

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

AUTOMATIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

**Enquadramento Jurídico e Impactos nas Garantias e nos Direitos Fundamentais
dos Administrados**

**Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa para
obtenção do grau de Mestre em Direito por**

João Rafael Palmeiro Carrilho

Sob a orientação da

Professora Doutora Filipa Urbano Calvão

Mestrado em Direito Administrativo

Agosto de 2023

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa

AUTOMATIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

**Enquadramento Jurídico e Impactos nas Garantias e nos Direitos Fundamentais
dos Administrados**

**Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa para
obtenção do grau de Mestre em Direito por**

João Rafael Palmeiro Carrilho

Sob a orientação da

Professora Doutora Filipa Urbano Calvão

Mestrado em Direito Administrativo

Agosto de 2023

AGRADECIMENTOS

A elaboração desta dissertação mostrou-se particularmente desafiante, não só do ponto de vista intelectual, mas também, numa perspetiva pessoal e profissional. São, portanto, muitas as pessoas a quem devo agradecimentos.

Aos meus Pais e Avós que foram os primeiros responsáveis pela minha curiosidade e me deram a possibilidade de ter chegado até aqui. E, em especial, à minha Mãe cujo acompanhamento e paciência permitiu, por muitas vezes, o meu progresso académico e profissional, bem como a conservação da minha saúde e bem-estar.

À minha Namorada, pelo amor, pela confiança e pela paciência demonstrada nos muitos fins de semana e compromissos adiados em função deste projeto. Tornaste estes anos mais leves!

À Mariana Batista, ao Diogo Sereno, ao Martim Farinha e a tantos outros amigos (que, injustamente, aqui não consigo referir), que se mantiveram sempre ao meu lado neste projeto e me deram motivação para continuar a trabalhar e a acreditar na sua concretização.

À minha Orientadora, a Professora Dr.^a Filipa Urbano Calvão, por ter acreditado neste projeto, bem como pela constante disponibilidade e compreensão que sempre demonstrou para comigo.

À PLMJ, e em particular, à equipa de Público, agradeço o apoio constante e a possibilidade de fazer parte de uma equipa tão diversa e repleta de bons profissionais (e, mais importante, de boas pessoas), com quem tenho tido a oportunidade de aprender e conviver.

À NOVA School of Law, em cujas instalações investiguei e escrevi grande parte desta dissertação, agradeço não só a formação que me transmitiu durante a Licenciatura, mas, sobretudo, a amabilidade dos funcionários e docentes que proporcionaram o conforto que sempre senti naquela instituição. Uma vez NOVA, NOVA para sempre!

À Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, agradeço todo o conhecimento, formação e oportunidades que me proporcionaram durante o Mestrado.

JOÃO PALMEIRO CARRILHO

RESUMO

Nos últimos anos, a Administração Pública tem vindo a anunciar um crescente investimento na modernização dos seus serviços, apostando, entre outras soluções, na automatização de várias das suas competências. Neste contexto, perante a ausência de legislação específica direcionada à utilização deste tipo de tecnologia, julgou-se necessário um estudo dedicado ao enquadramento jus-administrativo dos algoritmos de decisão automática, bem como uma análise relativa à qualificação e ao regime das decisões assim produzidas, notando ainda, o previsível impacto destas soluções no formato do procedimento administrativo e nos direitos, liberdades e garantias dos particulares.

Com este propósito, começaremos por uma exposição sobre os conceitos e disposições aplicáveis ao regulamento e ao ato administrativo, de modo a procurar compreender se os algoritmos de decisão (sobretudo os determinísticos) e os seus resultados podem, ou não, integrar aqueles conceitos e em que medida os seus regimes jurídicos podem ser transpostos para esta realidade. Seguidamente, estudaremos também, as disposições do Regulamento Geral de Proteção de Dados relativas a decisões automáticas individualizadas, bem como os direitos e garantias reconhecidos aos administrados, no âmbito dos procedimentos de adoção de regulamentos e atos administrativos. Neste ponto, procuraremos tomar posição sobre a possível conjugação e adaptação desta regulamentação, de modo a acautelar a conformidade da automatização administrativa com a Dignidade da Pessoa Humana, o princípio do Estado de Direito e os direitos, liberdades e garantias dos particulares.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Automatização da Administração Pública; Algoritmos; Decisões Automatizadas; Ato Administrativo; Regulamento Administrativo; Direitos e Garantias dos Administrados.

ABSTRACT

In recent years, the public administration has announced a major investment in the modernisation of its services, one of the solutions being the automation of several of its activities. In this context, and in the absence of specific legislation on the use of this technology, it was considered necessary to carry out a study dedicated to the legal and administrative framework applicable to automatic decision-making algorithms, as well as to the qualification and regulation of the decisions thus produced, highlighting the impact of these solutions on the structure of the administrative process and on the rights, freedoms and guarantees enjoyed by individuals.

To this end, we will first explain the definitions and rules applicable to regulations and administrative acts. This is done in order to understand whether decision-making algorithms (deterministic algorithms) and their results can be deemed to fall within these concepts, and to what extent their legal rules can be implemented in this reality. We will also examine the provisions of the General Data Protection Regulation in relation to automated individual decision-making, as well as the rights and guarantees of individuals in the context of the procedures for the adoption of regulations and administrative acts. We will try to reach a conclusion on how these provisions can be combined and adapted to ensure that the automation of administrative procedures respects human dignity, the rule of law and the rights, freedoms and guarantees of individuals.

KEYWORDS: Administrative Law; Automation of Public Administration; Algorithms; Automated Decisions; Administrative Act; Administrative Regulation; Citizen's Rights and Guarantees.

ÍNDICE

ABREVIATURAS E SIGLAS ABREVIADAS	6
INTRODUÇÃO	7
I. O PAPEL DO ALGORITMO COMO REGULAMENTO ADMINISTRATIVO	9
1.1 ALGORITMO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	9
1.2. ALGORITMO COMO LINGUAGEM JURÍDICA	10
A. Algoritmo como instrumento de regulação.....	10
B. Normas jurídicas e algoritmo: Uma mesma realidade de aspeto diferente?	11
1.3. OS ALGORITMOS COMO REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS.....	13
A. Conceito de regulamento administrativo	14
1.4. GARANTIAS DO PROCEDIMENTO REGULAMENTAR NA ADOÇÃO DE ALGORITMOS.....	18
A. Adaptação do procedimento regulamentar	19
II. DECISÃO AUTOMATIZADA COMO ATO ADMINISTRATIVO	25
2.1. O CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO	25
A. Decisão e papel da vontade.....	26
2.2. A DECISÃO AUTOMATIZADA COMO ATO ADMINISTRATIVO	29
A. <i>Output</i> do algoritmo como decisão (voluntária)	29
B. O exercício de poderes jurídico-administrativos	33
C. Produção de efeitos jurídicos externos	34
III. IMPACTO DA AUTOMATIZAÇÃO NOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS DOS ADMINISTRADOS	37
3.1. PERSPECTIVA DE DIREITO EUROPEU (E A TÍMIDA ABORDAGEM NACIONAL)	37
A. O Tratamento das decisões automatizadas no contexto nacional.....	38
3.2. PREVISÃO LEGAL DO RECURSO A ALGORITMOS	38
A. A insuficiente regulação da atividade administrativa automatizada	40
3.3. SALVAGUARDA DOS INTERESSES E DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPETIVA DO RGPD.....	41
A. Direito à intervenção humana e o “human in the loop”	42
B. O Direito a ser informado e a obter explicações	44
3.4. GARANTIAS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	46
A. Procedimento administrativo como requisito de validade e garantia dos direitos dos particulares.....	46

CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	56

ABREVIATURAS E SIGLAS ABREVIADAS

Al. – Alínea;

AMA – Agência para a Modernização Administrativa, I.P.;

AT – Administração Tributária e Aduaneira;

Art. – Artigo(s);

CCP – Código dos Contratos Públicos;

CEDHED – Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital;

Cf. – Conferir;

CIRS – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares;

Consult. – Consultado(a);

CPA – Código do Procedimento Administrativo;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

DL – Decreto-lei;

DR – Diário da República;

eSPap – Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P.;

FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia;

IA – Inteligência Artificial;

IRS – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Simples;

ML – *Machine learning*;

N.º – Número;

P. – Página;

Pp. – Páginas;

RGPD – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados;

STA – Supremo Tribunal Administrativo;

TC – Tribunal Constitucional;

TCA-Sul - Tribunal Central Administrativo Sul;

TIC – Tecnologias de informação e comunicação;

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia;

UE – União Europeia;

VwVfG – *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Código de Procedimento Administrativo alemão);

WP29 – *Article 29 Working Party*.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, as tecnologias de informação e comunicação (“TIC”) têm sido sobretudo utilizadas pela Administração Pública, enquanto meios de desmaterialização da atuação administrativa¹, com o propósito de aproximar os particulares e agilizar o procedimento administrativo, garantindo uma resposta mais rápida às pretensões dos cidadãos e das empresas².

Contudo, esta abordagem meramente instrumental das novas tecnologias vem sendo, pontualmente, acompanhada pela automatização da atuação administrativa. Pense-se, por exemplo, na atribuição da licença de caça³ ou de pesca lúdica⁴ que podem hoje ser requeridas e emitidas através da rede de caixas automáticas de Multibanco, ou na adoção do IRS automático em que a declaração deste tributo surge automaticamente preenchida com os dados na posse da Administração Tributária e Aduaneira (“AT”)⁵. Esta tendência, que já se vem manifestando, ameaça acelerar, no contexto da atual IV revolução industrial, com as iniciativas de transição digital integradas no *Plano de Recuperação e Resiliência*, que tem, precisamente, como um dos seus pilares, a transição tecnológica, com especial enfoque no funcionamento da Administração Pública. De resto, a *Estratégia para a Transformação Digital da Administração Pública 2021-2026*⁶ prevê que, quando possível, seja dada prioridade a serviços proativos ou automáticos e o *Plano de Ação Transversal para a legislatura*⁷ estabelece como medida a adotar o investimento na análise de serviços com recursos a modelos de decisão automática, embora, aqui o foco seja a investigação no campo da Inteligência Artificial (“IA”).

Este paradigma de inovação torna premente um estudo sobre o enquadramento jurídico dos novos protagonistas da moderna Administração – os algoritmos – bem como sobre o cabimento das decisões automatizadas no conceito tradicional de ato administrativo, sem que se olvide que a automatização administrativa vem acompanhada do inevitável impacto na morfologia do procedimento e, por conseguinte, nos direitos e

¹ ROQUE, 2015, p. 755.

² OLIVEIRA e MACHADO, 2018, p. 52.

³ Cf. art. 2.º, n.º 1 da Portaria n.º 140-A/2016, de 13 de maio, do Ministro das Finanças e Secretário de Estado das Florestas e do Desenvolvimento Rural.

⁴ Cf. art. 52.º, n.º 1 do Decreto-lei (“DL”) n.º 112/2017, de 6 de setembro, que estabelece o regime jurídico do ordenamento e da gestão sustentável dos recursos aquícolas das águas interiores.

⁵ Cf. art. 58.º-A do DL n.º 442-A/88, de 30 de novembro, que aprovou o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

⁶ Cf. Anexo I à Resolução do Conselho de Ministros n.º 131/2021, de 10 de setembro de 2021.

⁷ Cf. Anexo II à Resolução do Conselho de Ministros n.º 131/2021, de 10 de setembro de 2021.

garantias dos particulares, cuja compatibilização com a automatização se mostra complexa e carecida de maior análise. Tanto mais, que o nosso legislador não logrou criar nenhum quadro regulatório específico para os atos automáticos da Administração.

Assim, o nosso estudo procurará, num primeiro momento, refletir sobre o enquadramento jurídico dos algoritmos enquanto regulamentos administrativos, analisando, ainda, a conjugação da sua adoção no contexto das relações administrativas com as regras e garantias próprias do procedimento regulamentar. Posteriormente, abordaremos a classificação das decisões automatizadas enquanto atos administrativos, conduzindo uma análise da respetiva definição legal e da sua compatibilidade com estas novas realidades provenientes da ciência computacional.

São vários os desafios que nos coloca o tema em estudo. Com efeito, torna-se necessário garantir que a automatização do agir administrativo não redunde numa pura e simples delegação de competências em entidades externas à Administração, assegurando que as normas contidas no algoritmo, bem como as decisões automatizadas lhe continuam a ser imputáveis. Para além disto, no âmbito do ato administrativo automatizado, não podemos deixar de abordar as limitações decorrentes da competência discricionária da Administração, aferindo até que ponto pode o agir administrativo ser automatizado, na presença deste tipo de poderes.

Por fim, conjugando a perspetiva nacional, com aquela que nos vem da União Europeia (“UE”), resta-nos, ainda, responder à questão de saber se é possível conciliar a automatização das decisões administrativas com a dignidade da pessoa humana, impedindo que os administrados se transformem em meros destinatários passivos, à mercê da tecnologia e assegurando a subsistência de um procedimento que garanta os direitos e garantias das pessoas, enquanto titulares de dados e administrados.

Com este intento, embora se abordem pontualmente as tecnologias de IA, dada a sua atual relevância, a nossa investigação, centra-se, sobretudo, na utilização de algoritmos tradicionais e no seu impacto no Direito Administrativo. Um tema que suscita grande interesse na doutrina estrangeira e que, após um pico nos anos 90, começa agora a ressurgir na doutrina nacional. Assim, no estudo que se segue, para além dos autores nacionais, procurámos, apesar das barreiras linguísticas, recorrer, sempre que possível, a ensinamentos de outros sistemas jurídicos de modo a analisar as soluções legais por si adotadas, bem como alguma da sua doutrina e jurisprudência. Neste contexto, quando se recorra a traduções, estas são, salvo indicação em contrário, da nossa responsabilidade.

I. O PAPEL DO ALGORITMO COMO REGULAMENTO ADMINISTRATIVO

1.1 ALGORITMO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Por ser indispensável ao nosso trabalho, começamos por um breve escurso no âmbito da ciência computacional para compreender o que se entende por algoritmos e IA.

O algoritmo consiste numa sequência finita de regras e operações, matemática ou logicamente formuladas, que permite solucionar determinados problemas a partir de um conjunto de dados⁸. Descendo ao detalhe, estamos a falar de (i) um procedimento composto por várias etapas; (ii) com carácter finito; (iii) abstrato (aplicável em todas os casos em que executa a sua finalidade); (iv) preciso ou formulado de modo claro e objetivo e, portanto, dispensando a compreensão dos seus termos, para além da avaliação objetiva das operações a realizar; (v) imperativo e (vi) organizado de modo a produzir um determinado resultado, considerando determinadas premissas⁹. Nestes casos, o algoritmo tenderá a assumir uma formulação condicional do tipo “se A = verdadeiro, então B”¹⁰. Estes são os algoritmos ditos “tradicional” ou determinísticos em que o resultado é previsível e vinculado. Com efeito, introduzidas as variáveis a considerar pelo programa (*input*), estas são relacionadas de acordo com a lógica previamente definida, produzindo um determinado resultado (*output*)¹¹, de tal modo que quem definir aquela lógica estará apto a controlar o respetivo resultado¹².

Mais complexa de definir é a IA. Na sua comunicação sobre a aplicação desta tecnologia na Europa¹³, a Comissão Europeia define-a como abrangendo os “(...) sistemas que apresentam um comportamento inteligente, analisando o seu ambiente e tomando medidas – com um determinado nível de autonomia – para atingir objetivos específicos”, já a proposta de Regulamento sobre a IA¹⁴ define-a como “um programa informático desenvolvido com uma ou várias das técnicas e abordagens enumeradas no anexo I¹⁵, capaz de, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos por

⁸ VICENTE, 2023, p. 17.

⁹ HILL, 2016, pp. 44 e 46.

¹⁰ VICENTE, 2023, p. 19.

¹¹ VICENTE, 2023, p. 24.

¹² HILDEBRANDT, 2008, p. 3.

¹³ COMISSÃO EUROPEIA, 2018, p. 1.

¹⁴ COMISSÃO EUROPEIA, 2021.

¹⁵ O anexo I da proposta refere: “(a) Abordagens de aprendizagem automática, incluindo aprendizagem supervisionada, não supervisionada e por reforço, utilizando uma grande variedade de métodos, designadamente aprendizagem profunda; (b) Abordagens baseadas na lógica e no conhecimento,

seres humanos, criar resultados, tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões, que influenciam os ambientes com os quais interage” (art. 3.º).

Neste contexto, a discussão tem sido dominada pela aprendizagem automática ou *Machine Learning* (“ML”), abordagem que funciona através da inferência de padrões, traduzidos em funções matemáticas, a partir de um conjunto de dados ou entre um *input* e um *output*, de modo a realizar previsões. Independentemente da técnica utilizada (aprendizagem supervisionada, não supervisionada, por reforço ou *deep learning*¹⁶), certo é, contudo, que são algoritmos de aprendizagem indutiva, que funcionam segundo a lógica de que qualquer função matemática que cumpra, ou se aproxime do objetivo, num número suficientemente alargado de hipóteses, tenderá a aproximar-se dele noutras hipóteses semelhantes¹⁷. Alguns destes algoritmos, como as redes neuronais e outros métodos de *deep learning* têm sido apelidados de *black boxes*, por constituírem sistemas complexos nos quais os cientistas têm dificuldade em compreender como o algoritmo obtém determinados resultados¹⁸. Esta falta de transparência tem suscitado dificuldades de responsabilização em caso de erro, bem como de identificação de fenómenos discriminatórios, amplamente noticiados¹⁹.

1.2. ALGORITMO COMO LINGUAGEM JURÍDICA

Como já antecipámos, o recurso pela Administração a algoritmos tem-se disseminado, substituindo a intervenção dos agentes administrativos²⁰, pelo que começaremos por analisar o seu enquadramento jurídico, quando, como nos casos aqui em estudo, está subjacente e define os pressupostos das decisões administrativas.

A. Algoritmo como instrumento de regulação

Independentemente da área de aplicação, quando olhamos para o funcionamento dos algoritmos, podemos identificar, pelo menos, duas formas de condicionamento ou regulação do comportamento humano.

nomeadamente representação do conhecimento, programação (lógica) indutiva, bases de conhecimento, motores de inferência e de dedução, sistemas de raciocínio (simbólico) e sistemas periciais; e (c) Abordagens estatísticas, estimação de Bayes, métodos de pesquisa e otimização”.

¹⁶ Para aprofundamento, veja-se VICENTE, 2023, pp. 28-36.

¹⁷ MITCHELL, 1997, p. 23.

¹⁸ VICENTE, 2023, p. 35-36.

¹⁹ Para considerações adicionais sobre o tema, cf. BURREL, 2016.

²⁰ Cf. COMISSÃO EUROPEIA, 2020.

Uma primeira, identificada por LAWRENCE LESSIG, pode ser designada como estrutural. Nestes casos, é a própria arquitetura do sistema, definida pelo algoritmo, que limita a ação do utilizador, sem recurso a qualquer sanção²¹. Uma segunda forma de regulação consiste em traduzir as regras para código, permitindo a sua aplicação automática²². Enquanto, no primeiro caso, estamos a falar de condicionar a atuação do utilizador, através das regras de funcionamento do programa informático, como ocorre no ciberespaço, no segundo, temos em vista a aplicação (automática) de regras a situações concretas do mundo exterior. Resulta, então, claro o carácter normativo do algoritmo. Tal como os sistemas normativos²³, descritos nos diversos manuais de introdução ao direito, ao interagir com o ser humano, os programas informáticos orientam as suas condutas e, por conseguinte, transformam-se em normas²⁴.

