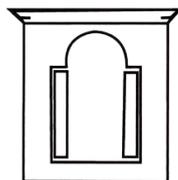


SEPARATA

RPDC N.º 4 (2024)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



AATRIC

Limites Constitucionais da Automatização Administrativa: Considerações à Luz da Jurisprudência do Consiglio di Stato

Beatriz Garcia

*Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Doutoranda e Investigadora Integrada, Lisbon Public Law (ICJP-CIDP)
beatrizgarcia@fd.ulisboa.pt*

Resumo: Nos nossos dias, a Administração Pública utiliza, cada vez mais, a Inteligência Artificial na tomada de decisões. Baseada em algoritmos, que padronizam decisões que comunguem de uma série de características comuns, esta é uma tecnologia emergente que representa um enorme desafio quando comparada com as formas tradicionais de decisão administrativa. Não obstante a evidente convergência entre a Inteligência Artificial e as exigências legais de eficiência, celeridade e eficácia administrativas impostas pelo princípio da boa administração, não são de somenos os desafios que a implementação destas tecnologias trazem para a proteção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Esses desafios agigantam-se com a necessidade de compatibilizar a utilização de uma tecnologia (matemática, logo, objetiva) com a realização de valorações (pessoais, logo, subjetivas) que só um Ser Humano pode fazer e que tão necessárias são nos momentos de discricionariedade administrativa. Com o objetivo de perceber se, e em que medida, as decisões administrativas automatizadas se apresentam conforme a Constituição, este artigo foca, em especial, a jurisprudência italiana do *Consiglio di Stato* sobre o assunto, procurando perceber quais os limites da automatização administrativa na ordem jurídica portuguesa. Que tipo de

automatização se coaduna, constitucionalmente, com a proteção dos direitos fundamentais dos particulares?

Abstract: Nowadays, the Public Administration increasingly applies Artificial Intelligence in the decision-making process. Based on algorithms, which standardize decisions that share common features, the use of this emerging technology by the Public Administration is an enormous challenge when compared to traditional forms of administrative decision. Notwithstanding the obvious convergence between Artificial Intelligence and the legal demands of administrative efficiency, fastness, and effectiveness imposed by the principle of good administration, many are the challenges that the implementation of this technology bring to the protection of citizens' fundamental rights. Those challenges are magnified before the need to reconcile the use of a technology (mathematical, therefore, objective) with the formulation of (personal, therefore, subjective) valuations that only a Human Being can do and that are decisive in the moments of administrative discretion. With the aim of understanding whether, and to what extent, automated administrative decisions are aligned with the Portuguese Constitution, this article focuses the Italian jurisprudence of the *Consiglio di Stato* who has spoken on the subject, seeking to understand what the limits of administrative automation in the Portuguese legal order. What kind of automation is constitutionally possible and respects the protection of individuals' fundamental rights?

Palavras-chave: Administração Pública; Inteligência Artificial; algoritmos; decisão administrativa automatizada; discricionariedade administrativa; direitos fundamentais; *Consiglio di Stato*.

Keywords: Public Administration; Artificial Intelligence; algorithms; automated administrative decision; administrative discretion; fundamental rights; *Consiglio di Stato*.

I. Introdução e Metodologia de investigação. Colocação do(s) problema(s)

A automatização chegou ao Direito e é um caminho sem retorno. Tenhamos uma perspetiva cegamente positiva ou altamente cética¹ diante desta inevitabilidade, uma coisa é certa: não nos podemos evadir da questão, que é porventura, o fenómeno jurídico mais marcante do século XXI.

¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, "The New World of Information and New Technologies in Constitutional and Administrative Law", in *Automatisierte Systeme*, München: C.H. Beck, 2022, pp. 425-435.

Transversal a todos os ramos do Direito, provocando maiores ou menores terramotos por onde passa, a automatização – ou automação – vai chegando, timidamente, às funções clássicas do Estado, nunca isenta de celeumas e dos mais relevantes questionamentos.

Mas, do que estamos, realmente, a falar?

Apesar de não haver uma definição universal consensualizada, a automatização pode ser entendida, como a própria designação indicia, nos seguintes termos: "state in which a technical system performs a formerly human task or parts of that task, respectively"². Note-se que falar em automatização não significa necessariamente dizer, *a priori*, que a presença humana é preterida³.

Passível, por isso, de ser aplicada a qualquer área do Direito em que exista um procedimento decisório – e, portanto, aplicável, em teoria, quer à função jurisdicional⁴, quer à função legislativa –, o seu advento não escapa à função administrativa, enquanto função do Estado que, de acordo com o artigo 266.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa *visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*.

É precisamente na função administrativa que nos iremos focar.

Recentemente, a jurisprudência italiana do *Consiglio di Stato* pronunciou-se sobre o tema em dois casos sobre a mesma situação. Nestas duas decisões, traçou fronteiras e limites à utilização de algoritmos na tomada de decisões pela Administração – no caso, para fins de mobilidade de professores do ensino secundário. O conhecimento destas decisões leva-nos a questionar como é que casos do mesmo tipo seriam decididos pelo Tribunal Constitucional Português – situação que, até hoje, nunca se verificou.

A pertinência da questão é manifesta, considerando que a Administração Pública começa paulatinamente a recorrer a tecnologias *machine learning* para a tomada de decisões.

Resultantes do advento da Inteligência Artificial (doravante, IA), manifestam-se em algoritmos preditivos que operam com base em gigantescas bases de dados (*Big Data*). Porque este não é o local adequado para dissertar sobre os benefícios que a IA aporta para a Administração

² MONIKA SIMMLER / RUTH FRISCHKNECHT, "A taxonomy of human-machine collaboration: capturing automation and technical autonomy", in *AI & SOCIETY*, Springer, 2021, n.º 36, pp. 239-250, p. 242.

³ T. B. SHERIDAN/ R. PARASURAMAN, "Human-Automation Interaction", in *Reviews of Human Factors and Ergonomics*, 1(1), 2005, pp. 89-129.

⁴ SÓNIA MOREIRA, "Justiça Sustentável e Inclusiva: O Uso de IA nos Tribunais", in *Congresso Luso-Brasileiro de Direito e Desenvolvimento Sustentável*, Escola de Direito da Universidade do Minho /JusGov, junho de 2023, pp. 37-46, e bibliografia aí citada.

Pública⁵, apenas é de referir que o recurso a esta tecnologia pode imprimir celeridade, eficiência e sustentabilidade à atuação administrativa. Do mesmo modo, a neutralidade do algoritmo, resultante da sua natureza lógico-dedutiva, seria um instrumento ideal para evitar a parcialidade e, até, o preconceito nas decisões administrativas⁶. Não se olvide, porém, os riscos⁷ que traz para o funcionamento da Administração – riscos esses que podem provocar danos⁸ –, e que devem requerer, da parte dos entes públicos, uma verdadeira política de prevenção⁹.

Para conseguirmos estudar a questão, teremos de começar por indagar o que é, afinal, uma decisão automatizada. O conceito está intrinsecamente ligado à ideia de autonomia¹⁰ da máquina.

Segundo a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica – 2015/203 (INL) –, “a autonomia de um robô pode ser definida como a capacidade de tomar decisões e implementá-las no mundo externo, independentemente de controlo ou influência externa; (...) esta autonomia é de natureza puramente tecnológica e o seu nível depende do grau de complexidade com que foi desenhada a interação de um robô com o ambiente”.

Antes de prosseguirmos, coloquemos as nossas hipóteses de partida, em abstrato – na medida em que pelo menos duas delas serão, logo à partida, inverosímeis:

- i) a Constituição *proíbe totalmente* este tipo de decisões, o que pode fazer:
 - a) expressamente; (hipótese A) ou
 - b) por interpretação atualista de princípios ou normas existentes, caso em que resta saber quais; (hipótese B)

⁵ DIANA-URANIA GALETTA / JUAN GUSTAVO CORVALÁN, “Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto”, *Federalismi.it*, 3 (2019), pp. 1-23.

