

DESAFIOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS GARANTIAS DO DIREITO E PROCESSO ADMINISTRATIVO

Bárbara Magalhães*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.10>

1. Enquadramento

A inteligência artificial tem tido um considerável impacto nos diversos ramos do conhecimento jurídico e o Direito Administrativo tem-se revelado igualmente permeável a todas as alterações tecnológicas que têm surgido na realidade jurídica, contexto intensificado pelas necessidades surgidas durante a pandemia covid 19.

No que concerne ao Direito Administrativo Procedimental, as necessidades imperiosas de eficiência, economicidade, celeridade e eficácia enfim, de boa administração, impõem um constante e crescente processo disruptivo

* Docente na Universidade Portucalense Infante D. Henrique e na Escola de Direito da Universidade do Minho.
Email: barbaram@upt.pt e barbaram@direito.uminho.pt

com os métodos decisórios tradicionais, utilizando-se para o efeito sistemas inteligentes de decisão¹.

Não obstante, da utilização destes mecanismos surgem algumas interrogações que constituem desafios ao uso dos mesmos, designadamente questões que se prendem com proteção de direitos e interesses legalmente protegidos, bem como proteção das garantias dos particulares.

O Código de Procedimento Administrativo, no seu artigo 14º, nº 3, prevê a necessidade de manutenção da igualdade garantística entre procedimentos tradicionais e as formas eletrónicas de atuação administrativa, o que em algumas situações não se verifica².

A compatibilização entre a necessidade de concretização dos valores imanescentes do princípio da boa administração e a salvaguarda e tutela garantística dos cidadãos não se tem revelado aceitável em alguns domínios, acarretando dificuldades de cumprimento de valores fundamentais inerentes ao agir administrativo.

Por outro lado, do ponto de vista da justiça administrativa, ao longo do século XXI temos assistido a um aumento substancial da conflitualidade, e, por conseguinte, da litigiosidade. Nessa esteira, verifica-se um claro aumento do recurso aos tribunais. Face à escassez de meios materiais e humanos na justiça estadual, excesso de formalidades e complexidade das matérias objeto de litígio, as decisões tornam-se cada vez mais morosas e ineficientes. Os mecanismos de justiça digital revelaram ser uma possível resposta para os problemas elencados, e com as recentes alterações de que foi objeto o Código de Processo dos Tribunais Administrativos assistimos a uma tentativa de desmaterialização da justiça administrativa.

Não obstante, com a utilização destes meios deparamo-nos com inúmeros desafios que se repercutem na esfera garantística dos cidadãos, desde logo a dificuldade que alguns cidadãos podem encontrar na utilização dos mecanismos eletrónicos, quer do ponto de vista económico, quer do ponto de vista prático o que se traduzirá numa grave discriminação de acesso à

¹ Ver B. WIRTZ, J. WEYERER, C. GEYER, "Artificial intelligence and the public sector – Applications and challenges", *International Journal of Public Administration*, 2018, pp. 1-20.

² Neste sentido Paulo OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2013, p. 493.

justiça. Por outro lado, encontramos vários obstáculos de natureza técnica que exploraremos mais adiante.

2. Inteligência Artificial

Antes de explorarmos os desafios que se colocam a propósito da utilização de inteligência artificial domínio do Direito e Processo Administrativo, impõe-se-nos determinar o âmbito da inteligência artificial para o efeito.

Vivemos um período de modernização administrativa para melhor imprimir eficácia, eficiência e celeridade nas decisões administrativas e na própria justiça administrativa, o que implicou a introdução de técnicas de digitalização no contexto jus-administrativo.

A inteligência artificial consiste numa ciência da computação em que as máquinas atuam através de algoritmos, desempenhando tarefas em substituição de seres humanos.

Normalmente a inteligência artificial encontra-se aliada a um sentido forte e a um sentido fraco. No primeiro caso, a inteligência artificial é concebida no sentido de reproduzir integralmente o pensamento humano, no segundo, o *robot* é apto a desempenhar determinadas tarefas, mas desprovido de capacidade para tomar decisões autonomamente e de reproduzir o pensamento humano³.

Em suma, o algoritmo materializa um procedimento através do qual são submetidos uma série de *inputs* de particulares e emitidos *outputs*⁴.

No que tange ao enquadramento legal do uso destas tecnologias, tem se verificado um substancial esforço por parte de entidades Europeias e Internacionais para a respetiva regulamentação⁵.

Com especial incidência na matéria que nos propomos tratar, em 2018 foi constituído um o Grupo Europeu de Ética na Ciência e Novas Tecnologias

³ Artur Flamínio da SILVA, “Inteligência Artificial e Direito Administrativo”, *Direito Administrativo e Tecnologia*, 2020, p. 12.

⁴ Thomas H. CORMEN *et al.*, *Introduction to Algorithms*, 3ª edição, Cambridge, The MIT Press, 2009, p. 5.

⁵ A Organização das Nações Unidas elaboraram, em 2015, uma serie de objetivos relacionados com o desenvolvimento sustentável, acompanhados de orientações e recomendações dirigidas aos Estados de cada País.

da Comissão Europeia, responsável pela constituição de um código ético, aplicável à produção e uso da inteligência artificial.

Ainda em 2018, a Comissão Europeia para Eficiência da Justiça, elaborou um instrumento normativo⁶, a Carta ética sobre o uso da inteligência artificial nos sistemas judiciários, a qual prevê a principologia aplicável à prolação de decisões judiciais através da inteligência artificial. Em primeiro lugar, denota-se uma clara preocupação com o respeito pelos Direitos Fundamentais previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Convenção sobre proteção de dados pessoais; aquele instrumento consagra ainda o princípio da não discriminação em função da raça, etnia, crenças religiosas ou orientação sexual; princípio da transparência, imparcialidade e justiça e princípio do controlo do utilizador.

3. Os desafios do uso da inteligência artificial no Direito Administrativo – em especial na tomada de decisão administrativa

Os ditames correspondentes ao princípio da Boa Administração convocam a utilização de sistemas de inteligência artificial para maior eficiência, celeridade, eficácia e economicidade. Não obstante, somos invadidos com inúmeras dúvidas quando pensamos na utilização da inteligência artificial exclusivamente ao serviço da rapidez e eficácia das decisões, descurando-se em certa medida, as garantias dos cidadãos.

É por demais evidente que a utilização de sistemas de inteligência artificial pela administração dará uma especial concretização aos princípios que norteiam a organização administrativa, previstos no artigo 267º da CRP, designadamente princípio da colaboração da Administração Pública com os particulares e princípio da participação dos interessados, tornando, por conseguinte, a atividade administrativa mais célere, participada, desburocratizada e eficaz.

Não nos parece tarefa particularmente complexa a digitalização do procedimento administrativo. Ora, qualquer sistema de inteligência artificial

⁶ Informação disponível em <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

teria aptidão para executar um *iter procedimental*, verificando o cumprimento de atos e formalidades exigíveis. No entanto, não esqueçamos a função garantística de um procedimento administrativo.

Existem situações no âmbito do procedimento administrativo, em que caberá à Administração ponderar no caso concreto o cumprimento de princípios como o da participação dos interessados, o da imparcialidade, conferindo a lei margem de conformação à Administração para aferir da imprescindibilidade de uma formalidade em função das circunstâncias do caso concreto, optando pelas formalidades que melhor se adequam às respetivas particularidades do caso.

Pensemos na margem de flexibilização que o princípio da adequação procedimental, previsto no artigo 56º do CPA pode aportar ao procedimento administrativo. Com efeito, salvo a existência de normas injuntivas, o responsável pela direção do procedimento tem uma margem de conformação na estruturação do procedimento em função da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão, podendo mesmo os sujeitos do procedimento celebrarem acordos endoprocedimentais, de acordo com o artigo 57º do CPA, para consensualizarem os termos do procedimento, tendente à produção de certa atividade administrativa⁷.

Parece-nos bastante improvável que a automatização tenha em consideração as particularidades de cada situação concreta e em função disso estabeleça as formalidades que devam ser observadas, sem prejuízo de formalidades estritamente indispensáveis do ponto de vista garantístico dos interessados.

Um dos aspetos em que a Inteligência Artificial se revela francamente vantajosa é no plano da interoperabilidade administrativa. O Mercado único Digital criou um programa, no âmbito do qual se prevê a consagração do designado princípio da declaração única, o qual já encontra previsão no artigo 14º do Regulamento do Portal digital único. Tal princípio permitirá uma partilha de informações, dados e documentos de cidadãos Europeus entre as Administrações Públicas Europeias, tendo qualquer uma delas

⁷ Elizabeth FERNANDEZ, “O procedimento administrativo como realidade flexível – Breves notas sobre o princípio da adequação procedimental”, in AAVV, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, Lisboa, AAFDL Editora, 2018 pp. 463 e ss.

possibilidade de acesso a informação ou documentos fornecidos em qualquer Estado Membro.

Relativamente a esta questão, não podemos descurar o risco de surgimento de uma sociedade de controlo por parte do Estado, relativamente aos cidadãos, à semelhança do que acontece na China onde existe um sistema de pontuação dos cidadãos. Para se evitarem situações destas, a própria Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 35º proíbe a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

A legislação nacional sobre a temática é praticamente inexistente, pelo que se impõe uma clara reflexão sobre a necessidade de regulamentação da atividade digital no contexto da interoperabilidade administrativa, de forma a uma tutela efetiva dos direitos e garantias dos cidadãos.