B. Normas jurídicas e algoritmo: Uma mesma realidade de aspeto diferente?

i. A juridicidade dos algoritmos utilizados pela Administração

Exposta a sua natureza normativa, o possível enquadramento jurídico dos algoritmos de decisão utilizados pela Administração, reconduz-se à questão de saber como certos conteúdos adquirem juridicidade²⁵.

Aqui importa abordar duas escolas de pensamento. A corrente positivista, que considera como fontes de direito, as formas de criação e revelação de um dever ser, resultantes de um procedimento juridicamente enquadrado, levado a cabo por autoridades juridicamente legitimadas, ao qual o sistema jurídico reconheça força vinculativa²⁶ e a teoria realista do direito, que procura a definição da juridicidade das normas, na prática social, rejeitando o formalismo da teoria anterior²⁷. Assim, para autores como HERBERT HART, direito é tudo aquilo que numa dada sociedade é considerado e aplicado como tal, segundo uma “norma de reconhecimento” que define o que os operadores do direito e o público consideram como jurídico²⁸. Ora, apesar da distância que separa estes eixos da discussão, é possível, desde logo, observar que o que define uma norma jurídica é

²¹ LESSIG, 1999, p. 20.

²² FILIPPI e WRIGHT, 2018, p. 193.

²³ SOUSA, 2012, p. 49.

²⁴ GUIMARÃES, 2022, p. 780.

²⁵ MACHADO, 2013, p. 153.

²⁶ MACHADO, 2013, pp. 154-155.

²⁷ HESPANHA, 2009, p. 98.

²⁸ HART, 1996, pp. 112 e 113.

independente da sua forma externa, pois que a existência de um dever ser é independente da linguagem utilizada²⁹.

Uma norma jurídica sê-lo-á independentemente de estar escrita em código ou linguagem natural. Nesta senda, parece-nos que as regras jurídicas cuja aplicação, anteriormente assegurada pelo ser humano, é agora garantida por algoritmos, continuam a beneficiar de juridicidade. Veja-se a atribuição de prestações sociais³⁰, a deteção de situações de fraude fiscal³¹, o processamento de contraordenações rodoviárias³² ou a gestão e coleta de receitas fiscais³³, e facilmente se conclui que as orientações transmitidas pelo código fonte não perderam a juridicidade.

ii. As semelhanças lógicas no raciocínio jurídico e no funcionamento algorítmico

Para além disto, importa ainda notar as semelhanças estruturais visíveis entre os algoritmos e as normas jurídicas, bem como entre o raciocínio jurídico e o funcionamento dos programas informáticos.

Quando estudamos as propriedades das normas jurídicas, verificamos que estas são caracterizadas pela hipoteticidade, (a estatuição só se produz na presença de determinados pressupostos), pelo carácter geral e abstrato³⁴, e são externalizadas através de enunciados prescritivos e performativos³⁵. Ora, estas características enformam, também, o algoritmo³⁶. Com efeito, este funciona de acordo com a lógica condicional comum às normas jurídicas³⁷. Perante uma regra do tipo “Se A, então B”, o sistema verificará a ocorrência de B testando a presença de A, sendo que se esta condição estiver dependente de outras condições precedentes, então o computador procederá à sua verificação, através de um método de análise regressiva ou *backtracking*. Desta forma, o programa informático consegue reproduzir artificialmente o raciocínio dedutivo, subsumindo, tal

²⁹ DUARTE, 2006, p. 31.

³⁰ KAUN, 2022.

³¹ Para considerações sobre o recurso à AI no combate à fraude na Bélgica, cf. DEGRAVE, 2020; para um estudo sobre o caso dos Países Baixos, cf. MEUWESE, 2020.

³² Sobre o processamento automático das contraordenações rodoviárias em França, cf. ANTAI, 2021, p. 10.

³³ OLIVARES, 2020.

³⁴ DUARTE, 2006, pp. 73-75.

³⁵ LOPES, 2019, p. 44.

³⁶ HILL, 2016, p. 50.

³⁷ LOPES, 2019, p. 81.

como um jurista, uma situação à previsão normativa/algóritmica e verificando a ocorrência da condição ali descrita, determinando a aplicação, ou não, da estatuição³⁸.

Aqui chegados, tornam-se necessárias algumas precisões. Primeiramente, nem todos os algoritmos podem ser reconduzidos a normas jurídicas. Por um lado, a maioria dos algoritmos utilizados em programas informáticos, ainda que com natureza normativa, são meras normas técnicas que apenas descrevem os passos a seguir pelo computador para atingir um resultado desejado³⁹. A juridicidade está reservada para aqueles algoritmos que interagem com o ser humano, orientando desta forma o seu comportamento.

Por outro lado, não nos parece que os algoritmos de IA possam ser considerados normas jurídicas. Nesse sentido, se, de uma perspectiva, os algoritmos subjacentes à tecnologia ML não apresentam quaisquer semelhanças com as normas jurídicas⁴⁰, já no que respeita aos algoritmos de *deep learning*, é duvidoso que estes sejam sequer suscetíveis de orientar qualquer conduta, uma vez que a sua lógica escapa ao ser humano, impossibilitando que este se determine, conscientemente, de modo a atingir um objetivo e/ou a evitar uma sanção. Para além disto, enquanto a norma jurídica, por ser abstrata, apresenta uma tendência de “execução permanente”, como ilustrativamente refere MARCELLO CAETANO⁴¹, os algoritmos de *deep learning*, pela sua constante atualização, têm suscitado a dúvida quanto à presença desta característica, sendo que o próprio atributo da generalidade pode ser colocado em causa, dada a adaptação do programa normativo às características concretas da base de dados de que dispõe.

1.3. OS ALGORITMOS COMO REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS

Tendo explorado e caracterizado os algoritmos de decisão como normas jurídicas, importa agora, para concretizar o regime aplicável, saber se podemos reconduzi-los a regulamentos administrativos de modo a aplicar, entre outras disposições, o princípio da legalidade, o direito de participação dos administrados, bem como a obrigação de publicação.

³⁸ HESPANHA, 2000, pp. 149-150.

³⁹ SOUSA, 2012, p. 60.

⁴⁰ HUERGO, 2020, p. 65.

⁴¹ CAETANO, 1997, p. 95.

A. Conceito de regulamento administrativo

Começando pela definição avançada pelo art. 135.º do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”)⁴², podemos identificar como aspetos do regulamento, (i) o facto de serem normas jurídicas gerais e abstratas; (ii) adotadas no exercício de poderes jus-administrativos; (iii) que produzem efeitos jurídicos externos⁴³. Importará agora, analisar estas propriedades e avaliar se caracterizam igualmente os algoritmos aqui em causa.

(a) Começando pela natureza dos regulamentos como normas jurídicas gerais e abstratas, notamos tratar-se de uma característica que não levanta dificuldades de maior⁴⁴, sendo que, como vimos, os algoritmos adotados pela Administração, na tomada de decisões automatizadas podem ser qualificados como normas jurídicas, como concluímos na nossa exposição anterior.

(b) Quanto à dimensão funcional dos regulamentos, a definição do que se deve entender por exercício de poderes jurídico administrativos não é clara e tem dividido a doutrina⁴⁵. Alguns autores identificam a função administrativa com a densificação e concretização das opções legislativas, para quem estaria reservado o carácter inovador⁴⁶, outros defendem que a verificação deste aspeto só será possível considerando a origem e a forma do diploma. Por outras palavras, será regulamento se for adotado por entidades com poder regulamentar e assumir a forma de regulamento⁴⁷. De qualquer modo, o ponto não é essencial para o presente estudo, sendo que o algoritmo é suscetível de enquadrar ambas as definições. Dito isto, transpondo este atributo para o algoritmo, deparamo-nos com dois aspetos que é mister acautelar: a competência para a sua emissão e o necessário respeito pelo princípio da legalidade.

i. Automatização e competência

Como sabemos, ao contrário do que acontece noutros campos do direito, a atividade administrativa rege-se pelo princípio da legalidade e a emanação de normas regulamentares não é exceção. Tal princípio resulta, desde logo, do art. 112.º, n.º 7 da Constituição da República Portuguesa (“CRP”) e é reafirmado pelo art. 136.º, n.º 1 do CPA, cujo regime exige, não só que os regulamentos indiquem, expressamente, a lei

⁴² DL n.º 4/2015, de 07 de janeiro que aprovou o CPA de 2015.

⁴³ MONCADA, 2022, p. 475.

⁴⁴ ABREU, 1987, p. 17.

⁴⁵ ABREU, 1987, p. 41.

⁴⁶ ANDRADE, 2018, p. 37 e CAETANO, 1997, p. 97.

⁴⁷ ALMEIDA, 2021, pp. 226-227 e AMARAL, 2020, p. 161.

regulamentada ou atributiva da competência para a sua emissão, como, no CPA, se vai mais longe exigindo que a emissão de regulamentos tenha sempre por base uma lei habilitante⁴⁸.

Tradicionalmente, dispõe de poder regulamentar o Governo, Regiões Autónomas, Autarquias Locais, Institutos públicos, Associações Públicas e Entidades Administrativas Independentes, nos termos das respetivas leis orgânicas⁴⁹, bem como, entidades privadas habilitadas para tal⁵⁰. Dito isto, coloca-se a questão de saber se um programa informático elaborado por fornecedores externos de software ou serviços administrativos especializados sem poder regulamentar, adotado por órgãos com esse poder pode, ainda assim, cumprir o requisito funcional do conceito de regulamento administrativo, sobretudo, considerando a proibição de alienação da competência do art. 36.º, n.º 1 do CPA^{51|52}.

Ora, ao contrário da IA, em que o algoritmo ganha “independência” face aos seus criadores, aperfeiçoando o seu funcionamento para atingir melhores resultados, os algoritmos tradicionais são deterministas e controláveis por quem os cria. Dito isto, no caso da aquisição a entidades externas à Administração, os respetivos parâmetros podem ser concretizados enquanto especificações técnicas⁵³ no caderno de encargos de um eventual procedimento de aquisição de serviços de desenvolvimento de software⁵⁴, sendo então excluídas todas as propostas que não cumpram satisfatoriamente estas indicações constantes do caderno de encargos (art. 70.º, n.º 2, al. b), do CCP)⁵⁵. Neste sentido, considerando que a entidade responsável pela decisão de contratar, pela aprovação das peças do procedimento e pela decisão de adjudicação, será também titular do poder regulamentar, então a “autoria” e a responsabilidade pela sua adoção ser-lhe-ão sempre imputáveis, sem que esteja envolvida qualquer alienação ou delegação de competência⁵⁶.

⁴⁸ MONCADA, 2022, p. 479.

⁴⁹ AMARAL, 2004, pp. 177-181.

⁵⁰ GONÇALVES, 2005, pp. 736-737.

⁵¹ CALADO, 2023, p. 530.

⁵² Esta mesma questão tem sido debatida, ainda que noutros termos, nos EUA a propósito da *non-delegation doctrine* e do recurso a sistemas de decisão automática por agências governamentais. Abordando o tema, cf. COGLIANESE e LEHR, 2017, pp. 1076-1078.

⁵³ Para uma definição de especificações técnicas, no âmbito de contratos de prestação de serviços, cf., al. b) do n.º 1 do Anexo VII, do Código dos Contratos Públicos (“CCP”). Estas podem incluir “(...) as características exigidas a um produto ou a um serviço, tais como (...) a conceção que preveja todas as utilizações, (...) a avaliação da conformidade, o desempenho, a utilização do produto (...)”.

⁵⁴ Cf. art. 49.º, n.º 7, al. a) que permite que as especificações técnicas sejam formuladas “em termos de desempenho ou de requisitos funcionais”.

⁵⁵ SANCHÉZ, 2021, p. 256.

⁵⁶ No mesmo sentido, cf. ALMEIDA, 2023, p. 140.

O mesmo se diga para o desenvolvimento *in house* de software, que, embora desenvolvido por serviços administrativos sem a correspondente competência regulamentar, deverá ser adotado por decisão/deliberação de quem a possua e configurado de acordo com as suas diretivas.

ii. Vinculação do algoritmo ao princípio da legalidade

A sujeição dos regulamentos ao princípio da legalidade, na sua dimensão de princípio de preferência de lei, implica que este não possa contrariar normas legais (art. 112.º, n.º 5 da CRP) nem disciplinar matérias constitucionalmente reservadas à lei, o que se identifica com o princípio da reserva material de lei⁵⁷.

Apesar disto, são, contudo, permitidos fenómenos como a deslegalização⁵⁸ ou a aprovação de regulamentos independentes (art. 112.º, n.º 6 da CRP e art. 136.º, n.º 3 do CPA), isto é, regulamentos com carácter inovador sem referência ao conteúdo de qualquer regime legal prévio⁵⁹. Ora, apesar desta possibilidade, os algoritmos deverão corresponder, sempre, a regulamentos de execução. Esta exigência resulta, por um lado, do princípio do estado de direito democrático, que impõe que o recurso à automatização, bem como o conteúdo do algoritmo, seja sempre parametrizado por lei ou regulamento de hierarquia superior⁶⁰; e, por outro, da própria natureza do algoritmo, que pelas suas limitações, designadamente no que respeita ao uso de conceitos indeterminados e princípios jurídicos, dificilmente conseguirá reproduzir a totalidade de um regime jurídico, sendo mais adequado à concretização de segmentos de regimes cuja aplicação é mecânica e rotineira⁶¹.

De facto, tal como os regulamentos de execução⁶², também os algoritmos definem regras para a aplicação (automatizada) dos preceitos legais ou regulamentares, densificam os pressupostos jurídicos de modo a, designadamente, permitir a sua automatização e definem o formato de interação entre o software e os particulares, no que se aproxima à aprovação do formato de um requerimento⁶³. Dito isto, importa precisar que aqui nos referimos a regulamentos de execução “em sentido estrito”, afastando os regulamentos

⁵⁷ AMARAL, 2020, pp. 172-173.

⁵⁸ Para aprofundamento, cf. MIRANDA, 2004, pp. 213-217.

⁵⁹ ALMEIDA, 2021, p. 233.

⁶⁰ Com uma posição semelhante, cf. GONÇALVES, 1997, pp. 75-76.

⁶¹ ARAÚJO, 2020, p. 41.

⁶² ABREU, 1987, pp. 58-59.

⁶³ Estabelecendo este paralelismo, cf. GAMA, 2020, p. 242.

complementares e integrativos⁶⁴. A razão é fácil e já foi, por nós, explicitada. Para que o algoritmo funcione não podem existir lacunas ou espaços de interpretação.

Dito isto, salvo o devido respeito, não se acompanha a posição dos Autores⁶⁵ que contestam a classificação dos algoritmos enquanto regulamentos administrativos por não disporem de conteúdo inovador. Com efeito, apesar do elevado grau de dependência em relação ao diploma regulamentado, importa salientar que o algoritmo apresenta sempre um pendor criativo. Se assim não fosse, bastaria a tradução de uma disposição legal para linguagem de programação de modo a criar um sistema informático funcional. Ora, isto não acontece. Assim, parece-nos que é de aplicar aqui o argumento enunciado por RAQUEL MONIZ⁶⁶ para os regulamentos de execução tradicionais. Desta forma, embora o algoritmo possa (e deva) conter normas que enunciam prescrições legais (ou regulamentares), este consagrará sempre condições práticas de aplicação e pormenores que representam um momento de novidade, decorrentes da própria diferença entre a programação e a legística.

Continuação:

(c) Dos atributos legalmente definidos, cumpre-nos referir a produção de efeitos externos. Neste sentido, estaremos perante um regulamento, na aceção do CPA, quando este projete efeitos jurídicos sobre a esfera jurídica de terceiros⁶⁷. Trata-se de uma opção de política legislativa. Com efeito - e ao contrário do que já se entendeu⁶⁸ - atualmente, considera-se que, quer os regulamentos com eficácia externa, quer os regulamentos internos têm carácter regulamentar e jurídico, o que o CPA não veio alterar⁶⁹.

Neste ponto, importa abordar a perspetiva de PEDRO GONÇALVES segundo o qual, o programa informático se aproxima dos regulamentos internos, pois “embora determinando uma decisão concreta, não cria qualquer regra jurídica que discipline relações entre a Administração e os Particulares ou que exerça um efeito vinculativo ‘inovador’ na modelação do conteúdo dessas relações”⁷⁰. Ora, não podemos acompanhar

⁶⁴ MONCADA, 2002, p. 567.

⁶⁵ Cf., por exemplo, GONÇALVES, 1997, p. 65 e HUERGO, 2020, p. 68-69.

⁶⁶ MONIZ, 2011, p. 82.

⁶⁷ MONCADA, 2022, p. 475.

⁶⁸ ALMEIDA, 2008, p. 510.

⁶⁹ QUADROS, *et. alii*, 2022, p. 286.

⁷⁰ GONÇALVES, 1997, p. 66.

esta posição, na medida em que parte do princípio de que o algoritmo não tem conteúdo inovador, o que, como já vimos, não é exato.

Dito isto, saber se o algoritmo de decisão cumpre ou não este requisito dependerá, primeiramente, de saber se o resultado do algoritmo tem impacto direto na esfera jurídica dos particulares ou se, ao invés, se limita a auxiliar o titular do órgão administrativos na formação da sua decisão, restringindo o seu impacto ao interior da organização⁷¹.

O primeiro caso é exemplificado pelo caso *Trelleborg* (Suécia), em que os pedidos de continuação da prestação de apoios sociais são decididos automaticamente e, salvo em casos excepcionais, a decisão produzida é legalmente vinculativa para os particulares⁷². O mesmo acontece com os exemplos de automatização da atuação administrativa em Portugal, que referimos na introdução. Já a aplicação *OASIS*, utilizada na Bélgica para combater situações de fraude fiscal, aproxima-se do segundo paradigma, pois que se limita a auxiliar na deteção destas situações, indicando que estas devem ser monitorizadas por um inspetor da Segurança Social⁷³. Tudo exposto, é de concluir que no primeiro caso estamos perante um verdadeiro regulamento com impacto externo pois que a regulação nele contida não está dirigida ao interior da Administração, mas ao particular que interage diretamente com o algoritmo e se deve conformar com ele⁷⁴.

1.4. GARANTIAS DO PROCEDIMENTO REGULAMENTAR NA ADOÇÃO DE ALGORITMOS

Discutida a natureza normativa do algoritmo e a sua recondução ao conceito de regulamento, importa, agora, analisar se é possível adaptar o procedimento regulamentar à adoção destes algoritmos ou se, ao invés, as características e garantias que o caracterizam são incompatíveis com esta nova realidade.

De acordo com a posição de ANDRES BOIX PALOP⁷⁵, a identificação dos algoritmos com a figura dos regulamentos administrativos teria a virtude de lhes aplicar diretamente as regras e garantias do procedimento regulamentar. Consideramos, contudo, que dificilmente esta aplicação será tão simples e automática.

