



3.^a CONFERÊNCIA QUADRILATERAL

LISBOA - PORTUGAL
10 A 12 DE OUTUBRO DE 2019

PORTUGAL · ESPANHA · FRANÇA · ITÁLIA

**Direito Público e Sociedade Técnica: desafios para
a jurisprudência constitucional do século XXI**

Mariana Canotilho
Conselheira do Tribunal Constitucional de Portugal

*A Justiça constitucional
face aos desenvolvimentos tecnológicos*

***DIREITO PÚBLICO E SOCIEDADE TÉCNICA: DESAFIOS PARA A JURISPRUDÊNCIA
CONSTITUCIONAL DO SÉCULO XXI***

CONFERÊNCIA QUADRILATERAL
LISBOA, 11-X-2019

MARIANA CANOTILHO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS
(**versão provisória**, correspondente à intervenção oral)

1. DO CONTEXTO

“Se fosse possível a um jurista particularmente interessado pelas coisas do direito público entrar no sono da princesa da fábula, não precisaria de deixar correr os cem anos para descobrir atónico que à sua volta tudo mudou. Bastava-lhe ter esperado pelo desencanto os últimos vinte anos e verificaria que o seu castelo de construções e os seus servidores estavam irremediavelmente submersos no silvado duma nova realidade, perante o qual se encontravam indefesos”.

Rogério Soares¹

O magnífico parágrafo que nos serve de introdução é da autoria de Rogério Soares – um dos grandes juspublicistas portugueses do século XX – numa obra seminal – *Direito Público e Sociedade Técnica* -, na qual revisita todos os grandes temas de Teoria do Estado e da Constituição, no contexto das sociedades técnicas de massas. Nela, teoriza sobre as fronteiras entre a esfera pública e a esfera privada, sobre as questões levantadas pela utilização pelo Estado e por privados da tecnologia, sobre a posição do indivíduo face a um Estado com uma capacidade crescente de intromissão na actividade privada, sobre os problemas da separação de poderes e sobre os poderes *ocultos* que influenciam a tomada de decisões políticas e jurídicas.

50 anos depois da primeira publicação, a actualidade de tais reflexões é, ao mesmo tempo, admiravelmente cristalina e inquietante. Confrontados com uma *nova* revolução tecnológica, e uma *quarta revolução industrial*, os constitucionalistas vêem-se constrangidos a (re)pensar o lugar da sua disciplina, no quadro desta nova etapa do desenvolvimento humano, impulsionada pela crescente acessibilidade e pela interacção de um conjunto de inovações tecnológicas, tais como a Inteligência Artificial, a Internet das Coisas, a *neuro* e a biotecnologia, a realidade virtual, novos materiais, novas fontes de energia, e ainda outras ideias e capacidades inteiramente novas, ainda não alcançadas². Efectivamente, neste contexto surge uma miríade de novos problemas jusconstitucionais, que obrigam tanto a uma redensificação de velhos conceitos, como à busca de novas soluções (sob a forma de novos direitos fundamentais, novas estruturas políticas, novas garantias institucionais e novas ponderações jurisprudenciais).

¹ Soares, Rogério G. E. – *Direito Público e Sociedade Técnica*, Atlântida Editora, Coimbra, 1969.

² Schwab, Klaus - *Shaping the Fourth Industrial Revolution*, Edição ebook, World Economic Fórum, 2018.

Como todos os progressos da Humanidade, estes desenvolvimentos têm consequências positivas e negativas. Desde logo, desenham um novo contexto político e social, cuja consideração é indispensável nos exercícios de concordância prática que se imporão ao legislador e ao julgador, com frequência e complexidade crescentes. O exercício da cidadania e o gozo de direitos fundamentais levar-se-ão a cabo num cenário em que às tradicionais desigualdades a que os Estados de direito a que pertencemos, assentes no modelo social europeu, procuram responder, se somarão desigualdades novas – denominadas como *desigualdades digitais* - que resultam da evolução científica e técnica, e da crescente dependência da internet no que respeita:

- ao acesso à informação;
- à prestação de serviços públicos e privados – nomeadamente, serviços que correspondem ao gozo ou exercício de direitos fundamentais;
- e à interacção com o Estado.