Outra questão relevante a propósito das garantias dos cidadãos em procedimentos administrativos informatizados prende-se com o problema da imputação da responsabilidade relativamente a vícios ocorridos no procedimento administrativo automatizado, a questão de sabermos quem será o responsável pela prolação de uma decisão administrativa eletrónica que padeça de vícios que causem efeitos lesivos na esfera jurídica de um terceiro.

Ao pensarmos num procedimento administrativo automatizado⁸, existem vícios, para além dos tradicionais que deverão ser ponderados⁹. Senão vejamos, pode-se pensar em circunstâncias que possam afetar o equipamento, desde sobreaquecimento, infiltração de partículas de pó no equipamento, mudanças de temperatura, entre outras, ou então vícios relacionadas com o programa, como por exemplo erros relacionadas com a introdução de programas na máquina ou de interpretação de algoritmos, pensemos na dificuldade com que se pode deparar um programador ao introduzir requisitos e premissas de decisão jurídica num processador. Apesar de o programador dever ser auxiliado por um jurista, nem sempre a transmissão ou percepção de informação encontra-se desprovida de erros. Outro facto com que nos podemos deparar e que também poderá gerar erros relaciona-se com a não atualização permanente do sistema informático com as leis em vigor.

⁸ A este propósito, Pedro GONÇALVES, “O ato administrativo informático”, *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, tomo XLVI, nº 265/267, 1997, pp. 265-268.

⁹ ?????????????????????

Pense-se igualmente na introdução errónea de erros de pressupostos de facto no sistema, com base nos quais será tomada a decisão. Como é evidente, tais erros também podem ocorrer num procedimento administrativo tradicional, no entanto a margem de controlo e correção por parte do agente público é bem maior, neste último caso¹⁰. Outro erro relacionado com os *inputs* reporta-se à introdução de informação falsa no sistema quer por agentes administrativos, quer pelo próprio administrado ou então vícios que se relacionam com base de dados com erros, desatualizada, com base na qual é tomada a decisão.

Quaisquer dos vícios elencados podem carrear danos para terceiros, colocando-se inevitavelmente a questão a quem serão imputados os danos em face a uma decisão automatizada.

O enquadramento da questão das decisões automatizadas no âmbito da responsabilidade civil poderá eventualmente suscitar algumas dúvidas de aplicação.

Perante uma análise das diferentes modalidades de responsabilidade civil extracontratual da Administração, parece-nos evidente a exclusão da modalidade de responsabilidade extracontratual aquiliana, prevista nos artigos 7º, nº 1, e 8º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas, pois dois dos pressupostos essenciais desta responsabilidade são a existência de um facto voluntário do agente e de culpa como sendo um juízo de censura ético jurídico, imputado a determinado comportamento humano, dispendo o artigo 10º Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas que deve verificar-se “um certo nexó psicológico entre o ato praticado e a vontade do lesante”.

Num plano abstracto não seria difícil admitir-se a aplicação desta modalidade de responsabilidade relativamente a alguns vícios em que poder-se-ia com alguma facilidade identificar-se o autor material dos mesmos, como é o caso da inserção errónea de dados no sistema decisor ou até mesmo a transmissão incorreta de dados ao programador do equipamento eletrónico decisorio. No entanto, parece-nos evidente que no contexto de sistemas automatizados de decisão, é difícil percebermos concretamente a origem do

¹⁰ Stefania PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Nápoles, Jovene Editore, 2006, p. 219.

erro, dificultando-se a tarefa de imputação do erro a um concreto agente administrativo. Para além do mais, um ato administrativo automatizado é produto da intervenção de vários agentes da administração, sendo de muito difícil. Verificação a culpa relativamente aos mesmos. Por fim, não esqueçamos o ónus que impende sobre o lesado de comprovar que o agente não cumpriu o seu dever de vigilância sobre a máquina, quando em determinadas circunstâncias, como vimos, o anormal funcionamento da máquina poderá dever-se a fatores exógenos à atuação humana.

Por outro lado, poderíamos equacionar a potencial aplicação do regime da responsabilidade pelo risco, prevista no artigo 11º da RRCEEP, no entanto existe um factor que poderá ser impeditivo da aplicação deste regime, o qual se consubstancia na existência de uma atividade particularmente perigosa, no sentido de o perigo não ser ultrapassável mediante os padrões do homem médio, em suma trata-se da “reparação dos danos inerentes ao seu próprio funcionamento normal, na medida em que decorre da objetiva perigosidade social das coisas que utilizam ou das atividades que desempenham que o seu funcionamento normal, mesmo sem eventuais disfunções ilícitas, é fonte potencial de danos”¹¹.

Parece-nos o conceito de perigosidade, requisito da aplicação do regime da responsabilidade pelo risco não se coaduna com o plano das decisões automatizadas, pois tal não representa especial perigosidade no sentido exigível.

