

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**O dever de fundamentação e o direito à explicação
nos atos administrativos automatizados**

Carlos Jorge Moreira Antunes

Dissertação orientada pela Professora Doutora Ana Neves

Mestrado em Direito e Prática Jurídica – Especialidade em Direito Administrativo e
Administração Pública

2024

AGRADECIMENTOS

Agradeço,

à Professora Doutora Ana Neves pelo incentivo, incansável apoio, pela disponibilidade no acompanhamento da presente dissertação e pelas considerações e orientações que muito contribuíram para este trabalho;

à minha família, afilhados e amigos, por tudo;

à Inês, concretização e esperança de família futura;

Ao Álvaro, pelo privilégio da amizade e companheirismo, bem como pelo muito apoio e incentivo a concretizar este trabalho;

à Dra. Paula Padrel Oliveira pelo entusiasmo e exemplo que me transmitiu no estudo do Direito Administrativo;

ao Eng. Mário Campolargo, pela honra da amizade e pela dedicação ao serviço público.

Omnes fontes mei in te (Sl 87, 7).

RESUMO

A tecnologia tem produzido profundas mutações na vida das pessoas, em geral, e o Direito não é imune a tais mudanças. Na atividade administrativa, as tecnologias têm permitido o desenvolvimento de serviços digitais, meios de emissão automatizada de atos administrativos e de apoio à decisão, tratamento automatizado de informação e soluções de comunicação entre a Administração e os interessados. Sem prejuízo, as novas tecnologias ou soluções digitais não comportam apenas vantagens, mas também riscos, em especial para os direitos fundamentais materiais ou procedimentais dos interessados, que a ciência jurídico-administrativa deve cuidar.

A presente investigação debruça-se sobre o impacto da automatização da vontade administrativa sobre o dever/direito à fundamentação e, bem assim, sobre o direito à explicação, que emergiu no contexto dessa automatização, ainda que em termos controversos. Começamos pelo enquadramento conceptual relativo à Inteligência Artificial, algoritmos e decisão algorítmica, tomando como ponto de partida a Decisão do Conselho de Estado italiano n.º 2270, de 2019, em matéria de automação da decisão administrativa. Depois, seguimos o debate e enquadramento do dever de fundamentação no direito nacional, principiando pela distinção de figuras ou conceitos relevantes para os meios digitais na atividade administrativa. Seguimos para a análise do direito à explicação por influência dos regulamentos europeus de proteção de dados e da Inteligência Artificial. Concluímos, analisando como confluem, num mesmo momento, as regras relativas ao dever de fundamentação, aos deveres de informação e o direito à explicação na atividade decisória da Administração, em especial, como deve esta conjugar as diferentes fontes jurídicas aplicáveis, bem como da possível necessidade de intervenção do legislador neste domínio.

PALAVRAS-CHAVE

Dever de fundamentação, automatização, decisões administrativas, direito à explicação.

ABSTRACT

Technology has produced profound changes in people's lives in general, and the law is not immune to these changes. In administrative activities, technologies have facilitated the development of digital services, automated issuance of administrative acts, decision-support systems, automated information processing, and communication solutions between the Administration and interested parties. However, new technologies and digital solutions present not only advantages but also risks, particularly concerning the material or procedural fundamental rights of those involved, which legal and administrative science must address.

This investigation focuses on the impact of the automation of administrative intent on the duty/right to provide reasoning, as well as on the right to explanation, which has emerged in the context of this automation, albeit in a controversial manner. We begin with the conceptual framework related to Artificial Intelligence, algorithms, and algorithmic decision-making, using the Italian State Council Decision No. 2270 of 2019 regarding the automation of administrative decision-making as our starting point. Subsequently, we explore the national legal discourse and framework concerning the duty to provide reasoning, starting with the distinction between relevant figures or concepts for digital means in administrative activities. We then analyze the right to explanation as influenced by European data protection regulations and Artificial Intelligence. We conclude by examining how the rules relating to the duty to provide reasoning, the duty of information, and the right to explanation converge in the decision-making processes of the Administration, specifically how these entities must reconcile the different applicable legal sources and the potential necessity for legislative intervention in this area.

KEY WORDS

Duty to Provide Reasons, Automation, Administrative Decisions, Right to Explanation

LISTA DE ABREVIATURAS

AMA	Agência para a Modernização Administrativa, I.P.
CEDF	Carta Europeia dos Direitos Fundamentais
CMD	Chave Móvel Digital
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPDHED	Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital
CRP	Constituição da República Portuguesa
DM	<i>Decision-Making</i>
GT29	Grupo de trabalho do artigo 29.º para a proteção de dados
IA	Inteligência Artificial
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

NOTAS DE LEITURA

- A presente dissertação encontra-se redigida ao abrigo das normas do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, atualmente em vigor.
- As transcrições são reproduzidas na língua original, exceto quando expressamente referido que se trata de uma tradução nossa.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	iii
RESUMO.....	vi
PALAVRAS-CHAVE	vi
ABSTRACT	vii
KEY WORDS.....	vii
LISTA DE ABREVIATURAS	viii
NOTAS DE LEITURA.....	ix
ÍNDICE.....	x
INTRODUÇÃO.....	2
CAPÍTULO I – Inteligência Artificial e conceitos conexos.....	4
1. Aproximação ao conceito de Inteligência Artificial	5
2. Breve conceito de Algoritmo.....	12
2.1. «Nem tudo o que luz é ouro»: o papel dos algoritmos no Direito Administrativo	14
3. Aproximação ao conceito de algoritmos de Decision Making	16
CAPÍTULO II – Automação nos Atos Administrativos e dever de fundamentação	19
1. O ponto de partida para o estudo: concurso automatizado de colocação de professores em Itália.....	19
1.1. O litígio.....	19
1.2. A apreciação da questão pelo Conselho de Estado italiano	20
1.3. Os desafios ao Direito.....	22
2. A Automação da vontade administrativa.....	25
2.1. Noções e alcance de automação.....	26
2.2. Automação e procedimento administrativo eletrônico	29
3. O dever de fundamentação nos atos administrativos	46
3.1. Dever de Fundamentação no Direito Português	48
3.1.2. No Código do Procedimento Administrativo	57
3.1.2.1. Fundamentação expressa	61
3.1.2.2. Fundamentação sucinta.....	65
3.1.2.3. O conteúdo da fundamentação: a sua suficiência	67
3.1.2.4. Em especial, a concomitância.....	74
CAPÍTULO III – Conciliar o futuro com o presente: requisitos da automação na vontade administrativa.....	78
1 - Os desafios da automatização na fundamentação dos atos administrativos	78
1.1. A questão da transparência e da imparcialidade	87
1.1.1. A transparência	87

1.1.2. Imparcialidade e não discriminação.....	96
2. O direito à explicação	101
2.1. O que é o direito à explicação ou explicabilidade?.....	102
2.1.1. Decisões exclusivamente automatizadas	120
2.1.2. Os deveres de informação sobre tratamento automatizado no RGPD	125
2.2. Deveres de informação e de explicação no Regulamento para a Inteligência Artificial	129
3. Direito à explicação vs fundamentação	137
3.1. Informação ex ante à fundamentação	142
4. Adequação legal à fundamentação dos atos administrativos automatizados	146
CONCLUSÃO	154
1. Bibliografia.....	156
Referências doutrinárias	156
Outros documentos online	166
2. Projetos e/ou diplomas normativos.....	168
Nacionais	168
União Europeia	170
Internacionais e comparados.....	171
3. Jurisprudência	172
4. Outros Documentos e sites consultados.....	174

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar o dever de fundamentação e o direito à explicação nos atos administrativos automatizados.

Impulsionou-nos a refletir sobre o dever de fundamentação e o direito à explicação, a Sentença do Conselho de Estado Italiano n.º 2270, de 8 de abril de 2019¹, que abordou a questão da fundamentação das decisões administrativas nos casos de procedimento automatizado. O Conselho de Estado, relativamente a um concurso de professores do ensino secundário de segundo grau – em que os apelantes foram destinatários de uma proposta de contratação por tempo indeterminado, na sequência de um procedimento de mobilidade nacional para recrutamento de professores – decidiu que a utilização, pela Administração Pública, de um algoritmo cujo funcionamento não é conhecível (e o correspondente ato administrativo informatizado) viola os princípios relativos à atividade administrativa, em particular, os da imparcialidade, da publicidade e da transparência.

Sem prejuízo de melhor análise que realizaremos ulteriormente, no referido aresto, os apelantes, entendiam que os atos administrativos de que eram destinatários padeciam de ilegalidades inexplicadas, como (i) implicarem a nomeação em classe e ordenação de escola em que nunca tinham trabalhado; (ii) classificarem os professores para uma escola superior de primeiro grau, pese embora terem manifestado interesse em escolas do ensino superior do segundo grau; (iii) os apelantes terem sido colocados em províncias distantes da sua proveniência de origem; e (iv), já na fase “C” do concurso, outros professores com classificações inferiores àqueles terem sido escolhidos para os lugares preferenciais dos mesmos alegantes, bem como para as suas províncias de proveniência.

A grande novidade de tal procedimento resultava da forma automatizada com que foi tramitado, mediante um algoritmo do qual não se conhecia o concreto modo de funcionamento e, em consequência, não se podia aferir do *iter* “racional” concretizado e do qual resultou um ato classificatório e de colocação administrativa.

Das alegações dos apelantes, decorre que não era claro, nem compreensível, quais os fundamentos para os resultados, aparentemente arbitrários, da colocação de professores,

¹ Disponível, por exemplo, em https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=201704477&nomeFile=201902270_11.html&subDir=Provvedimenti.

não conseguindo a administração, mesmo quando instava para o efeito, fundamentar os atos praticados.

Este exemplo, de entre muitos outros², coloca-nos perante as transformações que as tecnologias digitais – e dentro destas, especificamente, a Inteligência Artificial (IA) – induzem na atividade administrativa ou no modo de exercício da função administrativa.

A dissertação pretende, portanto, concretizar uma aproximação jurídica aos casos de decisão automatizada na Administração. Para o efeito, o primeiro capítulo procura delimitar os conceitos relevantes para a investigação, como são os de inteligência artificial, algoritmos e procedimentos administrativos automatizados. O segundo capítulo principiará pela decisão do Conselho de Estado Italiano já mencionada, seguindo com o estudo da automação dos procedimentos administrativos e figuras jurídicas relevantes para a mesma e ainda à análise do dever de fundamentação; no terceiro capítulo, abordar-se-ão os desafios da automatização para a fundamentação dos atos administrativos, da existência de um direito à explicação e a sua relação com aquele dever de fundamentação e, ainda os deveres de informação. Por fim, enunciam-se as principais conclusões do nosso estudo.

² Por exemplo, *Houston Federation of Teachers, Local 2415 v. Houston Independent School District*, 251 F. Supp. 3d 1168 (2017), *United States District Court for the Southern District of Texas*. Disponível em https://www.govinfo.gov/app/details/USCOURTS-txsd-4_14-cv-01189 (Consulta feita em 01/09/2024)

CAPÍTULO I – Inteligência Artificial e conceitos conexos

Os domínios da tecnologia podem ser – e por muitas vezes o são – espaços de difícil penetração do Direito, não só pela complexidade crescente dos conceitos e áreas de saber, mas também por um acelerar das descobertas e criações tecnológico-científicas^{3 4}.

Estamos perante uma quarta revolução industrial⁵, com consequências no mundo jurídico, desde logo quanto aos aspetos decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, às garantias dos particulares, às razões de eficácia e/ou à eficiência da atuação administrativa. A esse propósito, ANDRÉ ALFAR RODRIGUES afirma que a “inteligência artificial (IA) é o fruto primordial da transição digital e é, possivelmente, a sua figura mais controversa e aquela que, inerentemente, se encontra menos regulada”⁶.

A mencionada revolução, não só no campo industrial ou mais especificamente tecnológico, mas também no domínio concetual, deve impelir o legislador e o intérprete aplicador a aprender, reconhecer e aplicar, de forma interdisciplinar e crítica, os novos conceitos tecnológicos e científicos que extravasam o estrito saber jurídico. Assim, em tempos em que a tecnologia parece oferecer soluções e tocar uma imensidão de aspetos da vida humana, não se pode querer fazer e aplicar Direito sem o entrecruzar concetual ou terminologicamente com diferentes áreas do saber.

Tal desígnio não resulta, meramente, de um desejo de atualização dos juristas, mas da consciência de que um Direito lento na compreensão e absorção da realidade tecnológica em permanente mutação pode oferecer pesados obstáculos à melhoria das condições de

³ FLAMÍNIO DA SILVA, refere que “estas transformações são, no momento em que vivemos, uma realidade inevitável no seio da actividade administrativa, suscitando-se no que concerne ao alcance jurídico promovido pela sua implementação, inúmeras dúvidas e questões jurídicas de relevo”. Cfr. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “Inteligência Artificial e Direito Administrativo”, in FLAMÍNIO DA SILVA, Artur (Coord.), *Direito Administrativo e Tecnologia*, Almedina, Outubro, 2023, p. 11.

⁴ Na verdade, o Direito tem aparecido como regular espetador das mutações da vida quotidiana, da tecnologia e da técnica, cuja rapidez muitas vezes não acompanha e às quais deveria dar resposta. A este propósito interessa-nos a proposta, quase proclamatória, de KLAUS SCHWAB: “We stand on the brink of a technological revolution that will fundamentally alter the way we live, work, and relate to one another. In its scale, scope, and complexity, the transformation will be unlike anything humankind has experienced before”. Cfr. KLAUS SCHWAB, “The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond”, *World Economic Forum*, 14 de Janeiro de 2016. Disponível em <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/> (consulta feita em 03/04/2024).

⁵ KLAUS SCHWAB, *Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Genebra, 2016, p. 8.

⁶ ANDRÉ ALFAR RODRIGUES, *Inteligência Artificial, compliance e responsabilidade das pessoas coletivas*, 1.ª edição, Gestilegal, Coimbra, 2023, p. 7. Refere o autor que “[e]sta surgiu na «Quarta Revolução Industrial», na senda o desenvolvimento de tecnologias como a biotecnologia, a nanotecnologia, entre outras”.

vida das pessoas⁷. Igualmente, o avanço descontrolado da realidade tecnológica, de um mundo digital, quase que paralelo, sem o acompanhamento do Direito, pode implicar riscos consideráveis para as pessoas, com grave prejuízo para os seus direitos fundamentais e garantias⁸.

Um dos casos distintivos do que acabámos de afirmar é a automatização das decisões administrativas. Previamente ao estudo do conceito e dos impactos da automação na decisão administrativa, importa precisar o que está em causa, em termos estruturais, densificando os conceitos inerentes às tecnologias digitais, em especial, a própria noção de inteligência artificial, de algoritmo e de *decision-making*⁹.

1. Aproximação ao conceito de Inteligência Artificial

A compreensão do mundo em construção poderá implicar alguma clarificação, ainda que simplificada, de alguns conceitos. Na verdade, é frequente verificar-se a utilização de conceitos distintos para descreverem uma mesma realidade ou, em sentido inverso, o mesmo conceito para caracterizar realidades distintas. A esse propósito, é comum, até nas orgânicas e programas governamentais, referir-se a “digitalização” como contraponto de toda a realidade física ou analógica. Se o digital pode ter uma relação com o que fisicamente nos habituámos a ter e fazer¹⁰, pode também apresentar-se como substituto da pessoa, das suas ações, controlá-la e até manipulá-la. A título de exemplo, veja-se como o

⁷ Nesse sentido, ainda, KLAUS SCHWAB, “The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond”, *cit.*, segundo o qual: *Like the revolutions that preceded it, the Fourth Industrial Revolution has the potential to raise global income levels and improve the quality of life for populations around the world.*

⁸ KLAUS SCHWAB recorda: “At the same time, as the economists Erik Brynjolfsson and Andrew McAfee have pointed out, the revolution could yield greater inequality, particularly in its potential to disrupt labor markets. As automation substitutes for labor across the entire economy, the net displacement of workers by machines might exacerbate the gap between returns to capital and returns to labor. On the other hand, it is also possible that the displacement of workers by technology will, in aggregate, result in a net increase in safe and rewarding jobs” (*Ibidem*).

⁹ Adotamos a expressão em inglês, dada a sua ampla utilização nas áreas de estudo associadas à Inteligência Artificial, também por autores de língua portuguesa.

¹⁰ Pensemos nos variados procedimentos administrativos que foram desmaterializados e passaram a correr em plataformas digitais, com eliminação do suporte papel, sem, contudo, se alterar qualquer elemento do mesmo procedimento, apenas a sua forma. Nesse sentido, consultar o Portal Único de Serviços Públicos. Disponível em <https://eportugal.gov.pt/>.

Como refere MARCO CALDEIRA, “Não pode, pois, pensar-se que mera substituição da “caneta e papel” pelo “teclado e monitor” tem o condão de, como que por um “passe de mágica”, agilizar instantaneamente a máquina burocrática e resolver de imediato todos os problemas associados à actividade administrativa”. Cfr. “Simplificação Administrativa e Procedimento Administrativo Eletrónico”, in FLAMÍNIO DA SILVA, Artur (Coord.), *Direito Administrativo e Tecnologia*, Almedina, Outubro, 2023, p. 95.

Regulamento da Inteligência Artificial¹¹, claramente, proíbe o recurso ou disponibilização de qualquer sistema de IA que empregue técnicas que possam contornar a consciência ou distorcer o comportamento da pessoa¹². Nesse sentido, como afirma DANIEL C. DENNETT, “we don’t need artificial conscious agents. (...) We need intelligent tools”¹³.

É conhecido o debate de A. M. TURING, sobre máquinas de computação e inteligência, no ano de 1950¹⁴. Nesse excursão, o autor propõe-se a considerar a questão “can machines think?”¹⁵. A reflexão de TURING centra-se na ideia de um “imitation game”, considerando-se inteligentes as máquinas que conseguissem, quase indistintamente, imitar o comportamento humano ou, na expressão utilizada, imitá-los convincentemente. Aqui, o autor propõe que “the ideia behind digital computers may be explained by saying that these machines are intended to carry out any operations which could be done by a human computer”¹⁶.

Sem prejuízo, estando diante do que poderia ser uma projeção – ou mesmo um sonho – do que a tecnologia aparentava poder realizar, o mesmo autor termina o seu texto com uma afirmação que, mais de setenta anos volvidos, ainda se aplica totalmente: “We can only see a short distance ahead, but we can see plenty there that needs to be done”¹⁷.

Do muito que, entretanto, possa ter sido feito, certo é que, pelo menos no domínio concetual, ainda reside uma considerável indeterminação de ideias, incapaz de apresentar

¹¹ Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento e do Conselho Europeu, de 13 de junho, 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). Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689.

¹² Cfr. al. a) do n.º 1 do artigo 5.º.

¹³ DANIEL C. DENNETT, “What can we do?”, in JOHN BROCKMAN (ed.), *Possible Minds – 25 Ways of Looking at AI*, Penguin Press, New York, Chapter 5, 2019, p. 60.

¹⁴ Não admira, portanto, que o conceito de Inteligência artificial surja como complexo, variável ou difícil de concretizar numa única formulação. O debate em torno do que estas tecnologias emergentes poderiam ser e fazer, começou muito precocemente e, desde logo, quer com contornos estritamente técnicos, quer com uma projeção de cariz mais filosófico, depressa se iniciou a discussão em torno do conceito aplicável a tais “máquinas”. Nesse sentido, ARLINDO OLIVEIRA/MÁRIO FIGUEIREDO, por exemplo, remontam o debate sobre o pensamento não humano a obras como a *Ilíada* de Homero ou o *Leviatã* de Thomas Hobbes, entre outros. Cfr. “Artificial Intelligence: Historical Context and State of the Art”, in HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *et al.*, *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law*, SPRINGER, 2024, p. 4. Disponível em <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-41264-6>. (consulta feita em 05/04/2024).

¹⁵ A. M. TURING, “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind*, Volume LIX, Iss. 236, 1950, p. 433. Disponível em <https://academic.oup.com/mind/article/LIX/236/433/986238> (consulta feita em 05/04/2024)

¹⁶ A. M. TURING, *op. cit.*, p. 436.

¹⁷ A. M. TURING, *op. cit.*, p. 460.

uma formulação satisfatória e universal bastante, para acompanhar o debate em torno da IA.

A expressão *Inteligência Artificial* é habitualmente atribuída ao cientista computacional americano JOHN MCCARTHY,¹⁸. O referido autor define IA como “the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable”¹⁹.

A definição de inteligência proposta, enquanto categoria genérica, centra-se na capacidade de algo ou alguém, atingir objetivos ou assegurar resultados no mundo concreto. Assim, diferentes formas desta inteligência - a de atingir resultados – pode ser encontrada em variadas realidades, sejam pessoas, animais ou máquinas.

As definições poderão ser discutíveis ou, em alternativa, construídas de modo a permitir – intencionalmente ou não – a associação dos desenvolvimentos computacionais à ideia de *inteligência*. Não obstante, há que reconhecer que o conceito não se limita à ideia de imitação da inteligência humana: “Sometimes but not always or even usually. (...) AI researchers are free to use methods that are not observed in people or that involve much more computing than people can do”²⁰.

A este propósito, alguns autores têm falado do nascimento de uma nova espécie, *machina sapiens*²¹. Estaríamos perante uma nova criatura que partilharia não só algumas características com o ser humano, mas também o seu espaço e existência²².

¹⁸ Assim, ARLINDO OLIVEIRA/MÁRIO FIGUEIREDO, *ibidem*, p. 11.

¹⁹ JOHN MCCARTHY, “What is Artificial Intelligence?”, Stanford University, 2007, p. 2. Disponível em <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf> (consulta feita em 05/04/2024).

É relevante que o mesmo autor formula alguns conceitos de base para a sua reflexão, entre os quais o de inteligência, sendo esta “the computational part of the ability to achieve goals in the world. Varying kinds and degrees of intelligence occur in people, many animals and some machines” (*Ibidem*).

²⁰ JOHN MCCARTHY, *op. cit.*, p. 3.

²¹ A este propósito, GABRIEL HALLEVY, “The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control,” *Akron Intellectual Property Journal*: Vol. 4 : Iss. 2, Artigo 1. Disponível em: <https://ideaexchange.uakron.edu/akronintellectualproperty/vol4/iss2/1> (consulta feita em 06/04/2024)

²² Sem tomar posição sobre a questão de fundo e sobre a perspectiva de uma nova criação, importa considerar a perspectiva de GABRIEL HALLEVY, sobre os cinco atributos expectáveis numa entidade inteligente: (i) comunicação, (ii) autoconhecimento, (iii) heteroconhecimento, (iv) comportamento direcionado à concretização de um objetivo e (v) criatividade. Para o mesmo autor, as entidades de IA possuem os cinco atributos, podendo, nas últimas gerações tecnológicas, possuir mais atributos que lhes permitem comportarem-se de modos cada vez mais sofisticados (*Ibidem*, p. 176).

Atenta o intenso debate sobre a possibilidade da IA imitar ou, pelo menos, assemelhar-se à inteligência humana²³, algumas das definições mais institucionais ou de autores hodiernos, parecem querer deslocar o centro da matéria para a sua funcionalidade e não para a comparação com o ser humano. Daremos nota de algumas dessas definições nas linhas seguintes.

Para o Regulamento da Inteligência Artificial, por exemplo, um sistema de inteligência artificial é definido como “um sistema baseado em máquinas concebido para funcionar com níveis de autonomia variáveis, e que pode apresentar capacidade de adaptação após a implantação e que, para objetivos explícitos ou implícitos, e com base nos dados de entrada que recebe, infere a forma de gerar resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais”²⁴.

O referido conceito poderia denotar uma evolução em relação a outros documentos da União, ainda preparatórios da abordagem feita pelo Regulamento, como a Comunicação da Comissão sobre a inteligência artificial para a Europa de 2018²⁵: “O conceito de inteligência artificial (IA) aplica-se a sistemas que apresentam um comportamento inteligente, analisando o seu ambiente e tomando medidas – com um determinado nível de autonomia – para atingir os seus objetivos específicos”.

Já em 2020, o Livro Branco sobre a inteligência artificial²⁶, tinha adotado um conceito distinto e sintético de IA, a saber: “Resumindo, a IA é um conjunto de tecnologias que combinam dados, algoritmos e capacidade computacional”²⁷. Ainda assim, parece-nos mais avisado considerar que Regulamento de Inteligência Artificial evitou o debate sobre

²³ JOHN MCCARTHY dá nota, no estudo citado (*Op. cit.*, p. 7), da opinião de JOSEPH WEIZENBAUM para quem, a ideia de existirem máquinas inteligentes não biológicas seria *obscena, anti-humana e imoral* (tradução nossa).

²⁴ Cfr. n.º 1 do artigo 3.º.

²⁵ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237> (consulta feita em 06/04/2024).

²⁶ LIVRO BRANCO “sobre a inteligência artificial - Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança”, COM (2020) 65 final, 19.2.2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0065#footnoteref51> (consulta feita em 08/04/2024)

²⁷ Pese embora o mencionado Livro Branco parecesse concentrar-se mais nas potencialidades da IA, nomeadamente no plano económico, evitando o debate concreto sobre os domínios conceituais em torno destas tecnologias.”

o que IA é, antes procurando uma definição operacional de *sistema* de Inteligência Artificial. Opção perfeitamente compreensível para um diploma que centra a sua abordagem nos casos de uso ou possibilidades de uso e não na área de saber em si²⁸.

No domínio técnico, a Norma ISO 2382:2015²⁹, define IA como “capability of a functional unit to perform functions that are generally associated with human intelligence such as reasoning and learning”.

Fora da realidade institucional, outros autores têm proposto definições de IA, no começo dos seus estudos e investigações. Assim, por exemplo, para SILJA VÖNEKY (...) “An AI system could be defined as a system that is intelligent, i.e. rational, in the way and to the extent that it does the «right thing», given what it knows”³⁰. Podemos, também, definir IA como “the science of making machines smart”³¹.

²⁸ Outros organismos internacionais, procuraram formular conceitos de IA, identificando os seus elementos mais distintivos ou comuns. Por exemplo, o COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE, publicou algumas considerações sobre aspetos legais da inteligência artificial, nas quais afirma “Indeed, as a term, «AI» is so broad and imprecise as to be of limited utility in analysing ethical and legal issues arising from its use. A measure of that imprecision is that the phrase «Artificial Intelligence» is defined in the Oxford English Dictionary not as a process, but as a field of study: «[T]he study of how to produce machines that have some of the qualities that the human mind has, such as the ability to understand language, recognize pictures, solve problems, and learn.» However, as the phrase is now more commonly employed, it describes various processes carried out by computers”. Cfr. CCBE “Considerations on the legal aspects of artificial intelligence”, 2020, p. 8 Disponível em https://www.ccbe.eu/fileadmin/specialty_distribution/public/documents/IT_LAW/ITL_Guides_recommendations/EN_ITL_20200220_CCBE_considerations-on-the-Legal-Aspects-of-AI.pdf (consulta feita em 08/04/2024).

Também o Reino Unido, na sua estratégia para a Inteligência artificial, procurou partir de um conceito, ainda que sumário, de IA: “«Artificial Intelligence» as a term can mean a lot of things, and the government recognises that no single definition is going to be suitable for every scenario. In general, the following definition is sufficient for our purposes: «Machines that perform tasks normally performed by human intelligence, especially when the machines learn from data how to do those tasks»”.

NATIONAL AI STRATEGY, 2022. Disponível em <https://www.gov.uk/government/publications/national-ai-strategy/national-ai-strategy-html-version#introduction>. (consulta feita em 08/04/2024)

Por seu turno, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), apresentou, igualmente, definições próprias de IA, com interesse, pela sua clareza sistemática: “An AI system is a machine-based system that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments. Different AI systems vary in their levels of autonomy and adaptiveness after deployment”.

Explanatory Memorandum on the Updated OECD Definition of an AI System, março de 2024, disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/623da898-en.pdf?expires=1713201409&id=id&ac_name=guest&checksum=9CDCB0DAAA487F6BCEB7A02E239C366B (consulta feita em 08/04/2024).

²⁹ Consultável em <https://www.iso.org/obp/ui/en/#iso:std:iso-iec:2382:ed-1:v2:en> (consulta feita em 09/04/2024).

³⁰ SILJA VÖNEKY, “Key Elements of Responsible Artificial Intelligence – Disruptive Technologies, Dynamic Law”, *Ordnung der Wissenschaft*, 2020, p. 10. Disponível em https://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2020/03/2_2020_voeneky.pdf (consulta feita em 03/04/2024).

³¹ THE ROYAL SOCIETY, “Machine learning: the power and promise of computers that learn by example”, 2017, p. 16. Disponível em <https://royalsociety.org/~media/policy/projects/machine-learning/publications/machine-learning-report.pdf> (consulta feita em 03/04/2024).

)

Em Portugal – e por todos – ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA propõe que IA pode ser entendida como “aptidão de «criar programas de computador capazes de desenvolver tarefas assumidas por seres humanos, exigindo aprendizagem, organização de dados e fundamentação. Visa[ndo] disponibilizar a racionalidade, funções de fundamentação e de percepção para controlar um robot num ambiente desconhecido»”³² Parece, das referências *supra*, que existe uma especial insistência na ideia de assunção, imitação ou replicação, de tarefas ou capacidades humanas.³³

Trata-se de um salto qualitativo – e também quantitativo – na relação da humanidade com as máquinas, especificamente os computadores, que não são já meros “arquivadores” de informação, repositórios de dados, mas autênticos simuladores³⁴ e antecipadores da atividade humana. Podemos afirmar, com ROBIN ALLEN QC, que “this ideia is that machines might be made to work in the same way as humans, only faster, better, and more reliably”³⁵.

Não obstante, parece inexistir, ao momento – sem se negar tal possibilidade futura – qualquer máquina que seja apenas ensinada a aprender, a imitar, sem qualquer tipo de dados. Ou seja, as máquinas precisam, ainda, de dados para um treino a partir do qual a sua atividade começa³⁶.

A centralidade da dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1.º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (doravante, CEDF) e, em Portugal, no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa³⁷ (doravante, CRP) e no n.º 1 do artigo 9.º da Carta

³² ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *op. cit.*, p. 14. A referida definição, assumida pelo autor, pertence a Jérôme Béranger, na sua obra *The Algorithmic Code of Ethics*.

³³ Assim, IBM, em <https://www.ibm.com/topics/artificial-intelligence> (consulta feita em 10/04/2024).

³⁴ A este propósito, tem sido frequente e intenso o debate sobre a possibilidade de afirmar que estas ferramentas tecnológicas dispõem de consciência. Nesse sentido, VIRGÍNIA DIGNUM, para quem a *consciência da IA é e será sempre ficção científica*. Cfr. Entrevista ao Jornal Público de 28 de dezembro de 2023. Disponível em <https://www.publico.pt/2023/12/28/ciencia/entrevista/virginia-dignum-consciencia-ia-sera-ficcao-cientifica-2074961> (consulta feita em 11/04/2024).

³⁵ ROBIN ALLEN QC, “Regulating AI-The Way Forward”, *paper* de apoio à intervenção na conferência “regulating Artificial Intelligence (AI)” da Academy of European Law, 2021, p.5.

³⁶ No mesmo sentido, ROBIN ALLEN QC (*ibidem*, p. 6), descreve o processo de criação de IA a partir de cinco partes ou fases, a saber:

- “(i) an understanding of human thought processes and how they proceed to action,
- (ii) a logical analysis of such processes,
- (iii) a means to describe that analysis as a set of instructions for a machine,
- (iv) the supply of data to the machine on which it can then work, and then finally,
- (v) the construction of a machine that can do this work more quickly than a human.”

³⁷ Aprovada pelo Decreto de 10 de abril de 1976, na última versão conferida pela Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis.

Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital³⁸ (CPDHED) parecem, em linha com o referido, conferir às realidades potencialmente inteligentes não humanas, um estatuto de ferramenta ao serviço do humano³⁹.

À guisa de conclusão, podemos entender, com ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA⁴⁰, que os sistemas de IA, em termos abstratos ou no plano dos conceitos, são “caracterizados por três elementos essenciais: (i) a existência de um acesso a elevado volume de dados, o que se regista, com relativa facilidade, no contexto que é designado como Big Data; (ii) a presença de sistemas de aprendizagem envolvendo algoritmos (machine learning e/ou deep learning) que aprendem, classificam e geram novos dados; (iii) envolvendo, pelo menos numa fase inicial de treino e de aprendizagem, uma supervisão humana”.

Em particular, o último ponto referido parece colocar especial ênfase nas dimensões de controlo e regulação da IA, já que a supervisão humana, nos diferentes momentos do “ciclo de vida” da tecnologia – desde o seu treino, desenvolvimento e utilização – garante a sua finalidade última: o serviço ao ser humano. Citando PICARD, “The greater the freedom of the machine, the more it will need moral standards”⁴¹.

Na verdade, saber se determinada realidade é – ou não – enquadrável no conceito de inteligência artificial⁴², terá necessariamente implicações jurídicas, desde logo no domínio da responsabilidade, dos requisitos de informação ou de utilização e, em todo o caso, na garantia dos direitos fundamentais.

³⁸ Aprovada pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, alterada pela Lei n.º 15/2022, de 11 de agosto.

³⁹ Nesse sentido, também, SILJA VÖNEKY (*op. cit.*, p. 11), para quem, os algoritmos serão desenvolvidos para permitir às máquinas extrair funções de um conjunto de dados para assegurar determinada tarefa. Em outra passagem do seu estudo, a mesma autora afirma ainda que: “My hypothesis is, that an AI system that serves human beings has to meet the “at least as good as a human being / human expert” threshold. This sets even a higher threshold as the one that is part of the idea of “beneficial machines”, defined as intelligent machines whose actions can be expected to achieve our objectives rather than their objectives” (*op. cit.*, p. 12). Há, por conseguinte, uma conceção utilitária da inteligência artificial que parece reiterar a centralidade do humano.

⁴⁰ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *op. cit.*, p. 15.

⁴¹ *Apud*, SETH D. BAUM, “Social Choice Ethics in Artificial Intelligence”, *AI & Society*, vol. 35, n.º 1, 2020, p. 165. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3046725 (consulta feita em 15/04/2024).

⁴² Nesse sentido, MARTA BOURA afirma que “A delimitação [do conceito de IA] já não é, porém suficiente. A consideração do comportamento inteligente, apesar de ter a vantagem de captar um conjunto amplo de realidades, não permite, atualmente, acompanhar os diferentes produtos e serviços de inteligência artificial que, porque integrados em tecnologia distinta, e, por isso, suscetíveis de funcionalidades díspares, podem suscitar, sob o ponto de vista jurídico, graus de risco e análise complexos”. Cfr. “Inteligência Artificial. Quadro jurídico e reflexões sobre a Proposta de Regulamento de Inteligência Artificial”, in *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 3 (Vol. 32), outubro, 2023, p. 105. Disponível em <https://cij.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2023-nordm-3/inteligencia-artificial-quadro-juridico-e-reflexoes-sobre-a-proposta-de-regulamento-de-inteligencia-artificial/> (consulta feita em 18/04/2024).

A IA é, ainda assim, uma categoria genérica, que engloba uma pluralidade de técnicas com múltiplas finalidades⁴³. Nos próximos pontos, dedicaremos atenção a duas técnicas ou tipos relevantes para o nosso estudo, a saber, *algoritmo e decision-making*.

2. Breve conceito de Algoritmo

Um conceito distinto, menos discutido, mas de extrema relevância para a compreensão do nosso estudo, é o de *algoritmo*. Claramente mais operacional, podemos entendê-lo como um comando constituído para que determinada informação gere um resultado concreto, ou seja, passos precisos⁴⁴ a executar com vista a objetivo definido. São, nas palavras de ROBIN ALLEN QC, como “code written by humans, having the ultimate aim of causing specific interactions with humans”⁴⁵. Os algoritmos consistem em códigos escritos por humanos, ou seja, têm a sua origem numa ação humana que configura a sua própria constituição, limites e potencialidades. Com o mesmo autor⁴⁶, aliás, podemos afirmar que a criação dos algoritmos, na medida em que implica a seleção de determinados dados fonte, poderá ser enviesada pelas próprias tendências ou preconceitos do seu criador.

No mesmo sentido, o “Guia para uma Inteligência Artificial Ética, Transparente e Responsável na Administração Pública”⁴⁷, da Agência para a Modernização Administrativa, I.P. (doravante, AMA), define algoritmo como “sequência lógica e finita de instruções que visam atingir um determinado propósito”⁴⁸.

⁴³ Como refere MARTA BOURA, sem prejuízo de outras classificações existentes, atualmente “são identificados cerca de 24 tipos ou técnicas de inteligência artificial: machine learning, artificial neural network, expert system, decision-making, algorithm, intelligence amplification, automation, symbolic artificial intelligence, deep learning, learning, robotics, pattern recognition, sentiment analysis, speech recognition, predictive analytics, support vector machine, natural language processing (NLP), artificial general intelligence (AGI), theory of mind, cognitive computing, fuzzy logic, genetic algorithm, vector e random forest” (*Ibidem*, p. 105).

⁴⁴ CHRISTOPHER MANNING, “Artificial Intelligence Definitions”, *Stanford University Human-Centered Artificial Intelligence*, 2020. Disponível em <https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf> (consulta feita em 18/04/2024).

⁴⁵ ROBIN ALLEN QC, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 6.

⁴⁷ Disponível em <https://tic.gov.pt/documentos/guia-para-uma-inteligencia-artificial-etica-transparente-e-responsavel-na-administracao-publica> (consulta feita em 04/06/2024).

⁴⁸ *Ibidem*, p. 9.

Parece-nos de grande pertinência e clareza a definição apresentada por PEDRO DOMINGOS⁴⁹:

“Um algoritmo é uma sequência de instruções que diz a um computador o que fazer. Os computadores são instruídos por milhares de milhões de pequenos interruptores chamados transístores, e os algoritmos ligam-nos e desligam-nos milhões de vezes por segundo. O algoritmo mais simples é: ligar um interruptor. O estado de um transístor é um bit de informação: «1» se o transístor está ligado, «0» se está desligado. Um bit algures nos computadores do nosso banco diz se a nossa conta está a descoberto ou não.”

Há uma ligação clara e estreita entre IA e algoritmos, sendo estes um recurso comum às diferentes técnicas que integram aquela. Talvez por isso, a proposta de Regulamento para a Inteligência Artificial não assumiu a necessidade de definir o conceito de algoritmo – tal como outros conceitos mais operacionais – embora o refira em diversos momentos⁵⁰.

Pese embora a maior clareza na definição de algoritmo, enquanto comando operacional, a sua existência e utilização levantam questões jurídicas particulares e de difícil resolução, desde logo para os direitos fundamentais⁵¹. Há a perceção mais ou menos generalizada – dependendo, também, do grau de instrução e literacia dos utilizadores – que o software “is eating the world”⁵², isto é, parece haver uma perda progressiva do domínio humano sobre as suas próprias interações com o que o rodeia. A progressiva substituição das diferentes formas de comunicação por soluções tecnológicas com recurso a algoritmos exige um olhar mais detido sobre as questões da transparência, confidencialidade, da proteção de direitos humanos.

⁴⁹ PEDRO DOMINGOS, *A revolução do algoritmo mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*, 9.ª edição, Reimpressão, Manuscrito, 2019, p. 25.

⁵⁰ A este propósito, *vide* os Considerandos n.ºs 12, 68, 69, 71, 115, 128 e a al. b) do n.º 2 do Anexo IV ao Regulamento. Disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-24-2024-INIT/pt/pdf> (consulta feita em 04/06/2024).

⁵¹ Nesse sentido, “Algorithms and Human Rights: study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications”, 2018, p. 3. Disponível em <https://edoc.coe.int/en/internet/7589-algorithms-and-human-rights-study-on-the-human-rights-dimensions-of-automated-data-processing-techniques-and-possible-regulatory-implications.html> (consulta feita em 04/06/2024).

⁵² ANDREESSEN HOROWITZ, “Why software is Eating the World”, 2011. Disponível em <https://a16z.com/why-software-is-eating-the-world/> (consulta feita em 04/06/2024).

Assim, algumas questões ganham cada vez relevância ou destaque, como a previsibilidade dos resultados dos algoritmos; os mecanismos de responsabilização dos seus criadores; a opacidade dos algoritmos quanto ao tratamento concreto dos dados (*black boxes*); o recurso a algoritmos por entidades públicas, em particular na substituição de decisores públicos por decisões automatizadas.

Por outro lado, a certeza de um conceito tendencialmente unívoco de algoritmo não pode levar a afirmar uma utilização circunscrita do mesmo. Os algoritmos estão presentes em muitas das tecnologias existentes e em desenvolvimento, enquanto operadores ou processos. Nesse sentido, o Conselho da Europa⁵³, tomando a formulação de TARLETON GILLESPIE, parte da assunção de que os algoritmos não carecem de ser softwares, mas que se assumem como “encoded procedures” que se encarregam de transformar dados em *outputs* desejados, com base em cálculos específicos.

Dito nestes termos, poderá parecer, como se tem alimentado em apreciações mais genéricas, que o recurso a modelos matemáticos e a procedimentos pré-estabelecidos, elimina o erro, garantindo a qualquer solução algorítmica a presunção de infalibilidade.

Ora, como denota o mesmo Conselho da Europa, o recurso a algoritmos não isenta de erros, antes, sendo estes fundamental e categorialmente distintos dos processos humanos, produz erros distintos e resultados diversos e, nessa medida, consequências diferenciadas⁵⁴. Voltaremos a alguns destes tópicos ao longo da presente dissertação, aquando da discussão sobre a automação dos atos administrativos.

2.1. «Nem tudo o que luz é ouro»: o papel dos algoritmos no Direito Administrativo

Para o estudo que agora realizamos, importa atender ao especial papel dos algoritmos no Direito Administrativo, já que os mesmos, pese embora pareçam meros instrumentos, são, na verdade, verdadeiros mecanismos de tratamento de informação com impacto na decisão administrativa.

A clareza da definição de algoritmo dá lugar, na prática, a uma certa opacidade do regime que lhe é aplicável, vista a sua real natureza e função no âmbito da atividade administrativa. Assim, atendendo à definição já expressa, a construção de um algoritmo é

⁵³ Vide “Algorithms and Human Rights: study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications”, p. 5.

⁵⁴ Vide, *ibidem*, p. 7.

já a definição de um conjunto de instruções que correspondem, *lato sensu*, a operações jurídico-materiais dos agentes administrativos. Dito por outras palavras, os algoritmos podem estar a assumir as tarefas inerentes à direção procedimental, à sua condução.

A este propósito, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, afirma que

“[m]uito recentemente, tem-se equiparado (ou sentido a necessidade de equiparar em termos de regime jurídico aplicável) os algoritmos aos regulamentos administrativos. Nesta medida, desenvolveu-se a ideia e que existe um cariz “materialmente normativo” nos algoritmos, pelo que temos que concluir pela submissão ao regime jurídico que, no âmbito da legislação procedimental administrativa, é aplicável aos regulamentos administrativos”⁵⁵.

A aplicação da classificação e regime jurídico dos regulamentos administrativos aos algoritmos é amplamente discutida⁵⁶, denotando a complexidade da matéria, em especial o enquadramento distinto dos algoritmos na atividade administrativa.

Na verdade, o recurso a algoritmos no procedimento administrativo, sem prejuízo do princípio da adequação procedimental previsto no artigo 56.º do Código do Procedimento Administrativo⁵⁷ (doravante, CPA), pode implicar na prática a transferência de operações, formalidades ou até mesmo da própria decisão, para mecanismos tecnológicos/digitais, distintos da estrutura orgânica e humana da Administração.

A direção procedimental cabe ao órgão competente para a decisão final, com faculdade de delegação em inferior hierárquico do mesmo ou de diligências instrutórias específicas (assim, artigo 55.º do CPA), mas, através do recurso a algoritmos, pode ser integralmente realizada por uma estrutura tecnológica externa ao órgão competente para a decisão e de forma pouco cognoscível/compreensível para este. Nem parece, naturalmente, que se possa equiparar um algoritmo a um inferior hierárquico, pois que os algoritmos, até do estrito ponto de vista jurídico, podem ser criações de entidades, investigadores ou empresas alheias à entidade administrativa.

⁵⁵ ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro, na sua última redação conferida pelo Decreto-Lei n.º 11/20123, de 10 de fevereiro. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2015-105602322>.

Em *ultima ratio*, é possível afirmar que a substituição procedimental por meios tecnológicos – independentemente dos níveis e intensidade da supervisão humana associada – pode comprometer a própria definição de procedimento administrativo⁵⁸, tal como resulta do n.º 1 do artigo 1.º do CPA⁵⁹. Como resulta da definição de procedimento administrativo, os atos e formalidades são tendentes à formação da *vontade* dos órgãos da Administração Pública. O que dizer quando a formação de tal vontade for integralmente transferida para uma solução tecnológica⁶⁰? For não já uma vontade humana, mas robótica ou algorítmica? Retomaremos esta análise adiante⁶¹, mas pareceu-nos oportuno levantar algumas das questões prévias que, pela sua densidade, justificam o percurso que faremos na presente dissertação. É que, pese embora compreendendo que o Direito procurará sempre dar resposta às questões, aplicando as normas e princípios de que dispõe, parece-nos que o recurso a algoritmos no âmbito de procedimentos administrativos sempre carecerá de uma apreciação holística e atualizada.

3. Aproximação ao conceito de algoritmos de *Decision Making*

Um terceiro conceito relevante para o nosso estudo é o de algoritmos de *Decision Making* (doravante, DM). O DM parece não ter um especial enquadramento ou conceptualização no âmbito da inteligência artificial. De facto, como já mencionado⁶², pode tratar-se de uma técnica de IA, entre outras possíveis, visando a aplicação de soluções de Inteligência Artificial para facilitar os processos de decisão ou extrair um resultado – que

⁵⁸ O mesmo se diga em relação ao processo administrativo, já que não se antevê como devidamente salvaguardada a necessidade de assegurar a existência de um processo administrativo – tal como configurado pelo n.º 2 do artigo 1.º do CPA – que demonstre a sequência dos atos e formalidades integrantes do procedimento, até para efeitos de impugnação judicial, já que, nos termos do n.º 3 do artigo 8.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), as entidades administrativas *têm* “o dever de remeter ao tribunal, em tempo oportuno, o processo administrativo e demais documentos respeitantes à matéria do litígio, bem como o dever de dar conhecimento, ao longo do processo, de superveniências resultantes da sua atuação, para que a respetiva existência seja comunicada aos demais intervenientes processuais”. Como documentar a atuação de um algoritmo de forma a permitir a sua impugnação judicial e apreciação pelos tribunais ou até, em nível distinto, de órgão administrativo hierarquicamente superior?

⁵⁹ Segundo o citado normativo, entende-se por procedimento administrativo, “a sucessão ordenada de atos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública.”

⁶⁰ Pensemos, por exemplo, nos atos certificativos de domicílio fiscal, emitidos pelo Portal das Finanças, que são emitidos com assinatura do chefe de finanças da área de residência, mesmo quando a respetiva emissão ocorre ao fim de semana ou de madrugada. Não será aqui uma vontade ficcionada ou, pelo menos, simulada?

⁶¹ Capítulo II.

⁶² Vide, MARTA BOURA, *op. cit.*, p. 105.

na atividade administrativa pode assumir a natureza decisória – da análise e tratamento de um conjunto de dados.

Assim, podemos dizer que as soluções de DM partem da recolha e tratamento de informação relevante para a resolução de determinado problema e produzir uma ação⁶³. O processo de DM é abrangente e pode envolver uma pluralidade de técnicas ou recursos de complexidade variável. Assim, no âmbito do tratamento dos dados⁶⁴, por exemplo, podem ser usadas técnicas como priorização, classificação, associação e filtragem. No prisma do desenvolvimento do *output*, podem ser utilizadas diversas técnicas ou soluções de, que vão desde o reconhecimento de discurso, ao processamento de linguagem natural, aplicação de técnicas de *machine learning*, *neural network*, *deep learning* ou, em circunstâncias mais avançadas, soluções de *Generative AI*.

A automação do processo decisório de entidades administrativas pode implicar o recurso a uma pluralidade crescente de soluções, técnicas, máquinas e tratamento de informação, que desviam a decisão do seu autor formal ou, pelo menos, do titular da competência para a mesma. O próprio processo de DM pode implicar o recurso a outras áreas, como *data science*⁶⁵, *computer vision*⁶⁶ ou *natural language processing*⁶⁷.

O processo de DM, no âmbito da atividade administrativa pode ir da simples preparação de elementos para a decisão, como a apreciação liminar dos elementos de determinado procedimento, como a prática autónoma de atos.

⁶³ Cfr. KATHARINA MILLER, “Designing Decision-Making Algorithms in an Uncertain World”, *Stanford University, Human-Centered Artificial Intelligence*, 13 de abril de 2022. Disponível em <https://hai.stanford.edu/news/designing-decision-making-algorithms-uncertain-world> (consulta feita em 03/07/2024).

⁶⁴ Nesse sentido, HAO-FEI CHENG, *et al.*, “Explaining Decision-Making Algorithms through UI: Strategies to Help Non-Expert Stakeholders”, *CHI*, Glasgow, paper 559, 2019, p. 2. Disponível em https://www.cs.rochester.edu/u/zzhang95/doc/pub/algorithm_explanation_nonstakeholder.pdf (consulta feita em 03/07/2024)

⁶⁵ “A ciência de dados é o estudo dos dados para extrair insights significativos para os negócios. Ela é uma abordagem multidisciplinar que combina princípios e práticas das áreas de matemática, estatística, inteligência artificial e engenharia da computação para analisar grandes quantidades de dados. Essa análise ajuda os cientistas de dados a fazer e responder perguntas como o que aconteceu, por que aconteceu, o que acontecerá e o que pode ser feito com os resultados”. Definição disponível em <https://aws.amazon.com/pt/what-is/data-science/> (consulta feita em 03/07/2024).

⁶⁶ Um campo de IA que permite, através de *machine learning* e *neural networks*, programar computadores ou sistemas para retirar informação relevante de imagens ou dados visuais e tomar determinadas ações. Adaptação da definição disponível em <https://www.ibm.com/topics/computer-vision> (consulta feita em 03/07/2024).

⁶⁷ Área da IA focada na facilitação da interação entre os computadores e humanos através de linguagem natural, permitindo àqueles processar e analisar grandes quantidades de informação relativa a linguagem natural. Adaptação da definição disponível em <https://www.oracle.com/pt/artificial-intelligence/what-is-natural-language-processing/> (consulta feita em 03/07/2024).

A variedade e complexidade de técnicas e meios utilizados no processo de *decision-making* não parecem ser matéria que deva ocupar excessivamente o estudo subsequente, sob pena de se desviar da sua finalidade, mas deve orientar-se para a questão essencial: como tratar jusadministrativamente as situações em que os órgãos administrativos recorrem a mecanismos de automação que os substituam ou auxiliem na decisão administrativa, na formação da sua vontade enquanto órgãos da Administração Pública (artigo 1.º do CPA.).

CAPÍTULO II – Automação nos Atos Administrativos e dever de fundamentação

1. O ponto de partida para o estudo: concurso automatizado de colocação de professores em Itália

O ponto de partida para o presente estudo é, como referido, a análise da Sentença do Conselho de Estado Italiano n.º 2270, de 8 de abril de 2019⁶⁸, que abordou o tema da fundamentação das decisões administrativas, precisamente nos casos de procedimento automatizado.

1.1. O litígio

Na decisão em apreço, estão em causa professores do ensino secundário de segundo grau que, em setembro de 2015, foram destinatários de uma proposta de contratação por tempo indeterminado, em sequência de um plano nacional extraordinário – denominado fase “B”. Os apelantes, no caso, invocaram que, em consequência do procedimento, foram destinatários de uma nomeação em classe e ordenação de escola na qual nunca tinham trabalhado. No mesmo procedimento, embora tenham manifestado interesse em escolas do ensino superior do segundo grau, terminaram sendo classificados para uma escola superior de primeiro grau, para além de, em alguns casos, terem sido colocados em províncias distantes da sua proveniência ou origem.

Tal procedimento decorreu sempre de forma automatizada mediante um algoritmo do qual não se conhece o concreto modo de funcionamento. Por outro lado, na fase “C” do procedimento, segundo as alegações dos apelantes, outros professores com classificações inferiores àqueles foram escolhidos para os lugares preferenciais dos mesmos alegantes, bem como para as suas províncias de proveniência.

Na sequência dos factos referenciados, os apelantes desenvolveram os necessários processos administrativos e judiciais de impugnação com vista à reorganização dos procedimentos classificatórios de professores. No presente litígio estava em causa um plano

⁶⁸ Já identificada na nota de rodapé n.º 1.

extraordinário de recrutamento permanente de pessoal docente dividido por fases, embora o procedimento fosse considerado unitário.

No procedimento administrativo em causa, os apelantes invocaram que o algoritmo determinava a colocação de professores em estabelecimentos diferentes daqueles que tinham sido apontados como preferenciais pelos concorrentes, sem apresentar qualquer justificação para o efeito, nem identificou um qualquer funcionário responsável pelo procedimento. Para os mesmos apelantes, o procedimento manifesta alguma irracionalidade pela forma como chegou a resultados injustificados privilegiando concorrentes com classificação geral inferior.

1.2. A apreciação da questão pelo Conselho de Estado italiano

O aresto em questão começa por apontar a importância da reforma “digital e eletrónica” da administração pública para a melhoria do serviço aos cidadãos. Na verdade, resulta claro que se tem seguido um caminho no sentido da digitalização da administração pública em geral, com o contributo da União Europeia – de que é exemplo a Agenda Digital Europeia⁶⁹.

O Conselho de Estado italiano ressaltou a relevância destes procedimentos automatizados, evidenciando, ainda, a capacidade de um computador tratar grandes quantidades de informação através de um algoritmo. Tal mecanismo, na perspetiva do decisor, apresenta grande utilidade para a prossecução do interesse público, reduzindo os riscos de arbitrariedade nas decisões, particularmente nas potenciais intervenções negligentes ou até dolosas dos agentes administrativos. Por outro lado, os mecanismos informáticos reduzem os custos com a função administrativa, incrementando a eficiência, pelo que, o mesmo Conselho de Estado concluiu pela importância de incentivar a utilização dos mesmos⁷⁰.

Conforme resulta da decisão italiana, cada regra algorítmica possui um valor jurídico administrativo específico, pelo que, mesmo nos casos de se tratar de uma regra matemática, conserva-se o dever de respeitar os princípios da atividade administrativa, como os da publicidade e transparência, razoabilidade ou proporcionalidade entre outros⁷¹.

⁶⁹ No. 8, § 2.

⁷⁰ No. 8, § 1.

⁷¹ No. 9.

Assim, qualquer algoritmo utilizado, deveria fornecer resposta para uma potencialidade genérica de casos, funcionando como um autêntico critério administrativo de decisão. No entendimento do Conselho de Estado (§ 8.2) a Administração deveria ter um trabalho previamente na mediação e composição de interesses, por meio de testes frequentes, atualizações e métodos para aperfeiçoar o algoritmo. Na verdade, o mecanismo automatizado deveria ter permitido a um juiz avaliar da sua correção em todos os seus componentes. O algoritmo foi considerado pelo Conselho de Estado, para os devidos efeitos, como um ato administrativo de Tecnologia de Informação.