⁶ CASS R. SUNSTEIN, “Algorithms: Correcting Biases”, *Social Research: An International Quarterly*, 86 (n.º 2) (2019), pp. 499-511.

⁷ Sobre a perceção desses riscos, *vide* THEO ARAUJO / NATALI HELBERGER / SANNE KRUIKEMEIER / CLAES H. DE VRESSE, “In AI we trust? Perceptions about automated decision-making by artificial intelligence”, in *AI & SOCIETY*, n.º 35, Springer, 2020, pp. 611-623.

⁸ Desde danos à segurança e à saúde (incluindo a própria vida), passando pela perda da privacidade, por limitações à liberdade de expressão, violações do princípio da dignidade da pessoa humana e discriminações diversas (de género, de acesso ao emprego, entre outras).

⁹ Sobre o princípio da prevenção, *vide* J. J. GOMES CANOTILHO, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa: Universidade Aberta Editora, 1998, pp. 44 e ss.; NICOLAS DE SADELEER, *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 40 e ss.

¹⁰ Alguma doutrina prefere referir-se a esta característica como “*emergent behavior*”, considerando que a autonomia é uma característica reservada aos Seres Humanos, dotados de livre-arbítrio, *cfr.* RYAN CALO, “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, *California Law Review*, 513 (2015), pp. 513-563.

- ii) a Constituição *permite totalmente* este tipo de decisões, o que pode fazer:
 - a) expressamente; (hipótese C) ou
 - b) por interpretação atualista de princípios ou normas existentes, caso em que resta saber quais; (hipótese D) e
- iii) a Constituição *permite parcialmente*, situação que nos leva a perguntar:
 - a) em que casos e com base em que normas ou princípios jurídicos, o que pode fazer
 - i. expressamente; (hipótese E) ou
 - ii. por interpretação atualista de princípios ou normas existentes, caso em que resta saber quais (hipótese F).

Considerando que este é um universo totalmente novo de atuação administrativa ainda sem respaldo constitucional, são de rejeitar, desde logo, as hipóteses de permissão total expressa e de proibição total expressa (hipóteses A e C). Com efeito, na Constituição inexistente qualquer referência à automatização de procedimentos – apesar de ser possível encontrar uma norma sobre o tratamento automatizado de dados, a saber, o artigo 35.º da Lei Fundamental.

É à análise da questão que dedicaremos as páginas que se seguem, procurando perceber quais os limites da automatização das decisões administrativas no ordenamento jurídico-constitucional português.

Para efeitos deste escrito, começaremos por i) enquadrar conceptualmente a temática em estudo, procedendo, de seguida, à ii) apresentação da recente jurisprudência do *Consiglio di Stato* sobre o tema e iii) análise do respetivo argumentário, por forma a extrair conclusões que auxiliem a compreensão e o conseqüente tratamento dos problemas detetados pelo Tribunal italiano à luz do ordenamento jurídico-constitucional português.

II. A automatização das decisões administrativas

Considerando a definição de *automatização* acima descrita¹¹, podemos afirmar que a *automatização administrativa* se reconduz ao fenómeno através do qual o Estado e demais entidades públicas, no exercício desta função, recorrem a algoritmos para a realização de atos, operações, trâmites ou procedimentos legalmente previstos.

Recorrendo à legislação espanhola – que, neste âmbito, demonstra um particular avanço –, encontramos uma definição de *atuação administrativa automatizada* no artigo 41.º da *Ley 40/2015*, de 1 de outubro, que estabelece

¹¹ Ver a nota de rodapé 2.

o Regime Jurídico do Setor Público, nos seguintes termos: “qualquer ato ou operação realizada integralmente através de meios eletrónicos pela Administração Pública no âmbito de um procedimento administrativo e na qual não tenha intervindo de forma direta um funcionário público”¹². O grau de automatização – ou seja, o âmbito e limite até onde a Administração leva esta capacidade de realização de operações por via telemática – pode, contudo, variar.

Na Constituição da República Portuguesa, a única norma que se refere expressamente à automatização é o artigo 35.º (“Utilização da informática”), mais concretamente, o seu n.º 2, de onde decorre que é a lei que define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização. É, então, a única norma que refere se expressamente à automatização, e fá-lo a propósito do tratamento de dados pessoais – regulado no Regulamento Geral de Proteção de Dados¹³ (doravante, RGPD) e na Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto. Logo, o tratamento automatizado de dados é permitido, pela CRP, e concretizado pela via legislativa, com as proibições impostas pelo n.º 3 do mesmo artigo.

Outra menção pode ser encontrada no artigo 9.º da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital¹⁴. Com um cariz marcadamente programático, este diploma, no que concerne à utilização de algoritmos pela Administração Pública, determina que “as decisões com impacto significativo na esfera dos destinatários que sejam tomadas mediante o uso de algoritmos devem ser comunicadas aos interessados, sendo suscetíveis de recurso e auditáveis, nos termos da lei” (n.º 2 do artigo 9.º). O próprio n.º 1 do preceito consagra que “a utilização da inteligência artificial deve ser orientada pelo respeito dos direitos fundamentais, garantindo um justo equilíbrio entre os princípios da explicabilidade, da segurança, da transparência e da responsabilidade, que atenda às circunstâncias de cada caso concreto e estabeleça processos destinados a evitar quaisquer preconceitos e formas de discriminação”.

No plano infraconstitucional, e porque se trata de um diploma de aplicação genérica à função administrativa, destacamos o n.º 4 do artigo

¹² Tradução livre da autora. No original: “cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”.

¹³ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

¹⁴ Aprovada pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio. Para uma crítica (acutilante) a este diploma, vide José DE MELO ALEXANDRINO, “Dez Breves Apontamentos sobre a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital”, disponível em <https://www.icjp.pt>.

62.º do CPA, de onde resulta que os balcões eletrónicos podem proceder à emissão automatizada de atos administrativos. Apesar da promessa que esta redação encerra, desta norma não resultam verdadeiras regras relativas à sua prática – o que se depreende, desde logo, da sua inserção sistemática –, sendo de concluir que, com esta alteração, o legislador apenas quis apontar para essa possibilidade futura¹⁵.

Feito este brevíssimo enquadramento, passemos à descrição das decisões do *Consiglio di Stato* de 2019, onde se fixaram os limites das decisões administrativas automatizadas.

III. As decisões do *Consiglio di Stato* de 2019

1. O(s) caso(s)

Em ambos os casos – na *Sentenza* 2270/2019, de 8 de abril, e na *Sentenza* 8472/2019, de 13 de dezembro –, um grupo de docentes do ensino obrigatório recorreu à via judicial na sequência daquilo que considerava ser um procedimento ilegal de colocação e seriação em que tinham participado e que – e aqui reside a novidade – havia sido operado por um sistema informático que utilizava um algoritmo.

Por erro no funcionamento daquele, o *output* foi uma série de resultados “irracional”, no dizer do *Consiglio di Stato*: houve docentes colocados em cargos para os quais não se tinham candidatado – o que seria virtualmente impossível à luz das regras do algoritmo –, e, pior, candidatos com mais baixa classificação tinham beneficiado de vagas no local de residência e na disciplina e ano escolar preferenciais expressas na candidatura, situação que não se tinha verificado com os seus colegas melhor graduados. O algoritmo não havia considerado, inclusive, as preferências indicadas nos respetivos pedidos de transferência, sem qualquer justificação racional aparente.

O recurso foi procedente em ambos os casos, tendo o *Consiglio di Stato* considerado ter havido violação de princípios jurídicos aplicáveis às decisões administrativas automatizadas.

2. A fundamentação

A fundamentação da decisão de dezembro foi mais rica do que na decisão de abril. Começemos por esta última.

¹⁵ Em linha com a conclusão de ANDRÉ ZIBAIA DA CONCEIÇÃO, “Automatização da atividade administrativa: promessa ou realidade? As alterações ao artigo 62.º do CPA”, *Revista de Direito Administrativo*, 18 (2023), pp. 53-57, p. 56.

2.1. A *Sentenza* 2270/2019, de 8 de abril

O Tribunal invocou o princípio da transparência, de acordo com o qual o algoritmo utilizado deve ser cognoscível, implicando pleno conhecimento das regras que lhe subjazem. No caso em apreço, a compreensão dos métodos com que, através do referido algoritmo, haviam sido atribuídos os lugares disponíveis, era impossível, constituindo, para o *Consiglio di Stato*, por si, só uma falha capaz de invalidar todo o procedimento. Para o Tribunal, os resultados “ilógicos e irracionais”, verdadeiramente “paradoxais”, atentam contra aquilo que são as funções e objetivos do procedimento administrativo.

Esta cognoscibilidade do algoritmo deve ser garantida em todos os aspetos: desde os seus autores, ao procedimento utilizado para o seu desenvolvimento, passando pelo mecanismo de decisão, incluindo as prioridades atribuídas no processo de avaliação e tomada de decisão e os dados selecionados como relevantes. Tal demonstração – exigente – permitiria ao cidadão comparar os *inputs* da máquina com os seus *outputs*; uma verdadeira correspondência, lógica e sistemática, resultaria na sua fiabilidade, mimetizando as regras (jurídicas) definidas pela Administração.

Para o *Consiglio di Stato*, a multidisciplinariedade que caracteriza o algoritmo (um somatório de competências jurídicas, técnicas, informáticas, estatísticas e administrativas) não dispensa a necessidade de conhecer a “fórmula técnica” e as explicações que a traduzem na “norma jurídica” que lhe subjaz e que o tornam legível e compreensível, tanto para os cidadãos, como para o juiz.

Em segundo lugar, entendeu que a regra algorítmica também deve estar sujeita ao pleno conhecimento e à revisão completa do juiz administrativo, numa declinação direta do direito de defesa do cidadão, que não pode ser impedido de conhecer os métodos (mesmo que automatizados) através dos quais foi tomada uma decisão destinada a ter repercussões na sua esfera jurídica. Aqui, o Tribunal detalha que a decisão administrativa automatizada exige que o juiz avalie primeiro a regularidade do processo em todos os seus componentes. Na decorrência desta análise, o juiz deve ser capaz de rever a mesma “lógica e razoabilidade” da decisão administrativa algorítmica.

O *Consiglio di Stato* sublinha que só assim a decisão pode ser eficaz e assumir um alcance semelhante aos casos em que a Administração recorre a métodos decisórios tradicionais, numa lógica que obedece a um princípio de igualdade.

De um modo geral, o Tribunal sustentou que o uso da IA não pode comprometer os princípios que enformam o ordenamento jurídico (italiano) e que, em particular, regulam o exercício da função administrativa.

Sobre a regra técnica que subjaz ao algoritmo, sustentou que i) possui plena validade jurídica e administrativa, ainda que expressa em linguagem matemática; ii) não pode deixar espaços de aplicação discricionária, devendo prever uma solução para todos os casos definidos; iii) vem acompanhada da necessidade de um papel mediador e de composição de interesses *ex ante* que a Administração deve assumir (quando determina as regras jurídicas que o algoritmo vai aplicar); e, por fim, iv) deve ser passível de controlo jurisdicional. Afirma-se, por fim, que o algoritmo é um *atto amministrativo informatico*.

2.2. A *Sentenza* 8472/2019, de 13 de dezembro

Como referido, a fundamentação da *Sentenza* de dezembro foi mais robusta. Não obstante ter mencionado legislação supranacional na *Sentenza* de abril, aqui o *Consiglio di Stato* faz uma amplíssima referência ao Direito da União Europeia, considerando ter havido violação dos princípios i) da cognoscibilidade (e da compreensibilidade); ii) da não exclusividade da decisão algorítmica e iii) da não discriminação algorítmica.

Vejamos.

De acordo com o primeiro princípio, todos têm o direito de saber da existência de processos automatizados de decisão que lhes digam respeito, e de, conseqüentemente, receber informações significativas sobre a lógica usada. O *Consiglio di Stato* retira este princípio do artigo 42.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante, CDFUE), de onde resulta que quando a Administração Pública pretende adotar uma decisão que possa ter efeitos adversos sobre uma pessoa, tem a obrigação de ouvi-la antes de agir, para lhe permitir o acesso aos seus arquivos e documentos e, por último, tem a obrigação de fundamentar as razões da sua decisão. O Tribunal sublinha que a forma – geral – como o princípio está consagrado abrange a sua aplicação tanto às entidades privadas, quanto aos entes públicos. O Tribunal salientou, a este propósito, que as operações algorítmicas (matemáticas, mas que espalham a regra jurídica que está na sua base) devem ser sempre comprovadas e ilustradas a nível técnico, pelo menos clarificando as circunstâncias acima mencionadas, ou seja, as instruções dadas e os métodos de funcionamento do sistema.

O Tribunal considera que o princípio da compreensibilidade vem completar o princípio da cognoscibilidade, possibilitando a receção de “informações significativas sobre a lógica utilizada”.

Em segundo lugar, o *Consiglio di Stato* refere, enquanto princípio de alcance global, o princípio da não exclusividade da decisão algorítmica. Aqui, recorda o artigo 22.º do RGPD¹⁶, segundo o qual “o titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar” (n.º 1).

Nesse sentido, defende que ainda deve haver uma contribuição humana no processo de tomada de decisão capaz de controlar, validar ou negar a decisão automática.

Por fim, e em linha com o considerando 71 do RGPD, o Tribunal reclama a aplicação de um princípio fundamental de não discriminação algorítmica, segundo o qual o responsável pelo tratamento de dados deve utilizar procedimentos matemáticos ou estatísticos adequados para a criação de perfis, implementando medidas técnicas e organizacionais adequadas que assegurem, em particular, que os fatores que levam a imprecisões dos dados sejam retificados, minimizando, assim, o risco de erros e garantindo a segurança dos dados pessoais. Esta abordagem tem em conta os potenciais riscos potenciais existentes para os interesses e direitos dos interessados e procura mitigá-los ou eliminá-los – numa verdadeira filosofia de gestão de riscos¹⁷.

Seguindo a decisão de abril, o *Consiglio di Stato* decidiu, enfim, que o algoritmo não havia sido utilizado em conformidade com os princípios mencionados, tendo invalidado, conseqüentemente, todo o procedimento concursal.

Criticando a decisão da primeira instância, o Tribunal sublinha que toda a lei do procedimento administrativo, concebida numa época em que a Administração não foi afetada pela revolução tecnológica, não pode, portanto, ser considerada aplicável indiscriminadamente à atividade administrativa algorítmica. Frisou que a mitigação dos perigos da tecnologia não é evitada pela aplicação rígida e mecânica de normas – que não foram pensadas para aquela realidade aquando da sua criação. Antes propõe, pela necessidade fundamental de proteção colocada pela utilização da ferramenta informática

¹⁶ Sobre o artigo 22.º em relação com os algoritmos, e fazendo menção aos princípios que o *Consiglio di Stato* destaca nestas decisões, vide SANDRA BARBOSA / SARA FÉLIX, “Algorithms and the GDPR: An analysis of article 22”, *Anuário da Proteção de Dados* (2021), pp. 67-93.

