interventions and treatments – consent/agreement – *leges artis* (violation)

A resolução extrajudicial de conflitos na atividade médica. A mediação

The extra-judicial mediation of conflicts in medical activity

Rui Tato Marinho

Resumo: A qualidade dos cuidados de saúde influencia de modo muito forte a estabilidade, produtividade e a segurança de um País. Os cuidados de saúde, o sistema e os seus profissionais devem ser considerados um bem inestimável, dentro do conceito de saúde global. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a saúde é um bem-estar físico, mental e social. Portugal, de acordo com a OMS ocupava o 12.º lugar em termos de qualificação do Serviço Nacional de Saúde (SNS), num conjunto de quase 200 países. O grosso dos médicos em atividade, na casa dos 40-50 anos, foi formado nesse contexto de elevada qualidade.

Os tempos mudaram, a saúde está mais cara, as doenças (multimorbilidade) são bem mais complexas, a esperança média de vida não pára de aumentar. A insatisfação e a conflitualidade tende a aumentar, trazendo consigo uma séria ameaça à segurança da actividade médica e à sustentabilidade dos sistemas de saúde.

O sistema jurídico pode ter um papel crucial neste processo de mudança e inovação, promovendo um ambiente de justiça restaurativa. Pode constituir um auxílio precioso na gestão de conflitos e na abordagem do erro, sempre presentes quando se lida com o fator humano. O erro está sempre nos vários stakeholders, sejam profissionais de saúde, as pessoas com doença e os gestores e decisores do sistema.

Palavras-chave: actividade médica – Serviço Nacional de Saúde – erro médico – gestão de conflitos – medicina defensiva – justiça restaurativa

Abstract: The quality of health care affects the stability, the productivity and safety of a country. The health care system and its professionals should be considered a inestimable resource, within the concept of global health. According to the World Health Organization, health is a physical, mental and social well-being. Portugal, according to the WHO occupied in the year 2000 the 12th place in terms of qualification of the national health service, a set of nearly 200 countries. The bulk of the doctors in activity, with the age of 40-50 years, has made their formation in this context of high quality.

Times have changed, the health is more expensive, diseases (multimorbidity) are much more complex, average life expectancy keeps growing. Conflict tends to increase, bringing with it a serious threat to the security of the medical activity and sustainability of health systems.

The legal system may have a crucial role in this process of change and innovation, promoting an environment of restorative justice. It may constitute a valuable aid in conflict management and in the error approach, always present when dealing with the human factor. The error is always present in the various stakeholders, whether health professionals, people with diseases and system managers and decision makers.

ANATOMIA DO CRIME | ANATOMY OF CRIME

Keywords: medical activity – Serviço Nacional de Saúde – medical error – conflicts management – defensive medicine – restorative justice