⁷¹ BOIX, 2020, p. 237.

⁷² Cf. LIND, 2020.

⁷³ DEGRAVE, 2020, pp. 170-171.

⁷⁴ Assim, a adoção do algoritmo não pode ter por fundamento os poderes de auto-organização e direção hierárquica que servem de base à elaboração de normas internas da Administração. Sobre o tema, cf. MONCADA, 2002, p.1063.

⁷⁵ BOIX, 2020, p. 249.

A. Adaptação do procedimento regulamentar

i. Fundamentação: Em especial a análise custos-benefícios

O art. 99.º do CPA, impõe que os regulamentos sejam aprovados com base num projeto, acompanhado de uma nota justificativa fundamentada, que inclua uma análise custos-benefícios das medidas projetadas.

Transpondo esta prescrição para o nosso objeto de estudo, consideramos que esta obrigação de fundamentação não levanta problemas, existindo a possibilidade de acompanhar o projeto de algoritmo de uma nota explicativa da bondade do regime no que respeita à legalidade e mérito⁷⁶.

Quanto à ponderação dos custos e benefícios⁷⁷ julgamos que, no que respeita à opção de automatização com recurso a fornecedores externos, esta ponderação já resulta, em parte, do raciocínio imposto pelo DL n.º 107/2012, de 18 de maio⁷⁸ que obriga as entidades abrangidas a informar e requerer parecer prévio à Agência para a Modernização Administrativa, I.P. (“AMA”) quando iniciem um procedimento de contratação no domínio das TIC, de valor superior a € 10.000,00. Assim, a AMA avaliará os custos e benefícios estimados; o alinhamento com os objetivos estratégicos; os fatores de risco associados à sua implementação e a coerência com as políticas e normas da Administração Pública⁷⁹. O mesmo raciocínio está, de resto, presente quando o software é desenvolvido pelos Serviços Partilhados da Administração Pública (“eSPap”)⁸⁰. Assumindo o algoritmo de decisão como um regulamento, tratar-se-ia de exigir uma avaliação de conteúdo semelhante, quando a Administração adotasse este tipo de mecanismos. Assim se garantiria, “(...) o conhecimento de todos os aspetos merecedores de ponderação previamente à adoção de determinada disciplina regulamentar (...)”⁸¹.

⁷⁶ MONCADA, (2022), p. 378.

⁷⁷ Para um estudo mais profundo sobre a análise custos-benefícios, cf. MONIZ, 2023, pp. 167-168.

⁷⁸ DL n.º 107/2012, de 18 de maio, que estabelece o dever de informação e parecer prévio no domínio das tecnologias de informação e comunicação.

⁷⁹ Preâmbulo do DL n.º 107/2012, de 18 de maio, op., cit.

⁸⁰ Para uma descrição do serviço de diagnóstico, prestado pela eSPap no desenvolvimento aplicacional, cf. https://www.espap.gov.pt/FrontEnd/Paginas/Areas/SP_TIC/SP_TIC_Des_App_tpl_1.aspx, “(consult. em 26.08.2023)”.

⁸¹ AMARAL, 2020, p. 183.

ii. Participação e publicidade no procedimento de adoção de algoritmos

No domínio das garantias administrativas, o CPA, prevê, ainda, nos seus art. 100.º e 101.º, respetivamente, a realização de audiência dos interessados para os regulamentos que afetem de modo direto e imediato direitos e interesses dos administrados e a consulta pública, nos casos em que a sua natureza o justifique ou em que, devendo ocorrer audiência dos interessados, o número de interessados a impossibilite.

Trata-se da concretização do princípio constitucional da participação dos interessados, tal como surge no art. 267.º, n.ºs 1 e 5 da CRP⁸² e no art. 12.º do CPA, bem como do princípio da colaboração com os particulares positivado no art. 11.º do CPA. Além disto, o art. 139.º do CPA, impõe, de modo geral, que a produção de efeitos dos regulamentos administrativos depende da respetiva publicação em Diário da República (“DR”)⁸³, no que é seguido por outros regimes especiais com disposições semelhantes⁸⁴.

Começando pela audiência dos interessados, parece-nos que os algoritmos de decisão não serão, em princípio, considerados como imediatamente operativos ou, como produzindo efeitos diretos e imediatos na esfera jurídica dos interessados⁸⁵. Com efeito, quando falamos em algoritmos estamos a pensar na dimensão estática do programa informático e não na sua face dinâmica⁸⁶. Desta forma, o algoritmo apenas produzirá efeitos e, portanto, afetará direitos e interesses legalmente protegidos, quando for executado e produzir uma decisão.

Passando à consulta pública, a natureza das matérias que justificam a sua realização prende-se, tradicionalmente, com temas que afetam uma pluralidade difusa de destinatários⁸⁷. Assim, parece-nos que esta forma de participação será a mais adequada para adoção de algoritmos, até por permitir a intervenção de *players* com a formação necessária para compreender as características e as implicações de tais instrumentos, contribuindo para a sua configuração. Apesar disto, a realização de um momento de participação de interessados, por referência ao algoritmo, poderá ter de ser equacionada, ainda que fora dos casos aqui previstos, na senda das garantias previstas no Regulamento Geral de Proteção de Dados (“RGPD”) que estudaremos *infra*.

⁸² Defendendo a extensão do disposto no art. 267.º, n.º 5 da CRP às decisões administrativas de carácter normativo, cf. AMARAL, (2020), p. 182.

⁸³ Defendendo uma interpretação restritiva da obrigação de publicação em DR, cf. ANDRADE, 2018, p. 150.

⁸⁴ Para aprofundamento dos regimes especiais, cf. MONIZ, 2023, pp. 179-180, notas de rodapé n.º 85 a 91

⁸⁵ ALMEIDA, 2021, p. 242.

⁸⁶ HILL, 2016, p. 52.

⁸⁷ ALMEIDA, 2021, p. 245.

Já no que respeita ao princípio da publicidade dos atos jurídicos, presente no art. 119.º da CRP, este constitui uma decorrência do princípio do estado de direito democrático, pois que, em democracia é condição necessária que os cidadãos conheçam as normas e decisões que condicionam o seu comportamento, de modo a poderem defender-se⁸⁸. A questão que se coloca é se este princípio justificará a publicação⁸⁹ dos algoritmos utilizados pela Administração na tomada de decisões.

Na CRP, o art. 119.º, n.º 1, apenas faz referência aos decretos regulamentares e demais regulamentos do Governo. Certo é, contudo, que o seu n.º 2 sanciona com a ineficácia qualquer ato genérico que não seja objeto de publicidade, impondo, no n.º 3, que a lei determine a forma de publicidade dos demais atos e as consequências da sua falta, aqui abrangendo, designadamente, os restantes atos gerais e regulamentos não referidos no n.º 1 do preceito⁹⁰. Tudo visto, parece claro que os algoritmos, enquanto manifestações da atividade regulamentar deveriam também ser alvo de publicação em sede oficial, sob pena de não poderem gerar efeitos vinculativos para terceiros. Mesmo para aqueles que não considerem os algoritmos como regulamentos, esta obrigação sempre resultaria do art. 119.º, n.º 2 da CRP, ao estender a obrigação de publicação a todos os atos da Administração com conteúdo genérico ou geral, incluindo, não só os regulamentos, mas os atos administrativos de carácter genérico⁹¹. Portanto, ao pretender abranger todos os atos cujos destinatários não sejam identificáveis, parece-nos claro que a teleologia da norma sempre se aplicaria aos algoritmos de decisão.

iii. Divulgação do código fonte

Dito isto, em ambas as obrigações, deparamo-nos com a necessidade de divulgação do algoritmo, questão que, embora sempre discutida do ponto de vista do acesso a documentos administrativos, tem suscitado controvérsia na doutrina e na jurisprudência, a nível internacional, considerando a sua proteção por direitos de propriedade intelectual⁹².

⁸⁸ CANOTILHO e MOREIRA, 2014, pp. 129-130.

⁸⁹ Sobre a distinção entre publicidade e publicação, cf. CANOTILHO e MOREIRA, 2014, p. 130.

⁹⁰ Para uma análise do princípio da publicidade e do art. 119.º, cf. Acórdão do TC, de 25.06.2020, n.º 310/2020, processo n.º 1043/2019, (Relatora: Mariana Canotilho), disponível, como os demais, em www.tribunalconstitucional.pt

⁹¹ CANOTILHO e MOREIRA, 2014, p. 134.

⁹² ALMEIDA, 2023, p. 143.

No caso *State v. Loomis* a questão centrou-se no uso do programa informático COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) de avaliação de risco de reincidência, utilizado, no Wisconsin, pelo Tribunal de Primeira Instância (*Circuit Court*). Na sequência da sua condenação à pena máxima, Eric Loomis defendeu-se, alegando, entre outras, a violação do seu direito ao *due process* pelo carácter sigiloso do funcionamento do programa informático. A questão subiu ao Supremo Tribunal do Wisconsin que, não colocando em causa o sigilo do programa informático, passou a exigir a publicidade escrita das limitações da aplicação, incluindo, ainda, a forma como o programa considera os diversos fatores de risco, bem como a existência de *biases*⁹³.

Desde então, na Europa, várias instâncias vieram já exigir a publicação do algoritmo, em obediência ao princípio da transparência⁹⁴. O caso paradigmático, neste âmbito, tramitou nos tribunais italianos e é conhecido como o Caso MIUR (*Ministero dell' Istruzion, dell' Universita' e della Ricerca*), relativo a um pedido, por parte de uma organização sindical, de acesso ao algoritmo, desenvolvido por um fornecedor privado, utilizado pelo Ministério da Educação na colocação de professores⁹⁵. Neste contexto, o Tribunal Administrativo Regional do Lazio, autorizou o acesso ao código fonte, por considerar que “o algoritmo é uma expressão direta da atividade desenvolvida pela Administração Pública que é, sem dúvida atividade de interesse público”⁹⁶. Agindo sobre a mesma realidade, o Conselho de Estado italiano, não só reconheceu que a “regra técnica que rege cada algoritmo continua a ser uma regra administrativa geral, construída pelo homem e não pela máquina, para depois ser (apenas) aplicada por esta, (...) Esta regra algorítmica, portanto: - tem pleno valor jurídico e administrativo, ainda que declinado em forma matemática, (...)”⁹⁷, como estatuiu que o algoritmo deve ser cognoscível, designadamente, no que respeita aos seus autores, ao procedimento de elaboração, mecanismo de decisão, lógica envolvida e dados selecionados como relevantes⁹⁸. Para

⁹³ CARIA, 2022, pp. 248-250.

⁹⁴ BOIX, 2020, p. 244.

⁹⁵ PINOTTI, 2018, p. 129.

⁹⁶ Acórdão do Tribunal Administrativo Regional do Lácio, de 22.03.2017, Sec. III, n.º 3769, disponível, como os demais, em <https://www.giustizia-amministrativa.it/>. Neste contexto, importa ainda, referir o Acórdão do Tribunal Administrativo Regional do Lácio, de 10.09.2018, Sec. III – bis, n.º 9227 que, não se pronunciando sobre a disponibilização do código fonte é crítico da completa automatização do procedimento administrativo.

⁹⁷ Acórdão do Conselho de Estado, de 06.12.2018, Sec. IV, n.º 2270. Reiterando a mesma posição aqui referida, cfr., também, o seu Acórdão de 13.12.2019, Sec. IV, n.º 8472.

⁹⁸ Acórdão do Conselho de Estado, de 06.12.2018, Sec. IV, n.º 2270.

além destas decisões, outras têm proliferado no mesmo sentido, designadamente, na Finlândia⁹⁹ e na Suécia¹⁰⁰.

Parece-nos, contudo, importante salientar que, não só é duvidoso que o princípio da transparência e da publicidade se possam sobrepor aos direitos de propriedade intelectual¹⁰¹, como a obrigatoriedade de divulgação do algoritmo poderá implicar que a Administração tenha de recorrer exclusivamente a software livre ou *open source* ou software por medida criado *in house*, excluindo a aquisição de software proprietário ou sujeito a licenciamento específico¹⁰², dada a previsível resistência dos particulares em fornecer software que, depois, teriam de divulgar, com sacrifício dos seus direitos.

Outro aspeto que importa apontar, no que respeita à publicidade do algoritmo de decisão, consiste na possível insuficiência da mera divulgação do algoritmo para garantir a sua compreensão pelo cidadão comum e pelos Tribunais. Ora, uma vez que o princípio da publicidade tem em vista, precisamente, permitir aos cidadãos conhecer a lei para se poderem orientar por ela e dela se defender¹⁰³, a difícil compreensão do funcionamento dos algoritmos (mesmo os tradicionais)¹⁰⁴, pela pessoa média, e a complexidade que envolve a leitura do código¹⁰⁵, sempre representaria uma barreira à concretização da finalidade subjacente à obrigação de publicação, não só dos regulamentos administrativos, mas de todos os atos gerais e abstratos. Isto mesmo, foi considerado pelo Conselho de Estado italiano, exigindo uma transparência reforçada, acompanhada de uma explicação e pelo legislador da UE, ao reconhecer um eventual direito a obter explicações no RGPD, que estudaremos adiante.

Assim, a questão que se coloca ao legislador, na adaptação dos mecanismos de participação e de publicidade face aos novéis instrumentos normativos, consiste em saber se continuará a fazer sentido exigir a divulgação destes regulamentos algorítmicos ou se, ao invés, será mais adequada a difusão e submissão a audiência dos interessados ou consulta pública, de uma explicação detalhada do funcionamento do algoritmo, tal como exposto no capítulo III, relativamente ao direito a obter explicações, podendo ainda

⁹⁹ SUKSI, 2020, p. 93.

¹⁰⁰ KAUN, 2022, p. 2047.

¹⁰¹ Neste sentido, criticando a jurisprudência italiana, cf. BRAVO, 2020, pp. 157-165.

¹⁰² ALMEIDA, 2023, p. 143.

¹⁰³ CANOTILHO e MOREIRA, 2014, p. 130.

¹⁰⁴ No caso da tecnologia de ML, o problema agrava-se, já que, como referimos, a compreensão dos parâmetros e dados considerados pelo algoritmo são imperceptíveis ao ser humano, escapando ao próprio programador. Cf. BURREL, 2016, p. 5.

¹⁰⁵ Referindo a complexidade envolvida na compreensão de algoritmos ditos “tradicionais”, cf. LEPRI, *et alii*, 2018, pp. 619-620.

equacionar-se a combinação destes dois expedientes. Por economia de espaço, limitamo-nos a formular a questão, que exige uma análise mais profunda.

II. DECISÃO AUTOMATIZADA COMO ATO ADMINISTRATIVO

Importa, agora, aferir se as decisões produzidas através destes mecanismos de decisão automática podem ser consideradas atos administrativos, tal como estes surgem no nosso ordenamento jurídico.

2.1. O CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

À semelhança do que já fizemos, comecemos por analisar a definição legal, presente no art. 148.º do CPA, de onde retiramos que o ato administrativo se caracteriza por ser (i) uma decisão; (ii) tomada no exercício de poderes jus-administrativos; (iii) visando produzir efeitos jurídicos; (iv) com repercussão externa; (v) numa situação individual e concreta¹⁰⁶.

Explanando os elementos mais relevantes para o nosso trabalho, importa começar pela sua qualificação como “decisão”, uma inovação do CPA de 1991¹⁰⁷ destinada, por um lado, a reservar este epíteto para as soluções definitivas de uma dada situação, assim as distinguindo dos atos instrumentais ou preparatórios¹⁰⁸. Relacionado com este atributo, está também a sua natureza como ato jurídico¹⁰⁹, ou seja, como comportamento voluntário, levado a cabo por uma pessoa humana ou coletiva a que o direito reconhece relevância¹¹⁰. Abordaremos o papel da vontade no conceito de ato administrativo, mais adiante. Quanto ao segundo elemento, o exercício de poderes administrativos, notamos que o seu significado é semelhante ao da expressão utilizada para definir o regulamento administrativo, também aqui se reconhecendo que, para além dos órgãos da Administração Pública, podem emitir atos administrativos outras entidades públicas e particulares dotados de poderes de autoridade¹¹¹. Relativamente à produção de efeitos jurídicos, importa atentar na formulação utilizada pelo legislador: “visem produzir efeitos jurídicos”. A utilização deste verbo e a intencionalidade com ele conotada parece indicar que os efeitos jurídicos devem ser voluntariamente pretendidos¹¹². Assim sendo, podendo descrever-se o ato administrativo como uma situação em que, quer a conduta, quer o seu resultado é pretendido, podemos concluir que este se reconduz a um ato jurídico

¹⁰⁶ MONCADA, 2022, p. 459.

¹⁰⁷ DL n.º 442/91, de 15 de novembro, que aprovou o CPA de 1991.

¹⁰⁸ OTERO, 2016, p. 310.

¹⁰⁹ SOUSA e MATOS, 2009a, p. 74.

¹¹⁰ VASCONCELOS, 2017, p. 358.

¹¹¹ QUADROS, *et. alii*, 2022, pp. 314-315.

¹¹² MONCADA, 2022, p. 463.

intencional ou negócio jurídico¹¹³. Por último, dado que a projeção do ato numa situação individual e concreta, não se revela especialmente preocupante para aferir a natureza das decisões automatizadas da Administração, passaremos diretamente para a respetiva eficácia externa. A questão de saber se seriam atos administrativos apenas os atos com eficácia externa ou, também, os atos cujos efeitos apenas se projetam internamente na Administração, dividiu, durante anos, a doutrina¹¹⁴. Contudo, como esta característica está, desde 2015, positivada na lei, é hoje pacífico que apenas se consideram como tal aqueles atos que, cumprindo os restantes requisitos, afetem diretamente a esfera jurídica de terceiros¹¹⁵.

A. Decisão e papel da vontade

Delimitado o conceito de ato administrativo, o aspeto que se destaca e se revela mais problemático é o papel da vontade humana na dogmática do ato administrativo. Importa, assim, definir ao certo o que se entende por “vontade” e o seu papel no âmbito do Direito Administrativo.

Em termos psicológicos, a vontade corresponde à capacidade de autodomínio daquele que se quis direccionar como direccionou ou que podia ter evitado o seu comportamento¹¹⁶ e para os autores que defendem a natureza do ato enquanto negócio jurídico, assume, na sua formação um papel fundacional¹¹⁷. Assim, de acordo com esta aceção, não obstante a Administração ser composta por pessoas coletivas, as suas declarações de vontade¹¹⁸ seriam, em última instância, imputáveis a pessoas físicas, titulares dos respetivos órgãos¹¹⁹, exigindo-se que a vontade real e a vontade declarada sejam coincidentes. À falta de vontade, entendida como vontade psicológica do titular do órgão, corresponderia a inexistência do ato administrativo enquanto tal¹²⁰. Representativa desta corrente é a posição assumida por PAULO OTERO que, de resto, se aproxima da defendida por MARCELLO CAETANO¹²¹. De acordo com estes autores, seria a “vontade”

¹¹³ OTERO, 2016, p. 294.

¹¹⁴ ALMEIDA, 2021, pp. 259-264.

¹¹⁵ QUADROS, *et. alii*, 2022, p. 314.