¹⁷ Segundo CARLA AMADO GOMES, “Estado social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* (2010), pp. 19-34, p. 34: “O que se perde em autonomia decisória, em precisão normativa, tem que recuperar-se em transparência, participação, fundamentação”.

algorítmica, a aplicação do princípio da fundamentação da decisão (este seria, na verdade, o limite em torno do qual todos os outros gravitariam).

O Tribunal conclui que as regras existentes não respondem à realidade da IA, mas que os princípios – mais abertos e flexíveis – já permitem a solução, justa, de invalidade do procedimento, que foi tomada.

IV. Apreciação das decisões à luz do ordenamento jurídico-constitucional português

Conhecidas as decisões do *Consiglio di Stato* e respetivas fundamentações, é tempo de regressar a Portugal e perceber como como é que casos do mesmo tipo poderiam ser decididos pelo Tribunal Constitucional Português.

1. O fundamento constitucional da atividade administrativa automatizada

O *Consiglio di Stato* fundamenta, como se viu, o recurso à IA no exercício da função administrativa com o princípio da boa administração ao fazer uma referência expressa, em ambas as decisões, ao artigo 97.º da Constituição italiana. Nele começa, assim, por alicerçar uma das suas premissas de base mais importantes: a de que a utilização de IA pela Administração seria uma possível hodierna concretização dessa norma.

Ei-la:

Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge [95 c.3], in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari [28].

Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

A jurisprudência retira esta conclusão da referência ao “*buon andamento (...) dell'amministrazione*” – o que corresponderia, em português, ao *princípio da boa administração*.

Aqui encontramos a primeira diferença entre os dois sistemas: a CRP não faz nenhuma referência expressa a este vetor.

Quer isto significar que não acolhe, por isso, a existência de um procedimento administrativo automatizado? Ou haverá outra(s) normas que o possibilitem?

A boa administração é acolhida, pelo CPA, no seu artigo 5.º, e a sua origem remonta ao Direito da União Europeia, mais concretamente, ao artigo 41.º da CDFUE.

O artigo, sob epígrafe “Direito a uma boa administração”, reza que “todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável” (n.º 1). No n.º 2, o legislador europeu escreve que este direito compreende o direito de qualquer cidadão i) a ser ouvido antes de ser tomada qualquer medida individual que afete desfavoravelmente a sua situação jurídica; ii) o direito de qualquer pessoa ter acesso aos processos que lhe digam respeito, nos limites da confidencialidade e segredo profissional ou comercial e iii) a obrigação da Administração fundamentar as suas decisões.

A vastidão de corolários que encontramos, pois, no princípio da boa administração – potencialmente aplicáveis ao caso em estudo – é evidente. Com particular relevo para o nosso caso, diríamos que a exigência de fundamentação das decisões – que decorre do n.º 2 do artigo – resolveria o problema da cognoscibilidade (e compreensibilidade) da decisão algorítmica – que será desenvolvido em 2., adiante.

Em terras lusas, o artigo 266.º da Constituição – que inaugura a chamada “Constituição administrativa” – faz referência ao princípio da prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (n.º 1), bem como aos princípios da legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé (n.º 2).

Só de forma muito remota se pode retirar, do artigo 266.º, n.º 2, da CRP, uma referência minimamente similar: o princípio da boa administração tem uma existência dogmática separada dos princípios fundamentais da atividade administrativa aí consagrados – que, no fundo, são o tronco comum de todos os restantes princípios que condicionam esta função do Estado.

Considerando que o recurso à IA é, desde logo e de forma mais imediata, um benefício para a *organização administrativa* – porquanto os benefícios a ela associados assim o ditam –, a chamada à colação dos princípios da desburocratização e da aproximação dos serviços às populações, com respaldo constitucional no n.º 1 do artigo 267.º, poderiam encontrar aqui justificação – esta que não prescinde da necessária comprovação, pela Administração, de que a utilização de um sistema *machine learning* traria esses benefícios. Por esta via, cremos que essa possibilidade seria, desde logo admitida.

Em suma, o Tribunal Constitucional Português poderia sempre invocar o princípio da boa administração, assim como os princípios organizatórios do artigo 267.º, n.º 1, da CRP.

2. O princípio da cognoscibilidade (e da compreensibilidade)

O *Consiglio di Stato* invoca, após admitir a permissão de um procedimento administrativo automatizado com base no artigo 97.º da Constituição italiana, princípios que coincidem, pelo menos parcialmente, com as exigências resultantes do artigo 5.º RGPD relativos ao processamento de dados. O preceito exige, no seguimento do Considerando 39, a licitude, a justiça e a transparência da política de recolha de dados, numa linguagem clara, simples e cognoscível por parte do particular utilizador¹⁸. Este postulado envolve o conhecimento dos riscos, regras, garantias e direitos associados ao tratamento dos dados pessoais e dos meios existentes para exercício dos direitos.

Neste contexto, levantam-se uma série de interrogações: qual o alcance deste princípio? O RGPD tem conteúdo materialmente constitucional? Faz parte da Constituição material europeia?

2.1. O Direito Constitucional *Multinível*

É neste ponto que é pertinente introduzirmos o conceito de *Constitucionalismo Multinível*¹⁹, termo recente e não isento de opositores²⁰.

Considerando a crescente existência de entidades quer a nível global, quer a nível regional – nomeadamente, europeu –, nas últimas décadas tem-se

¹⁸ Sobre esta necessidade de fundamentação, *vide* MELANIE FINK / MICHÈLE FINCK, “Reasoned A(I) dministration: explanation requirements in EU law and the automation of public administration”, in *European Law Review*, 47 (n.º 3) (2022), pp. 376-392. As Autoras apontam para os que vários aspetos dúbios que nem o recém-aprovado Regulamento IA – Regulamento Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e que altera os Regulamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e as Diretivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regulamento da Inteligência Artificial) –, nem a legislação europeia sobre proteção de dados – nomeadamente, o RGPD – resolvem.

¹⁹ NEIL WALKER, “Constitutionalism and Pluralism in Global Context”, in Matej Avbelj / Jan Komárek (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and beyond*, Oxford: Hart, 2012, pp. 17-38.; INGOLF PERNICE, “Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe”, *European Constitutional Law Review*, 11 (n.º 3) (2015), pp. 541e ss. Em Portugal, o tema tem sido explorado por ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa: LEX, 2000, pp. 303 e ss., e, no âmbito do Direito Administrativo, por VASCO PEREIRA DA SILVA, “O Impacto do Direito Administrativo sem Fronteiras no Direito Administrativo Português”, *Direito Constitucional e Administrativo Sem Fronteiras*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 37-64.

²⁰ RENÉ BARENTS, “The Fallacy of Multilevel Constitutionalism”, in Matej Avbelj / Jan Komárek (eds.), *op. cit.*, pp. 153 e ss.

explorado o conceito, agregando defensores da existência de vários níveis de constitucionalismo. Já não é apenas o Direito Constitucional de cada Estado que interessa²¹; antes, o Direito das organizações em que se insere.

Para esta análise, não se pode deixar de fora a necessária referência ao artigo 8.º, n.º 4, da Constituição, de onde decorre o princípio do primado do Direito da União Europeia. Dele decorre que “*as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas as suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”.

A cláusula-limite que encontramos na parte final – a exigência do respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático – revela-se essencial para uma filtragem das normas jurídicas de proveniência europeia, por forma a garantir que não colidem com aqueles princípios.

Se podemos dizer, de forma pacífica, que a CDFUE é Direito Constitucional material da União Europeia²², será que podemos dizer o mesmo em relação ao RGPD?

A nossa resposta é que sim²³, conquanto, vejamos: o RGPD, ao disciplinar as regras relativas ao tratamento de dados pessoais, regula um direito fundamental consagrado no artigo 8.º da CDFUE: o direito à proteção dos dados pessoais.