Além disso, impõe-se ainda a consideração, nesta análise, dos efeitos da *interseccionalidade* – isto é, das consequências específicas que resultam da interacção entre as desigualdades digitais e outras formas ou fontes de desigualdade e discriminação.

Dada a crescente penetração dos recursos digitais nas várias etapas da vida humana, as consequências da *diferenciação digital* verificam-se desde a infância à velhice. Ao direito e à jurisprudência constitucionais solicitam-se propostas de atenuação dos problemas emergentes da exposição digital e seu controlo; do diferente acesso a recursos digitais e da necessidade de imposição de limites à sua utilização; da desigualdade na aquisição de capacidades e competências no mundo real; das dificuldades de superação das insuficiências e inadequação do sistema educativo e da assimetria na aquisição de capacidades de utilização dos meios digitais.

Este *fosso digital*, que tem elementos territoriais, geracionais e culturais, impede o usufruto, em termos igualitários, das vantagens decorrentes da revolução digital, e gera uma dialéctica preocupante entre pobreza e domínio da informação. Estes fenómenos associam-se, também, como temos vindo a constatar, à distorção da informação e do debate democrático, à hipervalorização de problemas minoritários, *fait-divers* e *fake news*, em relação aos problemas “*reais*” de cada sociedade, em especial no que diz respeito às questões estruturais; à dificuldade de discussão dos problemas complexos das sociedades contemporâneas – sem soluções binárias, e requerendo dados, ponderação e reflexão – no quadro de um sistema de comunicação baseado em *redes*, em velocidade de processamento e em capacidade de síntese; e, ainda, à crescente impossibilidade de controlo da actividade de velhos e novos *agentes políticos*: quer dos partidos, quer, principalmente, de grupos políticos *para-partidários*, no que respeita à difusão de determinadas mensagens e à obtenção de financiamentos (matéria em que o TC português tem competência como órgão de recurso).

É, pois, neste contexto que a jurisprudência constitucional será, cada vez mais, chamada a intervir, para resolver os novos *casos difíceis* do direito constitucional.

2. – DOS NOVOS PROBLEMAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS

Como acima demos conta, o advento de tecnologias potencialmente disruptivas marca uma nova fase da sociedade da informação. Fenómenos como a *big data* (recolha, distribuição, tratamento e análise de enormes quantidades de dados), *machine learning*, Internet das coisas e robotização geram mudanças sociais relevantes e acarretam desafios para o direito e os tribunais.

Desafios tanto maiores, quanto o quadro normativo que a decisão judicial deve levar é conta é necessariamente complexo, convocando parâmetros com origem em distintos ordenamentos jurídicos (nacional, da U.E., do Conselho da Europa, etc.), que se relacionam entre si de forma dialéctica, num contexto de interconstitucionalidade.

Vejamos alguns exemplos.

. Quanto ao direito do trabalho e aos direitos fundamentais dos trabalhadores

Há poucas semanas, o Juízo Social de Las Palmas declarou ilegal o despedimento de uma trabalhadora de uma multinacional turística, cuja função, administrativa, passara a ser desempenhada por um software de gestão. O juiz não aceitou que o caso se enquadrasse nas “causas técnicas, organizativas e produtivas” alegadas pela empresa, considerando que se estava perante um cenário em que se passava de um contexto em que os trabalhadores utilizavam um instrumento – no caso, um software – para auxiliar o desempenho do seu trabalho, para uma situação em que esse mesmo instrumento de produção passava a realizar o trabalho em substituição do trabalhador. Isto configuraria a troca de um trabalhador por um instrumento, o que implicaria o sacrifício dos direitos do trabalhador em benefício absoluto da liberdade de empresa³.