Dada a complexidade adjacente à utilização de sistemas decisórios automatizados, bem como à intervenção de inúmeros agentes no processo e a consequente dificuldade de identificar os autores do facto gerador de danos, parece-nos que o mesmo deva ser imputado ao serviço público na sua globalidade, através do regime da responsabilidade por funcionamento anormal do serviço^{12 13}.

Trata-se da “responsabilização da Administração enquanto tal, pela sua própria conduta lesiva, sem necessidade de demonstração de que determinado agente atuou com culpa, mas apenas que o serviço no seu conjunto funcionou

¹¹ Mário Aroso de ALMEIDA, “Artigo 9º: Ilícitude”, in Rui Medeiros (coord.), *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, p. 250.

¹² Neste sentido, Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2020, p. 616.

¹³ Tem sido este o entendimento da jurisprudência Portuguesa: acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 18 de dezembro de 2015, processo nº 02209/08.0BEPR.

de modo anormal”¹⁴. Acrescenta ainda o autor que “[r]esulta dos n.ºs 3 e 4 do presente art. 7º que, mesmo quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de determinada pessoa ou, em todo o caso, não seja possível comprovar a autoria pessoal da ação ou omissão ocorrida, existe responsabilização da entidade pública desde que a produção dos danos possa ser imputada a um funcionamento anormal dos serviços. A falta coletiva abrange os casos em que os danos não podem ser diretamente imputados ao comportamento concreto de alguém, pois resultam de uma atuação global, que envolve uma responsabilidade dispersa por diversos setores ou intervenientes, porventura prolongada ao longo do tempo, sendo, por isso, imputável a um deficiente funcionamento do serviço, na medida em que se pode afirmar que os danos não seriam causados por um serviço que funcionasse normalmente, isto é, de acordo com os padrões médios de resultado”¹⁵.

Outro problema garantístico que a Administração digital comporta reside na potencialidade de discriminação e desigualdade de acesso e a possibilidade de os algoritmos conduzirem a decisões discriminatórias^{16 17}.

Efetivamente a utilização de meios digitais poderão carrear problemas de acesso a uma parcela da população que em função da idade, condição económica ou localização terão maiores dificuldades de acesso. Tal situação não pode representar uma discriminação no acesso em função dos fatores elencados. Para evitar tais situações, caberá à Administração diligenciar no sentido de facultar os referidos meios eletrónicos aos destinatários, nos termos do artigo 14º, nº 4, do CPA, o problema é que, ou por razões orçamentais ou de logística nem sempre é possível a disponibilização dos referidos meios em tempo útil, como tivemos a oportunidade de recentemente verificar, no contexto da pandemia covid 19, a propósito da disponibilização de computadores aos estudantes sem meios económicos para a respetiva aquisição e acesso.

¹⁴ Mário Aroso de ALMEIDA, “Artigo 7º: Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço”, in Rui Medeiros (coord.), *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, p. 218.

¹⁵ Mário Aroso de ALMEIDA, “Artigo 7º...” , *op. cit.*, p. 221.

¹⁶ A este propósito, Artur Flávio da SILVA, “Inteligência Artificial e Direito Administrativo”, *op. cit.*, p. 25; e Miguel Prata ROQUE, “O procedimento administrativo eletrónico”, in AAVV, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, volume I, Lisboa, AAFDL Editora, 2018 pp. 505 e ss.

¹⁷ Paulo OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 489.

Não obstante, parece-nos tratar-se de problema que se coloca sobretudo no plano dogmático, pois existem formas de superação deste obstáculo. Para o efeito, a Comissão Europeia, com base numa consulta pública efetuada no período compreendido entre 30 de outubro de 2015 e 22 de janeiro de 2016¹⁸, instituiu uma série de princípios aplicáveis no âmbito da Administração Pública em linha, com relevantes repercussões no âmbito das Administrações Públicas internas. Para o tema em análise, destaca-se o princípio do digital por definição, o qual estabelece que as Administrações Públicas devem privilegiar o digital, sem prejuízo da manutenção de outros canais abertos para quem não utiliza esta via por preferência ou necessidade¹⁹. Este princípio visou imprimir maior eficiência e economicidade aos serviços públicos, através da substituição do tradicional atendimento presencial e documentação em papel pela utilização de canais digitais, no entanto revelou-se difícil a implementação destas tecnologias relativamente a um grupo mais vulnerável da população, o que poderia representar uma clara discriminação. Em suma, “a estratégia da União Europeia passou por definir este princípio como dando preferência às interações digitais entre administrados e a Administração Pública mas salvaguardando outras vias de interação, nomeadamente a presencial, a fim de evitar tais desigualdades entre os administrados pela sua maior ou menos capacidade de expressão e desenvoltura digital”²⁰.

No ordenamento jurídico português, deparamo-nos com uma insuficiência e opacidade normativa que dificultam a transposição e aplicação efetiva daquele princípio.