¹¹⁶ CAETANO, 1997, p. 422.

¹¹⁷ OTERO, 2016, p. 465.

¹¹⁸ Fazendo referência a atuações de vontade ou comportamentos não declarativos a que a Lei faz corresponder um conteúdo volitivo, cf. CORREIA, 1982, p. 292.

¹¹⁹ CAETANO, 1997, p. 433.

¹²⁰ OTERO, 2016, p. 466.

¹²¹ CAETANO, 1997, p. 433.

das pessoas físicas, que ocupam os órgãos da Administração, que forma a vontade imputável à Administração¹²².

Esta orientação parece ter tido, igualmente, eco na jurisprudência mais antiga do Supremo Tribunal Administrativo (“STA”). Com efeito, resultava do seu entendimento, que a não manifestação da vontade do órgão da Administração, na produção dos atos administrativos, resultaria na inexistência jurídica dos mesmos¹²³, sendo que o STA parece identificar, em decisões subseqüentes, a vontade normativa da Administração, com a vontade psicológica dos titulares dos seus órgãos, referindo-se ao “processo psicológico do autor do ato”¹²⁴. Contudo, apesar da importância que admite à vontade humana, tal não impede este órgão jurisdicional de afirmar que “em Direito Administrativo releva a vontade normativa que o ato encerra e não a vontade psicológica da Administração.”¹²⁵.

Esta frase denota, de resto, a progressiva transição que tem ocorrido, quer no Direito Administrativo, quer no Direito Civil, da vontade psicológica, em direção à noção de vontade normativa¹²⁶. Assim, mesmo MARCELLO CAETANO, embora sempre salientando o papel do ser humano, enquanto titular do órgão administrativo, reconhece que a vontade das pessoas coletivas, como as que compõe a Administração, é normativa¹²⁷. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, atribuem mais relevância ao conceito normativo de vontade, admitindo que esta surge na teoria do ato como uma “metáfora dos mecanismos de imputação dos atos”¹²⁸. No mesmo sentido vão ROGÉRIO SOARES¹²⁹, JOSÉ SÉRVULO CORREIA¹³⁰ e LUIZ CABRAL DE MONCADA¹³¹, segundo os quais, a produção de efeitos pelo ato administrativo não depende da sua correspondência ao pretendido pelo agente, antes surge *ope leges*.

Ao contrário do direito privado, onde vigora a autonomia da vontade, no Direito Público o princípio da legalidade apenas permitiria à Administração fazer o que a lei expressamente lhe dita, devendo o conteúdo do ato corresponder, não à vontade do

¹²² OTERO, 2016, p. 463.

¹²³ Cf. Acórdãos do STA, de 25.10.1979, processo n.º 011178, (Relator: Inácio Fernandes); de 29.05.1980, processo n.º 012496, (Relator: Abel Delgado), disponíveis, como os demais em: www.dgsi.pt

¹²⁴ Cf. Acórdãos do STA, de 6.11.1980, processo n.º 014041, (Relator: Carlos Mesquita); de 19.03.1981, processo n.º 014081, (Relator: Carlos Mesquita).

¹²⁵ Cf. Acórdão do STA, de 9.05.1989, processo n.º 025663, (Relator: António Samagaio).

¹²⁶ SOUSA e MATOS, 2009a, p. 41.

¹²⁷ CAETANO, 1997, p. 425.

¹²⁸ SOUSA e MATOS, 2009a, p. 41.

¹²⁹ SOARES, 1978, p. 96.

¹³⁰ CORREIA, 1982, p. 260.

¹³¹ MONCADA, 2014, p. 262.

agente, mas aos parâmetros legais que a conformam. Atualmente, esta parece ser a doutrina predominantemente aceita na jurisprudência, onde se dá primazia à vontade normativa, por oposição à vontade psicológica, que apenas releva quando conforme com o bloco de juridicidade¹³².

i. Papel da vontade e discricionariedade

O panorama é, contudo, diferente no que respeita aos atos discricionários da Administração, ainda que importe referir, como alerta DIOGO FREITAS DO AMARAL, que não existem, atos completamente vinculados ou discricionários¹³³.

Quando falamos em discricionariedade estamos a pensar numa pluralidade de situações, caracterizadas pela liberdade, conferida por lei à Administração, para decidir sobre uma situação concreta, com base num juízo de valoração próprio, ainda que delimitado pelo bloco de juridicidade¹³⁴. Dito isto, no âmbito no poder discricionário que a lei confere à Administração, o agente administrativo pode ser chamado a fazer valorações sobre factos e/ou sobre a sua qualificação, juízos de prognose, avaliações de determinados cenários, podendo ainda acontecer que tenha de eleger a melhor medida a aplicar no caso concreto¹³⁵. Por tudo isto, para alguns autores, a vontade psicológica releva, sobretudo, nestes casos, enquanto nas decisões predominantemente vinculadas, ganha relevância o mecanismo da “vontade” normativa¹³⁶.

Esta é de resto a orientação adotada pela jurisprudência administrativa. Como refere o Tribunal Central Administrativo Sul (“TCA-Sul”), “se o ato deve ser tomado livre e conscientemente, já não é certo que sempre releve a intenção com que foi praticado, mormente nos casos em que a atuação é vinculada pela norma. Aí, domina a vontade normativa e é suficiente que o autor tenha querido a conduta independentemente da previsão ou volição do resultado jurídico. (...) Quando se não está perante uma atuação vinculada já interessa apurar a vontade psicológica do autor”¹³⁷.

Para além disto, esta posição concorda também com o regime legal dos vícios do ato administrativo. Com efeito, no âmbito da vinculação, mesmo que o responsável pela

¹³² Cf. Acórdão do STA, de 25.09.2014, processo n.º 0984/13, (Relator: Fonseca da Paz) e Acórdão do TCA-Sul de 25.11.2010, processo n.º 02181/06, (Relatora: Cristina dos Santos).

¹³³ AMARAL, 2004, p. 69.

¹³⁴ Adotámos, aqui, o conceito monista de discricionariedade, tal como este surge em GONÇALVES, 2020, p. 218.

¹³⁵ GONÇALVES, 2020, p. 221.

¹³⁶ Neste sentido, cf. OTERO, 2016, p. 467; ANTUNES, 2017, p. 3 e AMARAL, 2020, p. 222.

¹³⁷ Acórdão do TCA-Sul, de 18.05.2000, processo n.º 572/97, (Relator: Cândido de Pinho). No mesmo sentido, cf. Acórdão do STA, de 23.01.1986, processo n.º 010622, (Relator: Gonçalves Pereira).

decisão tenha uma motivação contrária à lei, caso o conteúdo do ato não seja ilegal, então, a vontade real do titular não inquina o ato, nem assume nele qualquer relevância¹³⁸. O mesmo já não sucede quando existe discricionariedade. Assim, se no preenchimento dos pressupostos de atuação, a Administração atuar em erro ou com base em motivos falsos ou ilegítimos, o ato administrativo resultante será, no mínimo, anulável, nos termos do art. 163.º, n.º 1 do CPA¹³⁹. Neste ponto, mesmo os autores que não consideram os vícios da vontade como tendo relevância na teoria do ato administrativo, parecem não conseguir escapar à vontade psicológica do autor, que viciada, origina a ilegalidade do ato¹⁴⁰. Por fim, o nosso ordenamento tem em conta, na avaliação da validade dos atos administrativos, a motivação do agente administrativo para a sua emissão, designadamente, quando positiva como causa de nulidade o desvio de poder para fins de interesse privado (art. 161.º, n.º 2, al. e) do CPA)¹⁴¹. Ora, não é possível atribuir relevância à finalidade da prática do ato, sem ter em consideração a vontade psicológica do titular do órgão que o praticou.

2.2. A DECISÃO AUTOMATIZADA COMO ATO ADMINISTRATIVO

A. *Output* do algoritmo como decisão (voluntária)

Considerando esta análise, observamos, então, que, no conceito de ato administrativo, a vontade psicológica denota, ainda, uma importância considerável, quer como base da construção da vontade normativa, quer porque a ela se recorre sempre que se verificam os chamados “vícios da vontade”. Vejamos como se pode conciliar a automatização da atividade administrativa com a doutrina existente.

Começando pela doutrina que nega ao resultado do algoritmo a dignidade de ato administrativo, para estes autores a “decisão automatizada” constitui um mero *output* informático, sem valor jurídico autónomo. Com efeito, de acordo com PEDRO GONÇALVES, o resultado da operação automática, apresentar-se-ia como um mero “projeto de ato administrativo”, não vinculativo, nem para os particulares, nem para a Administração¹⁴², transformando-se em ato administrativo, quando o órgão titular da função administrativa demonstra, por qualquer meio, a intenção de se apropriar da decisão

¹³⁸ ALMEIDA, 2021, p. 397.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 406.

¹⁴⁰ AMARAL, 2020, p. 360.

¹⁴¹ ALMEIDA, 2021, p. 408.

¹⁴² GONÇALVES, 1997, pp. 68-69.

automatizada¹⁴³. Subjacente a esta posição está o facto de o ato administrativo dever resultar de uma “intenção dirigida à realização de uma finalidade”¹⁴⁴. Como vimos, no conceito de ato administrativo a dimensão intencional refere-se, não só à emissão da decisão, como à produção dos efeitos jurídicos, que devem ser queridos pela entidade administrativa. Ora, de acordo com o Autor, esta exigência não se encontraria cumprida, pelo simples controlo da Administração sobre o conteúdo da decisão informática através do programa informático que adotou¹⁴⁵.

Salvo o devido respeito, não concordamos com o ilustre Autor. Por um lado, excluindo o recurso a tecnologias de ML, a verdade é que a automatização do processo decisório, pressupõe uma forte intervenção humana, que a determina e condiciona, seja no momento da decisão de recurso a algoritmos, seja no desenho dos mesmos¹⁴⁶, como demonstrámos no Capítulo I. Adotando as palavras de MIGUEL PRATA ROQUE, os comportamentos automatizados constituem meios tecnológicos de expressão protelada da vontade da Administração, implicando um fenómeno de “dupla antecipação”¹⁴⁷. Uma “antecipação cognitiva” em que a Administração prevê situações de facto que poderão vir a preencher as condições gerais e abstratas inscritas no algoritmo, a que corresponderá a emissão do ato; e uma “antecipação volitiva”, em que o órgão com competência para decidir, manifesta, previamente, a vontade de que aquele mecanismo o substitua na emissão de atos, pretendendo que as decisões assim produzidas sejam vinculativas^{148|149}. Trata-se de uma espécie de *actio libera in causa*¹⁵⁰, em que a imputação da decisão ao órgão administrativo, não deve ser procurada no momento da sua emissão, mas quando aquele adota o regulamento algorítmico¹⁵¹.

Ainda que assim não se entenda, o reconhecimento de atos administrativos, desprovidos de uma manifestação expressa de vontade, não é sequer um fenómeno novo no nosso ordenamento jurídico. Já ocorria e ocorre, com o reconhecimento do deferimento tácito, em que a lei presume a existência e orientação de uma vontade

¹⁴³ *Ibidem*, p. 75.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 74.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ SILVA, 1998, p. 482.

¹⁴⁷ ROQUE, 2015, pp. 761-762.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 763.

¹⁴⁹ Com uma orientação semelhante, cf. SOUSA e MATOS, 2009a, p. 74.

¹⁵⁰ DIAS, 2007, p. 588.

¹⁵¹ SILVA, 1998, p. 483.

administrativa¹⁵². Neste cenário, não é que a manifestação expressa de vontade esteja ausente, esta só não é contemporânea da prática do ato.

Esta parece ser também a orientação da escassa jurisprudência produzida pelos nossos Tribunais nesta matéria. Com efeito, pronunciando-se, a propósito de atos automáticos da AT, o TCA-Sul referiu que os atos automatizados só vinculam a Administração, se a sua autoria puder ser atribuída ao titular do órgão competente, e desde que reúnam as características do ato administrativo previstas no CPA, estando “(...) nesta situação (...) aqueles que são produzidos automaticamente pelo sistema com base em programação informática, na medida em que a sua automaticidade resulta de um programa informático com objetivos precisos e delineados previamente pelo programador, o mesmo é dizer, pela Administração Fiscal”¹⁵³.

i. A Exceção da discricionariedade

Se é certo que, como se viu, o resultado da aplicação de algoritmos à atividade vinculada da Administração se pode reconduzir ao conceito de ato administrativo, por ser perceptível um nexo de imputação entre a sua emissão e conteúdo e o órgão administrativo, já no caso da atividade discricionária da Administração, parecem colocar-se condicionantes de natureza técnica e jurídica¹⁵⁴.

Com efeito, para que uma norma jurídica possa ser aplicada automaticamente, apenas com base numa lógica dedutiva, é necessário que todas as premissas factuais e normativas que condicionam o *output* estejam devidamente decompostas e explicitadas, de forma a evitar saltos lógicos^{155|156}. Não pode, por conseguinte, haver espaço para interpretação. Neste contexto, os conceitos indeterminados, bem como os casos com soluções incertas, não suscetíveis de solução por um raciocínio puramente dedutivo, não são, em princípio, adequados à automatização dada a dificuldade técnica de prever e executar todas as variáveis envolvidas num raciocínio jurídico deste tipo¹⁵⁷.

Dito isto, é certo que PEDRO GONÇALVES e MIGUEL PRATA ROQUE¹⁵⁸ admitem a possibilidade de automatização de decisões discricionárias da Administração a partir da

¹⁵² CAETANO, 1997, pp. 474-475.

¹⁵³ Acórdão do TCA-Sul, de 13.03.2014, processo n.º 07292/14, (Relator: Benjamim Barbosa)

¹⁵⁴ GONÇALVES, 1997, p. 57.

¹⁵⁵ HESPANHA, 2000, p. 150.

¹⁵⁶ Para uma abordagem sobre a adequação da técnica legislativa às exigências da automatização, cf. programa *Rule as Code* em SARAIVA, 2022, pp. 867-930.

¹⁵⁷ BING, 1980, p. 131.

¹⁵⁸ ROQUE, 2015, p. 768, nota 54.

densificação dos conceitos indeterminados, através de características e condições que lhe estão subjacentes¹⁵⁹. Porém, se, por um lado, no que respeita ao preenchimento de conceitos abertos, não estamos perante verdadeira discricionariedade, na medida em que não existe aqui uma verdadeira “liberdade de apreciação”¹⁶⁰, por outro, para que tal seja possível, será necessário que a Administração seja capaz de prever todas as situações hipotéticas, para as quais deva apresentar uma solução, o que se torna muito difícil (se não impossível). Adicionalmente, existem, ainda, conceitos cuja concretização apenas é suscetível na presença do caso concreto, e, portanto, não é passível de tradução prévia para código¹⁶¹. Para além das limitações técnicas, que admitimos que possam ser ultrapassadas com recurso a algoritmos de ML, existem, ainda, limitações de teor jurídico.

Com efeito, o legislador, quando atribui à Administração poder discricionário, fá-lo porque considera que esta está na melhor posição para avaliar o caso concreto e decidir, de entre as opções legalmente possíveis, a que melhor se adequa à realização do interesse público¹⁶². Assim, a “delegação” desta competência num programa informático, através da fixação de diretivas estanques no algoritmo, representaria uma violação do princípio da legalidade¹⁶³, designadamente, quando, mediante a interpretação da norma de competência, se concluir que o legislador pretendia que a Administração decidisse em função de uma apreciação casuística, e, portanto, se revele inviável a autovinculação administrativa¹⁶⁴. De resto, como vimos, o conceito psicológico de vontade assume no exercício da discricionariedade uma maior relevância. Assim, parece-nos que a automatização não será adequada aos atos discricionários da Administração e deverá, à partida, ser excluída neste contexto.

Ainda assim, não se desconhece que alguns autores defendem a possibilidade de automatização nos casos em que a discricionariedade possa ser reduzida a zero ou em que é possível a autovinculação da Administração¹⁶⁵. No mesmo sentido, parece apontar o

¹⁵⁹ PEDRO GONÇALVES dá o exemplo da norma “as empresas em situação económica difícil podem requerer ao órgão A a adopção de medidas que evitem a falência”, referindo que a discricionariedade poderia ser reduzida a zero ao detalhar as condições em que as empresas se consideram naquela condição, bem como as medidas adequadas a evitar a falência. Cf. GONÇALVES, 1997, p. 58.

¹⁶⁰ Sobre a distinção entre discricionariedade técnica e discricionariedade, cf. GONÇALVES, 2020, pp. 217-218; e sobre a distinção entre discricionariedade e interpretação, cf. CORREIA, 1982, pp. 180-184.

¹⁶¹ BING, 1980, pp. 123-124.

¹⁶² CORREIA, 1982, p. 176.

¹⁶³ GONÇALVES, 2020, p. 78.

¹⁶⁴ AMARAL, 2020, p. 86.

¹⁶⁵ A lei alemã, por exemplo, exclui a automatização da atividade administrativa, na presença de poderes discricionários, contudo, discute-se se a ausência de discricionariedade deve ser avaliada à luz da lei ou considerando eventuais casos de autovinculação ou de redução da discricionariedade a zero. Cf. BUOSO, 2020, p. 120.

Conselho de Estado italiano, referindo que “(...) a discricionarietà amministrativa, se certamente não pode ser delegada ao software, encontra-se, portanto, no momento do processamento da ferramenta digital.”¹⁶⁶. Ora, considerando que a redução da discricionarietà a zero só pode ser apreciada em face do caso concreto, vemos com dificuldade que a automatização possa ocorrer nestes casos. Quando à automatização como meio de autovinculação da Administração, parece-nos que a sua admissibilidade deverá ser avaliada casuisticamente, considerando a interpretação resultante da norma de competência.

B. O exercício de poderes jurídico-administrativos

O ato administrativo é uma decisão unilateral adotada no exercício de poderes jus-administrativos, isto é, poderes de autoridade, beneficiando do privilégio de autotutela declarativa¹⁶⁷. Vale aqui o que se disse a propósito do conceito de regulamento administrativo, pelo que dispensamos uma exposição mais profunda.

Neste domínio, contudo, considerando o que se disse no capítulo I, importa dedicar especial atenção ao tema da competência para a emissão do ato administrativo. Também aqui releva o princípio da legalidade da competência¹⁶⁸. Assim, se, por um lado, o algoritmo protagoniza uma antecipação da “vontade” do órgão com competência decisória, esta manifestação de vontade só poderá cumprir o referido princípio, quando o programa informático ou regulamento algorítmico tenha sido por si adotado. Esta questão revestirá particular importância caso se opte por automatizar competências discricionárias, já que a distinção entre a entidade que adota o algoritmo e o órgão com competência para decidir sobre a matéria a automatizar, resultará na invalidade do ato administrativo¹⁶⁹.

Este problema agrava-se com o recurso a tecnologias ML. Se por um lado é certo que, dado o seu potencial, esta tem sido adotada em diversos países, como a Estónia¹⁷⁰, o Canadá¹⁷¹ ou os EUA¹⁷², por outro, a sua introdução obrigaria a uma revolução no Direito Administrativo. Com efeito, enquanto no caso dos algoritmos tradicionais é possível

¹⁶⁶ Acórdão do Conselho de Estado, de 06 de dezembro de 2018, Sec. IV, n.º 2270.