Porém, mesmo que assim não se entendesse, e se julgasse que este conflito de direitos mais não configura do que a versão do século XXI da extinção de determinado tipo de postos de trabalho em virtude da automatização, o mesmo não pode dizer-se das novas técnicas de gestão com utilização de algoritmos e *machine learning* nos locais de trabalho, cujos efeitos tendem a potenciar ou aumentar tratamentos discriminatórios. Esta prática tem consequências ainda mais sérias quando o *machine learning* permite a reprogramação ou adaptação automática do algoritmo, a partir do reconhecimento de padrões e da utilização da estatística computacional. A falta de transparência originada pelo recurso a estes métodos de gestão e o risco de desumanização dos locais de trabalho torna-se, então, particularmente exacerbado, sendo objecto de preocupação e estudo por parte da OIT⁴.

Aos tribunais chegarão, certamente, num futuro não muito distante, casos de *profiling* laboral, utilizado em todas as fases contrato de trabalho, da contratação ao despedimento, passando pela formação. Aos casos de trabalhadores despedidos por robots (como já sucedeu na multinacional Amazon)⁵, juntar-se-ão os problemas decorrentes de conflitos quanto ao consentimento, obtenção, armazenamento e processamento de dados qualitativos e quantitativos, por parte de empregadores (para efeitos de avaliação, gestão de recursos humanos, etc.), mas também de serviços públicos de apoio à procura de emprego e à formação profissional (para optimização dos serviços e adequação dos meios disponíveis às necessidades individuais).

³ <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ba043c7140ea570b>.

⁴ De Stefano, V. – “Negotiating the algorithm”: *Automation, artificial intelligence and labour protection*, Employment Working Paper n.º 246, Employment Policy Department; ILO, 2018.

⁵ <https://nypost.com/2019/04/29/amazon-warehouse-workers-are-getting-fired-by-robots/>.

. Quanto ao direito penal e processual penal

No domínio do direito penal e, em especial, do processo penal, as questões nascidas da intersecção entre a utilização de novas tecnologias e a definição do conjunto de *provas* constitucionalmente aceitáveis multiplicar-se-ão.

Aos casos já recorrentes, como o de saber se “*a descrição de uma pessoa e a sua identificação com uma fotografia constante do Facebook não corresponde a um reconhecimento e, portanto, constitui prova válida*” (recentemente colocado ao TC português, embora não tenha sido possível tomar conhecimento do pedido por razões formais), somar-se-ão os problemas emergentes da necessidade de tratamento de enormes quantidades de dados e da utilização de software específico para tal – o que origina dúvidas relevantes, designadamente, quanto ao princípio da *igualdade de armas*. Cabe determinar se, e de que forma, os princípios fundamentais da Constituição Penal, bem como as normas estabelecidas – e dadas como constitucionalmente conformes -, se podem aplicar, sem alterações relevantes, a este tipo de prova.

Numa recentíssima decisão do TEDH⁶, cuidou-se, precisamente, entre outras matérias, de avaliar da conformidade com a CEDH da negação, a um arguido em processo criminal (num caso de criminalidade financeira de alta complexidade), de acesso à totalidade dos dados recolhidos no âmbito da investigação (cerca de 20 milhões de emails), e da possibilidade de utilização do mesmo software avançado/ com tecnologia de *data mining*, para filtragem da informação, utilizado pelo Acusação para definir o conjunto de documentos relevantes apresentados em julgamento. Na sua declaração de voto, parcialmente discordante, e na qual coloca um conjunto de questões altamente pertinentes, o Juiz Pavli afirma que, para assegurar a salvaguarda mínima dos princípios fundamentais do processo *justo*, decorrentes da jurisprudência daquele Tribunal, em particular o princípio da igualdade de armas, seria necessário dar à defesa o acesso mais amplo possível a todos os materiais utilizados na investigação, incluindo a possibilidade de realizar as suas próprias pesquisas com recurso a tecnologia comparável à da acusação, o que exige garantias legais e estruturais/institucionais por parte dos Estados.