O CPA dedica uma norma à regulamentação dos comportamentos eletrónicos, o artigo 14º. No entanto, o âmbito material desta norma parece apenas abarcar os comportamentos eletrónicos automatizados, deixando de fora os procedimentos eletrónicos de origem mecânica, sem prejuízo da interpretação extensiva da norma, estendendo-se a respetiva aplicação aos

¹⁸ Informação disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/contributions-and-preliminary-trends-public-consultation-egovernment-action-plan-2016-2020>

¹⁹ Informação disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0179>

²⁰ Joana Covelo de ABREU, “Os princípios gerais da Administração Pública em linha na União Europeia e a análise do artigo 14º do CPA- revisitando as necessidades de literacia digital”, in AAVV, *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, 5ª edição, Lisboa, AAFDL editora, 2020, pp. 394-396.

processos informatizados de origem mecânica²¹. Por outro lado, a norma parece ignorar a automatização como verdadeira forma de atividade administrativa, concebendo-a apenas como mero suporte de apoio à mesma.

Apesar do legislador ter revelado alguma preocupação, no artigo 14º, nº 4, em garantir a não existência de desigualdade no acesso, a verdade é que a solução é ainda insuficiente.

Por outro lado, os sistemas de inteligência artificial permitem à Administração terem acesso a um conjunto de dados atinentes aos cidadãos que poderão permitir à administração traçar um perfil de cada um dos administrados, o que se poderá revelar útil na resposta a dar, mas poderá representar uma forma de discriminação ilegítima em determinadas circunstâncias e reforçar o poder da Administração sobre os administrados.

Tal questão impele-nos.

Outro desafio que podemos equacionar no âmbito da utilização de procedimentos administrativos informatizados e que se poderão repercutir nas garantias dos cidadãos ao nível da correta tomada de decisão administrativa, relaciona-se com as situações em que exista alguma margem de apreciação.

Vejamos, não identificamos obstáculos substanciais na utilização de sistemas de inteligência artificial no quadro do exercício de poderes vinculados. Nesta sede, não existe margem conformadora por parte da Administração, pois o conteúdo do ato encontra-se previamente determinado na lei. Nesta situação, a transposição do silogismo para um sistema informático decisor parece não levantar problemas. Sem prejuízo de por vezes o texto legal comportar formulações demasiado densas e de difícil compreensão, sendo necessário o apelo a “técnicas de normalização”²² através da simplificação do texto, substituindo algumas expressões por outras mais curtas e de fácil perceção.

No que respeita ao exercício de poderes discricionários, a possibilidade de uso da inteligência artificial é claramente mais limitada.

²¹ Em consonância com Miguel Prata ROQUE, “há outras formas de atuação eletrónica que não passam, forçosamente pelo emprego de sistemas informáticos: i) envio de comunicações escritas por sistemas operativos móveis; ii) painéis eletrónicos de informação; iii) redes internas e interativas de televisão; iv) redes internas interativas de rádio”, in “Mais um passo a caminho de uma administração globalizada e tecnológica?”, *Direito e Política*, 2013, p. 169.

²² Catarina Sarmento e CASTRO, *Administração Pública e novas tecnologias: Implicações no procedimento e no ato administrativo*, Dissertação de Doutoramento, Universidade de Coimbra, 2017, p. 139.

O poder discricionário²³ é um poder jurídico conferido por lei, em que se exige à AP uma tensão criadora do direito no caso concreto. Assim, a escolha discricionária é uma decisão jurídica, intrínseca ao dever de boa administração, impondo-se que seja uma escolha certa, correta e justa. A discricionariedade não pode, por isso, significar uma escolha total do conteúdo, mas aquela que seja consentida pela lei, respeitando os limites jurídicos e seguir critérios jurídicos.

Cabe à Administração escolher, em cada situação concreta, os meios mais adequados à realização do interesse público, em função de parâmetros técnicos e à luz de ditames de eficácia e eficiência (pois nesta tarefa impende sobre o órgão administrativo um dever de boa administração, que decorre do princípio da prossecução do interesse público).

Como se sabe, são várias as formas através das quais o legislador atribui poder discricionário à Administração, designadamente, através da formulação de uma norma permissiva ou de uma norma facultativa, na qual se prevê uma panóplia de alternativas, entre as quais o agente administrativo deverá optar pela que melhor prosseguirá o interesse público do caso concreto, ou através as indeterminação conceptual da norma, prevendo-se conceitos indeterminados que atribuam uma intencionalidade normativa de abertura para valoração pela Administração ou através da atribuição do poder de autovinculação da Administração²⁴.