A conclusão tomada pelo decisor italiano comportou uma dupla consequência: em primeiro lugar, a decisão automatizada, que é como dizer o algoritmo, deveria ser materialmente cognoscível por qualquer agente, nos termos de uma interpretação reforçada do princípio da transparência. Em segundo lugar, o conhecimento necessário respeitaria aos diversos aspetos próprios do ato decisório, como o autor, o procedimento utilizado, o mecanismo de decisão, incluindo as prioridades estabelecidas e os dados selecionados como relevantes.

O conhecimento destes aspetos é, para a *sentenza*, relevante para se poder aferir da adequação legal do procedimento robotizado, já que, apesar da multidisciplinariedade dos procedimentos de formação dos algoritmos automatizados, a fórmula técnica que encerram deve ser acompanhada das explicações necessárias que traduzam a regra legal subjacente, de modo a torná-la legível e compreensível, tanto para os cidadãos em geral, como para os juízes.

O algoritmo, para além de cognoscível em si mesmo, deveria ser cognoscível também pelo juiz administrativo. De outro modo, a utilização de mecanismos jurídicos prejudicaria o direito de defesa dos cidadãos, já que deixaria de ser possível uma apreciação judicial dos atos praticados pela Administração. O procedimento automatizado deve permitir ao juiz avaliar a correção de todos os seus componentes, bem como do funcionamento transparente do mesmo.

Por fim, o aresto em crise, entende que o juiz deve poder sindicar a regra jurídica prévia ao algoritmo. Entendeu o Conselho de Estado, portanto, conceder provimento ao recurso, por violação dos princípios de imparcialidade, publicidade e transparência, na medida em que o procedimento, no modo ocorrido, violou as legítimas expectativas dos apelantes. A incapacidade de conhecer da metodologia do algoritmo em causa constitui uma falha que invalida o procedimento.

1.3. Os desafios ao Direito

A decisão acabada de descrever levanta um conjunto de questões que consideramos aplicarem-se também ao direito nacional⁷². Na verdade, o cuidado crescente com o tratamento automatizado de informação tinha já recebido do Regulamento Geral de Proteção de Dados (doravante, RGPD), aprovado pelo Regulamento (UE) n.º 679/2016, de 27 de abril, em especial o seu artigo 22.º, mas o mesmo tema continua a ser menos considerado pelo Direito Administrativo.

A transparência dos atos praticados pela Administração deve impelir a uma adicional garantia de disponibilização de informação e de perceção dos limites inerentes ao recurso a IA na atividade administrativa. É importante coordenar a evolução crescente da tecnologia com o princípio da legalidade, decorrente do artigo 266.º da CRP, em particular com a estabilidade do procedimento administrativo.

É inegável que a utilização de meios eletrónicos é transversal à atividade administrativa e que resulta de um exercício de permanente modernização ou simplificação administrativas. Portugal dispõe de um diploma legal dedicado a medidas de modernização administrativa, o Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril⁷³, bem como de regras procedimentais específicas para a administração eletrónica, nomeadamente os artigos 14.º (princípios aplicáveis à administração eletrónica), 61.º (utilização de meios eletrónicos), 62.º (balcão único eletrónico), 82.º (direito dos interessados à informação), 94.º (decisão final), 112.º e 113.º (forma e perfeição das notificações), todos do Código do Procedimento Administrativo.

⁷² Sobre o caso, v.g., MARINÍ GAIA CHIACCHIO, “L’utilizzo dell’algoritmo nelle procedure valutative della PA (commento a Consiglio di Stato, sez. VI, Sent., 8 aprile 2019, n. 2270)”, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2019/2, pp. 137-143. Disponível em <https://universitypress.unisob.na.it/ojs/index.php/ejplt/issue/view/101> (consulta feita em 03/07/2024).

Também, DAVIDE PONTE, GIULIA PERNICE, “L’intelligenza artificiale e l’algoritmo a contatto col diritto amministrativo: rischi e speranze”, 2021. Disponível em <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/ponte-ernice-l-intelligenza-artificiale-e-l-algoritmo-a-contatto-col-diritto-amministrativo-rischi-e-speranze> (consulta feita em 03/07/2024).

⁷³ Na redação atual, conferida pela Lei n.º 19-A/2024, de 7 de fevereiro. Disponível em <https://diario-darepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1999-107547988> [consulta feita em 07/07/2024].

O recurso ao digital e à tecnologia não é algo que se pretende fazer no futuro próximo, mas o que acontece já, em maior ou menor intensidade, nos – e pelos – órgãos da Administração Pública⁷⁴. Trata-se, por isso, de olhar para o que hoje já se faz e perspetivar o modo de enquadrar juridicamente a prática, nacional e internacional em matéria de automação.

É, também, verdade que a atividade administrativa assume hoje um processo de integração jus-internacional, aplicando diretamente normas internacionais e conformando a sua atuação a princípios e regras extraterritoriais. Como denota ANA F. NEVES, (...) “há uma conformação pelo Direito Internacional das administrações públicas nacionais, nas vertentes material, procedimental e orgânica⁷⁵”. Com a mesma autora, podemos referir-nos a uma *normatividade alargada*⁷⁶, que expande o âmbito de atuação e a complexidade jurídica inerente à atividade administrativa.

A aplicação – muitas vezes direta – de normas e procedimentos provenientes de fontes normativas internacionais⁷⁷ e, em particular, europeias⁷⁸, tem impulsionado a digitalização e a simplificação de procedimentos administrativos, pese embora em ritmos diversos em função da área administrativa em concreto. Assim, por exemplo, a

⁷⁴ Para uma análise sintética da evolução dos paradigmas de reforma do setor público e do impacto das novas tecnologias, vide, ALEJANDRO PARRÉS GARCÍA, “«Gervasio para todo» y la gobernanza pública algorítmica”, in *Documentación Administrativa*, n.º 12, 87-102, 2024, pp. 90-92. Disponível em <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/11401/12884> (consulta feita em 06/09/2024).

O autor aborda a evolução de uma Administração estritamente centrada no princípio da legalidade, enquanto garantia da segurança jurídica, para uma ideia de “governanza pública”, por influência dos meios tecnológicos.

⁷⁵ ANA F. NEVES, *Direito da Organização Administrativa e Serviço Público*, Almedina, Coimbra, 2023, pg. 45.

⁷⁶ *Ibidem*, pg. 46. Nesse sentido, ANA F. NEVES, refere:

“No plano da conformação pelo Direito Internacional da organização administrativa, destacam-se três aspetos (i): as Administrações Públicas compreendem entidades cuja existência e figurino são ditados por normas jurídico-internacionais, relevando a sua atuação no âmbito do cumprimento de tarefas e fins extra-estaduais; (ii) as Administrações Públicas atuam cm base em normas jurídico-internacionais; e (iii) estabelecem relações jurídicas administrativas internacionais”

⁷⁷ Vide, a propósito, “Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law”, 2024 (<https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-adopts-first-international-treaty-on-artificial-intelligence>); e OCDE, “Hello, World: Artificial Intelligence and its use in the public sector”, publicado a 21 de novembro de 2019 (<https://oecd-opsi.org/publications/hello-world-ai/>).

⁷⁸ Vide, LIVRO BRANCO “sobre a inteligência artificial - Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança”, *cit.*, “(...) F. Incentivar o setor público a adotar a IA

É essencial que as administrações públicas, os hospitais, os serviços de transporte e de utilidade geral pública, os supervisores financeiros e outros domínios de interesse público comecem rapidamente a utilizar produtos e serviços baseados na IA nas suas atividades. Será dada especial atenção às áreas dos cuidados de saúde e dos transportes em que a tecnologia atingiu a maturidade para uma implantação em grande escala.” – itálicos nossos. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0065#footnoteref51> (consulta feita em 08/04/2024).

renovação da carta de condução pode ser feita de modo automatizado, através de aplicação móvel⁷⁹, enquanto a renovação de Licença de Uso e Porte de Arma ainda exige a entrega de elementos como fotografia tipo passe⁸⁰.

A pluralidade de práticas e de desenho de serviços deve também ser lida a partir da própria estrutura orgânica da Administração. Como denota, a propósito, ANA F. NEVES, “o figurino das relações interorgânicas pode ser causa de complicação organizativa”⁸¹. A estrutura orgânica da Administração, hierarquizada, pensada e vivida em silos, reduz a capacidade de cooperação e partilha de informação, bem como de desenvolver um novo olhar procedimental, agora centrado nos interessados e nos serviços que lhes são necessários. Não obstante, a propósito da organização da Administração direta do Estado, a al. c) do n.º 3 do artigo 8.º da Lei n.º 4/2004, de 15 de janeiro⁸², prevê a constituição de estruturas e serviços de apoio comuns ou partilhados em matéria de tecnologias de estruturas e serviços de apoio comuns ou partilhados. Acrescenta a al. e) do n.º 2 do artigo 9.º e o n.º 2 do artigo 10.º, ambos do mesmo diploma, os deveres de partilhar informação

⁷⁹ Vide, Portaria n.º 305/2023, de 10 de outubro, que define mecanismos de revalidação automatizada das cartas de condução. Na referida Portaria, prescreve-se (artigo 3.º), que a “revalidação automatizada da carta de condução inicia-se com notificação criada para o efeito e enviada para a aplicação móvel prevista nos n.º 1 do artigo 4.º-A da [Lei n.º 37/2014](#), de 26 de junho, na sua redação atual, disponibilizada pela Agência para a Modernização Administrativa (AMA), ou outra que lhe venha a suceder.” Caso concreto de um exemplo de administração proativa.

⁸⁰ A informação sobre os documentos necessários consta do Portal *Seronline* (Disponível em <https://seronline.psp.pt/psp/login.pdc>), apenas mediante prévia autenticação. Após consulta, são necessários os seguintes documentos, da responsabilidade do requerente:

“- Documentos A, B e G (Disponíveis no separador - Informações Úteis - Requerimentos e Documentos para preenchimento- âmbito de armas e munições);

- Uma fotografia, tipo passe, atualizada;

- Cópia do Bilhete de identidade ou do Cartão de Cidadão ou do Passaporte;

- Cópia do número de identificação fiscal (NIF) (somente em caso de ainda ter o B.I.);

- Certificado médico, com incidência física e psíquica, de como está apto, à detenção, uso e porte de arma, bem como se está na posse das faculdades psíquicas, sem historial clínico que deixe suspeitar poder vir a atentar contra a sua integridade física ou de terceiros;

- Certificado do registo criminal requerido para o efeito (pode ser solicitado via online em registo criminal online);

- Prova de residência (cartas endereçadas, fatura de água, luz, gás...);

- Certificado de frequência de curso de formação técnica e cívica (concessão) e frequência de atualização técnica e cívica (renovação) para portadores de armas da classe C ou D; a)

- Prova de seguro obrigatório de responsabilidade civil da (s) arma(s) se já a(s) possuir;

- Cópia da carta de Caçador;

a) Na renovação pode solicitar a dispensa de frequência de curso de atualização técnica e cívica para o uso e porte de armas de fogo se apresentar as 3 últimas licenças de caça ou 5 nos últimos 10 anos”.

⁸¹ ANA F. NEVES, *op. cit.*, p. 115.

⁸² Que aprova os princípios e normas a que obedece a organização da Administração direta do Estado, na versão conferida pelo Decreto-Lei n.º 43-A/2024, de 2 de julho. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2004-34547775>.

internamente e de promover a utilização de meios eletrónicos, por forma a: “a) Fornecer todos os dados e informações relevantes;” e “b) Facilitar o tratamento integrado das relações entre os administrados e o Estado”.

A automação, aliada a um desiderato transversal de digitalização da atividade administrativa, é, por conseguinte, uma realidade presente na Administração e que exige, como analisaremos, uma resposta do Direito.

2. A Automação da vontade administrativa

A automação, tal como muitos dos conceitos associados às tecnologias emergentes, pode surgir com diferentes definições ou casos de uso, não existindo, ao momento, uma definição jurídica transversal a partir da qual possamos laborar. Não obstante, a ausência de uma definição não implica a ausência de referências a automação ou automatização na legislação nacional, ainda que enquanto remissão para os conceitos de outras áreas do saber, um preenchimento por cooperação de definições relevantes à atividade administrativa.

Verificamos, à cabeça, que o Código do Procedimento Administrativo, no n.º 4 do artigo 62.º, prescreve que “os balcões eletrónicos asseguram a emissão de atos meramente certificativos e a notificação de decisões que incidam sobre requerimentos formulados e podem proceder à emissão automatizada de atos. O mesmo, resulta do n.º 3 do artigo 106.º, em matéria de recibo de entrega de requerimentos e da al. c) do n.º 1 do artigo 112.º, sobre a forma das notificações, todos do referido Código.

O recurso ao conceito de automação verifica-se, também, em legislação extravagante, como o n.º 12 do artigo 17.º, do Decreto-Lei n.º 138/2012, de 5 de julho⁸³, em matéria de renovação automática da carta de condução. Com redação distinta, pese embora com efeitos similares, o artigo 7.º-B do Decreto-Lei n.º 252/2007, de 5 de julho⁸⁴, nos termos do qual são “criados procedimentos alternativos desmaterializados, ajustados à condição socioeconómica dos beneficiários do complemento solidário para idosos, que obviem ao pagamento inicial do custo com a aquisição de medicamentos”.

⁸³ Que aprova o regulamento da habilitação legal para conduzir. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2012-114321099-114289562>.

⁸⁴ Que aprova o regime de benefícios adicionais de saúde para os beneficiários do complemento solidário. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2007-147432956>. O artigo foi aditado pelo aditado pelo artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 94/2020, de 3 de novembro.

Nenhuma daquelas referências permite uma definição clara do que seja automação, ainda que apenas para efeitos estritamente jurídicos. Abordaremos, portanto, o que podemos entender como automação com relevância para a atuação administrativa.

2.1. Noções e alcance de automação

A pluralidade de conceitos inerente ao uso de tecnologias tem criado alguma complexidade crescente aliada a um certo desinteresse – se é permita a expressão coloquial – pela classificação dos modos de atuação administrativa. Na verdade, automação é – ou pode ser – diferente de mera desmaterialização ou digitalização⁸⁵, pese embora seja usada indistintamente em diferentes fontes legais ou doutrinárias.

Sem prejuízo, parece-nos possível explorar uma conceção, ainda que aproximada, de automação e que seja relevante para o nosso estudo. O Conselho da Europa, no seu estudo relativo à relação entre algoritmos e direitos humanos, associa a automação a uma das características principais relacionadas aos algoritmos de *decision-making*⁸⁶. Por outras palavras, podemos definir automação como a “aplicação de tecnologia, programas, robótica ou processos para atingir resultados com o mínimo de intervenção humana”⁸⁷. Em sentido mais detalhado, podemos entender automação como:

“application of machines to tasks once performed by human beings or, increasingly, to tasks that would otherwise be impossible. Although the term mechanization is often used to refer to the simple replacement of human labour by machines, automation generally implies the integration of machines into a self-governing system.”⁸⁸

Automação pressupõe, portanto, e em diferentes níveis, a substituição de agentes ou de processos conduzidos por humanos, por mecanismos tecnológicos integrados em sistemas de auto governação. Parece relevante apreender que a automação não poderá implicar,

⁸⁵ Poderá ser interessante refletir se a Administração poderá incorrer em ilegalidade quando definir um procedimento alternativo automatizado, quando, na sua prática, o mesmo será apenas desmaterializado

⁸⁶ “Algorithms and human rights – study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications”. Disponível em <https://edoc.coe.int/en/internet/7589-algorithms-and-human-rights-study-on-the-human-rights-dimensions-of-automated-data-processing-techniques-and-possible-regulatory-implications.html> (consulta feita em 08/07/2024).

⁸⁷ Tradução nossa da definição disponibilizada pela IBM: “is the application of technology, programs, robotics or processes to achieve outcomes with minimal human input.” Disponível em <https://www.ibm.com/topics/automation> (consulta feita em 08/07/2024).

⁸⁸ MIKELL P. GROOVER, "automation". *Encyclopedia Britannica*, 7 Jun. 2024. Disponível em <https://www.britannica.com/technology/automation>. (consulta feita em 08/07/2024).

apenas, a substituição de instrumentos de trabalho, de arquivo ou de recolha de informação, por máquinas ou computadores. Assim, a utilização de computadores pela Administração não constitui uma forma de automação ou de automatização da atividade administrativa, mas antes uma sua desmaterialização ou digitalização. A automação, nessa medida, parece ser uma intervenção mais ao nível do processo, da execução, do que propriamente da forma ou dos meios utilizados. Uma partilha de dados entre duas entidades, mediante ficheiro *Excel*, que será objeto de uma conferência humana da informação, não é um processo de automação. Existem, até, diferentes níveis tipos de algoritmos em uso e que condicionam a noção de automação, dependendo se estão em causa algoritmos estáticos ou dinâmicos/preditivos⁸⁹.

Em sentido, aparentemente, mais lato, PEDRO COSTA GONÇALVES define automação administrativa como “o fenómeno que se traduz no uso de equipamentos informáticos e na aplicação das tecnologias de tratamento da informação no exercício da função administrativa por parte dos órgãos da Administração Pública”⁹⁰. A automação, assim entendida, abarca o fenómeno da desmaterialização e das comunicações eletrónicas, mas também a automação procedimental substitutiva do agente administrativo⁹¹. Na verdade, importa-nos, particularmente, uma das aplicações referidas pelo mencionado autor, “(...) a que se realiza mediante a «delegação» no computador da tarefa decisória (...) dispensado o funcionário dessa tarefa - é o que se passa com decisões de liquidação de impostos ou de taxas, de aplicação de sanções, de atribuição de salários, subsídios e pensões, de regulação do tráfego, ou seja, decisões tomadas em setores em que a actuação administrativa se realiza de modo massificado e repetitivo”⁹².

A ideia de automação apresentada, não obstante, é ainda correspondente às tarefas básicas de cálculo matemático e de repetição de padrões, como contagem de tempo no trânsito ou controlo de velocidade. Quanto a estes, não se levantam particulares questões já

⁸⁹ Quanto à mencionada distinção, *vide*, ALEJANDRO PARRES GARCÍA, *op. cit.*, p. 89.

⁹⁰ PEDRO COSTA GONÇALVES, «O ato administrativo informático: O direito administrativo português face à aplicação da informática na decisão administrativa», in *Scientia Iuridica*, Braga, n.º 267 (Jan./Jun. 1997), p.48.

⁹¹ Pese embora a pertinência e atualidade da definição utilizada, importa considerar que a mesma, na data em que foi desenvolvida, não poderia ter por escopo o fenómeno da automação avançada, com recurso a inteligência artificial e níveis de autonomia que vão para lá de uma repetição exaustiva de tarefas pré-determinadas.

⁹² *Ibidem*, p. 49.

que a vontade da administração é aqui a mera concretização de uma tarefa, na sua maioria operacional, sem um *iter* cognitivo associado.

Sem prejuízo, quer o caso analisado pelo Conselho de Estado Italiano, quer o objeto da presente dissertação, pretendem equacionar formas avançadas de automação, como *process automation ou Intelligent Automation*⁹³, em que o próprio órgão administrativo é substituído na sua atividade decisória, no *iter* racional da sua atuação, numa espécie de “delegação” de competência a uma máquina que, pela sua capacidade de reproduzir uma dimensão apelidada de racional, simula a ação humana.

Assim, já não estamos a referir-nos, meramente, à liquidação matemática ou a operações de controlo de tráfego, mas a atos de maior complexidade como a colocação de professores, a prestação de informações, a certificação de documentos ou qualidades, a atribuição de subsídios, a apreciação de elementos instrutórios, entre outros. Na verdade, como visto no Capítulo I, a propósito da definição de Inteligência Artificial, os níveis crescentes de autonomia permitem uma incorporação na atividade administrativa de autênticos agentes robóticos, substitutos de decisores públicos, mediante recurso a modelos de linguagem natural e redes neuronais complexas. Não são, como se vê, procedimentos pré-estabelecidos e estanques, próximos de uma realidade mecânica, mas soluções multidisciplinares e com recurso a várias técnicas de IA, em que os algoritmos constituem apenas uma delas. Como enquadrar juridicamente, por exemplo, a rejeição liminar de um requerimento inicial, com fundamento em ininteligibilidade do pedido, nos termos do n.º 4 do artigo 108.º do CPA, por uma solução de IA Generativa utilizada em entidade pública?

Referimo-nos à “aplicação metadocumental ou decisória, que supera o momento meramente informativo, e realiza uma função decisória”⁹⁴. Função decisória, essa, que pode comportar uma lógica binária, lógico-dedutiva, como poderá assumir uma dimensão racional, “interagindo e relacionando informações disponíveis na máquina, efectua operações lógicas utilizadas na decisão jurídica (deduções, inferências, induções, generalizações, analogias), elabora ele próprio os algoritmos necessários para solucionar um caso, fornecendo respostas para as questões colocadas”⁹⁵.

⁹³ A propósito destes tipos de automação, cfr., <https://www.ibm.com/topics/automation> (consulta feita em 09/07/2024).

⁹⁴ PEDRO COSTA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 54.

⁹⁵ *Ibidem*.

Assim, podemos distinguir, o “ato administrativo em forma eletrónica ou praticado sob a forma eletrónica”, enquanto “ato administrativo cujo conteúdo é gerado por uma pessoa (<<decisão de uma pessoa>>) numa *forma eletrónica*”⁹⁶ do “ato administrativo eletrónico ou automatizado”, entendido como “o ato administrativo cujo conteúdo é totalmente determinado, elaborado e produzido de forma eletrónica: a decisão em que o ato consiste é, pois, concebida, (construída) e definida por uma máquina, não por uma pessoa”⁹⁷.

Espelhada alguma da complexidade da automação de decisões administrativas, desde logo em função das diferentes técnicas, tecnologias, modelos e finalidades possíveis, não parece oportuno ao nosso estudo dedicar especial atenção ao debate da admissibilidade de tal automação, em abstrato, ou aos aspetos do enquadramento jurídico de algoritmos. Parece-nos, ainda assim, recomendável uma prévia aferição da relação entre automação e procedimento administrativo eletrónico.

2.2. Automação e procedimento administrativo eletrónico

A breve aproximação à ideia de automação, que realizámos no ponto anterior, permite deduzir que este mecanismo não tem uma existência autónoma, mas está integrado num processo ou, para o aqui nos interessa, no procedimento. Há automação de algo, de alguma tarefa, de algum processo. É, por isso, um mecanismo que congrega uma pluralidade de tecnologias, instrumentos ou recursos humanos especializados.

Parece haver, a vários níveis, uma “interdependência entre simplificação dos procedimentos administrativos e novas tecnologias de informação”⁹⁸ ou, por outras palavras, “hoje, a relação entre tecnologia e modernização administrativa surge como inultrapassável”⁹⁹. As tecnologias, em particular as relativas à informação e comunicação, podem

⁹⁶ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regime jurídico da Administração Pública eletrónica (tópicos)”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Fernando Alves Correia, Direito Constitucional e Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, Volume I, 2023, p. 981.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 987-988.

⁹⁸ No sentido de existência da referida interdependência, ANA TERESA JARDIM, *Procedimento Administrativo Eletrónico*, ICJP, 2011, p. 5. Disponível em <https://icjp.pt/sites/default/files/media/1052-2358.pdf> (consulta feita em 10/07/2024).

⁹⁹ MIGUEL PRATA ROQUE, “O Procedimento Administrativo Eletrónico”, in CARLA AMADO GOMES, et al., *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume I, 6.^a edição, AAFDL Editora, 2023, p. 646.

diminuir o tempo e o custo da atividade administrativa, sendo, por conseguinte, o instrumento preferencial de simplificação e de diminuição burocrática¹⁰⁰. A normalização do recurso a novas tecnologias – também por força da sua massificação na vida das pessoas – permite falar de uma administração eletrónica¹⁰¹, também enquanto decorrência do desenvolvimento da internet, enquanto meio de globalização e de contacto em larga escala entre pessoas, independentemente da sua concreta posição geográfica¹⁰².

A ideia de administração eletrónica parece integrar duas dimensões, pese embora com impactos distintos: a de uma administração que substitui os meios clássicos e analógicos por meios digitais/eletrónicos; a de uma administração que substitui recursos humanos e procedimentos por meios tecnológicos. Previamente à publicação do atual Código do Procedimento Administrativo, MIGUEL PRATA ROQUE, propunha um triplo efeito na Administração Pública resultante da utilização de meios eletrónicos: *transformação, desmaterialização* e *transnacionalização*¹⁰³. Interessam-nos, em especial os dois primeiros conceitos. O mesmo autor, especificando o que se pode entender por transformação da atividade administrativa, refere que:

¹⁰⁰ Ainda que para muitos a tecnologia possa ser a “bala de prata” para extinguir o excesso de burocracia, não deixam de ser pertinentes os comentários e notas de PEDRO COSTA GONÇALVES em relação aos inconvenientes da automação: “Compreende-se assim que se considere a existência de alguns «perigos da automação administrativa» (...) ou que se fale nos seus «effetti perversi», que serão visíveis no crescente fortalecimento do poder da administração, em aplicação do princípio de que «quem é poderoso tende a ficar mais poderoso», no acréscimo dos custos da gestão administrativa, resultantes, por um lado, de um aumento de investimento (em máquinas) desacompanhado de uma diminuição de despesas (ao contrário do que se verifica no sector privado, a autonomização administrativa não liberta pessoal), e, por outro lado, daquilo que alguns designam uma «espiral da automação», que exige uma actualização tecnológica permanente em função de rápidas obsolescências;”. Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *op. cit.*, pg. 51. No mesmo sentido, referindo-se a “uma nova burocracia eletrónica” e em “barreiras de protagonismo”, LUÍS VIDIGAL, “A Face Oculta da Administração Pública Eletrónica: uma abordagem socio-técnica”, p. 7. Disponível em <https://luisvidigal.pt/wp-content/uploads/2021/10/Luis-Vidigal-2005-A-Face-Oculta-da-Administracao-CC%20A7a-CC%2083o-Pu-CC%2081blica-Electro-CC%2081nica.pdf> (consulta feita em 10/07/2024).

Na verdade, a tecnologia pode, quando mal utilizada ou quando os processos de implementação são deficientemente definidos, conduzir a um acréscimo injustificado de custos ou à transposição da burocracia para a dimensão digital, com prejuízos evidentes para o interesse público. A utilização do digital, pelo digital, sem uma metodologia adequada de desenho de serviços, poderá não contribuir com qualquer benefício para a qualidade do serviço público.

¹⁰¹ Assim, a própria epígrafe do artigo 14.º do CPA. No mesmo sentido, ANA TERESA JARDIM, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰² Nesse sentido, BERNARDO CUNHA MARIANO, *A Administração Eletrónica em Portugal*, UCP, 2015, p. 4. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20448/1/A%20Administracao-CC%20A7a-CC%2083o-Pu-CC%2081blica-Electro-CC%2081nica-20em%20Portugal.pdf> (consulta feita em 10/07/2024).

¹⁰³ MIGUEL PRATA ROQUE, “O Nascimento da Administração Eletrónica num Espaço Transnacional (Breves notas a propósito do projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo)” e-publica, vol. 1, n.º 1, 2014, p. 309. Disponível em <https://e-publica.pt/article/34600-o-nascimento-da-administracao-eletronica-num-espaco-transnacional-breves-notas-a-proposito-do-projeto-de-revisao-do-codigo-do-procedimento-administracao> (consulta feita 10/07/2024).

“Chegamos, portanto, à primeira conclusão: o recurso a meios tecnológicos provocou uma profunda descaraterização da administração pública tradicional. Ela deixa de assentar na manutenção de um corpo imenso e indiferenciado de funcionários de apoio burocrático, para se bastar com um número reduzido de colaboradores encarregues da supervisão da tecnologia colocada ao serviço do procedimento administrativo. Tarefas mecânicas como o registo da entrada e da saída de requerimentos e de documentação, o arquivamento em papel dos processos físicos, a extração de cópias e fotocópias dos documentos instrutórios, o atendimento presencial aos utentes dos serviços públicos, a notificação presencial de atos interlocutórios e de decisões ou ainda a circulação de documentos entre os vários serviços públicos, tornaram-se residuais e praticamente dispensáveis.”¹⁰⁴

Nesse sentido, falamos hoje, a título evolutivo, de um “computador-funcionário”¹⁰⁵ ou de “uma administração pública por robots”¹⁰⁶, enquanto origem de um ato administrativo automatizado. Não obstante, podemos considerar que o enquadramento acabado de descrever não se aplica necessariamente à Administração portuguesa. Na verdade, o impacto das tecnologias ainda não é o esperado, nem tem o nível de intensidade que permite falar de uma “descaracterização da administração pública tradicional”¹⁰⁷. Ainda assim, há quem fale já de uma “governança pública algorítmica”, dado o “omnipresente papel que los algoritmos van a desempeñar en la propia configuración de la misma”¹⁰⁸

Realidade intimamente associada à administração eletrónica é a desmaterialização da referida atividade. Como bem refere MIGUEL PRATA ROQUE, essa “desmaterialização não se limita a uma mera substituição das formas de atuação presencial e em suporte físico de papel por meios eletrónicos de comunicação e de registo documental. Pelo contrário,

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Nesse sentido, PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, volume I, Almedina, Coimbra, 2013, p. 485. O mesmo autor parece assumir a posição de que “a existência de conceitos jurídicos indeterminados e de poderes discricionários surgem como áreas de exclusão decisória informatizada”. Ficaria, portanto, vedada à Administração, o recurso a meios de automatização quando os atos em causa, implicassem o recurso a conceitos indeterminados ou o exercício de poderes discricionários, o que reduziria a automação aos casos de poderes vinculados ou aos trâmites procedimentais de dedução lógico-substantiva.

¹⁰⁶ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regime jurídico da Administração Pública eletrónica (tópicos)”, *cit.*, p. 956.

¹⁰⁷ A título de exemplo, Portugal atingiu um novo recorde de emprego público em 2024. Assim, <https://eco.sapo.pt/2024/05/15/emprego-publico-atinge-novo-recorde-e-sobe-para-748-870/>.

¹⁰⁸ ALEJANDRO PARRES GARCÍA, *op. cit.*, p. 90.

essa «desmaterialização» contribui para a plena efetivação do «princípio da continuidade dos serviços públicos» permitindo à administração pública agir, seja num regime de continuidade de abertura ao público, seja fora do horário de expediente.”¹⁰⁹ Em estudo mais recente, o mesmo autor evidencia uma alteração da “(...) própria morfologia das atuações administrativas”¹¹⁰.

Os temas da Administração eletrónica têm menção expressa e enquadramento técnico-normativo no atual CPA. A referência a meios eletrónicos surge, no CPA, cerca de dezanove vezes, em âmbitos distintos. O legislador conferiu aos meios eletrónicos uma previsão expressa ao nível dos princípios, em especial, os aplicáveis à administração eletrónica¹¹¹. Assim, o n.º 1 do artigo 14.º do CPA prescreve um dever¹¹² sobre os órgãos e serviços da Administração Pública de utilizar “meios eletrónicos no desempenho da sua atividade, de modo a promover a eficiência e a transparência administrativas e a proximidade com os interessados”. Os meios eletrónicos surgem, portanto, como modos de promoção da eficiência e da transparência, bem como da proximidade aos interessados, sendo, por isso, instrumentos de boa administração. A propósito, PEDRO COSTA GONÇALVES, distingue “meios eletrónicos” de “meios de comunicação eletrónicos”. Os primeiros serão “todos os que pressupõem a utilização de ferramentas tecnológicas que asseguram a *representação*, o *processamento*, ou a *transmissão* de dados em forma eletrónica; os segundos “correspondem a uma espécie de meios eletrónicos: asseguram a comunicação entre diferentes pontos, por via de uma *transmissão eletrónica de dados* (...)”¹¹³.

O procedimento administrativo eletrónico não está separado das questões do Mercado Único Digital. Na verdade, a digitalização assume um papel relevante na constituição de

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 312.

¹¹⁰ MIGUEL PRATA ROQUE, “O procedimento administrativo eletrónico”, *cit.*, p. 647.

¹¹¹ Parece-nos, com o devido respeito, que o artigo respeitante aos princípios aplicáveis à administração eletrónica, do ponto de vista sistemático, deveria aproximar-se do princípio de boa administração, já que as regras resultantes do artigo 14.º do CPA respeitam primeiramente ao desenho do próprio procedimento e ao modo de atuação da administração.

¹¹² Sem prejuízo do dever instituído e do seu mérito, importa notar a relevância da literacia digital, do conhecimento e capacidade dos utilizadores em recorrer a meios tecnológicos para obter informação relevante para as suas questões e interagirem de forma eficaz com a Administração. Assim, JOANA COVELO DE ABREU, “Os princípios gerais da Administração Pública em linha na União Europeia e a análise do artigo 14.º do Código do Procedimento Administrativo – revisitando as necessidades de literacia digital”, in CARLA AMADO GOMES, et al., *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume I, 6.ª edição, AAFDL Editora, 2023, p. 440.

¹¹³ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regime jurídico da Administração Pública eletrónica (tópicos)”, *cit.*, p. 958.

um mercado único ao nível europeu, considerando que a “(...) economia digital pode criar crescimento e emprego em todo o continente”¹¹⁴. As administrações públicas assumem um papel relevante na concretização do mercado único europeu, desde logo pela sua dimensão transnacional ou de *administrações públicas europeias*. Às administrações públicas compete a efetivação do Direito da União, nas suas diferentes dimensões. Com JOANA COVELO DE ABREU, podemos dizer que “(...) também a Administração Pública dos Estados-Membros se encontra adstrita à observância da ordem jurídica europeia e, bem assim, deve concorrer para a efetividade do direito da União”¹¹⁵.

A dificuldade induzida pelas administrações públicas ao exercício de direitos, em especial os que são conferidos pelo Direito europeu são, também, um fator relevante para a construção do mercado único. Nessa medida, o artigo 14.º do CPA deve também ser lido numa perspetiva “constitutiva e integradora”¹¹⁶, em linha com os princípios e regras resultantes do Direito europeu.

O regime geral do procedimento administrativo eletrónico, agora consagrado no Código do Procedimento Administrativo, não é isento de alguma necessidade de atualização, desde logo pelo risco de se ter aprisionado a um tempo e a modos concretos. Há, no atual regime – e desde a sua definição em 2015 – uma corrida contra o prejuízo¹¹⁷, em que o legislador do procedimento administrativo se limita a reconhecer a evidência da utilização de meios eletrónicos na atividade administrativa.

Em sentido mais detalhado, nos n.ºs 2 a 6 do artigo 14.º do CPA são estabelecidos comandos específicos para a utilização de meios eletrónicos na atividade administrativa. Assim, o n.º 2¹¹⁸ do mencionado artigo dispõe regras técnicas especificamente dedicadas

¹¹⁴ Cfr. JOANA COVELO DE ABREU, *op. cit.*, p. 422.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 423.

¹¹⁶ Nesse sentido, *ibidem*, p. 428. A autora apresenta, também, uma apreciação detalhada dos princípios que devem presidir à digitalização da atividade administrativa, a saber, digital por definição, inclusão e da acessibilidade, declaração única, transfronteiriço por definição, credibilidade e segurança e da interoperabilidade por definição (p. 429 e ss).

¹¹⁷ Assim, MIGUEL PRATA ROQUE, “O procedimento administrativo eletrónico”, *cit.*, p. 648.

¹¹⁸ No entendimento de PEDRO COSTA GONÇALVES, “Dos referidos valores jurídicos [previstos no n.º 2 do artigo 14.º], que a lei enuncia, decorrem princípios jurídicos e direitos, como os seguintes: princípio da neutralidade tecnológica das soluções eletrónicas usadas pela Administração, de modo a garantir a disponibilidade e o acesso à informação; garantia de uma imputação segura dos resultados da ação administrativa a organismos identificados da Administração; direitos dos cidadãos à segurança e à confidencialidade dos dados pessoais de que a Administração disponha”. Cfr. “Regime jurídico da Administração Pública eletrónica (tópicos)”, *cit.*, p. 960.

à segurança da informação¹¹⁹¹²⁰. Ao nosso estudo interessa particularmente o n.º 3 do artigo 14.º do CPA, onde se prescreve que a “utilização de meios eletrónicos, dentro dos limites estabelecidos na Constituição e na lei, está sujeita às garantias previstas no presente Código e aos princípios gerais da atividade administrativa.”

A este propósito, MARCO CALDEIRA, em linha com a “doutrina mais autorizada”¹²¹, elenca o conjunto de princípios a que o procedimento administrativo eletrónico está sujeito:

“(i) *Subordinação à Constituição e à lei*, nos termos gerais;

(ii) *Paridade garantística*, significando que a transição para uma Administração informatizada e um processo electrónico não pode implicar uma diminuição das garantias dos administrados;

(iii) *Reserva de lei* – só actos legislativos podem criar a obrigatoriedade de recurso, pelos administrados, às vias de comunicação electrónica;

(iv) *Utilização de meios alternativos*, não podendo qualquer administrado ser discriminado por não ter acesso a (ou não saber lidar com) meios informáticos;

(v) *Acessibilidade por via electrónica*, propiciando aos administrados a possibilidade de se relacionarem com a Administração por via electrónica;

(vi) *Neutralidade tecnológica*, devendo a Administração Pública privilegiar a utilização de equipamentos e programas que sejam comuns e acessíveis à generalidade dos utilizadores (eventualmente, até, *software open source*), de modo a evitar que o relacionamento dos administrados com a Administração seja dificultado ou, no limite, impossibilitado por incompatibilidade técnica;

(vii) *Equivalência* entre suporte digital e o suporte físico, tendo as comunicações trocadas e os documentos produzidos por via electrónica o mesmo valor jurídico que teriam no caso de assentarem em suporte físico (papel);

¹¹⁹ No mesmo sentido e com mais detalhe, *vide* HIPOGES, “Princípios Gerais de Segurança da Informação”. Disponível em <https://www.hipoges.com/wp-content/uploads/Principios-Gerais-de-Seguranca-da-Informacao.pdf> (consulta feita em 11/07/2024); ou, quanto às questões de Cibersegurança, STILTISOFT, “Cybersecurity for Confluence Users: A Complete Guide”. Disponível em <https://stiltisoft.com/blog/cyber-security-for-confluence-users-a-complete-guide/> (consulta feita em 11/07/2024).

¹²⁰ As entidades da Administração Direta e Indireta do Estado devem observar, em concreto, as regras constantes da Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2018, de 28 de março, e que os requisitos técnicos mínimos das redes e sistemas de informação que são exigidos ou recomendados às referidas entidades.

¹²¹ MARCO CALDEIRA, *op. cit.*, pp. 92-93. O autor baseia a lista de princípios aplicáveis ao procedimento administrativo eletrónico na reflexão de PAULO OTERO. Nesse sentido, *vide*, PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo, cit.*, pp. 493-495.

(viii) *Segurança* no relacionamento electrónico entre Administração Pública e administrados, com a garantia dos requisitos da integridade, fidelidade, autenticidade e conservação;

(ix) Equilibrada ponderação entre o respeito pela confidencialidade e a garantia de transparência da acção administrativa;

(x) *Cooperação informática* entre as diversas Administrações Públicas; e

(xi) *Invalidez da prova recolhida ilicitamente* por via informática.”

A lista citada demonstra, com uma formulação intuitiva, a necessidade de olhar para os procedimentos administrativos electrónicos sob um “princípio da unidade da atividade administrativa”, evitando uma lógica de espartilho ou de realidade paralela, em que os princípios, regras, forma e formalidades se aplicam apenas ao procedimento clássico, em papel. Já no mundo digital tudo valeria, imperando a lógica da maior tecnologia ou da criatividade. Também, por isso, o mesmo autor refere, no que respeita ao uso da tecnologia, que “mais importante do que ser *user friendly* (o que, todavia, é da maior relevância, note-se) é ser *law compliant*... não pode ser a lei (ou os direitos dos administrados) a adaptar(em)-se ao algoritmo, mas sim o contrário”¹²².

Pese embora o enquadramento feito aos procedimentos electrónicos, na sua relação com a automação, não podemos deixar de concordar com MIGUEL PRATA ROQUE, quando considera “que a nova lei procedimental administrativa aparenta ter omitido qualquer regulação da automatização¹²³ resultante de processos mecânicos («automatização mecanizada»), visto que se cinge ao conceito de «administração electrónica»¹²⁴. Não obstante a crítica, o mesmo autor acaba por defender que, ainda que desconsiderando a aparente limitação do alcance do regime formulado pelo legislador, “(...) não deve hesitar-se

¹²² MARCO CALDEIRA, *op. cit.*, pp. 94-95.

¹²³ Também JOÃO TIAGO SILVEIRA adverte que “(...) é importante que passem a existir normas gerais de procedimentos administrativos electrónicos que foquem aspetos relativos a princípios, utilização preferencial de meios electrónicos e direitos correspondentes dos interessados, existência e regulação de balcões electrónicos e comunicações e notificações electrónicas”. Cfr. JOÃO TIAGO SILVEIRA, “A Simplificação Administrativa”, in CARLA AMADO GOMES, et al., *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume I, 6.ª edição, AAFDL Editora, 2023, p. 278.

¹²⁴ MIGUEL PRATA ROQUE, “O procedimento administrativo electrónico”, *cit.*, p. 649. No mesmo estudo, o autor retoma o tema e defende que o Código do Procedimento Administrativo, em matéria de administração electrónica, merece uma dupla censura: (i) “Exiguidade de âmbito”, por ter excluído os “comportamentos automatizados mecânicos, cingindo-se aos de origem electrónica”: e (ii) “Foco na instrumentalidade”, reduzindo a automatização electrónica a um “mero instrumento de comunicação entre a administração pública e os particulares, mas não como uma nova forma de atuação administrativa”. Cfr. *Ibidem*, p. 660.

em aplicar extensivamente as regras procedimentais destinadas a regular os automatismos eletrónicos aos demais automatismos de natureza mecânica”¹²⁵.

Também PEDRO COSTA GONÇALVES, numa perspetiva comparada com a legislação alemã, espanhola e francesa, afirma que “na legislação portuguesa, não existe preceito análogo a qualquer um dos que acabámos de transcrever: (...) por fim, o ordenamento jurídico português desconhece qualquer norma que assuma ou, pelo menos, pressuponha a atuação administrativa automatizada”¹²⁶.

Há, portanto, o reconhecimento doutrinário da necessidade de um regime jurídico mais denso e simultaneamente mais permissivo do avanço tecnológico, enquadrando a sua utilização e a garantia dos direitos dos interessados, o que tarda em surgir.

No plano legislativo, também a CPDHED dedicou, no seu artigo 19.º, algum cuidado aos direitos digitais dos cidadãos em face da Administração Pública¹²⁷. A todos é reconhecido o direito a, perante a Administração Pública, (i) beneficiar da transição para procedimentos administrativos digitais; (ii) obter informação digital relativamente a procedimentos e atos administrativos e a comunicar com os decisores; (iii) assistência pessoal no caso de procedimentos exclusivamente digitais; (iv) que dados prestados a um serviço sejam partilhados com outro, nos casos legalmente previstos; (v) beneficiar de regimes de «dados abertos» que facultem o acesso a dados constantes das aplicações informáticas de serviços públicos e permitam a sua reutilização, nos termos previstos na lei; (vi) e livre utilização de uma plataforma digital europeia única para a prestação de acesso a informações, nos termos do Regulamento (UE) 2018/1724 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2 de outubro de 2018.

Se alguns dos direitos reconhecidos pela CPDHED resultam já de outras disposições legais – e nessa medida vinculavam já a Administração eletrónica por força do n.º 3 do artigo 14.º do CPA – como o direito dos interessados à informação (artigo 82.º do CPA),

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regime jurídico da Administração Pública eletrónica (tópicos)”, *cit.*, p. 988.

¹²⁷ A CPDHED não define o que entende por Administração Pública e parece-nos, salvo melhor opinião, que não se deve entender o mencionado conceito, com o âmbito previsto no n.º 4 do artigo 2.º do CPA, já que os direitos em causa na mesma CPDHED devem ser assegurados por outras entidades ou órgãos que não os elencados naquele número. Somos, por isso, de tender para a ideia de que a Administração Pública, aqui invocada pelo artigo 19.º da CPDHED, deve ser entendida no seu sentido mais lato e, em especial, a partir do critério resultante do n.º 1 do artigo 2.º do CPA, ou seja, de incluir a “conduta de quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, adotada no exercício de poderes públicos ou regulada de modo específico por disposições de direito administrativo”.

outros constituem novidade a ter em conta, como o direito estabelecido na al. a) do artigo 19.º da CPDHED, a beneficiar da transição para procedimentos administrativos digitais. Se bem entendemos o sentido e o alcance da norma citada, pretendeu o legislador conferir a todos o direito a relacionar-se com a Administração de forma digital. No mesmo sentido, também em linha com o disposto no artigo 61.º do CPA, alguma doutrina tem proposto que se entenda o direito de “acesso à administração eletrónica”, como direito fundamental de natureza análoga (artigo 16.º, n.º 1 da CRP)¹²⁸, o que poderia permitir o acesso à vida judicial para efetivar tal direito, nomeadamente através de uma intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias (artigos 109.º e segs. do CPTA).

Não obstante a relevância dos demais direitos previstos no artigo 19.º da CPDHED, tem interesse a al. f) do mesmo, relativa à livre utilização de uma plataforma digital europeia única para a prestação de acesso a informações. O mencionado direito obriga-nos a considerar o tema dos balcões únicos eletrónicos, na medida em que constituem uma potencial concretização deste desiderato de assegurar a todos o acesso à Administração pela via digital. Não obstante, parece-nos que a mencionada al. f) do artigo 19.º diz menos do que o Regulamento europeu¹²⁹, para o qual remete como se demonstrará nas minhas que se seguem, já que a plataforma digital única projetada pelo diploma europeu é transnacional e visa garantir a tramitação integralmente em linha dos procedimentos abrangidos pela referida plataforma.

Importa, ainda, saber se os balcões, na sua conformação jurídica, suportam procedimentos de decisão automatizada e se os regimes jurídicos de tais balcões dispõem sobre os termos da fundamentação ou da explicação das decisões automatizadas.

¹²⁸ Nesse sentido, PAULO OTERO, *op. cit.*, pp. 495-496 e MIGUEL PRATA ROQUE, “O procedimento administrativo eletrónico”, *cit.*, p. 663.

Também PEDRO COSTA GONÇALVES, entende que é “assim de uma forma indireta ou reflexa que a legislação consagra o direito dos cidadãos (interessados no procedimento administrativo e utentes de serviços públicos) a utilizarem meios eletrónicos como processo de comunicação com a Administração Pública: o direito não é consagrado explicitamente, antes resulta da imposição à Administração do dever de disponibilização de meios eletrónico de comunicação ou de endereço eletrónico”. Cfr. “Regime jurídico da Administração Pública eletrónica (tópicos)”, *cit.*, p. 968.

¹²⁹ *Single Digital Gateway* – Regulamento (ue) 2018/1724 do Parlamento Europeu e do Conselho de 2 de outubro de 2018, relativo à criação de uma plataforma digital única para a prestação de acesso a informações, a procedimentos e a serviços de assistência e de resolução de problemas. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1724>.

Os balcões únicos eletrónicos podem ser a concretização do que alguma doutrina denomina como “direito à simplicidade da acção administrativa”¹³⁰. Nessa medida, o n.º 1 do artigo 62.º do CPA dispõe que “sempre que um procedimento administrativo se possa iniciar e desenvolver através de um balcão eletrónico (...)”. a previsão de uma “reserva do possível” para o recurso ao balcão único pode comprometer consideravelmente o seu efeito e impacto.

A esse propósito, MIGUEL PRATA ROQUE assinala a “tibieza com que o legislador consagrou esse mesmo «balcão único eletrónico»”¹³¹. De facto, o balcão único eletrónico tem um enquadramento jurídico disperso, de âmbito transnacional, mas também nacional. O balcão único tem tido uma utilização, muitas vezes, a nível setorial, com dispersão de desenho, usabilidade ou modo de funcionamento, em prejuízo de uma lógica integrada e transversal à Administração. No caso português, existe o eportugal.gov.pt¹³², pese embora constitua, na prática e para um grande número de serviços, um meio de reencaminhamento para outros portais ou balcões únicos eletrónicos.

Assim e sem exaustividade, é visível uma disseminação de balcões – ainda que com diferentes denominações – como o balcão do condutor¹³³, o balcão do empreendedor¹³⁴, o balcão dos fundos¹³⁵, o balcão do mar¹³⁶, o balcão único do prédio¹³⁷, a que se somam muitos outros balcões únicos de municípios, entidades administrativas independentes ou ordens profissionais.

¹³⁰ ANA FRANÇA JARDIM, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Balcão Único Eletrónico” in CARLA AMADO GOMES, et al., *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume I, 6.ª edição, AAFDL Editora, 2023, p. 702.

¹³¹ MIGUEL PRATA ROQUE, “O procedimento administrativo eletrónico”, *cit.*, p. 670.

¹³² Criado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/2019, de 22 de novembro. Acessível em <https://eportugal.gov.pt/>. Existe, também, a plataforma “Bússola”, que “promove a cooperação, comunicação e trabalho colaborativo entre as várias entidades e trabalhadores. Apesar de direcionada para os funcionários públicos, a plataforma disponibiliza conteúdos de acesso livre a qualquer pessoa”. Disponível em <https://eportugal.gov.pt/noticias/lancada-nova-plataforma-para-a-administracao-publica>.

¹³³ Onde se pode consultar pontos da carta de condução, o histórico de contraordenações (pese embora se mantenha ativo o Portal das Contraordenações da ANSR) e ver alertas sobre o estado da carta, contraordenações correntes e coimas por pagar. Disponível em <https://eportugal.gov.pt/balcao-do-condutor>.

¹³⁴ Pedidos de licença para a atividade económica, comunicações a entidades, e outros serviços eletrónicos. Disponível em <https://eportugal.gov.pt/inicio/espaco-empresa/balcao-do-empreendedor>.

¹³⁵ Permite apresentar e acompanhar candidaturas ao Portugal 2020 e Portugal 2030. Disponível em <https://balcaofundosue.pt>.

¹³⁶ Após consulta do balcão não é possível saber quais os serviços que realiza. Disponível em https://www.bmar.pt/BMAR_Geral/faces/userauth/LoginX.xhtml?ssoOrigApp=BMAR_Pedido.

¹³⁷ Para as matérias da propriedade. Disponível em <https://bupi.gov.pt/>.

O balcão único, no primeiro momento, resulta da transposição da *Diretiva Serviços*¹³⁸, através do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho¹³⁹. O referido Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, embora com um âmbito de aplicação restrito à prestação de serviços¹⁴⁰, contém um capítulo dedicado à “simplificação administrativa” (artigos 5.º a 7.º). É, precisamente, no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, que se dispõe pela criação de um balcão único eletrónico, que permita “a qualquer prestador ou destinatário de serviços, de todos os Estados, o acesso por via electrónica às autoridades administrativas competentes”. De igual modo, os n.ºs 2 a 5 do mesmo artigo 6.º, prescrevem um conjunto de obrigações de informação e de recurso a meios eletrónicos na tramitação de procedimentos submetidos através do balcão.

Sem prejuízo, o balcão único eletrónico transformou-se em “entreposto administrativo”¹⁴¹, funcionando mais como motor de busca de informações sobre procedimentos e serviços, do que como meio de interação efetiva entre os interessados e a Administração. Claro está, que o máximo aproveitamento dos balcões únicos depende de reforma, simultaneamente, orgânica e procedimental¹⁴². Essa dispersão tecnológica da atuação administrativa não é, como poderia parecer, da exclusiva responsabilidade do legislador, quiçá desatento às melhores práticas na matéria, mas a um modo de estar na própria Administração¹⁴³: a tentativa de se manter no *radar mediático*, pode traduzir-se num isolamento da atividade de um órgão ou entidade, numa espécie de “barreira de protagonismo”¹⁴⁴.

¹³⁸ Diretiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0123>. O artigo 6.º da referida Diretiva dispõe que “Os Estados-Membros devem assegurar que os prestadores possam cumprir todos os procedimentos e formalidades a seguir indicados, através de balcões únicos (...)”

¹³⁹ Na sua redação conferida pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2010-34477375-122604183>.

¹⁴⁰ Dispõe o n.º 1 do artigo 3.º que o decreto-lei é aplicável “às actividades de serviços que se realizem mediante contraprestação económica e que sejam oferecidos ou prestados no território nacional”, entendendo-se como serviço, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, qualquer actividade económica não assalariada, prestada normalmente mediante remuneração, tal como referida no artigo 57.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

¹⁴¹ Qualificação adotada em MIGUEL PRATA ROQUE, “O procedimento administrativo eletrónico”, *cit.*, p. 671.

¹⁴² Nesse sentido, ANA F. NEVES, *op. cit.*, p. 106.

¹⁴³ “a prioridade conferida à introdução das Tecnologias de Informação e Comunicação (...) na administração por vezes aparece mais com o objetivo dos responsáveis públicos de transmitir uma ideia de modernidade do que com um autêntico propósito de melhorar o funcionamento da administração em benefício dos cidadãos (...)”. Assim ANA FRANÇA JARDIM, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Balcão Único Eletrónico”, *cit.*, p. 704.

¹⁴⁴ Novamente, LUÍS VIDIGAL, “A Face Oculta da Administração Pública Electrónica: uma abordagem socio-técnica”, p. 7.

Como se disse, a CPDHED, no quadro dos direitos digitais face à Administração Pública, prevê que todos têm direito à livre utilização de uma plataforma digital europeia única para a prestação de acesso a informações. Já o Regulamento *single digital gateway*, já citado, veio estabelecer, no artigo 2.º que a “Comissão e os Estados-Membros criam uma plataforma digital única”, sendo essa plataforma uma “interface comum do utilizador gerida pela Comissão («interface comum do utilizador»), integrada no portal «A sua Europa», e permite aceder às páginas Web relevantes, da União e nacionais”. Em especial, o artigo 6.º do referido Regulamento, estabelece que os “Estados-Membros asseguram que os utilizadores possam aceder aos procedimentos enumerados no anexo II¹⁴⁵ e concluí-los, integralmente em linha, desde que esses procedimentos tenham sido estabelecidos no Estado-Membro em causa” (n.º 1). Ora, cruzando o n.º 1 do artigo 6.º com o anexo II do Regulamento, existe uma larga quantidade de procedimentos cuja tramitação deve ser assegurada integralmente em linha, isto é, todos os atos e formalidades que lhe correspondem devem estar disponíveis em linha¹⁴⁶. O mesmo se diga quanto a serviços de assistência e de resolução de problemas (artigo 7.º).

Podemos notar, portanto, uma complexa teia de regulamentações e instrumentos de digitalização que dificulta, em muito, a definição de políticas públicas de modernização ou simplificação administrativas. A própria dispersão conceptual entre normativos e regulamentação associada, produz um efeito de “telefone estragado” na Administração, aplicando-se, de forma desconexa, diferentes conceitos e modos de uso nos balcões únicos disponibilizados. Para uns fala-se de serviços, outros de procedimentos; uns falam de portais, outros de balcões e ainda alguns de pontos únicos; outros ainda falarão de serviços em linha, enquanto uns falarão de desmaterialização.

Assim, a (i) ausência de uma entidade autenticamente transversal, responsável pelo levantamento geral de procedimentos e de articulação destes com as regras europeias

¹⁴⁵ O anexo II do Regulamento enumera um conjunto de procedimentos que devem estar em linha, associados a ocorrências de vida, como nascimentos, residências, estudos, atividade profissional, mudança de endereço, reforma, criação, questão e liquidação de uma empresa.