Finalmente, outro campo de disputa, no que respeita ao processo penal, é o recurso à Internet das coisas, designadamente à informação transmitida por objectos físicos conectados à Internet – pode a informação recolhida por um *pacemaker* quanto às alterações sofridas pelo ritmo cardíaco de uma pessoa ser prova admissível, no quadro de um processo justo? Aliás, os limites à mobilização deste tipo de informações ultrapassa amplamente o processo penal, tendo relevo em distintos âmbitos (além do processo penal, mencionado, contratos em matérias cíveis, como consumo e seguros, relações com o Estado, etc.).

. Quanto aos direitos fundamentais (autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, protecção de dados e informação, identidade genética)

Em matéria de direitos fundamentais, os novos problemas jusconstitucionais são também complexos e variados. Escolhemos apenas dois exemplos, por terem sido já tratados na jurisprudência constitucional portuguesa.

⁶ Acórdão do TEDH *Sigurður Einarsson and others v. Iceland*, 4 de Junho de 2019, https://hudoc.echr.coe.int/eng#_ftn2.

O primeiro é o do estatuto jusfundamental das comunicações M2M (*machine to machine*) - devem estas ser objecto de protecção constitucional idêntica à da comunicação entre pessoas?. No recente **Acórdão n.º 464/19**, relativo a normas que regulamentavam o procedimento especial de acesso a dados de telecomunicações e Internet pelos oficiais do Serviço de Informações, o Tribunal Constitucional português adoptou, na apreciação da constitucionalidade levada a cabo, uma subdivisão entre duas grandes categorias: (i) os dados associados a um *ato de comunicação* (consumado ou tentado) entre duas pessoas e que são os dados de telecomunicações e os dados de tráfego de internet ligados às circunstâncias da comunicação interpessoal; (ii) e os dados que não estão associados a uma comunicação efectiva ou tentada entre dois sujeitos, mas que se traduzem nos dados de identificação do sujeito (nome, morada, número de telemóvel), nos dados de localização do equipamento, quando não dêem suporte a uma concreta comunicação, e nos dados de tráfego que apenas envolvem comunicação entre um sujeito e uma máquina, como por exemplo, a consulta de sítios na internet.

Esta distinção fundamental esteve na origem de juízos de (in)constitucionalidade parcialmente distintos, uma vez que o parâmetro constitucional é diferente no que respeita aos dados relativos a *comunicações entre pessoas*, que estão abrangidos pela área de tutela da inviolabilidade das telecomunicações, existindo uma autorização constitucional especial para a ingerência das autoridades públicas nesse domínio circunscrita apenas a matéria de investigação criminal; e aos dados que não envolvam comunicações interpessoais, que são considerados “dados pessoais” protegidos pelo artigo 35.º da CRP (sobre utilização da informática), que admite restrições em domínios que podem extravasar o âmbito da investigação criminal.

Além das comunicações, o processamento de informação genética é também matéria fértil em conflitos constitucionais. Desde logo, por exemplo, quanto à possibilidade de recurso a websites de genealogia, em particular os que recolhem, analisam e armazenam ADN com autorização directa do consumidor, para obter provas relevantes em processo (penal ou civil). Mais de um milhão de pessoas forneceu o seu ADN a uma das empresas especializadas, o que permite encontrar parentes em segundo ou terceiro grau com relativa facilidade. Isto põe, por isso, em causa, os direitos à privacidade, à autodeterminação e à protecção de dados (será útil considerar uma nova dimensão destes direitos em termos de direito à privacidade genética, além da já constitucionalmente consagrada *identidade genética*? Em que medida poderia operar, aqui, a eficácia horizontal, em relação a outros particulares, deste direito fundamental?).

A utilização deste tipo de dados para identificação de suspeitos em sede de processo criminal, bem como a possibilidade ou necessidade da sua mobilização em matérias cíveis coloca um conjunto assinalável de novas questões. O TC português tem vindo a conduzir uma reflexão significativa sobre alguns destes problemas, designadamente no Acórdão n.º **225/18**, já apresentado pelo Sr. Conselheiro Pedro Machete, na parte relativa à gestão de substituição. Nesse aresto, colocava-se igualmente o problema e determinar o âmbito do direito ao conhecimento das origens genéticas, quando a pessoa tenha sido gerada com recurso a técnicas de PMA – ou seja, do direito daqueles que nascem em consequência de processos de PMA com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a identidade do ou dos dadores.