Perante o espaço de livre conformação da Administração, a Administração deverá escolher a solução que melhor se coaduna com o interesse público. No entanto não esqueçamos que o interesse público altera consoante as circunstâncias de tempo, lugar/espaço, não é um conceito imutável, não sendo, por conseguinte possível a programação da aplicação de determinada solução legal em determinada situação, pois esta altera-se em função das variáveis já enunciadas.

Se a norma revelar um diminuto grau de discricionariedade, talvez seja possível transpor para um programa informático as várias hipóteses concedidas, de modo a que a Administração se autovincule a determinada solução sempre que determinada situação seja subsumível na respetiva previsão normativa.

²³ Neste sentido, Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2020, p. 65.

²⁴ Isabel Celeste FONSECA, *Direito Administrativo II, Roteiro Teórico-Prático*, Braga, 2019, pp. 41-53.

No entanto parece-nos uma posição pouco aceitável no domínio da prática de atos desfavoráveis, sob pena de violação do princípio da igualdade.

Tal problema agrava-se quando falamos na fundamentação do ato. Tal como refere Catarina Sarmento e Castro nos procedimentos automatizados a fundamentação corresponde a um “texto estandardizado que a máquina reproduz todas as vezes que seja chamada a decidir”²⁵, solução absolutamente consentânea com o artigo 153º, nº 3, do CPA, desde que não haja redução de garantias dos particulares. Se tal situação é configurável no plano dos atos vinculados, o mesmo não se pode dizer relativamente aos atos discricionários em que a respetiva fundamentação deverá contemplar as particularidades do caso concreto, explicando-se porque foi praticado o ato com determinado conteúdo e não com outro.

Ao nível da produção de prova, designadamente na fase instrutória reconhecemos a existência de algumas dificuldades que não podemos olvidar.

Como já referimos, todas as questões que apresentam margem de apreciação, revelam-se dúbias em procedimentos automatizados, sobretudo no que respeita ao princípio do inquisitório previsto no artigo 58º do CPA. A ponderação exigida por este princípio saíra francamente beliscada. Como refere Paulo Otero “a insuficiência, desadequação ou incompletude da instrução administrativa, traduzindo-se numa deficiente ou amputada ponderação dos interesses relevantes para a decisão final, sendo passível de lesar o princípio da prossecução do interesse público na sua articulação com o respeito pelas posições jurídicas subjetivas revela-se atentatório do princípio da imparcialidade”²⁶.

Para além disso o CPA revela-se insuficiente na resposta dada relativamente às regras relativas à documentação das várias diligências a realizar, uma vez que apenas regula a documentação em suporte papel, no artigo 64º, nº 4.

No que contende com os problemas associados à proteção de dados, por questões de limitações, optamos por não discorrer de forma desenvolvida sobre a problemática, apenas referir que o artigo 22º do RGPD proíbe as decisões administrativas totalmente automatizadas, salvo devido consentimento do interessado. Trata-se de uma necessidade decorrente da celebração

²⁵ Catarina Sarmento e CASTRO, *Administração Pública e novas tecnologias...*, op. cit., p. 84.

²⁶ Paulo OTERO, *Dirçito do Procedimento Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2016, p. 87.

ou se a execução de um contrato ou existir uma norma de Direito da União Europeia na qual estejam previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos, liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, artigo 22º, nº 2, do RGPD.

Por fim, não podemos deixar de referir, que no contexto de procedimentos administrativos complexos, nos quais exista a prática de atos interlocutórios, muitas vezes, a automaticidade torna a formação do ato instantânea, sendo o mesmo de difícil localização ou verificação. Tal situação ocorre já inúmeras vezes no domínio do Direito Tributário, sendo que no contexto de execuções fiscais a Administração Tributária não consegue identificar atos, mesmo quando pedido pelo Tribunal.

Em suma, podemos afirmar que a utilização de um procedimento automatizado apresenta claras vantagens de eficácia, eficiência, economicidade, não obstante cria também inúmeros constrangimentos aos direitos, liberdades e garantias dos administrados.

Revela-se de extrema urgência uma revisão do CPA, e respetiva inclusão da regulamentação do procedimento automatizado.

Uma correta disciplina da automação administrativa poderia, por exemplo, contribuir para minorar os riscos de um acesso desigualitário e discriminatório. Os procedimentos administrativos automatizados apresentam, particularidades que não resolúveis pelo CPA. Aconselha-se uma revisão substancial, centrada em relações multilaterais da Administração de cariz predominantemente consensual.

3. Os desafios do uso da inteligência artificial no Processo Administrativo – Do juiz humano ao juiz *robot*

Por outro lado, do ponto de vista da justiça administrativa, ao longo do século XXI temos assistido a um aumento substancial da conflitualidade, e, por conseguinte, da litigiosidade. Nessa esteira, verifica-se um claro aumento do recurso aos tribunais. Face à escassez de meios materiais e humanos na justiça estadual, excesso de formalidades e complexidade das matérias objeto de litígio, as decisões tornam-se cada vez mais morosas e ineficientes.