¹⁴⁶ Pese embora o conceito de “procedimento em linha” seja de difícil preenchimento, parece que o mesmo obriga a que todo o procedimento, do requerimento inicial até à decisão final, passando pela disponibilização de elementos de prova ou pagamento de taxas, deve ser feito no portal, sem necessidade de descarregar ficheiros ou de se deslocar a outros sítios informáticos ou locais físicos. De referir, em especial, que os balcões únicos são referidos no anexo III do Regulamento como integrados na lista dos serviços de assistência e de resolução de problemas (al. c) do n.º 2 do artigo 2.º).

aplicáveis, a (ii) inexistência de uma rede de cooperação de toda a Administração¹⁴⁷; a (iii) proliferação de entidades com sobreposição de atribuições e competências¹⁴⁸; e (iv) a falta de adequação do Direito nacional aos conceitos da regulamentação europeia têm comprometido a automação da atividade administrativa.

¹⁴⁷ Recordamos que o Decreto-Lei n.º 4/97, de 9 de janeiro, criou a rede Interministerial de Modernização Administrativa (RIMA). Apesar de todo este tempo decorrido – 27 anos – não temos notícia de ter funcionado alguma vez em pleno.

Com o Decreto-Lei n.º 43-B/2024, de 2 de julho, que aprova a orgânica da Secretaria-Geral do Governo e o modelo organizativo a adotar pelas entidades com responsabilidade em matéria de estudos e planeamento, no âmbito da reforma da administração central do Estado, foi constituído o Fórum da Administração Pública (artigos 6.º e ss.). Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/43-b-2024-870757938>.

Assim, o Fórum da Administração Pública, é “um órgão de apoio ao Governo e à Administração Pública que visa melhorar a coordenação da execução de políticas públicas transversais, através de uma maior integração e articulação interdepartamental” (artigo 6.º), presidido pelo membro do Governo responsável pela área da Administração Pública e composto /artigo 7.º):

- “a) O Secretário-Geral do Governo;
- b) O Presidente da Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I. P.;
- c) Os dirigentes máximos dos centros de competências do Estado, designadamente o Centro Jurídico do Estado e o Centro de Estudos, Planeamento e Avaliação de Políticas Públicas;
- d) Os dirigentes máximos dos serviços e organismos com competências transversais na administração central do Estado, nomeadamente a Direção-Geral do Orçamento, o Gabinete Nacional de Segurança, a Direção-Geral da Administração e Emprego Público, o Instituto Nacional de Administração, I. P., a Agência para a Modernização Administrativa, I. P., e a Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I. P.;
- e) Os dirigentes máximos das entidades com responsabilidade em matéria de estudos e planeamento, e de coordenação orçamental e avaliação de desempenho.”

De entre as suas competências (artigo 8.º), destacamos a de promoção de uma “visão integrada de funcionamento dos diferentes órgãos consultivos e redes da Administração Pública, e promover a coerência entre outros fóruns, em especial no que respeita a reformas e programas transversais”.

Não obstante o supradito, o Decreto-Lei n.º 43-B/2024, de 2 de julho, não fez qualquer referência ao Decreto-Lei n.º 4/97, de 9 de janeiro, nem parece facilmente defensável a sua revogação tácita, já que este prevê a constituição de núcleos de modernização administrativa em cada ministério (artigo 3.º), o que parece distinto de um órgão colaborativo entre entidades ou órgãos da Administração Pública, não havendo, igualmente, sobreposição de competências.

¹⁴⁸ Na verdade, a própria conceção de um balcão único pressupõe uma certa “tensão” com a Administração em sentido orgânico já que os balcões são estabelecidos na perspetiva do seu destinatário, do interessado – ou mesmo do utilizador – das suas necessidades e questões. Como denota RUANO DE LA FUENTE, os “utilizadores de serviços públicos não são, nem devem ser, especialistas em limites departamentais”. Pelo contrário, a disponibilização de balcões únicos eletrónicos visa acentuar o princípio da unidade, “não apenas na sua dimensão procedimental, mas também nas dimensões funcional e organizacional”.

Tradução nossa. No original “Users of public services are not, and should not be, experts on departmental boundaries”. Vide RUANO DE LA FUENTE, “E-Government Strategies in Spanish Local Governments”, *Local Government Studies*, Vol. 40, 2013, p. 602. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/03003930.2013.787414?needAccess=true> (consulta feita em 16/07/2024).

A propósito da componente organizacional, também ANA FRANÇA JARDIM, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Balcão Único Eletrónico”, *cit.*, p. 714. Em. Sentido similar, ANA F. NEVES, afirma que “os interessados, nas relações com a Administração, não devem ter de interagir com todas os órgãos ou entidades competentes para que as suas pretensões, exposições e comunicações sejam consideradas, apreciadas e decididas ou respondidas”. Cfr. ANA F. NEVES, *op. cit.*, p. 104.

Os balcões únicos eletrônicos não são, conseqüentemente, sinónimo de automação da atividade administrativa, já que a sua disponibilização pode ser mais ou menos tecnológica, assumindo, por vezes, um mero papel de reencaminhamento. Todavia, a bem da verdade, também não se deve confundir automação com interoperabilidade necessária à comunicação entre entidades públicas e à recolha de informação procedimentalmente relevante¹⁴⁹. Entenda-se: pode existir balcão sem automação¹⁵⁰, mas não sem interoperabilidade¹⁵¹.

Os balcões eletrônicos são, portanto, um estágio da evolução natural – ou desejável – do modo de relacionamento entre a Administração e os interessados, por influência da própria evolução tecnológica¹⁵², exigindo às entidades administrativas mecanismos de partilha de trabalho e de responsabilidades¹⁵³. Seja como for, os balcões únicos e a sua organização distinguem-se da automação, ainda que desta possam carecer ou beneficiar.

¹⁴⁹ Em Portugal, o recurso a uma plataforma de interoperabilidade resulta, entre outros, do n.º 6 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril e da Resolução do Conselho de Ministros n.º 42/2015, de 19 de junho, pese embora a mesma seja de forma “preferencial”, o que afeta a eficácia da medida.

¹⁵⁰ Seguindo o estudo de LUÍS VIDIGAL, a disponibilização de pontos únicos de contacto é a última fase ou “fase 4” de maturidade da Administração Pública Eletrónica, sendo a “meta a longo prazo de quase todas as iniciativas de Administração Pública Electrónica a nível nacional e local. É caracterizada através da redefinição dos processos de fornecimento de serviços públicos, provendo um único ponto de contacto, tornando a organização da administração pública muito mais transparente para os cidadãos”. Cfr. LUÍS VIDIGAL, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵¹ Para uma análise mais detalhada da interoperabilidade e dos seus efeitos em termos jurídicos, organizacionais, semânticos e técnicos, *vide* JOANA COVELO DE ABREU, “Os princípios gerais da Administração Pública em linha na União Europeia e a análise do artigo 14.º do Código do Procedimento Administrativo – revisitando as necessidades de literacia digital”, *cit.*, p. 425 e ss.

ANA FRANÇA JARDIM e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, defendem que o balcão único “desmaterializa os balcões físicos – as chamadas repartições – abertos ao público em diversos setores da administração e que sugiram exactamente para permitir o contacto entre os particulares e empresas com a administração”.

ANA FRANÇA JARDIM, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Balcão Único Eletrónico”, *cit.*, p. 708. Os mesmos autores associam o desenvolvimento dos balcões únicos ao progresso na utilização de meios tecnológicos na administração: “No decurso da evolução das tecnologias de informação, e através da construção de redes informáticas que permitam uma troca rápida e simples de informação, foi possível desenvolver balcões únicos eletrônicos, que surgem como resposta às exigências de celeridade, eficácia e simplificação da actuação da administração pública: partindo do balcão tradicional, depois auxiliado por meios, depois ligado à rede, e finalmente disponível independentemente da presença física e mediação por um funcionário, num quadro de balcão virtual” (*Ibidem*, p. 709).

¹⁵² No mesmo sentido, RUANO DE LA FUENTE: “(...) e-government is the last step in an evolutionary process that will eventually qualify citizens to fully participate in decision-making”. Cfr. RUANO DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 602.

¹⁵³ Em sentido concordante, cfr. ANA FRANÇA JARDIM, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Balcão Único Eletrónico”, *cit.*, p. 720.

Julgamos relevante considerar o regime jurídico dos serviços digitais, agora constante do Decreto-Lei n.º 49/2024, de 8 de agosto¹⁵⁴, para saber determinar da sua relevância em matéria de automação das decisões administrativas.

O Decreto-Lei n.º 49/2024 pretende criar um “sistema de atendimento omnicanal, estabelecendo as regras a que devem obedecer as entidades, órgãos e serviços da administração pública direta e indireta do Estado que prestem atendimento ao público através da disponibilização de serviços digitais” (n.º 1 do artigo 1.º), ficando o mesmo dependente da “implementação do Portal Único de Serviços Digitais - o gov.pt -, como canal centralizador do atendimento público” (n.º 2 do artigo 1.º).

O n.º 1 do artigo 2.º prevê que o atendimento omnicanal¹⁵⁵ permite ao “utilizador que procura um serviço público uma experiência de serviço contínuo, integrado e homogéneo, independentemente do canal utilizado”.

Do excursus, fica a dúvida do que constituirá, na prática, este ponto único de entrada, já que deveria ser esse, precisamente, o papel do portal único “gov.pt” previsto no n.º 1 do artigo 1.º. Parece até que legislador confundiu o atendimento omnicanal, com as regras de acessibilidade dos sítios web e das aplicações móveis de organismos públicos, e que consta do Decreto-Lei n.º 83/2018, de 19 de outubro, que transpõe a Diretiva (UE) 2016/2102¹⁵⁶. Assim, uma experiência de serviço contínuo não constitui uma reformulação do modelo de atendimento, sem passar por uma reconfiguração orgânico-funcional

¹⁵⁴ Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/49-2024-875899341>.

¹⁵⁵ Como resulta do artigo 3.º, a implementação do modelo de atendimento omnicanal implica:

“a) A atualização gradual dos canais de serviços digitais existentes para o design system de referência, em linha com o portal gov.pt;

b) A catalogação de todos os serviços prestados no Catálogo Único de Serviços Públicos;

c) A integração ou migração gradual dos seus canais de atendimento, bem como dos serviços mais procurados ou que envolvem várias entidades, para os canais indicados como porta única de entrada no n.º 2 do artigo 2.º, assegurando o cumprimento da arquitetura de referência para os serviços federados;

d) A constituição de segundas linhas telefónicas a integrar com a Linha Cidadão, que encaminhará a respetiva chamada sempre que necessário;

e) A adoção da Plataforma de Mensagens da Administração Pública na comunicação por SMS;

f) A adoção da Plataforma de Pagamentos da Administração Pública quando sejam utilizados meios de emissão e gestão de receita;

g) A disponibilização de dados em formato aberto de acordo com os princípios de transparência, participação e colaboração;

h) A implementação de mecanismos de autenticação e assinatura disponibilizados pelo Estado em autenticação.gov, nomeadamente o cartão de cidadão e a chave móvel digital como únicos métodos de autenticação segura em todos os canais digitais de serviços públicos, com vista a implementar o princípio de autenticação única, sem prejuízo de outros expressamente previstos na portaria conjunta a que se refere o n.º 3.”

¹⁵⁶ Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/83-2018-116734769>.

dos procedimentos associados às necessidades dos interessados. Confirma tal raciocínio, o próprio facto do diploma em análise, se referir aos “utilizadores”.

Sem prejuízo, o ponto único de entrada poderá assumir o lugar de um autêntico balcão único. Como advertia PEDRO COSTA GONÇALVES, a propósito do regime dos balcões únicos no CPA, “por outro lado, apesar de dedicar um preceito ao balcão único eletrónico, o CPA não teve a pretensão de instituir ou de definir o fundamento para a instituição de um balcão único eletrónico para toda a Administração Pública”¹⁵⁷. Parece, agora, que o legislador, ainda que por diploma extravagante, pretendeu constituir um balcão único para toda a Administração Pública.

Assim, os “procedimentos”¹⁵⁸ a adotar traduzem-se, essencialmente, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º, na aplicação de um “modelo comum de referência em Portugal para o desenho e desenvolvimento de serviços públicos digitais centrados no cidadão e na empresa - «Mosaico»”¹⁵⁹. Nada é dito quanto ao conteúdo de tal modelo, nem os requisitos que deve assegurar, pelo que a norma legal se esvaziou para um “documento” elaborado por uma entidade administrativa - não identificada.

Já quanto aos “comportamentos vedados às entidades públicas”, destaca-se, em especial, a impossibilidade do “desenvolvimento de novos portais ou aplicações móveis para atendimento público, exceto em caso de autorização expressa da AMA, I. P., para o efeito, nos termos do Decreto-Lei n.º 107/2012, de 18 de maio”. Esta norma levanta particulares dúvidas de aplicação, uma vez que faz uma proibição genérica de levamento de novos portais ou aplicações, já que parece difícil entender o que se pretende com o conceito de “atendimento público”.

Por outro lado, a remissão para o regime do Decreto-Lei n.º 107/2012, de 18 de maio¹⁶⁰, cria ainda mais dificuldades hermenêuticas, uma vez que o mesmo só se aplica ao dever de informação e a emissão de parecer prévio relativos à aquisição de bens e à prestação de serviços no domínio das tecnologias de informação e comunicação¹⁶¹ e cujo

¹⁵⁷ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regime jurídico da Administração Pública eletrónica (tópicos)”, *cit.*, p. 965.

¹⁵⁸ parece existir um abuso do conceito de procedimento, sendo repetido legalmente por referência a ações a concretizar.

¹⁵⁹ Disponível em mosaico.gov.pt. É inegável a repetida má técnica legislativa de adotar nomes e sítios informáticos em legislação, com a consequente desatualização dos mesmos sempre que haja alterações.

¹⁶⁰ Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2012-58765283>.

¹⁶¹ As áreas do domínio das tecnologias de informação ou comunicação estão identificadas através do Código de Vocabulário Comum, constantes do anexo ao diploma.

âmbito de aplicação é claramente distinto do Decreto-Lei n.º 49/2024. Ficará por esclarecer – o que sem intervenção legal deverá ser integrado pelas doutrina e jurisprudência – se a remissão para o mencionado Decreto-Lei n.º 107/2012 é no sentido de mandar aplicar o procedimento previsto nesse diploma para requerer a autorização prévia à AMA, I.P. ou se, contrariamente, apenas será um comportamento vedado nos casos em que haja lugar a parecer prévio daquela agência?

São também vedados, por força do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 49/2024, os métodos de autenticação próprios, para além do cartão de cidadão e a chave móvel digital, igualmente com possibilidade de autorização expressa da AMA, I.P. nos termos do já mencionado regime do Decreto-Lei n.º 107/2012. O regime do artigo 7.º parece imediatamente aplicável, entrando em vigor aquando do restante diploma, ou seja, no quinto dia seguinte ao da sua publicação (artigo 9.º)¹⁶².

O regime jurídico em causa, parece criar dificuldades crescentes para a simplificação de procedimentos. Não se conhece a relação deste regime com as matérias atinentes a procedimento eletrónico, balcões eletrónicos, medidas de modernização constantes do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril ou do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, e que aprova princípios gerais para simplificar o livre acesso e exercício das atividades de serviços.

Perdeu-se, como em repetidas vezes, a oportunidade de eliminar – ou pelo menos reduzir os efeitos – de um dos principais entraves à simplificação procedimental: a dispersão legislativa. Pelo contrário, a criação e aplicação de conceitos novos e dispersos, geram desgaste inevitável no intérprete aplicador, desde logo, como se verá, no respeitante à fundamentação jurídica dos atos praticados. Suscitam-se, aliás, pesadas dúvidas sobre a verdadeira aplicabilidade do conceito de omnicanalidade, sem recurso a mecanismos de interoperabilidade, de envolvimento de todos os interessados no desenho dos serviços ou da implementação de um modelo digital desde a conceção. Pelo contrário, o diploma parece mais próprio da multicanalidade – facultando múltiplos canais de contacto, ainda que com a mesma marca – do que a pretendida omnicanalidade.

Resulta do exposto que a automatização das decisões administrativas não é expressamente regulada pela legislação nacional, nem foi considerada pelas alterações legais

¹⁶² O que ocorreu a 13 de agosto de 2024. Contrariamente, as restantes medidas do artigo 3.º, dependem de portaria a emitir até sessenta dias após a receção das listas de serviços previstas no artigo 8.º.

recentes, em especial no CPA, ou nos diplomas mais transversais a que já fizemos alusão. Este espaço, aparentemente deixado em branco, deverá ser preenchido, no imediato, pelo direito no seu todo, mas poderá implicar uma reapreciação ao nível legislativo, como procuraremos abordar nos pontos seguintes.

No presente estudo o muito que haveria para dizer, pretende-se ponderar, em concreto, aspetos relativos ao dever de fundamentação, enquanto um dos elementos do ato administrativo que poderá, mais rapidamente, claudicar com o recurso à automação no processo decisório. Para tanto, vamos recordar os termos do dever de fundamentação dos atos administrativos, nos seus diferentes requisitos e aplicações, partindo para a análise dos aspetos do direito à explicação, quer no RGPD, quer no Regulamento para a Inteligência Artificial, procurando relacionar estes diferentes institutos no exercício comum da atividade administrativa.

3. O dever de fundamentação nos atos administrativos

Se é verdade que a inovação tecnológica provocou algumas alterações no Direito Administrativo, como se demonstrou *supra*, também não é menos verdade que será necessário um novo olhar sobre os institutos e conceitos clássicos.

Parece-nos relevante concentrar a nossa atenção no dever de fundamentação ou motivação dos atos administrativos. Ajudará, porventura, retomar as conclusões do aresto que motivou o nosso estudo e que identificámos *supra* (§4). O aresto em questão aponta a importância da reforma digital e eletrónica da administração pública para a melhoria do serviço aos cidadãos, de que o Código da Administração Digital italiano, de 2005¹⁶³ é exemplo. O Conselho de Estado italiano não deixou de ressaltar a importância dos procedimentos automatizados, o que não é de somenos relevante já que a postura não foi de pura crítica ou negação, mas construtiva, naquilo que a tecnologia deve assegurar.

Como resulta do aresto, a utilização dos referidos mecanismos não pode significar qualquer diminuição ou afetação dos princípios de Direito aplicáveis. Assim, o algoritmo deve fornecer resposta para uma potencialidade genérica de casos, funcionando como critério administrativo. No entendimento do Conselho de Estado (Cfr. Ponto 8.2 do

¹⁶³ Decreto Legislativo de 7 março 2005, n. 82. Disponível em <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-03-07;82> (consulta feita em 31/07/2024).

aresto), como já dito, a Administração deve ter um trabalho prévio de mediação e composição de interesses, por meio de testes frequentes, atualizações e métodos para aperfeiçoar o algoritmo. O automatismo deve permitir a um juiz avaliar a sua correção em todos os seus componentes.

O raciocínio acabado de densificar comporta uma dupla consequência: em primeiro lugar, a decisão automatizada, que é como dizer o algoritmo, deve ser materialmente cognoscível por qualquer agente, nos termos de uma interpretação reforçada do princípio da transparência, que também implica o conhecimento de uma regra expressa em idioma distinto do legalmente utilizado. O conhecimento necessário respeita aos diversos aspetos próprios do ato decisório, como o autor, o procedimento utilizado, o mecanismo de decisão, incluindo as prioridades estabelecidas e os dados selecionados como relevantes. O conhecimento destes aspetos é relevante para poder aferir da adequação legal do procedimento automatizado, já que, apesar da multidisciplinariedade dos procedimentos de formação dos algoritmos, a fórmula técnica que encerram deve ser acompanhada das explicações necessárias que traduzam a regra legal subjacente, de modo a torná-la legível e compreensível, tanto para os cidadãos em geral, como para os juízes.

Em segundo lugar, o algoritmo, para além de cognoscível em si mesmo, deve ser cognoscível também pelo juiz administrativo. De outro modo, a utilização de mecanismos jurídicos prejudicaria o direito de defesa dos cidadãos, já que deixaria de ser possível uma apreciação judicial dos atos praticados pela Administração. O procedimento automatizado deve permitir ao juiz avaliar a correção de todos os seus componentes, bem como do funcionamento transparente do mesmo. Por fim, o aresto em crise, entende que o juiz deve poder sindicar a regra jurídica prévia ao algoritmo.

Deste breve excurso resulta uma síntese do que mais se dirá e do muito que, a cada caso, pode ser convocado. As exigências de transparência ditam que a automação não funcione como uma desculpa ou subterfúgio para impedir os interessados de conhecer as razões, fundamentos e pressupostos das decisões que lhes dizem diretamente respeito. Abordaremos o dever de fundamentação no Direito interno, quer na Constituição, quer Código do Procedimento Administrativo.

3.1. Dever de Fundamentação no Direito Português

O dever de fundamentação dos atos administrativos constitui uma garantia dos interessados e um pressuposto de validade daqueles. Enquanto instituto corresponde a um dever da Administração que deve demonstrar as razões pelas quais decidiu e as justificantes ou condicionantes de determinada decisão.

O dever de fundamentação, como se verá, não é um requisito de validade do ato sempre exigível ou verificável já que o mesmo estará dependente de previsão legal expressa. Assim, parece ser entendimento comum – e solução legal vertida no Direito nacional – que a Administração é constituída no dever de fundamentar as suas decisões apenas quando tal resulte de norma legal.

Na medida em que não existe apenas para satisfazer as “curiosidades alheias”, nem apenas para permitir à Administração demonstrar que sabe o que está a fazer, o dever de fundamentação constitui uma garantia nos termos constitucionais (artigo 268.º, n.º 3). O dever de fundamentação não tem, como se esperaria, uma definição legal expressa, já que tal definição – não vinculativa – arrastaria o labor doutrinário e jurisprudencial mais para um debate em torno dos termos da definição legal, do que para o seu real significado.

Previamente à atual versão do Código do Procedimento Administrativo, MARCELO CAETANO, entendia que fundamentar “consiste em deduzir expressamente a resolução tomada das premissas em que assenta, ou em exprimir os motivos por que se resolve de certa maneira, e não de outra”¹⁶⁴. Associa, por conseguinte, o mesmo autor, a fundamentação do ato administrativo ao conteúdo da sentença, que subsume os factos à aplicação normativa decidida, justificando uma determinada conclusão¹⁶⁵.

De forma muito detalhada, VIEIRA DE ANDRADE, definia fundamentação como “(...) uma exposição enunciativa das razões ou motivos da decisão, ou então como a recondução do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique: no primeiro sentido, privilegia-se o aspecto formal da operação, associando-a à transparência da perspetiva

¹⁶⁴ MARCELO CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, Reimpressão da edição brasileira de 1977, 1996, p. 123.

¹⁶⁵ Cfr. *ibidem*, p. 124.

decisória; no segundo, dá-se relevo à idoneidade substancial do acto praticado, integrando-o num sistema de referência em que encontre bases de legitimidade”¹⁶⁶.

Em sentido aparentemente mais sintético, FREITAS DO AMARAL, define por fundamentação como a “enunciação explícita das razões que levaram o seu autor a praticar esse ato ou a dotá-lo de certo conteúdo”¹⁶⁷. A definição acaba de enunciar parece centrar o dever de fundamentação na prática de um ato – conduta ativa da Administração – e no respetivo conteúdo.

Já PAULO OTERO, por seu turno, considera que o conceito em apreço “consiste num discurso justificativo da solução decisória proposta ou já adotada, num propósito argumentativo da coerência do percurso do seu autor e garantístico da sua controlabilidade pelos destinatários (...)”¹⁶⁸.

Sem prejuízo da discussão em torno da ligação imediata da fundamentação ao ato administrativo – procurando enquadrar os casos em que a decisão de não praticar qualquer ato possa ser já lesiva para os interessados e descurando a possibilidade de tal decisão ser já em si um ato – há um tronco comum na ideia de fundamentação e que é a existência de um “discurso justificativo”¹⁶⁹, “enunciação das razões”, “exposição enunciativa” ou “expressar os motivos” da atuação Administrativa¹⁷⁰. A tomada de uma posição pela Administração, factual ou jurídica, pressupõe uma razão de ser, um sentido ou fundamento.

¹⁶⁶ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 3.ª Reimpressão, 2018, p. 11.

¹⁶⁷ FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, Almedina, 4.ª edição, 2023, p. 320.

¹⁶⁸ PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I Volume, Almedina, 2016, p. 577.

¹⁶⁹ Em idêntico sentido, a decisão arbitral do Centro de Arbitragem Administrativa, de 05/05/2021 (137/2020-A), para a qual “A fundamentação de toda e qualquer decisão administrativa, mais simples ou complexa, de acordo com o caso concreto sobre a qual recaiu, implica da parte do titular do órgão decisor que a profere e por ela é responsável, um discurso justificado e coerente que esteja suportado em raciocínio explicativo motivado de modo claro, coerente e suficiente”. Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoões/view.php?l=MjAyMTA2MTYxMjU3MDQwLlA-xMzdfMjAyMCIwMjAyMS0wNS0wNSA0EjEpVUkiTUFJVREVOQ0IBLnBkZg%3D%3D> (consulta feita em 02/08/2024).

¹⁷⁰ Em idêntico sentido na doutrina brasileira, ainda que sob a terminologia de *motivação*. Assim, “Motivar é explicitar as razões que autorizam alguém a tomar determinada decisão”. Cfr. MAURO SÉRGIO DOS SANTOS, *Curso de Direito Administrativo*, Editora JusPODIVM, 2.ª edição, 2016, p. 67.

Também FERNANDA MARINELA entende o princípio da motivação “implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que lhes deram causa, a providência tomada, a sua compatibilidade com a previsão legal e, quando necessário, o juízo de valor, as razões de conveniência e oportunidade que justificaram a prática desses atos.” Cfr. *Direito Administrativo*, Editora Saraiva, 10.ª edição, 2016, p. 103.

O dever de fundamentação, previamente à sua previsão ou densificação normativa, é um mecanismo de defesa dos interessados – ou *lato sensu*, dos administrados – relativamente à atuação administrativa. Há uma ligação entre meios de reação ou impugnatórios e a exigência de fundamentação, enquanto concretização da “plenitude da defesa reaccional dos particulares”¹⁷¹.

A fundamentação é, por isso, um dever da Administração e, simultaneamente, uma garantia dos cidadãos, funcionamento como uma “janela de acesso dos tribunais à racionalidade e coerência do trajeto procedimental de decisão administrativa”¹⁷², tendo uma “leitura garantística”¹⁷³ que não pode ser ignorada. É um dever na medida em que exige à Administração uma tomada de posição ponderada e alicerçada em fundamentos adequados e correspondentes à atividade administrativa; é uma garantia porque permite aos interessados o conhecimento e compreensão das razões e conteúdo da ação administrativa.

A fundamentação, hoje conformada enquanto princípio geral, está para além da simples e estreita regra procedimental – de que cuidaremos mais adiante – mas constitui uma necessidade transversal de permitir aos tribunais entrarem no próprio processo decisório para além do que o processo – expressão física do procedimento – pode manifestar. Há, por conseguinte, e quanto à fundamentação em sentido formal, uma “operação de absorção normativa com efeitos de alargamento do âmbito de aplicabilidade”¹⁷⁴.

Como refere DAVID DUARTE, a “fundamentação das decisões administrativas, como acontece com qualquer formalidade, justifica-se pela prossecução de objetivos substantivos. (...) A fundamentação formal tem objetivos, então, que extravasam a mera apresentação exterior dos fundamentos da decisão. (...) Ao contrário, a sua realização

Com detalhe quanto à evolução do conceito, FRANCESCO BELLOMO, absorvendo a definição legal de *motivazione*, como devendo “indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell’amministrazione in relazione alle risultanze dell’instruttoria”. Cfr. *Manuale di Diritto Amministrativo*, Volume 2, CEDAM, 2009, p. 270.

¹⁷¹¹⁷¹ Nesse sentido, DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação, para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, 1996, p. 181. O mesmo autor adensa tal ideia ensinando que “Ao longo do sentido evolutivo da consagração de um dever de fundamentação das decisões administrativas esteve insistentemente, como ponto de partida, a ideia de que um acto justificado permitiria, mais do que uma aceitabilidade da decisão, uma melhor reação impugnatória”. Cfr. *op. cit.*, p. 182.

¹⁷² PAULO OTERO, *op. cit.*, p. 577.

¹⁷³ DAVID DUARTE, *op. cit.*, p. 182.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 185.

justifica-se, como formalidade, porque através do cumprimento do dever formal, o ordenamento jurídico pressupõe que as condições de correção da decisão, em sentido abrangente, estão mais próximas de ser atingidas¹⁷⁵. Há, portanto, uma materialidade subjacente à formalidade legalmente prevista e que é tão intensa quanto o grau de importância que o interesse material dispõe na ordem jurídica.

Podemos falar, portanto, de uma “multifuncionalidade”¹⁷⁶ ou “plurifuncionalidade”¹⁷⁷ do dever de fundamentação que, dentro do quadro da transparência da atuação administrativa, permite não só o escrutínio público das decisões, como o conhecimento pelo interessado dos fundamentos das decisões, mas também o controlo jurisdicional dos atos administrativos ou tomadas de posição administrativa.

Nesta perspetiva, FREITAS DO AMARAL, identifica quatro grandes razões de ser do dever de fundamentar¹⁷⁸: (i) “defesa do particular”, na medida em que só o conhecimento das razões do ato permite qualquer impugnação, seja administrativa ou judicial; (ii) “controlo da Administração”, pela obrigação de ponderar todos os elementos do ato e por permitir aos órgãos com poderes de supervisão o exercício de poderes de controlo;

¹⁷⁵ DAVID DUARTE, *op. cit.*, p. 217.

¹⁷⁶ Nesse sentido, NEREA DE LA FUENTE FERNÁNDEZ, *La motivación de los actos administrativos*, Universidad de Valladolid, 2020, p. 10. Disponível em https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/46918/TFG-D_01040.pdf?sequence=1 (consulta feita em 02/08/2024). Para a autora, “La motivación persigue diversos fines y su característica principal, su multifuncionalidad”.

A autora trabalha a partir do artigo 35.º da Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas – disponível em https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?modo=2&id=044_Codigo_de_Derecho_Administrativo - que, em linhas similares ao CPA, detalha os atos sujeitos a dever de fundamentação, a saber:

- a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.
- b) Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje y los que declaren su inadmisión.
- c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en el artículo 56.
- e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia, de ampliación de plazos y de realización de actuaciones complementarias.
- f) Los actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados.
- g) Los actos que acuerden la terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, así como los que acuerden el desistimiento por la Administración en procedimientos iniciados de oficio.
- h) Las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial.
- i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.”

¹⁷⁷ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 65.

¹⁷⁸ FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 323.

(iii) “pacificação das relações entre a Administração e os particulares”, já que estes aceitarão melhor as decisões desfavoráveis se conhecerem de forma adequada as razões do ato; e (iv) “Clarificação e prova dos factos sobre os quais assenta a decisão”, em cumprimento das exigências de transparência da atuação administrativa.

O dever de fundamentação não é motivado, portanto, pela ideia exclusiva de proteção dos interessados, como resulta do supradito. Uma das suas funcionalidades – ainda que principal – não justifica todos os atos carecidos de fundamentação expressa obrigatória, como os casos decisão contrária a parecer ou informação ou quando se decida contrariamente a prática habitual anterior. Em sentido crítico de uma visão centralizadora do dever de fundamentação como meio de garantia dos direitos dos interessados, VIEIRA DE ANDRADE, expurgando o preconceito em relação à atividade administrativa e a uma sua putativa inimizade para com os administrativos, entende que:

“na ausência de qualquer preconceito, parece adequado reconhecer que o primeiro interesse servido pela obrigatoriedade da fundamentação, sobretudo quando contextual, há-de ser, pela ordem natural das coisas, a correcção jurídica ou a racionalidade da própria decisão administrativa. O objetivo principal de um legislador razoável não pode ser aí senão o de prevenir contra decisões que, por falta de reflexão ou de ponderação, possam ser levianas, desequilibradas ou de outro modo arbitrárias, e, por consequência necessária, alheias ou contrárias ao interesse público.”¹⁷⁹.

No quadro da mencionada plurifuncionalidade e acompanhando a doutrina avisada do mesmo autor, podemos, também, falar de três finalidades principais¹⁸⁰ do dever de fundamentação: (i) “a melhoria da qualidade e a legitimidade da decisão administrativa, decorrentes da ponderação mais cuidadosa dos interesses em jogo (...)”; (ii) o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle da legitimidade das decisões administrativas de autoridade (...)”; e (iii) o alargamento da publicidade administrativa, sobretudo na dimensão

¹⁷⁹ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 73.

¹⁸⁰ Também a jurisprudência tem aventado o elenco de finalidades principais do dever de fundamentação. Assim, por todos, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 3/11/2005 (Proc. n.º 355/05): “O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos tem uma tripla justificação racional: habilitar o interessados a optar conscientemente entre conformar-se com o acto ou impugná-lo: assegurar a devida ponderação das decisões administrativos e permitir um eficaz controlo da actuação administrativa pelos tribunais.” in FERNANDO GONÇALVES, et. al., *Novo Código do Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado*, Almedina, 9.ª edição, 2024, p. 426.

informativa e participativa (...)”¹⁸¹. As finalidades consignadas, ainda que não demonstram qualquer contradição formal ou material, vivem “(...) numa relativa tensão”, podendo entrar, aqui e ali, em conflito¹⁸².

Compreendida a complexidade das finalidades suscetíveis de integrar o dever de fundamentação, *per se*, e na senda da proposta de PAULO OTERO, devemos dar atenção a três modos concretos de manifestação de tal dever¹⁸³, traduzindo (i) um “imperativo constitucional”, sempre que o ato seja reconduzível a uma circunstância que afete direitos ou interesses legalmente protegidos (n.º 3 do artigo 268.º da CRP), (ii) um “imperativo legal”, sempre que tal decorra de norma expressa infraconstitucional, (iii) o exercício “de um puro poder discricionário do decisor”. Assim, notamos um primeiro comando jusfundamental e que prevê uma cláusula geral de fundamentar a atuação administrativa sempre que a mesma constitua uma potencial afetação de direitos ou interesses legalmente protegidos. Ao comando constitucional, vem a juntar-se um conjunto de obrigações legais – infraconstitucionais – de fundamentação da atuação administrativa¹⁸⁴ e a possibilidade de, mesmo quando tal inexista, tal corresponder ao exercício de um poder discricionário.

Ao nosso estudo importam as duas primeiras situações, jusfundamental e legal, às quais daremos atenção nos próximos pontos. Tratemos, pois, da manifestação normativa do dever de fundamentação.

¹⁸¹ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 79.

¹⁸² *Ibidem*. Ainda assim, o autor assume que prefere a complexidade do entendimento dialogal e tensional entre as diferentes finalidades do dever de fundamentação, do que “(...) um qualquer reducionismo ou explicação unifuncional do imperativo da fundamentação, que provocariam uma distorção inaceitável, ainda que porventura tranquilizante, do pensamento normativo”. Cfr. *op. cit.*, p. 80.

¹⁸³ PAULO OTERO, *op. cit.*, p. 579.

¹⁸⁴ Algumas até de cariz intraprocedimental, como é o caso da nota justificativa fundamentada dos projetos de regulamentos. Como a doutrina e a jurisprudência têm vindo a afirmar, tal obrigação é de cariz “puramente intraprocedimental que se reporta não ao texto final do regulamento, mas tão-só ao projeto”. Assim, JORGE ALVES CORREIA, S. CONCEIÇÃO VICENTE, “Regulamentos e ponderação de custos e benefícios (artigo 99.º do CPA): âmbito e metodologia”, in *CJA*, n.º 117, p. 8. Na jurisprudência, por exemplo, *vide* Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 19/01/2017 (Proc. N.º 613/16.9BELRA), disponível em <http://www.gde.mj.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/a9679d0eae139f45802580b4003fef9f?OpenDocument> (consulta feita em 02/08/2024).

3.1.1. No plano Constitucional

O n.º 3 do artigo 268.º da CRP dispõe que “os atos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos.”

Este artigo, respeitante às garantias dos administrados, revela dois requisitos do dever de fundamentação dos atos lesivos de interesses ou direitos legalmente protegidos: aquela deve ser *expressa* e *acessível*. No entendimento de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, o n.º 3 do artigo 268.º da CRP “(...) reporta-se, porém, a este dever apenas por referência a uma das suas dimensões funcionais, a dimensão subjetiva, na perspetiva, assumida como constitucionalmente relevante, de reconhecer a quem seja afectado nos seus direitos ou interesses o direito de conhecer as razões que terão determinado a adopção da decisão administrativa que lhe diz respeito”¹⁸⁵ A previsão constitucional remete, portanto, para a perspetiva do interessado, do cidadão, parecendo não acolher uma visão do dever de fundamentação estritamente centrada na Administração e nos seus interesses, sem, contudo, como se disse, negar que a fundamentação dos atos administrativos pode ter outras finalidades que não apenas a referenciada. Como se disse já, o dever de fundamentação tem finalidades diversas – e não necessariamente contrárias - que são prosseguidas pelo legislador ordinário, no plano legal infraconstitucional¹⁸⁶.

Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a “fundamentação é aqui entendida não só como motivação, traduzida na indicação das razões que estão na base da escolha operada pela Administração, mas também como justificação, na exposição dos pressupostos de facto e de direito que conduziram à decisão tomada”¹⁸⁷.

Bem entendemos que a fundamentação administrativa se apresenta como um elemento essencial – também por isso assumiu dignidade constitucional – para a apreciação da transparência e boa administração, mas também de controlo jurisdicional das decisões administrativas¹⁸⁸. Esta sindicância das decisões por meio da sua fundamentação, assume particular importância na apreciação dos atos discricionários da administração sem a qual,

¹⁸⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “comentário ao artigo 268.º”, in JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume III, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 607.

¹⁸⁶ No mesmo sentido, em especial que a norma constitucional corresponde à norma da al. a) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA de 1991 (atual al. a) do n.º 1 do artigo 152.º do CPA), *Ibidem*.

¹⁸⁷ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2010, pg. 825.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

qualquer controlo jurisdicional parecia votado ao fracasso – nesse sentido, o n.º 4 do artigo 268.º CRP.

O dever de fundamentação, dada a sua importância e transversalidade, ao integrar o conjunto de disposições constitucionais em matéria de garantias, assume a condição de “direito fundamental procedimental”¹⁸⁹ e, nessa medida, impõe, quer ao legislador ordinário, quer à própria Administração, especiais deveres de protecção. É, nas palavras de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, da atribuição de “dignidade constitucional à principal garantia que, na legislação ordinária subsequente à revolução, tida sido reconhecida aos administrados (...), ainda numa fase incipiente do processo de gradual adaptação às exigências impostas pelo Estado de Direito democrático do quadro normativo aplicável à Administração Pública, em que ainda não existia o CPA (...)”¹⁹⁰

Sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos, importa-nos especialmente uma componente do dever de fundamentação, tal como entendido por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA: “além de protecção subjetiva dos administrados, a norma do dever de fundamentação é também norma de acção administrativa (dever de fundamentação), que visa assegurar uma correcta e ponderada realização dos interesses públicos (legalidade imparcialidade, justiça, eficiência). Nesta perspectiva, a fundamentação contribui para a legitimação de decisões através da informação”¹⁹¹.

¹⁸⁹ Assim, PAULO OTERO, *op. cit.*, p. 579. Para o mesmo autor, a preterição em absoluto do dever de fundamentação, sempre que estejam em causa atos lesivos das posições jurídicas dos interessados, constitui a violação do “conteúdo essencial” do direito fundamental procedimental, implicando a nulidade do ato (al. d) do n.º 2 do artigo 161.º do CPA). Diferentemente se for um imperativo legal, em que gera a mera anulabilidade.

De forma crítica, DAVID DUARTE também admite a nulidade do ato administrativo nos casos em que a falta de fundamentação ofenda o conteúdo essencial do mesmo direito, enquanto direito fundamental procedimental. Para o mesmo autor, ainda assim, “(...) por aproximação, pode ver-se que a realização defeituosa da fundamentação não afectará o seu conteúdo essencial, pelo que os vícios da fundamentação relativos a requisitos internos do discurso justificatório determinarão, em princípio, a mera anulabilidade da decisão. E, ao mesmo tempo, na medida em que as componentes funcionais da valoração do direito à fundamentação como um direito fundamental têm directamente a ver com as dimensões de esclarecimento do destinatário e de protecção jurídica na acessoriedade ao recurso contencioso, também não estará em causa o conteúdo essencial do direito quando exista por qualquer outro meio uma satisfação desses interesses. Aqui, o conteúdo material essencial do direito não chega a ser afectado, pelo que a decisão é apenas anulável”. Cfr. DAVID DUARTE, *op. cit.*, p. 232.

Parece, por conseguinte, que a apreciação da nulidade vs anulabilidade do ato é feita no caso concreto, sendo relevante determinar se, por qualquer outro meio, é possível a satisfação dos interesses inerentes ao dever de fundamentação. Em todo o caso, parecerá excessivo comparar – ainda que o faça o n.º 2 do artigo 153.º do CPA – as circunstâncias de falta, em absoluto, da fundamentação quando exigível e os casos de obscuridade, contradição ou insuficiência.

¹⁹⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 607.

¹⁹¹ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 826.

Assim, parece-nos poder afirmar-se que a legitimação das decisões da Administração não virá propriamente de um raciocínio que vise convencer os interessados da bondade da decisão, mas da informação fornecida de modo a permitir compreender o conteúdo da própria decisão. Nestes termos, a decisão não está fundamentada quando deixa o interessado convencido de que foi a decisão acertada, mas quando permite ao mesmo a compreensão das razões pelas quais foi praticada naqueles termos.

Como tal, a doutrina aponta três requisitos quanto à fundamentação: *suficiência, clareza e congruência*¹⁹². A fundamentação deve abranger a totalidade dos elementos discricionários sobre os quais a administração exerce algum poder de escolha, manifestando o percurso lógico realizado na decisão. Por outro lado, a fundamentação deve ser inteligível e capaz de ser conhecida por um destinatário normal. Por fim, a decisão deve manifestar “existir uma relação de adequação e consonância entre os pressupostos normativos do acto (de facto e de direito) e os motivos do mesmo”¹⁹³.

Não nos interessa por ora, o que entender da expressão *afetem direitos ou interesses legalmente protegidos*, por poder extravasar de momento o objeto da nossa investigação. Ainda assim, a afetação de direitos ou interesses legalmente protegidos não exige qualquer ilicitude do ato a praticar ou da afetação a realizar. Com VIEIRA DE ANDRADE, notamos que:

“Se a intenção normativa é assegurar que a Administração prossiga o interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos (n.º 1 do artigo 266.º) essa intenção só se satisfaz na medida em que o órgão administrativo declare as razões da sua decisão sempre que atinja a “economia” do interesse do particular, mesmo quando o faz legitimamente, preferindo-lhe a realização de um interesse público nos termos da lei”¹⁹⁴.

¹⁹² *Ibidem*. Tais requisitos serão tratados ulteriormente, no plano do Código do Procedimento Administrativo.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 95. Em desenvolvimento deste postulado, o autor entende “(...) que estão sujeitos a fundamentação os actos administrativos que, independentemente da sua legitimidade ou licitude, influam de modo desfavorável na *esfera jurídica* dos cidadãos, isto é, que neguem, restrinjam ou comprimam posições jurídicas activas dos particulares (direitos ou interesses), directamente ou através da imposição ou agravamento de posições jurídicas passivas (deveres, encargos ou sanções)” – cfr.. *Ibidem*, pp. 95-96.

Cfr., *ibidem*, pp. 96-110, para a análise crítica do conceito de “interesses legalmente protegidos”, evitando uma perspetiva de maximização de tal conceito e entendendo-o, essencialmente, como “posições

Quanto ao momento em que a fundamentação deve ser apresentada, defendem GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA que a mesma “deve fazer parte da decisão administrativa (e não elaborada a posteriori) e deve ser notificada juntamente com ela, independentemente de pedido do interessado”¹⁹⁵. A fundamentação trata, por isso, de um ónus da própria administração que deve apresentá-la, sem solicitação já que essa fundamentação é o próprio *iter* lógico que a administração percorreu para alcançar o resultado a que chegou.

Acresce ao já referido, a potencial aplicabilidade da regra constitucional a relações jurídicas distintas do binómio Administração vs particulares. Como denota VIEIRA DE ANDRADE, a propósito dos atos administrativos que produzam todos os seus efeitos na relação entre entes e órgãos públicos, “(...)deve entender-se sujeita ao imperativo de fundamentação quando a *analogia* de situações o exija, por exemplo, se estiverem em causa direitos ou interesses de entes públicos colocados numa situação de subordinação em face de entes mais poderosos, designadamente quando sejam titulares de faculdades relevantes em matéria de direitos fundamentais”¹⁹⁶.

3.1.2. No Código do Procedimento Administrativo

No plano infraconstitucional, o Código do Procedimento Administrativo dispõe de normas específicas quanto ao dever de fundamentação dos atos administrativos, de modo a concretizar as disposições constitucionais referidas. Logo do artigo 151.º do CPA, resulta como menção obrigatória do ato administrativo a respetiva fundamentação quando exigível (al. d) do n.º 1).

O artigo 152.º do CPA apresenta um elenco de atos administrativos sujeitos a dever de fundamentação¹⁹⁷. O normativo em apreço concretiza – pese embora não se fique por

jurídicas subjetivas substantivas, através das quais a lei delimita, em favor dos particulares, áreas de protecção, que podem ser afectadas, mas devem ser respeitadas pela actividade administrativa, sendo susceptíveis de reconhecimento judicial independente da anulação de acto administrativo que os ofenda”.

¹⁹⁵ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 827.

¹⁹⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 93.

¹⁹⁷ “a) Neguem, extingam, restrinjam ou afetem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções;
b) Decidam reclamação ou recurso;
c) Decidam em contrário de pretensão ou oposição formulada por interessado, ou de parecer, informação ou proposta oficial;

tal – o comando constitucional de que os atos que *afetem direitos ou interesses legalmente protegidos* devem ser fundamentados. Encontramos, nessa medida, um rol de situações que podem constituir decisões desfavoráveis – ou tendencialmente desfavoráveis – para os interessados. Ao legislador ordinário coube, como seria expectável, densificar o comando constitucional relativo ao dever de fundamentação, operacionalizando o princípio geral já mencionado¹⁹⁸. Fica, portanto, vincada a ideia de uma fundamentação de pendor garantístico e intrinsecamente ligado à garantia de acesso ao controlo contencioso/judicial das decisões administrativas, pelo menos nas matérias de legalidade ou de erros manifestos da decisão administrativa. Parece não interessar, quer ao legislador constituinte, quer ao legislador ordinário, como se viu, toda e qualquer fundamentação, mas apenas a que tenha este pendor lesivo ou de afetação em face das posições jurídicas dos administrativos¹⁹⁹.

Naturalmente que o legislador ordinário acautelou outros interesses ou bens no âmbito do dever de fundamentação, não se circunscrevendo aos atos lesivos ou que afetem interesses ou direitos legalmente protegidos, como decorre nomeadamente das alíneas d) e d) do n.º 1 do artigo 152.º do CPA. Pretendeu o legislador garantir que era conhecida a fundamentação de outros atos, em hipótese não lesivos, pelo interesse ou relevância que a mesma reveste, nomeadamente para efeitos judiciais ou para explicitar o *iter* racional subjacente à decisão.

A este propósito, ainda que relativamente à redação paralela constante do artigo 124.º do CPA de 1991, escreveram ESTEVES DE OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES e PACHECO AMORIM²⁰⁰:

d) Decidam de modo diferente da prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes, ou na interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos legais;

e) Impliquem declaração de nulidade, anulação, revogação, modificação ou suspensão de ato administrativo anterior.”

¹⁹⁸ Neste sentido, FERNANDO GONÇALVES, et. al., *op. cit.*, p. 422

¹⁹⁹ Podemos questionar se, hodiernamente, não faria sentido saber da bondade e qualidade de todas as decisões administrativas, desde logo no âmbito das relações hierárquicas ou dentro dos poderes tutelares, mesmo quando o ato praticado não se enquadre no artigo 152.º do CPA?

²⁰⁰ ESTEVES DE OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES, PACHECO AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª edição, Almedina p. 591.

“Assente isso²⁰¹, podemos então dizer, com Rogério Soares e Vieira de Andrade, que, sob o conceito de fundamentação, se encobrem duas exigências de natureza diferente: por um lado, está em causa a exigência de o órgão administrativo justificar a decisão, identificando a situação real (ou de facto) ocorrida, subsumindo-a na previsão legal e tirando a respectiva consequência; por outro lado, nas decisões discricionárias está em causa a motivação, ou seja, a exposição do processo de escolha da medida adoptada, que permita compreender quais foram os interesses e os factores (motivos) que o agente considerou nessa opção.”

Nos termos acabados de expor, a fundamentação não se apresenta como um conceito unívoco, mas implica sempre um juízo quanto ao tipo de ato em questão, aos seus pressupostos e, sobretudo, garantindo que ao particular não devem restar dúvidas razoáveis sobre os elementos considerados pela Administração na decisão administrativa. Como afirma MARCELO CAETANO, não interessa “(...) ao jurista²⁰² conhecer quaisquer motivos da vontade administrativa, mas tão-somente os motivos determinantes, aquelas razões de direito ou considerações de facto objetivamente anotadas sem cuja influência a vontade do órgão administrativo não se teria manifestado no sentido em que se manifestou”²⁰³.

Ainda a propósito do dever de fundamentação, *per se*, a doutrina tem afirmado a existência de circunstâncias que constituem *conflito de deveres*, isto é, atos que sujeitos ao dever de fundamentação, estão igualmente vinculados à salvaguarda de outros interesses ou deveres de valor igual ou superior àquele. A este propósito, DAVID DUARTE identifica quatro circunstâncias de “contraposição de valores contraditórios”: (i) “desnecessidade prática”; (ii) “ato tácito”; (iii) “a proteção do segredo”; e (iv) “a eficiência”²⁰⁴. Verificamos, portanto, que o dever de fundamentação, na sua dimensão garantística, não é um direito absoluto, exigível em qualquer circunstância, mas um direito sujeito à respeito

²⁰¹ No texto, os autores tinham definido que a distinção entre *motivos* e *pressupostos de facto* seria inócua.

²⁰² Pese embora o autor se refira ao jurista, temos hoje de o entender aplicável aos interessados na decisão administrativa. De facto, não se coaduna com a previsão constitucional (n.º 3 do artigo 268.º da CRP), nem com a redação do CPA, qualquer entendimento que obrigue o interessado a recorrer a um terceiro mediador, jurista, para perceber se o ato está conforme ao direito ou aos factos. A ideia de que “se um jurista perceber, é porque está bem fundamentado”, não parece admissível.

²⁰³ MARCELO CAETANO, *op. cit.*, p. 124.

²⁰⁴ DAVID DUARTE, *op. cit.*, p. 208. Ainda, VIERA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 118 e seguintes.

harmonização com o restante ordenamento jurídico e, nessa medida, sujeito às restrições necessárias ao equilíbrio com outros interesses ou bens igualmente relevantes²⁰⁵.

Não julgamos relevante à nossa investigação escarpelizar os diferentes atos previstos nas alíneas do n.º 1 do artigo 152.º - ou casos de exceção a estes –, parecendo-nos ser de concentrar a nossa atenção nos requisitos ou exigências do dever de fundamentação. A este propósito, o n.º 1 do artigo 153.º do CPA, determina que a “fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituem, neste caso, parte integrante do respetivo ato”. Da norma acabada de mencionar, ressaltam dois requisitos essenciais, para os quais devemos dirigir a nossa atenção: a fundamentação deve ser *expressa e sucinta*²⁰⁶.

²⁰⁵ Possivelmente com exclusão dos casos de ausência de ato expresse, já que aí a não fundamentação decorre de uma impossibilidade factual e lógica, porque não houve qualquer ato formado pela Administração.

²⁰⁶ Outros apartados legais têm mais detalhe normativo quanto aos requisitos do dever de fundamentação. Assim, por exemplo o artigo 124.º do Decreto n.º 500/991 do Uruguai, que procede à “aprobacion del procedimiento administrativo y disciplinario aplicable al funcionario publico de la administracion central”, prevê os requisitos das partes expositiva e dispositiva do ato administrativa:

“1) Un "Visto". - La finalidad del "Visto" es situar la cuestión que va a ser objeto del acto.

2) Uno o varios "Resultandos" puestos a continuación del "Visto", em los que se deben exponer los hechos que constituyan los antecedentes del acto administrativo de que se trate. Los decretos y ordenanzas pueden prescindir de los "Resultandos".

3) Uno o varios "Considerandos" en los que se desarrollan los fundamentos de derechos, las doctrinas aplicables, las razones de mérito y la finalidad perseguida.

4) Un "Atento" en el que se citan o se hace referencia a las reglas de derecho y a las opiniones o asesoramientos recabados en que el acto se fundamenta.

En ciertos casos pueden ser sustituidos los "Considerandos" por el "Atento". Ello es pertinente en los siguientes casos:

a) Cuando como solo fundamento del acto se citan una o varias disposiciones legales o reglamentarias, o se expresan en forma muy breve sus fundamentos;

b) Cuando se hacen constar una o varias opiniones emitidas en el expediente que constituye el antecedente del acto administrativo.

Cuando no existe ninguna cuestión de hecho ni se plantea ningún problema de derecho puede prescindirse de los "Resultandos" y de los "Considerandos" y consistir la parte expositiva en un "Visto" y un "Atento".

La parte dispositiva debe ir numerada en las resoluciones y articulada en los Decretos y Ordenanzas.

El acápite de la parte dispositiva debe mencionar al órgano que adopta el acto administrativo, a lo que seguirá un "Decreta" o um "Resuelve", si el acto es dictado por el Poder Ejecutivo, y un "Dispone" o un "Resuelve" si el acto es dictado por un Ministerio .

No se admitirá en la parte expositiva ninguna otra expresión que las citadas precedentemente”.

Como se vê, o nível de densificação dos requisitos de forma dos atos é claramente limitador da atividade administrativa, mas dá ao dever de fundamentação um conjunto de regras claras sobre as tarefas a empreender pela Administração. Para um estudo mais detalhado sobre a lei uruguaia, cfr. VIVIANA PÉREZ BENECH, “motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones”, in *Revista de Derecho de La Universidad de Montevideo*, pp. 37-54. Disponível em <https://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Perez-Benech-Motivacion-del-acto-administrativo-Analisis-de-criterios-jurisprudenciales-y-admisibilidad-de-su-omision-alegando-la-reserva-de-las-actuaciones.pdf> (consulta feita em 02/08/2024).

3.1.2.1. Fundamentação expressa

Como já referido, os requisitos do dever de fundamentação constituem deveres da própria Administração, contemporâneos à prática do ato administrativo, demonstrando o percurso lógico, factual e jurídico, que a mesma Administração percorreu: “para tanto, deve a fundamentação obedecer a um conjunto de regras de natureza formal como a sua natureza expressa e substancial quais sejam a clareza, a não contradição e a suficiência”²⁰⁷.

Como primeiro requisito, portanto, a fundamentação deve ser expressa, isto é, “enunciada de modo explícito no contexto do próprio ato pela entidade decisória”²⁰⁸. A fundamentação não poderá ser, portanto, implícita ou “tácita”, isto é, não se deve basear a fundamentação do ato em projeções, conjunturas ou especulações.