Segundo o preceito:

1. *Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.*
2. *Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.*
3. *O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.*

Não se olvide, também, que a proteção dos dados pessoais é um “*direito-chapéu*” que garante o respeito por outros direitos – também eles de cariz constitucional – como o direito à privacidade, à igualdade e não

²¹ Destacando a perda de ligação do Direito Administrativo ao Estado, vide VASCO PEREIRA DA SILVA, “O Impacto do Direito Administrativo sem Fronteiras no Direito Administrativo Português”, *op. cit.*, pp. 38-39.

²² O que é, aliás, expressamente reconhecido pelo artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia.

²³ No mesmo sentido, EDOARDO CELESTE / GIOVANNI DE GREGORIO, “Digital Humanism: The Constitutional Message of the GDPR”, *Global Privacy Law Review*, 3 (n.º 1) (2022), pp. 4-18 (referindo-se a uma natureza “*para-constitucional*”).

discriminação e ao livre desenvolvimento da personalidade²⁴. Além do mais, o RGPD é um regulamento – portanto, tem aplicação direta em todos os Estados-Membros e não carece de transposição –, o que contribui para concluir pela sua relevância como regulação genérica da temática no seio da União.

No que concerne, em particular, à aplicação de algoritmos à atividade administrativa, ganham relevo, em especial, os princípios da cognoscibilidade (e da compreensibilidade). A ideia não pretende referir mais do que a simples constatação – mas de complexa efetivação prática – de que um particular que seja interessado à luz de um procedimento administrativo algorítmico tem o direito de conhecer todo o seu funcionamento. Essa informação, por seu turno, deve ser passível de ser compreendida pelos seus destinatários. Estes direitos são acompanhados dos correlativos deveres da Administração: facultar essa informação e garantir que ela é prestada por forma a ser compreensível ao cidadão médio.

Acompanhamos o *Consiglio di Stato* quando refere que esse *imperativo de transparência*²⁵ é necessário, porque o conhecimento do algoritmo é, ele próprio, o conhecimento de uma *norma*, ainda que expressa em língua informática ou matemática.

Embora não haja uma referência expressa ao dever de transparência na CRP, nem do CPA, encontra respaldo indireto noutras normas potencialmente aplicáveis aos casos em estudo, nomeadamente, o artigo 268.º, n.º 3, 2.ª parte, da CRP (que postula a exigência de uma fundamentação expressa e acessível), concretizado, por seu turno, pelo artigo 153.º do CPA (que estabelece os requisitos legais da fundamentação do ato administrativo).

Em Portugal, seria necessário o Tribunal Constitucional fazer referência ao RGPD para justificar esta necessidade de explicação do funcionamento do algoritmo?

Na linha de que se trata de Direito Constitucional material, e invocando o artigo 8.º, n.º 4, da CRP, essa referência seria uma possibilidade plausível.

Mas, no nosso texto constitucional, há ainda duas normas potencialmente aplicáveis: i) uma disposição que menciona expressamente o direito à informação (o artigo 268.º, n.º 1, da CRP, que consagra o direito de os cidadãos serem informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem

²⁴ Artigo 7.º (vida privada e familiar) e artigo 21.º (não discriminação) da CDFUE.

²⁵ Sobre o tema, vide DÉBORA MELO FERNANDES, “O princípio da transparência administrativa: mito ou realidade?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 75 (I/II) (2015), pp. 425-457.

como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas) – que serviria o fito de possibilitar ao particular conhecer os contornos do procedimento baseado no algoritmo –, e ii) o artigo 268.º, n.º 3, 2.ª parte, de onde resulta o direito à fundamentação dos atos administrativos, que deve ser “expressa e acessível” quando afete direitos ou interesses legalmente protegidos – e que, aqui, também cumpriria o objetivo de explicar²⁶ a decisão do algoritmo.

Ora, começando pelo primeiro – o direito à informação²⁷ – reparamos que é, todavia, mais limitado do que uma primeira leitura pode indiciar.

Desde logo, porque i) exige uma conduta ativa do cidadão (requerer a informação), e, de seguida, porque, aparentemente, ii) se circunscreve ao conhecimento do andamento dos “processos” e das suas resoluções definitivas quando neles sejam diretamente interessados. A polissemia do termo faz-nos questionar se este direito opera apenas em relação ao processo administrativo, ou se, ao invés, abrange também o procedimento²⁸. A concluir-se pela segunda hipótese, as situações em análise estariam cobertas pelo mesmo, mas teríamos a mesma dificuldade identificada em i). Já lá iremos.

Uma conclusão é certa: com a aplicação de um algoritmo a um procedimento, não deixamos de ter uma realidade procedimental, nos termos definidos pelo artigo 1.º, n.º 1, do CPA. Porém, será que podemos dizer que o conhecimento “dos autores [do algoritmo], ao procedimento utilizado para o seu desenvolvimento, passando pelo mecanismo de decisão, incluindo as prioridades atribuídas no processo de avaliação e tomada de decisão e os dados selecionados como relevantes” é sinónimo de conhecimento do procedimento? Considerando que o processo se resume ao funcionamento do algoritmo (na maioria dos casos), podíamos dizer que sim. Mas, vejamos: o artigo fala em “andamento do processo”, que é o mesmo que dizer que o particular pode pedir informações sobre a fase em que se encontra, o estado do mesmo, etc.; não as características desse mesmo procedimento. Mais: num procedimento dito tradicional, essas “caraterísticas” estão expressas em letra de lei; veja-se, a esse propósito, o Título II (“Procedimento do regulamento e do

²⁶ MARK COECKELBERGH, “Artificial Intelligence, Responsibility Attribution, and a Relational Justification of Explainability”, *Science and Engineering Ethics*, 26 (2020), pp. 2051-2068.

²⁷ Pormenorizado no artigo 82.º e ss. do CPA – Capítulo IV (“Do direito à informação”) do Título I (“Regime comum”) da Parte III (“Do procedimento administrativo”).

²⁸ Discutem a questão J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II*, 4.ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, que concluem que o âmbito objetivo de aplicação da norma são os “procedimentos/processos perante a administração e não perante instâncias jurisdicionais”, *op. cit.*, p. 822.

ato administrativo”) da Parte III do CPA. É precisamente nestas normas que encontramos o funcionamento do procedimento; as regras que disciplinam os deveres da Administração e os correlativos direitos dos particulares.

Porém, a assimetria informacional que pauta o relacionamento entre particular e Administração algorítmica exige – até sob o ponto de vista de *risk communication*²⁹ – um dever dos entes privados de comunicação desse mesmo risco.

Com efeito, a academia tem entendido que, no que respeita à prevenção de riscos, uma abordagem de i) *risk evaluation*, num primeiro momento; ii) *risk management*, num segundo, e de iii) *risk communication* durante todo o processo/procedimento, é necessária, por forma a garantir os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e a (por vezes questionada) legitimidade da atuação da “Administração-algoritmo”.

No concerne a esta última, que por ora nos interessa, impõe à Administração o dever de informar o particular das características do sistema independentemente de solicitação do próprio.

Por esse motivo, e recorrendo ao Direito Constitucional multinível material, diríamos que o recurso ao RGPD é uma forma hábil de resolver a questão, porquanto expressamente se refere a este dever de comunicação – *vide* o artigo 12.º, n.º 1. Apesar de circunscrever o seu âmbito de aplicação à regulação de dados pessoais, a IA não pode existir sem esses mesmos dados – *Big Data*, no caso.

3. A automatização em espaços de discricionariedade

Outro ponto bem interessante – e complexo – que a decisão do *Consiglio di Stato* de dezembro abordou relaciona-se com a aplicação da IA a aspetos discricionários da função administrativa. Haverá alguma limitação quanto ao uso de IA na atuação discricionária da Administração Pública? Será que a automatização se coaduna com a ideia de discricionariedade – que, por definição, é criadora? Será, por isso, correto, dizermos que em todos os procedimentos discricionários não pode haver automatização? Ou será que, ao invés, neste tipo de procedimentos ela deve ser limitada?

