

O DIREITO PENAL DA PROTEÇÃO DE DADOS

Criminal Law of data protection

Maria Fernanda Palma

Palavras-chave: Direito Penal da proteção de dados; direito à autodeterminação informacional; contraordenações e crimes contra a proteção de dados; Regulamento Geral da proteção de dados; adaptação legislativa do Regulamento Geral; idade do consentimento na proteção de dados; aplicação no espaço do regulamento geral e critérios do Código Penal; violações pela legislação nacional do regulamento geral; limite constitucionais da distinção entre crimes e contraordenações na regulamentação da proteção de dados.

Resumo: O Direito Penal da proteção de dados consubstancia a proteção jurídica forte de um direito à autodeterminação informacional já reconhecido pela jurisprudência europeia. Esta nova dimensão da intervenção penal traz consigo novos problemas de delimitação entre o Direito Penal e o Direito de mera ordenação social após a entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa do Regulamento Geral de proteção de dados. Até que ponto o Regulamento Geral altera o quadro constitucional do Direito de Mera Ordenação Social vigente e até que ponto esvazia o próprio espaço do Direito Penal. O presente artigo analisa as questões inerentes a esta interpelação, posicionando-se criticamente em face da proposta de alteração legislativa em discussão parlamentar sobre os crimes e contraordenações em matéria de proteção de dados. A questão central subjacente é efetivamente o confronto do Direito Penal clássico com uma espécie de ordem preventiva infracriminalizadora.

Keywords: Criminal law of data protection; informational right to self-determination; administrative offences and crimes against data protection; general regulation of data protection; legislative adaptation of the General Regulation; age of consent in data protection; application within the scope of the general regulation and criteria of the Penal Code; infringements by national legislation of the General Regulation; constitutional limits of the distinction between crimes and misconduct in the regulation of data protection.

Abstract: The criminal law of data protection provides the strong legal protection of a right to informational self-determination already recognized in European case law. This new dimension of criminal intervention brings with it new problems of delimitation between criminal law and the law of mere social order after the entry into force in the Portuguese legal order of the General Regulation on data protection. To what extent does the General Regulation change the constitutional framework of law of mere social order offences (*Direito da mera ordenação social*) and to what extent does it empty the area of Criminal Law itself? The present article analyzes the issues inherent to this interpellation, positioning itself critically in the face of the proposed legislative amendment in parliamentary discussion about crimes and misconducts regarding data protection. The underlying central question is effectively confronting classical criminal law with a kind of under-criminalizing social preventive order.

O DOLO EVENTUAL E A SUA PROVA

The dolus eventualis and its proof

Ingeborg Puppe

Palavras- chave: dolo eventual; conhecimento; vontade; atribuição; indicadores.

Resumo: A dificuldade do juiz de decidir, num caso singular, se o agente atuou com dolo ou culpa não resulta de ele ser incapaz de ler os pensamentos do agente durante o cometimento do crime, mas antes do facto de que ele normalmente será incapaz de encontrar o que procura. O agente sabe que, e. g., arrisca a vida da sua vítima, contudo, não refl ete necessariamente sobre se aceita a colocação em risco ou a morte da vítima, se aprova isso, ou se apenas prefere confi ar seriamente que o resultado não ocorrerá desta vez. Com efeito, a asserção do juiz no sentido de que o agente aceitou ou não o resultado não pode ser compreendida como a asserção acerca de um facto psicológico. É, na realidade, uma atribuição. Todavia, uma atribuição em Direito deve estar fundamentada em razões de natureza fáctica amplamente aceites. A disputa entre as teorias volitiva e cognitiva do dolo pode ser reduzida à questão sobre que razões são aceites para a atribuição, i.e., se elas podem ser encontradas numa atitude interna do criminoso em relação ao risco identificado de dano, ou na intensidade e clareza do risco que o agente define conscientemente. Somente a última alternativa oferece solução adequada a um Direito Penal que não está interessado primariamente na personalidade do agente ou nos seus sentimentos, mas sim baseado no ato criminoso e nas características do mesmo, de que o agente tem conhecimento.

Keywords: *dolus eventualis*; knowledge; will; attribution; indicators.

Abstract: The judge's problem to decide in a singular case whether the offender acted with criminal intent or negligence does not result from the fact that he can't read the offender's thoughts during the commission of the crime, but rather because he usually won't find what he is supposed to be looking for. The offender does know that, e.g., he endangers the life of his victim, but he doesn't necessarily think about whether he accepts the endangerment or death of the victim, approves of it or rather prefers to earnestly trust that the result will not occur this time. Thus, the judge's assertion that the offender did or didn't accept the result can't be the statement of a psychological fact. It is rather an attribution. But an attribution in law has to be grounded on generally accepted factual reasons. The dispute between the voluntaristic and the cognitive theory of intent can be reduced to the question of which reasons one accepts for that attribution, i.e. whether they are to be found in the inner attitude the offender takes on the identified risk of the damage, or in the intensity and the clarity of the risk the offender knowingly set. For a criminal law that is not primarily interested in the offender's character or his sentiments but based on the criminal act and its features that the offender knows about, only the latter can be the proper solution.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO PARÂMETRO DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS PENAIS NA DOCTRINA PORTUGUESA

The principle of legality as parameter of criminal standards interpretation in Portuguese Doctrine

Teresa Quintela de Brito

Palavras-chave: princípios da legalidade e da tipicidade; normas penais positivas e negativas; interpretação permitida e proibida em Direito Penal; redução teleológica.