Face aos problemas diagnosticados, temos vindo a assistir a uma desmaterialização do processo. Em 2019 este processo intensificou-se não só no domínio do processo civil²⁷, em 2019 procedeu-se igualmente a uma verdadeira desmaterialização do processo administrativo. O Código de Processo dos Tribunais Administrativos foi objeto de alteração com a Lei nº 118/2019, de 17 de setembro, transitando o legislador de uma mera preferência pelo processo eletrónico para uma efetiva desmaterialização. Aliás a epígrafe do artigo 24º do CPTA era “realização de atos processuais” passando a ser, posteriormente à alteração, “processo eletrónico” o que não deixa qualquer margem para dúvidas acerca da opção legislativa.

Embora possamos identificar alguns problemas específicos que a automatização do processo poderá acarretar, nas diversas fases da tramitação processual²⁸, optar por não discorrer sobre os aspetos processuais, mas antes as dificuldades substanciais de acesso à justiça.

A desmaterialização processual acarreta evidentes vantagens²⁹ ³⁰ ao nível de custos, eficiência e tratamento equitativo das partes. Por um lado, é evidente a diminuição de custos para o Estado que não terá que fazer um arquivo em papel e por outro lado, para o particular que se vê dispensado das despesas inerentes às diligências presenciais. A informalidade resultante da não realização de atos presenciais conduz, por sua vez, a uma maior celeridade.

Outra vantagem que se pode apontar à justiça digitalizada prende-se com a publicidade e transparência dos processos. Tratando-se de uma justiça digital facilita o acesso às decisões judiciais. As próprias audiências podem ser facilmente disponibilizadas através de plataformas digitais.

Embora um sistema informatizado de justiça possa conduzir à existência de inúmeras vantagens não podemos considerá-lo desprovido de desvantagens, sobretudo no que respeita ao sistema garantístico.

²⁷ O Decreto-Lei nº 97/2019, de 26 de julho, introduziu importantes alterações no âmbito da desmaterialização, não consistindo esta apenas em documentos eletrónicos mas através da previsão de um sistema informática capaz de realizar muitas mais tarefas, auxiliando o juiz na tomada de decisões.

²⁸ A este propósito vide Tiago SERRÃO, “Processo eletrónico e ação administrativa: breves reflexões”, *Revista do Ministério Público*, nº 161, janeiro a março de 2020, pp. 77-98.

²⁹ Jonh ZELEZNIKOW, “Can Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution Enhance Efficiency and Effectiveness in Courts”, *International Journal for Court Administration*, vol. 8, 2017, p. 30.

³⁰ Artur FLAMINIO e Daniela MIRANTE, “A justiça Administrativa digital: algumas questões constitucionais”, in AAVV, *Direito Administrativo e tecnologia*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 182-183.

Alguns desafios que podemos identificar na justiça automatizada, já foram expostos na primeira parte deste artigo como é o caso do problema da discriminação no acesso aos meios eletrônicos e a dificuldade inerente ao poder discricionário, designadamente na interpretação e aplicação de alguns conceitos indeterminados.

Outros problemas são exclusivos da dimensão processual.

O primeiro desafio que se impõe ao juiz *robot* é o acompanhamento de todo o raciocínio jurídico³¹ (raciocínio indutivo, dedutivo e abduativo). Ao que se acresce o facto de a sentença resultar de um processo hermenêutico, com a necessidade de se estabelecer algumas analogias e raciocínios complexos. A sentença, é, pois, o resultado de uma ponderação mental complexa, dependente de capacidades humana e inúmeras vezes implica pré conceções morais e éticas, mundividências³² que as máquinas não tem. Existem fatores externos, inerentes ao ser humano, designadamente as emoções que contribuem para a prolação de uma decisão justa, adequada e equitativa.

Outro desafio com que nos deparamos nesta sede relaciona-se com a eventual legitimação da privatização da justiça. Não esqueçamos que as principais plataformas existentes são criadas e geridas por privados e irão ser disponibilizadas ao Estado para que o qualquer cidadão, parte num processo posso ter acesso às mesmas. Tal situação poderá desembocar numa excessiva dependência técnica de privados e clara dificuldade em assegurar a segurança e proteção de dados dos particulares, podendo colocar-se questões de cibersegurança ou pirataria informática. Se tal problema assume relevância nos vários domínios da administração pública, maior relevância terá no domínio da justiça administrativa.