¹⁶⁷ MONCADA, 2022, p. 537.

¹⁶⁸ AMARAL, 2020, p. 317.

¹⁶⁹ ALMEIDA, 2021, p. 381-382.

¹⁷⁰ FINK, 2020, p. 2.

¹⁷¹ SCASSA, 2021.

¹⁷² ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES, 2020.

imputar a decisão automatizada ao titular do órgão administrativo, tal já não é possível no recuso ao ML, já que nestes casos a Administração não pode exercer um controlo efetivo sobre a forma como a informação é relacionada e analisada para obter a decisão final. Assim, coloca-se a questão de saber se o uso de um sistema automático de decisão, cujo processo decisório não depende da Administração, constitui uma “delegação imprópria” num ente tecnológico.

Com relevância, neste campo, importa observar o raciocínio subjacente ao Acórdão do TCA-Sul, de 17 de outubro de 2019¹⁷³, o qual refere que “quando se constata que um sistema informático não permite observar os ditames legais (...) impõe-se que, ao invés de se conformarem com a resposta que o sistema oferece, a Administração colmate, se necessário por recurso a outros meios, incluindo-se aqui a forma manual”. Com efeito, a Administração deve, sempre, ter controlo sobre as decisões administrativas, ainda que automatizadas, de modo a garantir que a sua conformidade com as normas aplicáveis.

C. Produção de efeitos jurídicos externos

No que respeita a este atributo, entendemos que a discussão se aproxima daquela que já tivemos a propósito da classificação do algoritmo como um regulamento com eficácia externa.

Neste sentido, para os autores que diferenciem os comportamentos humanos das operações automáticas, o *out-put* aproximar-se-á de um ato interno, cujos efeitos jurídicos se extinguem no âmbito das relações interorgânicas da Administração. Assim, a ideia de que “cada decisão informática tem de ser “convertida” em decisão imputável a um órgão administrativo”¹⁷⁴, remete-nos para a ideia de que este se trata de um ato instrumental ou preparatório, como se de um parecer se tratasse¹⁷⁵. Já vimos que, por nós, a classificação dependerá do papel efetivo que a decisão automatizada desempenhar no procedimento administrativo. Com efeito, se o algoritmo tiver um papel meramente auxiliar face ao agente administrativo, no qual recai a efetiva decisão, então, tal ato não poderá ser considerado um ato administrativo, nos termos do CPA. Se, pelo contrário, a decisão automatizada produz efeitos jurídicos, sem intermediação humana, na esfera jurídica de terceiros, então estaremos perante um verdadeiro ato administrativo automatizado, com tudo o que tal implica ao nível de regime aplicável. Recorrendo ao exemplo da

¹⁷³ Acórdão do TCA-Sul, de 17.10.2019, processo n.º 767/10.8BELRS, (Relator: Anabela Russo).

¹⁷⁴ GONÇALVES, 1997, p. 74.

¹⁷⁵ Para uma abordagem mais aprofundada dos atos internos, cf. CORREIA, 1982, pp. 274-276.

autoliquidação do IRS, prevista no art. 58.º-A do CIRS, aqui, após a emissão automática da declaração de rendimentos e realizada a operação de cálculo, é produzido o ato de liquidação, que, decorrido o prazo legal, tem força vinculativa para os contribuintes, podendo mesmo servir de base para uma execução fiscal.

2.3. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DE VALIDADE

Para além do preenchimento dos atributos que caracterizam o ato administrativo, importa agora aferir se as decisões automatizadas são suscetíveis de cumprir os requisitos de validade legalmente impostos.

Começando pelos requisitos que dizem respeito à forma, conteúdo e objeto do ato, parece-nos claro que a automatização da atividade administrativa não levanta problemas, podendo aplicar-se, *mutatis mutandis*, o regime legal previsto. Assim, não só a decisão, produto da atividade automatizada, deve assumir a forma escrita (art. 130.º, n.º 1 do CPA), como o respetivo conteúdo e objeto (art. 151.º, n.º 1, al. e)) terão de ser determinados; jurídica e materialmente possíveis; e conformes com o bloco de juridicidade¹⁷⁶. O mesmo se deverá dizer quanto ao fim do ato produzido. Com efeito, a lei exige que a finalidade da decisão adotada coincida com o fim previsto pelo legislador¹⁷⁷. Ora, com a decisão automática, não só é possível cumprir tal requisito, como a automatização (pelo menos na modalidade tradicional) garante mesmo uma maior imparcialidade da decisão, ao considerar apenas os parâmetros que o algoritmo e, através dele, a lei, indica como relevantes, impedindo que estes sejam desconsiderados¹⁷⁸.

Resta-nos abordar as menções obrigatórias previstas no art. 151.º, n.º 1 do CPA¹⁷⁹. Também aqui não será necessária aprofundada análise já que, saltando a fundamentação, que trataremos no próximo Capítulo, qualquer software pode ser programado para incluir nas decisões produzidas os elementos ali referidos¹⁸⁰. Importa, ainda assim, precisar que o facto de a decisão ter sido produzida de modo automático não representa um impedimento ao cumprimento da exigência de indicação da autoridade que praticou o ato, prevista pelo art. 151.º, n.º 1, al. a), que deverá ser entendida como a menção do órgão a quem a decisão deve ser imputada nos termos anteriormente descritos. No que à assinatura do autor, (al. g)), diz respeito, também aqui não existe problema na adaptação

¹⁷⁶ SOUSA e MATOS, 2009a, p. 153.

¹⁷⁷ AMARAL, 2020, p. 330.

¹⁷⁸ FILIPPI e WRIGHT, 2018, p. 195.

¹⁷⁹ MONCADA, 2022, pp. 552-553.

¹⁸⁰ Neste sentido, cf. GONÇALVES, 1997, pp. 83-86.

ao procedimento automatizado. Com efeito, o art. 64.º, n.ºs 2 e 3 do CPA, já referem que o processo administrativo é preferencialmente desmaterializado, devendo o órgão responsável pela direção do procedimento assinar digitalmente de modo a garantir a “integridade e inviolabilidade” do documento autenticado. A esta exigência, deve ainda adicionar-se aquela que consta do art. 4.º do DL n.º 12/2021, de 09 de fevereiro¹⁸¹ que impõe que os dados relativos “à entidade emitente e à pessoa que tenha praticado o ato administrativo” devem ser facilmente identificáveis, comprovando a função e o cargo exercido. Por tudo isto, parece-nos que a aposição de uma assinatura eletrónica qualificada nos termos do Regulamento eIDAS¹⁸² deverá ser suficiente para cumprir as funções de imputação do ato à autoridade administrativa e de responsabilização desta¹⁸³.

Para completar a indicação das referências que devem constar do ato administrativo automático importa ainda, ter em conta as menções a incluir por influência do RGPD, que aprofundaremos no Capítulo III.

Ainda no campo da validade, resta-nos cobrir os seus requisitos subjetivos e objetivos. No que respeita ao primeiro, exige-se que o ato administrativo seja emitido pelo órgão competente para o efeito, no âmbito da entidade com atribuições para tal¹⁸⁴. Ora, neste domínio e considerando o que se disse anteriormente, a propósito do respeito pelo princípio da competência, esta exigência estará cumprida desde que o programa informático ou regulamento algorítmico seja adotado pelo órgão com competência para emitir o ato administrativo, de forma que a decisão lhe possa ser imputada.

Quanto aos requisitos objetivos, importará que estes atos administrativos, por serem automatizados, não abdicuem do necessário procedimento que deve anteceder as decisões da Administração¹⁸⁵, com todas as garantias que lhe estão associadas. Voltaremos ao tema, no Capítulo III, contudo, antecipamos ser este o tema que apresenta maior dificuldade na adaptação do regime legal existente.

¹⁸¹ DL n.º 12/2021, de 09 de fevereiro, que assegura a execução na ordem jurídica interna do Regulamento (UE) 910/2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno.

¹⁸² Regulamento (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu e do Conselho de 23 de junho de 2014 relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno e que revoga a Diretiva 1999/93/CE.

¹⁸³ GONÇALVES, 1997, p. 85.

¹⁸⁴ ANTUNES, 2017, p. 4.

¹⁸⁵ *Ibidem.*, pp. 8-9.

III. IMPACTO DA AUTOMATIZAÇÃO NOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS DOS ADMINISTRADOS

3.1. PERSPECTIVA DE DIREITO EUROPEU (E A TÍMIDA ABORDAGEM NACIONAL)

Atualmente, e enquanto não for aprovado o Regulamento da União Europeia em matéria de Inteligência Artificial¹⁸⁶, a regulamentação com maior impacto na tomada de decisões autonomizadas é o RGPD¹⁸⁷, que no seu art. 22.º, aborda as decisões tomadas exclusivamente com base em procedimentos automáticos, suscetíveis de produzir efeitos jurídicos ou com impacto semelhante¹⁸⁸.

Assim, e ainda que o seu âmbito de aplicação não vislumbre, *prima facie*, a atividade administrativa, estabelece-se aqui a proibição¹⁸⁹ de sujeitar os titulares de dados a decisões automáticas, individuais ou individualizadas, que produzam efeitos jurídicos ou efeitos igualmente significativos, tomados sem a intervenção humana¹⁹⁰. Não é, contudo, uma proibição absoluta. Por um lado, a proibição apenas se aplica a decisões que envolvam dados de pessoas singulares¹⁹¹, por outro, a proibição compreende exceções. De acordo com art. 22.º, n.º 2, as decisões individuais automatizadas serão permitidas quando (a) necessárias para a celebração ou execução de um contrato, (b) exista consentimento do titular de dados, ou (c) quando tal seja autorizado por lei e sejam protegidos os direitos, liberdades e interesses legítimos do titular dos dados¹⁹². Dito isto, será, pois, com base neste último fundamento que a Administração poderá recorrer à emissão automatizada de atos administrativos (estando em causa uma decisão unilateral da Administração, esta não poderá invocar as restantes alíneas¹⁹³), devendo, ainda, ser

¹⁸⁶ Cf. texto da proposta em COMISSÃO EUROPEIA, 2021. No momento de escrita, em agosto de 2023 a proposta havia sido aprovada pelo Parlamento Europeu, a 14.06.2023, e encontrava-se em discussão no Conselho da União Europeia.

¹⁸⁷ 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.

¹⁸⁸ BYGRAVE, 2020, p. 532.

¹⁸⁹ ARTICLE 29 WORKING PARTY (“WP29”), 2017a, p. 15.

¹⁹⁰ CONSELHO DA EUROPA e AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA (“FRA”), 2014, p. 233.

¹⁹¹ Cf. art. 1.º, n.º 1 e 4.º, n.º 1 do RGPD.

¹⁹² CONSELHO DA EUROPA e FRA, 2014, p. 234.

¹⁹³ Nos termos do Considerando 42 do RGPD o consentimento não constitui fundamento de licitude do tratamento de dados quando existe um exercício de autoridade, capaz de prejudicar a liberdade do consentimento.

previstas medidas adequadas a salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados.

A. O Tratamento das decisões automatizadas no contexto nacional

Ao contrário do que sucede noutros sistemas jurídicos com os quais Portugal tem mais proximidade, o nosso legislador não criou qualquer quadro normativo aplicável à automatização da atividade administrativa¹⁹⁴.

Com efeito, em 2015, por ocasião da aprovação do novo CPA, o legislador português veio, através do art. 62.º, n.º 4, permitir a emissão automatizada de atos meramente certificativos¹⁹⁵, referindo, ainda, no art. 14.º, n.º 3 do CPA, que a utilização de meios eletrónicos não exclui a aplicação dos princípios gerais da atividade administrativa e demais garantias dos administrados. Mais recentemente, com a aprovação da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital (“CEDHED”)¹⁹⁶, o legislador voltou a abordar a questão das decisões automatizadas, referindo que o recurso a algoritmos para a tomada de decisões deve respeitar os direitos fundamentais, bem como os princípios da “explicabilidade, da segurança, da transparência e da responsabilidade”, estabelecendo, ainda que “as decisões com impacto significativo na esfera dos destinatários sejam tomadas mediante o uso de algoritmos devem ser comunicadas aos interessados, sendo suscetíveis de recurso e auditáveis (...)” (art. 9.º, n.º 2 da CEDHED).

3.2. PREVISÃO LEGAL DO RECURSO A ALGORITMOS

Como vimos, de forma a respeitar o art. 22.º, n.º 2, al. b) do RGPD, o recurso a decisões automatizadas terá, primordialmente, de ser, expressamente, autorizado por lei, nacional ou da UE, estabelecendo condições que salvaguardem, de forma suficiente, os direitos, garantias e interesses legítimos dos administrados.

Esta base legal, não só terá de cumprir todas as condições de validade, como deverá respeitar as obrigações de proteção dos titulares de dados, impostas pelo RGPD, nomeadamente, no que respeita ao cumprimento dos princípios da necessidade, proporcionalidade e limitação da finalidade do tratamento, devendo ser clara quanto ao

¹⁹⁴ ALMEIDA, 2023, p. 140.

¹⁹⁵ MONCADA, 2022, p. 263.

¹⁹⁶ Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que aprova a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era digital.

tratamento de dados pessoais pretendido e referindo, detalhadamente, o seu objeto e natureza, sem deixar estes aspetos à decisão discricionária da Administração¹⁹⁷.

Quanto à natureza material do diploma em causa, o RGPD apenas refere, no seu considerando 41, que a referência a uma medida legislativa não implica um ato legislativo parlamentar, impondo apenas que os fundamentos jurídicos ou legais aplicáveis sejam “(...) claros e precisos e a sua aplicação deverá ser previsível para os seus destinatários, (...)”. A natureza da base legal é, assim, remetida para os estados-membros, onde o grau de detalhe imposto à lei que determina o recurso ao *profiling* e/ou a decisões automatizadas varia tendo em conta o respetivo ordenamento jurídico¹⁹⁸. Entre nós, a disposição mais relevante é o art. 165.º, n.º 1, al. b) da CRP, segundo o qual a regulação dos direitos, liberdades e garantias, previstos nos títulos I e II da sua parte I são da reserva relativa de competência da Assembleia da República, devendo revestir, por isso, a forma de lei ou DL autorizado¹⁹⁹. No mesmo sentido, aponta também o art. 35.º n.º 2 que prevê um dever legiferante ao impor que a tutela dos cidadãos, em particular no que respeita ao “tratamento automatizado” dos seus dados pessoais será definida por lei²⁰⁰ ecoando, de resto, a exigência presente no art. 22.º, n.º 2, al. b) do RGPD. Apesar disto, a lei n.º 58/2019 de 8 de agosto²⁰¹, que veio executar o RGPD no ordenamento nacional, nada diz relativamente ao tratamento automatizado de dados pessoais.

Para além disto, no âmbito da atividade administrativa, parece-nos, ainda, relevante referir o art. 165.º, n.º 1, al. s) da CRP que estatui que qualquer regulação que afete as garantias dos administrados é, também, objeto de lei ou DL autorizado, sendo secundado pelo art. 267, n.º 5, que determina que o procedimento administrativo será regulado por lei, a qual deverá assegurar a racionalização dos meios a utilizar pela Administração e a participação dos administrados nas decisões que lhe dizem respeito²⁰². Novamente, contudo, a lei que concretiza estas imposições de legiferantes, o CPA, pouco nos diz relativamente à automatização da ação administrativa.

¹⁹⁷ WP29, 2014, p. 19.

¹⁹⁸ VALE e ZANFIR-FORTUNA, 2022, p. 10.

¹⁹⁹ MIRANDA, 2006, pp. 533-535.

²⁰⁰ FARIA, 2017, p. 572.

²⁰¹ Lei n.º 58/2019, de 08 de agosto, que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento 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.

²⁰² FÁBRICA e COLAÇO, 2007, p. 590.

A. A insuficiente regulação da atividade administrativa automatizada

Partindo das exigências legiferantes provenientes, quer da UE, quer do direito nacional, podemos concluir, considerando a parca abordagem que o direito português faz ao tema das decisões automatizadas, que a legislação existente não cumpre o disposto nem no RGPD, nem na CRP.

Começando a nossa análise pela CEDHED, verificamos que esta, ainda que reconheça, no seu art. 9.º, a existência e possibilidade de emitir decisões automatizadas, consagrando numerosos princípios e deveres aplicáveis, a verdade é que estes, não só revestem um carácter marcadamente programático²⁰³, como são pouco inovadores face às exigências impostas pelo RGPD, que estudaremos adiante. Dito isto, também não se aborda as especificações que se levantam em torno da automatização da atividade administrativa. Já no CPA, o legislador limitou-se a consagrar uma mera permissão legal para a automatização de atos certificativos sem, contudo, procurar adotar medidas adequadas a salvaguardar as exigências (ainda que posteriores) do RGPD, nem os direitos e garantias dos administrados, como exige a CRP. Não obstante a proclamação, presente no art. 14.º, n.º 3 do CPA, de extensão à administração eletrónica dos princípios gerais e garantias de direito administrativo, certo é que várias exigências da lei procedimental, como o respeito pelo princípio do inquisitório, o direito à fundamentação ou o a audiência dos interessados são, considerando o regime geral aplicável, de difícil adequação às especificidades da automação²⁰⁴.

Assim, não se tratou de acomodar o procedimento administrativo à automatização, de modo a prever o cumprimento do direito de participação dos interessados, previsto no art. 267.º, n.º 5 da CRP e no art. 12.º do CPA, nomeadamente através da adequação da audiência dos interessados²⁰⁵ ou a garantir o cumprimento da obrigação de fundamentação do ato, prevista, constitucionalmente, no art. 268.º, n.º 3 e configurada como uma condição de validade do ato administrativo pelo art. 151.º, al. d) do CPA. Para além disto, não ficou claro no art. 62.º, n.º 4 do CPA quais os limites da automatização, no nosso Direito Administrativo. Ora, se é certo que ao referir-se a atos meramente certificativos, está-se a aludir a atos vinculados, também é certo, que o raciocínio subjacente se afigura viciado por uma simplificação terminológica. Embora

²⁰³ ALMEIDA, 2023, p. 139.

²⁰⁴ ROQUE, 2023, p. 661.

²⁰⁵ Importa referir que os atos administrativos verificativos não preenchem nenhum dos casos, taxativamente previstos no art. 124.º do CPA que dispensa a realização de audiência dos interessados.

hipoteticamente concebível, a possibilidade de a lei vincular todos os aspetos de um ato administrativo é quase meramente académica²⁰⁶. Assim, embora seja pacífico que só poderão ser automatizados os atos predominantemente vinculados, permanece a incógnita relativamente à e margem de livre apreciação tolerada pela automação administrativa no nosso ordenamento jurídico.

Tudo exposto, parece-nos que a escassa regulação existente não está de acordo, nem com o RGPD, nem com a CRP. Em particular, no que respeita ao regime constitucional, estando em causa, direitos, liberdades e garantias, a reserva de lei formal, constante do art. 165.º da CRP, impõe não só uma reserva de função legislativa, mas também um princípio da determinabilidade da lei. Segundo o TC, é preciso facultar “aos destinatários da norma um conhecimento preciso, exato e atempado dos critérios legais que a Administração há-de usar, (...); e que forneça à Administração regras de conduta dotadas de critérios que, sem jugularem a sua liberdade de escolha, salvaguardem o «núcleo essencial» da garantia dos direitos e interesses dos particulares constitucionalmente protegidos em sede de definição do âmbito de previsão normativa do preceito (Tatbestand); (...)”²⁰⁷. Impõe-se, assim, uma regulação mais densa da tomada de decisões automatizada por parte da Administração.