Resumo: Tendo em conta a doutrina portuguesa (clássica e a mais recente), reflecte-se sobre o princípio da legalidade penal: características, fundamento, âmbito de aplicação e corolários, com especial destaque para a reserva de lei formal e a tipicidade/determinação do ilícito penal, sempre atendendo à dicotomia normas penais positivas e normas penais negativas. Discute-se a validade dos critérios de delimitação entre interpretação permitida e proibida em Direito Penal, maxime à luz das categorias tradicionais da interpretação declarativa, da interpretação extensiva e da analogia legis. Apresenta-se alguns (possíveis) exemplos de integração analógica incriminadora retirados do Código Penal português e da Jurisprudência portuguesa, incluindo a do Tribunal Constitucional. Por fim, relaciona-se proibição de analogia e redução teleológica de normas delimitativas da tipicidade, permissivas e revogatórias.

Keywords: principles of legality and typicity; positive and negative criminal standards; allowed and prohibited interpretation in criminal law; teleological reduction.

Abstract: Taking into account the Portuguese's doctrine (the classical and the newest), this text reflects about the principle of legality: characteristics, ground, field of application and corollaries, with special emphasis for the formal law reserve and the typicity/definition of the punishable fact, always attending to the dichotomy between positive and negative criminal standards. It also discusses the validity of the delimitation criteria between allowed and prohibited interpretation in Criminal Law, maxime under the traditional categories of declarative and extensive interpretation and of analogy *legis*. Some (possible) examples of analogical integration of criminal standards are giving, based upon Portuguese Criminal Code and criminal case law, including constitutional case law. Finally, the text relates the prohibition of analogy with the analogical reduction of standards limitative of the typicity, permissive and revocatory.

A PROBLEMÁTICA DA ADMISSIBILIDADE JURÍDICO-PENAL DA BURLA POR OMISSÃO

The Issue of Eligibility of Fraud by Omission within Criminal Law

Maria Ana Azevedo

Palavras-chave: princípio da legalidade; domínio-do-erro; expectativa de informação; tutela da confiança; posições de garante.

Resumo: Este artigo constitui uma reflexão acerca da compatibilidade da conduta omissiva com a conduta enganosa e astuciosa exigida pelo tipo penal previsto no n.º 1 do artigo 217º do C.P. e seu confronto com o princípio da legalidade em Direito Penal. Para

tanto, passaremos criticamente em revista os tradicionais argumentos favoráveis e desfavoráveis à admissibilidade jurídico-penal da burla por omissão, testando-os em casos práticos. Examinaremos igualmente, sob uma perspectiva teórico-prática, possíveis fontes ou planos em que se reflecte o dever de garante no domínio específico do delito de burla, em termos tais que determinem ou intensifiquem o dever de agir.

Keywords: principle of legality; domain of error; assumption of prior knowledge; holder of trust; position of assurance.

Abstract: This paper is a reflection of the compatibility between omissive conduct and misleading and cunning conduct, demanded by the illicit action referred to in nr. 1 of article 217^o of the Penal Code, and as its comparison with the principle of legality within Criminal Law. In order to do so, we will critically review the conventional arguments in favour and against the eligibility of fraud by omission in Criminal Law, by testing them in case studies. We will also be examining, from a theoretical and practical point of view, some possible sources or plans in which the duty of assuring a specific domain for the crime of fraud is reflected, in such terms that determine or intensify the need for action.

UMA VISÃO CLÍNICA DO RACIOCÍNIO PARA A DECISÃO MÉDICA

A Clinical View from Reasoning to Medical Decision

Rui Tato Marinho

Palavras-Chave: decisão clínica; sistemas de apoio à decisão clínica; risco; Medicina Defensiva; multimorbilidade; geriatria; tecnologia biomédica.