A fundamentação não visa convencer o destinatário da bondade do ato praticado, antes manifestar claramente o percurso realizado pela Administração. Nas palavras de CABRAL DE MONCADA, a “fundamentação é um discurso lógico que vale ou não por si próprio independentemente da bondade da decisão”²⁰⁹. É clarividente a afirmação de DAVID DUARTE, a propósito do que acabámos de referir: “A fundamentação é, então, um requisito formal das decisões, que não se confunde com o seu conteúdo e que, independentemente das implicações entre a declaração de fundamentação e a substância da decisão, tem uma existência e uma dimensão valorativa autónomas”²¹⁰. Há, então, uma distinção necessária entre os requisitos de adequação e correção da fundamentação e os requisitos aplicáveis à correção decisória, *maxime*, a validade do ato administrativo.

A fundamentação não é, assim se deduz, “um registo historiográfico, onde se refiram todos os antecedentes da decisão”²¹¹. A fundamentação não deverá ser confundida com o contar de uma história sobre o ato administrativo – um relato de circunstâncias e circunstancialismos – ainda que alguns possam influenciar a tomada de decisão. Há uma ligação à “autoria” do ato, à “sua razão constitutiva”²¹², importando não uma qualquer história,

²⁰⁷ CABRAL DE MONCADA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 3.^a edição, Quid Iuris Sociedade Editora, 2019, p. 502.

²⁰⁸ FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 324.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ DAVID DUARTE, *op. cit.*, p. 185.

²¹¹ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 228.

²¹² *Ibidem*.

mas a sua história interna. Naturalmente, que não está em causa uma conceção psicológica do itinerário conducente à prática do ato – o que não seria sequer possível – mas a vontade do órgão, isto é, a vontade “funcionalmente dirigida à satisfação de interesses heteronomamente definidos, sendo que os poderes utilizados, mesmo quando discricionários, só existem para a realização de necessidades publicas”²¹³. Não se trata, portanto, de uma descrição das impressões pessoais do titular do órgão decisor ou da pessoa concretamente responsável pela direção do procedimento.

Em consequência, a fundamentação é entendida como um “discurso justificativo”, na medida em que é “uma decisão programada normativamente (pelo menos) quanto ao fim”²¹⁴. O discurso feito, o *iter* cognoscitivo e valorativo formulado no ato, deve ser capaz de justificar um suportar não um qualquer raciocínio, mas uma decisão administrativa.

A fundamentação é, também por isso, um exercício de transparência, própria de um Estado plural e aberto²¹⁵, podendo assumir uma dimensão de “exteriorização das razões ou motivações jurídicas e factuais das decisões, revelando o itinerário intelectual subjacente ao processo interno de formação da vontade administrativa”²¹⁶.

Resulta do n.º 1 do artigo 153.º do CPA que a fundamentação deve ser expressa, sendo esta entendida como uma proibição de recurso a fundamentações implícitas²¹⁷ e não obstante os casos de remissão para pareceres, informações, ou propostas oficiais que, como emerge do mesmo normativo, farão “parte integrante do respetivo ato”. A fundamentação expressa é aquela que os interessados devem poder captar sem formular juízos de quase adivinhação: “a fundamentação deve reproduzir um juízo de modo permitir ao destinatário do acto reconstituir o percurso cognoscitivo e valorativo que levou à decisão”²¹⁸.

²¹³ *Ibidem*, p. 229.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 230.

²¹⁵ A título de exemplo e com impacto na conceção de Governo Aberto, *vide*, “Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies”, 2009, da Administração Obama, a propósito da transparência e Governo Aberto. O documento assenta em três princípios fundamentais: “transparência, participação pública e colaboração”. Disponível em https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/legacy_dru-pal_files/omb/memoranda/2009/m09-12.pdf (consulta feita em 06/09/2024).

²¹⁶ Assim, PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, p. 577. O autor refere (*ibidem*), ainda, uma outra finalidade da fundamentação e que se prende com o afastamento de um precedente ou prática habitual.

²¹⁷ Podemos entender que determinados atos, sobretudo em matéria de garantia da segurança nacional, poderão basear-se em fundamentos insuscetíveis de serem integrados no ato, já que, de outra forma, poderia a Administração comprometer outros bens ou princípios de valor superior.

²¹⁸ CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 503.

Logo, não basta ao decisor administrativo ponderar as razões de facto e de Direito subjacentes a uma tomada de posição, mas é ainda preciso que tais razões sem manifestadas ou declaradas, seja por escrito ou oralmente – nos casos da fundamentação de atos orais, prevista no artigo 154.º do CPA – no ato proferido²¹⁹.

No entendimento da jurisprudência, a “fundamentação expressa dos atos administrativos é uma janela de acesso dos tribunais à racionalidade e coerência do trajeto procedimental da decisão administrativa”²²⁰. Como já se notou e pese embora não esqueçamos o escopo último deste estudo – o da automação da decisão administrativa – é inegável que a exteriorização de um ato administrativo ou uma qualquer tomada de posição pela Administração, nunca transportará consigo a totalidade da ponderação humana/digital, a apreciação instrutória, que foi realizada²²¹. Mesmo nos atos totalmente vinculados, de mera subsunção dos factos à *fattispecie* normativa, existe sempre um exercício prévio de interpretação e essa – ainda que mecânica – poderá comportar erros ou lapsos. Assim, a reconstrução do percurso realizado é sempre relevante para a reapreciação do ato, podendo falar-se, assim o entendemos, da fundamentação como algo de similar a “caixa negra” da atuação administrativa.

Por outras palavras, ao autor do ato administrativo não é suficiente que pondere as razões de facto e de direito sobre o caso, é também necessário que revele externamente os termos, a sequência lógica, dessa determinação e ponderação (sem prejuízo, claro, de os fundamentos do ato poderem ser expressos ou manifestados por concordância com as razões manifestadas no procedimento, em outros atos)²²².

Assim, a fundamentação expressa não se pode bastar com frases-tipo ou expressões quase que sacramentais, vazias em si, remetendo para uma multitude de elementos que, em concreto, não permitem ao interessado compreender a ponderação, de facto e de Direito, efetuada pela Administração. Frases como atentos os elementos instrutórios, ou

²¹⁹ Assim, ESTEVES DE OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES, PACHECO AMORIM, *op. cit.*, p. 600.

²²⁰ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 28/06/2018 (Proc. n.º 2416/12.0BELSB). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/-/6D1E7497B81E4530802582C50038974D>. (consulta feita em 01/08/2024).

²²¹ Demonstrando o trabalho da jurisprudência italiana, no sentido da substancialidade da motivação, *vide* FRANCESCO BELLOMO, *op. cit.*, p. 270.

²²² Nesse sentido, ainda que por referência ao artigo 125.º do CPA de 1991, ESTEVES DE OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES, PACHECO AMORIM, *op. cit.*, pp. 600-601.

considerados os factos carreados à instrução, nada acrescentam ao dever de fundamentação²²³²²⁴.

De facto, o dever de fundamentação não constitui um exercício puramente formal, um qualquer arrazoado discursivo, antes “envolve requisitos de conteúdo cuja violação conduz a uma situação equiparada à falta de fundamentação”²²⁵. Interessam, pois, nas palavras de MARCELO CAETANO, os “motivos determinantes”²²⁶, não uns quaisquer, mas aqueles que ligam os factos ao resultado jusadministrativo. Um ato, de dezenas de páginas, repleto de citações ou referências, ainda que belas e de profundidade literária, podem nada dizer sobre o ato e o seu conteúdo²²⁷.

O conteúdo da fundamentação, nos termos do n.º 1 do artigo 153.º do CPA, pode ser realizado também por remissão para “os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituem, neste caso, parte integrante do respetivo ato”. Trata-se da fundamentação *per relacionem*, isto é, constituída a partir de o conteúdo de outro ato, seja ou não endoprocedimental, cujos pressupostos e motivos sejam similares à questão *decidendi*. Não podemos ignorar que a remissão sistemática para anteriores decisões, pareceres ou informações pode comportar o risco da falta de atenção aos elementos e pressupostos do caso concreto, procurando arrumar as questões a decidir mais por categorias do que em virtude da real pretensão do interessado. Assim, a remissão para anterior decisão, parecer ou informação, implica sempre a ponderação das circunstâncias do caso concreto e pode determinar que a Administração deva justificar o recurso a fundamentação anterior. Não se pode negar que poderá haver incongruência numa fundamentação que remeta para outra anterior, mas esta não tenha com o conteúdo decisório nenhuma ou deficiente correspondência.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ Assim também, LEÓN LUNA, «¡Exijo Una Explicación!. La Importancia De La Motivación Del Acto Administrativo» in *o Derecho & Sociedad*, n.º 45 (septiembre), p. 317. Disponível <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15249> (consulta feita em 02/08/2024).

²²⁵ PAULO OTERO, *op. cit.*, p. 577.

²²⁶ MARCELO CAETANO, *op. cit.*, p. 124.

²²⁷ Se é permitida a expressão coloquial, dizer “qualquer coisa” não é fundamentar. De facto, importa não esquecer que a Administração e os particulares devem relacionar-se de boa-fé (artigo 10.º do CPA), pelo que ocupar o “campo” da fundamentação com “texto” não significa necessariamente fundamentar.

3.1.2.2. Fundamentação sucinta

Em segundo lugar, a fundamentação deve ser sucinta. Este dever não implica uma fundamentação por tópicos ou um elenco de meras conclusões. Pelo contrário, devem constar os elementos necessários a permitir a compreensão do ato praticado pelo destinatário. No caso em que a decisão conste da manifestação de concordância com parecer ou proposta, o seu conteúdo será o que constar do documento. Já nas circunstâncias em que o superior pretenda decidir em sentido diverso, deverá fundamentar a respetiva decisão²²⁸.

O requisito em apreço implica a referência do quadro jurídico habilitante, enquanto “(...) corolário do princípio da legalidade como fundamento da ação administrativa”²²⁹. Nesta perspetiva, não bastará a mera referência de fundamentos de facto, mas a sua abordagem holística.

A obrigatoriedade de uma fundamentação sucinta, contrariamente à exigência de ser expressa, deve ser ponderada em função das circunstâncias, caso a caso. Na verdade, o que seja uma fundamentação sucinta sempre dependerá das características do caso, já que existem fundamentações de facto e de direito que podem dizer-se em poucas linhas, enquanto outras, atenta a complexidade da pretensão²³⁰, poderá determinar uma extensão de várias páginas. Assim, a “avaliação quantitativa da fundamentação suficiente só poderá realizar-se em concreto, a partir da multiplicidade de elementos susceptíveis de condicionarem a variabilidade do conteúdo fundamentador”²³¹.

Aliás, a doutrina suscita a questão da consequência da violação do dever de fundamentar sucintamente. Assim, será equacionável a invalidade de um ato, apenas porque um decisor administrativo, em vez de 10 linhas de fundamentação, aparentemente suficientes, apresentou várias páginas? Parece que, *a priori*, não, pese embora se reconheça que

²²⁸ Nesse sentido, CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 503.

²²⁹ FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 324.

²³⁰ Assim, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 21/12/2018, (processo n.º 00463/16.2BEVIS): “a fundamentação não tem que ser prolixa; basta que seja suficiente; contudo, só é de considerar suficiente a fundamentação do acto quando o seu destinatário demonstra bem ter compreendido os motivos determinantes daquele, dos quais se limita a discordar, isto é, a fundamentação (só) é suficiente quando permite a um destinatário normal aperceber-se do itinerário cognoscitivo e valorativo seguido pelo autor do acto para proferir a decisão, de forma a poder desencadear os mecanismos administrativos ou contenciosos de impugnação”. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/b11a5d6a85a5db82802583a800378f5c> (consulta feita em 01/08/2024).

²³¹ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 241.

o exagero na fundamentação, em prejuízo da sua clareza, poderá determinar a anulação do ato²³².

Interessa-nos aqui, particularmente, o disposto no n.º 3 do artigo 153.º do CPA, segundo o qual na “resolução de assuntos da mesma natureza, pode utilizar-se qualquer meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que tal não envolva diminuição das garantias dos interessados”.

Esta norma pretende significar que a Administração, na fundamentação de atos administrativos da mesma natureza, pode reproduzir os fundamentos de decisões anteriores, de forma mecânica, transmitindo-o aos interessados, desde que tal não implique uma diminuição das garantias dos interessados, isto é dizer, que não se constitua num mero expediente burocrático e formal que facilitando o labor da Administração não oferece uma fundamentação capaz de demonstrar o percurso lógico percorrido pela mesma Administração. Este mecanismo é particularmente eficiente nos procedimentos de massas quando os autores são muitos⁷⁰, embora nos pareça, salvo melhor opinião que não respeitam a procedimentos de especial complexidade, ainda que massificados.

Sem prejuízo, como nota a doutrina⁷¹, esta “transcrição <<por decalque>> deve-se, a nossa ver, a uma desatenção do legislador quando no n.º 3 admite a utilização de qualquer meio mecânico (tal como na redação anterior do código) esquecendo-se de acrescentar, como devia, a utilização dos meios eletrónicos prevista, ex novo com a revisão”. Como se disse, nos termos do n.º 1 do artigo 14.º do CPA, os “órgãos e serviços da Administração Pública devem utilizar meios eletrónicos no desempenho da sua atividade, de modo a promover a eficiência e a transparência administrativas e a proximidade com os interessados”. Sendo que, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo 14.º do CPA, a “utilização de meios eletrónicos, dentro dos limites estabelecidos na Constituição e na lei, está sujeita às garantias previstas no presente Código e aos princípios gerais da atividade administrativa”. Assim, a utilização de meios eletrónicos em procedimentos administrativos não implica uma qualquer redução de garantias, antes se submetendo aos direitos dos interessados previstos pela legislação administrativa.

²³² Nesse sentido, ESTEVES DE OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES, PACHECO AMORIM, *op. cit.*, pp. 601-602.

A este propósito, afirmou CABRAL DE MONCADA, que “a utilização de meios eletrónicos (e, por extensão, mecânicos) é apenas um meio de expressão da vontade da Administração. Por si só a electrónica não obriga a repensar o papel da vontade no acto administrativo”²³³.

Do excerto citado, parece-nos resultar um entendimento dos meios eletrónicos que os reduz a modos de transmitir uma vontade, reproduzir um *iter* lógico que a Administração já percorreu. Este princípio visaria beneficiar a Administração das vantagens dos meios eletrónicos, permitindo uma maior aproximação dos serviços aos seus beneficiários, mas não constitui um modo novo de formação da vontade da mesma Administração, já que uma coisa será a *manifestação* da vontade da Administração, outra a sua *formação*.

3.1.2.3. O conteúdo da fundamentação: a sua suficiência

Após as questões de forma ou requisitos estruturais da fundamentação, é necessário olhar para o conteúdo da fundamentação. Existindo, como se demonstrou, um dever formal de fundamentação resultante dos comandos constitucionais e legais já mencionados, é exigível ao conteúdo da mesma fundamentação que seja capaz de manifestar as razões jurídico-factuais determinantes ou relevantes do ato. Tal resulta do n.º 1 do artigo 152.º do CPA, onde se dispõe que a fundamentação deve conter uma exposição dos *fundamentos de facto e de direito* da decisão. A redação normativa vigente é correspondente à anterior versão do n.º 1 do artigo 125.º do CPA de 1991, pelo que os mencionados pressupostos têm já uma apreciação consolidada na doutrina e na jurisprudência.

Nessa medida e para garantir o cumprimento das exigências legais, “(...) não basta, contudo, que se indiquem e exponham as razões factuais e jurídicas que se ponderaram ao tomar a decisão. É necessário que com elas se componha um juízo lógico-jurídico – tendencialmente subsuntivo (no caso de poderes vinculados) ou teleologicamente orientado (poderes discricionários)”²³⁴. A fundamentação, como se disse, caracteriza-se por um raciocínio que tem uma relação com a tomada de posição da Administração e não se basta com um qualquer raciocínio ou juízo. À Administração é exigível que deduza dos factos e do Direito – no caso de se tratar de ato vinculado – as razões das quais emerge o

²³³ CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p. 122.

²³⁴ ESTEVES DE OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES, PACHECO AMORIM, *op. cit.*, p. 602.

ato praticado; ou – sendo um ato discricionário – que demonstre a ponderação feita à luz da pretensão do interessado e do interesse público inerente.

Com particular interesse, debate-se o nível de densificação das razões de Direito inerentes à tomada de decisão. Para ESTEVES DE OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES e PACHECO AMORIM, discordando de alguma corrente jurisprudencial, não basta à fundamentação remeter para a disciplina jurídica aplicável, descurando a remissão expressa para as normas ou princípios aplicáveis no caso concreto. Os citados autores, entendem que “(...) é pôr nos domínios do arbítrio ou do subjetivismo do julgador em juízo, uma exigência que a lei definiu vinculada e objetivamente, de uma maneira clara: a fundamentação contém os «fundamentos de facto e de direito» e há-de, portanto, existir remissão para uma qualquer norma orgânica ou material, que, ao menos, lhe confira (aqueles) poderes na matéria”²³⁵.

De facto, e como já se foi tratando, a fundamentação é, não só uma garantia dos interessados, mas também um dever da Administração na medida em que a obriga, por razões de transparência e de tratamento igualitário, a ponderar as suas tomadas de posição à luz dos princípios e regras aplicáveis. Ora, se a Administrativo tem o dever de fazer tal ponderação – e a fez verdadeiramente – não se antevê razão material ou jurídica – que não seja de mero exercício intelectual – para que as razões de Direito não tenham a densidade correspondente ao juízo jurídico feito. Parece-nos, por conseguinte, que o ato deve comportar a referência concreta aos normativos aplicáveis e que a Administração teve de utilizar para tomar determinada posição.

Há, portanto, uma diferença essencial entre as dimensões formal e substancial da fundamentação, na medida em que “(...) o dever formal se cumpre pela apresentação de pressupostos *possíveis* ou de motivos *coerentes e credíveis*, enquanto a fundamentação substancial exige a existência de pressupostos *reais* e de motivos *correctos* susceptíveis de suportarem uma decisão legítima quanto ao fundo”²³⁶.

Ainda quanto ao conteúdo, podemos encontrar outros requisitos resultantes dos vícios da fundamentação. Assim, o n.º 2 do artigo 153.º dispõe que equivale “à falta de fundamentação a adoção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do ato”. Vemos, nas palavras de FREITAS

²³⁵ *Ibidem*, p. 603.

²³⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 231.

DO AMARAL, que o “objetivo essencial e imediato da fundamentação é, portanto, esclarecer concretamente a motivação do ato, permitindo a reconstituição do *iter cognoscitivo* que levou à adoção de um ato com determinado conteúdo”²³⁷.

Aproveitando a categorização proposta por PAULO OTERO, a fundamentação deverá ser “clara”²³⁸, “lógica” e sujeita a um “princípio de necessidade”²³⁹. É clara, na medida em que utiliza uma “linguagem perceptível ao cidadão comum, encontrando-se vedadas justificações obscuras”; é lógica, na medida em que não pode ser “contraditória, existindo aqui um requisito de congruência ou coerência racional entre o conteúdo decisório e as razões de facto e de direito invocadas para a sua justificação”; sujeita a um princípio de necessidade, já que deve “ser idónea para dar a conhecer as efetivas justificações ponderativas que estiveram subjacentes à decisão”²⁴⁰.

Em idêntico sentido, ensina MARCELO CAETANO que “em qualquer caso, a fundamentação deve ser congruente e exacta”²⁴¹. A fundamentação é congruente quando se possa retirar logicamente – e não por indução ou sugestão – dos motivos invocados, como que premissas, a respetiva conclusão²⁴²; é exata quando as razões de Direito correspondem efetivamente ao conteúdo normativo-jurídico invocado e as razões de facto são ver-

²³⁷ FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 323.

²³⁸ Notamos, a este propósito, que o artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril, dispõe que na “redacção dos documentos, designadamente de formulários, ofícios, minutas de requerimentos, avisos, convocatórias, certidões e declarações, em especial na comunicação com os cidadãos, deve usar-se linguagem simples, clara, concisa e significativa, sem siglas, termos técnicos ou expressões reverenciais ou intimidatórias”.

Já no CPA, a al. a) do n.º 1 do artigo 62.º, quanto aos balcões eletrónicos, determina que estes devem proporcionar “informação clara e acessível a qualquer interessado sobre os documentos necessários para a apresentação e instrução dos correspondentes pedidos e condições para a obtenção dos efeitos jurídicos pretendidos com o pedido”. Fica a dúvida do porquê se prever tal obrigação apenas para os balcões eletrónicos. Em sentido idêntico, o n.º 2 do artigo 151.º dispõe que as “menções exigidas no número anterior [entre as quais consta o dever de fundamentação – al. d)] devem ser enunciadas de forma clara, de modo a poderem determinar-se de forma inequívoca o seu sentido e alcance e os efeitos jurídicos do ato administrativo”.

Na Administração Pública têm surgido algumas iniciativas de simplificação da linguagem na comunicação com os cidadãos, como o requerimento de injunção, coimas de trânsito, entre outras. Nesse sentido, *vide*, a título de exemplo, <https://claro.pt/work/>.

²³⁹ PAULO OTERO, *op. cit.*, p. 578.

²⁴⁰ A este propósito, DAVID DUARTE, fala do requisito da suficiência da fundamentação, defendendo que “(...) a medida ideal será, no fim, a própria capacidade de convencimento sobre a justificação da decisão”. Cfr. DAVID DUARTE, *op. cit.*, p. 215.

²⁴¹ MARCELO CAETANO, *op. cit.*, pp. 124-125.

²⁴² MARCELO CAETANO parece entender que a fundamentação pode estar viciada, ainda que seja facultativa, quando os motivos indicados na decisão não a explicam ou até exigiam uma decisão em sentido diferente. Cfr. *ibidem*, p. 125.

dadeiras. Em idêntico sentido, VIEIRA DE ANDRADE, entende a congruência da fundamentação como a necessidade de o ato administrativo “basear-se num processo lógico coerente e sensato, de maneira que só pode aceitar-se como fundamentação um discurso racional, pelo menos um que não contenha erros de raciocínio evidentes”²⁴³.

A exposição das razões, sejam de facto ou de Direito, devem assegurar a sua compreensibilidade, de modo a transportar consigo o percurso realizado pela Administração na questão *decidendi*. A lei é clara, podemos afirmar, já que o escopo pretendido é o esclarecimento concreto da motivação do ato. Mais uma vez, não interessa esclarecer toda a miríade de hipóteses que podem ter sido ponderadas pelo órgão decisor, mas apenas aquelas que permitem esclarecer o sentido e alcance da decisão tomada. Claro está, não se nega, que poderá ser relevante para a fundamentação, afastar outras hipóteses que, atendendo aos factos e ao direito, pudessem concorrer na decisão, mas tal não constitui uma regra geral que imponha à Administração o ónus de dizer por que decidiu naquele sentido concreto ou não escolheu quaisquer outras hipóteses possíveis. Não parece existir aqui um dever de mostrar “capacidade crítica” da Administração.

A lógica enunciada obriga a concluir que “(...) se as formulações utilizadas são confusas ou indistintas, se a argumentação é dubitativa, ambígua ou obscura, então não se pode saber ou compreender sequer o que determinou o agente a praticar aquele acto ou a escolher aquele conteúdo”²⁴⁴.

A clareza da fundamentação exige, em consequência, que “a narração da ponderação não pode deixar de ser inteligível, de modo que se possa saber, não só quais foram os interesses considerados, mas também qual foi a pesagem de interesses que levou a um determinado sentido decisório”²⁴⁵. A fundamentação é lógica ou congruente atendendo “(...) à relação lógica de articulação entre as razões justificativas da decisão, bem como à sua relação com o sentido da decisão”²⁴⁶.

Atentos os requisitos positivos do dever de fundamentação, já descritos, torna-se perceptível o conjunto de vícios da fundamentação previstos no n.º 2 do artigo 153.º do CPA.

²⁴³ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 233-234. O autor nota que, “a congruência se refere especialmente à relação entre a fundamentação e o conteúdo do acto, devendo este ser uma consequência lógica daquela, e não tanto à coerência dos diversos fundamentos entre si: uma eventual contradição entre os fundamentos invocados implica antes a falta de clareza ou a incompreensibilidade da fundamentação apresentada”.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 233.

²⁴⁵ DAVID DUARTE, *op. cit.*, p. 213.

²⁴⁶ *Ibidem*.

A lei equipara, portanto, à falta de fundamentação a formulação de argumentos – ainda que de facto ou de Direito – que “não esclareçam concretamente a motivação do ato”. Por conseguinte, a fundamentação, nos termos do mencionado preceito legal, pode ser *obscura, insuficiente, contraditória*²⁴⁷:

- a) Será contraditória se impedem a compreensão do seu conteúdo ou em que consiste. Assim, como já referimos, o recurso a “frases-tipo” ou “expressões sacramentais”, podem comprometer a clareza da fundamentação e, nessa medida, a viciam por obscuridade. É o caso do ato que invoca “as diligências levadas a cabo pelos serviços”, sem que as identifique e ligue as mesmas às conclusões;
- b) Será insuficiente quando não permite justificar a totalidade da decisão ou a extensão dos seus efeitos ou as condicionantes que resultam do ato²⁴⁸. Parece-nos insuficiente a fundamentação de um o ato que aplica determinada restrição ou sanção, sem que se permita compreender as razões do período temporal ou do valor da sanção, por exemplo;
- c) Será, ainda, contraditória, quando as razões jurídico-factuais elencadas contradizem o sentido ou a extensão da decisão. Ora, tal é o caso do ato administrativo que afirmando determinado pressuposto como facultativo e por isso não determinante de qualquer indeferimento, acaba por indeferir o requerido com esse fundamento.

Do exposto, verificamos que a ausência de fundamentação – ainda que por equiparação, como resulta do n.º 2 do artigo 153.º do CPA – exige uma análise circunstancial, caso a caso, não sendo possível formular juízos puramente objetivos. Por outro lado, os fundamentos de invalidade, decorrentes das circunstâncias em que a fundamentação não permite esclarecer “concretamente a motivação do ato”, decorrem de um juízo de percepção humana, em que um normal declaratório, isto é, o “homem médio”²⁴⁹, colocado na

²⁴⁷ Cfr. ESTEVES DE OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES, PACHECO AMORIM, *op. cit.*, p. 604.

²⁴⁸ Para VIEIRA DE ANDRADE e quanto à suficiência, “no caso específico dos atos administrativos, e tendo em consideração os objetivos da obrigatoriedade de fundamentação contextual, suficiência significa menos a qualidade do que é completo do que a do que *concreto*”. Cfr., *op. cit.*, p. 234.

²⁴⁹ Fazendo uma análise detalhada da jurisprudência nesse sentido, invocando a ideia de um “destinatário normal”, *vide* FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 324.

A jurisprudência assume, igualmente, o conceito de “destinatário normal” e assume a relatividade do dever de fundamentação. Assim, o Acórdão do STA, de 6/12/2005 (proc. n.º 1126/02), nos termos do qual:

posição de interessado diante de determinado ato, deve poder afirmar se a fundamentação é clara, lógica e necessária. Não é, manifestamente, ciência exata e pode sempre obter diferentes entendimentos jurisprudenciais. A lei parece atender a essa exigência, ao afirmar que a fundamentação deve esclarecer *concretamente*, ou seja, atendendo ao próprio caso e às suas circunstâncias. A este propósito, VIEIRA DE ANDRADE, ensina que:

“não bastará, pois, qualquer ambiguidade ou dificuldade de entendimento no conteúdo da declaração para se concluir que falta a fundamentação. (...) Por outro lado, não se pode esquecer que se trata do esclarecimento das razões da decisão no sentido da sua indiscutibilidade substancial ou da sua conveniência. Uma fundamentação clara, ainda que não seja indiscutível, nem sequer convincente, satisfaz o dever legal e não provoca qualquer vício de forma do acto assim fundamentado”²⁵⁰.

Sem prejuízo, parece-nos, que o nível de concretização exigível a um ato administrativo não pode redundar no casuísmo ou nas circunstâncias pessoalíssimas do destinatário do ato. Se, por um lado, é perceptível que a fundamentação deva esclarecer em concreto, isto é, atendendo aos factos e ao Direito *efetivamente* aplicáveis, por outro lado, não é possível entender o n.º 2 do artigo 153.º do CPA como uma obrigação de fundamentação em “modo alfaiate”, imponto à Administração o ónus de perceber as condições do destinatário da decisão. Assim, se o destinatário do ato tem dificuldades de percepção ou cognição – desconhecidas pela Administração – e, por isso, é incapaz de compreender o ato que lhe foi dirigido, não nos parece defensável sugerir a aplicação do n.º 2 do artigo 153.º do CPA, quando um cidadão médio, normalmente informado e esclarecido, compreenderia perfeitamente o sentido, conteúdo e alcance do mesmo ato²⁵¹.

“A fundamentação é um conceito relativo que varia em função do tipo de acto e das respetivas circunstâncias e ainda da específica situação do destinatário, considerado este como destinatário normal”. Também o Acórdão do STA, de 12/04/2005 (Proc. n.º 6/04), em que se diz “É que, convenhamos, a concretização do grau de densificação do dever de fundamentar está dependente de vários factores, designadamente, do tipo e da natureza do acto em questão, ponto é que, obviamente, em qualquer das situações sejam patentes, a um destinatário normal, as razões pelas quais se decidiu num determinado sentido, devendo explicitar-se os motivos de facto e de direito que levaram à decisão tomada, tudo isto mediante a adução de fundamentos claros e suficientes, que não permitam qualquer dúvida, legítima e razoável, sobre os reais motivos em que a Entidade em causa se pretendeu basear”. In FERNANDO GONÇALVES, et. al., *op. cit.*, p. 430.

²⁵⁰ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 236.

²⁵¹ Diferentemente, poderíamos entender, seria o caso de o ato em causa só poder ser praticado relativamente a pessoas com condição que impeça a compreensão de um discurso mais formal ou elaborado, circunstância que deverá obrigar a Administração a utilizar os meios ao seu dispor para tornar a fundamentação mais clara.

Seja como for, o dever fundamentação concilia requisitos formais – declarada e sucinta – a requisitos materiais ou de conteúdo – clara, lógica e necessária – a que se associada um conjunto de potenciais vícios ou fundamentos de invalidade que, na esmagadora maioria dos casos, implica uma apreciação casuística.

Alguma doutrina distingue, ainda, outras noções relevantes relativas à fundamentação, como é o caso dos *motivos* e dos *pressupostos*. Assim, por todos, DAVID DUARTE entende que os motivos “consubstanciam o modo como é efetuada a valoração dos interesses em jogo no contexto decisório”²⁵² Já os pressupostos da decisão, “reconduzem-se às condições de operatividade da estatuição da norma, isto é, às condições de aplicabilidade do comando jurídico”²⁵³ Em todo o caso, como denota o mesmo autor, relevante é a “exteriorização destes momentos lógicos no processo decisório, não se confundindo a sua realidade na construção da decisão com a narrativa externa, que transporta do interior da decisão para o exterior a sua existência”²⁵⁴. Verificamos, portanto, que a fundamentação assume particular relevância da sua exteriorização²⁵⁵, enquanto elemento do ato administrativo. Assim, não podemos deixar de notar, com interesse para a presente dissertação, que a exteriorização, isto é, a integração da fundamentação no ato administrativo, enquanto estrutura de suporte à decisão de fundo, tem consequências, ainda que a título de requisito, nos atos administrativos automatizados.

Vistos os requisitos de forma e de conteúdo, entendemos da máxima importância, até pelo tema de fundo da nossa dissertação, atender ao momento, ao tempo, da produção da fundamentação, em especial, a sua concomitância ao ato administrativo.

²⁵² DAVID DUARTE, *op. cit.*, p. 187.

²⁵³ *Ibidem*. O autor distingue, também, os pressupostos jurídicos dos pressupostos fáticos: “ ao abrigo do primeiro tipo de pressupostos, estão em causa os elementos que compõem a previsão da norma e com os quais não só se faz depender a susceptibilidade da produção dos seus efeitos, como, ao mesmo tempo, se vem delimitar o âmbito material da produção desses efeitos. (...)O segundo tipo de pressupostos, os pressupostos fáticos, dizem respeito à verificação de determinadas ocorrências do mundo real, ocorrências que permitem, por via da sua relação directa de integração com os pressupostos jurídicos, a legítima operatividade dos efeitos a desencadear”

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 188. Em idêntico sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 231.

²⁵⁵ Questão diversa será a da comunicação da decisão e da respetiva fundamentação, que assume uma condição de eficácia da mesma e não de validade do ato administrativo. Nesse sentido e mais detalhadamente, cfr. DAVID DUARTE, *op. cit.*, p. 189.

3.1.2.4. Em especial, a concomitância

Aos requisitos de forma e de conteúdo que tivemos oportunidade de densificar nos pontos anteriores, devemos, ainda, juntar os pressupostos temporais da fundamentação. De facto, não importa, apenas, saber a forma e o conteúdo da fundamentação, mas também o *momento* em que esta deve surgir.

Os artigos 152.º e 153.º do CPA, entretanto tratados, não dispõem de norma expressa sobre o tempo da fundamentação, pese embora, tal sentido possa ser retirado por interpretação, ainda que *a contrario sensu*. Na verdade, o n.º 1 do artigo 152.º do CPA estabelece que a fundamentação por declaração de concordância implica que os documentos com os quais concorda o órgão decisor, passam a fazer parte do ato administrativo. Ora, tal obrigação implica, portanto, que a fundamentação é, a princípio, contemporânea, do próprio ato.

Ainda assim, parece-nos, que a norma expressa seria redundante, pelo concurso sistemático de duas normas do Código do Procedimento Administrativo: os artigos 151.º e 154.º. Nesses termos, pela al. d) do n.º 1 do artigo 151.º do CPA, deve constar do ato administrativo a própria fundamentação, quando exigível²⁵⁶; já pelo artigo 154.º do CPA, não só a fundamentação – que não conste de ata – deve ser reduzida a escrita e comunicada integralmente aos interessados, como a falta de requerimento destes não obsta à produção dos efeitos de “eventual falta de fundamentação do ato”.

É particularmente relevante o comentário de ESTEVES DE OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES e PACHECO AMORIM a este propósito, ainda que por referência à redação semelhante do n.º 1 do artigo 126.º do CPA de 1991: “A estatuição desta norma não dispensa a exigência da fundamentação do acto oral ser contemporânea deste, sob pena de invalidade – suprível pela invocação posterior da sua motivação, a título de ratificação de um acto ilegal.”²⁵⁷ A doutrina citada assume, como resulta das normas já referidas, que a fundamentação é obrigatoriamente concomitante ou contemporânea do ato

²⁵⁶ Questão pertinente é a de saber se tal não se aplicará, necessariamente, aos atos cuja fundamentação seja facultativa, mas a entidade administrativa tenha decidido fundamentar a sua decisão. Pensemos, por exemplo, num ato administrativo que decida favoravelmente à pretensão do interessado, mas a Administração sinta necessidade de fundamentar a sua tomada de posição, porquanto poderia não ser um ato vinculado. ESTEVES DE OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES, PACHECO AMORIM, defendem que, tendencialmente, a resposta será positiva. Cfr. *op. cit.*, p. 592.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 607.

administrativo e não um *iter* que possa dele ser descontextualizado ou integralmente separado.

Em idêntico sentido, também a jurisprudência tem afirmado a necessidade da concomitância ou contemporaneidade da fundamentação ao ato administrativo a que corresponde. A título de exemplo, o Supremo Tribunal Administrativo (STA), afirmou categoricamente que “Esse dever impõe a fundamentação contemporânea do acto por só assim os motivos invocados constituírem um antecedente lógico do decidido”²⁵⁸. De forma ainda mais clara, desconsiderando os argumentos aduzidos após o ato, o mesmo STA veio decidir que a “fundamentação tem de ser contemporânea do acto e constar dele, ou seja, tem de ser contextual, sendo irrelevantes os elementos que, com esses objectivos, sejam invocados *a posteriori* pela Administração”²⁵⁹. Também o Tribunal Central Administrativo Norte, entendeu que a “fundamentação do ato administrativo deve ser expressa, o que implica que só é válida a fundamentação contextual, ou seja, a que se integra no próprio ato e dele é contemporânea”²⁶⁰.

A doutrina e jurisprudência debatem a possibilidade de a Administração vir a apresentar fundamentos das suas decisões em momento ulterior ao da prática do ato. Nesse sentido, VIEIRA DE ANDRADE, embora reconhecendo que “a manifestação posterior de fundamentos não pretenderá ser vista como uma forma alternativa de cumprimento do dever de fundamentação num sistema em que este só se satisfaz com uma declaração contextual do autor do ato”, coloca a hipótese da *sanação* do vício de forma originário²⁶¹. De facto, é diferente a discussão em torno da possibilidade de fundamentar o ato em momento ulterior – como, desde logo, ocorre para os atos orais, nos termos do artigo 154.º do CPA – dos casos em que se produz a *sanação* de um vício de ausência de fundamen-

²⁵⁸ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 08/06/1993 (Proc. n.º 031839). Disponível em <https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/-/99C5CD2806920B10802568FC0038E7BF>. (consulta feita em 01/08/2024). Confirmando o já decidido e mais recentemente, o Acórdão do mesmo STA, de 02/02/2022 (Proc. n.º 03014/11.1BEPRT). Disponível em <https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/0adc4c139779277b802587e00041fc20?OpenDocument&ExpandSection=1>. (Consulta feita em 01/08/2024).

²⁵⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 14/06/2000 (Proc. n.º 045029). Disponível em <https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a38caf936010b4f48025699a0050dea2?OpenDocument> (consulta feita em 01/08/2024).

²⁶⁰ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 19/12/2014 (Proc. n.º 02841/12.7BEPRT). Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/-/7DD40F049FA5CB9580257E140056F657>. (consulta feita em 01/08/2024).

²⁶¹ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 294.

tação - a que equivalerá a sua obscuridade, contradição ou insuficiência. Podemos distinguir, também, os casos de retificação do ato administrativo – atualmente regulada no artigo 174.º do CPA.

VIEIRA DE ANDRADE distingue os casos de fundamentação ulterior, da alteração de fundamentos, na medida em que a “substituição de fundamentos, sobretudo quando esteja em causa uma fundamentação formalmente correcta, não visando por isso sanar um vício de forma, ao contrário do que se passa com a fundamentação posterior”²⁶². Trata-se, por conseguinte, de “resolver o problema que resulta da invocação inicial de fundamentos errados, falso ou inconvenientes, que podem levar à anulação do acto por vício substancial”²⁶³. As situações apresentam-se como diametralmente opostas já que a alteração ou substituição da fundamentação releva para a potencial sanção de ato viciado materialmente, já que o vício respeita aos pressupostos erróneos da decisão administrativa, ainda que a decisão se mantenha mesmo após a sanção; já a fundamentação ulterior constitui um vício de forma, em que é relevante apurar se a Administração poderá aduzir ou manifestar a fundamentação de um ato que não exteriorizou contemporaneamente ao ato a que respeita.

Só será verdadeira fundamentação ulterior – e por isso autêntico incumprimento do dever de fundamentação – esta última hipótese em que a Administração não oferece quaisquer fundamentos, ainda que deles disponha, mas pretende vir depois a juntá-los²⁶⁴, nomeadamente após a reação dos interessados. Para o autor citado e quanto à fundamentação ulterior, “(...) na falta de lei expressa, só pode ser admitida no quadro da *convalidação* do acto administrativo, isto é, quando se ponha a questão de saber se e em que termos se admite que a Administração, através de um acto administrativo de segundo grau, venha sanar do vício de forma o acto originário, fornecendo-lhe a fundamentação concreta que lhe faltava”²⁶⁵.

Os vícios formais da fundamentação podem justificar um tratamento específico já que têm merecido particular atenção da doutrina e da jurisprudência, nacionais e internacionais²⁶⁶. Em Portugal, a jurisprudência tem demonstrado acolhimento, em alguns casos, à

²⁶² *Ibidem*, p. 296.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ O que não deve ser confundido com as situações de urgência no ato administrativo.

²⁶⁵ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 300.

²⁶⁶ Mais detalhadamente, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 301 e ss.

ratificação-sanação dos atos administrativos, por falta de fundamentação²⁶⁷. No mesmo sentido e, ainda, VIEIRA DE ANDRADE entende não ser de excluir a possibilidade de “convalidação do acto por fundamentação sucessiva”, desde que dentro de “certas condições e dentro de determinados limites”, a saber, “os fundamentos aduzidos não podem ser novos, no duplo sentido de que não podem ser posteriores nem estranhos à prática do acto originário”; e não afetem as “garantias de defesa do particular”²⁶⁸.

Seja como for, parece claro que a dificuldade de enquadrar, conforme demonstrado, a possibilidade de sanar um ato viciado, material ou formalmente, por preterição ou insuficiência do dever de fundamentação, resulta da sua fundamental concomitância ao ato administrativo a que respeita.

Enquanto instrumento revelador de um *iter* lógico fundacional da ponderação dos factos e do Direito elaborado pelo órgão decisor, não pode ser exteriorizado em outro momento que não o próprio ato a que respeita. Enquanto garantia, o dever de fundamentação exige que os destinatários do ato possam conhecer não só o como, mas também o porquê de determinada decisão. O Estado de Direito democrático exige uma Administração transparente e disponível a dar conta da sua atividade, evitando “tiques paternalistas” fugidios à explicação das próprias decisões.

A fundamentação deve, em suma, ser expressa, sucinta, clara, congruente, exata e concomitante ao ato. Tais requisitos, formais e materiais, uma vez preteridos, podem determinar, nos casos graves de preterição de direitos e interesses legalmente protegidos, a nulidade dos atos com as demais consequências. Ora, como desde já se vê, esta apreciação, tantas vezes casuística, poderá ganhar uma complexidade crescente – ou mesmo exponencial – nos casos de automação da vontade administrativa, como se tratará no capítulo seguinte.

²⁶⁷ Nesse sentido, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 06/03/2015 (proc. n.º 03085/09.0BEPRT). Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/-/0D2B674025B6750A80257E57004DEBE9>. (consulta feita em 09/08/2024).

²⁶⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 302-303.

CAPÍTULO III – Conciliar o futuro com o presente: requisitos da automação na vontade administrativa

1 - Os desafios da automatização na fundamentação dos atos administrativos

O caminho que realizámos até agora permite-nos compreender a especial complexidade dos temas da automação no direito administrativo e, em especial, no tangente aos atos administrativos, numa época da “Administração 4.0”²⁶⁹.

Como tivemos oportunidade de analisar, a automação é, para os fins do presente estudo, o recurso a mecanismos tecnológicos que permitem assegurar os resultados da atividade administrativa, os seus fins, com o mínimo de intervenção humana²⁷⁰. A intervenção humana pode, de facto, ser reduzida a um mínimo – muitas vezes apenas enquanto supervisão, controlo ou auditoria do funcionamento da solução tecnológica – que torna o resultado alcançado algo que só ficcionalmente pertence ao humano e cuja autoria apenas presuntivamente se pode atribuir a uma pessoa. Há, portanto, uma “delegação”²⁷¹ ou atribuição da incumbência prática de alcançar determinado objetivo ou de assegurar determinado resultado, por conta do órgão decisor.

Na prática, os limites, mais do que jurídicos, são os da própria tecnologia. Foi assim mesmo com o caso de estudo que analisámos *supra*²⁷². Pudemos verificar como a tecnologia permite a substituição da ação humana, realizando integralmente um concurso de

²⁶⁹ Nesse sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regime jurídico da Administração Pública eletrónica (tópicos)”, *cit.*, p. 955.

O autor apresente um claríssimo resumo da evolução da atividade administrativa na relação com a tecnologia:

“Vivemos na época da *Administração 4.0* ou *Administração Pública de 4.ª geração* – a primeira geração, do Século XX, era a da Administração que usava o papel e a máquina de escrever, a segunda foi o tempo da Administração coadjuvada pelo computador, pelo processador de texto e por técnicas mais evoluídas de telecomunicação, que permitiam a transmissão a distância de conteúdos de documentos (v.g., *o telefax*); a terceira geração, que começou a desenvolver-se de uma forma mais consistente nos últimos anos do Século XXI, distinguiu-se pela disseminação, no espaço administrativo, dos processos de digitalização (v.g., serviços públicos digitais, plataformas eletrónicas, portais eletrónicos) e de integral desmaterialização de dados, viabilizados pela utilização generalizada da internet no desempenho das missões administrativas; agora, na segunda e terceira décadas do Século XXI, na Era Digital e da “quarta revolução industrial” (“indústria 4.0”) – que é uma revolução *digital* -, as entidades da Administração utilizam, em muita larga medida, processos de automação (ou de automatização) e de interconexão de dados e sofisticados sistemas de tratamento de informação e de produção automatizada de resultados que, num passado não muito distante, apenas poderiam ser produzidos pela inteligência humana: (...)”.

²⁷⁰ Assim, ponto 2.1. do Capítulo II.

²⁷¹ Fala-se, a este propósito, de uma “ciberdelegação”. Assim, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regime jurídico da Administração Pública eletrónica (tópicos)”, *cit.*, p. 1001.

²⁷² Assim, ponto 1. do Capítulo II.

professores com a análise integrada de múltiplos critérios de determinação de admissão e colocação, em território italiano, de profissionais do ensino. A intervenção humana no procedimento não era claramente descrita – podendo até ser, como o é em muitos casos práticos, realizada por terceiros, colaboradores das empresas/entidades responsáveis pelo desenvolvimento do algoritmo – pelo que há aqui a hipótese de o algoritmo ser responsável pela totalidade do juízo valorativo dos elementos instrutórios trazidos ao procedimento, limitando-se a entidade administrativa a notificar os resultados.

Basta uma consulta ao Portal Base²⁷³, para verificar que estão registados mais de setenta contratos públicos relativos a algoritmos, mais de três mil e quinhentos com referência a automação e cerca de trezentos e trinta sobre automatização. A automação, nas suas múltiplas formas e soluções tecnológicas, é uma realidade da Administração Pública e impacta direta ou indiretamente muitos dos procedimentos tramitados e, nessa medida, a vida da maioria dos interessados que diariamente contactam com a Administração.

Sem prejuízo, como verificámos quanto ao dever de fundamentação dos atos administrativos, os requisitos tendem a reportar-se ao concreto do ato, aos seus fundamentos e circunstâncias, o que parece ser contrário a uma ideia de massificação da atividade administrativa, através da substituição funcional de agentes por tecnologia. Claro que o Direito sempre dará resposta às questões novas e permitirá a aplicação atualizada e atualista das regras e princípios vigentes. Como também se viu, o direito administrativo integrou já regras específicas para uma administração eletrónica e para modos de relação com os interessados no mundo digital²⁷⁴. Tal ideia, poderia permitir dizer, como CARLA COSTA, que “operando o programa informático sob as condições impostas pela autoridade administrativa, e nos limites por ela estabelecidos, é forçoso concluir que “a administração não deixa de ser o «dominus» do procedimento”. De facto, ainda que a tramitação do procedimento seja conduzida por uma máquina, ela permanece ancorada às instruções previamente fornecidas pela Administração”²⁷⁵.

²⁷³ Disponível em <https://www.base.gov.pt/Base4/pt/>. Dados obtidos na consulta feita em 11/08/2024. Pudemos verificar, ainda, cerca de noventa contratos sobre Inteligência Artificial.

²⁷⁴ Assim, pontos 1.1. e 1.2. do Capítulo II.

²⁷⁵ CARLA SOFIA MARQUES DA COSTA, “Os reflexos da automatização da Administração Pública na sua responsabilidade”, Universidade Católica Portuguesa, 2020, p. 17. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/37651/1/202610055.pdf> (consulta feita em 09/08/2024).

Na verdade, seria possível assumir a ideia de que a adoção de mecanismos de automação pela Administração, seria o suficiente para condicionar o resultado do automatismo, já que a submissão voluntária de informação determinaria, numa lógica de causa efeito, o resultado potencial²⁷⁶. Pese embora o objeto da presente dissertação não seja a automação em geral, parece-nos inegável que o raciocínio acabado de formular arrasta consigo uma pluralidade de “se’s” ou condicionantes presumidas, demasiado importantes para não merecerem especial atenção do legislador. É que a automação referenciada, permite que os interessados não interajam diretamente com a Administração – apenas presumidamente – mas com o mecanismo tecnológico, sem qualquer controlo ou conhecimento prévio daquela. Presume-se que – nas circunstâncias de aquisição e/ou disponibilização dos mecanismos tecnológicos por terceiros – a Administração elaborou as peças do procedimento com tal detalhe que vinculou o algoritmo a um funcionamento correto ou, em alternativa, disponibilizou ao executor os comandos operacionais e requisitos funcionais necessários.

Ora, o efetivo controlo do procedimento e, nos casos em que tal se verifica, do algoritmo responsável pela sua concretização, não é algo que se possa presumir ou simplesmente negligenciar. Na verdade, a influência das orientações necessárias ao bom funcionamento do algoritmo não é tão relevante nos atos administrativos vinculados – em que a lógica dedutiva causa-efeito, decorre da própria lei (uma vez verificado determinado requisito, o ato deve ser praticado com o seguinte conteúdo) – podendo assumir uma maior preponderância nos atos discricionários²⁷⁷, já que o automatismo substituirá o órgão decisor em algum momento, desde logo na própria decisão. Em todo o caso, a inter-

²⁷⁶ Também nesse sentido, CARLA COSTA, *op. cit.*, p. 17. Afirma a autora que “Nesta fase, a autoridade administrativa «procede já à subsunção dos factos concretos nos pressupostos previstos na norma», especificando que, mediante a verificação de certo circunstancialismo – input –, o software deverá enveredar por uma determinada conclusão – output. Assim, é a Administração quem, ao introduzir na máquina a matéria necessária à tomada da decisão – conduta humana voluntária –, determina, numa lógica de “se x então y”, a decisão que será posteriormente emitida pela mesma”.

²⁷⁷ PEDRO COSTA GONÇALVES distingue duas categorias de atos administrativos totalmente automatizados, a saber: “por um lado, a dos atos produzidos por meios eletrónicos que atuam com base nas instruções contidas num programa informático e produzem necessariamente os resultados antecipadamente definidos por *algoritmos determinísticos*; por outro lado, a dos atos produzidos por *algoritmos não determinísticos* e por um software de inteligência artificial, capaz de fazer, por si mesmo, o tratamento automatizado de dado complexos e de – por identificação de padrões e de realização de correlações – proceder à escolha do sentido e do conteúdo de uma decisão”. Cfr. “Regime Jurídico da Administração Pública Eletrónica (tópicos)”, *cit.*, p. 995.

venção da Administração é da máxima importância *a posteriori*, na avaliação da conformidade do funcionamento do algoritmo a partir dos requisitos legais ou regulamentares aplicáveis. Adiante, como se verá, o Regulamento para a Inteligência Artificial, parece implicar a garantia de um efetivo controlo procedimental pela Administração, enquanto responsável pela implementação.

Previamente ao desenvolvimento dos algoritmos, pesam outros fatores, como a definição dos requisitos tecnológicos, do fornecedor, dos dados de treino e de teste associados ao algoritmo, dos períodos de teste, dos níveis de supervisão humana, entre outros. Achar que o software ou o algoritmo se comporta de forma mecânica, repetindo ilimitadamente uma tarefa, poderá constituir uma visão ingénuo da tecnologia. Como se verá no ponto seguinte, circunstâncias como a opacidade dos algoritmos, as “caixas negras”, as “alucinações” algorítmicas, a constituição de vícios a partir da deficiência ou insuficiência dos dados de treino, não permitem afirmar – pelo contrário, obrigam ao seu contrário – que a Administração tenha um efetivo controlo do funcionamento tecnológico. Como se viu no caso de estudo da *sentenza* italiana, verifica-se que a Administração não conseguiu, nem *a posteriori*, justificar as decisões praticadas pelo algoritmo já que o mesmo funciona de forma opaca aos olhos do decisor administrativo²⁷⁸. Em complemento, embora pareça evidente, o recurso à tecnologia na decisão administrativa deve – salvo intervenção legal em sentido contrário – assegurar os mesmos requisitos, pressupostos e condicionantes da decisão praticada mediante ação humana²⁷⁹. A emissão automatizada não fica, por isso, dispensada da fundamentação do ato administrativo, apenas porque foi emitido tecnologicamente, nem se pode bastar com a remissão para uma lista de potenciais fundamentos de recusa da pretensão, ficando a cargo do interessado “adivinhar” qual é o aplicável à sua situação concreta.

A automação da atividade administrativa deve ser lida, hoje, a par do debate sobre os novos direitos digitais ou a influência do mundo digital nos direitos fundamentais²⁸⁰. De

²⁷⁸ Não será uma presunção excessiva, quando, por exemplo, um ato certificativo de domicílio fiscal no Portal das Finanças pode ser emitido durante a madrugada e no mesmo é aposta a assinatura do chefe de finanças da área da residência. Pode ir o conceito de vontade funcional de tal modo longe, que permite presumir a vontade do órgão na prática daquele ato – e a sua inerente responsabilização – quando o titular do mesmo estaria, presumivelmente, a dormir?

²⁷⁹ É o que já resulta, hoje, do n.º 3 do artigo 14.º do CPA.

²⁸⁰ Nesse sentido, interessa o estudo de ANABELA COSTA LEÃO, “Algumas notas sobre direitos fundamentais, transformação digital e inteligência artificial”, in MARIA RAQUEL GUIMARÃES, RUTE TEIXEIRA PEDRO (Coord.), *Direito e Inteligência Artificial*, Almedina, 2023, pp. 19-27.

facto, as garantias dos interessados são aqui, também, modos de concretização de direitos fundamentais, ainda que de natureza procedimental. Os referidos direitos podem traduzir-se, no concreto, em “deveres que recaem sobre o Estado legislador, mas também sobre o Estado administrador ou, mais amplamente, sobre os poderes públicos estaduais e supra-estaduais no desempenho de funções legislativas ou administrativas, sendo neste contexto relevante a chamada «reserva do possível», aqui também «reserva do tecnologicamente possível»”²⁸¹.

Assinalamos, por fim, que talvez ocorra com a automação das decisões administrativas, hoje, o mesmo que motivou os desenvolvimentos jurídicos ao redor do dever de fundamentação, enquanto decorrências lógicas do Estado de Direito democrático: urge o desenvolvimento de novos princípios e regras aplicáveis a um “novo mundo” que, de variados modos, penetra a atividade administrativa. De facto, a ideia de completude do Direito poderá estagnar o pensamento crítico da doutrina e da jurisprudência a uma frequente remissão para as regras ou categorias já existentes quando o novo circunstancialismo demande um tratamento inteiramente novo. É que, como parece evidente, a plenitude do sistema jurídica não apaga a necessidade de intervir legislativa ou regulamentarmente quando a realidade exige uma nova ponderação. Como já vimos, os princípios e regras aplicáveis em matéria de administração eletrónica, de procedimento eletrónico, ou mesmo de balcão único, ficam aquém do que significa uma efetiva transferência de funções para uma “máquina”. Há uma espécie de co-consciência imanente que induz a concluir que à ideia de Administração eletrónica está subjacente o recurso a meios de comunicação e arquivo eletrónicos, que facilitem o acesso e comunicação de e com os interessados.

Não parece, todavia, salvo numa interpretação bondosa e extremamente atualista, que as regras decorrentes do Código do Procedimento Administrativo tivessem, no seu âmago, pressuposto o recurso às tecnologias mais disruptivas e autónomas disponibilizadas pelo mercado digital. De facto, do escurso que tivemos oportunidade de realizar nos dois capítulos antecedentes, verifica-se até uma crítica doutrinária ao muito para além que poderia ter ido o legislador jusadministrativista na definição de um procedimento digital com aproveitamento das potencialidades da tecnologia já disponível.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 26.

Concordamos com BÁRBARA MAGALHÃES, na conclusão de que os sistemas de IA em geral contribuem decisivamente para a concretização dos princípios estruturantes da atividade administrativa, desde logo os previstos no artigo 267.º da CRP²⁸². No entanto, como denota e considerando a natureza garantística do 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”²⁸³.

Assiste, por isso, razão à mesma autora, quando conclui que “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”²⁸⁴.

É nesse sentido, que alguma doutrina²⁸⁵ aponta a possível fundamentação dos atos automatizados por recurso à norma do n.º 3 do artigo 153.º do CPA – que já analisámos criticamente – permitindo que na “resolução de assuntos da mesma natureza, pode utilizar-se qualquer meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que tal não envolva diminuição das garantias dos interessados”. Ora, embora se remeta este instrumento para os casos dos atos vinculados, operando-se a auto vinculação da Administração que assume o compromisso de fazer corresponder determinado resultado à verificação de pressupostos pré-determinados, certo é que a aplicação de tal normativo aos atos automatizados poderá ser excessivo. Como resultado da letra do n.º 3 do artigo 153.º, estando em causa *assuntos da mesma natureza*, permite-se o recurso a um *meio mecânico* e não, como estaria em causa na automação, meios eletrónicos ou digitais. Parece-nos, por conseguinte, que a letra do normativo citado limita qualquer resultado hermenêutico

²⁸² BÁRBARA MAGALHÃES. “Desafios da Inteligência Artificial nas Garantias dos Direito e Processo Administrativo”, in *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, p. 246. Disponível em, <https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/view/97/151/2095-1>. (Consulta feita em 10/08/2024).

²⁸³ *Ibidem*, p. 247.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ *Ibidem*, pp. 254-255.

que queira ler uma norma geral de automação da fundamentação, sem mais. De facto, para que o n.º 3 do artigo 153.º do CPA pudesse ser aqui aplicado, numa lógica de auto vinculação, seria necessário que os assuntos fossem em tudo idênticos – procedimentos em massa – e a fundamentação suficiente se bastasse com uma formulação tipo, repetida por defeito. Onde tal ocorra, parece mais do âmbito da problematização académica do que da realidade.

Consideramos que a fundamentação dos atos administrativos numa perspetiva de automação da formação e manifestação da vontade administrativa, deve atender a alguns desafios, a saber: (i) a questão da transparência e da imparcialidade na formação dos atos automatizados e a sua manifestação em fundamentação expressa e suficiente; (ii) a relação entre a eficiência da atividade administrativa e os limites decorrentes das garantias dos interessados; (iii) o potencial alargamento do dever de fundamentação para acomodar o direito à explicação ou à informação decorrente do RGPD e do Regulamento para a Inteligência Artificial²⁸⁶.

Questão diversa, será a de equacionar a possível dispensa do dever de fundamentação ou a diminuição da intensidade com que esta se possa apresentar procedimentalmente, por razões imperiosas de eficiência administrativa. Levanta-se, portanto, a potencial imposição dos imperativos de redução de tempo e recursos despendidos com as formalidades administrativas, utilizando como principal razão os argumentos economicistas subjacentes. Seria, assim parece, uma leitura atualista e lata da “reserva do possível”, aplicável em matéria jusfundamental.

O debate não foi alheio, por exemplo ao estudo de VIEIRA DE ANDRADE que, diretamente, questionou “em que medida o valor que representa a satisfação eficiente das

²⁸⁶ Outras questões poderiam ser levantadas, desde logo, quanto aos novos vícios emergentes da atividade administrativa automatizada e decorrentes de falha da máquina, mas que não relevam para o nosso estudo; ou os impactos de tais vícios e danos por estes provocados, em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado, já que, como é sabido, por força do artigo n.º 1 do artigo 7.º do Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, anexo à Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, “o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos **que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes**, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.” (negrito nosso).

Em idêntico sentido, o n.º 1 do artigo 10.º do mesmo regime dispõe que a “culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor”.

necessidades públicas pode ser invocado contra o dever de fundamentação dos actos administrativos”²⁸⁷. Como reflete o mesmo autor, “a eficiência não é uma condição de facto, mas uma categoria jurídica que se vê envolvida com outros valores e bens juridicamente relevantes, em diferentes situações e proporções, e por diversos modos, na variedade quase infinita que oferece o panorama da intervenção administrativa nas sociedades técnicas”.²⁸⁸

A confluência de valores e bens que se entrecruzam com a eficiência administrativa, confere ao legislador faculdades de conformação das relações jurídico-administrativas, atendendo às “exigências de celeridade e de simplicidade da actuação administrativa (...)”²⁸⁹. Ora, o pensamento de VIEIRA DE ANDRADE, no período em foi escrito, concluía “a fundamentação do acto, além de não ter custos económicos, produz em geral um efeito de eficiência, já que, sendo apta a convencer os particulares e a clarificar o sentido das decisões, contribuirá normalmente para evitar reclamações e recursos, dúvidas de aplicação, e, mesmo, os erros ou deficiências da própria decisão (...)”²⁹⁰.

Havendo diversos casos de pretensa ou possível *impraticabilidade* da fundamentação – como o caso dos atos orais, colegiais ou motivados por urgência –, interessa-nos a discussão em torno dos atos de massas ou em série. De facto, nas circunstâncias em que a atividade administrativa assume um carácter massificado, em que a Administração é chamada a praticar atos sobre uma pluralidade considerável de casos do mesmo género, tem sido admitido o agrupamento de tais casos por grupos ou características, reconduzindo a fundamentação a estes. Assim, “este processo de *automação* implica também, em particular no que respeita ao apuramento da matéria de facto, a adopção de fórmulas e formulários que suportem a estandardização das situações que vão ser objecto de decisão administrativa”²⁹¹.

Ainda assim, os casos de automação que motivaram a doutrina citada, são apenas as circunstâncias de repetição casuística, isto é, de decisões sobre casos semelhantes e com um nível de parametrização crescente. Não obstante, a automação de que temos vindo a tratar, vai muito para além disso, já que é possível aplicar-se a uma pluralidade de casos

²⁸⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 139.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 140.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 141.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 142.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 152.

distintos e sem conexão. É, nesse sentido, uma transparência tecnológica da atuação administrativa.

Vale, mesmo assim, a crítica de VIEIRA DE ANDRADE, formulada àqueles primeiros casos de automação: “(...) a simplificação desperta muitas dúvidas e enfrenta fortes críticas da doutrina, por implicar um déficit de legalidade ou de juridicidade. Na realidade, a Administração abstém-se de «esgotar o potencial e diferenciação da norma», ou visto por outros prismas, não realiza um «exame particular das circunstâncias relevantes, violando o princípio da imparcialidade, não exerce os poderes discricionários que a lei lhe concede»²⁹².

As circunstâncias da automação, ainda que sob a pressão da eficiência e da redução do peso financeiro, não podem implicar uma renúncia à própria atividade administrativa e ao dever de apreciar as circunstâncias do caso concreto. A simplificação exigida, não pode subtrair à Administração o dever de, mesmo no caso de remissão para decisões anteriores ou para decisões massificadas, explicar quais as circunstâncias do caso concreto que permitem tal remissão. Em todo o caso, a simplificação possível pela automação disponível hodiernamente, pode auxiliar mais do que a simples repetição mecânica de formulários pré-definidos. Com os mecanismos de IA adequados e atentas as medidas organizativas necessárias, é possível obter propostas de fundamentação e análise crítica de elementos instrutórios que aceleram a atuação administrativa. O segredo não parece, portanto, ser o da destruição ou compressão do dever de fundamentação, mas o aproveitamento da tecnologia para o facilitar e melhorar²⁹³.

Parece-nos inevitável, pelo que se disse e sem qualquer catastrofismo associado, repensar se não existirá uma obrigação sobre o legislador de intervir, desde logo no CPA, para acomodar os desafios mencionados ou se as regras atualmente vigentes gozam da elasticidade ou adaptabilidade suficientes²⁹⁴.

Em todo o caso, bastará a confrontação com os requisitos formais, materiais e temporais da fundamentação dos atos administrativos, para se verificar a complexidade a que a

²⁹² *Ibidem*, p. 153.

²⁹³ Ainda que por adoção de conteúdos mais genéricos ou arrazoados menos formais, desde que tal não implique o dever de apreciação das circunstâncias do caso concreto.

²⁹⁴ Nesse sentido, referindo claramente a “extrema urgência” de uma revisão do CPA e “respetiva inclusão da regulamentação do procedimento automatizado”, BÁRBARA MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 256.

Em sentido mais abrangente, no campo dos direitos fundamentais na era digital e sobre a necessidade de regulação destes no campo dos poderes públicos e na ação dos privados, cfr., ANABELA COSTA LEÃO, *op. cit.*, pp. 29-34.

automação não pode deixar de responder. A automação, na sua dimensão tecnologia, deve acautelar a concretização e respeito por tudo quanto se disse, sob pena de prejuízo das garantias dos interessados.

1.1. A questão da transparência e da imparcialidade

A automatização da vontade administrativa, em especial quanto à fundamentação, implica especiais considerações em matéria de transparência e de imparcialidade. Como tivemos oportunidade de referir em diversos momentos do nosso estudo, a transparência das decisões administrativas é, não só uma decorrência do Estado de Direito democrático, mas também um modo concreto de participação dos interessados no procedimento, através do conhecimento dos pressupostos e juízos subjacentes às decisões que lhes digam respeito.

1.1.1. A transparência

É, precisamente, nesse domínio, que o n.º 1 do artigo 14.º do CPA refere expressamente que “[o]s órgãos e serviços da Administração Pública devem utilizar meios eletrónicos no desempenho da sua atividade, de modo a promover a eficiência e a transparência administrativas e a proximidade com os interessados”. Parece-nos fácil de deduzir, não só a *ratio legis*, mas também a *mens legislatoris*, já que a tecnologia permite incrementar o nível de conhecimento e escrutínio dos elementos carreados ao procedimento e a sua ponderação na decisão final.

O conceito de transparência assume uma “marcada polissemia”,²⁹⁵ podendo revestir diferentes características ou absorver um conjunto de outros conceitos mais específicos. Na verdade, a ideia de transparência é variável em função do campo do saber a que se aplica. Referindo-se à Administração, “es una gran metáfora, pues la transparencia en sí misma es solamente una propiedad física de los cuerpos. Cuando utilizamos la expresión “transparencia administrativa” estamos en realidad expresando una cierta idea de cómo

²⁹⁵ Nesse sentido, LORENZO COTINO HUESO, “Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial y “compañía” (comunicación, interpretabilidad, inteligibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad...). Para qué, para quién y cuánta”, in LORENZO COTINO HUESO, JORGE CASTELLANOS CLARAMUNT, *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, titant lo blanch, valencia, 2022, p. 25.

debe ser”²⁹⁶. A transparência tem um conteúdo instrumental em relação às finalidades que se visam alcançar e, no tangente à IA na atividade administrativa, “forma parte de diversos derechos que reconocen diversos contenidos de la transparencia (derecho de acceso a la información pública, debido proceso, derecho frente actuaciones automatizadas, derecho de acceso de protección de datos, derechos del consumidor, garantías de quienes usan sistemas de IA frente a proveedores o desarrolladores)”²⁹⁷.

Espantaria, como de resto resulta detalhadamente da *sentenza* italiana que analisámos, considerar que a tecnologia tivesse o efeito contrário ao pretendido com a sua introdução no procedimento: garantir a transparência do mesmo. Como se verá, a tecnologia não é, essencialmente, um recurso potenciador da eficiência – como resulta do n.º 3 do mesmo artigo 14.º do CPA – mas um meio – uma ferramenta basilar – ao serviço da proteção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos interessados²⁹⁸. Pelo contrário, podemos dizer que com “a digitalização, a transparência deixou de ser meramente passiva e a legislação tem promovido uma cada vez alargado perímetro e divulgação ativa de informação”²⁹⁹.

Será de recusar, à partida, qualquer solução tecnológica que obrigue à omissão da fundamentação do ato administrativo, para dar lugar a decisão mais célere, ainda que mais opaca e desconhecida dos interessados. Uma decisão célere, mas não fundamentada, é uma decisão *kafkiana* de que dificilmente se pode defender o interessado, no seu duplo sentido: (i) o próprio interessado desconhece os motivos ou pressupostos que fundaram a tomada de posição que lhe foi dirigida e, por isso, não pode atacá-los administrativa ou judicialmente; (ii) os tribunais – e mesmo o órgão hierarquicamente superior, havendo – não podem determinar os fundamentos do ato e nessa medida apreciar da sua legalidade.

É ingénua a ideia de uma “neutralidade” da tecnologia, sempre vantajosa e nunca potenciadora de riscos para as pessoas, como, de resto, mostra o Regulamento para a Inteli-

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 27.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 28.

²⁹⁸ Também nesse sentido, LORENZO COTINO HUESO, *op. cit.*, pp. 29-31. O autor identifica mais de 80 documentos políticos com referência à transparência algorítmica, nomeadamente com referência a conceitos conexos, como a explicabilidade, código aberto, entre outros. Segundo o mesmo, “La transparencia pasa a configurarse como la clave de bóveda y premisa de los principios éticos y garantías jurídicas del uso de la IA. Esencialmente la transparencia es una herramienta básica”.

²⁹⁹ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regime jurídico da Administração Pública eletrónica (tópicos)”, *cit.*, p. 975.

gência Artificial e, já antes deste, o próprio RGPD no seu artigo 22.º. O recurso a algoritmos, em especial, nos processos de decisão automatizada, comportam riscos de transparência já identificados pela doutrina. Assim, REBECCA WILLIAMS e outros, apoiada em diferentes fontes doutrinárias, identifica diferentes riscos do uso de processos algorítmicos ou autónomos de decisão automatizada:

“They can be opaque or invisible (...), they often contain no incentives to check accuracy and often rely on correlation rather than causation (...), they “scale” any existing flaws in a decision-making process (...); they can create pernicious feedback loops (...) in which the system causes precisely the negative effects it is designed to detect, and they can encourage deindividualization and rigidity of decision-making. All of this in combination can lead to an exacerbation and entrenchment of any existing disparities or injustices arising from the information asymmetry between the subject of the ADM system and those operating it (...)”³⁰⁰.

Podemos sintetizar, em tradução nossa, os vícios dos algoritmos, nos seguintes tipos: (i) opacidade ou invisibilidade; (ii) ausência de controlo de qualidade; (iii) modelos assentes em lógicas correlacionais e não causais; (iv) disseminação ou escalabilidade de erros ou falhas do processo decisório; (v) risco de ciclos de resposta perniciosos com produção dos resultados indesejados; (vi) rigidez e desumanização no processo de decisão. Tais riscos, apenas pela descrição, demonstram os danos potenciais do uso de algoritmos sem processos adequados à manutenção das garantias dos interessados. De facto, em especial, no tangente à fundamentação, a opacidade e invisibilidade do seu funcionamento, implica a destruição de mecanismos de defesa e a própria sindicabilidade do ato, desde logo pelo órgão competente para a decisão, tendo a capacidade de afetar direitos fundamentais³⁰¹.

³⁰⁰ REBECCA WILLIAMS, et al., “From transparency to accountability of intelligent systems: Moving beyond aspirations”, in *Data & Policy*, Cambridge University Press, Vol. 4, 7, 2022. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/data-and-policy/article/from-transparency-to-accountability-of-intelligent-systems-moving-beyond-aspirations/E412FF94EC2A293985D414D80415F4AA>. (consulta feita em 13/08/2024).

³⁰¹ Nesse sentido, FRANCESCA PALMIOTTO, “When is a Decision Automated? A taxonomy for a Fundamental Rights Analysis”, in *German Law Journal*, 25(2), 2023, p. 2. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/when-is-a-decision-automated-a-taxonomy-for-a-fundamental-rights-analysis/362AF985585D28E5E762F4FEEF4719B7>. (consulta feita em 13/08/2024).

Claro que os riscos inerentes à utilização de algoritmos não deve aportar nenhuma postura catastrofista, visto que a tecnologia é um processo crescente e a melhoria da qualidade dos instrumentos e resultados é possível, utilizando os meios de auditoria e desenvolvimentos mais adequados. Simplesmente, não podemos aceitar uma perspectiva cegamente otimista que se negue a ver qualquer risco na tecnologia, nem a perspectiva utilitarista que a benefício do progresso tecnológico esteja disposto a sacrificar todos os interesses ou direitos dos cidadãos. Há uma “nova racionalidade algorítmica” que comporta riscos, em especial na utilização pública,³⁰² pelo que a adoção de tais tecnologias não pode ser feita às “cegas”³⁰³.

A transparência é uma decorrência do Estado democrático, não exclusiva das questões tecnológicas, mas transversal a todas as formas de relação entre entidades públicas e os interessados. No sentido tecnológico, transparência pode ser entendida como “the availability of the ADS code with its design documentation, parameters and the learning dataset when the ADS relies on machine learning”³⁰⁴. A transparência associada a tais informações não significa a sua divulgação pública, mas a sua disponibilidade, ainda que a determinadas pessoas ou entidades. A transparência na função administrativa adquire uma dimensão concreta de legalidade, justiça e racionalidade, por contraposição aos riscos de opacidade, invisibilidade (os interessados não sabem que estão a interagir com máquinas) e desconhecimento das próprias máquinas³⁰⁵.

³⁰² ALEJANDRO PARRES GARCÍA, *op. cit.*, p. 92. O autor identifica três grandes grupos de efeitos desfavoráveis de utilização de algoritmos, a saber (p. 89):

- a) “Su aplicación por la Administración pública pudiera lesionar garantías o derechos fundamentales de la ciudadanía, dar lugar a decisiones enfrentadas con la ética, produzcan inequidad en la prestación de servicios públicos, o afecten a la protección de la privacidad de los usuarios; además de las grandes incertidumbres que plantea su legitimidad para predeterminedar las resoluciones de los decisores públicos por los déficits que plantea en trazabilidad y transparencia.
- b) Su implementación en todos los ámbitos de la vida provoque profundos cambios en la sociedad y economía que den lugar a efectos indeseados (situaciones de discriminación, de desempleo, etc.) a los que los Gobiernos deban dar respuestas, en muchos casos inéditas, pese a no ser causantes de dichas transformaciones.
- c) El efecto negativo que para la sostenibilidad medioambiental global tiene el uso masivo de la IA, a reservas de que se avance en el desarrollo de algoritmos de mayor eficiencia.”

³⁰³ *Ibidem*, p. 92.

³⁰⁴ Estudo do Painel para o futuro da ciência e da tecnologia do Parlamento Europeu, “Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges”, p. 6. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2019\)624261](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2019)624261). (consulta feita em 13/08/2024).

³⁰⁵ Nesse sentido, YEE-FUING, et al., “Revitalising public law in a technological era: rights, transparency and administrative justice”, in *UNSW Law Journal*, Vol. 43(3), p. 1052. Disponível

No direito interno, já o artigo 9.º da CPDHED dispõe 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 mesmo sentido, o trabalho recente do National Institute of Standards and Technology (NIST) do U.S. Department of Commerce, identificou como características essenciais da IA confiável, a sua segurança, explicabilidade e interpretabilidade^{306 307}.

Um dos exemplos mais destacados da necessidade de transparência consta do considerando 39 do RGPD: “Deverá ser transparente para as pessoas singulares que os dados pessoais que lhes dizem respeito são recolhidos, utilizados, consultados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento e a medida em que os dados pessoais são ou virão a ser tratados. O princípio da transparência exige que as informações ou comunicações relacionadas com o tratamento desses dados pessoais sejam de fácil acesso e compreensão, e formuladas numa linguagem clara e simples”. Também o n.º 1 do artigo 5.º, define os princípios da licitude, lealdade e transparência e o artigo 12.º, estabelece regras de transparência para o exercício dos direitos pelo titular dos dados.

A transparência, assim reportada em termos genéricos, resulta do fácil acesso à informação, disponibilizada de modo oportuno e gratuitamente. A esse propósito, o texto “Uma política industrial europeia completa no domínio da inteligência artificial e da robótica”, do Parlamento Europeu, de 2019³⁰⁸ salienta, em matéria de “transparência, envolvimento e explicabilidade dos algoritmos”, que “a divulgação do código do computador, por si só, não resolverá a questão da transparência da IA, uma vez que não revelaria os

<https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2020/09/11-NG-ET-AL.pdf#page9>. (consulta feita em 13/08/2024).

Quanto aos riscos possíveis (sistemáticos, riscos estatísticos e computacionais e riscos humanos), *vide*, ALEJANDRO PARRÉS GARCÍA, *op. cit.*, p. 96.

³⁰⁶ CHLOE AUTIO, REVA SCHWARTZ, et. al., NIST AI 600-1, “Artificial Intelligence Risk Management Framework: Generative Artificial Intelligence Profile”, julho de 2024, p. 10. Disponível em <https://doi.org/10.6028/NIST.AI.600-1> (consulta feita em 13/08/2024).

³⁰⁷ A interpretabilidade pode ser definida como a perceptibilidade como é que um sistema de IA funciona, conforme a definição da norma técnica ISO/IEC TR 29119-11:2020(en), ponto 3.1.42. Disponível em <https://cdn.standards.iteh.ai/samples/79016/b0503e1f80344ce4bed0bafbd08f3e1a/ISO-IEC-TR-29119-11-2020.pdf> (consulta feita em 13/08/2024).

³⁰⁸ Disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_PT.html. (consulta feita em 13/08/2024).

enviesamentos inerentes que existem e não explicaria o processo de aprendizagem automática; sublinha que por «transparência» entende-se não só a transparência dos códigos, mas também a transparência dos dados e das decisões automatizadas” (ponto 166).

O uso de mecanismos automatizados de apoio à decisão exige a disponibilização de informação aos interessados de que a entidade está em uso de soluções algorítmicas de apoio ou substituição à decisão, em específico, quanto à sua finalidade e modo como o sistema será utilizado; importará informar o interessado sobre os dados tratados pelo sistema e demais informação relevante sobre a lógica de funcionamento do sistema³⁰⁹. Para LORENZO COTINO HUESO, a transparência algorítmica é um instrumento ou ferramenta de “respecto de los usos públicos de la IA, se incluyen tanto obligaciones de publicidad activa como el derecho de acceso a la información pública, como los son los programas, algoritmos y sistemas de IA y a los registros que deja la actuación automatizada”³¹⁰.

Naturalmente, até por referência ao conceito de destinatário normal a que fizemos alusão sobre o dever de fundamentação, não nos parece plausível qualquer interpretação do princípio de transparência como uma imposição de descrever tecnicamente o funcionamento algorítmico em modos ou linguagem que apenas um técnico especializado pudesse compreender. Será, assim parece, suficiente que o destinatário seja informado sobre o procedimento integrar uma solução automatizada, descrevendo os momentos em que a mesma atuará, quais os dados tratados e respetivas operações de tratamento, bem como quando ao modo de funcionamento do algoritmo³¹¹. Portanto, podemos afirmar que

³⁰⁹ Nesse sentido, REBECCA WILLIAMS, et al., *op. cit.*, p. 5.

³¹⁰ LORENZO COTINO HUESO, *op. cit.*, p. 32.

³¹¹ O princípio da transparência tem sido distinguido de outros conceitos próximos ou afins, como os de inteligibilidade ou interpretabilidade das informações, precisamente para referir a necessidade de se perceber a lógica interna do algoritmo e de tornar a informação compreensível ao destinatário, evitando termos ou conceitos incompreensíveis. Tem sido, também, sugerido o conceito de explicabilidade, embora este possa sobrepor-se aos demais. Nesse sentido, cfr., REBECCA WILLIAMS, et al., *op. cit.*, pp. 5-6. Quanto ao conceito de explicabilidade, *vide* “Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges”, *cit.*, p. 7: “availability of explanations about the ADS. In contrast to transparency, explainability requires the delivery of information beyond the ADS itself. Explanations can be of different types (operational, logical or causal); they can be either global (about the whole algorithm) or local (about specific results); and they can take different forms (decision trees, histograms, picture or text highlights, examples, counterexamples, etc.). The strengths and weaknesses of each explanation mode should be assessed in relation to the recipients of the explanation (e.g. professional or individual), their level of expertise, and their objectives (to challenge a decision, take actions to obtain a decision, verify compliance with legal obligations, etc.)”.

quanto maior for o risco de dano decorrente de um sistema de IA, sobre direitos ou interesses legalmente protegidos, maior será a necessidade de transparência³¹².

Matéria conexas a esta, embora possa ser conceptualmente autonomizada³¹³, é a da responsabilidade (*accountability*³¹⁴), já que a responsabilidade da Administração – resultante, entre nós, desde logo dos artigos 271.º da CRP e do artigo 16.º do CPA – pelos danos causados é concretizada na medida em que a sua atuação é transparente para os interessados e tribunais. Ora, é precisamente no campo da explicabilidade³¹⁵/fundamentação que ganha especial densidade o que afirmámos, pois que o dever de motivar as próprias decisões impõe à Administração do ónus de se mover pelas razões certas, de acordo com as regras aplicáveis³¹⁶.

Outro aspeto relevante da transparência, no plano dos algoritmos, é a opacidade ou, mais propriamente, as *black boxes*. As black-boxes, embora associadas a objetos mecânicos, tais como aviões, reportam-se ao funcionamento interno de um sistema de inteligência artificial, de forma invisível para o utilizador, apenas se vislumbrando o resultado,

³¹² LORENZO COTINO HUESO, *op. cit.*, p. 39. É particularmente interessante o exemplo dos Países Baixos, sobre as exigências de explicabilidade e transparência, dependentes de “(1) el impacto del algoritmo en la decisión, el resultado y el ciudadano; (2) el grado de autonomía en la toma de decisiones (es decir, hasta qué punto se garantiza la participación humana); y (3) el tipo y la complejidad del algoritmo”.

³¹³ LORENZO COTINO HUESO, identifica uma pluralidade de conceitos próximos a transparência: “trazabilidad, explicabilidad, interpretabilidad, comprensibilidad, inteligibilidad, legibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad, descomponibilidad, verificabilidad, replicabilidad, comunicación, código abierto, así como referencias a la transparencia técnica en sentido estricto, o la importante diferencia que se ha seguido entre transparencia externa e interna”. Cfr. *op. cit.*, p. 41.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 8.

³¹⁵ A explicabilidade tem merecido atenção em diversos textos da especialidade. Assim, o texto do Grupo Independente de Peritos de Alto Nível Sobre a Inteligência Artificial, “Orientações Éticas para uma IA de Confiança” (2018), afirma que a explicabilidade “é crucial para criar e manter a confiança dos utilizadores nos sistemas de IA. Tal significa que os processos têm de ser transparentes, as capacidades e a finalidade dos sistemas de IA abertamente comunicadas e as decisões — tanto quanto possível — explicáveis aos que são por elas afetados de forma direta e indireta. Sem essas informações, não é possível contestar devidamente uma decisão. Nem sempre é possível explicar por que razão um modelo gerou determinado resultado ou decisão (e que combinação de fatores de entrada contribuiu para esse efeito). Estes casos são designados por algoritmos de «caixa negra» e exigem especial atenção. Nessas circunstâncias, podem ser necessárias outras medidas da explicabilidade (p. ex., a rastreabilidade, a auditabilidade e a comunicação transparente sobre as capacidades do sistema), desde que o sistema, no seu conjunto, respeite os direitos fundamentais. O grau de necessidade da explicabilidade depende em grande medida do contexto e da gravidade das consequências de um resultado errado ou inexato” (ponto 53). Disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai> (consulta feita em 13/08/2024).

Em igual sentido, LORENZO COTINO HUESO, trata extensamente o tema da explicação, dividindo-o em categorias diversas, como explicabilidade interna (dirigida à própria estrutura, auditores e colaboradores) ou explicabilidade externa (dirigida ao público ou entidades externas). Cfr. *op. cit.*, pp. 46-55.

³¹⁶ Também nesse sentido, cfr., REBECCA WILLIAMS, et al., *op. cit.*, p. 8: “[t]he giving of reasons may among other things concentrate the decision-maker’s mind on the right questions, demonstrate to the recipient that this is so; show that the issues have been conscientiously addressed and how the result has been reached; or alternatively alert the recipient to a justiciable flaw in the process”.

sem acesso à lógica que o produziu³¹⁷. É particularmente clara a explicação de SAURABH BAGCHI:

“There are three components to machine learning: an algorithm or a set of algorithms, training data and a model. An algorithm is a set of procedures. In machine learning, an algorithm learns to identify patterns after being trained on a large set of examples – the training data. Once a machine-learning algorithm has been trained, the result is a machine-learning model. The model is what people use.

(...)

Any of the three components of a machine-learning system can be hidden, or in a black box. As is often the case, the algorithm is publicly known, which makes putting it in a black box less effective. So to protect their intellectual property, AI developers often put the model in a black box.”³¹⁸

As black-boxes tem como contrário as chamadas *glass boxes*, que permitem o acesso a todos os componentes do mecanismo de machine-learning. Como decorre do supradito, podemos concluir que as black-boxes, particularmente quando incidem sobre o modelo, produzem um efeito de opacidade que retira segurança, factual e jurídica, aos procedimentos ou ações que resultam do modelo.

Diferentemente das black-boxes, importam, ainda, os vícios da formação do resultado algorítmico e que podem ser definidas como casos de *alucinação*. De facto, entende-se por alucinação, enquanto fenómeno próprio dos grandes modelos linguísticos, os casos em que são percecionados padrões ou objetos inexistentes ou impercetíveis para os observadores humanos, criando resultados que são absurdos ou totalmente imprecisos³¹⁹.

Os modelos associados aos processos automatizados de decisão não conseguem responder, simplesmente, “não”, pelo que, a qualquer pergunta ou solicitação (*prompt*) buscam uma resposta com base nos padrões ou perceções que conseguem construir a partir do próprio treino que tiveram. Com frequência – e distintamente do que pode ser a margem de erro do algoritmo, identificando erroneamente casos ou padrões – os modelos

³¹⁷ Assim, SAURABH BAGCHI, “What is a black box? A computer scientist explains what it means when the inner workings of AIs are hidden”. Disponível em <https://theconversation.com/what-is-a-black-box-a-computer-scientist-explains-what-it-means-when-the-inner-workings-of-ais-are-hidden-203888>. (consulta feita em 13/08/2024).

³¹⁸ *Ibidem*. O mesmo autor assinala os riscos da utilização de black-boxes para a segurança dos softwares.

³¹⁹ Assim, “What are AI hallucinations?”, disponível em <https://www.ibm.com/topics/ai-hallucinations> (tradução nossa). (consulta feita em 13/08/2024).

constroem respostas desconexas com a realidade, alucinando. Os riscos da alucinação são variados, não só produzindo resultados que podem ser inúteis ou lesivos, como divulgar informação errada ou falsa. Ora, como se viu no caso da *sentenza* italiana, a colocação de professores em escolas ou regiões com algum sintoma de aleatoriedade pode resultar – embora não ficasse demonstrado no caso concreto – de uma alucinação do modelo que identificou padrões diferentes dos reais.

De facto, podem ocorrer circunstâncias de erro algorítmico, como no caso do reconhecimento biométrico para atribuição da Chave Móvel Digital³²⁰, ocorrendo falsos positivos, isto é, circunstâncias em que o modelo assume as imagens recolhidas como fidedignas, quer por defeito da sua capacidade de tratamento complexo da informação, quer por interferência de tecnologias malignas que o podem enganar. Outra coisa, é a produção de um ato cujo conteúdo seja aleatório, desde logo porque os dados de treino tinham vieses que permitiram ao modelo replicar erros ou formar padrões a partir de elementos errados. A alucinação pode, até, ser produzida por um ataque informático que manipula o modelo introduzindo um conjunto de dados errado.

Também no campo da prevenção da alucinação é pertinente a transparência de informação, desde logo porque é relevante saber as medidas destinadas ao controlo de qualidade de tais modelos. Algumas técnicas³²¹ podem ser usadas para assegurar tal prevenção, como o uso de dados de treino de elevada qualidade – na estruturação, diversidade e fontes –, estabelecer uma finalidade clara e específica para o modelo (é importante que não se recorra ao modelo para produzir resultados sobre temas para os quais não foi treinado), providenciar ferramentas de filtragem que limite as respostas possíveis e manter uma política de testes e melhoria contínuas.

A transparência, na sua dimensão externa, ganha com o Regulamento para a Inteligência Artificial³²² um novo impulso e regras que, definitivamente, determinarão muito dos

³²⁰ Alteração à Portaria n.º 77/2018, de 16 de março, que procede à regulamentação necessária ao desenvolvimento da Chave Móvel Digital, pela Portaria n.º 312-A/2022, de 30 de dezembro. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/portaria/2018-114880319>. (consulta feita em 13/08/2024).

³²¹ Usar dados de treino de elevada qualidade e *data* templates, definir detalhadamente o propósito para o uso do modelo de IA, limitar as respostas, testar e melhorar o sistema continuamente, assegurar supervisão humana. Cfr. “What are AI hallucinations?”, *cit.*

³²² Sobre os temas da transparência, o Regulamento para a Inteligência Artificial define um conjunto de obrigações, de que destacamos:

modos como recorreremos à tecnologia no espaço europeu. A transparência já não é, assim cremos, um estrito reduto jusadministrativista, mas um princípio transversal, havendo um dever de a considerar, não por silos ou áreas, mas numa visão integrada.

1.1.2. Imparcialidade e não discriminação

O princípio da imparcialidade, decorre do n.º 2 do artigo 266.º da CRP, estando previsto no artigo 9.º do CPA, onde estatui que a “Administração Pública deve tratar de forma imparcial aqueles que com ela entrem em relação, designadamente, considerando com objetividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório e adotando as soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção”.

Na sua dimensão operacional, o princípio da proporcionalidade exige da Administração que pondere com objetividade a pretensão dos interessados, assim evitando juízos de valor sobre o próprio interessado ou decisões em função do requerente, adotando as “soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção”. Ora, tais soluções, no âmbito da própria organização, não podem deixar de se aplicar a qualquer modo de automatização na Administração. De facto, é possível alimentar a ilusão ou o mito, de que o recurso a meios digitais ou soluções automatizadas, *per se*, garante uma maior imparcialidade da Administração. Se têm, abstratamente, essa potencialidade, tal só é garantido se para isso concorrerem, também, as medidas técnicas e organizativas inerentes.

Como assinala ANA F. NEVES, “A imparcialidade administrativa postula que todos e cada um sejam considerados e que o sejam porque é da natureza da democracia e da

-
- a) O artigo 11.º determina um conjunto de obrigações de documentação, associadas ao anexo IV;
 - b) O artigo 12.º prevê obrigações de manutenção de registos, desde logo para facilitar um nível adequado de rastreabilidade do funcionamento de um sistema de IA de risco elevado (n.º 1);
 - c) O artigo 13.º define obrigações de transparência e prestação de informações aos responsáveis pela implementação;
 - d) O artigo 17.º prevê a constituição de sistemas de gestão de qualidade, sujeito a documentação “de maneira sistemática e ordenada, sob a forma de políticas, procedimentos e instruções escritos”;
 - e) O artigo 50.º cria obrigações de transparência aplicáveis aos prestadores e responsáveis pela implantação de determinados sistemas de inteligência artificial, como, por exemplo, a obrigação de os sistemas de IA destinados a interagir diretamente com pessoas singulares sejam concebidos e desenvolvidos de maneira que as pessoas singulares em causa sejam informadas de que estão a interagir com um sistema de IA.

equidade que assim seja; e não porque a pessoa pertence a um grupo de amigos, de familiares, político, social,...”³²³. Sem prejuízo, como também denota a mesma autora:

“O CPA prescreve que a Administração adote «soluções procedimentais» que assegurem a isenção administrativa e a confiança nessa isenção, mas, na verdade, o tratamento teórico e a compreensão prática da imparcialidade continuam centrados nos impedimentos e suspeições, numa espécie de peneira pela qual perpassa um cenário de parcialidade administrativa.

(...)

Pretende-se, bem assim, destacar a necessidade de acautelar a imparcialidade organizativa antes e para além da imparcialidade procedimental.”³²⁴

De facto, é, hoje, inegável a aplicação do princípio da imparcialidade para além da estrita estrutura procedimental e, em específico, apenas na lógica dos impedimentos ou suspeições³²⁵. Como resulta, enquanto afirmação geral, da Resolução do Parlamento Europeu, de 9 de junho de 2016, sobre uma administração da União Europeia aberta, eficaz e independente (2016/2610(RSP)), (2018/C 086/19), o “direito a um tratamento imparcial por parte da administração da União é o corolário do direito fundamental a uma boa administração (...)” e o “direito a uma boa administração impõe a obrigação de a administração da União expor claramente os motivos que estão na base dos seus atos administrativos” (n.ºs 26 e 31 do preâmbulo).

A imparcialidade, enquanto princípio da atividade administrativa, carecerá de uma interpretação atualista e sempre a par dos desenvolvimentos tecnológicos que impactem diretamente na relação entre a Administração e os interessados. Tal como relembra ANA F. NEVES, a “imparcialidade na sua dimensão subjetiva significa o dever de atuar de

³²³ ANA F. NEVES, “O direito a um tratamento administrativo imparcial e a falta de soluções organizatórias e procedimentais que o garantam”, in CARLA AMADO GOMES, et al., *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume I, 6.ª edição, AAFDL Editora, 2023, pp. 819-820.

³²⁴ *Ibidem*, p. 823.

³²⁵ Ainda que se pudesse discutir, no âmbito mais alargado, o eventual alargamento do regime jurídico dos impedimentos e suspeições aos agentes de entidades terceiras, responsáveis pela supervisão humana em procedimentos automatizados.

acordo com as exigências expostas e, portanto, a proibição de favorecer ou atribuir vantagens a pessoas(s) determinada(s) e de prejudicar ou lesar outra(s) pessoa(s) à margem da lei ou em detrimento desta”³²⁶.

Os algoritmos de decisão automatizada não levantarão, para o nosso estudo, particulares questões em matéria de favorecimento dos interessados, mas antes de possível discriminação destes, decorrente de modelos viciados ou treinados a partir de dados que, como se disse, não asseguram a adequada diversidade. Como relembra a Recomendação sobre a Ética da Inteligência Artificial da UNESCO, aprovada em 23 de novembro de 2021:

“as tecnologias de IA podem ser de grande utilidade para a humanidade e podem beneficiar todos os países, mas também levantam questões éticas fundamentais, como, por exemplo, em relação às distorções que podem incorporar e exacerbar, *resultando potencialmente em discriminação, desigualdade, exclusão digital, exclusão em geral e ameaça à diversidade cultural, social e biológica* e divisões sociais ou econômicas;”³²⁷ (itálico nosso).

A tecnologia não é neutra em matéria de aprendizagem, já que recolhe e trata a informação que lhe é disponibilizada, podendo originar modelos com “preconceitos” subliminares que se manifestam em decisões tendencialmente discriminatórias para grupos ou até faixas etárias³²⁸. É o risco e os efeitos negativos do *profiling* que pode resultar da

³²⁶ ANA F. NEVES, “O direito a um tratamento administrativo imparcial e a falta de soluções organizatórias e procedimentais que o garantam”, *cit.*, p. 836. A mesma autora, quanto à necessidade de atualização permanente em matéria de imparcialidade, afirma que “A imparcialidade administrativa tem sempre que «que dar prova de si própria», de «*ser construída e validade em permanência*». Não se pode encerrar em «regras fixas» ou ser obtida através de «um procedimento simples» - Cfr., *op. cit.*, p. 839.

³²⁷ Disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_por. (consulta feita em 14/08/2024).

³²⁸ Ainda a referida Recomendação da UNESCO, detalha os aspetos da não discriminação, com relevância para o nosso estudo:

a) “Além disso, novos desafios éticos são criados pela possibilidade de que os algoritmos de IA reproduzam e reforcem vieses existentes e, assim, agravem formas já existentes de discriminação, preconceitos e estereótipos. Algumas dessas questões estão relacionadas à capacidade de os sistemas de IA realizarem tarefas que anteriormente apenas seres vivos eram capazes de fazer, e que, em alguns casos, eram até mesmo limitadas apenas a seres humanos.” (ponto c) do n.º 2) do Capítulo I.);

b) “Os atores de IA devem realizar todos os esforços razoáveis para minimizar e evitar reforçar ou perpetuar aplicativos e resultados discriminatórios ou tendenciosos, ao longo do ciclo de vida dos sistemas de IA, para garantir a justiça de tais sistemas. Uma solução eficaz deve estar disponível contra a discriminação e a determinação algorítmica tendenciosa”. (nº 29 do Capítulo III.2)

sujeição dos cidadãos a algoritmos que incidem sobre características ou dados pessoais, procurando antecipar decisões, comportamentos, interesses, entre outros³²⁹.

A este propósito, o extenso relatório da Agência Europeia para os Direitos Fundamentais, sobre o tema da discriminação³³⁰, evidencia diversos riscos decorrente da utilização algorítmica, a partir de casos de policiamento preditivo e reconhecimento de discurso ofensivo, manifestando o impacto no dia-a-dia dos algoritmos em causa e na forma como estes podem condicionar o comportamento das entidades públicas envolvidas.

Bem se compreende, portanto, o cuidado que o Regulamento para a Inteligência Artificial dedicou ao tema da não discriminação. Assim, não só é um princípio essencial para a IA (Considerandos 27, 28, 31, 48³³¹, 56³³², 57³³³, 58, 60, 67, 70, 80, 110, 143), como impacta em matéria substantiva, a saber:

- a) Proibição de colocação no mercado, colocação em serviço ou a utilização de sistemas de IA para avaliação ou classificação de pessoas singulares ou grupos de pessoas durante um certo período com base no seu comportamento social ou em características de personalidade ou pessoais, conhecidas, inferidas ou previsíveis

³²⁹ Sobre o conceito de *profiling*, cfr., “What is automated individual decision-making and profiling?”, disponível em <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/individual-rights/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/> (consulta feita em 13/08/2024).

Para um tratamento detalhado do *profiling*, ainda, MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “IA, Profiling e direitos de personalidade”, in MARIA RAQUEL GUIMARÃES, RUTE TEIXEIRA PEDRO (Coord.), *Direito e Inteligência Artificial*, Almedina, 2023, p. 341.

³³⁰ “Bias in Algorithms – Artificial Intelligence and Discrimination”, 2022. Disponível em https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2022-bias-in-algorithms_en.pdf (consulta feita em 14/08/2024).

Em idêntico sentido, também o Relatório da Comissão Europeia, “Emerging digital Technologies in the public sector – the case of virtual worlds” (2024), afirma que “The immediate implementation of virtual worlds has great potential to exacerbate existing social inequalities and mental health issues” (ponto 6.1.). Disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ea556c9b-44af-11ef-865a-01aa75ed71a1/language-en> (consulta feita em 15/08/2024).

³³¹ Em especial o Considerando 31 afirma que “Os sistemas de IA que possibilitam a classificação social de pessoas singulares por intervenientes públicos ou privados podem criar resultados discriminatórios e levar à exclusão de determinados grupos”.

³³² No domínio da educação o Considerando 56 estatui que “Se indevidamente concebidos e utilizados, estes sistemas podem ser particularmente intrusivos e violar o direito à educação e à formação, bem como o direito a não ser alvo de discriminação nem de perpetuação de padrões históricos de discriminação, por exemplo contra as mulheres, determinados grupos etários, pessoas com deficiência ou pessoas de uma determinada origem racial ou étnica ou orientação sexual”.

³³³ Já quanto às relações de trabalho, por exemplo, o Considerando 57 afirma que ao “longo do processo de recrutamento e na avaliação, promoção ou retenção de pessoal em relações contratuais de trabalho, esses sistemas podem perpetuar padrões históricos de discriminação, por exemplo, contra as mulheres, contra certos grupos etários, contra as pessoas com deficiência ou contra pessoas de uma determinada origem racial ou étnica ou orientação sexual”.

e que possam determinar alguma forma de tratamento prejudicial – al. c) do n.º 1 do artigo 5.º;

- b) Atribuição de poderes específicos relativos a acesso a documentos, às autoridades ou organismos públicos nacionais que que “supervisionam ou asseguram o respeito das obrigações previstas na legislação da União que protege os direitos fundamentais, incluindo o direito à não discriminação” – n.º 1 do artigo 77.º;
- c) A documentação técnica associada a sistemas de IA de risco elevado, deve conter “Informações pormenorizadas sobre o acompanhamento, o funcionamento e o controlo do sistema de IA, especialmente no que diz respeito: às suas capacidades e limitações de desempenho, incluindo os níveis de exatidão no tocante a pessoas ou grupos de pessoas específicos em que o sistema se destina a ser utilizado e o nível geral esperado de exatidão em relação à finalidade prevista; aos resultados não pretendidos mas previsíveis e às fontes de riscos para a saúde e a segurança, os direitos fundamentais e a proteção contra a discriminação atendendo à finalidade prevista do sistema de IA” – n.º 1 do artigo 11.º e Anexo IV;

Assim, numa apreciação concertada e sistemática do princípio da imparcialidade, em especial na sua relação com o princípio da transparência, verifica-se que a automatização da ação administrativa impõe à Administração a adoção de medidas técnicas, organizações e procedimentais que garantam o conhecimento efetivo do funcionamento algorítmico e, em simultâneo, medidas preventivas que protejam os interessados de danos ou decisões discriminatórias em função de vieses endoalgorítmicos³³⁴. Veremos mais adiante, como a transparência se relaciona com a explicabilidade da IA e tem no direito aplicável, em especial quanto à proteção de dados, regras específicas.

³³⁴ Nesse sentido e para um estudo mais detalhado sobre os impactos da tecnologia nas questões de potencial discriminação sexual, *vide* RAQUEL VALLE ESCOLANO, “Transparencia em la inteligencia artificial y en el uso de algoritmos: una visión de género”, in LORENZO COTINO HUESO, JORGE CASTELLANOS CLARAMUNT, *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, titant lo blanch, valencia, 2022, p. 88.

2. O direito à explicação

Como pudemos já notar, existe uma diferença que não é só de nível, entre a utilização de mecanismos eletrônicos para a comunicação de decisões administrativas e o recurso a procedimentos automatizados para a formação das próprias decisões.

Tal é, justamente, a questão que motivou o presente trabalho e que consta da *Sentenza* do Conselho de Estado Italiano suprarreferida: o dever de fundamentação no contexto dos procedimentos automatizados ou, podemos desde já induzir, de informação procedimental. Como verificámos no caso concreto, estava em causa um procedimento administrativo que utilizava um algoritmo autónomo³³⁵ que classificava professores em função de informações previamente submetidas no sistema informático. Tal sistema não é, por isso, um mero mecanismo de comunicação de dados à Administração, que depois procede ao seu tratamento por meio de recursos humanos, mas antes um processamento de informação subtraído aos meios humanos e que passam a receber os dados provenientes do algoritmo.

Este novo modelo de atuação administrativa implica uma reponderação das garantias dos particulares, desde logo no conhecimento dos pressupostos da atuação administrativa e nos modos de reação aos seus atos. Tal reponderação não pode ser feita apenas nos estritos limites do direito interno, mas apelando ao sistema no seu todo, incluindo as normas que vigoram por ação europeia ou internacional.

Embora seja possível afirmar que os procedimentos automatizados têm, em certo nível, uma clara componente humana, na medida em que foram construídos e programados por mão humana, em respeito por critérios de legalidade, também é verdade que a sua tramitação, no respeitante ao tratamento de dados, pode ser integralmente automatizada e independente de ação humana.

Ora, como dissemos *supra*, o dever de fundamentação visa apresentar um *iter* lógico, um percurso racional, que a Administração percorreu para chegar a determinado resultado, devendo poder expressá-lo de modo a ser conhecido pelos interessados. Todavia,

³³⁵ Recordamos que um Algoritmo é um *qualquer processo que possa ser realizado automaticamente*. Assim, LILIAN EDWARDS, MICHAEL VEALE, “Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ is Probably not the remedy you are looking for”, *Duke Law & Technology Review*, 23 de maio 2017, p. 24. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972855 (consulta feita em 15.08.2024).

no caso concreto dos procedimentos automatizados, o percurso lógico-racional que determinou a prática de um determinado ato administrativo, não é realizado pela Administração, enquanto comportamento humano, mas fica – ou pode ficar – no silêncio dos mecanismos informáticos, do dito algoritmo, invisível aos destinatários.

Esta questão é relevante e, por isso, merece-nos um tratamento específico, ainda que sumário, no que tange aos especiais deveres de informação e como os mesmos podem ser entendidos no plano europeu e transeuropeu. Em concreto, não se poderá abordar o dever de fundamentação sem refletir o direito à explicação ou, em sentido mais lato, a explicabilidade das decisões automatizadas.

2.1. O que é o direito à explicação ou explicabilidade?

Com alguma doutrina, no plano internacional, relembremos que o dever de fundamentação não respeita apenas a uma componente formal do ato administrativo, uma mera questão procedimental ou um pressuposto probatório em sede jurisdicional, mas um verdadeiro direito fundamental que protege os interessados de investidas arbitrárias da Administração³³⁶.

Na verdade, podemos afirmar, no rigor dos princípios, que o dever de fundamentação aumenta proporcionalmente ao espaço de discricionariedade administrativa existente em determinadas decisões³³⁷. É que, como se antevê, os atos vinculados encontram os seus pressupostos e limites nas disposições legais que lhes são previamente aplicáveis. Pelo contrário, aumentando o espaço de discricionariedade, caberá à Administração o dever de demonstrar o percurso fático-jurídico que realizou.

O recurso aos algoritmos na decisão administrativa, por seu turno, apresenta dificuldades acrescidas, particularmente por parecem fugir ao controlo de todos, gerando, por vezes, resultados imprevisíveis³³⁸. Assim, não admira, que a transparência das decisões administrativas – ou do funcionamento da IA em geral – suscite uma pluralidade de conceitos conexos – alguns dos quais já tratados – em especial a explicabilidade da IA, nas

³³⁶ PÉREZ BENECH, *op. cit.*, p. 38.

³³⁷ Neste sentido, *ibidem*, p. 39.

³³⁸ Neste sentido, SANDRA WACHTER, BRENT MITTELSTADT, LUCIANO FLORIDI, “Why a Right to explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation”, *International Data Privacy Law*, Vol. 7, N.º 2, 2017, p. 77. Disponível em <https://academic.oup.com/idpl/article/7/2/76/3860948> (Consulta feita em 15.08.2024).

suas diferentes formas e impactos. Como ensina ALFRED PERIS MANGUILLOT, os algoritmos não têm qualquer forma de piedade, porque não resulta das suas funções, pese embora a nossa vida seja altamente influenciada por eles que são, não esqueçamos, programados por pessoas³³⁹.

O direito à explicação que, como veremos, resulta, entre outros, do RGPD, pode ser associado a um conceito mais lato de *explicabilidade*, enquanto decorrência ou necessidade de transparência da IA. Se a transparência é discutida na IA, em termos gerais, como necessidade de compreender o seu funcionamento e assim proteger as pessoas de qualquer dano ou prejuízo para direitos fundamentais, também o é especificamente no campo do Direito Administrativo, enquanto uma função sujeita a escrutínio e responsabilidade. Nessa medida, a explicabilidade algorítmica assume-se como um desafio resultante da complexidade crescente da IA, em especial quando se pretenda explicar como os algoritmos *decion-making* chegam aos respetivos resultados, apresentando uma tensão dicotómica: (i) preferir o máximo rendimento algorítmico, com pouca ou nenhuma explicabilidade; (ii) abdicar do rendimento, em favor de uma maior explicabilidade e transparência³⁴⁰.

Tratámos no ponto anterior da transparência externa, aquela que respeita à manifestação ao público e que permite conhecer a utilização de soluções de IA nos procedimentos ou no atendimento aos cidadãos³⁴¹. Para a explicabilidade interessa, também, a *transparência interna*, enquanto exigência de verificar o bom funcionamento do sistema de IA pelos diferentes utilizadores, interessados ou agentes de controlo³⁴². Ainda que a explicabilidade possa ir mais além da área de influência da transparência tem com esta um vínculo intrínseco, permitindo descrever como o modelo gera previsões³⁴³ ou, dito de outro modo, permite compreender as razões pelas quais se obteve determinado resultado pela

³³⁹ ALFRED PERIS MANGUILLOT, “Algoritmos: ¿podemos hacerlos transparentes y trazables en su proceso?”, in LORENZO COTINO HUESO, JORGE CASTELLANOS CLARAMUNT, *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, titant lo blanch, valencia, 2022, p. 72. No original o autor escreve “Sin duda alguna un algoritmo no va a tener “piedad”, porque no está entre sus funciones (a no ser que de algún modo se programe para ello), y también es cierto que nuestras vidas van a ser altamente influenciadas por los algoritmos, que no olvidemos son programados por personas”.

³⁴⁰ Assim, ALFRED PERIS MANGUILLOT, *op. cit.*, p. 72. De facto, a complexidade ou opacidade dos algoritmos cresce à medida que se tornam mais complexas as redes neuronais integradas no algoritmo.

³⁴¹ Para uma análise mais detalhada do conceito, *vide* LORENZO COTINO HUESO, *op. cit.*, pp. 31-34.

³⁴² *Ibidem*, p. 34.

³⁴³ Assim, *ibidem*, p. 50. O autor escreve no original “En este sentido la explicabilidad permite describir cómo el modelo genera predicciones.”

ação da IA³⁴⁴. A explicabilidade é, por conseguinte, tanto menor quando maior for a opacidade algorítmica.

Recorrendo à Recomendação da UNESCO sobre a Ética da Inteligência Artificial, já citada:

“A explicabilidade significa tornar inteligível e fornecer informações sobre o resultado dos sistemas de IA. A explicabilidade desses sistemas também se refere à compreensibilidade sobre a entrada, a saída e o funcionamento de cada bloco de construção dos algoritmos e como ele contribui para o resultado dos sistemas. Assim, a explicabilidade está estreitamente relacionada com a transparência, pois os resultados e os subprocessos que conduzem a resultados devem almejar serem compreensíveis e rastreáveis, conforme o contexto”³⁴⁵.

Nessa senda, o Grupo Independente de Peritos de Alto Nível Sobre a Inteligência Artificial, criado pela Comissão Europeia em 2018, define explicabilidade, dentro do tema da transparência, como a “capacidade de explicar tanto os processos técnicos de um sistema de IA como as decisões humanas com eles relacionadas (p. ex., os domínios de aplicação de um sistema de IA). A explicabilidade técnica exige que as decisões tomadas por um sistema de IA possam ser compreendidas e rastreadas por seres humanos”³⁴⁶. As exigências de explicabilidade têm uma correlação direta com o risco de danos ou prejuízos para os humanos e o recurso a modelos opacos, com risco de prejuízo, deve ser compensado por medidas adicionais que mitigam tal opacidade³⁴⁷.

Se nos é possível oferecer uma imagem conclusiva, enquanto a transparência é “abrir a porta” para que outros vejam o interior, já a explicabilidade é uma característica ativa que obriga a mostrar o que, de facto, está no interior³⁴⁸. É, portanto, uma particularidade

³⁴⁴ Assim, norma técnica ISO/IEC TR 29119-11:2020(en), ponto 3.1.31.

³⁴⁵ Ponto 40.

³⁴⁶ “Orientações Éticas para uma IA de confiança”, *cit.*, n.º 77.