3.3. SALVAGUARDA DOS INTERESSES E DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPETIVA DO RGPD

Como referimos anteriormente, a sujeição a decisões automatizadas, para além de estar legalmente prevista, deve ainda, nos termos do art. 22.º, n.º 2, al. b) do RGPD vir acompanhada da adoção de medidas adequadas à proteção dos direitos e interesses dos administrados.

Neste contexto, embora não se apliquem diretamente, têm relevância, por se enquadrarem no conceito de medidas adequadas, as garantias previstas no n.º 3 do art. 22.º²⁰⁸, nomeadamente, o direito a obter a intervenção humana, a possibilidade de o titular de dados se pronunciar e/ou contestar essa decisão, bem como o direito do titular dos dados a obter explicações sobre a decisão em causa, referida pelo considerando 71²⁰⁹. Para além destes, os Estados Membros, podem e têm ainda reconhecido outros direitos.

²⁰⁶ SOUSA e MATOS, 2009b, p. 196.

²⁰⁷ Acórdão do TC, de 22.07.1992, proferido no Processo n.º 92-0383, (Relator: António Vitorino).

²⁰⁸ BYGRAVE, 2020, p. 537.

²⁰⁹ VALE e ZANFIR-FORTUNA, 2022, p. 12.

A. Direito à intervenção humana e o “human in the loop”

Começando pelo direito à intervenção humana, esta reconduz-se à possibilidade concreta de intervenção humana no processo decisório, mudando, se necessário, o sentido da decisão sem representar uma ingerência meramente nominal²¹⁰.

Neste sentido, exige-se que a intervenção deva ser conduzida por quem tenha autoridade para alterar a decisão, assim compensando os erros ou irregularidades do algoritmo²¹¹ e garantindo que qualquer decisão com impacto nos direitos fundamentais e interesses dos titulares dos dados pode, em último lugar, ser imputada a alguém. Impedindo-se que o recurso a algoritmos de tomada de decisão seja utilizado como forma de alienar totalmente a responsabilidade, externalizando-a no sistema automático²¹². No âmbito do nosso objeto de estudo, tal poder deverá ser atribuído, considerando as atribuições da entidade e as competências de cada órgão ou agente, no exercício de poderes administrativos²¹³. Com efeito, como vimos, a imputação da decisão automática ao órgão competente passará pela capacidade de exercer uma influência dominante no algoritmo, a qual, parece-nos poder reconduzir-se a esta intervenção.

O escopo e intensidade desta intervenção poderão variar, dependendo das características do sistema, bem como dos riscos envolvidos²¹⁴. Em princípio, o direito à intervenção humana não implicará uma análise individualizada de cada decisão, o que derrotaria o propósito da automatização, mas tão só uma supervisão do bom funcionamento do algoritmo e adequação da base de dados à tomada de decisões justas, bem como a garantia da possibilidade de pedir uma revisão das decisões mais importantes do ponto de vista dos seus efeitos.²¹⁵

Estritamente ligado à garantia de intervenção humana está o direito do titular de dados a manifestar o seu ponto de vista. Ora, nem o RGPD, nem as guidelines do WP29 referem expressamente o momento em que esta participação deve ocorrer²¹⁶. Apesar disto, alguns autores defendem que este momento de participação deve ocorrer a dois tempos: antes da decisão, com incidência no programa informático e após a emissão da decisão automatizada propriamente dita²¹⁷.

²¹⁰ BARBOSA e FÉLIX, 2021, p. 84,

²¹¹ WP29, 2017a, cit., p. 27.

²¹² BALLELL, 2022, p. 23.

²¹³ CALADO, 2023, pp. 524-525.

²¹⁴ BALLELL, 2022, p. 23.

²¹⁵ *Ibidem.*, pp. 23-25.

²¹⁶ BARBOSA e FÉLIX, 2021, p. 85

²¹⁷ BARBOSA, 2021, p. 49.

Por nós, partilhamos esta posição. Por um lado, afigura-se a mais adequada face ao princípio da “proteção de dados desde a conceção e por defeito”, presente no art. 25.º n.º 1 do RGPD. Por outro, considerando o escopo da nossa análise, parece-nos que esta perspetiva vai ao encontro da necessidade de assegurar o direito de participação quer na fase de criação e adoção do algoritmo, que referimos no Capítulo I, quer na fase de produção do ato administrativo automatizado, que abordaremos abaixo.

i. Princípio do inquisitório

Considerando o nosso objeto de estudo, a possibilidade de intervenção do agente administrativo não só se afigura mais importante, como deve ser reforçada por força do princípio do inquisitório, que caracteriza a atividade administrativa.

Com efeito, de acordo com o art. 58.º do CPA, a Administração tem, não só o direito, como a obrigação, de realizar todas as diligências necessárias para reconstruir a verdade material dos factos, podendo ir além daqueles que alegados pelos interessados²¹⁸. À partida, pareceria que tal princípio e a exigência de proceder a uma completa instrução dos factos, inviabilizariam o recurso à automatização do procedimento. Ora, tal não nos parece ocorrer. Com efeito, este princípio assume maior protagonismo nas decisões discricionárias, sendo que na atividade vinculada, ainda que se mantenha a obrigação de averiguar a existência dos pressupostos da decisão, a sua configuração estará cristalizada previamente, adaptando-se com mais facilidade à standardização. Neste caso, o esforço instrutório deverá ser concretizado no exercício de previsão anterior à elaboração do algoritmo²¹⁹. Em todo o caso, como vimos, a automatização não está, à partida, excluída da atividade discricionária e mesmo na atividade vinculada, podem surgir casos previamente não representados pela Administração. Aqui, a automatização não pode servir de escape ao dever de instrução²²⁰.

Parece-nos, então, que, neste campo, a intervenção humana não se deve resumir, apenas, a uma mera possibilidade de auditar o algoritmo e se necessário, alterar a orientação da decisão. Assim, o programa informático deve garantir a possibilidade de o

²¹⁸ MONCADA, 2022, p. 252.

²¹⁹ GONÇALVES, 1997, pp. 79-81.

²²⁰ Podemos, novamente, remeter para o exemplo alemão. Com efeito, o §24 (1) do VwVfG, que consagra o princípio do inquisitório, refere que “se a autoridade utilizar dispositivos automáticos para emitir atos administrativos, deve ter em conta informações factuais da pessoa em causa (...) que não seriam determinadas no procedimento automático”.

responsável pelo procedimento introduzir informação em campos de preenchimento livre, que deverá ser tida em conta pelo software no momento de decisão²²¹.

B. O Direito a ser informado e a obter explicações

Para além do direito a requerer a intervenção humana e a manifestar o seu ponto de vista, o destinatário da decisão automatizada tem ainda o direito, reconhecido pelo RGPD e pela CEDHED, de ser informado de que a sua pretensão será decidida por meios automatizados, bem como o direito a obter explicações relativamente ao conteúdo e fundamento das decisões que o afetam.

Dito isto, com vista ao cumprimento do princípio da transparência que informa o RGPD²²², o responsável pelo tratamento (no caso, a entidade administrativa) deve informar o titular de dados e destinatário da decisão do uso de sistemas de decisão automatizada, fornecer “informações significativas” sobre a lógica subjacente ao algoritmo e explicar as consequências e implicações do recurso a tal expediente, bem como as medidas tomadas e os expedientes ao dispor do titular para a proteção dos seus direitos e interesses^{223|224}. Tal informação deve ser dada antes do tratamento da informação para a obtenção da decisão, de forma acessível ao utilizador e com linguagem clara e simples, em suporte papel ou eletrónico²²⁵. No contexto da sociedade portuguesa, com largas disparidades na literacia digital, a necessidade de adequação da explicação ao interlocutor²²⁶, bem como o princípio da igualdade na administração eletrónica (art. 14.º, n.º 5 do CPA), tornará necessária a transmissão de informação e, muitas vezes, a sua explicação por via oral pelos funcionários aos utentes.

No que respeita ao direito a obter explicações, importa referir que este não está expressamente previsto no art. 22.º, constando apenas do considerando 71. Não obstante, trata-se de um direito fundamental que resulta da aplicação das disposições constantes dos art. 13.º, n.º 2, al. f) e 14.º, n.º 2, al. g) do RGPD. Para além disto, a obtenção de informações relativas à lógica subjacente à decisão surge, ainda, como instrumental face ao exercício de outros direitos do titular de dados pessoais, como o direito a contestar a

²²¹ BUOSO, (2020), p. 119.

²²² Cf. WP29, 2017b.

²²³ WP29, 2017a, p. 25.

²²⁴ Para além disto, aos destinatários das decisões automatizadas, deve ainda ser dado conhecimento das informações constantes dos art. 13.º e 14.º do RGPD. Para aprofundamento sobre estas informações, cf. WP29, 2017b, pp. 35-40.

²²⁵ WP29, 2017b, pp. 7-12.

²²⁶ *Ibidem.*, pp. 16-17.

decisão ou o direito a que os seus dados pessoais sejam tratados de forma leal e transparente (art. 5.º, n.º 1, al. a) do RGPD)²²⁷.

O conteúdo desta explicação é, contudo, alvo de discussão na doutrina. Há quem defenda que a lei apenas exige que seja transmitida informação relativa ao funcionamento do algoritmo, nomeadamente a lógica de funcionamento e os critérios de decisão, não impondo a explicação individualizada de todas as decisões emitidas pelo algoritmo²²⁸. Isto mesmo parece resultar das *guidelines* do WP29²²⁹. Outros autores defendem que o respeito pelo direito à informação implica que sejam transmitidas aos destinatários da decisão produzida pelo sistema eletrónico as razões e lógica subjacentes à orientação de cada decisão²³⁰.

Ora, à data de escrita do presente estudo, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), ainda não se pronunciou sobre o tema²³¹, certo é que as autoridades nacionais de proteção de dados, na aplicação do direito à informação e do princípio da transparência a decisões automáticas, têm exigido o fornecimento de uma explicação a cada destinatário requerente, que inclua informação sobre o que levou o sistema a adotar aquela decisão, explicitando, designadamente, as categorias de dados utilizados e consideradas determinantes da decisão e as circunstâncias que conduzem a decisões desfavoráveis^{232|233}.

Por nós, o cumprimento do direito a obter explicações não pode deixar de dizer respeito a cada situação em questão. Só assim se garante a possibilidade ao titular dos dados de expressar o ponto de vista sobre a decisão e se assegura a possibilidade de

²²⁷ BYGRAVE, 2020, p. 538.

²²⁸ WACHTER, *et alii*, 2017, p. 76.

²²⁹ WP29, 2017a, p. 25.

²³⁰ SELBST e POWLES, 2017, p. 243.

²³¹ O Tribunal Regional Administrativo de Viena dirigiu ao TJUE um pedido de reenvio prejudicial questionando se o conceito de “lógica envolvida”, ligado ao direito de acesso, implicaria providenciar informação que permita compreender a decisão automática tomada na situação em causa, nomeadamente, os dados pessoais do titular que foram tratados, informação sobre as partes do algoritmo em que o tratamento é baseado e a informação relevante no processo de decisão. À data da escrita, não existe decisão. Cf. [CURIA - Case information \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/curia/doclist/curia.do?method=docs&docid=86192), “(consult. em 26.08.2023)”.

²³² VALE e ZANFIR-FORTUNA, 2022, pp. 19-24.

²³³ A título de exemplo, a Autoridade de Proteção de Dados Sueca determinou que o requisito de providenciar informações significativas, no âmbito de decisões automáticas de crédito implica a explicação sobre as categorias de dados envolvidas e as circunstâncias que determinam necessariamente uma decisão negativa. Cf. Decisão da Autoridade de Proteção de Dados Sueca, n.º DI-2019-4062, de 28.03.2022, disponível em: <https://www.imy.se/globalassets/dokument/beslut/2022/beslut-tillsyn-klarna.pdf>.

No mesmo sentido, o Tribunal de Amsterdão, em primeira instância, concedeu a dois condutores da Uber o direito de acesso aos dados pessoais que constituam fundamento da decisão, de tal forma que lhes seja possível verificar a precisão e legalidade do procedimento. Cf. Acórdão do Tribunal de Amsterdão, de 11.03.2021, caso n.º C/13/692003/HARK20-302, disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2021:1018>.

sindicância pelos tribunais das decisões em causa. Assim, para cumprir a obrigação de fornecer explicações relativas à tomada de decisão por parte do algoritmo é importante dar aos destinatários da decisão, informação sobre quais os fatores que influenciaram o resultado da ponderação, nomeadamente, aqueles que se revelaram determinantes para a sua decisão²³⁴. Só assim, será possível, de resto aproximar esta obrigação, do dever de fundamentação, que adiante abordaremos no nosso estudo.

No que à garantia de transparência e à necessidade de fundamentação, diz respeito, importa, ainda, invocar o exemplo da *Loi pour une republique numérique*, que incluiu no código administrativo francês um direito à obtenção de explicações sobre a tomada de decisões por algoritmos. Estas deverão incluir o grau de contribuição do algoritmo para a decisão, os dados processados e a sua fonte, os parâmetros de tratamento e, quando adequado, a ponderação feita no caso concreto e, ainda as operações integrantes do tratamento²³⁵.

3.4. GARANTIAS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Para além destas garantias, reconhecidas pelo RGPD, importa falar, ainda, sobre os direitos e garantias dos particulares, relevantes do ponto de vista do procedimento administrativo, reconhecidos, quer a nível europeu, quer a nível nacional.

Com efeito, muitos dos direitos de que falámos anteriormente não são inovadores e podem ser relacionados com garantias já existentes no domínio da atuação administrativa. Assim, o direito a manifestar o seu ponto de vista, presente no art. 22.º, n.º 3, do RGPD e o possível direito a obter explicações, resultante do seu considerando 21, estão relacionados com o direito jus-administrativo dos particulares a participarem nas decisões que lhe dizem respeito e com a obrigação da Administração de fundamentar as suas decisões²³⁶, no âmbito do procedimento administrativo.

A. Procedimento administrativo como requisito de validade e garantia dos direitos dos particulares

Uma das funções fulcrais do procedimento administrativo consiste na salvaguarda dos direitos e interesses daqueles que interagem com a Administração²³⁷, tal como imposto

²³⁴ DOSHI-VELEZ e KORTZ, 2017, p. 3.

²³⁵ Cf. os art. L311-3-1 e R311-3-1-2 do *Code des relations entre le public et l'administration*.

²³⁶ NEVES, 2020, p. 16.

²³⁷ AMARAL, 2020, p. 272.

pelo princípio do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, constante do art. 266.º, n.º 1 do CRP²³⁸. Assim, é no âmbito do procedimento que decorre a conformação dos interesses, públicos e/ou privados, que a cada momento se contrapõem numa dada situação²³⁹ e se articulam os vários direitos e interesses que serão afetados pela decisão administrativa²⁴⁰.

Assim se justifica que a preterição (total) do procedimento legalmente exigido resulte na nulidade do ato administrativo produzido (art. 161.º, n.º 2, al. 1) do CPA), elevando o procedimento administrativo ao estatuto de requisito formal de validade do ato administrativo²⁴¹. Neste sentido, independentemente da sede em que decorram, online ou não, existem exigências procedimentais mínimas de que não é possível abdicar, sob pena de se considerar inexistir procedimento, como sejam a concretização do direito de participação e do dever de fundamentação²⁴².

i. Direito de participação no procedimento administrativo (em especial, a audiência prévia dos interessados)

O princípio da participação dos interessados na formação das decisões administrativas que lhe dizem respeito, resulta do art. 267.º, n.º 5 da CRP, como corolário da ideia de Dignidade da Pessoa Humana, bem como do princípio do Estado de Direito constantes, respetivamente do art. 1.º e 2.º da CRP, segundo os quais, os administrados não podem ser reduzidos a meros recetores passivos das decisões administrativas²⁴³.

Nesta sequência, o princípio da participação surge previsto no art. 12º do CPA manifestando-se, no âmbito da atividade administrativa, de várias formas, sendo a mais importante a audiência prévia dos interessados (art. 121º do CPA)²⁴⁴. Esta audiência trata-se, assim, de uma fase legalmente imposta, que concretiza a diretiva constitucional, e que se afigura, de resto, como um momento obrigatório na generalidade dos procedimentos administrativos especiais conducentes à emissão de atos administrativos²⁴⁵.

Contudo, considerando a automatização do procedimento, importa compreender se este momento pode ser adaptado, ou se, ao invés, a exigência da realização de uma

²³⁸ *Ibidem.*, p. 57.

²³⁹ LOUREIRO, 1995, p. 210.

²⁴⁰ MARQUES, 2011, p. 32.

²⁴¹ ANTUNES, 2017, p. 9.

²⁴² *Ibidem.*, p. 10.

²⁴³ FÁBRICA e COLAÇO, 2007, p. 591.

²⁴⁴ AMARAL, 2020, p. 287.

²⁴⁵ MONCADA, 2022, p. 435.

audiência prévia determinará a impossibilidade da completa automatização do procedimento administrativo. Segundo DIRK EHLERS, seria de rejeitar uma atuação administrativa totalmente automatizada, quando houvesse de proceder a uma audiência dos interessados. VASCO PEREIRA DA SILVA, por seu turno, não vai tão longe na sua posição, optando por referir que a intervenção tecnológica, a existir, não pode incidir sobre estes momentos, que requerem intervenção humana²⁴⁶.

Já MIGUEL PRATA ROQUE, avança com a ideia de “automatização de mecanismos de audiência prévia”, defendendo que a adoção de comportamentos automatizados, não impedem este direito. Mesmo quando os atos sejam produzidos automaticamente, não obstante comprimido, o direito à participação do interessado, existe quando o utilizador pondera se aciona ou não o programa que emitirá a decisão. De resto, o Autor refere que uma vez verificada a existência de uma declaração informativa, que acompanhe o programa e esclareça o utilizador sobre a possibilidade de se pronunciar antes da tomada de decisão, então não será violado o conteúdo essencial deste direito²⁴⁷.

PEDRO GONÇALVES,²⁴⁸ por seu lado, defende que a completa automatização da decisão, impossibilita este direito de participação dos interessados, chamando, com efeito, a atenção para a necessária previsão no algoritmo de “ramificações manuais” ou “interfaces” que permitam ao interessado, aceder ao processo de decisão e demais elementos, nos termos do art. 122.º, n.º 2 e, sendo esse o caso, pronunciar-se sobre os pressupostos de facto e de direito, e requerer diligências ou juntar documentos (art. 121º, n.º 1), devendo, assim, aplicar-se as regras que valem para a generalidade dos atos administrativos.