Resumo: Um dos benefícios do exponencial avanço da Medicina Moderna é o aumento da esperança média de vida, próximo em Portugal dos oitenta anos. Vivemos numa sociedade fortemente medicalizada e dependente dos cuidados médicos, sejam de prevenção, diagnóstico, terapêutica. As doenças que afectam a população europeia são hoje em dia diferentes de há anos atrás, com o crescimento das doenças oncológicas, da obesidade, diabetes, demências, dos doentes geriátricos, mais frágeis e com multimorbilidades. O raciocínio médico mudou muito, desde os tempos do “João Semana”, já que o paradigma da Medicina Clínica se tem revolucionado nas últimas décadas. O raciocínio e os algoritmos de decisão médica dependem actualmente não só do conhecimento científico, mas também de meios auxiliares de diagnóstico e terapêutica inimagináveis há anos atrás. Outros aspetos que condicionam o raciocínio médico são a crescente pressão da tecnologia (Callahan, Daniel 2009), os custos crescentes da inovação farmacológica. O doente está muito mais informado, mais doente, mais idoso, mais litigante, mais agressivo, fortemente influenciado pelas redes sociais e pela web, nem sempre veículos de informação correcta e fidedigna. É a era das *Fake News*, também em Medicina. Há muitas vezes uma desresponsabilização individual no sentido de responsabilizar os profissionais e o Sistema de Saúde, por doenças muito frequentemente relacionadas com comportamentos de vida não saudáveis. O médico enfrenta novos desafios que condicionam o seu raciocínio. A prática da Medicina Defensiva, com múltiplas e variadas causas ameaça a qualidade e a sustentabilidade da prática clínica. O sistema jurídico enfrenta por variadas razões novos desafios. A prática e o raciocínio médico na vida real estão em constante mutação.

Keywords: clinical decision-making; clinical decision support systems; risk; defensive medicine; multimorbidity; geriatrics; biomedical technology.

Abstract: One of the benefits of the exponential advance of Modern Medicine is the increase of the average life expectancy, close in Portugal to eighty years. We live in a society heavily medicalized and dependent on medical care, whether of prevention, diagnosis or therapy. The diseases affecting the European population are nowadays different from years ago, with the growth of oncological diseases, obesity, diabetes, geriatric patients, more fragile and with multimorbidities. Medical reasoning has changed a lot since the days of “João Semana”, and the paradigm of Clinical Medicine has been revolutionized in the last decades. Medical reasoning and algorithms now depend not only on scientific knowledge, but also on diagnostic and therapeutic tools unimaginable years ago. Other factors that have conditioned medical reasoning have been the increasing pressure of technology (Callahan, Daniel 2009), the rising costs of pharmacological innovation. The patient is much more informed, sicker, older, more litigating, more aggressive, strongly influenced by social networks and the web, not always vehicles of correct and reliable information. There is often an individual lack of responsibility to hold professionals and the Health System accountable for diseases very often related to unhealthy life behaviors. The doctor faces new challenges that influence his thinking. The practice of Defensive Medicine, with multiple and varied causes threatens the quality and sustainability of clinical practice. The legal system faces new challenges for various reasons. Practice and medical reasoning in real life are constantly changing.

DIREITO PENAL DA LOUCURA: O INTERNAMENTO COMPULSIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS, À LUZ DA LEI DA SAÚDE MENTAL

Criminal Law of madness: compulsory admission and involuntary treatment of mentally ill patients in Portuguese Legal System under the Mental Health Law

Vanessa Pelerigo

Palavras-chave: Saúde mental; internamento compulsivo; Psiquiatria; Lei de Saúde Mental; doente mental; anomalia psíquica.

Resumo: presente artigo aborda a temática do internamento compulsivo, em Portugal, à luz da Lei de Saúde Mental, e discute se a decisão de internamento é um juízo meramente clínico.

Keywords: mental health; compulsory admission and involuntary treatment of mentally ill patients; psychiatry; mental health law; mentally ill; insanity.

Abstract: This paper addresses the issue of the compulsory admission and involuntary treatment of mentally ill patients in portuguese legal system under the Mental Health Law and discusses whether the inpatient care determining is a purely clinical judgment.

RECENSÃO A MICHAEL PAWLIK, *DAS UNRECHT DES BÜRGERS. GRUNDLINIEN DER ALLGEMEINEN VERBRECHENSLEHRE*

Wagner Marteleto Filho

Palavras-chave: imputação; erro; dolo; negligência; culpa; incumbência; cooperação; competência.

Resumo: O presente texto consiste em uma breve recensão da obra *Das Unrecht des Bürgers*, de Michael Pawlik. Privilegiou-se a análise sistemática e mais extensa da obra, em detrimento de uma abordagem essencialmente crítica. O objetivo principal foi fornecer uma visão geral da obra e cotejá-la, nos tópicos mais decisivos, com a doutrina predominante, com a qual, muitas vezes, o Autor, em boa verdade, rompe.

Keywords: imputation; mistake; *dolus*; negligence; guilt; incumbency; cooperation; competence.

Abstract: The present paper consists in a brief review on Michael Pawlik's *Das Unrecht des Bürgers*. It pays special attention to a systematic and extensive analysis of the book, as opposed to a critical approach. The main goal was to contribute with a general view of the work and compare it, in the most crucial topics, with the prevailing doctrine, with which the author, most of the time, in fact, breaks.