³⁴⁷ Nesse sentido, GABRIELE VESTRI, “Denegación vs Derecho de acceso al código fuente em los sistemas algorítmicos”, in LORENZO COTINO HUESO, JORGE CASTELLANOS CLARAMUNT, *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, titant lo blanch, valencia, 2022, p. 116. Para o autor, “[a]hora, para evitar la opacidad es necesario que las administraciones públicas adopten medidas específicas que permitan no sólo el acceso a los algoritmos, sino también el conocimiento de su contenido y la comprensión de su funcionamiento y del fundamento sobre el que se asienta la decisión final. Esto hace que el autor mencionado [CERRILLO] abogue por el acceso al código fuente, al conocimiento de la documentación que contenga la descripción del algoritmo y de los datos que utiliza”.

³⁴⁸ Para a noção de explicabilidade enquanto característica ativa, *vide* LORENZO COTINO HUESO, *op. cit.*, p. 53.

adaptativa da IA, dependendo das circunstâncias do uso e do caso concreto, não permitindo o recurso a formulações genéricas³⁴⁹ ou presunções de conformidade.

Assim, a explicabilidade poderá determinar o acesso a documentação ou mesmo ao código fonte dos modelos, de modo a garantir a efetividade dos direitos dos interessados, desde logo, a proteção dos meios de defesa que poderão ficar, em vários modos, afetados sem tais informações³⁵⁰. Como sentenciou o Conselho de Estado italiano, na sua decisão de 8 de abril de 2019:

“In secondo luogo, **la regola algoritmica deve essere non solo conoscibile** in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo.

La suddetta esigenza risponde infatti all’irrinunciabile necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere

O mesmo autor trabalha a distinção entre “transparência técnica” e a “explicabilidade” em sentido estrito, em que aquela não dá, necessariamente, lugar a esta. Cfr. LORENZO COTINO HUESO, *op. cit.*, p. 56.

Especificamente, o Grupo Independente de Peritos de Alto Nível Sobre a Inteligência Artificial refere que o requisito da transparência está “estritamente relacionado com o princípio da explicabilidade e abrange a transparência dos elementos relevantes para um sistema de IA: os dados, o sistema e os modelos de negócio” – Cfr. “Orientações Éticas para uma IA de confiança”, *cit.*, ponto 75.

³⁴⁹ Por tal razão, o documento “Orientações Éticas para uma IA de confiança”, já citado, define uma *check list* de questões que permitem aferir da explicabilidade dos sistemas de IA (pp. 36-37):

“Avaliou em que medida as decisões e, logo, os resultados produzidos pelo sistema de IA podem ser compreendidos?

Assegurou que uma explicação dos motivos por que um sistema fez determinada escolha que levou a um determinado resultado pode ser tornada compreensível para todos os utilizadores que desejem obter uma explicação?

Avaliou em que medida a decisão do sistema influencia os processos de tomada de decisões da organização?

Avaliou por que razão o sistema em causa foi utilizado neste domínio específico?

Avaliou o modelo de negócios respeitante a este sistema (p. ex., como é que ele cria valor para a organização)?

Concebeu o sistema de IA tendo a sua interpretabilidade em conta desde o início?

Investigou e procurou utilizar o modelo mais simples e fácil de interpretar para a aplicação em questão?

Avaliou se pode analisar os seus dados utilizados durante o treino e os testes? Pode alterá-los e atualizá-los ao longo do tempo?

Verificou se tem algumas opções após o treino e o desenvolvimento do modelo para examinar a interpretabilidade, ou se tem acesso ao fluxo de trabalho interno do modelo?”

³⁵⁰ Sobre a matéria do interesse da Administração em aceder ao código fonte dos modelos, a partir de casos de jurisprudência internacional, entre os quais a decisão do Conselho de Estado Italiano que analisámos, *supra*, vide MARIA ESTRELLA GTIÉRREZ DAVID, “Acceso al código fuente y a los algoritmos de las Administraciones inteligentes”, in LORENZO COTINO HUESO, JORGE CASTELLANOS CLARAMUNT, *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, titant lo blanch, valencia, 2022, p. 146 e ss..

precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica.

Solo in questo modo è **possibile svolgere, anche in sede giurisdizionale, una valutazione piena della legittimità della decisione**; valutazione che, anche se si è al cospetto di una scelta assunta attraverso una procedura informatica, non può che essere effettiva e di portata analoga a quella che il giudice esercita sull'esercizio del potere con modalità tradizionali³⁵¹ (negritos nossos).

O mesmo decorre, enquanto princípio do direito nacional, do princípio da administração aberta, previsto no artigo 17.º do CPA, carecendo de ser articulado com a demais legislação, desde logo em matéria de propriedade intelectual. Ainda, assim, não vemos como não deva, aqui, haver uma intervenção clara do legislador ordinário, para além dos casos que o Regulamento para a Inteligência Artificial veio regular e que veremos adiante³⁵².

Conhecida a conceção técnica de explicabilidade, importa-nos verificar, ainda, o sentido e alcance do dever de explicação no âmbito concreto do RGPD, sem prejuízo de o

³⁵¹ ENRICO CARLONI, realizada uma análise detalhada às linhas jurisprudenciais em matéria de decisão algorítmica no âmbito da Administração Pública italiana, abordando os desafios e implicações legais e éticas. Assim, ENRICO CARLONI, “AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia”, in Revista de Internet, Derecho y Política, n.º 30, março de 2020. Disponível em <https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/373607> (consulta feita em 15/08/2024).

O autor nota que o direito italiano, apesar da existência de um Código Administrativo Digital, (Disponível em <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-03-07:82>), não enquadrou o uso de algoritmos na atividade administrativa, nem definiu um novo paradigma procedimental, antes parecendo que o legislador assume o uso de tecnologias de informação e comunicação como complementar ou instrumental ao procedimento administrativo (p. 5). Fala-se, a propósito de uma digitalização de “fachada” (*digitalizzazione di facciata*).

Considerando os potenciais impactos da decisão algorítmica e riscos para os interessados – de que já fomos dando nota – o autor defende a necessidade de uma reforma das normas legais aplicáveis à atividade administrativa, em matéria de automação, abordando os três princípios próprios da legalidade algorítmica – transparência, não exclusividade e não discriminação (p. 7). Assim, o recurso a algoritmos decisórios deve ser transparente, enquanto conhecível; não exclusivo, na medida em que assegura a intervenção humana; e não discriminatório, porque construído de modo a não afetar grupos ou pessoas em função de determinadas características.

O autor aborda o trabalho jurisprudencial em torno do artigo 22.º e do considerando 71 do RGPD, de que é exemplo a sentença do Conselho de Estado italiano, que já abordámos, n.º 2270 de 2019 e, mais recentemente, a decisão do mesmo órgão, n.º 8472 de dezembro de 2019. Outras decisões existem, também, em sentido diverso (como a decisão do Tribunal de Lazio – p. 5). Sem prejuízo, o mesmo autor denota que o debate sobre o tema tem sido essencialmente jurisprudencial, sem grande intervenção do legislador, que parece mais ocupado em responder a questões menos centrais da digitalização da atividade administrativa (p. 10).

³⁵² Na ausência de intervenção legislativa clara, pode a Administração prevenir os casos de opacidade algorítmica e do acesso à informação, desde logo no âmbito da contratação pública.

mesmo poder ter um carácter distinto daquele que assumiu no Regulamento para a Inteligência Artificial.

A influência dos algoritmos na formação de decisões fundou um “novo” direito – pelo menos para alguma doutrina – à explicação. Como resulta do Considerando n.º 71 do Regulamento 2016/679 de 27 de abril de 2016, “em qualquer dos casos, tal tratamento deverá ser acompanhado das garantias adequadas, que deverão incluir a informação específica ao titular dos dados e o direito de obter a intervenção humana, de manifestar o seu ponto de vista, **de obter uma explicação** sobre a decisão tomada na sequência dessa avaliação e de contestar a decisão” – negrito nosso. De facto, os meios digitais de contacto com o comércio, serviços públicos, meios de comunicação, entre outros, tem induzido – e, por vezes, obrigado – as pessoas a fornecerem muitos dos dados pessoais, replicados, aliás, por múltiplos canais. O RGPD, acolhendo tais preocupações, veio a introduzir princípios específicos, como os da transparência em relação ao titular dos dados, da minimização ou da responsabilidade por defeito do responsável pelo tratamento, dispostos nas alíneas a) e c) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 5.º do RGPD.

Não poderia, naturalmente, o RGPD descurar o tratamento automatizado dos dados, pelos riscos que comporta para a privacidade e reserva da vida privada do titular. Tal preocupação encontrou enquadramento nos artigos 13.º, 14.º, 15.º e 22.º do RGPD. Por exemplo, a al. h) do n.º 1 do artigo 15.º, dispõe que o titular dos dados tem o direito a obter informação relativamente à “existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, referida no artigo 22.º, n.ºs 1 e 4, e, pelo menos nesses casos, informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados”.

É particularmente significativo o conceito de “lógica subjacente”, utilizado no normativo citado, enquanto explicação suficiente do funcionamento do algoritmo, por forma a que o interessado possa entender o seu modo de funcionamento e critérios de ponderação. Tal noção, ainda que constitua um conceito abstrato, sempre deverá ser olhada a partir do que dissemos *supra* a propósito da explicabilidade, visto que, a ideia de lógica subjacente deve ser olhada, não só na perspectiva do destinatário normal, como deve atender ao grau e potencialidade dos riscos inerentes à solução automatizada.

Por seu turno, o n.º 1 do artigo 22.º do RGPD consagra a regra – e mesmo princípio geral – de que o “titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão

tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado³⁵³, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar”. Este direito vem a ser densificado no n.º 3 do mesmo artigo, prevendo “designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão”.

O artigo 22.^o³⁵⁴ do RGPD não prevê, expressamente, um direito à explicação, nem tal conceito é utilizado no normativo. A sua construção é, assim, mais do labor doutrinário, pela conjugação do artigo 22.^o com o já citado considerando 71, ambos do RGPD, que faz – esse sim – menção ao direito de obter uma explicação. Todavia, o reconhecimento e existência de tal direito tem sido, como expectável, discutido pela doutrina. GABRIELA CALDAS³⁵⁵, por todos, dá nota das duas grandes correntes nesta matéria³⁵⁶: a primeira que defende que tal direito é essencial para a efetivação da transparência e da responsabilidade no regime do tratamento de dados³⁵⁷; a segunda que considera o nível de abstração de tais previsões inibidor de tal consagração jurídica³⁵⁸. As duas escolas, em torno do

³⁵³ PEDRO COSTA GONÇALVES expressamente reconduz os atos automatizados aos casos vertidos neste n.º 1 do artigo 22.º, ainda que se trate de “norma de maior abrangência e com formulação um pouco diferente (...)”. Cfr. “Regime jurídico da Administração Pública eletrónica (tópicos)”, *cit.*, p. 988.

³⁵⁴ O artigo 22.º distingue-se do direito à portabilidade, previsto na al. b) do n.º 1 do artigo 20.º, ambos do RGPD, porquanto aquele incide sobre “decisões” provenientes do tratamento exclusivamente automatizado de dados, enquanto este incide sobre a portabilidade de dados para operações de tratamento distintas de uma decisão – e não confundíveis com esta – que podem ser realizadas de modo automatizado.

³⁵⁵ A autora atribui a autoria da proposta da existência de um direito à explicação a BRYCE GOODMAN E SETH FLAXMAN e a posição contrária a SANDRA WACHTER, BRENT MITTELSTADT e LUCIANO FLORIDI.

Assim, também, GABRIELA CALDAS, “O Direito à Explicação no Regulamento sobre a Proteção de Dados”, *Anuário de Proteção de Dados de 2019, Anuário da Proteção de Dados*, 2019, p. 40. Disponível em <https://protecaodedadosue.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2022/10/2.-Gabriela-Caldas.pdf> (consulta feita em 15/08/2024).

³⁵⁶ Outros autores defendem, ainda, “terceiras vias”, quanto à interpretação do artigo 22.º do RGPD. Assim, GIANCLAUDIO MALGIERI, “Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other «suitable safeguards» in the national legislations”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 35, Iss. 5, 2019, p. 2. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364918303753>. (Consulta feita em 17/08/2024). Refere o autor: “In a previous article it was suggested that the dualism between right to ex post explanation vs. right to ex ante general information should be overcome: transparency and comprehensibility should merge in the concept of “legibility”. One remaining problem is the exact meaning of “suitable measures to safeguard the data subject’s rights and freedoms and legitimate interests” that should be taken, e.g. when the automated decision-making is authorised by Union or Member State law”.

³⁵⁷ Cfr. BRYCE GOODMAN, SETH FLAXMAN, “European Union regulations on algorithmic decision-making and a «right to explanation»”, *AI Magazine*, 38, 50-57. <https://doi.org/10.1609/aimag.v38i3.2741> (consulta feita em 15/08/2024).

³⁵⁸ Cfr. SANDRA WACHTER, BRENT MITTELSTADT, LUCIANO FLORIDI, “Why a Right to explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation”, *cit.*

tema, essencialmente refletidas pelos investigadores de Oxford, apresentam as duas conclusões chave: para alguns existe um direito à explicação, enquanto outros continuam a negar a sua existência.

Para os defensores da existência de um direito à explicação, é relevante a referência que lhe é feita no considerando 71 do RGPD, cujo conteúdo é taxativo, para além da relação entre o artigo 22.º e os artigos 13.º e 15.º, que o concretizam, em especial na referência às “informações úteis relativas à lógica subjacente”, a que já aludimos³⁵⁹. Assim, a referência à lógica subjacente implica um apelo à noção de transparência algorítmica concretizada pela explicação do seu funcionamento³⁶⁰. Como referem, TALIA B. GILLIS e JOSH SIMONS³⁶¹, “Accountability requires justification and justification requires explanation”³⁶².

Para a segunda corrente, a conjugação das várias disposições relativas ao suposto direito à explicação – artigos 13.º, 14.º, 15.º e 22.º do RGPD, “concluem que nenhuma delas fornece uma base legal suficientemente forte para o que se convencionou chamar um «direito à explicação», determinando tão só um direito limitado à obtenção de informação por parte do titular dos dados sobre a lógica envolvida no processamento dos sistemas automatizados de tomada de decisão que apelidam de «direito de ser informado»”³⁶³. Assim, competiria ao legislador ordinário e ao responsável pelo tratamento, no âmbito prático, salvaguardar o que resulta dos artigos 13.º, 15.º e 22.º do RGPD, sem que tal se possa chamar “direito à explicação”. Na verdade, cinco seriam as razões apontadas para recusar a existência de um direito à explicação no RGPD³⁶⁴: (i) o “timeline problem”, resultante da impossibilidade de dar informações *ex ante* sobre a decisão algorítmica antes

³⁵⁹ Vide, GABRIELA CALDAS, *op. cit.*, pp. 41.

³⁶⁰ Para uma análise mais detalhada desta corrente, *ibidem*, pp. 41-42.

³⁶¹ Para TALIA B. GILLIS e JOSH SIMONS, o conceito estruturante do qual resultam os demais como a explicabilidade é o de responsabilidade (*accountability*). Assim, vide TALIA B. GILLIS e JOSH SIMONS, “Explanation, justification: GDPR and the perils of privacy”, *Journal of Law & Innovation*, Vol. 2, 2019, pp. 76 e ss. Disponível em https://www.academia.edu/86471702/Explanation_u3c_Justification_GDPR_and_the_Perils_of_Privacy?auto=download. (consulta feita em 17/08/2024).

³⁶² *Ibidem*, p. 80.

³⁶³ GABRIELA CALDAS, *op. cit.*, pp. 42-43.

³⁶⁴ Assim, HAIDER A. SHEIKH, “Is there truly a right to explanation envisaged in the GDPR? A critical analysis of interpretations of Articles 13-15 and 22 GDPR in regards to Automated decision making and profiling and understanding the need for adequate «explanation» to protect data subject rights”, University of Glasgow, *paper*, 2023, pp. 19-28. Disponível em https://www.academia.edu/108424990/Is_there_truly_a_right_to_explanation_envisaged_in_the_GDPR_A_critical_analysis_of_interpretations_of_Articles_13_15_and_22_GDPR_in_regards_to_Automated_decision_making_and_profiling_and_understanding_the_need_for_adequate_explanation_to_protect_data_subject_rights (consulta feita em 17/08/2024).

mesmo dela acontecer, o que seria imposto pela al. f) do n.º 2 do artigo 13.º e pela al. g) do n.º 2 do artigo 14.º. ambos do RGPD; (ii) a ideia de que a informação sobre lógica subjacente e as consequências previstas, nos termos da al. h) do n.º 1 do artigo 15.º constitui ainda uma informação *ex ante* e não uma explicação; (iii) a circunstância dos considerandos não serem vinculativos, pelo que o número 71 não poderia ser interpretado como tal³⁶⁵; (iv) a omissão intencional - apesar de constar o projeto inicial - da palavra “explicação”, nos artigos 13.º a 15.º e 22.º, todos do RGPD; e (v) a necessidade de proteger os direitos de propriedade intelectual dos criadores.

Ora, conforme nota alguma doutrina³⁶⁶, a existência de um direito à explicação deve encontrar um fundamento legal claro, deve decorrer de uma norma explícita, não resultando de um debate académico, evidentemente incerto e não vinculativo para os intervenientes: tal entendimento colidiria com o princípio da legalidade e o direito a um processo equitativo³⁶⁷. Para além destes argumentos, resulta que os projetos de Regulamento que foram sendo discutidos, expressamente eliminaram a referência a um direito à explicação do corpo normativo e o relegaram para os considerandos³⁶⁸.

GABRIELA CALDAS dá, ainda, nota da crítica a esta posição, desde logo pela extrema relevância dos considerandos para a interpretação dos normativos, pelo que, pese embora não esteja referenciado o direito à explicação nos artigos 13.º, 15.º e 22.º do RGPD, forçoso era concluir que o mesmo só poderia existir enquanto uma das garantias adequadas exigíveis pelo tratamento automatizado de dados³⁶⁹. Ainda na crítica àquela posição, ANDREW SELBST e JULIA POWLES, expressamente recusam, entre outros, o argumento do momento da explicação, por considerarem:

³⁶⁵ No sentido de que os considerandos funcionam como apoio hermenêutico, mas não têm o valor normativo do corpo legal, *vide*, Assim, *Guide to the Approximation of European Union Environmental Legislation*, Disponível em <https://ec.europa.eu/environment/archives/guide/annex1.htm>. (Consulta feita em 17/08/2024).

³⁶⁶ SANDRA WACHTER, BRENT MITTELSTADT, LUCIANO FLORIDI, “Why a Right to explanation of automated Decision-Making does not exist in the General Data Protection Regulation”, *International Data Privacy Law*, Vol. 7, n.º 2, 2017, p. 80. Disponível em <https://academic.oup.com/idpl/article/7/2/76/3860948> (consulta feita em 17/08/2024).

³⁶⁷ Artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. (Consulta feita em 17/08/2024).

³⁶⁸ SANDRA WACHTER, BRENT MITTELSTADT, LUCIANO FLORIDI, *op. cit.*, p. 81.

³⁶⁹ GABRIELA CALDAS, *op. cit.*, pp. 44-45. Refere a autora que “Acrescentam que esta conclusão tem suporte na lógica subjacente ao conjunto das disposições do RGPD e nos objetivos que ele expressa de reforço da proteção dos direitos e garantias individuais no que toca ao controle dos dados pessoais, base sobre a qual o texto legislativo tem de ser interpretado”.

“To determine the outcome, it is true that input data must be run through the model, which means that data is processed. But the ex ante-ex post distinction the authors draw is not before and after processing, but rather before and after a decision. Because specific decisions can be revealed following data processing, without requiring an ultimate decision, the timing distinction does not make sense; explanations of both specific decisions and system functionality are available before issuing an ultimate decision”³⁷⁰.

Com tais fundamentos, os mesmos autores defendem que fará sentido afirmar a existência de um direito à explicação, pese embora tal seja menos relevante do que o conteúdo do direito em si, antes devendo ser interpretado de forma funcional, flexível, e permitir, no mínimo, o exercício dos direitos pelo titular dos dados, no âmbito do RGPD e dos direitos humanos³⁷¹.

Em todo o caso, resulta dos normativos citados, a necessidade de “criar novos meios de proteger a liberdade individual e os direitos de cidadania, num grupo jurídico de regras previsíveis e credíveis, capaz de assegurar o funcionamento dos mecanismos de impugnação das decisões individuais na base das quais se constrói a sua legitimidade”³⁷². De facto, a discussão, quase literalista, da existência ou não, de um direito à explicação, pode desviar do ponto essencial e que é a adequação do Direito aos novos tempos, à tecnologia e aos seus impactos na vida dos cidadãos. Como refere HILDEBRANDT, “this will require rethinking as well as reinventing the Rule of Law, for instance by making the intestines of the emerging imbroglia transparent and by making its decisions contestable”³⁷³.

Para TALIA B. GILLIS e JOSH SIMONS, por exemplo, a discussão sobre o direito à explicação tem ido num sentido claramente errada. Depois de darem o exemplo de uma explicação sobre um acidente automóvel, acentuado a necessidade da explicação ir ao

³⁷⁰ ANDREW SELBST e JULIA POWLES, “Meaningful information and the right to explanation”. In, *International Data Privacy Law*, Vol. 7, n.º 4, 2017, p. 240. Disponível em <https://academic.oup.com/idpl/article/7/4/233/4762325> (consulta feita em 17/08/2024).

³⁷¹ Cfr. *Ibidem*, p. 242. Escrevem os autores: “Articles 13–15 provide rights to ‘meaningful information about the logic involved’ in automated decisions. We think it makes sense to call this a right to explanation, but that point is less important than the substance of the right itself. We believe that the right to explanation should be interpreted functionally, flexibly, and should, at a minimum, enable a data subject to exercise his or her rights under the GDPR and human rights law”.

³⁷² *Ibidem*, p. 46.

³⁷³ MIREILLE HILDEBRANDT, “The New Imbroglia – Living with Machine Algorithms”. In, LIISA JANSSENS (Hg.), *The Art of Ethics in the Information Society*. Amsterdam University Press, 2016, p. 58. Disponível em DOI: <https://doi.org/10.25969/mediarep/13395>. (consulta feita em 17/08/2024).

encontro do destinatário, os mesmos autores afirmam que “offering an explanation of a machine learning model is a little like offering an account of microphysics to explain a car crash”³⁷⁴. Nesta perspetiva, não interessa tanto a justificação em si, no sentido técnico, mas *quem* presta a justificação sobre o *quê* a *quem*³⁷⁵. A explicação, enquadrada numa perspetiva mais lata de justificação ou explicabilidade, aborda o tema da responsabilidade das instituições ou organizações pelas opções tomadas e não tanto o esforço de recolher consentimento para determinadas formas de tratamento.

Acompanhamos, por isso, GABRIELA CALDAS, no entendimento de que os direitos definidos no RGPD não são incompatíveis com a admissão de certos limites científicos e técnicos ao exercício dos mesmos. Pelo contrário, é “antes a aceitação de que todas as decisões que afetam significativamente qualquer indivíduo são passíveis de contestação, pelo que se lhes exige, primeiro que tudo, que obedeçam aos princípios básicos da fundamentação e da transparência. Se isso não for possível, ou, desde que isso não seja possível, tais decisões devem ser tidas por incompatíveis com as normas vigentes”³⁷⁶.

A legislação nacional sobre proteção de dados não se pronunciou expressamente sobre a existência de um direito à explicação³⁷⁷ - nomeadamente prevendo a sua existência - e apenas muito sucintamente quanto aos direitos a informação³⁷⁸. O tratamento automatizado de dados é especialmente regulado pela Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto³⁷⁹. O referido diploma aplica-se, nos termos do n.º 2 do artigo 2.º, ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados. O n.º 1 do artigo 11.º, estabelece que são “proibidas as *decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado*, incluindo a definição de perfis, *que produzam efeitos adversos na esfera jurídica* do titular dos dados ou que o afetem de forma significativa, *exceto quando autorizadas por lei, desde que seja previsto o direito de o titular dos dados obter a intervenção humana do responsável pelo tratamento*” (itálicos nossos). Por sua vez, o artigo 27.º dispõe de um

³⁷⁴ TALIA B. GILLIS, JOSH SIMONS, *op. cit.*, p. 81.

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ GABRIELA CALDAS, *op. cit.*, p. 47.

³⁷⁷ Nesse sentido, GIANCLAUDIO MALGIERI, *op. cit.*, p. 6.

³⁷⁸ Por exemplo, a al. b) do n.º 1 do artigo 38.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

³⁷⁹ que estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/59-2019-123815983>.

conjunto de obrigações de registo cronológico em sistemas de tratamento automatizado. Por fim, o artigo 31.º, prevê regras de segurança no tratamento aplicáveis aos casos de tratamento automatizado, nomeadamente restrições de acesso.

Sem prejuízo, importa notar que as normas constantes da lei mencionada estão balizadas pelo seu objeto e que é a “prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública” (artigo 1.º).

Do exposto, verificamos que a afirmação de um direito à explicação, em matéria de proteção de dados, pode trazer consigo algumas inseguranças, pelo facto de tal resultar, antes de mais, de um percurso hermenêutico doutrinariamente assumido. Consideramos, da nossa parte – pese embora não compita a este trabalho o debate sobre a existência de um direito à explicação – que a consagração de um direito ou conjunto de direitos não exige a sua nomeação expressa em diploma legal, mas antes a previsão da sua existência e a possibilidade do seu exercício. Deste modo, o esforço legal produzido pelo RGPD em matéria de tratamento automatizado é, inegavelmente, motivado pela especial vontade de proteger o titular dos dados de qualquer circunstância em que a automação o limite em matéria de direitos ou exercício dos mesmos.

Como resulta do n.º 1 do artigo 22.º do RGPD, há um direito a não ficar sujeito a nenhuma *decisão* tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar. Ao contrário, portanto, dos artigos 13.º a 15.º do RGPD, que poderão ter um pendor *ex ante* ao tratamento, embora discutível, certo é que o artigo 22.º faz recair a proibição sobre a produção de efeitos de uma decisão. Em complemento, as medidas adequadas à salvaguarda dos direitos, prevista no n.º 3 do artigo 22.º do RGPD, abrangem todo o “ciclo de vida” da decisão, até à contestação da mesma – o que pressupõe, naturalmente, que a mesma está já tomada. Ora, o direito à explicação, tal como doutrinariamente formulado, é uma das medidas adequadas, resultante textualmente do considerando 71 do RGPD e, diríamos nós da lógica do próprio diploma: seria uma ferida de morte em matéria de transparência, prever a possibilidade de contestar uma decisão, sem antes a compreender e para que esta seja compreendida, precisa de ser explicada. O direito à explicação, ainda que não literal, sempre constitui um resultado natural do princípio da transparência. Parece-nos, nessa medida, que a transparência se assume, simultaneamente, como um dever do responsável pelo tratamento e um direito do titular dos dados.

Na síntese, a que aderimos, de GABRIELA CALDAS, o “ponto central é que o legítimo exercício do direito à explicação ganha particular significado quando na base da decisão litigiosa se encontram tratamentos automatizados, incluindo a definição de perfis, obtidos por meio de algoritmos indecifráveis para o titular dos dados, colocando-se então a verdadeira questão de saber até que ponto a opacidade algorítmica e o receio de entravar a inovação poderão impedir o funcionamento do princípio da motivação das decisões”³⁸⁰. O que entender por direito à explicação? Parece-nos, antes de mais, que o termo explicação deve ser entendido como os meios a tornar inteligível, conhecível, uma determinada realidade ou circunstância. Podemos encontrar dois tipos de explicação³⁸¹, em função do seu objeto:

- a) *Funcionalidade do sistema*, sendo entendido como os modelos pré-definidos, classificações, lógico estrutural, etc.;
- b) *Decisões específicas*, as razões ou circunstâncias particulares de determinada decisão automatizada.

Por outro lado, podemos também distinguir, quanto ao momento:

- a) Explicação *ex ante* entendida como aquele que surge previamente à decisão automatizada, embora esta possa incidir apenas sobre a funcionalidade do sistema;
- b) Explicação *ex post*, significando depois da decisão automatizada, esta podendo ser mais completa³⁸².

Como se disse *supra*, a questão essencial é a da adequação da explicação. Entendemos que a mesma deve ser formulada no sentido de permitir ao titular dos dados compreender três elementos essenciais: (i) quais os seus dados efetivamente tratados; (ii) quais as operações de tratamento realizadas; (iii) como foi alcançado determinado resultado a partir daquele mecanismo automatizado. Não interessa uma explicação sobre a codificação utilizada, nem outros detalhes técnicos que serão irrelevantes à compreensão pelo titular dos dados e destinatário, da decisão que lhe foi dirigida. Na verdade, poderia ter interesse um

³⁸⁰ GABRIELA CALDAS, *op. cit.*, p. 52.

³⁸¹ Neste sentido, SANDRA WACHTER, BRENT MITTELSTADT, LUCIANO FLORIDI, *op. cit.*, p. 78.

³⁸² *Ibidem*.

O dualismo *ex ante* vs *ex post* tem o seu referencial não na decisão adotada, mas no efetivamente tratamento dos dados realizados. Assim, a explicação será *ex ante* ao tratamento quando ocorre previamente a este; será *ex post* o tratamento, quando lhe suceda. Coisa diversa é a do momento da decisão – que não precisa de ser necessariamente simultânea ao tratamento. Nestes termos, a explicação pode ser *ex post* o tratamento, mas simultânea à decisão.

nível de detalhe crescente, em momento diverso, nomeadamente no âmbito de uma peritagem ou na avaliação de impacto, mas parece irrelevante especificamente na explicação dada³⁸³.

As explicações produzidas podem, assim, apresentar dois rumos, nem sempre coincidentes³⁸⁴: *modelocêntrico*, alicerçado numa linguagem técnica ou informática; ou *sujeitocêntrico*, procurando uma maior compreensão dos elementos das ferramentas informáticas. Na doutrina, algumas vantagens são apontadas à formulação de uma explicação relativa a decisões automatizadas:

“Firstly, they may help users to trust and make better use of ML systems by helping them to make better “mental maps” of how the model works. Secondly, pedagogical explanations (a model-of-a-model), rather than those made by decomposition (explaining it using the innards) may avoid the need to disclose protected IP or trade secrets in the model, a problem often raised in the literature”.³⁸⁵

De facto, o direito a uma explicação quanto à lógica subjacente ao procedimento automatizado, levanta dúvidas sobre o seu alcance ou limites, na medida em que pode implicar a divulgação de informação desnecessária e também confidencial, sem necessidade. Como os autores notam, o abuso das razões de transparência, pode acabar por constituir um direito à explicação sem sentido ou inútil³⁸⁶.

Assim, EDWARDS e VEALE propõem o reforço de mecanismos alternativos como a melhoria dos sistemas de *machine learning*, bem como o reforço de agências, reguladores ou outras organizações da sociedade civil, para fiscalização e controlo da precisão e funcionamento dos algoritmos utilizados³⁸⁷. Não podemos deixar de reconhecer o mérito da proposta, na medida em que não se basta apenas em permitir ou garantir mecanismos impugnatórios aos interessados, mas procura a prevenção, pelo melhoramento constante dos instrumentos utilizados.

O debate em torno do alcance da explicabilidade no âmbito de decisões automatizadas continua a verificar-se, também em sede jurisprudencial. Exemplo desse debate consta

³⁸³ Poderá ter interesse, mas a título de *informação*, dar a conhecer ao titular, outras medidas ou conclusões tidas sobre o funcionamento da solução automatizada – por exemplo em matéria de medidas de cibersegurança - mas que não dispõe de especial relevância no estrito ato de explicar uma decisão.

³⁸⁴ Cfr. LILIAN EDWARDS, MICHAEL VEALE, *op. cit.*, p. 22.

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 23.

³⁸⁷ Cfr. LILIAN EDWARDS, MICHAEL VEALE, *op. cit.*, p. 23.

das conclusões do Advogado-Geral JEAN RICHARD DE LA TOUR, de 12 de setembro de 2024, relativas ao Processo C-203/22³⁸⁸. No mencionado processo, é suscitado ao Tribunal de Justiça da União Europeia que se pronuncie sobre a interpretação do al. h) do n.º 1 e n.º 4 do artigo 15.º e do artigo 22.º do RGPD e sobre a interpretação do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de know-how e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais. O pedido de decisão prejudicial concentra-se na interpretação do que se possa entender por “informações úteis relativas à lógica subjacente” de uma decisão automatizada. O Advogado-Geral conclui, propondo que se interpretem os preceitos supraditos no sentido de que:

“quando o titular dos dados é objeto de uma decisão automatizada, incluindo a definição de perfis, referida no artigo 22.º do Regulamento 2016/679, as «informações úteis relativas à lógica subjacente» a essa decisão automatizada, às quais esse titular dos dados tem direito de acesso, dizem respeito ao método e aos critérios utilizados pelo responsável pelo tratamento para esse efeito;

estas informações devem permitir ao titular dos direitos exercer os direitos que lhe são garantidos pelo Regulamento 2016/679 e, em especial, por este artigo 22.º. Por conseguinte, devem ser concisas, de fácil acesso e compreensão e formuladas numa linguagem clara e simples. Além disso, devem ser suficientemente completas e contextualizadas para permitir ao titular dos dados verificar a sua exatidão e se existe uma coerência e um nexo de causalidade objetivamente verificáveis entre, por um lado, o método e os critérios utilizados e, por outro, o resultado obtido pela decisão automatizada em causa;

em contrapartida, o responsável pelo tratamento não está obrigado a divulgar ao titular dos dados informações que, devido ao seu carácter técnico, apresentam um grau de complexidade que não podem ser compreendidas por pessoas que não dispõem de conhecimentos técnicos específicos, o que é suscetível de excluir a comunicação dos algoritmos utilizados no âmbito de uma decisão automatizada;

³⁸⁸ Conclusões do Advogado-Geral JEAN RICHARD DE LA TOUR, de 12 de setembro de 2024, relativas ao Processo C-203/22, pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Administrativo de Viena, Áustria. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=290022&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2307527> (consulta feita em 12/09/2024).

quando as informações que devem ser fornecidas ao titular dos dados ao abrigo do direito de acesso garantido pelo artigo 15.º, n.º 1, alínea h), do Regulamento 2016/679 são suscetíveis de lesar os direitos e as liberdades de terceiros, nomeadamente por conterem dados pessoais de terceiros protegidos por este regulamento ou um segredo comercial, (...), essas informações devem ser comunicadas à autoridade de controlo ou ao tribunal competentes para que estes possam ponderar, com todo o conhecimento de causa e no respeito do princípio da proporcionalidade e da confidencialidade das referidas informações, os interesses envolvidos e determinar o alcance do direito de acesso a conferir ao titular dos direitos.”

A proposta de interpretação vai, portanto, no sentido de se estabelecer uma relação entre a informação disponibilizada ao titular dos dados e o exercício dos direitos deste no âmbito do RGPD. Não é, como se viu, toda a informação possível sobre o algoritmo, mas apenas aquela que permita, de forma simples, clara e sucinta, permita ao titular dos dados compreender a decisão que lhe é dirigida e o nexo de causalidade o método e os critérios utilizados e o resultado obtido pela decisão automatizada.

No que à Administração diz respeito, o direito à explicação parece reunir os méritos democráticos próprios do princípio da transparência, desde logo por permitir aos interessados o exercício efetivo dos seis direitos. Todavia, é impossível não reconhecer que a discussão em torno da sua consagração legal limita o debate sobre a sua concretização prática e a segurança na sua aplicação. Ainda assim, consideramos que o mesmo tem, não só sentido de ser, como responde adequadamente aos desafios a que já aludimos, desde logo quanto à opacidade algorítmica.

O direito à explicação não seria – independentemente de se admitir a sua existência – o único instrumento previsto no artigo 22.º do RGPD. Como resulta do n.º 3 do artigo citado, ao responsável pelo tratamento cabe a adoção das “medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados”. Tratando-se de um conceito indeterminado, são da máxima importância as “Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento

(UE) 2016/679”³⁸⁹, adotadas em 3 de outubro de 2017, desenvolvidas pelo grupo de trabalho do artigo 29.^{o390} para a proteção de dados (GT29).

O GT29 em linha com o que já foi dito, entendeu que o n.º 1 do artigo 22.º do RGPD, estabelece uma proibição geral de tomada de decisões com base exclusivamente no tratamento automatizado³⁹¹ e não, como se poderia julgar, a previsão de um direito à contestação “dependente da iniciativa individual”³⁹². O ponto F) das *Orientações* trata do estabelecimento de garantias adequadas, nos casos em que o fundamento para o tratamento resulta das alíneas a) e c) do n.º 2 do artigo 22.º do RGPD. Não custa lembrar que estas alíneas constituem as únicas exceções – para além dos casos previstos no Direito a União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito – à proibição geral de tratamento exclusivamente automatizado de dados pessoais.

Para o GT29, este tratamento excepcional deve ter em atenção, designadamente, os seguintes elementos³⁹³:

- a) “No mínimo, um meio através do qual o titular dos dados possa obter intervenção humana, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão”;
- b) “A intervenção humana é um elemento essencial. Qualquer revisão tem de ser levada a cabo por alguém com a devida autoridade e competência para alterar a decisão. O revisor deve realizar uma avaliação exaustiva de todos os dados pertinentes, incluindo quaisquer informações adicionais transmitidas pelo titular dos dados”;
- c) “Compete ao responsável pelo tratamento pôr à disposição do titular dos dados uma forma simples de exercer esses direitos”;
- d) “Os responsáveis pelo tratamento devem efetuar avaliações frequentes aos conjuntos de dados que tratam, a fim de verificar que não existem enviesamentos³⁹⁴,

³⁸⁹ Disponível em <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053> (consulta feita em 18/08/2024).

³⁹⁰ Nos termos do n.º 2 do artigo 94.º do RGPD, as “referências ao Grupo de proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, criado pelo artigo 29.º da Diretiva 95/46/CE, são consideradas referências ao Comité Europeu para a Proteção de Dados criado pelo presente regulamento”.

³⁹¹ IV. – p. 19.

³⁹² Assim, também, GABRIELA CALDAS, *op. cit.*, p. 50.

³⁹³ IV.F – pp. 30-31.

³⁹⁴ O documento do GT29 diz, a propósito:

“A ocorrência de erros ou enviesamentos nos dados recolhidos ou partilhados ou de erros ou enviesamentos no processo de decisão automatizada pode dar origem a:

bem como desenvolver formas de dar resposta a eventuais elementos prejudiciais, incluindo uma eventual dependência excessiva das correlações.”

- e) “Os sistemas de controlo de algoritmos e as revisões periódicas da exatidão e relevância das decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, são outras medidas úteis”;
- f) “Os responsáveis pelo tratamento devem introduzir medidas e procedimentos adequados para prevenir a ocorrência de erros, imprecisões³⁹⁵ ou a discriminação com base nos dados de categorias especiais”.

O GT29 parece ter adotado a conceção que recusa um reconhecimento efetivo a um direito à explicação, desde logo por ausência de um tratamento autónomo³⁹⁶. Para além disso, o documento incide nas medidas adequadas *ex ante*³⁹⁷, ainda que não apenas na sua

-
- classificações incorretas; e
 - avaliações baseadas em previsões imprecisas; que
 - afetem negativamente as pessoas.”

³⁹⁵ Na seção de recomendações, o GT29 propõe, ainda, um conjunto de outras medidas a considerar, como (p. 36 e ss):

“controles periódicos de garantia da qualidade dos respetivos sistemas, a fim de assegurar um tratamento equitativo e não discriminatório das pessoas, independentemente de serem feitos com base em categorias especiais de dados pessoais ou noutras modalidades;

- controlo de algoritmos – testes aos algoritmos utilizados e desenvolvidos por sistemas de aprendizagem automática para comprovar que estão, de facto, a funcionar conforme previsto e não estão a produzir resultados discriminatórios, incorretos ou indevidos;

- em caso de controlo independente «por terceiros» (quando a tomada de decisões com base na definição de perfis tem um grande impacto nas pessoas), fornecer ao auditor todas as informações necessárias sobre o funcionamento do algoritmo ou do sistema de aprendizagem automática;

- obter garantias contratuais, no caso de algoritmos de terceiros, de que o controlo e os testes foram efetuados e que o algoritmo está conforme às normas aceites;

- medidas específicas de minimização dos dados, com vista a incorporar períodos claros de conservação dos perfis e de quaisquer dados pessoais utilizados na criação ou aplicação dos perfis;

- recurso a técnicas de anonimização ou pseudonimização no âmbito da definição de perfis;

- meios de permitir ao titular dos dados manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão; e

- um mecanismo de intervenção humana em casos definidos, por exemplo, a disponibilização de uma hiperligação para um procedimento de recurso no momento da entrega da decisão automatizada ao titular dos dados, com os prazos de revisão acordados e o nome de um ponto de contacto para quaisquer dúvidas.

Os responsáveis pelo tratamento podem igualmente explorar, entre outras, as seguintes opções:

- mecanismos de certificação relativos às operações de tratamento;

- códigos de conduta para os processos de controlo que envolvam a aprendizagem automática;

- painéis de exame ético, no sentido de avaliar os potenciais efeitos nocivos e benéficos para a sociedade de aplicações específicas da definição de perfis.”

³⁹⁶ Assim, LILIAN EDWARDS, MICHAEL VEALE, “Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 34, Iss. 2, 2018, p. 399. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026736491730376X>. (consulta feita em 18/08/2024).

³⁹⁷ Pese embora não se possa ignorar o disposto no considerando 60 do RGPD, nos termos do qual “o responsável pelo tratamento deverá fornecer ao titular as informações adicionais necessárias para assegurar

conceção, parecendo não tocar nas questões da explicação da decisão tomada. A referência a uma certa noção de “explicação” aparece essencialmente no contexto do dever de informação. Não obstante, é pertinente a nota de GABRIELA CALDAS e que pode permitir a compreensão da insistência nos momentos *ex ante*: “Esta interpretação [proibição geral de tratamento exclusivamente automatizado, salvo os casos previstos no RGPD] corresponde à vontade do legislador de deslocar da esfera individual para o campo da autorregulação a efetiva proteção dos direitos conferidos ao titular dos dados pelo RGPD, com vista a minorar as inevitáveis dificuldades práticas do exercício de tais direitos se considerarmos a assimetria de recursos entre uns e outros que o RGPD não deixa de evocar”³⁹⁸.

2.1.1. Decisões exclusivamente automatizadas

O pressuposto essencial do n.º 1 do artigo 22.º do RGPD é a natureza *exclusivamente automatizada* da decisão. Resulta do elemento literal e da discussão doutrinária sobre o mesmo, que o pressuposto atendível para a aplicação do mencionado artigo é a exclusividade da automação. Em sentido oposto, as decisões apenas parcialmente automatizadas – ou não exclusivamente – estão excluídas da aplicação do artigo 22.º do RGPD, uma vez que nestas ocorre já a intervenção humana a que o titular tem direito por força do n.º 3 do mesmo artigo. Especificamente, quanto à “intervenção humana”, o GT29 afirma que:

“Para que se considere haver uma intervenção humana, o responsável pelo tratamento tem de garantir que qualquer supervisão da decisão seja relevante, e não um mero gesto simbólico. Essa supervisão deve ser levada a cabo por alguém com autoridade e competência para alterar a decisão e que, no âmbito da análise, deverá tomar em consideração todos os dados pertinentes”³⁹⁹.

Transpondo este requisito para a atuação administrativa, verificamos uma possível tensão com os atos “assinados” por dirigentes públicos, mas sem o seu efetivo conhecimento ou intervenção. Pensemos no exemplo dos atos certificativos de domicílio fiscal,

um tratamento equitativo e transparente tendo em conta as circunstâncias e o contexto específicos em que os dados pessoais forem tratados. O titular dos dados deverá também ser informado da definição de perfis e das consequências que daí advêm”. Ora, tal dever poderá respeitar a momento diverso, mesmo após a recolha.

³⁹⁸ GABRIELA CALDAS, *op. cit.*, p. 51.

³⁹⁹ IV.A – p. 23.

obtidos através do “Portal das Finanças”. A sua emissão, a qualquer hora, mesmo em momentos em que os serviços não estão em funcionamento, ocorre através de um documento digital com assinatura eletrónica do chefe de finanças da área de residência. Ora, dúvidas parecem não existir que um procedimento que pode demorar um a dois minutos, ainda que assinado digitalmente, não constitui um caso de intervenção humana, antes um gesto simbólico⁴⁰⁰.

Ainda assim, os casos de verdadeira decisão exclusivamente automatizada são residuais, já que a maioria dos sistemas são de suporte à decisão, fornecendo elementos relevantes à consideração do decisor, sobre os factos ou disponibilizando informações sobre indivíduos. A intervenção de um humano no circuito (*human in the loop*) retira a tais sistemas a natureza de exclusivamente automatizados⁴⁰¹. LILIAN EDWARDS e MICHAEL VEALE falam a propósito – em sentido idêntico ao que referimos sobre os atos automatizados praticados através do Portal das Finanças – de casos de “rubber stamping”, como instrumento para excluir à aplicação do artigo 22.º do RGPD⁴⁰². Parece relevante, para aferir da natureza exclusivamente automatizada, a prática concreta, já que um sistema desenhado para ter intervenção humana, funcionando como suporte à decisão, pode factualmente funcionar como decisor exclusivamente automatizado, seja por razões de conveniência ou de tempo⁴⁰³. Destarte, existem razões para aplicar o artigo 22.º do RGPD a decisões praticadas com alguma intervenção humana, embora seja difícil aferir do grau de intervenção que operará como critério de distinção⁴⁰⁴. Em idêntico sentido, FRANCESCA PALMIOTTO, entende que “mere human involvement does not exclude the applicability of Article 22 GDPR *a priori* but needs to be assessed on a case-by-case basis”⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ Entendemos, por isso, que os atos praticados através de solução integralmente automatizada, deveriam dispor de selo ou certificado digitais que atestassem a sua emissão automatizada, recorrendo-se à assinatura do titular do órgão com competência para a prática do ato, apenas nos casos em que tivesse havido intervenção humana. Sem prejuízo, o CPA dispõe, na al. g) do n.º 1 do artigo 151.º, que é menção obrigatória a assinatura do autor do ato. Tal solução será, portanto, de *iure condendo*.

⁴⁰¹ Nesse sentido, LILIAN EDWARDS, MICHAEL VEALE, “Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling”, *cit.*, p. 400.

⁴⁰² *Ibidem*.

⁴⁰³ *Ibidem*. Referem os autores: “In fact there is some evidence that even where systems are explicitly intended only to support a human decision maker, for reasons of trust in automated logic, lack of time, convenience or whatever, then the system tends to de facto operate as wholly automated.”

⁴⁰⁴ *Ibidem*. Referem os autores: “There is a strong argument therefore that rights to control «solely» automated decision making must also apply to decisions made with some degree of human involvement, though the extent of that degree is hard to set”.

⁴⁰⁵ FRANCESCA PALMIOTTO, *op. cit.*, p. 6.

Na mesma linha, o GT29 entende que “(...) se alguém aplicar de forma sistemática perfis gerados automaticamente a pessoas sem ter qualquer influência efetiva no resultado, tratar-se-á, ainda assim, de uma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado”⁴⁰⁶. Assim, a intervenção humana deve ser medida também quanto à frequência de decisões humanas que contrariam o sistema ou introduzem argumentos para além dele. A intervenção humana não pode, portanto, ser confundida com mera observação.

É paradigmática a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), sobre o caso SCHUFA⁴⁰⁷, em que se discutia as decisões individuais automatizadas relativas à capacidade de uma pessoa para cumprir as suas obrigações de pagamento no futuro (*scoring*). No referido acórdão, o TJUE entendeu que o n.º 1 do artigo 22.º do RGPD deve ser interpretado no sentido que “a determinação automatizada, por uma sociedade que fornece informações comerciais, de um valor de probabilidade baseado em dados pessoais relativos a uma pessoa sobre a capacidade desta para cumprir as suas obrigações de pagamento no futuro constitui uma «decisão individual automatizada», na aceção desta disposição, quando o facto de um terceiro, ao qual o referido valor de probabilidade é comunicado, estabelecer, executar ou cessar uma relação contratual com essa pessoa depende de forma determinante desse valor de probabilidade”.

A decisão do TJUE manifesta a dificuldade em definir um critério abstrato e geral sobre o conceito de decisão exclusivamente automatizada, optando pela apreciação casuística do mesmo. Em todo o caso, a partir desta decisão podemos afirmar uma regra em sentido contrário: a “presença” humana, *per se*, não é critério para excluir automaticamente a aplicação do n.º 1 do artigo 22.º do RGPD.

O debate em torno das circunstâncias em que se pode considerar uma decisão como exclusivamente automatizada tem animado, como se viu, a doutrina, a jurisprudência e os diferentes interessados, em geral. Por exemplo, o *Future of Privacy Forum*, publicou um relatório (2022), com estudo de casos decididos por tribunais e autoridades para a

⁴⁰⁶ IV.A – 23.

⁴⁰⁷ Acórdão do TJUE de 7/12/2023, referente ao processo n.º C-634/21. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=280426&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3408920> (consulta feita em 19/08/2024).

proteção de dados, sobre decisões automatizadas⁴⁰⁸. Pese embora não tenha qualquer caso nacional decidido, o documento apresenta uma sistematização relevante para a compreensão da previsão normativa do n.º 1 do artigo 22.º do RGPD. São três as condições cumulativas para a aplicação do normativo mencionado: (i) a existência de uma decisão; (ii) baseada exclusivamente em automatização; (iii) produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.

Podemos entender que existe uma decisão “as the result of the underlying data processing operation, which involves taking a particular resolution regarding a person, formal enough to be «distinguished from other steps that prepare, support, complement or head off decision-making»”.⁴⁰⁹

Considerando que já abordámos o segundo elemento, uma nota impõe-se, ainda, quanto ao que entender por produção de efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar. O GT29 entende⁴¹⁰, como tal, uma decisão que “afete os direitos legais de alguém, como, por exemplo, a liberdade de associação com outrem, de votar numa eleição ou de intentar ações judiciais”⁴¹¹ Pode, ainda, no entendimento do mesmo grupo, considerar-se como efeito jurídico “quando o estatuto jurídico de uma pessoa ou os seus direitos no âmbito de um contrato são afetados”⁴¹². Já quanto às circunstâncias que possam integrar a noção de “efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar”, o GT29 considera relevante que “os seus efeitos devem ser suficientemente grandes ou importantes para merecerem atenção. Quer isto dizer que a decisão deve ser suscetível de:

- afetar significativamente as circunstâncias, o comportamento ou as escolhas das pessoas em causa;
- ter um impacto prolongado ou permanente no titular dos dados; ou

⁴⁰⁸ “Automated Decision-making Under the GDPR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities”, *Future Privacy Forum*, 2022. Disponível em <https://fpf.org/wp-content/uploads/2022/05/FPF-ADM-Report-R2-singles.pdf> (consulta feita em 19/08/2024).

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 8.

⁴¹⁰ Em linha com a reflexão do GT29, *vide*, LILIAN EDWARDS, MICHAEL VEALE, “Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling”, *cit.*, pp. 401-402.

⁴¹¹ IV.B – 23.

⁴¹² *Ibidem*. O GT29 dá como exemplos, as decisões automatizadas sobre uma pessoa que resultam:

- na rescisão de um contrato;
- na atribuição ou recusa de uma prestação social específica prevista na legislação, tais como um abono de família ou um subsídio de habitação;
- na recusa de admissão num país ou no indeferimento de um pedido de aquisição de nacionalidade.”

- nos casos mais extremos, dar origem a uma exclusão ou discriminação das pessoas.”⁴¹³

A proibição geral de ficar sujeito a decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado, comporta as três exceções do n.º 2 do artigo 22.º do RGPD. Interessa ao nosso estudo a exceção da al. b) do mencionado n.º 2, ou seja, as circunstâncias em que exista autorização do “direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados”. Aos Estados-Membros é conferida a faculdade de conformar o direito nacional respetivo, no sentido de afastar a proibição geral do n.º 1 do artigo 22.º do RGPD, desde que implementadas as devidas salvaguardas e que são, em múltiplos aspetos, as já mencionadas.

O tratamento de dados do qual resulte uma decisão com efeitos jurídicos ou similares, exclusivamente por meios automatizados, tem, nessa medida, para além dos casos contratuais ou consentidos, uma “reserva de direito prévio”, não podendo ser realizado por *motu proprio* do responsável pelo tratamento.

Em especial, no direito nacional, releva o n.º 4 do artigo 62.º do CPA, onde se prevê que os “balcões eletrónicos asseguram a emissão automatizada de atos meramente certificativos e a notificação de decisões que incidam sobre os requerimentos formulados e podem proceder à emissão automatizada de atos”. Não obstante, a norma tem um âmbito circunscrito e fica a dúvida de quais as medidas adequadas previstas pelo legislador. Serão os direitos procedimentais do interessado, medidas suficientes ou haverá a necessidade de previsão específica de tais medidas? Poderá a Administração definir as medidas adequadas pela via regulamentar ou simplesmente na prática, aplicando “códigos de boas práticas”?

⁴¹³ IV.B – 24. Reconhecendo a dificuldade da análise casuística, o GT29 oferece alguns exemplos: “• decisões que afetem a situação financeira de uma pessoa, designadamente a sua elegibilidade para obtenção de crédito;

- decisões que afetem o acesso de uma pessoa aos serviços de saúde;
- decisões que impeçam o acesso de uma pessoa a uma oportunidade de emprego ou a coloquem em séria desvantagem;
- decisões que afetem o acesso de uma pessoa à educação, como, por exemplo, o ingresso em estabelecimentos de ensino superior.”

O GT29 inclui nestes casos, também, a publicidade em linha.

Parece haver, mesmo volvidos oito anos da publicação do RGPD, um desinteresse pelas regras relativas ao tratamento exclusivamente automatizado de dados, mesmo sabendo que o regime jurídico é aplicável a entidades públicas, enquanto responsáveis pelo tratamento ou mesmo subcontratantes (n.ºs 7 e 8 do artigo 4.º do RGPD) e quando proliferam referências em legislação especial aplicável à atividade administrativa ou notas de comunicação de entidades públicas. Outros países foram por caminhos diversos e estabeleceram regimes transversais em matéria de tratamento automatizado de dados, prevendo medidas preventivas e regras de monitorização da qualidade dos algoritmos⁴¹⁴.

Importa lembrar, que o direito à explicação – assumindo que o mesmo se enquadra nos normativos em crise – é apenas um dos elementos decorrentes do artigo 22.º do RGPD e que o conjunto de medidas adequadas – que já mencionámos a propósito do documento do GT29 – abarcar vários domínios do tratamento automatizado, seja de âmbito técnico, declarativo ou documental.

2.1.2. Os deveres de informação sobre tratamento automatizado no RGPD

Se a existência de um direito à explicação é questionável – pese embora nos inclinemos a admitir a sua existência e necessidade – já os deveres de informação decorrentes do RGPD implicam menores ou nenhuma dúvida. Deste breve percurso pelas malhas do direito a uma explicação, percebemos que o raciocínio se apresenta algo inseguro – pelo menos na prática – na medida em que a sua afirmação, em primeiro lugar, resulta da legislação aplicável ao tratamento de dados, mas parece não ter paralelo na legislação administrativa em sentido estrito, com os inconvenientes daí advenientes; em segundo lugar, a discussão em torno da existência de um direito à explicação e dos seus verdadeiros contornos, bem como do conteúdo do mesmo, tornam particularmente insegura e residual, a sua aplicabilidade concreta.