Para compreender de que forma a participação dos interessados passaria a estar garantida no âmbito da automatização, importa, desde já, esclarecer alguns pontos, designadamente, o de saber se existe um direito fundamental à audiência prévia. Sendo certo que se trata de um tema controvertido²⁴⁹, parece-nos que a posição que mais reflete a “*law in action*” é a de que a audiência prévia, não constitui, em regra, um direito fundamental, mas tão só uma garantia institucional objetiva²⁵⁰. Com efeito, nas palavras do TC, o princípio da participação é um “princípio constitucional cuja efetivação como

²⁴⁶ SILVA, 1998, p. 487.

²⁴⁷ ROQUE, 2015, p. 776.

²⁴⁸ GONÇALVES, 1997, pp. 81-82.

²⁴⁹ AMARAL, 2020, p. 302.

²⁵⁰ Cf., por exemplo, os Acórdãos do STA de 27.09.2019, processo n.º 02643/15.9BEBRG, (Relator: São Pedro); de 24.09.2020, processo n.º 050/12.4BEMDL, (Relatora: Maria do Céu Neves); de 23.03.2023, processo n.º 01235/21.8BEPRT (Relatora: Maria do Céu Neves).

regra se impõe que seja adotada pelo legislador ordinário, não podendo a sua dispensa deixar de estar sujeita aos princípios da necessidade e da proporcionalidade, (...) ²⁵¹”.

Para além disto, parece-nos ter ainda relevância, nesta sede, o princípio do aproveitamento do ato administrativo subjacente ao art. 163.º, n.º 5 do CPA que identifica os atos, em que a não realização da audiência prévia pode ser suprimida, sem que se concretize o efeito anulatório. Entre eles, encontramos, designadamente, os atos vinculados cujos pressupostos e conteúdo a lei determine, de modo preciso e objetivo, e aqueles em que, na face do caso concreto, a margem de livre decisão haja sido reduzida a zero ²⁵².

Tendo isto em conta, e considerando que a participação dos interessados é um princípio, ainda que constitucional, parece-nos que a solução há-de resultar da sua compatibilização com os princípios também constitucionais da proporcionalidade, eficiência, e celeridade procedimentais (art. 267, n.º 5 da CRP), dela se podendo prescindir nos casos atrás referidos, sem afetar o núcleo essencial do direito de participação (art. 18.º, n.º 3 da CRP), tanto mais, que a audiência dos interessados não é a única manifestação do princípio da participação dos interessados, estando, esta, também, presente na possibilidade de iniciar o procedimento administrativo (cf. art. 102.º do CPA) e na faculdade de influir na decisão, fornecendo elementos e informações que deverão afetar a decisão final ²⁵³.

Dito isto, a supressão da audiência dos interessados, no procedimento automatizado poderá ser compensada, com oportunidades de participação na formação da decisão, designadamente, através da disponibilização de campos de preenchimento ou de opções a selecionar pelo interessado, permitindo-lhe influenciar o *out-put* do algoritmo.

ii. Fundamentação do ato administrativo

Outra das garantias dos administrados, consiste na fundamentação expressa dos atos administrativos, isto é, na obrigação dos órgãos administrativos de identificar as razões que os levaram a emitir o ato em causa, bem como os motivos determinantes do seu conteúdo ²⁵⁴.

²⁵¹ Acórdão do TC, de 10.12.2008, n.º 594/2008, processo n.º 1111/07, (Relator: Benjamim Rodrigues).

²⁵² ALMEIDA, 2021, p. 397.

²⁵³ FERNANDES, 2015, p. 454.

²⁵⁴ AMARAL, 2020, p. 320.

A fundamentação é obrigatória nos casos previstos no art. 152.º do CPA, tratando-se de uma menção integrante do próprio ato (art. 151.º, n.º 1, al. d) do CPA), sendo que, do conjunto de atos aqui referidos, a CRP, apenas reconhece, no seu art. 268.º, n.º 3, o direito dos administrados a conhecer as razões determinantes do ato administrativo que lhes neguem, restrinjam, ou afetem os seus direitos e interesses legalmente protegidos ou lhes imponha deveres, encargos, ónus ou sanções²⁵⁵. Assim, será neste âmbito que particularmente recairá o nosso estudo.

A caracterização da fundamentação começa por ser feita pelo próprio legislador constituinte, com recurso aos adjetivos “expressa” e “acessível”. Por outro lado, o CPA no art. 153.º, relativo aos “requisitos da fundamentação”, vem exigir que esta seja expressa, sucinta e, ainda, que não seja contraditória, insuficiente e obscura, ou seja, terá de ser clara, suficiente e congruente²⁵⁶.

Assim, a fundamentação será *expressa* por não resultar implicitamente do conteúdo da decisão²⁵⁷; *clara* ou compreensível, de acordo com o critério do destinatário normal, colocado na posição do real destinatário e *congruente* na medida em que a decisão que concretiza o ato resulte coerentemente das premissas constantes da fundamentação²⁵⁸. Para além disto, para cumprir satisfatoriamente a sua função, a fundamentação deve ainda ser *suficiente*, no sentido de fornecer ao administrado todos, e apenas, os motivos determinantes da prática e conteúdo do ato²⁵⁹ necessários para que os destinatários compreendam a sua configuração. Neste ponto, importa notar que o entendimento de por uma fundamentação *suficiente* varia face à relevância dos interesses em causa e ao peso da discricionariedade da Administração, exigindo-se uma fundamentação mais completa, quando os atos sejam ablativos de direitos e interesses legalmente protegidos e podendo o discurso justificativo ser mais genérico quando se esteja num campo de estrita legalidade²⁶⁰.

Tendo isto em conta, parece-nos que as exigências constitucionais e legais da fundamentação não deixam de ser alcançáveis, através de uma fundamentação pré-programada²⁶¹ em que se conheçam, com antecedência, as relações a estabelecer entre as

²⁵⁵ ALMEIDA, 2007, p. 607.

²⁵⁶ MONCADA, 2022, p. 560.

²⁵⁷ SOUSA e MATOS, 2009a, p. 149.

²⁵⁸ RAPOSO, 2023, p. 29.

²⁵⁹ SOUSA e MATOS, 2009a, p. 149.

²⁶⁰ ANDRADE, 1991, pp. 257-258.

²⁶¹ *Ibidem.*, p. 274.

diferentes varáveis que o algoritmo relaciona, tal como já vimos acontecer com os algoritmos de lógica binária.

Para além destes traços da fundamentação, JOSÉ C. VIEIRA DE ANDRADE refere que esta funciona, ainda, como uma “declaração de autoria da responsabilidade do órgão competente para a decisão”²⁶². Importa, assim, analisar se tal se mantém num contexto em que a “decisão” resulta do funcionamento do programa informático. Novamente, a discussão reconduz-se à natureza da vontade na teoria do ato administrativo. Com efeito, não podendo considerar-se, aqui, a vontade psicológica, também a fundamentação não tem de assumir a natureza de uma transcrição dos raciocínios pessoais do agente administrativo, devendo afigurar-se, tão só como uma formulação justificativa da relevância e a admissibilidade do ato em relação ao legalmente estabelecido²⁶³. Para além disto, a fundamentação automatizada dos atos, embora aplicada pelo algoritmo, sempre será da autoria do ente administrativo que detém o controlo sobre o programa informático, pelo que não há obstáculos à exigência de que a responsabilidade da fundamentação recaia sobre a entidade que constitui os efeitos jurídicos.

Por último, no nosso ordenamento jurídico, a fundamentação deve ser contextual, constando do mesmo documento que corporiza o ato administrativo²⁶⁴. Ora, esta característica, embora aparentemente inofensiva, poderia revelar-se problemática, pois a contextualidade implica a contemporaneidade da fundamentação²⁶⁵, o que não se verifica nos atos administrativos automatizados, em que a fundamentação é pré-programada e posteriormente aposta á decisão emitida. Ainda assim, este limite não é problemático. Por um lado, a exigência de sincronia entre a produção do ato e a sua fundamentação destina-se, sobretudo, a evitar fundamentações posteriores, sendo que o próprio art. 153.º, n.º 1 do CPA, permite a fundamentação *per relationem* para fundamentos que, não tendo nascido com a decisão, ainda assim, são por ela absorvidos²⁶⁶, por outro o próprio n.º 3 daquele art. permite o recurso a meios mecânicos para efeitos de fundamentação, reproduzindo “em massa” as razões de facto e de direito previamente enunciadas para assuntos da mesma natureza, o que não só se afigura útil para os procedimentos de massas, como na emissão automatizada de atos administrativos²⁶⁷.

²⁶² *Ibidem.*, p. 30.

²⁶³ *Ibidem.*, p. 229.

²⁶⁴ *Ibidem.*, p. 39.

²⁶⁵ *Ibidem.*, p. 41.

²⁶⁶ *Ibidem.*, p. 42.

²⁶⁷ GONÇALVES, 1997, p. 84.

Tudo compulsado, parece-nos que, desde que a automatização se resuma ao âmbito dos algoritmos tradicionais, a exigência de fundamentação não levantará problemas, revelando-se mais incerta, aquando do recurso a tecnologias ML com a incerteza que já referimos envolver. Dito isto, consideramos que tudo dependerá da concretização do conceito de “suficiência” da fundamentação e das capacidades técnicas disponíveis a cada momento^{268|269}.

²⁶⁸ Atualmente estão a surgir técnicas capazes de fornecer explicações para os resultados produzidos por tecnologia *Deep Learning*, no âmbito da chamada “*explainable artificial intelligence*”. É, contudo, ainda duvidoso que esta tecnologia resolva satisfatoriamente o problema da *black box*. Neste sentido, cf. DOSHI-VELEZ e KORTZ, 2017, pp. 7-9.

²⁶⁹ No mesmo sentido, cf. ALMEIDA, 2023, p. 144.

CONCLUSÃO

Terminado o nosso périplo, sem dúvida, curto face à extensão e complexidade do tema, verificamos que, não obstante o apelo social e político dirigido à crescente digitalização e automatização da atividade administrativa, na prática, a regulação deste fenómeno, tem-se reduzido à sua vertente, enquanto meio auxiliar de atuação e instrumento de desmaterialização do processo administrativo.

Assim, ao contrário do que acontece noutros sistemas jurídicos, onde o tema adquiriu maior maturidade, o nosso Direito Administrativo falhou em criar uma regulação específica dirigida à automatização administrativa. Aplicáveis neste campo, apenas relevam os art. 14.º, n.º 3 e 62.º, n.º 4 do CPA, os quais, como se demonstrou, são manifestamente insuficientes para uma efetiva regulação dos atos e procedimento administrativos automatizados. Ora, esta ausência de regulação, sobretudo no atual cenário de evolução tecnológica afigura-se imprudente, deixando à jurisprudência e à doutrina a tarefa de adaptar o atual quadro dogmático aos novos instrumentos, gerando insegurança jurídica e, sobretudo, falhando na adequada proteção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos face à Administração. Um perigo que ameaça agravar-se à medida que a Administração Pública se aventura em tecnologias mais complexas. Considerando este contexto, procurámos, com o nosso estudo, qualificar e enquadrar juridicamente as decisões administrativas automatizadas, bem como os algoritmos utilizados na sua emissão.

Nesta senda, analisámos os algoritmos subjacentes à emissão de decisões administrativas chegando à sua classificação enquanto regulamentos administrativos. Esta conclusão, contudo, não nos parece suficiente, por si só, para compensar a omissão reguladora do legislador através da mera extensão das regras e garantias próprias do procedimento regulamentar. Com efeito, se a obrigação de fundamentação não apresenta dificuldade, a garantia de participação dos interessados e a publicidade dos algoritmos, afigura-se mais complexa, dadas as particularidades dos programas informáticos face aos regulamentos comuns, quer quanto à sua inteligibilidade pela pessoa média, quer no que respeita à sua proteção por direitos de propriedade intelectual. Passando às decisões automatizadas e analisando os elementos da definição legal de ato administrativo, importa referir que, apesar do peso da vontade psicológica na teoria do ato administrativo, tais decisões correspondem, ainda assim, a verdadeiros atos administrativos. Com efeito, a circunstância de a decisão se produzir sem uma direta intervenção humana, não significa

que a mesma não contenha em si uma expressão de vontade. Tal decisão continua a ser imputável à Administração através do controlo que esta exerce na adoção e configuração do *software*. Ainda assim, de modo a observar o princípio da legalidade da competência, o órgão a quem compete a decisão que se pretende automatizar deverá ser aquele que adota o regulamento (algorítmico).

Apesar disto, considerando que a automatização do agir administrativo implica a formulação das normas jurídicas em código, importa discutir as suas limitações técnicas e jurídicas, aspeto que ganha particular relevo no exercício de poderes discricionários. Assim, embora a automatização seja aqui tecnicamente possível, a inflexibilidade que a caracteriza, poderá ser incompatível com a apreciação casuística subjacente à atribuição desta competência. Dito isto, como em tudo o que temos referido, a intervenção do legislador será indispensável de modo a delimitar quais e em que medida a atividade administrativa pode ser automatizada.

Por último, não pode ser desconsiderado o papel do procedimento administrativo na proteção dos direitos e garantias dos particulares e a necessidade da sua adaptação ao avanço tecnológico. Neste campo, embora o legislador da UE já se tenha antecipado, ainda assim, tal esforço revela-se insuficiente, remetendo, em grande parte, para uma concretização nacional que, em Portugal, é inexistente. Tudo considerado, parece-nos que muito pode ser atingido com a aplicação, *mutatis mutandis*, das atuais garantias do procedimento, ainda assim, esta solução é limitada e insatisfatória perante os potenciais riscos que o futuro reserva.

Em suma, parece-nos que a solução passará por autonomizar a figura dos atos administrativos eletrónicos, definindo as áreas em que a automatização poderá ocorrer²⁷⁰ e criando um regime específico onde se prevejam as várias fases do procedimento de automatização, desde a fase de adoção dos regulamentos algorítmicos, regulando os seus pressupostos e adaptando as garantias do procedimento regulamentar, até à fase da emissão da decisão individual e concreta, na qual deverão estar garantidos todos os direitos previstos, não só no RGPD, como na CRP e no CPA. Trata-se, contudo, de um esforço que ameaça chegar tarde demais, dada a eminência da adoção de outras tecnologias mais complexas como o ML.

²⁷⁰ Na lei alemã, por exemplo, o §35a do VwVfG, não tem aplicação direta, requerendo um esforço de concretização através de leis sectoriais, que selecionam procedimentos e resultantes atos administrativos suscetíveis de serem sujeitos a automatização. Cf. HAEBERLE, 2021, p. 108.

Com efeito, enquanto escrevemos, já existem vários exemplos de recurso à IA na Administração Pública portuguesa, como é o caso do *chatbot* de atendimento disponível no portal do Instituto de Segurança Social, I.P.²⁷¹ ou da assistente virtual para serviços públicos disponibilizada pela plataforma *ePortugal*²⁷². Para além destes, no âmbito do programa CLIC²⁷³, o Governo prevê automatizar a atribuição e gestão de prestações sociais, bem como adotar ferramentas de IA no combate à fraude.

Dado o panorama que descrevemos, importa que o legislador português crie um enquadramento jurídico adequado à adoção destes instrumentos, bem como uma regulação e supervisão robusta do seu funcionamento, sob pena de repetir erros como os que têm ocorrido por todo o mundo²⁷⁴, com graves prejuízo para os direitos e interesses dos administrados.

²⁷¹ Cf. <https://www.seg-social.pt/inicio>, “(consult. em 26.08.2023)”.

²⁷² Cf. [Assistente virtual para informações sobre a Chave Móvel Digital - ePortugal.gov.pt](https://www.eportugal.gov.pt), “(consult. em 26.08.2023)”.

²⁷³Cf. INSTITUTO DA SEGURANÇA SOCIAL, I.P., 2022.

²⁷⁴ A título de exemplo, sobre os danos gerados pela adoção de IA na deteção de fraudes sociais nos Países Baixos, cf. www.politico.eu/article/dutch-scandal-serves-as-a-warning-for-europe-over-risks-of-using-algorithms/, “(consult. em 26.08.2023)”.

REFERÊNCIAS

1. BIBLIOGRAFIA

- ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*, Almedina, Coimbra, 1987;
- ALMEIDA, FRANCISCA, “Inteligência Artificial e Atividade Administrativa: notas breves sobre automatização na emissão de atos administrativos” in *Revista de Direito Administrativo*, AAFDL editora, Lisboa, n.º 17, 2023, pp. 137-144;
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, “Artigo 267.º”, in (Coord.) MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, 1.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 593-617.
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 8.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2021;
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, “Os Regulamentos no Ordenamento Jurídico Português”, in (Coord.) AMARAL, DIOGO FREITAS DO, ALMEIDA, CARLOS FERREIRA, ALMEIDA, MARTA TAVARES, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 503-527;
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2020;
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2004;
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª Ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018;
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1991;
- ARAÚJO, FERNANDO, “A Inteligência Artificial e Possibilidades de Emulação do Raciocínio Jurídico” in (Coord.) ROCHA, MANUEL LOPES, PEREIRA, RUI SOARES, *Inteligência Artificial & Direito*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 37-50;

- ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO, “Teoria da regularidade do ato administrativo: o elogio da forma” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, CEJUR, Braga, n.º 126, 2017, pp. 3-16;
- BALLELL, TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS; *Guiding Principles for Automated Decision-Making in the EU, Innovation Paper*; European Law Institute, Viena, 2022, p. 23, disponível em: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Innovation_Paper_on_Guiding_Principles_for_ADM_in_the_EU.pdf
- BARBOSA, SANDRA, *The Pincer and the Rogue algorithm: The GDPR’s dual protection model against Automated Decision-Making in the insurance sector*, Tese de Mestrado em Direito e Tecnologia, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2021, disponível em: <https://run.unl.pt>;
- BARBOSA, SANDRA, FÉLIX, SARA; “Algorithms and the GDPR: An analysis of article 22”; in (Coord.) COUTINHO, FRANCISCO PEREIRA, MONIZ, GRAÇA CANTO, *Anuário da Proteção de Dados*, CEDIS, Lisboa, 2021, pp. 67-94, disponível em: <https://protecaodedadosue.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2022/10/3.-Sandra-Barbosa.pdf>;
- BING, Jon, “Legal Norms, Discretionary Rules and Computer Programs” in (Coord.) NIBLETT, BRYAN, *Computer Science and Law*, University Press, Londres, 1980, pp. 119-135;
- BRAVO, FABIO, “Access to Source Code of Proprietary Software Used by Public Administrations for Automated Decision-making. What Proportional Balancing of Interests?”, in *European Review of Digital Administration & Law*, Erdal, s.l., Vol. 1, n.º 1, 2020, pp 157-165, disponível em: <https://www.erdalreview.eu/free-download/978882553896014.pdf>;
- BURREL, JENNA, “How the Machine “thinks”: Understanding opacity in machine learning algorithms”, in *Big Data and Society*, Sage, Berkeley, Vol. 3, n.º 1, 2016, disponível em <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951715622512>;
- BUOSO, HELENA, “Fully Automated Administrative Acts in the German Legal System”, in *European Review of Digital Administration & Law*, Erdal, s.l., Vol. 1, n.º 1, 2020,

- pp 113-122, disponível em: <https://www.erdalreview.eu/free-download/978882553896011.pdf>;
- BYGRAVE, LEE A., “Article 22. Automated individual decision-making, including profiling” in (Coord.) KUNNER, CHRISTOPHER; BYGRAVE, LEE A., DOCKSEY, CHRISTOPHER, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, pp. 523-542, 2020;
- CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10.º Ed., 6.ª reimpressão revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 1997;
- CALADO, DIOGO, “Questões de competência no novo CPA” in (Coord.) GOMES, CARLA AMADO, NEVES, ANA FERNANDA, SERRÃO, TIAGO, *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Vol. I, 6.ª Ed., AAFDL Editora, Lisboa, 2023, pp. 523-542;
- CANOTILHO, J. J. GOMES, MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª Ed., revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2014;
- CARIA, RUI, “O Caso State v. Loomis – a pessoa e a máquina na decisão judicial”, in (Coord.) RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 245-265;
- COGLIANESE, CARY, LEHR, DAVID, “Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era” in *The Georgetown Law Journal*, Georgetown Law, Washington D.C., vol. 105, n.º 5, 2017, pp. 1147-1224, disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1734/
- CONSELHO DA EUROPA E AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA (“FRA”), *Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados*, Luxemburgo, 2014, disponível em: <https://rm.coe.int/16806ae65f>;
- CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO, *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, Editora Danúbio, Lda., Lisboa, 1982;
- DEGRAVE, ELISE, “The Use of Secret Algorithms to Combat Social Fraud in Belgium”, in *European Review of Digital Administration & Law*, Erdal, s.l., vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 167-177, disponível em: <https://www.erdalreview.eu/free-download/978882553896015.pdf>;

- DIAS, JORGE FIGUEIREDO, *Direito Penal, Parte Geral: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007;
- DOSHI-VELEZ, FINALE, KORTZ, MASON, “Accountability of AI under the Law: The role of Explanation”, in *Berkman Klein Center Working Group on Explanation and the Law*, Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard, 2017, disponível em: https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/34372584/2017-11_aiexplainability-1.pdf
- DUARTE, DAVID, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa, A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariade Instrutória*, Almedina, Coimbra, 2006;
- FÁBRICA, LUÍS, COLAÇO, JOANA, “Artigo 267.º” in (Coord.) MIRANDA, JORGE, MEDEIROS, RUI; *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, 1.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 578-592;
- FARIA, PAULA RIBEIRO, “Artigo 35.º” in (Coord.) MIRANDA, JORGE, MEDEIROS, RUI; *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2017, pp. 565-581;
- FERNANDES, DÉBORA MELO, “O Princípio da Transparência Administrativa: Mito ou Realidade” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, 2015, pp 425-457;
- FINK, MICHÈLE, “Automated Decision-Making and Administrative Law” in *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3433684
- FILIPPI, PRIMAVERA DE, WRIGHT, AARON, *Blockchain and the Law, The Rule of Code*, Harvard University Press, Cambridge, 2018;
- GAMA, JOÃO TABORDA, “Inteligência Artificial e Fiscalidade” in (Coord.) ROCHA, MANUEL LOPES, PEREIRA, RUI SOARES, *Inteligência Artificial & Direito*, Almedina, Coimbra, 2020, pp 233-244;
- GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2020;
- GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005;

- GONÇALVES, PEDRO COSTA, “O Ato Administrativo Informático (O direito administrativo português face à aplicação da informática na decisão administrativa)” in *Revista Scientia Iuridica*, Vol. 46, n.º 265/267, 1997, Universidade do Minho, Braga, pp. 47-95, disponível em <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2022/12/Nuno-M. Guimara%CC%83es.pdf>;
- GUIMARÃES, NUNO M., “Sistemas normativos e tecnologias digitais: formalização, desenvolvimento e convergência”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. LXIII, n.º 1 e 2, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2022, pp. 763-790, disponível em <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2022/12/Nuno-M.-Guimara%CC%83es.pdf>;
- HAEBERLE, CRISTINA FRAENKEL, “Fully Digitalized Administrative Procedures in the German Legal System”; in *European Review of Digital Administration & Law*, Vol. I, n.º 1, Erdal, s.l., 2021, pp. 105-111, disponível em: <https://www.erdalreview.eu/free-download/978882553896010.pdf>
- HART, HERBERT, L.A., *O Conceito de Direito*, 2.ª Ed., tradução de A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996;
- HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL, *O Caleidoscópio do Direito, O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2009;
- HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL, “Os juristas que se cuidem... Dez anos de inteligência artificial e direito” in *Revista Themis*, Ano I, n.º 1, Almedina, Lisboa, 2000, pp. 139-169;
- HILDEBRANDT, MIREILLE, “Algorithm regulation and the rule of law” in *Philosophical Transactions of the Royal Society A, Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, vol. 376, n.º 2128, Royal Society Publishing, s.l., 2008, disponível em <https://royalsocietypublishing.org/doi/full/10.1098/rsta.2017.0355>;
- HILL, ROBIN K., “What an Algorithm Is” in *Philosophy and Technology*, Vol. 29, n.º 1, Springer, s.l., 2016, pp. 35-59, disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-014-0184-5>;
- HUERGO, ALEJANDRO LORA, “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo”, in (Dir.) HUERGO, ALEJANDRO LORA, (Coord.) DÍAZ, GUSTAVO

- MANUEL GONZÁLEZ, *La Regulación de los Algoritmos*, Thompson Reuters, Pamplona, 2020, pp. 23-85;
- KAUN, ANNE, “Suing the algorithm: the mundanization of automated decision making in public services through litigation” in *Information, Communication & Society*, vol 25, n.º 14, Routledge, s.l., pp. 2046-2062, 2022, disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1369118X.2021.1924827>
- LEPRI, BRUNO, OLIVER, NURIA, LETOUZÉ, EMMANUEL, PENTLAND, ALEX, VINK, PATRICK, “Fair, Transparent and Accountable Algorithmic Decision-making Processes, The Premise, the Proposed Solutions and the Open Challenges” in *Philosophy & Technology*, N.º 4, Vol. 31, Springer, s.l., 2018, pp. 611-627, disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-017-0279-x>
- LESSIG, LAWRENCE, *Code and other Laws of cyberspace*, Basic Books, Nova Iorque, 1999;
- LIND, KATARINA, “Central authorities slow to react as Sweden’s cities embrace automation of welfare management”, AlgorithmWhatch, 2020, disponível em <https://algorithmwatch.org/en/trelleborg-sweden-algorithm/>, “(consult. em 23.08.2023)”;
- LOPES, PEDRO MONIZ, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas. O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, AAFDL Editora, Lisboa, 2019;
- LOUREIRO, JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES, “O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares (algumas considerações)”, in *STVDIA IVRIDICA*, n.º 13, Coimbra Editora, Coimbra, 1995;
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 21.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013;
- MARQUES, FRANCISCO PAES, *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares – Contributo para a sua Compreensão Substantiva*, Almedina, Coimbra, 2011;
- MEUWESE, ANE, “Regulating Algorithmic Decision-making One Case at the time: a Note on the Dutch ‘SyRI’ Judgement” in *European Review of Digital Administration*

- & *Law*, Erdal, *s.l.*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp 209-211, disponível em: <https://www.erdalreview.eu/free-download/978882553896019.pdf>;
- MIRANDA, JORGE, “Artigo 165.º”, in (Coord.) MIRANDA, JORGE, MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, 1.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 524-543;
- MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, 3.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004;
- MITCHELL, TOM M., *Machine Learning*, McGraw-Hill Education, Nova Iorque, 1997;
- MONCADA, LUIZ, S. CABRAL, *Autoridade e Liberdade na Teoria do Ato Administrativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014;
- MONCADA, LUIZ S. CABRAL, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 4.ª Ed. revista e atualizada, Quid Juris, Lisboa, 2022;
- MONCADA, LUÍS S. CABRAL, *Lei e Regulamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002;
- MONIZ, ANA RAQUEL GONÇALVES, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez: contributo para a teoria dos regulamentos*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/17968>;
- MONIZ, ANA RAQUEL GONÇALVES, “Procedimento Regulamentar”, in (Coord.) GOMES, CARLA AMADO, NEVES, ANA FERNANDA, SERRÃO, TIAGO, *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Vol. II, 6.ª Ed., AAFDL Editora, Lisboa, 2023, pp. 145-185;
- NEVES, ANA, “The Reshaping of the Administrative Procedure through Technology as an opportunity to reinforce Subject’s Rights”, in *Studi Polacco-Italiani Di Torún*, n.º 16, , Uniwersytet Mikolaja Kopernika x Toruniu, Torún, Polónia, 2020, pp. 8-28, disponível em: <https://apcz.umk.pl/TSP-W/article/download/33974/28825/78821>
- OLIVARES, BERNARDO D. OLIVARES, “Law and Artificial Intelligence in the Spanish Tax Administration: The need for a specific regulation” in *European Review of Digital Administration & Law*, Erdal, *s.l.*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp 227-234, disponível em: <https://www.erdalreview.eu/free-download/978882553896022.pdf> ;

- OLIVEIRA, PAULA, MACHADO, CARLA; “Folhas leva-as o vento: Por uma Administração sem papel” in (Coord.) OLIVEIRA FERNANDA PAULA, CAMPOS, DIOGO DUARTE DE, MACHADO, CARLA, *Uma Administração Pública Moderna e mais Próxima do Cidadão*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 51-87;
- OTERO, PAULO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2016;
- BOIX, ANDRÉS PALOP, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones” in *Revista de Derecho Público: teoría y método*, n.º 1, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 223-269;
- PINOTTI, GIULIA, “Automated administrative procedure and right of access to source code”, in *Big data and Public Law: new challenges beyond data protection*, Eurojus, Universidade de Milão, Milão, 2018, pp. 126-133, disponível em: <https://www.eurojus.it/pdf/EurojusSpecial-Issue2019-v4.2.pdf>
- QUADROS, FAUSTO, *et. alii.*, *Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, 2.º Ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2022;
- RAPOSO, João, “Algumas reflexões práticas acerca da fundamentação e da audiência prévia em concursos de pessoal docente universitário”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 17, AAFDL editora, Lisboa, 2023, pp. 27-34;
- ROQUE, MIGUEL PRATA, “Administração eletrónica e automatização: Contributos para uma reformulação da teoria geral das atuações administrativas”, in *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 755-795;
- ROQUE, MIGUEL PRATA, “O Procedimento Administrativo Eletrónico”, in (Coord.) GOMES, CARLA AMADO, NEVES, ANA FERNANDA; SERRÃO, TIAGO, in *Comentário ao Código Do Procedimento Administrativo*, Vol. I, 6ª Ed, AAFDL Editora, Lisboa, 2023, pp. 645 – 700;
- SANCHÉZ, PEDRO FERNANDES, *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, 1.ª reimpressão, AAFDL Editora, Lisboa, 2021;
- SARAIVA, RUTE, “Segurança Social, Direito e Tecnologia, Entre *Rule-as-Code* e a personalização”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol.

- LXIII, n.º 1 e 2, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2022, pp. 867-930, disponível em: <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2022/12/Rute-Saraiva.pdf>;
- SCASSA, TERESA, “Administrative Law and Governance of Automated Decision Making: A Critical look at Canada’s Directive on Automated Decision Making” in *University of British Columbia Law Review*, vol. 54.º, n.º 1, UBC Law Review Society, Vancouver, 2021, pp. 251-298., disponível em: <https://commons.allard.ubc.ca/ubclawreview/vol54/iss1/7/>;
- SELBST, ANDREW D., POWLES, JULIA, “Meaningful Information and the Right to Explanation”, in *International Data Privacy Law*, Vol. 7, n.º 4, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 233-241, disponível em: <https://papers.ssrn.com>;
- SILVA, VASCO PEREIRA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1998;
- SOARES, ROGÉRIO EHRARDT, *Direito Administrativo*, Lições Policopiadas, Coimbra, 1978;
- SOUSA, MARCELO REBELO, MATOS, ANDRÉ SALGADO, *Direito Administrativo Geral: Atividade administrativa*, Tomo III, 2.ª Ed., Alfragide, Publicações D. Quixote, 2009;
- SOUSA, MARCELO REBELO, MATOS, ANDRÉ SALGADO, *Direito Administrativo Geral: Introdução e Princípios Fundamentais*, Tomo I, 2ª Ed., Alfragide, Publicações D. Quixote, 2009;
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2012;
- SUKSI, MARKKU, “Administrative due process when using automated decision-making in public administration: some notes from a Finish perspective”, in *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 29, n.º 1, Springer, s.l., 2021, pp. 87-110, disponível em: <https://philpapers.org/rec/SUKADP>;
- VALE, SEBASTIÃO BARROS, ZANFIR-FORTUNA, GABRIELA, *Automated Decision Making Under the GDPR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities*, Future of Privacy Forum, Bruxelas, 2022, disponível em: <https://fpf.org/wp-content/uploads/2022/05/FPF-ADM-Report-R2-singles.pdf>;

VASCONCELOS, PEDRO PAIS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2017;

VICENTE, PAULO NUNO, *Os Algoritmos e Nós*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2023;

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. ° 2, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 76-99, disponível em <https://academic.oup.com/idpl/article/7/2/76/3860948>;

2. JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

- Acórdão do Tribunal Constitucional, de 22 de julho de 1992, n.º 285/92, processo n.º 383/92, (Relator: António Vitorino) disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210731.html>;
- Acórdão do Tribunal Constitucional, de 10 de dezembro de 2008, n.º 594/2008, processo n.º 1111/07, (Relator: Benjamim Rodrigues) disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210731.html>;
- Acórdão do Tribunal Constitucional, de 25 de junho de 2020, n.º 310/2020, processo n.º 1043/2019, (Relatora: Mariana Canotilho), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210731.html>;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de outubro de 1979, processo n.º 011178 (Relator: Inacio Fernandes), disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29 de maio de 1980, processo n.º 012496, (Relator: Abel Delgado), disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 6 de novembro de 1980, processo n.º 014041, (Relator: Costa Mesquita), disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 19 de março de 1981, processo n.º 014081, (Relator: Costa Mesquita), disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23 de janeiro de 1986, processo n.º 010622, (Relator: Gonçalves Pereira), disponível em www.dgsi.pt;

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de maio de 1989, processo n.º 025663, (Relator: António Samagaio), disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de setembro de 2014, processo n.º 0984/13, (Relator: Fonseca da Paz), disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 27 de setembro de 2019, processo n.º 02643/15.9BEBRG, (Relator: São Pedro), disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24 de setembro de 2020, processo n.º 050/12.4BEMDL, (Relatora: Maria do Céu Neves), disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23 de março de 2023, processo n.º 01235/21.8BEPRT, (Relatora: Maria do Céu Neves), disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 18 de maio de 2000, processo n.º 572/97, (Relator: Cândido de Pinho), disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 25 de novembro de 2010, processo n.º 02181/06, (Relatora: Cristina dos Santos), disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 13 de março de 2014, processo n.º 07292/14, (Relator: Benjamim Barbosa), disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 17 de outubro de 2019, processo n.º 767/10.8BELRS, (Relator: Anabela Russo), disponível em www.dgsi.pt;

3. JURISPRUDÊNCIA DE TRIBUNAIS ESTRANGEIROS

- Acórdão do Conselho de Estado, de 06 de dezembro de 2018, Sec. IV, n.º 2270, disponível em <https://www.giustizia-amministrativa.it/>;
- Acórdão do Conselho de Estado, de 13 de dezembro de 2019, Sec. IV, n.º 8472, disponível em <https://www.giustizia-amministrativa.it/>;
- Acórdão do Tribunal Administrativo Regional do Lácio, de 22 de março de 2017, Sec. III, n.º 3769, disponível em <https://www.giustizia-amministrativa.it/>;
- Acórdão do Tribunal Administrativo Regional do Lácio, de 10 de setembro de 2018, Sec. III – bis, n.º 9227, disponível em <https://www.giustizia-amministrativa.it/>;

- Acórdão do Tribunal de Amsterdão, de 11 de março de 2021, caso n.º C/13/692003/HARK20-302 disponível em <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2021:1018>.

4. DECISÕES DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

- AUTORIDADE DE PROTEÇÃO DE DADOS SUECA (IMY), Decisão n.º DI-2019-4062 de 28.03.2022, disponível em: <https://www.imy.se/globalassets/dokument/beslut/2022/beslut-tillsyn-klarna.pdf>;

5. DOCUMENTOS

- ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, Report, Washington, 2020, disponível em: <https://www.acus.gov/document/government-algorithm-artificial-intelligence-federal-administrative-agencies>;
- ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of the Directive 95/46/EC*, WP 217, 2014, disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf;
- ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on Automated Individual Decision-Making and profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, WP251, 2017, disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>;
- ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on transparency under Regulation 2016/679*, WP260, 2017, disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227/en>;
- COMISSÃO EUROPEIA, *AI Watch Artificial Intelligence in public services. Overview of the use and impact of AI in public services in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2020, disponível em: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC120399>;
- COMISSÃO EUROPEIA, *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*, COM (2018), 237 final

{SWD (2018) 137 final} Bruxelas, 2018, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237>;

- COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União*, COM (2021), {SWD (2021) 84 final}, Bruxelas, 2021, disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF;
- INSTITUTO DA SEGURANÇA SOCIAL, I.P., *Programa CLIC – Programa de Transformação Digital da Segurança Social*, s.l., 2022, disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/documento?i=clic-programa-de-transformacao-digital-da-seguranca-social> , “(consult. em 26.08.2023)”;
- TRIBUNAL DE AMSTERDÃO, *Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgericht Wien (Áustria)* de 16 de março de 2022, CK v. Dun & Bradstreet Austria GmbH, Magistrat der Stadt Wien, C-203/22,– CK, disponível em [CURIA - Case information \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/curia/), “(consult., em 26.08.2023)”;

6. CONTEÚDO MULTIMÉDIA E JORNALÍSTICO

- ANTAI – AGENCE NATIONALE DE TRAITEMENT AUTOMATISE DES INFRACTIONS, *Rapport d'activité*, s.l., 2021, disponível em [Rapport d'activité de l'ANTAI 2021](#), “(consult., em 26.08.2023)”;
- AMA – AGÊNCIA PARA A MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA I.P., *Assistente virtual para informações sobre a Chave Móvel Digital*, disponível em [Assistente virtual para informações sobre a Chave Móvel Digital - ePortugal.gov.pt](#), “(consult. em 26.08.2023)”;
- ESPAP - ENTIDADE DE SERVIÇOS PARTILHADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, I. P., *Desenvolvimento Aplicacional*, disponível em https://www.espap.gov.pt/FrontEnd/Paginas/Areas/SP_TIC/SP_TIC_Des_App_tpl_1.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1, “(consult., em 26.08.2023)”;
- INSTITUTO DA SEGURANÇA SOCIAL, I.P., *Página Inicial do Portal da Segurança Social*, disponível em <https://www.seg-social.pt/inicio>, “(consult. em 26.08.2023)”;

- HEIKKILÄ, MELISSA, “Dutch scandal serves as a warning for Europe over risks of using algorithms”, *POLITICO*, 2022, disponível em www.politico.eu/article/dutch-scandal-serves-as-a-warning-for-europe-over-risks-of-using-algorithms/, “(consult. em 26.08.2023)”.