²⁹ Sobre o tema, *vide* VIRGINIA RECCHIA, *Risk Communication and public perception of technological hazards – First Volume*, Nota di Lavoro, n.º 81, Milano: Fondazione Eni Enrico Mattei (FEEM), 1999; CARLA AMADO GOMES, “Risco tecnológico, comunicação do risco e direito a saber”, in Carla Amado Gomes (coord.), *Direito(s) dos Riscos Tecnológicos*, Lisboa: AAFDL Editora, 2014, pp. 17-38, p. 17. Sobre os limites deste “direito a saber”, IBO VAN DE POEL / JESSICA NIHLÉN FAHLQUIST, “Risk and Responsibility”, in Sabine Roeser et al. (eds.), *Essentials of Risk Theory*, Berlin: Springer, 2013, pp. 107-143.

Vejamos dois exemplos, estranhos ao caso em análise: o ordenamento não pode – ou não *deve* – encarar da mesma forma i) um particular que solicita à Administração Tributária um comprovativo de residência fiscal e ii) um particular que solicita à Administração uma licença de porte de arma. No primeiro caso, estamos diante de um ato certificativo, cuja emissão automática se aproxima mais de uma atuação vinculada da Administração, ao passo que no segundo caso, tratando-se da (potencial) prática de um ato constitutivo de direitos, há critérios normativos a preencher, nomeadamente, conceitos indeterminados³⁰.

Voltando ao nosso caso, disse o Tribunal, a propósito da discricionariedade, que:

“(n)ão existem razões de princípio, ou concretas, para limitar a utilização a atividades administrativas vinculadas e não discricionárias, ambas expressões de atividade autoritária realizada na prossecução do interesse público”.

Numa tradução livre, o Tribunal diz que “dado que toda atividade autoritária envolve pelo menos uma fase de avaliação e verificação da escolha dos fins atribuídos pela lei, se a utilização de ferramentas informáticas pode parecer mais fácil de utilizar em relação à chamada atividade vinculada, *nada impede que os mesmos fins acima mencionados, prosseguidos com a utilização do algoritmo informático, também possam ser prosseguidos em relação a atividades caracterizadas por áreas de discricionariedade*” (itálico nosso). O Tribunal admite, assim, que, diante de poderes discricionários – nomeadamente, de discricionariedade técnica –, a Administração Pública pode aplicar a IA.

Porém, o *Consiglio di Stato* lembra que à luz – mas não só – daquela regulação supranacional – como elementos de garantia mínima –, dois aspetos materiais deste tipo de decisões devem ser garantidos: i) o pleno conhecimento prévio das características do algoritmo e dos critérios aplicados e ii) a imputabilidade da decisão ao órgão que detém o poder, a quem caberá realizar a necessária verificação da lógica e da legitimidade da escolha feita e dos resultados provenientes do algoritmo.

No primeiro ponto, encontramos a referência ao dever de fundamentação que resulta do princípio da transparência, já aprofundado, e, no segundo, a menção a outra complexa questão levantada pela IA, relacionada com a legitimidade das decisões.

Quanto a este último, vejamos: a inevitável terciarização dos serviços informáticos pode-nos levar a questionar se não estamos diante da

³⁰ Um dos que é mais amplamente referido na Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro, que aprova o Regime Jurídico das Armas e Munições, é a “idoneidade”.

emergência de um poder tecnocrata sem qualquer legitimidade democrática³¹, inevitabilidade numa sociedade que precisa de recorrer aos privados para implementar tecnologias *machine learning* na sua atividade. Isso não deixa de significar que podemos estar perante uma *crise* da legitimidade democrática da Administração.

Todavia, não podemos olvidar que a decisão de recorrer a um mecanismo de IA é inteiramente da Administração numa aplicação (ela própria, discricionária) dos princípios da prossecução do interesse público e da boa administração. A ação da Administração está sempre presente, nem que seja na escolha de recurso à IA, e, também, no momento da programação do sistema³².

Do lado da verificação dos resultados e da imputabilidade associada, o *Consiglio di Stato* entende que a verificação a jusante deve ser garantida, em termos da lógica e da correção dos resultados (por exemplo, garantindo que o programa vai, efetivamente, ter em consideração as preferências dos candidatos e graduar, de forma ordenada, as classificações de cada critério isolado, bem como da classificação final). Diz o Tribunal que esta é a forma de garantir a imputabilidade da escolha ao titular do poder de autoridade (que tem a competência para definir a(s) regra(s) constante(s) do algoritmo), garantindo, por um lado, o cumprimento do princípio da legalidade, e, por outro, a identificação do funcionário da Administração responsável, o que é relevante para eventual imputação de danos³³.

Já a *Sentenza* de abril, o *Consiglio di Stato* entendeu que o algoritmo não pode deixar espaços de aplicação discricionários (que, aliás, lhe faltam), mas deve fornecer razoavelmente uma solução definida para todos os casos possíveis, mesmo os mais improváveis (o que, assume, o torna parcialmente diferente de muitas regras administrativas gerais). A discricionariedade administrativa, embora certamente não possa ser delegada ao *software*, deve, portanto, ser encontrada no momento do desenvolvimento da ferramenta digital. Da interpretação deste trecho resulta, a nosso ver, a impossibilidade de espaços de livre decisão da ferramenta *inteligente*.

³¹ CARLA AMADO GOMES, “Estado social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *op. cit.*, pp. 19-34. A mesma ideia pode ser encontrada em JOSÉ ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Barcelona: Ariel, 1999, p. 41.

³² VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 483; “The New World of Information and New Technologies in Constitutional and Administrative Law”, *op. cit.*, p. 433.

³³ Sobre o tema, BEATRIZ GARCIA, *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas por Danos Decorrentes da Utilização de Inteligência Artificial no Exercício da Função Administrativa*, Lisboa: AAFDL Editora, 2025 (no prelo).

Considerando o escopo do presente artigo, e porque muito haveria que explorar neste tema, iremos ater-nos àquilo que estará mais diretamente relacionado com a nossa questão inicial, partindo do postulado, acima referido, de que não há procedimentos totalmente vinculados, nem totalmente discricionários.

Como bem relembra JULI PONCE SOLÉ, nos primórdios da Revolução Francesa, a aspiração dos revolucionários era fazer da Administração Pública a mera executora das palavras da lei³⁴; deste ponto de vista, a Administração seria um “*ser inanimado*”³⁵. Nada, porém, mais longe da verdade, como o demonstra a ultrapassagem das teorias positivistas: a Administração é criativa em vários momentos, desde a interpretação da norma, à prática do ato final, *maxime*, da definição do seu conteúdo material.

Ao mesmo tempo, isso implica a rejeição de uma recusa cega – e, correlativamente, de uma aceitação indiscriminada – da aplicação do algoritmo a trâmites, atos ou operações discricionárias da Administração Pública: qualquer procedimento tem momentos e elementos discricionários e vinculados, sendo a divisão entre “procedimento vinculado” e “procedimento discricionário”, além de pouco rigorosa, artificial.

Uma análise mais aprofundada é, por isso, exigida. Atendendo às características da IA e consequências da sua aplicação, o tratamento do poder discricionário terá, assim, de ser repensado quando nos atemos na atividade administrativa automatizada.

Para JULI PONCE SOLÉ³⁶, a máquina carece de empatia³⁷, condição necessária à formulação de juízos discricionários. O Autor fala numa reserva de humanidade³⁸, a saber, um espaço inviolável de supremacia da habilidade humana de fazer juízos subjetivos sem uma pré-determinação, que seria insubstituível pela máquina. Por muito que possa haver uma evolução da tecnologia que a aproxime cada vez mais de um Ser Humano, certo é que uma maior aproximação das características da IA às características humanas, desde

³⁴ JULI PONCE SOLÉ, “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, in *Revista General de Derecho Administrativo* 50 (2019), pp. 1-35, p. 9.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ “Razões legais para limitar a automação total dos poderes administrativos discricionários: possibilidades legais e limites da inteligência artificial”, *Revista de Direito Administrativo*, 19 (2024), pp. 33-45, p. 33.