⁴¹⁴ Nesse sentido e referindo os regimes dos diversos países da União, *vide* GIANCLAUDIO MALGIERI, *op. cit.*, pp. 7-18. Afirma o autor, a propósito, que “However, there are at least four cases in which Member States have adopted a wider scope. It is the case of the French Law (a decision which has legal effects or significantly effects on a person), the Hungarian Law (decisions based only on automated data processing, in particular profiling, which are prejudicial to the person or legitimate interests of the person or which have a significant impact on the person concerned), the Austrian Law (decisions based only on automated processing, including profiling, which have detrimental consequences for the data subject or that could significantly affect them) and the Belgian Law (any decision based exclusively on automated processing, including profiling, which produces adverse legal effects for the data subject or significantly affects him/her)” – p. 18.

Alguma doutrina acaba por pugnar pela ideia de que o RGPD não definiu propriamente um direito à explicação, mas preferencialmente um direito a ser informado⁴¹⁵. O direito a ser informado implica um conjunto de deveres de informação atribuídos ao responsável pelo tratamento e que se aplicam, pelas razões já explicitadas, também à Administração. O n.º 1 do artigo 12.º do RGPD dispõe que o “responsável pelo tratamento toma as medidas adequadas para fornecer ao titular as informações a que se referem os artigos 13.º e 14.º e qualquer comunicação prevista nos artigos 15.º a 22.º e 34.º a respeito do tratamento, de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples, em especial quando as informações são dirigidas especificamente a crianças”.

Assim, as informações devem ser prestadas, regra geral, por iniciativa do próprio responsável, salvo o previsto no n.º 3 do artigo 12.º e nos artigos 15.º a 20.º do RGPD – sem necessidade de solicitação expressa do titular. Tal informação deve, ainda, ser concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, com recurso a linguagem clara e simples. As informações devem ser prestadas numa lógica centrada no sujeito⁴¹⁶ ou destinatário e não tanto centradas em tecnicidade. Os deveres informativos correspondem, por isso, aos critérios ou parâmetros mais básicos da decisão automatizada.

Como é sabido, os deveres de informações constam essencialmente nos artigos 13.º e 14.º do RGPD, consoante os dados pessoais tenham – o primeiro – ou não – o segundo – sido recolhidos junto do titular. Trata-se de um dever de informação ativo, por oposição aos deveres de informação passivos, previstos no artigo 15.º do RGPD⁴¹⁷. Nestes termos, por força da al. f) do n.º 2 do artigo 13.º e da al. g) do n.º 2 do artigo 14.º, ambos do RGPD, o responsável pelo tratamento deve disponibilizar ao titular dos dados informação sobre a “existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis referida no artigo 22.º, n.ºs 1 e 4, e, pelo menos nesses casos, informações úteis relativas à lógica

⁴¹⁵ Neste sentido, SANDRA WACHTER, BRENT MITTELSTADT, LUCIANO FLORIDI, *op. cit.*, p. 77.

⁴¹⁶ Assim, LILIAN EDWARDS, MICHAEL VEALE, “Clarity, surprises, and further questions in the article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling”, *cit.*, pp. 402-403. Referem os autores que Whether such a right to an explanation, were it to exist might include the kinds of “subject-centred” explanations (such as decision sensitivity to changes in input variables), and how this right might play with the range of explanation facilities, both static and interactive, being pushed by computer scientists in conferences and workshops such as Fairness Accountability and Transparency in Machine Learning (FATML) is yet to be seen”.

⁴¹⁷ Quanto à distinção, *vide*, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados, à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, 2020, p. 340.

subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados”.

O dever de informação previsto na al. f) do n.º 2 do artigo 13.º deve ser prestado no momento da recolha dos dados pelo responsável pelo tratamento. Já o dever de informação constante da al. g) do n.º 2 do artigo 14.º, porque não recolhidos junto do titular, dispõe de regras especiais quanto ao prazo, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo. Particularmente interessante, é a dispensa de tal informação quando, nos termos da al. c) do n.º 5 do artigo 14.º – que não ocorre nos casos do artigo 13.º – a “obtenção ou divulgação dos dados esteja expressamente prevista no direito da União ou do Estado-Membro ao qual o responsável pelo tratamento estiver sujeito, prevendo medidas adequadas para proteger os legítimos interesses do titular dos dados”. Este último caso tem especial relevância para a Administração, na circunstância em que recolha de dados pessoais ocorra junto de outras entidades ou serviços, para efeitos da sua atividade. A este propósito, é aplicável, também, o n.º 2 do artigo 116.º do CPA, nos termos do qual “quando os elementos de prova dos factos estiverem em poder da Administração, o ónus previsto no número anterior considera-se satisfeito desde que o interessado proceda à sua correta identificação junto do responsável pela direção do procedimento”. Parece ter sido cauteloso⁴¹⁸ o legislador administrativo – também nos casos do artigo 28.º-A do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril – ao fazer depender a recolha de dados conservados pela Administração, de um ato expresso da vontade do titular, não tendo previsto, como a al. c) do n.º 5 do artigo 14.º autorizara, regras que permitissem – ou mesmo obrigassem – a Administração a fazer tal recolha no âmbito de procedimentos administrativos. Talvez falte, ainda, uma articulação entre estas normas e o princípio da declaração única⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Na verdade, parece até contradizer o princípio do inquisitório, já que o artigo 58.º do CPA expressamente prevê que o “responsável pela direção do procedimento e os outros órgãos que participem na instrução podem, mesmo que o procedimento seja instaurado por iniciativa dos interessados, proceder a quaisquer diligências que se revelem adequadas e necessárias à preparação de uma decisão legal e justa, ainda que respeitantes a matérias não mencionadas nos requerimentos ou nas respostas dos interessados”. Querá dizer, que o princípio do inquisitório estará limitado aos dados não pessoais?

⁴¹⁹ Não obstante, notamos que a Administração tem o dever, nos termos do n.º 1 do artigo 115.º do CPA de “procurar averiguar todos os factos cujo conhecimento seja adequado e necessário à tomada de uma decisão legal e justa dentro de prazo razoável, podendo, para o efeito, recorrer a todos os meios de prova admitidos em direito”. Tal implica que a Administração não fica dispensada do mencionado dever, nem da observância do princípio do inquisitório previsto no artigo 58.º do CPA, com fundamento na falta de indicação do titular.

A recolha de dados, nestes termos, quando prevista no direito do Estado-Membro, sempre exigirá a adoção de medidas adequadas para a proteger os legítimos interesses do titular dos dados – e que devem constar do direito que prevê a respetiva recolha – a que já aludimos⁴²⁰. De ressaltar que a al. c) do n.º 5 do artigo 14.º do RGPD não inclui apenas os casos de tratamento automatizado, mas todos os casos relativos a dados não recolhidos junto do titular.

Um ponto relevante da redação dos artigos 13.º e 14.º é a informação sobre a *lógica subjacente*. A este propósito, o GT29 estabeleceu que o:

“responsável pelo tratamento deverá encontrar formas simples de comunicar ao titular dos dados a lógica subjacente, ou os critérios aplicados para tomar a decisão. O RGPD obriga o responsável pelo tratamento a fornecer informações úteis relativas à lógica subjacente, e não necessariamente uma explicação complexa sobre os algoritmos utilizados ou a divulgação do algoritmo na íntegra. As informações prestadas devem, no entanto, ser suficientemente completas para permitir ao titular dos dados compreender os motivos da decisão”⁴²¹.

Assim, as informações sobre a lógica subjacente devem ser compreensíveis pelo titular dos dados e aqui, não já numa perspetiva do destinatário normal, mas do titular efetivo, de modo que este possa entender o que motivou a respetiva decisão, sem que isso exija a publicitação do funcionamento mais técnico de algoritmos ou modelos.

Por fim, já no âmbito do dever de informação passivo, a al. h) do n.º 1 do artigo 15.º, prevê que o titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a confirmação de que os dados pessoais que lhe digam respeito são ou não objeto de tratamento e, se for esse o caso, o direito de aceder aos seus dados pessoais e à informação sobre a “existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, referida no artigo 22.º, n.ºs 1 e 4, e, pelo menos nesses casos, informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados”. Trata-se, por conseguinte, de uma salvaguarda do titular dos dados

⁴²⁰ Como refere JUANITA PEDRAZA CÓRDOBA, “(...) la legitimación del intercambio de datos entre administraciones se basa en la existencia de una obligación legal, cumplimiento de una misión de interés público o ejercicio de poder público”. Cfr. “Interoperabilidad e intercambio de datos entre administraciones públicas”, *La Administración al día*, 24 de fevereiro de 2023. Disponível em <https://laadministracional-dia.inap.es/noticia.asp?id=1513620#nota1> (consulta feita em 15/09/2024).

⁴²¹ IV.E – p. 28. Para uma análise crítica desta matéria, *vide*, LILIAN EDWARDS, MICHAEL VEALE, “Clarity, surprises, and further questions in the article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling”, *cit.*, pp. 399-400.

que pode aceder às informações pertinentes sobre as operações de tratamento com recurso a automatizações.

Na posição dos autores WACHTER et. al., a al. h) do n.º 1 do artigo 15.º, embora aparentemente constituísse um direito de acesso a informação relativa aos procedimentos automatizados, está restrita às “consequências previstas”, o que indicia que apenas se referiria a uma explicação *ex ante*, mas não *ex post*, pelo que estaria aqui excluído um direito a uma explicação posterior à decisão⁴²². Da nossa parte, parece-nos uma conclusão excessiva, porque, embora reconhecimento a referência a “consequências previstas”, certo é que o n.º 1 do artigo 15.º e que constitui a previsão normativa, menciona que o direito de acesso recai sobre a “confirmação de que os dados pessoais que lhe digam respeito são ou não objeto de tratamento”. Ora, tratando-se de uma “confirmação”, presuppõe que tais operações de tratamento possam já ter ocorrido – ou ocorram no momento do pedido de informação –, pelo que nos parece apressado entender que o normativo se reduz a um tratamento *ex ante*.

Em todo o caso, forçoso é concluir que existem especiais deveres informativos, ainda que prévios à decisão, que recaem sobre o responsável pelo tratamento, cuja categoria é aplicável à Administração quando investida nessa qualidade e que deve ser acautelada, também, em matéria procedimental.

2.2. Deveres de informação e de explicação no Regulamento para a Inteligência Artificial

O debate sobre o direito à explicação em decisões automatizadas veio a ganhar novos contornos e – esperemos – uma maior clareza com o Regulamento para a Inteligência Artificial. Tendo entrado vigor no dia 1 de agosto de 2024, o Regulamento produzirá efeitos, na sua totalidade, a partir de 2 de agosto de 2026 (artigo 113.º), sem prejuízo da sua aplicação faseada em alguns domínios, como as matérias do capítulo I e II, aplicáveis a partir de 2025 (al. a.) do artigo 113.º).

O Regulamento para a Inteligência Artificial tem uma abordagem distinta do RGPD⁴²³ – desde logo pelo escopo ser diferente, apoiando-se, sobretudo nas dimensões do risco,

⁴²² SANDRA WACHTER, BRENT MITTELSTADT, LUCIANO FLORIDI, *op. cit.*, pg. 83.

⁴²³ Quanto à similitude de objetivos, *vide*, FRANCESCA PALMIOTTO, *op. cit.*, p. 9.

ou numa abordagem centrada no risco. Com um âmbito direcionado aos casos de uso, o Regulamento estrutura-se a partir do conceito de risco⁴²⁴, este entendido como “a combinação da probabilidade de ocorrência de danos com a gravidade desses danos” (n.º 2 do artigo 3.º). O Regulamento pretende conciliar três dimensões essenciais – e que resultam do seu artigo 1.º – a saber: (i) melhorar o funcionamento do mercado interno; (ii) promover a adoção de uma inteligência artificial centrada no ser humano e de confiança, assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção da saúde, da segurança e dos direitos fundamentais; e (iii) apoiar a inovação⁴²⁵.

Parece-nos da máxima pertinência fazer menção a algumas disposições específicas do Regulamento, em matéria de dever de informação e direito à explicação. A IA tem sido confrontada, ao longo do tempo, com a discussão sobre as diferentes técnicas e requisitos que permitiam incrementar a sua transparência e segurança. Este debate tem ficado conhecido como *explainable AI* (XAI). A XAI pode ser definida como um “set of processes and methods that allows human users to comprehend and trust the results and output created by machine learning algorithms”⁴²⁶. Não se trata de um conceito vago ou mero princípio, mas uma área de saber que aplica diferentes técnicas tendentes ao incremento da explicabilidade ou transparência das soluções de IA⁴²⁷.

As técnicas de XAI podem ser agrupadas em três grupos⁴²⁸: (i) *prediction accuracy*, medindo a precisão dos resultados a partir da comparação dos mesmos com os *data sets* de treino; (ii) *traceability*, limitando a forma como as decisões podem ser tomadas e estabelecendo ligações entre os elementos neuronais ativados no processo; (iii) *decision understanding*, constituindo-se como o fator humano no processo, disponibilizando formação à equipa que trabalha com a IA para que compreenda o modo como esta produz as suas decisões.

⁴²⁴ Para um maior detalhe sobre a componente de risco e a abordagem relativa à segurança, *vide*, NUNO SOUSA E SILVA, “O Regulamento da Inteligência Artificial: análise introdutória”, 2024, pp. 6-9. Disponível em https://nss.pt/images/Data/Publicacoes-outros materiais/NSS_O_Regulamento_de_Inteligencia_Artificial.pdf (consulta feita em 19/08/2024).

⁴²⁵ Nesse sentido, *vide*, FRANCESCA PALMIOTTO, *op. cit.*, p. 9.

⁴²⁶ Assim, “What is explainable AI?”, IBM. Disponível em <https://www.ibm.com/topics/explainable-ai>. (consulta feita em 19/08/2024).

⁴²⁷ Sobre as questões de Explainable AI, *vide*, NUNO SOUSA E SILVA, *op. cit.*, p. 2.

⁴²⁸ *Ibidem*.

O esforço da XAI é, como decorre do supradito, o incremento da qualidade e responsabilidade no uso de IA e a proteção dos direitos e interesses dos utilizadores. É particularmente significativo, a este propósito, o considerando 93 do Regulamento, pelo que o reproduzimos:

“Ainda que os riscos relacionados com os sistemas de IA possam resultar da forma como esses sistemas são concebidos, tais riscos também podem decorrer da forma como os sistemas de IA são utilizados. *Os responsáveis pela implantação de sistemas de IA de risco elevado desempenham, por conseguinte, um papel fundamental na garantia da proteção dos direitos fundamentais*, complementando as obrigações do prestador aquando do desenvolvimento do sistema de IA. Os responsáveis pela implantação estão em melhor posição para entender de que forma o sistema de IA de risco elevado será utilizado em concreto, pelo que, graças a um conhecimento mais preciso do contexto de utilização, das pessoas ou grupos de pessoas suscetíveis de serem afetados, incluindo os grupos vulneráveis, conseguem identificar potenciais riscos significativos que não foram previstos na fase de desenvolvimento. Os responsáveis pela implantação de sistemas de IA de risco elevado enumerados num anexo do presente regulamento também *desempenham um papel crítico na informação de pessoas singulares e deverão, quando tomam decisões ou ajudam a tomar decisões relacionadas com pessoas singulares, conforme o caso, informar as pessoas singulares de que estão sujeitas à utilização do sistema de IA de risco elevado*. Essas informações deverão incluir a finalidade prevista e o tipo de decisões que toma. O responsável pela implantação *deverá também informar as pessoas singulares do seu direito à explicação a que se refere o presente regulamento. (...)*” – itálicos nossos.

A garantia da transparência da IA está dependente, em larga escala, da própria ação do responsável pela implementação, enquanto agente mais direto ou próximo aos utilizadores. Nos termos do n.º 4 do artigo 3.º do Regulamento, entende-se por “responsável pela implementação”, “uma pessoa singular ou coletiva, autoridade pública, agência ou outro organismo que utilize um sistema de IA sob a sua própria autoridade, salvo se o sistema de IA for utilizado no âmbito de uma atividade pessoal de carácter não profissional”. A transparência é uma preocupação transversal ao Regulamento, manifestando-se em diversas obrigações de documentação, registos, informações, cooperação e explicação. Em especial o artigo 50.º do Regulamento dispõe obrigações de transparência apli-

cáveis aos prestadores e responsáveis pela implantação de determinados sistemas de inteligência artificial, em específico e com maior relevância, a obrigação de conceber ou desenvolver os sistemas de IA destinados a interagir com as pessoas singulares, de modo que estas sejam informadas de que estão a interagir com um sistema de IA.

Embora menos que o RGPD, também o Regulamento para a Inteligência Artificial utiliza os conceitos de explicação e informação, por vezes quase indistintamente. Pese embora a IA seja, no fim do dia, um “produto” e, nessa medida, disponha de requisitos de qualidade – muitos deles traduzidos nas obrigações previstas no Regulamento, entre as quais a de utilizar a marcação CE (artigo 48.º) – não deixa de haver referências a deveres de informação, entre outros, nos artigos 13.º e 14.º, referindo-se, expressamente, o direito a “explicações”, no artigo 86.º do Regulamento.

Neste sentido e diferentemente dos requisitos para as decisões exclusivamente automatizadas no RGPD, o Regulamento para a Inteligência Artificial propõe um regime de risco inaceitável, partindo do pressuposto de que o recurso a decisões adotadas a partir de IA constitui uma fonte de risco⁴²⁹.

O n.º 1 do artigo 86.º do Regulamento dispõe que qualquer “pessoa afetada sujeita a uma decisão tomada pelo responsável pela implantação com base nos resultados de um sistema de IA de risco elevado⁴³⁰ enumerado no anexo III⁴³¹, com exceção dos sistemas enumerados no ponto 2 desse anexo, e que produza efeitos jurídicos ou analogamente afete num grau significativo essa pessoa, de forma que considere ter repercussões nega-

⁴²⁹ Quanto ao tópico e relativamente à supervisão humana, *vide*, FRANCESCA PALMIOTTO, *op. cit.*, p. 10.

⁴³⁰ Releva notar que, nos termos do n.º 3 do artigo 6.º do Regulamento, “um sistema de IA a que se refere o Anexo III não pode ser considerado de risco elevado se não representar um risco significativo de danos para a saúde, a segurança ou os direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente se não influenciarem de forma significativa o resultado da tomada de decisões”.

O considerando 53, a propósito, “É igualmente importante esclarecer que podem existir casos específicos em que os sistemas de IA referidos em domínios predefinidos especificados no presente regulamento não conduzam a um risco significativo de prejuízo para os interesses jurídicos protegidos nesses domínios por não influenciarem significativamente a tomada de decisões ou não prejudicarem substancialmente esses interesses. Para efeitos do presente regulamento, um sistema de IA que não influencie significativamente o resultado da tomada de decisões deverá ser entendido como um sistema de IA que não tem impacto na substância nem, por conseguinte, no resultado da tomada de decisões, seja ele humano ou automatizado”.

Sobre o critério da influência e o desafio hermenêutico de tal conceito para os prestadores, *vide*, FRANCESCA PALMIOTTO, *op. cit.*, p. 12.

⁴³¹ Lista de sistemas de IA de risco elevado a que se refere o n.º 2 do artigo 6.º do Regulamento, dos quais destacamos os que tratam dados biométricos, emprego, formação profissional ou acesso a serviços privados essenciais e a serviços e prestações públicos essenciais.

tivas na sua saúde, segurança ou direitos fundamentais, tem o direito de obter do responsável pela implantação explicações claras e pertinentes sobre o papel do sistema de IA no processo de tomada de decisão e sobre os principais elementos da decisão tomada”.

De igual modo ao RGPD, o n.º 2 do referido artigo, prevê a não aplicabilidade do n.º 1 citado, quando as “exceções ou restrições à obrigação prevista nesse número decorram do direito da União ou do direito nacional em conformidade com o direito da União”.

O artigo 86.º deve ser lido conjuntamente com o considerando 171:

“As pessoas afetadas deverão ter o direito de obter explicações quando uma decisão do responsável pela implantação tenha por base principalmente os resultados de determinados sistemas de IA de risco elevado abrangidos pelo âmbito de aplicação do presente regulamento, e quando essa decisão produzir efeitos jurídicos ou analogamente afetar num grau significativo essas pessoas, de uma forma que considerem ter repercussões negativas na sua saúde, segurança ou direitos fundamentais. Essas explicações deverão ser claras e pertinentes e constituir uma base sobre a qual as pessoas afetadas possam exercer os seus direitos. O direito à explicação não deverá aplicar-se à utilização de sistemas de IA para os quais decorram do direito da União ou do direito nacional exceções ou restrições e deverá aplicar-se apenas na medida em que não esteja já previsto no direito da União”.

Quer o artigo 86.º, quer o considerando 171, carecerão da intervenção da doutrina, jurisprudência e da ação dos organismos europeus para densificar os conceitos genéricos que são aplicados nos mesmos. Assim, conceitos como os de “pessoas afetadas⁴³²”, “produção de efeitos jurídicos”, “analogamente afetar num grau significativo essas pessoas”, “claras e pertinentes”, deverão ser preenchidos caso-a-caso. Embora alguns destes conceitos sejam aproximados a outros que constavam já do RGPD, o Regulamento para a Inteligência Artificial foi mais longe e assumiu claramente a existência de um direito à explicação clara e pertinente sobre o papel do sistema de IA no processo de tomada de decisão e sobre os principais elementos da decisão tomada.

Por outro lado, o artigo 86.º não exige – como decorre do artigo 22.º do RGPD – que a decisão seja exclusivamente automatizada, bastando que, em qualquer momento da mesma, haja a intervenção de um sistema de IA reconduzível ao n.º 1 daquele artigo 86.º.

⁴³² Conceito consideravelmente repetido no Regulamento, inclusive no seu âmbito de aplicação (al. g) do n.º 1 do artigo 2.º).

As explicações serão *ex post*, pese embora pareça, pela redação do artigo 86.º - e do considerando que lhe dá suporte – que as explicações serão obtidas apenas mediante solicitação da pessoa afetada. Para tanto conta o elemento literal, nas referências a “de forma que considere” e “tem o direito de obter do responsável pela implantação”, que sugerem a necessidade de um ato expresse do titular do direito à explicação. Veremos, a propósito da ligação entre o RGPD, o Regulamento para a Inteligência Artificial e o CPA, se estas explicações não deverão constar da própria fundamentação dos atos administrativos.

É, a propósito deste tema, elucidativa a afirmação de NUNO SOUSA E SILVA: o “AI Act não impõe uma obrigação geral de gerar modelos ou decisões explicáveis. No entanto, no caso dos sistemas de risco elevado estabelece-se um direito à explicação do papel do sistema (arts. 13.º e 86.º), e a perceber os grandes princípios do seu funcionamento e da decisão tomada (arts. 14.º e 86.º). O texto do art. 86.º (e o considerando 171) não é totalmente claro quanto a saber se é necessário explicar a decisão concreta ou se basta uma explicação genérica”⁴³³. A condicionante do regime do direito a explicação parece ser, por isso, o risco associado ao sistema de IA e não, simplesmente, o facto de ser um sistema de IA.

O Regulamento para a Inteligência Artificial tem, também, outras obrigações de informação, na sua maioria documentais e *ex ante* que deverão ser articuladas, não só com o RGPD, mas com a legislação aplicável à atividade administrativa.

O artigo 11.º define obrigações de documentação técnica, antes da colocação no mercado ou colocação em serviço, devendo ser mantida atualizada e que permita a demonstração do cumprimento dos requisitos estabelecidos no Regulamento, nomeadamente às autoridades nacionais competentes e aos organismos notificados. Também em matéria de rastreabilidade, o artigo 12.º dispõe de obrigações registais durante a vida útil do sistema, facilitando o controlo e auditabilidade da sua utilização.

É o artigo 13.º que oferece maior interesse em matéria de deveres de informação aplicáveis aos responsáveis pela implementação⁴³⁴. O n.º 1 do referido artigo estabelece que os “sistemas de IA de risco elevado devem ser concebidos e desenvolvidos de maneira a assegurar que o seu funcionamento seja suficientemente transparente para permitir

⁴³³ NUNO SOUSA E SILVA, *op. cit.*, p. 20.

⁴³⁴ No sentido de que as obrigações do artigo 13.º respeitam à interpretabilidade e não à explicabilidade dos sistemas de IA, *vide*, NUNO SOUSA E SILVA, *op. cit.*, p. 20.

aos responsáveis pela implantação interpretar os resultados do sistema e utilizá-los de forma adequada”. As instruções de utilização que devem ser disponibilizadas ao responsável pela implementação, incluem, em específico, as características, capacidades e limitações de desempenho do sistema de IA de risco elevado, das quais destacamos, para além da finalidade prevista (al. a)); as “capacidades técnicas e as características do sistema de IA de risco elevado que sejam pertinentes para explicar os seus resultados” (subalínea iv) da alínea b)); “quando oportuno, o seu desempenho em relação a determinadas pessoas ou grupos de pessoas específicos em que o sistema se destina a ser utilizado” (subalínea v) da alínea b)); ou “informações que permitam aos responsáveis pela implantação interpretar os resultados do sistema de IA de risco elevado e utilizá-los adequadamente”. As obrigações aqui previstas têm uma clara conexão com o tema da *explainable AI*, bem como quanto à interpretabilidade e/ou explicabilidade da IA.

O Regulamento estabelece, ainda, regras sobre a supervisão humana no seu artigo 14.º. Assim, os “sistemas de IA de risco elevado devem ser concebidos e desenvolvidos de modo a poderem, nomeadamente por meio de ferramentas de interface homem-máquina apropriadas, ser eficazmente supervisionados por pessoas singulares durante o período em que estão em utilização”. A supervisão tem uma finalidade de prevenção de riscos, sejam para a saúde, segurança ou direitos fundamentais. Esta supervisão não pode ser confundida com a mera observação. Por isso, o sistema de IA de risco elevado deve ser facultado ao responsável pela implementação de modo a permitir a compreensão adequada das “capacidades e limitações pertinentes do sistema de IA de risco elevado e conseguir controlar devidamente o seu funcionamento, nomeadamente a fim de detetar e corrigir anomalias, disfuncionalidades e desempenhos inesperados” (al. a) do n.º 4); a interpretação correta dos “resultados do sistema de IA de risco elevado, tendo em conta, por exemplo, as ferramentas e os métodos de interpretação disponíveis” (al. c) do n.º 4); ou a decisão “em qualquer situação específica, não usar o sistema de IA de risco elevado ou ignorar, anular ou reverter os resultados do sistema de IA de risco elevado” (al. d) do n.º 4). Parece-nos ser de afirmar que o regime da supervisão humana previsto no Regulamento para a Inteligência Artificial, na sua aplicação à atividade administrativa, implica um dever de assegurar um efetivo controlo procedimental pelo órgão decisor ou, genericamente, pelo responsável pela direção do procedimento, quanto esteja em causa o recurso a IA na decisão administrativa.

Para além das obrigações previstas nos artigos 16.º, 17.º (sistema de gestão da qualidade), 18.º (manutenção de documentação) e 19.º (registos gerados automaticamente), também o artigo 20.º, dispõe que os prestadores de sistemas de IA devem informar “os distribuidores do sistema de IA de risco elevado em questão e, se for caso disso, os responsáveis pela implantação, o mandatário e os importadores”, de que os sistemas não estão em conformidade com o Regulamento, após tomarem as medidas corretivas necessárias a repor tal conformidade.

O artigo 21.º prevê que os prestadores de sistemas de IA de risco elevado devem prestar às autoridades competentes todas as informações, documentação ou acesso a registos gerados automaticamente, para demonstrar a conformidade do sistema de IA de risco elevado com os requisitos estabelecidos na secção 2 do Regulamento.

O artigo 27.º do Regulamento, por fim e com alguma relevância para o nosso estudo, atende à avaliação de impacto de sistemas de IA de risco elevado sobre os direitos fundamentais⁴³⁵. Nos termos do seu n.º 1, os organismos de direito público ou entidades privadas que prestam serviços públicos ou que sejam responsáveis pela implementação, devem realizar uma avaliação de impacto sobre direitos fundamentais, que inclua, entre outros, uma “descrição dos processos do responsável pela implantação em que o sistema de IA de risco elevado seja utilizado de acordo com a sua finalidade prevista” (al. a) do n.º 1); ou a “descrição da aplicação das medidas de supervisão humana de acordo com as instruções de utilização” (al. e) do n.º 1).

Do supradito, resulta, em suma e procurando articular o RGPD e o Regulamento para a Inteligência Artificial, nas disposições estudadas, que o regime jurídico efetivamente aplicável aos algoritmos de *Decision-making*, depende da resposta a duas questões essenciais: (i) a decisão foi adotada exclusivamente por meios automatizados? (ii) o sistema de IA comporta riscos consideráveis para os direitos fundamentais?⁴³⁶ A resposta a estas perguntas poderá fazer aplicar, em simultâneo ou isoladamente, as disposições do RGPD e do Regulamento para a Inteligência Artificial em matéria de decisões automatizadas.

⁴³⁵ O n.º 5 do artigo 27.º, dispõe que o Serviço para a IA deve desenvolver um modelo para um questionário, nomeadamente através de um sistema automatizado, a fim de facilitar aos responsáveis pela implantação o cumprimento simplificado das obrigações do mesmo artigo.

⁴³⁶ Assim, FRANCESCA PALMIOTTO, *op. cit.*, p. 13.

3. Direito à explicação vs fundamentação

A existência de um direito à explicação, de âmbito geral e aplicável também às decisões administrativas automatizadas, parece duvidosa e de difícil enquadramento⁴³⁷, atentas as complexidades legais e doutrinárias que elencámos.

Sem prejuízo, assumindo a sua existência para os efeitos do RGPD e nos casos expressamente previstos no Regulamento para a Inteligência Artificial, fica a questão de saber se existe uma diferença considerável entre o dever de fundamentação e o direito à explicação, no respeitante às decisões administrativas. Ora, como vimos *supra*, o dever de fundamentação assenta na necessidade, enquanto direito fundamental procedimental, de permitir o conhecimento das razões de facto e de direito da decisão. A decisão, independentemente dos seus moldes e estando sujeita ao dever de fundamentação, deve ser cognoscível pelos interessados e sindicável pelos tribunais.

Ninguém pode ser surpreendido por decisões cujos fundamentos sejam em absoluto ausentes ou inapreensíveis, impedindo a reação do próprio destinatário – seja a de se conformar com o sentido e alcance da decisão, seja a de reagir administrativa ou judicial a esta.

O mesmo raciocínio, assim nos parece, cabe também nos especiais deveres de informação resultantes dos artigos 13.º a 15.º do RGPD, particularmente no direito a obter informação do responsável pelo tratamento quanto à lógica subjacente do funcionamento do sistema.

Como se viu, no caso da *sentenza* do Conselho de Estado italiano, os interessados não pretendem apenas informações sobre as finalidades de tratamento de dados ou sobre a lógica de funcionamento do sistema, mas compreender como é que o mecanismo robotizado, com base nos dados fornecidos pelos mesmos, chegou ao resultado referido. Nestes termos, parece-nos que estamos perante um verdadeiro dever de fundamentação e não apenas uma explicação sobre o estrito funcionamento do sistema. Tal como referido pela *sentenza* italiana, o procedimento, ainda que automatizado/robotizado, deve garantir os direitos dos interessados, desde logo os respeitantes ao procedimento e à validade das decisões administrativas. Fundamentar é, portanto, numa fórmula sintética, dar a conhecer o sentido, o percurso, que a Administração fez para tomar qualquer posição, uma

⁴³⁷ Assim, por exemplo, NUNO SOUSA E SILVA, *op. cit.*, p. 2.

reconstituição organizada do percurso realizado. A tanto concorrem todos os requisitos do dever de fundamentação, já estudados, sejam eles formais, materiais ou temporais: uma fundamentação expressa, sucinta, clara, congruente, suficiente e concomitante, reúne e concretizam os princípios basilares da atividade administrativa e garante os direitos fundamentais dos interessados.

A dúvida reside na possibilidade de distinguir, assim tão claramente, o direito à explicação do dever de fundamentação. Como tivemos oportunidade de referir, o direito à explicação – de duvidosa existência no RGPD, mas claramente previsto no Regulamento para a Inteligência Artificial – pretende garantir a possibilidade de contestação da decisão pelo seu destinatário ou, nas palavras do artigo 86.º do Regulamento para a Inteligência Artificial, compreender o papel do sistema de IA no processo de tomada de decisão e sobre os principais elementos da decisão tomada. Recordando, as palavras de GABRIELA CALDAS, já citadas⁴³⁸, é “antes a aceitação de que todas as decisões que afetam significativamente qualquer indivíduo são passíveis de contestação, pelo que se lhes exige, primeiro que tudo, que obedeçam aos princípios básicos da fundamentação e da transparência. Se isso não for possível, ou, desde que isso não seja possível, tais decisões devem ser tidas por incompatíveis com as normas vigentes”.

Como parece evidente, os âmbitos de aplicação do RGPD⁴³⁹ e do Regulamento para a Inteligência Artificial⁴⁴⁰ são amplamente maiores e distintos do que o âmbito do CPA, fazendo que aqueles se apliquem predominantemente a setores privados e operadores económicos, que praticam massivamente atos relativos a clientes ou utilizadores, com grandes impactos nas suas vidas e esferas jurídicas, não se esgotando, por isso, tais âmbitos à atividade administrativa⁴⁴¹. Assim, cabe à Administração, mas também – e talvez principalmente – ao legislador nacional, a compatibilização e harmonização da aplicação do Direito interno aos diferentes regimes supranacionais aplicáveis e à influência do direito europeu na atividade administrativa. Assim, as preocupações do RGPD e do Regulamento para a Inteligência Artificial, nesta matéria, são similares às preocupações basi-

⁴³⁸ GABRIELA CALDAS, *op. cit.*, p. 47.

⁴³⁹ Artigos 2.º e 3.º.

⁴⁴⁰ Artigo 2.º.

⁴⁴¹ Relembramos que os exemplos do GT29 incidem, essencialmente, sobre setores económicos que recorram a tecnologia complexa como o setor bancário ou a publicidade em linha.

lares do dever de fundamentação: garantir o conhecimento e compreensão pelo destinatário das decisões que lhe são dirigidas e permitir a reação/contestação a estas, em especial a sindicância das mesmas pelos tribunais. São os princípios básicos da fundamentação e da transparência a que aludimos e que pretendem transportar os requisitos da ação humana para os automatismos que a complementam ou substituem⁴⁴².

Pelo exposto, não vemos razão, na maioria dos casos de atos lesivos ou que afetem os seus destinatários – artigo 152.º do CPA, 22.º do RGPD e 86.º do Regulamento para a Inteligência Artificial – para operar uma divisão estanque e intransigente dos deveres explicativos e de fundamentação, como se constituíssem momentos totalmente separados da ação administrativa e até exteriores ao procedimento. Logo, em muitas áreas de confluência, os deveres explicativos podem e devem ser assegurados no âmbito e no momento da fundamentação, desde que permitam ao destinatário a compreensão do sentido da decisão, as suas razões de facto e de direito e a respetiva reação.

Não podemos negar, ainda assim, que explicar não é exatamente igual e apenas o mesmo que fundamentar. Atendendo à redação do artigo 22.º do RGPD e do artigo 86.º do Regulamento para a Inteligência Artificial, há algo mais para além da exposição das razões de facto e de direito que suportam a decisão. Verificamos, logo à partida, que resulta do n.º 1 do artigo 22.º do RGPD e do n.º 1 do artigo 86.º do Regulamento para a Inteligência Artificial, que os efeitos jurídicos aí referidos não precisam de ser lesivos ou negativos para os interessados ou, de certa forma, contrariem decisão ou parecer anterior, prática habitual ou incidam negativamente sobre ato anterior – como contrariamente resulta do artigo 152.º do CPA. Assim, nada obsta a que mesmo nos atos positivos, haja lugar a direito à explicação quando o ato seja praticado com recurso a meios automatizados. Parece-nos, até, que não fará sentido reduzir as salvaguardas do artigo 86.º do Regulamento para a Inteligência Artificial, em específico a de obter “explicações claras e pertinentes sobre o papel do sistema de IA no processo de tomada de decisão e sobre os principais elementos da decisão tomada”, apenas aos atos lesivos. Pelo contrário, as informações relativas ao papel do sistema na tomada de decisão, são de capital importância para a compreensão do sentido e conteúdo do ato, mesmo quando este seja aparentemente

⁴⁴² Não nos podemos esquecer e foi esse, aliás, o seu propósito, do debate realizado no capítulo I da presente dissertação, sobre o sentido último da IA e que era a colaboração com a ação humana, facilitando-a, melhorando-a e, em operações específicas, substituindo-a.

positivo. Atentemos no exemplo do concurso de professores que motivou a *sentenza* italiana. É imaginável uma circunstância em que um professor colocado se bastasse com tal informação ignorando que, por viés do algoritmo, tinha sido colocado em posição na lista ou em local diverso daquele que efetivamente deveria ter sido. O mesmo seria aplicável a uma liquidação automatizada de imposto, em que o retorno atribuído ao sujeito tributário fosse efetivamente inferior ao devido. Poderá haver, portanto, uma aparência de positividade no ato administrativo que só possa ser salvaguardada pelas regras gerais de ambos os normativos (artigo 22.º do RGPD⁴⁴³ e n.º 1 do artigo 86.º do Regulamento para a Inteligência Artificial).

Propomos, portanto, que os atos administrativos automatizados, ainda que de conteúdo positivo, devem acautelar o fornecimento das explicações adequadas, desde logo quanto à explicação do papel efetivo do sistema de IA na decisão, mesmo nas circunstâncias em que inexista dever de fundamentação nos termos do artigo 152.º do CPA, mas sejam aplicáveis os diplomas europeus em crise.

A mesma regra, mais claro é agora, vale para os atos lesivos, em que à fundamentação não basta dispor o arrazoado fático-jurídico sustentador da decisão, mas prestar ao interessado os elementos necessários à compreensão do papel do sistema de IA na decisão. Há, portanto, ainda que com limites, um explicar para além do fundamentar que deve ser considerado e salvaguardado pela Administração.

Tratando-se de uma situação em que existe dever de fundamentação, mas o procedimento é, em si, automatizado, incumbe à Administração assegurar que os atos por si praticados são, igualmente, preenchidos com as razões de facto e de Direito que os fundamentam, sob pena de invalidade daqueles. Nessa medida, a Administração deve, ativamente, garantir que a parametrização tecnológica do algoritmo utilizado na decisão automatizada permite a efetivação do dever de fundamentação no ato a que corresponde, nos termos e com os pressupostos legais já referidos.

Parece-nos, aliás, inadmissível juridicamente que a fundamentação administrativa dos atos automatizados seja fornecida apenas *a posteriori* e sob solicitação do particular,

⁴⁴³ Tema paralelo – que não compete tratar aqui – é o da eventual impossibilidade de dispensar a audiência dos interessados nos casos da al. f) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA, nos casos em que haja tratamento exclusivamente automatizado de dados. É que, como resulta do n.º 3 do artigo 22.º do RGPD, uma das medidas que o responsável pelo tratamento deve disponibilizar é o direito ao titular de “manifestar o seu ponto de vista”, o que poderá levar ao entendimento de que a audiência dos interessados é sempre obrigatória, enquanto medida adequada, nos casos de tratamento exclusivamente automatizado.

como ocorre nos atos orais (artigo 154.º do CPA). Nos termos dos normativos suprarreferidos, a fundamentação é concomitante ao ato administrativo, um seu elemento constitutivo. Por conseguinte, tal como foi definido pelo Conselho de Estado Italiano na sua decisão (nota de rodapé 1), parece-nos que o princípio da transparência (n.º 1 do artigo 14.º do CPA), mas também da tutela jurisdicional efetiva (n.º 4 do artigo 268.º CRP), obrigam a Administração a garantir a cognoscibilidade dos procedimentos automatizados, pelos interessados e pelos órgãos de controlo, de modo que ao particular não seja exigido um esforço infundado na busca e compreensão das razões de determinado ato, nem tenha que a solicitar expressamente.

Recordamos, novamente, as palavras muito certeiras de GABRIELA CALDAS, “Se isso não for possível [fundamentação], ou, desde que isso não seja possível, tais decisões devem ser tidas por incompatíveis com as normas vigentes”⁴⁴⁴. A natureza jusfundamental do dever de fundamentação, que se constitui enquanto direito procedimental fundamental para os interessados, impede qualquer solução digital que se traduza em opacidade da ação administrativa, impossibilidade de motivação das decisões da Administração ou limitação dos meios de defesa dos interessados. Tal não constitui uma limitação à inovação – até porque esta deve ser harmonizada com a garantia da segurança e dos direitos fundamentais – mas o envio desta para o seu lugar apropriado⁴⁴⁵.

Por outro lado, entendemos que os próprios requisitos da fundamentação, nos termos gerais já densificados no capítulo II da presente dissertação, podem implicar uma referência expressa às soluções de automação. Dissemos *supra*, que a fundamentação suficiente se caracteriza por um raciocínio que tem uma relação com a tomada de posição da Administração e não se basta com um qualquer raciocínio ou juízo. Assim, não nos parece possível que o interessado seja destinatário de uma decisão automatizada sem que a mesma faça qualquer referência a tal, nem se debruce sobre o papel do automatismo na sua emissão.

Entendemos, assim, que o ato automatizado para ser válido, à luz do n.º 2 do artigo 153.º do CPA, deve garantir a referência ao recurso a meios automatizados e ao seu papel na decisão, já que a própria defesa do interessado e a apreciação judicial da decisão serão

⁴⁴⁴ GABRIELA CALDAS, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁴⁵ Por exemplo no recurso às zonas livres tecnológicas, previstas no Decreto-Lei n.º 67/2021, de 30 de julho. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/67-2021-168697990>.

distintas nos casos de automatização decisória. A omissão do recurso a meios automatizados na fundamentação do próprio ato, compromete a sua compreensibilidade e, por conseguinte, a sua validade.

Importa concluir com a referência à exceção à proibição geral do tratamento exclusivamente automatizado, decorrente do n.º 1 do artigo 22.º do RGPD. Como vimos, nos termos da al. b) do n.º 2 do artigo 22.º do RGPD, os titulares dos dados podem estar sujeitos a decisões exclusivamente automatizadas, se tal for autorizado pelo direito da União ou do Estado-Membro e desde que tal direito preveja medidas adequadas para salvaguardar os direitos. Ora, tal circunstância determina que, para além dos casos hipotéticos de consentimento do titular⁴⁴⁶, a decisão exclusivamente automatizada só pode ocorrer quando expressamente previsto no direito, seja da União, seja do Estado-Membro.

3.1. Informação *ex ante* à fundamentação

Os deveres de fundamentação e de explicação não esgotam, como seria de esperar, o âmbito das obrigações de transparência no recurso a automatização nas decisões administrativas. Nos casos em que inexista um dever de fundamentação, deve a Administração, ainda assim, atender aos deveres de informação suficientes a esclarecer o modo de funcionamento do sistema e os seus resultados possíveis, tal como indiciado, ainda que num juízo *ex ante*, nos artigos 13.º a 15.º do RGPD e 13.º do Regulamento para a Inteligência Artificial.

Não será oportuno repetir o que já dissemos (pontos 2.1.2 e 2.2.), a propósito dos deveres de informação previstos em ambos os regulamentos. De facto, resulta do âmbito de aplicação de ambos os diplomas europeus que tais obrigações são também aplicáveis às entidades públicas que sejam responsáveis pelo tratamento de dados pessoais e/ou responsáveis pela implementação ou prestadores de sistemas de IA.

Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do RGPD, o regulamento é aplicável ao “tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados”. Por seu turno, o artigo 3.º, em matéria de âmbito territorial, define a sua

⁴⁴⁶ E sendo o mesmo admissível, dada a situação de desequilíbrio relacional entre a Administração e os interessados.

aplicação do regulamento no “contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União”. De igual modo, do n.º 7 do artigo 4.º, considera-se “responsável pelo tratamento” “a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro”.

Pelo exposto, as obrigações previstas, mormente de informação, devem ser asseguradas pela Administração, enquanto e quando for, responsável pelo tratamento. A Administração deve informar o titular dos dados, previamente ao tratamento, sobre a existência de “decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, referida no artigo 22.º, n.ºs 1 e 4, e, pelo menos nesses casos, informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados”, nos termos da al. f) do n.º 2 do artigo 13.º e da al. g) do n.º 2 do artigo 14.º. Questão pertinente é o momento da prestação de tais informações. Como já dissemos, os deveres informativos constantes dos mencionados normativos, constituem-se *ex ante* à decisão/operação de tratamento. Assim, entendemos que a Administração deve, antes da receção do requerimento inicial ou, nos casos dos procedimentos de iniciativa oficiosa (artigo 53.º do CPA), pelo menos, aquando da decisão de dar início ao procedimento, remeter ou disponibilizar aos interessados, as informações exigidas pela al. f) do n.º 2 do artigo 13.º e pela al. g) do n.º 2 do artigo 14.º

Também nos termos da al. h) do n.º 1 do artigo 15.º, o responsável pelo tratamento deve assegurar as informações adequadas, em específico a confirmação de que os dados são objeto de tratamento e de acesso, quanto haja uma decisão automatizada. Considerando a necessária manifestação de vontade do titular dos dados, de que depende o n.º 1 do artigo 15.º, a operacionalização deste dever implicará a disponibilização de um canal de acesso e contacto para o efeito⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ Há, já, uma tentativa de solução preventiva para a questão no portal “os meus dados na Administração Pública”, disponível em <https://eportugal.gov.pt/os-meus-dados-administracao-publica>.

Também os deveres informativos do Regulamento para a Inteligência Artificial, deverão ser acomodados no procedimento administrativo ou, em geral, na atividade administrativa. Pese embora muitos dos deveres sejam internos, isto é, respeitantes à própria decisão de recurso a determinado sistema de IA e à aferição da sua qualidade, através de documentação técnica e manutenção de registos (Ex.: artigos 11.º e 12.º do Regulamento), outros deveres devem, ainda, ser observados pela Administração. Assumindo que as entidades públicas serão, na maioria dos casos, responsáveis pela implementação, devem assegurar a recolha e o cumprimento das obrigações de transparência e prestação de informações, previstos no artigo 13.º, nomeadamente fazendo testes de capacidade de interpretação de resultados (n.º 1 do artigo 13.º) e disponibilizando o acesso às instruções de utilização que sejam relevantes para os interessados, enquanto potenciais pessoas afetadas pelos sistemas de IA (n.º 3 do artigo 13.º). Tais informações devem, igualmente, estar acessíveis aos interessados no momento inicial do procedimento, seja a requerimento ou oficiosamente.

Também a supervisão humana é uma exigência aplicável aos sistemas de IA, “durante o período em que estão em utilização” (n.º 1 do artigo 14.º do Regulamento). A supervisão humana deve assegurar, por força do n.º 2 do mencionado artigo, a minimização dos riscos para a saúde, segurança ou os direitos fundamentais, o que, no específico da atividade Administrativa, determina que os sistemas de IA não podem colidir também com os direitos fundamentais procedimentais, em particular o direito à fundamentação expressa, sucinta e suficiente. As medidas de supervisão humana não deverão, todavia, ser definidas exclusivamente pelo responsável pela implementação, mas em colocação com o prestador. É o que resulta da al. b) do n.º 3 do artigo 14.º, que se refere às “medidas identificadas pelo prestador antes de o sistema de IA de risco elevado ser colocado no mercado ou colocado em serviço e que se prestem a serem postas em prática pelo responsável pela implantação”.

Notar, por fim, que nos termos do n.º 9 do artigo 26.º do Regulamento para a Inteligência Artificial, os responsáveis pela implantação de sistemas de IA de risco elevado devem usar as informações recebidas nos termos do artigo 13.º do mesmo Regulamento para cumprirem a sua obrigação de realizar uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados nos termos do artigo 35.º do RGPD.

Na verdade, tal como já referido *supra*, existem certas vantagens nos meios preventivos. Assim, poderá assumir particular importância o previsto no artigo 35.º do RGPD,

relativamente à avaliação de impacto sobre a proteção de dados. Nos termos do n.º 1 do normativo citado, quando “um certo tipo de tratamento, em particular que utilize novas tecnologias e tendo em conta a sua natureza, âmbito, contexto e finalidades, for suscetível de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo tratamento procede, **antes de iniciar o tratamento, a uma avaliação de impacto das operações de tratamento previstas sobre a proteção de dados pessoais**. Se um conjunto de operações de tratamento que apresentar riscos elevados semelhantes, pode ser analisado numa única avaliação” – **negritos nossos**.

O mesmo artigo 35.º, na sua alínea a) do n.º 3, constitui como obrigatória a avaliação de impacto nos casos de “avaliação sistemática e completa dos aspetos pessoais relacionados com pessoas singulares, baseada no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, sendo com base nela adotadas decisões que produzem efeitos jurídicos relativamente à pessoa singular ou que a afetem significativamente de forma similar”.

Da avaliação de impacto realizada deve resultar, pelo menos, nos termos do n.º 7 do artigo 35.º, uma avaliação dos riscos para os direitos e liberdades dos titulares dos direitos, bem como as medidas previstas para fazer face aos riscos, incluindo as garantias, medidas de segurança e procedimentos destinados a assegurar a proteção dos dados pessoais.

Este dever de avaliação do impacto poderá trazer grandes vantagens para os procedimentos automatizados e para a prevenção de riscos dos mesmos para os destinatários das decisões, também no que se refere à Administração.

Em sentido semelhante, o artigo 27.º do Regulamento para a Inteligência Artificial obriga os responsáveis pela implementação que sejam organismos de direito público, ou entidades privadas que prestam serviços públicos e responsáveis pela implantação de sistemas de IA de risco elevado a que se refere o anexo III, ponto 5, alíneas b) e c), antes da implementação de um sistema de IA de risco elevado, à execução de uma avaliação do impacto que a utilização desse sistema possa ter nos direitos fundamentais⁴⁴⁸.

Tudo o supradito não constitui limite ou obstáculo à inovação, mas balizas ou pressupostos para a inovação segura e desejável que respeite os direitos fundamentais dos

⁴⁴⁸ Nos termos do n.º 5 do artigo 27.º, o serviço para a IA deve desenvolver um modelo para um questionário, nomeadamente através de um sistema automatizado, a fim de facilitar aos responsáveis pela implantação o cumprimento simplificado destas obrigações.

interessados. Assim, as medidas de simplificação a desenhar ou implementar pela Administração, quando incluam automação, devem acautelar preventivamente as disposições mencionadas. A Administração não compra apenas boas ideias, por melhores que sejam, mas assegura o exercício de responsabilidades públicas, pelo que a garantia dos direitos e interesses legalmente protegidos, bem como a legalidade subjacente são imperativos indispensáveis. A tecnologia que não o garanta ou só o garanta insuficientemente, deve ser excluída da utilização pela Administração Pública.

4. Adequação legal à fundamentação dos atos administrativos automatizados

Do trabalho realizado até ao momento, resulta evidente a complexidade – e mesmo a opacidade – normativa a que as entidades administrativas estão sujeitas a propósito das decisões tomadas e que afetem, de algum modo, os direitos de terceiros.

É útil o exercício de o explicitar: no âmbito de um procedimento administrativo que recorra a mecanismos de decisão automatizada ou, em geral, a tratamento automatizado de informação, o responsável pela direção do procedimento deve atender: (i) às regras gerais do procedimento administrativo, em especial as aplicáveis à Administração eletrónica (ex.: artigos 14.º e 62.º do CPA); (ii) às regras específicas sobre medidas de modernização administrativa, previstas no Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril; (iii) às disposições aplicáveis em matéria de identificação digital, em especial as resultantes da Lei n.º 37/2014, de 26 de junho; (iv) ao disposto no RGPD sobre deveres de informação e à garantia de medidas adequadas à proteção dos interesses do titular dos dados, especificamente quando se recorra a mecanismos de decisão exclusivamente automatizada; (v) estando em causa sistemas de IA de risco elevado, aos deveres de informação e ao direito à explicação, decorrentes do Regulamento para a Inteligência Artificial; (vi) regimes especiais de notificações eletrónicas, nomeadamente por recurso ao Decreto-Lei n.º 93/2017, de 1 de agosto; (vii), às regras de prestação de serviços públicos digitais, decorrentes do Decreto-Lei n.º 49/2024, de 8 de agosto (viii) toda a legislação especial ou regulamentação aplicável ao procedimento concreto. A complexidade de tal empreitada abrange também a multitude de categorias ou classificações que podem aplicar-se ao mesmo órgão. Assim, quanto a um mesmo procedimento, o órgão administrativo pode assumir as categorias de (i) responsável pela direção do procedimento; (ii) responsável pelo tratamento

ou subcontratante; (iii) prestador ou responsável pela implementação; ou (iv) entidade aderente ao serviço público de notificações eletrônicas.

Já do lado do cidadão, para além de ter de conhecer os direitos que amiúde lhe são reconhecidos por toda a legislação dispersa que referimos e outra mais que exista, assumirá ainda diferentes condições, como a de (i) requerente, (ii) interessado, (iii) titular dos dados, (iv) pessoa afetada e/ou (v) utilizador. Ao cidadão é também exigido que a cada momento da interação com a Administração saiba a que título o faz e com que regime jurídico, “sacando da cartola”, se é permitida a expressão coloquial, a referência legal certa que espolete a reação esperada ou pretendida pela Administração. Quer a Administração, quer os interessados vivem uma espécie de “transtorno dissociativo” de identidade, não sabendo em que momento devem assumir qual.

Não é necessário repetir o que foi dito sobre a complexidade do conjunto de regimes sobrepostos em matéria de meios digitais, simplificação ou automatização. Ainda que ocorra uma certa compartimentação das soluções, distinguindo-se, até, na prática, quais as áreas da Administração que mais eficazes em termos de soluções *user friendly*, a unidade da atividade administrativa, começando pelo próprio Governo, enquanto órgão superior da Administração Pública (artigo 182.º da CRP), exigiria que tais temas tivessem um tratamento holístico e transversal.

Não vemos, todavia, que a constituição de soluções seguras, quanto à garantia efetiva dos direitos fundamentais e demais interesses legalmente protegidos dos interessados, possa ser alcançada sem a intervenção direta do legislador⁴⁴⁹. Tal intervenção deve ocorrer em duplo sentido: (i) a concatenação do regime de uso de IA ou automação a um único diploma legal; (ii) a definição dos limites e critérios para a utilização da IA, em linha com os normativos da União já mencionados, mencionando as medidas adequadas ao respetivo uso. Na verdade, há já algum tempo, que se tem assinalado a pertinência e urgência de uma revisão legal profunda no que respeita à Administração eletrónica⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ Outros países assumiram rumo diverso. Assim, *vide* GIANCLAUDIO MALGIERI, *op. cit.*, pp. 7-21. Em especial a lei Francesa (Loi n.º 2018/493, de 20 de junho de 2018), expressamente prevê as regras e os casos de decisão automatizada na função administrativa (p. 13).

⁴⁵⁰ Nesse sentido, BÁRBARA MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 256.

Em sentido mais abrangente, no campo dos direitos fundamentais na era digital e sobre a necessidade de regulação destes no campo dos poderes públicos e na ação dos privados, cfr., ANABELA COSTA LEÃO, *op. cit.*, pp. 29-34.