Outra questão prende-se com a necessidade de secretismo de alguns atos processuais. Realizando-se os referidos atos à distância, o acesso aos

³¹ Na Alemanha está a ser desenvolvido um protótipo de *software* chamado ARGUMENTUM, que visa identificar, analisar e recomendar de modo automatizado as estruturas de argumentação jurídica incorporadas na jurisprudência, eletronicamente disponível, do Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht, BVerfG). Ver Constantin HOUY *et al.*, “Towards Automated Identification and Analysis of Argumentation Structures in the Decision Corpus of the German Federal Constitutional Court”, in AAVV, 7th IEEE International Conference on Digital Ecosystems and Technologies (DEST), 2013; C. HOUY *et al.*, “ARGUMENTUM - Towards computersupported analysis, retrieval and synthesis of argumentation structures in humanities using the example of jurisprudence”, KI-2012: Poster.

³² Katherine B. FORREST, “When Machines Can Be Judge, Jury, And Executioner: Justice In The Age Of Artificial Intelligence”, *World Scientific*, 2021, p. xx.

mesmos poderá apenas ser conferido aos intervenientes, mas nada garante que alguém que tenha acesso à ligação não possa ter conhecimento da mesma.

Uma preocupação que também é carreada pela automatização do processo judicial é o comprometimento do princípio da imediação. Este princípio revela uma importância fulcral ao nível da produção de prova, contribuindo que os elementos probatórios recolhidos em sede de instrução sejam fidedignos. Trata-se da melhor forma de aproximar a realidade que se declara e a realidade que efetivamente ocorreu. Em suma, este princípio “providencia o contacto direto entre o sujeito decisor (juiz) e o objeto da decisão, eliminando fatores [que] pudessem representar interferências nessa relação”³³.

O exemplo paradigmático deste tipo de situação ocorre no domínio dos depoimentos de parte, quando a prestação destes não é feita presencialmente, até pode contender com o exercício do direito de contraditório, impedindo-se a contraparte de inquirir e solicitar esclarecimentos adicionais, o que poderá comprometer a obtenção da verdade material. Existem “particularidades (a postura, o rubor, a inquietude, o olhar, a cadência do discurso e do gesto, o tom de voz) que [a] presença física pretende colher de uma forma global e especialmente impressiva. A conexão à distância proporciona, sob este ponto de vista, uma visão empobrecida da realidade complexa que o depoimento representa”³⁴.

A prestação de depoimento à distância condiciona a integridade da informação facultada e por conseguinte a justiça da decisão final.

Outra dificuldade com que nos deparamos, prende-se com a diminuta transparência no que contende com a distribuição de processos, sendo um sistema automatizado permeável a manipulações. Hoje este problema encontra-se minorado com a aplicação “com as necessárias adaptações das disposições dos artigos 204º, nº 2, e 213º do Código de Processo Civil, os quais para além de exigirem transparência na distribuição, impõem ainda a presença de entidades que a asseguram.

Por fim, importa refletir sobre o risco de cristalização de jurisprudência, pois um procedimento automatizado uniforme, sem intervenção do juiz

³³ Lucinda Dias da SILVA, “Processo eletrónico e conexão à distância”, in AAVV, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 697 e ss.

³⁴ Lucinda Dias da SILVA, “Processo eletrónico e conexão à distância”, *op. cit.*, p. 707.

capaz de aferir as particularidades do caso concreto, poderá conduzir a um tratamento igualitário de questões substancialmente diferentes.

Por outro lado, ao introduzirmos decisões judiciais num *software*, este decidirá de acordo com as decisões previamente obtidas, o que poderá impedir o surgimento de decisões inovadoras e uma jurisprudência cristalizada.

Por fim, surgem preocupações éticas³⁵ com a intervenção de um juiz robot na prolação de sentenças judiciais, a qual estabelece um conjunto de princípios aplicáveis neste âmbito³⁶.

Com o mesmo propósito, em 2021, a Comissão emanou uma proposta de regulamento para enquadramento legal da inteligência artificial a nível Europeu.

No ordenamento jurídico Português ainda se denota uma escassa regulamentação neste âmbito, pelo que impõe-se a criação de uma entidade independente que fiscalize, acompanhe e verifique a atuação dos sistemas de inteligência artificial, de forma a aferir se estes cumprem os padrões subjacentes à ética.

Em suma, podemos afirmar que urge a necessidade de enquadramento legal da inteligência artificial no domínio da Administração Pública, quer no contendo com a atividade procedimental automatizada, quer no que toca à vertente adjectiva da matéria.

Deverá ser criado um corpo principiológico adequado à nova realidade tecnológica para que não sejam descuradas as garantias dos cidadãos.

Todos os desafios apontados justificam a existência de um diploma normativo que estabeleça as condições jurídicas, éticas, procedimentais e garantísticas da Administração digital.

³⁵ A este propósito *vide*, Maria DYMITRUK, “Ethical Artificial Intelligence in Judiciary”, *Conference: 22nd International Legal Informatics Symposium IRIS 2019: Salzburg, Austria, February 2019*, conference paper.

³⁶ Carta Ética Europeia sobre o uso de Inteligência Artificial nos Sistemas Judiciais, disponível em <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>