³⁷ SOFIA RANCHORDÁS, “Empathy in the digital administrative state”, *Duke Law Journal*, 71 (2022), pp. 1341 ss.

³⁸ “Reserva de humanidad y supervisión humana de la Inteligencia artificial”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100 (2022), pp. 58-67.

logo, nunca será total, por impedimento naturalístico, além de que se pode revelar desdignificante³⁹ para a Pessoa Humana.

Mas que critério, enfim, nos deverá nortear? Há, sequer, alguma base normativa que o Tribunal Constitucional possa invocar?

Neste ponto, em ambas as decisões, o *Consiglio di Stato* cinge-se a um argumentário isento de referência a normas legais. Dir-se-á que, na decisão de dezembro, justifica a possibilidade de aplicação da IA a momentos discricionários do procedimento por um imperativo de legalidade: esta seria uma forma legalmente legítima de exercício das suas competências. Aliás, o próprio destaque dado à necessidade de verificação, a montante, dos dados do sistema, concorre para esta conclusão. No mês de abril anterior, porém, essa possibilidade parece negada.

Este é, pelo que se vê, o aspeto mais controverso desta decisão. O próprio Tribunal não é coerente e não oferece grandes pistas de reflexão.

Pela nossa parte, consideramos que, para cada caso, se deve aferir o grau de discricionariade de um procedimento (automatizado): sabendo que cada um se compõe de uma mescla destes poderes, há que aferir, casuisticamente, se o procedimento tem um pendor mais vinculado ou mais discricionário. Se a resposta for a segunda hipótese, a automatização deverá ser recusada.

O fundamento, quiçá, mais robusto, na CRP, para fundar esta conclusão seria o próprio princípio da legalidade, na vertente do exercício da competência: um algoritmo carece da legitimidade legal, decorrente da possibilidade naturalística, de formular juízos discricionários. O ente público, ao delegar um poder discricionário a um algoritmo estaria, na verdade, a alienar uma competência, em violação do artigo 266.º, n.º 1, da CRP, e do artigo 3.º, n.º 1, do CPA, por via do artigo 36.º, n.º 1, deste último diploma.

Nos casos que chegaram ao *Consiglio di Stato*, entendemos que o pendor vinculado está mais presente: a ferramenta utilizada limita-se a ordenar os candidatos tendo por base os dados objetivos previamente constantes do sistema. Tratando-se, por outras palavras, de uma seriação numérica, o pendor vinculado está muito mais presente. A própria conclusão, resultante da prova efetuada, de que o enviesamento dos resultados havia acontecido por erro na introdução dos dados assim o revela. Acrescente-se que a nossa tomada de posição alude aos dados que constam das sentenças: caso um

³⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução”, *Revista de Direito Civil*, 2 (2020), pp. 261-305, pp. 289-291.

dos critérios de ordenação fosse, por exemplo, uma avaliação psicológica, a automatização, pelo menos, desse trâmite, não seria possível.

Assim, conclui-se que a aplicação de algoritmos decisórios deve cingir-se a procedimentos, atos, trâmites ou operações de pendor vinculado, sob pena de violação do princípio da legalidade, na vertente de inalienabilidade da competência. Quando for pedido à Administração um juízo eminentemente humano – e, portanto, insubstituível pela máquina (nomeadamente, para o preenchimento de critérios normativos indeterminados, como o porte de arma ou a licença de construção) –, o procedimento automatizado não deverá ser uma possibilidade.

4. O princípio da não exclusividade da decisão algorítmica

Quando o *Consiglio di Stato* faz menção a esta exigência da automatização, refere-se à ideia de *human in the loop*, segundo a qual é necessário que a máquina tenha contactado com uma pessoa para que o *output* dela resultante seja considerado válido (artigo 22.º do RGPD).

O Tribunal refere, na decisão de dezembro, que é sempre necessário identificar um centro de atribuição de responsabilidade, capaz de verificar a legitimidade e a lógica da decisão ditada pelo algoritmo (uma espécie de “controlo de qualidade” *a posteriori*).

Esta afirmação demonstra a coerência do *Consiglio di Stato* com a sua decisão: bastaria que o funcionário da Administração comparasse os dados introduzidos no algoritmo com a seriação final dos candidatos para perceber que tinha ocorrido um erro no sistema.

Esta solução parece resolver o dilema. Mas o Tribunal deixa muitas questões em aberto, nomeadamente, como e quando se deve dar essa verificação. Sabemos, porém, que a Administração terá grande dificuldade em realização desta verificação em procedimentos mais complexos, com muitos candidatos e muitos dados de partida. Afinal, falamos de *Big Data* – gigantescas bases de dados.

A este propósito, RUI TAVARES LANCEIRO⁴⁰ lembra que o artigo 22.º apenas se aplica a decisões baseadas no processamento de dados pessoais – não às que se sustentam em *Big Data* (como é o caso da IA) – e recorda, igualmente, que apenas se refere a decisões *totalmente* automatizadas.

⁴⁰ “AI and Public Administration: What is to come from the AI Act?”, in Vasco Pereira da Silva / Jörn Axel Kämmerer / Diana-Urania Galetta (eds.), *New Public Tasks in Times of Tension. XVIth Congress, Lisbon, 2023*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2024, pp. 263-278, p. 272.

Acompanhando o seu pensamento, cremos que a afirmação do Tribunal tem um alcance mais reduzido do que, à primeira vista, seria de esperar.

Todavia, a conclusão não é de somenos: é necessário o *contacto com uma pessoa* para que a decisão tenha validade.

Mas o que é, afinal, o “contacto com uma pessoa” que o *Consiglio di Stato* retira do artigo 22.º e da ideia de *human in the loop*? Aqui também não temos uma resposta.

A nosso ver, do ponto de vista da criação, há sempre contacto com uma pessoa, pois foi um Ser Humano que concebeu, criou e colocou em funcionamento um sistema de IA. Mas não parece ser essa a direção na qual o *Consiglio di Stato* nos pretende levar. Parece, sim, que a condição é, realmente, a *validação* da decisão por um Ser Humano. Por outras palavras, seria função (uma função adicional) do funcionário da Administração verificar se a solução final é lógica e corresponde àquilo que foi introduzido no sistema; comparar os *inputs* com os *outputs*.

O Tribunal Constitucional Português, confrontado com um cenário similar, poderia fazer uma interpretação semelhante desta norma de Direito Constitucional material europeu, eventualmente superando o constrangimento identificado pela doutrina. Mais uma vez, a ideia de competência e de legitimidade democrática, referidas em 3. poderia, aqui, ser igualmente convocada. O risco de uma Administração “maquinocêntrica”⁴¹ é real e a ausência de supervisão por um ente jurídica e politicamente legitimado para o exercício da competência não deverá ser aceite num Estado de Direito democrática.

5. O controlo pelo juiz administrativo

Por fim, mas não menos importante, cumpre fazer referência à afirmação do *Consiglio di Stato* segundo a qual, entendendo-se a decisão final “praticada” pelo algoritmo como uma verdadeira decisão administrativa⁴² – um ato administrativo, porquanto individual e concreto na aceção do artigo 148.º do CPA –, deverá existir um controlo jurisridicional não só desta, como do próprio funcionamento do algoritmo enquanto parâmetro decisório.