A intervenção legal referenciada não é necessária, do nosso ponto de vista, apenas porque falta, em absoluto, um regime jurídico aplicável à matéria ou não seja possível, no campo jurisprudencial, garantir a efetiva aplicação do princípio da transparência às decisões algorítmicas. De facto, como se demonstrou, a conjugação do RGPD, do Regulamento para a Inteligência Artificial e dos princípios e regras do próprio Código do Procedimento Administrativo, permite afirmar, já, que a transparência administrativa deve determinar a exposição do recurso a soluções de automação e, em qualquer caso, permitir a cognoscibilidade e compreensibilidade das decisões resultantes de automatização. Como se viu a propósito da *sentenza* n.º 2270, de 2019, do Conselho de Estado Italiano, a jurisprudência logrou afirmar um princípio geral de transparência que exige a possibilidade de sindicância das decisões automatizadas pelos interessados e pelos tribunais. Pareceria, portanto, que a intervenção do legislador seria dispensável⁴⁵¹. Todavia, as razões invocadas são motivadas por imperativos de segurança jurídica⁴⁵², bem como, pelo facto, de muitas decisões não serem exclusivamente automatizadas – o que exclui a aplicação do artigo 22.º do RGPD – ou não serem tomadas a partir de sistemas de IA de risco elevado – o que poderá excluir a aplicação do artigo 86.º do Regulamento. Tratando-se de um tema transversal à atividade administrativa, deverá merecer esse enquadramento holístico.

A este propósito, PEDRO COSTA GONÇALVES, parece distinguir os casos em que a decisão administrativa, ainda que auxiliada por meios automatizados, continua a ser “decisão de uma pessoa” – na medida em que aqueles seriam “instrumentais ou acessórios”, dos casos de decisão automatizada, em que o “algoritmo substitui o decisor”⁴⁵³, seja mediante o recurso a algoritmos determinísticos ou não determinísticos. No primeiro caso

⁴⁵¹ Em sentido, diverso, ENRICO CARLONI, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁵² PEDRO COSTA GONÇALVES, afirma que “(...) estamos agora em posição de perceber melhor que os cuidados e a ponderação que a regulamentação do tema reclama não se compadecem com uma qualquer interpretação que, à sombra de elementos literais não conclusivos, se apoiasse nos referidos preceitos legais para concluir a legitimidade da figura dos atos administrativos totalmente automatizados no direito português.” Cfr. “Regime Jurídico da Administração Pública Eletrónica (tópicos)”, *cit.*, p. 996.

⁴⁵³ *Ibidem*, pp. 992-994. O autor refere que há uma “diferença de natureza entre o ato administrativo praticado por uma pessoa (titular de um órgão administrativo ou agente de uma pessoa coletiva pública) – de quem se espera que controle os resultados do processamento eletrónico e decida, conscientemente, se os deve assumir como dados instrutórios seguros e corretos – e o ato administrativo cujo conteúdo seja, de uma forma assumida, totalmente determinado pela máquina: este nível de automatização da decisão representa uma mudança de paradigma quanto à utilização de meios eletrónicos na ação administrativa” (p. 994).

(auxílio decisório), “o facto de a Administração se servir de meios de tratamento automatizado de dados não carece de uma habilitação legal, nem geral, nem (muito menos) específica, encontrando-se uma tal possibilidade integrada no poder geral de direção do procedimento administrativo. O que aqui deve exigir é uma *regulamentação legal sobre o tratamento automatizado de dados* como meio de instrução do procedimento administrativo (...)”⁴⁵⁴ Já no segundo caso, haveria a distinguir os casos em que o algoritmo funciona de forma determinística – resultando o seu fundamento legal implícito na competência legal para praticar tais atos⁴⁵⁵ - dos casos em que o algoritmo é não determinístico, procurando “definir uma regra de proibição da cisão entre o ato administrativo e vontade humana”⁴⁵⁶.

Outros países, como já se disse, têm já legislação específica sobre o recurso a algoritmos no exercício de poderes públicos que demonstram a preocupação de sujeitar as diferentes técnicas de Inteligência Artificial a regras de éticas e de transparência. Espanha, por exemplo, dispõe de dois diplomas de referência nessa matéria: a Ley 40/2015, de 1 de outubro, que aprova o “Régimen Jurídico del Sector Público”⁴⁵⁷ e a Ley 15/2022, de 12 de julho, que aprova a “integral para la igualdad de trato y la no discriminación”⁴⁵⁸. Exemplos que poderão, facilmente, inspirar o legislador nacional a adotar soluções adequadas à garantia da transparência no recurso a mecanismos de decisão automatizada na

⁴⁵⁴ *Ibidem*, pp. 992-993.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, pp. 997-998. Embora o mesmo autor entenda que existem alguns obstáculos legais, nomeadamente porque “a possibilidade legal de atos administrativos totalmente automatizados encontra-se, em princípio, excluída quando estejam em causa atos que envolvam o tratamento de dados pessoais” (p. 998.). De igual modo, a automação integral do procedimento pode colidir com formalidades essenciais do procedimento previstas legalmente.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, pp. 1001-1002. O autor refere, ainda que, “independentemente da compreensão que se possa ter sobre o fenómeno, afigura-se-nos fora de dúvida que uma evolução no sentido da *automatização total* de alguns tipos de atos administrativos cuja prática convoque ponderações de interesses em presença no caso concreto e envolva juízos e valores de carácter discricionário, a admitir-se no futuro, não poderá, nunca, prescindir de um fundamento legal específico para cada situação e, além, disto, de uma disciplina geral sobre as condições jurídicas a cumprir em termos de transparência e explicitação inteligível sobre o tratamento automatizado, que proceda à definição das garantias adequadas dos administrados e ainda à delimitação de um regime de impugnação jurisdicional que atenda às exigências particulares de um «controlo do algoritmo»” (p. 1002).

⁴⁵⁷ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566> (consulta feita em 06/09/2024).

⁴⁵⁸ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589> (consulta feita em 06/09/2024).

Administração Pública⁴⁵⁹. Ainda que tais soluções legislativas não versem diretamente sobre o dever de fundamentação ou explicação, manifestam já um evidente cuidado com as matérias da transparência das decisões administrativas e que são transversais às decisões automatizadas.

Claro que a intervenção legal, *per se*, não é, ainda, suficiente. Tratando-se de domínios essencialmente técnicos, a Administração deve dispor de medidas técnicas e organizativas adequadas, atualizadas e supervisionadas, constituindo as estruturas organizativas próprias para o efeito.

Em todo o caso, e como conclusão, parece-nos que a legislação nacional não acompanha as exigências dos novos tempos⁴⁶⁰, nem assegura as medidas adequadas a garantir os direitos e interesses dos destinatários⁴⁶¹, já que de tudo o acima exposto, resulta que o esforço de garantia de tais interesses é essencialmente doutrinário ou jurisprudencial, mas não resulta claro dos normativos aplicáveis.

⁴⁵⁹ Quanto aos exemplos da legislação espanhola, destacamos os artigos em matéria de decisão automatizada. A Ley 40/2015 no seu artigo 41.º, expressamente prevê que “en caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.”

Também a Ley 15/2022, no seu artigo 23.º, define regras específicas para a utilização de meios automatizados. O normativo em causa, estabelece a obrigatoriedade de garantir que os mecanismos automatizados em uso, “tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente” (n.º 1). De igual modo, as entidades da Administração devem garantir que os procedimentos “priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos” (n.º 2), promovendo, ainda, “el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido” (n.º 3). Com particular interesse, verifica-se que o n.º 4 do artigo 23.º prevê que se promova a adoção de selos de qualidade dos algoritmos.

⁴⁶⁰ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Regime Jurídico da Administração Pública Eletrónica (tópicos)”, *cit.*, p. 988. Também no sentido de que o legislador não o tem logrado em geral, no Direito italiano, *vide*, ENRICO CARLONI, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁶¹ Veja-se, por exemplo, a notícia do final de julho de 2024, que dava conta de prejuízos decorrentes de erro no algoritmo aplicável ao concurso de professores. Assim, <https://expresso.pt/sociedade/en-sino/2024-07-31-professores-prejudicados-no-concurso-por-falha-no-algoritmo-estao-a-ser-contactados-d81ec07f>.

Pese embora, não haja tratamento jurisprudencial do tema, o caso apresenta muitas semelhanças ao que motivou a sentença n.º 2270 do Conselho de Estado Italiano.

Segundo o Regulamento para a Inteligência Artificial, os sistemas de IA aplicáveis ao recrutamento, são considerados sistemas de risco elevado (al. a) do n.º 4 do Anexo III, a que se refere o artigo 6.º, n.º 2).

Evidenciando um conjunto de incertezas quanto ao sentido do regime jurídico vigente, as garantias dos interessados ficam naturalmente afetadas e sempre dependentes de extensas discussões, sejam elas administrativas ou contenciosas, sem que a confiança dos destinatários de decisões administrativas automatizadas ou dependentes de IA, fique devidamente assegurada.

Há, portanto, um caminho a percorrer, que passará certamente por uma modificação legislativa, mas que assegure os critérios necessários a garantir os interesses dos destinatários de atos decisórios, mesmo diante da própria mutabilidade da realidade. Tal caminho não passará, certamente, pela proliferação de mais princípios, “boas práticas”, atos isolados, iniciativas, medidas *simplex*, ou outras. Os princípios são suficientes e claros, ficando agora a faltar as regras claras e os procedimentos simples que os concretizem, libertando os interessados da mera boa vontade dos decisores administrativos.

A complexidade normativa que referimos é, também, fundamento para a proliferação de impugnações administrativas e judiciais de decisões administrativas – quando os interessados conhecem as regras aplicáveis, disponham de apoio jurídico adequado ou tenham meios materiais e monetários de reação –, por desaplicação ou violação de regras e direitos previstos em legislação especial ou europeia, claramente evitáveis se a simplificação começasse pelas fontes legais vigentes. A propagação da burocracia é inevitável quando há dispersão normativa. Basta a mera consulta diária do Diário da República, para verificar que se legisla como se cada procedimento tivesse de ser integralmente definido em legislação especial e nesta, cada pormenor da sua tramitação, como se o CPA não existisse.

Até lá, as decisões administrativas automatizadas, ficam sujeitas a um emaranhado jurídico, que procuramos sintetizar, em conclusão:

1 – As decisões administrativas, mesmo que automatizadas, devem ser fundamentadas, nos termos do n.º 3 do artigo 268.º da CRP e do artigo 152.º e seguintes do CPA, quanto tenham efeitos lesivos para direitos ou interesses legalmente protegidos dos interessados; respeitem a decisão anterior, reclamações ou recursos; decidam contrariamente à pretensão ou oposição do interessado ou parecer, informação, proposta ou prática habitual anterior; bem como quando impliquem declaração de nulidade, anulação, revogação, modificação ou suspensão de anterior;

2 – O ato administrativo, mesmo que parcial ou integralmente automatizado, tem de assegurar uma fundamentação expressa, sucinta, clara, congruente ou lógica e suficiente;

3 – Os requisitos materiais da fundamentação são apreciados casuisticamente e atendem à noção de destinatário normal, garantindo, em todo o caso, a compreensibilidade efetiva pelos interessados e a sua sindicância pelos tribunais;

4 – A falta ou insuficiência da fundamentação, quando exigível, implica a invalidade do ato administrativo, ainda que automatizado, o que, *maxime*, pode implicar a sua nulidade, nos termos da al. d) do n.º 2 do artigo 161.º do CPA;

5 – Havendo tratamento de dados pessoais, a Administração, na qualidade de responsável pelo tratamento ou subcontratante, deve assegurar que apenas recorre a decisões exclusivamente automatizadas quando exista prévia disposição legal para o efeito, nos termos da al. b) do n.º 2 do artigo 22.º do RGPD e desde que estejam definidas as medidas adequadas para garantir a salvaguarda dos direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados;

6 – Havendo, ainda, decisão exclusivamente automatizada, a Administração, na qualidade de responsável pelo tratamento ou subcontratante, deve garantir os deveres de informação prévia – *maxime*, no início do procedimento, seja oficioso ou a requerimento – previstos na al. f) do n.º 2 do artigo 13.º e na al. g) do n.º 2 do artigo 14.º, bem como na al. h) do n.º 1 do artigo 15.º, todos do RGPD, em especial os respeitantes à lógica subjacente ao automatismo;

7 – A montante, a Administração deve, também, assegurar os atos preparatórios do tratamento de dados, como a realização de avaliação de impacto, nos termos do artigo 35.º do RGPD;

8 – Havendo recurso a sistemas de IA e os mesmos possam ser classificados de risco elevado para a decisão administrativa, competirá à Administração, enquanto responsável pela implementação, garantir o direito à explicação previsto no artigo 86.º do Regulamento para a Inteligência Artificial – quando o mesmo vigorar –, de forma clara e pertinente, sobre o papel do sistema de IA no processo de tomada de decisão e sobre os principais elementos da decisão tomada;

9 – Acrescem ao dever do ponto anterior, os deveres prévios ao procedimento, de documentação, supervisão humana e realização de avaliações de impacto sobre os direitos fundamentais, previstos nos artigos 11.º, 13.º, 14.º e 27.º, todos do Regulamento para a Inteligência Artificial.

Desconhecemos se algum procedimento administrativo que tenha automatização ou cuja decisão seja exclusivamente automatizada assegure os passos que descrevemos *supra*, o que poderá afetar os direitos fundamentais e demais direitos ou interesses legalmente protegidos dos interessados.

Em todo o caso, *de iure condendo*, não podemos deixar de defender que o direito à explicação seja adotado na legislação nacional, com o conteúdo e tratamento já mencionado, quando haja recurso a sistemas de IA que, de algum modo, influam ou substituam a decisão administrativa. O direito à explicação não precisará, contudo, de ser um “novo direito”, complementemente separado do dever de fundamentação, mas um meio conexo a este, talvez referido através de um conceito mais vago, o de *direito à motivação administrativa*. Em todo o caso, o recurso a automatismos, de forma secreta ou sem o recurso a medidas adicionais de garantia de direitos, é contrário ao Estado de Direito democrático e à transparência da atividade administrativa.

CONCLUSÃO

Pelo presente, propusemo-nos a compreender os efeitos da automação no dever de fundamentação dos atos administrativos, em especial na relação daquela com os pressupostos legais, jurisprudenciais e doutrinários aplicáveis à motivação dos atos da Administração. Os riscos inerentes ao uso de soluções de Inteligência Artificial têm sido abordados de forma interdisciplinar e motivaram diversas reações legais de que é exemplo o Regulamento para a Inteligência Artificial.

Para melhor compreender o sentido e alcance da nossa investigação, no primeiro capítulo, expusemos alguns conceitos estruturantes do campo da Inteligência Artificial, em especial o de algoritmos e a sua aplicação a mecanismos de decisão automatizada. Constatamos que a noção de IA tem evoluído ao longo do tempo, com uma abstração crescente e cada vez mais próxima de uma ideia de imitação de ações ou capacidades humanas.

No segundo capítulo, considerámos a decisão do Conselho de Estado italiano em matéria de recurso a algoritmos em procedimentos administrativos. Procurámos, também, enquadrar o mesmo objeto no âmbito da transformação digital da Administração Pública, em específico quanto à automação da vontade administrativa. Pudemos verificar a especial dispersão jurídica em termos de regras aplicáveis à modernização administrativa e mecanismos de digitalização dos serviços públicos, com prejuízo para a sua clareza e compreensão, desde logo pelos próprios agentes administrativos.

Ainda no segundo capítulo, debruçámo-nos sobre o dever de fundamentação, em especial no seu tratamento constitucional e na codificação do procedimento administrativo. O dever de fundamentação, enquanto concretização do Estado de Direito democrático e do princípio da transparência, constitui um elemento do próprio ato administrativo que pretende expor o *iter* lógico efetuado pela Administração, uma manifestação das razões de facto e de direito da tomada de decisão efetivamente realizada. Assim, o dever de fundamentação constrói-se a partir de requisitos formais, materiais e temporais que são indispensáveis para assegurar, desde logo, a possibilidade de conhecer e de reagir às decisões que lhes dizem respeito.

No terceiro capítulo, abordámos o direito à explicação, enquanto figura potencialmente conexa com o dever de fundamentação. Procurámos aferir da existência e pressupostos de um autêntico direito à explicação no RGPD, apresentando as diferentes escolas de debate sobre o tema. Pese embora a maioria tenda a assumir a não existência de tal direito,

propusemos que os respetivos pressupostos e que respeitam à garantia do efetivo conhecimento das decisões que digam respeito ao titular devem implicar a adoção de medidas técnicas adequadas, bem como da garantia do cumprimento prévio dos deveres de informação decorrentes do mesmo RGPD.

Ainda neste tópico, mais claramente, analisámos o Regulamento para a Inteligência Artificial e como este prevê, expressamente, o direito à explicação, quanto ao uso de sistemas de Inteligência Artificial. Procurando compreender o impacto de tais regras na atividade administrativa, considerámos que a Administração fica vinculada a manifestar, nos próprios atos que resultem do uso de sistemas de IA de risco elevado, as razões inerentes à decisão e o impacto do referido sistema na mesma decisão. Em complemento abordámos, os deveres de informação, documentação, registo e supervisão humana que o Regulamento para a Inteligência Artificial define para o uso de sistemas de Inteligência Artificial, em especial os de risco elevado e que impactam no dever de fundamentação.

Concluimos pela análise da complexidade de regimes simultaneamente aplicáveis à automação da atividade administrativa e que podem, pelo seu desconhecimento no momento da decisão, afetar negativamente os direitos dos interessados, impulsionando a opacidade da atividade administrativa, em especial, das suas tomadas de decisão. Por conseguinte, entendemos que o legislador tem um papel relevante, não pela criação de novos regimes jurídicos ou direitos, mas precisamente na diminuição do número de regras aplicáveis, disponibilizando uma visão integrada da atividade procedimental, em linha com o direito europeu e as novas potencialidades tecnológicas, o que poderá implicar, como já defendido por alguma doutrina, a reforma profunda do Código do Procedimento Administrativo.

FONTES

1. Bibliografia

Referências doutrinárias

ALLEN, ROBIN QC, “Regulating AI – The Way Forward”, *paper* de apoio à intervenção na conferência “regulating Artificial Intelligence (AI)” da Academy of European Law, 2021, pp. 1-19.

AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, COMENTÁRIO AO ARTIGO 268.º, in MIRANDA, JORGE, MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume III, Universidade Católica Portuguesa, 2007, pp. 593-617.

BAGCHI SAURABH, “What is a black box? A computer scientist explains what it means when the inner workings of AIs are hidden”. Disponível em <https://theconversation.com/what-is-a-black-box-a-computer-scientist-explains-what-it-means-when-the-inner-workings-of-ais-are-hidden-203888>. (consulta feita em 13/08/2024).

BAUM SETH D., “Social Choice Ethics in Artificial Intelligence”, in *AI & Society*, Vol. 35, n.º 1, 2020, pp. 165-176.

Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3046725 (consulta feita em 15/04/2024).

BELLOMO, FRANCESCO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Volume 2, CEDAM, 2009.

BENECH, VIVIANA PÉREZ, “motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones”, *Revista de Derecho de La Universidad de Montevideo*, n.º 15, 2009, pp. 37-54. Disponível em <https://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Perez-Benech-Motivacion-del-acto-administrativo-Analisis-de-criterios-jurisprudenciales-y-admisibilidad-de-su-omision-alegando-la-reserva-de-las-actuaciones.pdf> (consulta feita em 02/08/2024).

BOURA, MARTA, “Inteligência Artificial. Quadro jurídico e reflexões sobre a Proposta de Regulamento de Inteligência Artificial”, in *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 3 (Vol.

32), outubro, 2023, pp. 100-123. Disponível em <https://cij.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2023-nordm-3/inteligencia-artificial-quadro-juridico-e-reflexoes-sobre-a-proposta-de-regulamento-de-inteligencia-artificial/> (consulta feita em 18/04/2024).

CABRAL DE MONCADA, LUÍS, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 3.^a edição, Quid Iuris Sociedade Editora, 2019.

CAETANO, MARCELO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, Reimpressão da edição brasileira de 1977.

CALDAS, GABRIELA, “O Direito à Explicação no Regulamento sobre a Proteção de Dados”, *Anuário de Proteção de Dados* de 2019, pp. 37-53. Disponível em <https://protecao-dedadosue.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2022/10/2.-Gabriela-Caldas.pdf> (consulta feita em 15/08/2024).

CALDEIRA, MARCO, “Simplificação Administrativa e Procedimento Administrativo Eletrónico”, in FLAMÍNIO DA SILVA, Artur (Coord.), *Direito Administrativo e Tecnologia*, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 83-114.

CARLONI, ENRICO, “AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia”, in *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 30, março de 2020. Disponível em <https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/373607> (consulta feita em 15/08/2024).

CHENG, HAO-FEI, *et al.*, “Explaining Decision-Making Algorithms through UI: Strategies to Help Non-Expert Stakeholders”, *CHI*, Glasgow, paper 559, 2019. Disponível em https://www.cs.rochester.edu/u/zzhang95/doc/pub/algorithm_explanation_nonstakeholder.pdf (consulta feita em 03/07/2024).

CHIACCHIO, MARINÍ GAIA, “L’utilizzo dell’algoritmo nelle procedure valutative della PA” (commento a Consiglio di Stato, sez. VI, Sent., 8 aprile 2019, n. 2270), in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2019, pp. 137-143. Disponível <https://universitypress.unisob.na.it/ojs/index.php/ejplt/issue/view/101>. (consulta feita em 03/07/2024).

CÓRDOBA, JUANITA PEDRAZA, “Interoperabilidad e intercambio de datos entre administraciones públicas”, *La Administración al día*, 24 de fevereiro de 2023. Disponível em

<https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1513620#nota1> (consulta feita em 15/09/2024).

CORREIA, JORGE ALVES, VICENTE, S. CONCEIÇÃO, “Regulamentos e ponderação de custos e benefícios (artigo 99.º do CPA): âmbito e metodologia”, in *CJA*, n.º 117, pp. 3-21.

COSTA GONÇALVES, PEDRO, “O ato administrativo informático: O direito administrativo português face à aplicação da informática na decisão administrativa”, in *Scientia Iuridica*, Braga, n.º 267 (Jan./Jun. 1997), pp. 47-95.

COSTA GONÇALVES, PEDRO, “Regime jurídico da Administração Pública eletrónica (tópicos)”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Fernando Alves Correia, Direito Constitucional e Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, Volume I, 2023, pp. 955-1005.

COVELO DE ABREU, JOANA, “Os princípios gerais da Administração Pública em linha na União Europeia e a análise do artigo 14.º do Código do Procedimento Administrativo – revisitando as necessidades de literacia digital”, in AMADO GOMES, CARLA, et al., *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume I, 6.ª edição, AAFDL Editora, 2023, pp. 421-446.

CUNHA MARIANO, BERNARDO, *A Administração Eletrónica em Portugal*, UCP, Porto, 2015. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20448/1/A%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20Electr%C3%B3nica%20em%20Portugal.pdf> (consulta feita em 10/07/2024).

DENNETT, DANIEL C., “WHAT CAN WE DO?”, in JOHN BROCKMAN (ED.), *Possible Minds – 25 Ways of Looking at AI*, Penguin Press, New York, Chapter 5, 2019.

DUARTE, DAVID, *Procedimentalização, participação e fundamentação, para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra, Almedina, 1996.

DOMINGOS, PEDRO, *A revolução do algoritmo mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*, 9.ª edição, Reimpressão, Barcarena, Manuscrito, 2019.

EDWARDS, LILIAN, VEALE, MICHAEL, “Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ is Probably not the remedy you are looking for”, *Duke Law & Technology Review*, 23 de maio 2017, pp. 18-84. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972855 (consulta feita em 15.08.2024).

EDWARDS, LILIAN, VEALE, MICHAEL, “Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 34, Iss. 2, 2018, pp. 398-404. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026736491730376X>. (consulta feita em 18/08/2024).

ESCOLANO, RAQUEL VALLE, “Transparencia em la inteligència artificial y en el uso de algoritmos: una visión de género”, in LORENZO COTINO HUESO, JORGE CASTELLANOS CLARAMUNT, *Transparencia y explicabilidad de la inteligència artificial*, titant lo blanch, valencia, 2022, pp. 85-110.

ESTEVES DE OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES, PACHECO AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina, 7.^a reimpressão de 1997.

FERNÁNDEZ, NEREA DE LA FUENTE, *La motivación de los actos administrativos*, Universidad de Valladolid, 2020. Disponível em https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/46918/TFG-D_01040.pdf?sequence=1 (consulta feita em 02/08/2024).

FLAMÍNIO DA SILVA, ARTUR, “Inteligência Artificial e Direito Administrativo”, in FLAMÍNIO DA SILVA, Artur (Coord.), *Direito Administrativo e Tecnologia*, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2023.

FRANÇA JARDIM, ANA, ASSIS RAIMUNDO, MIGUEL, “Balcão Único Eletrónico” in AMADO GOMES, CARLA, et al., *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume I, 6.^a edição, AAFDL Editora, 2023, pp. 701-736.

FREITAS, DIOGO DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, Almedina, 4.^a edição, Reimpressão, 2023.

FUENTE, RUANO DE LA, “E-Government Strategies in Spanish Local Governments”, *Local Government Studies*, Vol. 40, 2013, pp. 600-620. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/03003930.2013.787414?needAccess=true> (consulta feita em 16/07/2024).

GILLIS, TALIA B., SIMONS, JOSH, “Explanation, justification: GDPR and the perils of privacy”, *Journal of Law & Innovation*, Vol. 2, 2019, pp. 71-99. Disponível em https://www.academia.edu/86471702/Explanation_u3c_Justification_GDPR_and_the_Perils_of_Privacy?auto=download. (consulta feita em 17/08/2024).

GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II*, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2010.

GONÇALVES, FERNANDO, et al., *Novo Código do Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 9.ª edição, 2024.

GOODMAN, BRICE, FLAXMAN, SETH, “European Union regulations on algorithmic decision-making and a «right to explanation»”. *AI Magazine*, 38, pp. 50-57. Disponível em <https://doi.org/10.1609/aimag.v38i3.2741>. (consulta feita em 15/08/2024).

GROOVER, MIKELL P., "automation". *Encyclopedia Britannica*, 7 Jun. 2024. Disponível em <https://www.britannica.com/technology/automation>. (consulta feita em 08/07/2024).

GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, “IA, Profiling e direitos de personalidade”, in RAQUEL GUIMARÃES, MARIA, TEIXEIRA PEDRO, RUTE (Coord.), *Direito e Inteligência Artificial*, Almedina, 2023, pp. 331-355.

GUTIÉRREZ DAVID, MARIA ESTRELLA, “Acesso al código fuente y a los algoritmos de las Administraciones inteligentes”, in HUESO, LORENZO COTINO, CLARAMUNT, JORGE CASTELLANOS, *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, titant lo blanch, valencia, 2022, pp. 135-168.

HALLEVY, GABRIEL, "The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control”, *Akron Intellectual Property Journal*, Vol. 4,

2010. Disponível em: <https://ideaexchange.uakron.edu/akronintellectualproperty/vol4/iss2/1> (consulta feita em 06/04/2024).

HILDEBRANDT, MIREILLE, “The New Imbrogio – Living with Machine Algorithms”. In, LIISA JANSSENS (Hg.), *The Art of Ethics in the Information Society*, Amsterdam University Press, 2016. Disponível em DOI: <https://doi.org/10.25969/mediarep/13395> (consulta feita em 17/08/2024).

HUESO, LORENZO COTINO, “Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial y “compañía” (comunicación, interpretabilidad, inteligibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad...). Para qué, para quién y cuánta”, in HUESO, LORENZO COTINO, CLARAMUNT, JORGE CASTELLANOS, *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, titant lo blanch, valencia, 2022, pp. 25-110.

JARDIM, ANA TERESA, *Procedimento Administrativo Eletrónico*, ICJP, 2011. Disponível em <https://icjp.pt/sites/default/files/media/1052-2358.pdf> (consulta feita em 10/07/2024).

LEÃO, ANABELA COSTA, “Algumas notas sobre direitos fundamentais, transformação digital e inteligência artificial”, in RAQUEL GUIMARÃES, MARIA, TEIXEIRA PEDRO, RUTE (Coord.), *Direito e Inteligência Artificial*, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 10-36.

LUNA, LEÓN, «¡Exijo Una Explicación!. La Importancia De La Motivación Del Acto Administrativo» in *o Derecho & Sociedad*, n.º 45 (setembro), 2015, pp. 315-319. Disponível em <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15249> (consulta feita em 02/08/2024).

MAGALHÃES BÁRBARA. “Desafios da Inteligência Artificial nas Garantias dos Direito e Processo Administrativo”, in *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, pp. 243-260. Disponível em, <https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/view/97/151/2095-1>. (Consulta feita em 10/08/2024).

MALGIERI, GIALCLAUDIO, “Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other «suitable safeguards» in the national legislations”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 35, Iss. 5, 2019. Disponível em <https://www.science-direct.com/science/article/pii/S0267364918303753>. (Consulta feita em 17/08/2024).

MANGUILLOT, ALFRED PERIS, “Algoritmos: ¿podemos hacerlos transparentes y trazables en su proceso?”, in HUESO, LORENZO COTINO, CLARAMUNT, JORGE CASTELLANOS, *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, titant lo blanch, valencia, 2022, pp. 71-84.

MANNING, CHRISTOPHER, “Artificial Intelligence Definitions”, *Stanford University Human-Centered Artificial Intelligence*, 2020. Disponível em <https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf> (consulta feita em 18/04/2024).

MARINELA, FERNANDA, *Direito Administrativo*, Editora Saraiva, 10.^a edição, 2016.

MARQUES DA COSTA, CARLA SOFIA, “Os reflexos da automatização da Administração Pública na sua responsabilidade”, Universidade Católica Portuguesa, 2020. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/37651/1/202610055.pdf> (consulta feita em 09/08/2024).

MENEZES CORDEIRO, A. BARRETO, *Direito da Proteção de Dados, à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2020.

MCCARTHY, JOHN, “What is Artificial Intelligence?”, *Stanford University*, 2007, pp. 1-15. Disponível em <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf> (consulta feita em 05/04/2024).

MILLER, KATHARINA, “Designing Decision-Making Algorithms in an Uncertain World”, *Stanford University, Human-Centered Artificial Intelligence*, 13 de abril de 2022. Disponível em <https://hai.stanford.edu/news/designing-decision-making-algorithms-uncertain-world> (consulta feita em 03/07/2024).

NEVES, ANA F., *Direito da Organização Administrativa e Serviço Público*, Almedina, Coimbra, 2023.

NEVES, ANA F., “O direito a um tratamento administrativo imparcial e a falta de soluções organizatórias e procedimentais que o garantam”, in AMADO GOMES, CARLA, et al., *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume I, 6.^a edição, AAFDL Editora, 2023, pp. 819-896.

OLIVEIRA, ARLINDO, FIGUEIREDO, MÁRIO, “Artificial Intelligence: Historical Context and State of the Art”, in SOUSA ANTUNES, HENRIQUE, et al., *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law*, SPRINGER, 2024, pp. 3-24. Disponível em <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-41264-6>. (consulta feita em 05/04/2024).

OTERO, PAULO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2013.

OTERO, PAULO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I Volume, Coimbra, Almedina, 2016.

PALMIOTTO, FRANCESCA, “When is a Decision Automated? A taxonomy for a Fundamental Rights Analysis”, in *German Law Journal*, 25(2), 2023, pp. 210–236. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/when-is-a-decision-automated-a-taxonomy-for-a-fundamental-rights-analysis/362AF985585D28E5E762F4FEEF4719B7>. (consulta feita em 13/08/2024).

PARRES GARCÍA, ALEJANDRO, “«Gervasio para todo» y la gobernanza pública algorítmica”, in *Documentación Administrativa*, n.º 12, 2024, pp. 87-102. Disponível em <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/11401/12884> (consulta feita em 06/09/2024).

PONTE, DAVIDE, PERNICE, GIULIA, “L’INTELLIGENZA ARTIFICIALE E L’ALGORITMO A CONTATTO COL DIRITTO AMMINISTRATIVO: RISCHI E SPERANZE”, 2021. Disponível em <HTTPS://WWW.GIUSTIZIA-AMMINISTRATIVA.IT/-/PONTE-PERNICE-L-INTELLIGENZA-ARTIFICIALE-E-L-ALGORITMO-A-CONTATTO-COL-DIRITTO-AMMINISTRATIVO-RISCHI-E-SPERANZE> (consulta feita em 03/07/2024).

PRATA ROQUE, MIGUEL, “O Nascimento da Administração Eletrónica num Espaço Transnacional (Breves notas a propósito do projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo)”, *e-publica*, vol. 1, n.º 1, 2014, pp. 307-321. Disponível em <https://e-publica.pt/article/34600-o-nascimento-da-administracao-eletronica-num-es-paco-transnacional-breves-notas-a-proposito-do-projeto-de-revisao-do-codigo-do-procedimento-administra> (consulta feita em 10/07/2024).

PRATA ROQUE, MIGUEL, “O Procedimento Administrativo Eletrónico”, in AMADO GOMES, CARLA, et al., *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume I, 6.ª edição, AAFDL Editora, 2023, pp. 645-700.

RODRIGUES, ANDRÉ ALFAR, *Inteligência Artificial, compliance e responsabilidade das pessoas coletivas*, 1.ª edição, Coimbra, Gestilegal, 2023.

SELBST, ANDREW, POWLES, JULIA, “Meaningful information and the right to explanation”. In, *International Data Privacy Law*, Vol. 7, n.º 4, 2017, pp. 233-242. Disponível em <https://academic.oup.com/idpl/article/7/4/233/4762325>. (consulta feita em 17/08/2024).

SÉRGIO DOS SANTOS, MAURO, *Curso de Direito Administrativo*, Editora JusPODIVM, 2.ª edição, 2016.

SCHWAB, Klaus, *Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Genebra, 2016.

SCHWAB, Klaus, “The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond”, World Economic Forum, 14 de Janeiro de 2016. Disponível em <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/> (consulta feita em 03/04/2024).

SHEIKH, HAIDER A., “Is there truly a right to explanation envisaged in the GDPR? A critical analysis of interpretations of Articles 13-15 and 22 GPDR in regards to Automated decision making and profiling and understanding the need for adequate «explanation» to protect data subject rights”, University of Glasgow, *paper*, 2023. Disponível em https://www.academia.edu/108424990/Is_there_truly_a_right_to_explanation_envisa

[ged in the GDPR A critical analysis of interpretations of Articles 13 15 and 22 GDPR in regards to Automated decision making and profiling and understanding the need for adequate explanation to protect data subject rights](#) (consulta feita em 17/08/2024).

SILVEIRA, JOÃO TIAGO, “A Simplificação Administrativa”, in CARLA AMADO GOMES, et al., *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Volume I, 6.ª edição, AAFDL Editora, 2023, pp. 233-280.

SOUSA E SILVA, NUNO, “O Regulamento da Inteligência Artificial: análise introdutória”, 2024. Disponível em https://nss.pt/images/Data/Publicacoes-outrosmateriais/NSS_O_Regulamento_de_Intelige%CC%82ncia_Artificial.pdf (consulta feita em 19/08/2024).

TURING, A. M., “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind*, Volume LIX, Iss. 236, 1950, pp. 433–460. Disponível em <https://doi.org/10.1093/mind/lix.236.433>. (consulta feita em 05/04/2024).

VESTRI GABRIELE, “Denegación vs Derecho de acceso al código fuente em los sistemas algorítmicos”, in HUESO, LORENZO COTINO, CLARAMUNT, JORGE CASTELLANOS, *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, titant lo blanch, valencia, 2022.

VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 3.º Reimpressão, 2018.

VIDIGAL, LUÍS, “A Face Oculta da Administração Pública Electrónica: uma abordagem socio-técnica”. Disponível em <https://luisvidigal.pt/wp-content/uploads/2021/10/Luis-Vidigal-2005-A-Face-Oculta-da-Administrac%CC%A7a%CC%83o-Pu%CC%81blica-Electro%CC%81nica.pdf> (consulta feita em 10/07/2024).

VÖNEKY, SILJA, “Key Elements of Responsible Artificial Intelligence – Disruptive Technologies, Dynamic Law”, *Ordnung Der Wissenschaft*, 2020, pp. 9-22. Disponível em https://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2020/03/2_2020_voeneky.pdf (consulta feita em 03/04/2024).

WACHTER, SANDRA, MITTELSTADT, BRENT, FLORIDI, LUCIANO, “Why a Right to explanation of Automated Decision-Making does not exist in the General Data Protection Regulation”, in *International Data Privacy Law*, Vol. 7, n.º 2, 2017, pp. 76-99. Disponível em <https://academic.oup.com/idpl/article/7/2/76/3860948> (Consulta feita em 15.08.2024).

WILLIAMS, REBECCA, et al., “From transparency to accountability of intelligent systems: Moving beyond aspirations”, in *Data & Policy*, Cambridge University Press, Vol. 4, 7, 2022, pp. 1-23. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/data-and-policy/article/from-transparency-to-accountability-of-intelligent-systems-moving-beyond-aspirations/E412FF94EC2A293985D414D80415F4AA>. (consulta feita em 13/08/2024).

YEE-FUI NG, et al., “Revitalising public law in a technological era: rights, transparency and administrative justice”, in *UNSW Law Journal*, Vol. 43(3), pp. 1041-1077. Disponível em <https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2020/09/11-NG-ET-AL.pdf#page9>. (consulta feita em 13/08/2024).

Outros documentos online

“BIAS IN ALGORITHMS – ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND DISCRIMINATION”, European Union Agency for Fundamental Rights, 2022. Disponível em https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2022-bias-in-algorithms_en.pdf (consulta feita em 14/08/2024).

“CYBERSECURITY FOR CONFLUENCE USERS: A COMPLETE GUIDE”, STILTISOFT. Disponível em <https://stiltisoft.com/blog/cybersecurity-for-confluence-users-a-complete-guide/> (consulta feita em 11/07/2024).

DIGNUM, VIRGÍNIA, Entrevista ao Jornal Público de 28 de dezembro de 2023, “A Consciência da IA é e será sempre ficção científica”. Disponível em <https://www.pUBLICO.pt/2023/12/28/ciencia/entrevista/virginia-dignum-consciencia-ia-sera-ficcao-cientifica-2074961> (consulta feita em 11/04/2024).

HOROWITZ, ANDREESSEN, “Why software is Eating the World”, 2011. Disponível em <https://a16z.com/why-software-is-eating-the-world/> (consulta feita em 04/06/2024).

“O QUE É A CIÊNCIA DOS DADOS”. Disponível em <https://aws.amazon.com/pt/what-is/data-science/> (consulta feita em 03/07/2024).

“PRINCÍPIOS GERAIS DE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO”, HIPOGES IT. Disponível em <https://www.hipoges.com/wp-content/uploads/Principios-Gerais-de-Seguranca-da-Informacao.pdf> (consulta feita em 11/07/2024).

“WHAT IS ARTIFICIAL INTELLIGENCE”, IBM, 2024. Disponível em <https://www.ibm.com/topics/artificial-intelligence> (consulta feita em 10/04/2024).

“WHAT IS AUTOMATED INDIVIDUAL DECISION-MAKING AND PROFILING?”, disponível em <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/individual-rights/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/> (consulta feita em 13/08/2024).

“WHAT IS AUTOMATION?”, IBM. Disponível em <https://www.ibm.com/topics/automation> (consulta feita em 08/07/2024).

“WHAT IS COMPUTER VISION?”, IBM. Disponível em <https://www.ibm.com/topics/computer-vision> (consulta feita em 03/07/2024).

“WHAT ARE AI HALLUCINATIONS?”, disponível em <https://www.ibm.com/topics/ai-hallucinations> (tradução nossa). (consulta feita em 13/08/2024).

“WHAT IS EXPLAINABLE AI?”, IBM. Disponível em <https://www.ibm.com/topics/explainable-ai>. (consulta feita em 19/08/2024).

“WHAT IS NATURAL LANGUAGE PROCESSING”, ORACLE. Disponível em <https://www.oracle.com/pt/artificial-intelligence/what-is-natural-language-processing/> (consulta feita em 03/07/2024).

2. Projetos e/ou diplomas normativos

Nacionais

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis.

CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro, na sua última redação conferida pelo Decreto-Lei n.º 11/20123, de 10 de fevereiro. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2015-105602322>.

CARTA PORTUGUESA DE DIREITOS HUMANOS NA ERA DIGITAL, aprovada pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, alterada pela Lei n.º 15/2022, de 11 de agosto. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2021-164870244>.

DECRETO-LEI N.º 4/97, DE 9 DE JANEIRO, que cria a Rede Interministerial de Modernização Administrativa (RIMA). Na redação atual, conferida pelo Decreto-Lei n.º 72/2014, de 13 de maio. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/4-1997-302093>.

DECRETO-LEI N.º 135/99, DE 22 DE ABRIL, que aprova os princípios gerais de ação a que devem obedecer os serviços e organismos da Administração Pública na sua atuação face ao cidadão. Na redação atual, conferida pela Lei n.º 19-A/2024, de 7 de fevereiro, disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1999-107547988>.

LEI N.º 2/2004, DE 15 DE JANEIRO, que aprova o estatuto do pessoal dirigente dos serviços e organismos da administração central, regional e local do Estado. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2004-34547575>.

LEI N.º 4/2004, DE 15 DE JANEIRO, que aprova os princípios e normas a que deve obedecer a organização da administração direta do Estado. Na redação atual, conferida pelo Decreto-Lei n.º 43-A/2024, de 2 de julho. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2004-34547775>

DECRETO-LEI N.º 252/2007, DE 5 DE JULHO, que aprova o regime de benefícios adicionais de saúde para os beneficiários do complemento solidário. Na redação atual, conferida pelo Decreto-Lei n.º 37/2024, de 28 de maio. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2007-147432956>.

DECRETO-LEI N.º 92/2010, DE 26 DE JULHO, que estabelece os princípios e as regras necessárias para simplificar o livre acesso e exercício das atividades de serviços. Na redação atual conferida pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2010-34477375>.

DECRETO-LEI N.º 107/2012, DE 18 DE MAIO, que regula o dever de informação e a emissão de parecer prévio relativos à aquisição de bens e à prestação de serviços no domínio das tecnologias de informação e comunicação. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2012-58765283>.

DECRETO-LEI N.º 138/2012, DE 5 DE JULHO, que aprova Regulamento da Habilitação Legal para Conduzir. Na redação atual, conferida pelo Decreto-Lei n.º 121/2021, de 24 de dezembro. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2012-114321099-114289562>.

DECRETO-LEI N.º 83/2018, DE 19 DE OUTUBRO, que define os requisitos de acessibilidade dos sítios web e das aplicações móveis de organismos públicos, transpondo a Diretiva (UE) 2016/2102. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/83-2018-116734769>.

LEI N.º 59/2019, DE 8 DE AGOSTO, que estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/59-2019-123815983>.

DECRETO-LEI N.º 67/2021, DE 30 DE JULHO, que estabelece o regime e define o modelo de governação para a promoção da inovação de base tecnológica através da criação de zonas

livres tecnológicas Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/67-2021-168697990>.

DECRETO-LEI N.º 49/2024, DE 8 DE AGOSTO, que estabelece as regras de disponibilização de serviços digitais pela Administração Pública. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/49-2024-875899341>.

RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS N.º 42/2015, DE 19 DE JUNHO, que determina a adoção preferencial da Plataforma de Interoperabilidade da Administração Pública (iAP) na troca de informação entre serviços e organismos da Administração Pública, e aprova o regime de utilização e os níveis de serviço iAP. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-conselho-ministros/42-2015-67540636>.

RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS N.º 41/2018, DE 28 DE MARÇO, que define orientações técnicas para a Administração Pública em matéria de arquitetura de segurança das redes e sistemas de informação relativos a dados pessoais. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-conselho-ministros/41-2018-114937034>.

PORTARIA N.º 77/2018, DE 16 DE MARÇO, que procede à regulamentação necessária ao desenvolvimento da Chave Móvel Digital. Na redação atual, conferida pela Portaria n.º 312-A/2022, de 30 de dezembro. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/portaria/2018-114880319>. (consulta feita em 13/08/2024).

PORTARIA N.º 305/2023, DE 10 DE OUTUBRO, que define mecanismos de revalidação automatizada das cartas de condução. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/portaria/305-2023-222583137>.

União Europeia

PROPOSTA DE REGULAMENTO DO PARLAMENTO E DO CONSELHO QUE ESTABELECE REGRAS HARMONIZADAS EM MATÉRIA DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da união, disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF.

DIRETIVA 2006/123/CE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0123>.

REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 27 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. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>.

REGULAMENTO (UE) 2018/1724 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 2 de outubro de 2018, relativo à criação de uma plataforma digital, única para a prestação de acesso a informações, a procedimentos e a serviços de assistência e de resolução de problemas, e que altera o Regulamento (UE) n.º 1024/2012. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1724>.

REGULAMENTO (UE) 2024/1689 DO PARLAMENTO E DO CONSELHO EUROPEU, de 13 de junho, 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). Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689.

Internacionais e comparados

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. (Consulta feita em 17/08/2024).

CODICE DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE, Decreto Legislativo n.º 82, de 7 de março de 2005. Disponível em <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-03-07;82>.

CÓDIGO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Disponível em https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?modo=2&id=044 Codigo de Derecho Administrativo.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, que aprova o “RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO”. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566> (consulta feita em 06/09/2024).

Ley 15/2022, de 12 de julio, que aprova o “integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589> (consulta feita em 06/09/2024).

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DISCIPLINARIO APLICABLE AL FUNCIONARIO PUBLICO DE LA ADMINISTRACION CENTRAL, Decreto n.º 500/991. Disponível em <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/500-1991>.

3. Jurisprudência

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, de 08/06/1993 (PROC. N.º 031839). Disponível em <https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/-/99C5CD2806920B10802568FC0038E7BF>. (consulta feita em 01/08/2024).

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO NORTE, de 19/12/2014 (Proc. n.º 02841/12.7BEPRT). Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/-/7DD40F049FA5CB9580257E140056F657>. (consulta feita em 01/08/2024).

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO NORTE, de 06/03/2015 (proc. n.º 03085/09.0BEPRT). Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/-/0D2B674025B6750A80257E57004DEBE9>. (consulta feita em 09/08/2024).

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL, de 19/01/2017 (Proc. N.º 613/16.9BELRA), disponível em <http://www.gde.mj.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/a9679d0eae139f45802580b4003fef9f?OpenDocument> (consulta feita em 02/08/2024).

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL, de 28/06/2018 (Proc. n.º 2416/12.0BELSB). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/-/6D1E7497B81E4530802582C50038974D> . (consulta feita em 01/08/2024).

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO NORTE, de 21/12/2018, (processo n.º 00463/16.2BEVIS). Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/b11a5d6a85a5db82802583a800378f5c> (consulta feita em 01/08/2024).

DECISÃO ARBITRAL DO CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA, de 05/05/2021 (137/2020-A). Disponível em: <https://caad.org.pt/administrativo/deciso/es/view.php?l=MjAyMTA2MTYxMjU3MDQwLIA-xMzdfMjAyMC1BIC0gMjAyMS0wNS0wNSAtIEpVUkItUFJvREVOQ0IBLnBkZg%3D%3D> (consulta feita em 02/08/2024).

SENTENÇA DO CONSELHO DE ESTADO ITALIANO, n.º 2270, de 08/04/2019. Disponível em https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?node-Ref=&schema=cds&nrg=201704477&nomeFile=201902270_11.html&subDir=Provvedimenti. (última Consulta feita em 28/08/2024).

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, de 14/06/2000 (Proc. n.º 045029). Disponível em <https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a38caf936010b4f48025699a0050dea2?OpenDocument> (consulta feita em 01/08/2024).

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 14/06/2000 (Proc. n.º 045029). Disponível em <https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a38caf936010b4f48025699a0050dea2?OpenDocument> (consulta feita em 01/08/2024).

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 02/02/2022 (Proc. n.º 03014/11.1BEPRT). Disponível em <https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/0adc4c139779277b802587e00041fc20?OpenDocument&ExpandSection=1> (Consulta feita em 01/08/2024).

ACÓRDÃO DO TJUE DE 7/12/2023, referente ao processo n.º C-634/21. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=280426&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3408920> (consulta feita em 19/08/2024).

Conclusões do Advogado-Geral JEAN RICHARD DE LA TOUR, de 12 de setembro de 2024, relativas ao Processo C-203/22 (pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Administrativo de Viena, Áustria). Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=290022&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2307527> (consulta feita em 12/09/2024).

4. Outros Documentos e sites consultados

BARROS VALE, SEBASTIÃO, ZANFIR-FORTUNA, GABRIELA, “Automated Decision-making Under the GDPR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities”, *Future Privacy Forum*, 2022. Disponível em <https://fpf.org/wp-content/uploads/2022/05/FPF-ADM-Report-R2-singles.pdf> (consulta feita em 19/08/2024).

“BALCÃO DO CONDUTOR”. Disponível em <https://eportugal.gov.pt/balcao-do-condutor>.

“BALCÃO DO EMPREENDEDOR”. Disponível em <https://eportugal.gov.pt/inicio/espaco-empresa/balcao-do-empendedor>.

“BALCÃO DOS FUNDOS”. Disponível em <https://balcaofundosue.pt>.

“BALCÃO DO MAR”. Disponível em https://www.bmar.pt/BMAR_Geral/faces/userauth/LoginX.xhtml?ssoOrigApp=BMAR_Pedido.

“BALCÃO ÚNICO DO PRÉDIO”. Disponível em Disponível em <https://bupi.gov.pt/>.

CCBE “CONSIDERATIONS ON THE LEGAL ASPECTS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE”, 2020. Disponível em https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/IT_LAW/ITL_Guides_recommendations/EN_ITL_20200220_CCBE-considerations-on-the-Legal-Aspects-of-AI.pdf (consulta feita em 08/04/2024).

“CLARO”. Disponível em <https://claro.pt/work/>.

Committee of experts on internet intermediaries (MSI-NET), “ALGORITHMS AND HUMAN RIGHTS: STUDY ON THE HUMAN RIGHTS DIMENSIONS OF AUTOMATED DATA PROCESSING TECHNIQUES AND POSSIBLE REGULATORY IMPLICATIONS”, 2018. Disponível em <https://edoc.coe.int/en/internet/7589-algorithms-and-human-rights-study-on-the-human-rights-dimensions-of-automated-data-processing-techniques-and-possible-regulatory-implications.html> (consulta feita em 04/06/2024).

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA A EUROPA”, 2018. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237> (consulta feita em 06/04/2024).

“COUNCIL OF EUROPE FRAMEWORK CONVENTION ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND HUMAN RIGHTS, DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW”, 2024. Disponível em <https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-adopts-first-international-treaty-on-artificial-intelligence> (consulta feita em 03/09/2024).

Estudo do Painel para o futuro da ciência e da tecnologia do Parlamento Europeu, “UNDERSTANDING ALGORITHMIC DECISION-MAKING: OPPORTUNITIES AND CHALLENGES”, p. 6. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2019\)624261](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2019)624261). (consulta feita em 13/08/2024).

“EXPLANATORY MEMORANDUM ON THE UPDATED OECD DEFINITION OF AN AI SYSTEM”, março de 2024. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/623da898-en.pdf?expires=1713201409&id=id&acname=guest&checksum=9CDCB0DAAA487F6BCEB7A02E239C366B> (consulta feita em 08/04/2024).

“GUIA PARA UMA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL ÉTICA, TRANSPARENTE E RESPONSÁVEL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”, 2023. Disponível em <https://tic.gov.pt/documentos/guia-para-uma-inteligencia-artificial-etica-transparente-e-responsavel-na-administracao-publica> (consulta feita em 04/06/2024).

“HELLO, WORLD: ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ITS USE IN THE PUBLIC SECTOR”, OCDE, publicado a 21 de novembro de 2019. Disponível em <https://oecd-opsi.org/publications/hello-world-ai/> (consulta feita em 03/09/2024).

LIVRO BRANCO “SOBRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL - UMA ABORDAGEM EUROPEIA VIRADA PARA A EXCELÊNCIA E A CONFIANÇA”, COM (2020) 65 final, 19.2.2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0065#footnoteref51> (consulta feita em 08/04/2024)

MODELO COMUM DE REFERÊNCIA EM PORTUGAL PARA O DESENHO E DESENVOLVIMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DIGITAIS CENTRADOS NO CIDADÃO E NA EMPRESA - "MOSAICO". Disponível em mosaico.gov.pt.

“MEMORANDUM FOR THE HEADS OF EXECUTIVE DEPARTMENTS AND AGENCIES”, 2009. Disponível em https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/legacy_drupal_files/omb/memoranda/2009/m09-12.pdf (consulta feita em 06/09/2024).

NATIONAL AI STRATEGY, 2022. Disponível em <https://www.gov.uk/government/publications/national-ai-strategy/national-ai-strategy-html-version#introduction>. (consulta feita em 08/04/2024).

AUTIO, CHLOE, SCHWARTZ, REVA, et. al., NIST AI 600-1, “ARTIFICIAL INTELLIGENCE RISK MANAGEMENT FRAMEWORK: GENERATIVE ARTIFICIAL INTELLIGENCE PROFILE”, julho de 2024. Disponível em <https://doi.org/10.6028/NIST.AI.600-1> (consulta feita em 13/08/2024).

Norma Técnica ISO/IEC TR 29119-11:2020(en). Disponível em <https://cdn.standards.iteh.ai/samples/79016/b0503e1f80344ce4bed0bafbd08f3e1a/ISO-IEC-TR-29119-11-2020.pdf> (consulta feita em 13/08/2024).

ORIENTAÇÕES SOBRE AS DECISÕES INDIVIDUAIS AUTOMATIZADAS E A DEFINIÇÃO DE PERFIS PARA EFEITOS DO REGULAMENTO (UE) 2016/679 adotadas em 3 de outubro de 2017. Disponível em <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053> (consulta feita em 18/08/2024).

Plataforma “BÚSSOLA”. Disponível em <https://eportugal.gov.pt/noticias/lancada-nova-plataforma-para-a-administracao-publica>.

Portal “Base”. Disponível em <https://www.base.gov.pt/Base4/pt/> .

Portal “EPORTUGAL”. Disponível em <https://eportugal.gov.pt/>.

portal “OS MEUS DADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”, disponível em <https://eportugal.gov.pt/os-meus-dados-administracao-publica>.

Portal SERONLINE. Disponível em <https://seronline.psp.pt/psp/login.pdc>).

RECOMENDAÇÃO SOBRE A ÉTICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL da UNESCO, aprovada em 23 de novembro de 2021. Disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_por. (consulta feita em 14/08/2024).

Relatório da Comissão Europeia, “EMERGING DIGITAL TECHNOLOGIES IN THE PUBLIC SECTOR – THE CASE OF VIRTUAL WORDS” (2024). Disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ea56c9b-44af-11ef-865a-01aa75ed71a1/language-en> (consulta feita em 15/08/2024).

THE ROYAL SOCIETY, “MACHINE LEARNING: THE POWER AND PROMISE OF COMPUTERS THAT LEARN BY EXAMPLE”, 2017, p. 16. Disponível em <https://royalsociety.org/~media/policy/projects/machine-learning/publications/machine-learning-report.pdf> (consulta feita em 03/04/2024).

“UMA POLÍTICA INDUSTRIAL EUROPEIA COMPLETA NO DOMÍNIO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DA ROBÓTICA”, do Parlamento Europeu, de 2019. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_PT.html. (consulta feita em 13/08/2024).