As normas questionadas previam uma regra de confidencialidade, só superável por “por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”. O Tribunal, invertendo jurisprudência anterior, constante do Acórdão n.º 101/2009, concluiu que “*de um tempo em que o segredo sobre as origens se considerava justificado e até desejável, passou-se a um quadro concetual que promove a transparência nas relações humanas, incluindo as relações familiares. Por toda a Europa se assiste a um progressivo reconhecimento, em termos amplos, do direito a aceder aos dados sobre a própria origem, incluindo a identidade dos dadores, como decorrência*

necessária da proteção constitucional conferida ao direito à identidade e à historicidade pessoal”. Nesta medida, decidiu que, à luz das concepções correntes acerca da importância do conhecimento das próprias origens, enquanto elemento fundamental da construção da identidade, a opção seguida pelo legislador, de estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dados, merece censura constitucional. Efectivamente, mal se compreende, hoje, que o regime regra permaneça o do anonimato, que constitui uma afectação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, constitucionalmente consagrados, quando tal solução se afigura *desnecessária*, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos, que sempre poderão ser tutelados de maneira adequada, através de um regime jurídico que consagre a regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dados e da gestante de substituição apenas – e só – quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente.

. Direito a um ambiente ecologicamente equilibrado e dever de o defender

Por último, gostaria de deixar uma breve nota acerca daquele que me parece que será um dos principais campos de conflitos jusconstitucionais nas próximas décadas – o da emergência climática. Esta constitui, hoje, uma das principais preocupações dos cidadãos europeus (veja-se o último Eurobarómetro) e nela confluem novos e velhos direitos fundamentais (liberdade de empresa, livre prestação de serviços, direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, etc.); problemas gerados pelo progresso técnico e novas tecnologias; novos e velhos princípios constitucionais (proporcionalidade, protecção da confiança, protecção das gerações futuras); e, finalmente, os grandes problemas de direito constitucional – e da justiça constitucional em particular (liberdade de actuação do legislador, separação de poderes, responsabilidade do Estado, deveres de protecção estadual). Mais do que qualquer outra, creio que esta matéria nos forçará a reflexões do teor das feitas na obra citada no início da intervenção, e a uma compreensão actualizada de várias destas grandes questões.

O futuro já começou e, significativa e simbolicamente, começou no plano da UE: veja-se o *People’s Climate Case*, o recurso interposto junto do TJUE, ao abrigo dos artigos 263.º, 268.º e 340.º do TFUE, com vista à anulação de dois regulamentos e uma directiva relativos às emissões de gases que causam efeito de estufa - *Armando Carvalho and others v. European Parliament and Council of the European Union*.

Tendo como primeiros recorrentes cidadãos portugueses, que se dedicam à agricultura, e secundado por cidadãos (quer menores, quer maiores de idade) e organizações de vários Estados Membros, o caso funda-se na responsabilidade da União por limitar e reduzir significativamente a emissão de gases com efeito de estufa; o quadro normativo definido pelos diplomas em causa é, afirmam os recorrentes, violador de obrigações legais e deveres de protecção estabelecidos em normas parametricamente superiores, incluindo a CDFUE e o Acordo de Paris de 2015, e constituem sérias restrições aos direitos fundamentais à integridade física, liberdade de escolha de profissão, propriedade, igualdade e não discriminação e protecção da infância.

O Tribunal Geral entendeu, em Maio último, que os recorrentes careciam de *locus standi*, e está pendente um recurso junto do TJUE. Independentemente do sucesso ou insucesso do mesmo, a porta está aberta: este tipo de conflitos constitucionais é um dos principais desafios para a jurisprudência constitucional do século XXI.