O *Consiglio di Stato*, como se viu, sustentou o pleno valor jurídico-administrativo do algoritmo. Em virtude dessa juridicidade, a sua sindicância

⁴¹ Henrique Sousa Antunes, *Direito e Inteligência Artificial*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 13 e pp. 27. e ss., apud Alexandra Leitão, “A Administração Pública eletrónica: oportunidades e desafios”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 152, out-dez. 2022, pp. 24-33, p. 33.

⁴² Por escapar à finalidade do presente texto, não iremos aprofundar esta conclusão. Sobre o tema, vide VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, op. cit., p. 484.

em tribunal seria possível – como, de resto, aconteceu nestes casos – devendo, como tal, caber ao juiz administrativo a apreciação da regularidade de *todas* as componentes que contribuíram para a decisão. Considerando a tecnicidade profunda do algoritmo, esta será uma demanda bem exigente a cargo do julgador, reclamando uma ampla recolha de prova e respetiva análise.

Para confirmarmos esta conclusão, teremos de entender que também o algoritmo tem uma natureza jurídica – algo que, aliás, foi também defendido pelo Tribunal italiano.

Nada nos parece, porém, mais lógico: considerando que o *iter* decisório foi confiado ao algoritmo – quando, noutra cenário, seria total incumbência da Administração –, negarmos essa possibilidade seria o mesmo que afirmar que, num cenário de normalidade – leia-se, sem recurso à IA –, qualquer tribunal estaria impedido de escrutinar o andamento do procedimento administrativo, devendo ater-se, somente, à decisão final.

Para além de nos relembrar tristes memórias de tempos idos, em que o procedimento administrativo era desconsiderado a favor do seu resultado, este entendimento nega que o algoritmo é uma realidade jurídica⁴³. Embora a linguagem da programação não seja jurídica, as regras que estão na sua base (por exemplo, graduar melhor um professor com mais anos de experiência) afirmam-se como tal. A concreta natureza jurídica do algoritmo não será, porém, aqui explorada.

Em relação à cognoscibilidade da regra algorítmica pelo juiz administrativo, cabe-nos dizer que, sendo o algoritmo um conjunto de regras a que a Administração recorre para tomar uma série de decisões – normalmente, massificadas – que são da sua competência, o escrutínio judicial do algoritmo será uma tarefa exigida pelo princípio do Estado de direito democrático e da tutela jurisdicional efetiva (artigos 2.º, quanto ao primeiro, e artigos 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP, no que respeita ao segundo). Se o algoritmo é a base para a atuação da Administração – dele podendo advir, inclusive, danos para os particulares visados –, não escrutinar o algoritmo seria não escrutinar a Administração, o que seria negar os direitos acima identificados, isentando os poderes públicos de qualquer responsabilidade a este respeito.

Assim, tal como sucede com qualquer outra atuação administrativa, qualquer interessado pode recorrer aos tribunais administrativos solicitando a anulação do ato, a condenação da Administração à prática do ato devido ou qualquer outra medida de sindicância da atividade administrativa

⁴³ Sustentando esta visão, *ibidem*.

nestes termos, incluindo a reação contra um algoritmo ilegal⁴⁴. Apesar de inexpressão em letra de lei, esta conclusão é retirada dos princípios acima citados, correspondendo igualmente a um imperativo de justiça e igualdade (artigo 266.º, n.º 2, da CRP).

Esta é a única forma de não comprimir este direito e, ao mesmo tempo, impede que se vislumbre a atividade digital da Administração como uma “zona livre de Direito”, o que é absolutamente incomportável à luz do atual Estado de direito democrático.

Neste assunto, voltamos ao início, fechando o ciclo: a atividade administrativa algorítmica é uma atividade jurídica, que respeita, pelo menos, os princípios gerais de Direito Administrativo⁴⁵ e as exigências procedimentais respeitantes à prática de atos administrativos através de uma interpretação atualista e analógica. Assim, esta atuação é plenamente controlável pelo juiz administrativo, nos moldes em que uma atuação clássica o seria.

V. Conclusão

As regras constitucionais que, hoje, enformam a atividade administrativa, não foram pensadas para a realidade da Administração algorítmica: esta é uma conclusão evidente. Por esse motivo, a proibição expressa, bem como a permissão expressa deste tipo de procedimento na CRP foi, desde logo, afastada.

As hipóteses D e F acabaram por ser as mais “debatidas” – isto, claro, numa ótica de constitucionalismo não só multinível, mas também material, considerando a natureza do RGPD na ordem jurídico-constitucional europeia.

O recurso a normas supranacionais – especialmente, ao Direito da União Europeia, que tem inovado nestas matérias – é possível e desejável ao intérprete-aplicador do Direito; com efeito, pelo artigo 8.º, n.º 4, da CRP, as normas das instituições europeias têm primado sobre o Direito interno, pelo que os princípios do RGPD aplicados pelo *Consiglio di Stato* também podem ser aplicados pelo Tribunal Constitucional Português. Contudo, e reconhecendo que as regras (*maxime*, constitucionais) não foram redigidas com a realidade da IA em mente, a verdade é que a prática de um ato administrativo

⁴⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, “The New World of Information and New Technologies in Constitutional and Administrative Law”, *op. cit.*, p. 434. O Autor não deixa de sublinhar que é necessário que em Portugal exista uma regulação da atuação administrativa através das máquinas, *ibidem*.

⁴⁵ Não se olvide o disposto no artigo 2.º, n.º 3, do CPA: “(o)s princípios gerais da atividade administrativa e as disposições do presente Código que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada”.

algorítmico não deixa de ser uma decisão que, no exercício de poderes jurídico-administrativos produz efeitos (externos) numa situação individual e concreta. Revestindo-se, pois, de juridicidade, e consistindo num novo tipo de ato administrativo, deve obedecer – na ausência de uma regulamentação própria, especial – aos comandos do CPA nos mesmos termos em que obedece um ato administrativo tradicional. Uma interpretação atualista destas normas é necessária, sob pena de deixar este tipo de atuação à margem da lei.

Em suma, confirmamos que existem limites à automatização administrativa, resultantes da CRP (a saber, de princípios gerais de Direito – Administrativo – já consagrados) e de normas jurídicas supranacionais com um conteúdo materialmente constitucional (a saber, o RGPD). Num sentido lato, esses limites correspondem ao respeito por direitos e princípios – porquanto ainda inexistem regras específicas sobre esta realidade nos quais nos possamos alicerçar – que se aplicam, de um modo geral, à atividade administrativa, a saber i) o direito à fundamentação dos atos (pela conclusão de que a decisão proveniente do algoritmo é um ato administrativo na aceção do artigo 148.º do CPA), que deve ser, nos termos do artigo 151.º do mesmo diploma, clara, expressa e acessível, manifestação de transparência da atividade administrativa, bem como ii) à explicação das características do procedimento decisório – o algoritmo –; iii) a inadmissibilidade da utilização da IA em procedimentos de pendor maioritariamente discricionário, considerando a natureza e características deste poder, e, iv) considerando a natureza – jurídica – do algoritmo e dos atos que dele resultam, o seu controlo de validade pode e deve ser efetuado pelo Contencioso Administrativo.

Deverá ser inadmissível, à luz da Constituição da República Portuguesa, uma automatização que não respeite as exigências de fundamentação do ato (artigo 268.º, n.º 3, da CRP) e a reserva inviolável de discricionariedade (que decorre do artigo 266.º, n.º 1, da CRP), devendo, por isso, ser inconstitucionais os algoritmos que não sejam explicados ou explicáveis aos cidadãos interessados e que deixem espaços de discricionariedade em branco.

Concluimos que a hipótese F, que inicialmente colocámos, confirma-se à luz do quadro normativo vigente: a Constituição portuguesa permite parcialmente este tipo de decisões, por interpretação atualista de princípios ou normas existentes e por acolhimento do Direito Constitucional Europeu relevante na matéria.