

O Direito (Penal), a Ciência e o Paradoxo de Zenão

Anabela Miranda Rodrigues — Investigadora Integrada do Instituto Jurídico

Não nos devemos deixar iludir pelo paradoxo de Zenão, em que por mais que Aquiles (a *Ciência*) corra, sempre haverá um espaço a separá-lo da tartaruga (o *Direito*) e não conseguirá vencer a corrida. Contra as evidências dóxicas em que a sociedade algorítmica nos quer fazer crer, o Direito tem de ser pensado. Ele é desafiado nos seus princípios e conceitos, normatividade e metodologias – as definições surgem vagas e indeterminadas, as soluções legais não abarcam os problemas e os processos de decisão escapam ao domínio humano. No contexto de novas respostas do Direito para os problemas colocados pela IA o debate é intenso.

A viragem digital trouxe consigo duas premissas para aumentar exponencialmente a utilização de algoritmos em toda a espécie de tomadas de decisões, também no mundo da justiça – produção maciça de dados e poder computacional de cálculo, num quadro de globalização de redes. Isto permitiu oferecer ao Direito instrumentos que lhe são de enorme utilidade e que não param de evoluir. A IA está na corrida e alimenta-se ainda do melhor conhecimento sobre o nosso cérebro, que as neurociências ou a economia comportamental favorecem. Os riscos desta abertura às novas fronteiras do desenvolvimento tecnológico e de aplicação de sistemas de IA às nossas vidas são inevitáveis e necessita-se de um fio condutor que nos oriente na busca de um Futuro Humano.

O direito penal está particularmente exposto a estes desenvolvimentos – nas suas categorias dogmáticas, nas incriminações que conhece, no domínio processual, na administração da justiça e da perspectiva internacional e transnacional.

Identificam-se temas continuamente merecedores de atenção. É o caso da atribuição da responsabilidade penal a pessoas individuais ou coletivas ou a agentes artificiais, designadamente, perante a digitalização empresarial ou em face da utilização de veículos autónomos. Como se vem fazendo notar, a questão é menos teórica do que se possa pensar. Apesar de se falar em golpe publicitário, um *software* de IA – *Vital* – foi, em 2014, nomeado com o estatuto de observador, com direito a voto, para o Conselho de Administração da empresa de capital de risco,

sediada em *Hong-Kong*, *Deep Market Ventures*. Apesar de já ter sido «despedido», na Europa, pelo menos numa empresa, a finlandesa *Tieto*, é assinalado o caso de um artefacto de IA autónomo semelhante – *Alicia T* – como membro de uma equipa de direção com direito a voto. E foi a falta de uma teoria da responsabilidade que levou à não acusação no caso *Uber*, quando um dos seus veículos autónomos atropelou e matou um pedestre no *Arizona*.

No setor económico-financeiro, onde é crescente a incorporação da IA na prossecução mais eficiente dos seus fins, não só ao nível do processo produtivo, mas também do *compliance* – fala-se de *compliance* inteligente e preditivo –, sobressai, simultaneamente, a sua ambivalência. Tornam-se mais visíveis cenários de riscos associados à utilização de IA, tais como o risco sistémico, de discriminação, de fraude, de violação da privacidade, de hiper-vigilância e de manipulação e, no plano estritamente processual penal, discute-se a validade do princípio da presunção de inocência e o aproveitamento para fins penais de informação recolhida por formas de monitorização inteligente à custa da limitação de direitos fundamentais das pessoas envolvidas. E os desafios são do mesmo teor se pensarmos na área da medicina, onde a IA é já uma presença omnipresente e omnipotente. Desde a medicina personalizada e preditiva, passando por meios de auxílio de diagnóstico e de predição de suicídio, até ao desenvolvimento de robôs de auxílio ao tratamento e em cirurgias, num contexto de interação entre agentes humanos e artificiais inteligentes, o problema da atribuição de responsabilidade penal ressurgiu e reequacionam-se aspetos relativos à tutela da privacidade dos pacientes no que toca aos seus dados pessoais e à informação e consentimento à luz da garantia à transparência dos procedimentos que envolvem IA.

Neste feixe de temas de preocupação para o direito penal, não se esquecem os *crimes de fantasia* (*fantasy crimes*) – condutas no mundo virtual que constituiriam crime se fossem praticadas no mundo real. E se um avatar viola outro avatar? Somos confrontados com o cibercrime e os crimes no metaverso, onde estas e outras interrogações sobressaem e se procuram distinguir, à luz da função do direito penal,

as condutas do mundo virtual que produzem ofensas no mundo real das que produzem ofensas apenas no mundo virtual. Além disso, incriminações clássicas, como o abuso de mercado, são postas à prova como resultado do envolvimento da IA na sua prática – designadamente, através da negociação algorítmica de alta frequência (HFT), no caso do abuso de informação, interpelando conceitos tidos por estabilizados de informação privilegiada ou de investidor razoável; ou, no caso da manipulação de mercado, convocando a alteração do tipo legal, mediante o recurso à utilização de um elemento subjetivo da ilicitude «intenção de manipulação do mercado». Já no âmbito do direito da guerra, o desenvolvimento e a utilização das Armas Autónomas Mortíferas (AAMs), vistas como a 3ª grande revolução na história militar, depois da pólvora e das armas nucleares, colocam problemas particulares que os princípios e o direito da guerra tradicionais não resolvem.

Deve sublinhar-se, ainda, que a IA trouxe uma *nova* previsibilidade à justiça penal. Fala-se de *justiça preditiva*, que atravessa todo o sistema, desde a atividade policial, passando pela investigação e a produção de prova e atingindo o processo de tomada de decisões, quer pelo que toca às partes, onde a *Legaltech* tem conhecido um grande desenvolvimento na advocacia, quer quanto aos decisores judiciais,

onde é crescente a utilização de instrumentos de avaliação de risco. De momento, mais utilizados em ordenamentos de *common law*, no âmbito da *parole*, em decisões de *bail* ou de *sentencing* (o caso *Loomis* é já um *leading case*), os sistemas continentais também já os conhecem. Discute-se, em última análise, a possibilidade de um juiz robô – é conhecido o projeto *Velsberg*, aprovado na Estónia. A questão prende-se com o facto de os juízes decidirem sobre a culpa e a punição a aplicar. E passa pelo *determinismo* que o digital imprime ao direito. Esta transformação, pelo lado do juiz, retira à decisão a dimensão humana e de responsabilidade que, como tal, envolve encontrar o sentido jurídico – a interpretação; pelo lado do delincente, a lei torna-se individual e muda – esta passa a ser uma injunção individual e a capacidade de transformação daquele é supérflua – e a punição desliga-se do facto praticado e passa a ser baseada no risco que o indivíduo representa para a sociedade.

Por fim, é preciso ter presente que, pelo que diz respeito às matérias de jurisdição territorial e de cooperação judiciária, os desenvolvimentos da IA da perspectiva transnacional trazem novas dimensões aos problemas de conflitos positivos de jurisdição territorial e de lacunas de cooperação e do respeito pelos direitos fundamentais.



Dezembro de 2022

Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia no âmbito do «Projeto do Instituto Jurídico UIDB/04643/2020»

FCT

Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR