



Co-funded by
the European Union

JEAN MONNET MODULE

EUROPEAN UNION'S POLITICAL STATEMENT ON HUMAN RIGHTS IN THE AGE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

I VOLUME

ISBN - 978-989-643-197-6

Coordenadores / koordynatorzy / Coordinadores / Coordinators

Professores: Ana Campina – Carlos Rodrigues - Arkadiusz Modrzejewski - Pedro T. Nevado



UNIVERSIDADE
FERNANDO
PESSOA



Uniwersytet
Gdański



VNiVERSiDAD
D SALAMANCA

JEAN MONNET MODULE

“EUROPEAN UNION'S POLITICAL STATEMENT ON HUMAN RIGHTS IN
THE AGE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE”

I VOLUME

May 5-12, 2025 – Fernando Pessoa University / I3ID/CEPESE Porto, Portugal

Portuguese, English, Polski e Spanish

2

SITE/LINK - <https://jeanmonnetmodule.ufp.edu.pt/>

E-BOOK

ISBN: 978-989-643-197-6

Coordenadores / koordynatorzy / Coordinadores / Coordinators

Professores: Ana Campina – Carlos Rodrigues - Arkadiusz Modrzejewski - Pedro T. Nevado

All rights of this E-Book belong to
Fernando Pessoa University – Porto - Portugal.
Authors are responsible both ethically and juristically.

Como citar / Jak cytować / Cómo citar / How to cite

Autor(es) do artigo (2025). *Indicar o título do artigo, in E-BOOK, JEAN MONNET MODULE - “EUROPEAN UNION'S POLITICAL STATEMENT ON HUMAN RIGHTS IN THE AGE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE” - I VOLUME (pp. -).* Fernando Pessoa University - Porto, Portugal.



Co-funded by
the European Union

INDICE / INDEKS / ÍNDICE / CONTENTS

	Pág.
PREFÁCIO / PRZEDMOWA / PREFACIO / PREFACE	4
Artigos científicos / artykuły naukowe / Artículos científicos /Scientific articles	5
Artificial Intelligence, Human Rights, and ethical considerations in the military: challenges and pathways for responsible development and integration Luís Borges Gouveia	6
Análise Crítica da Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nas Matérias Conexas da Objeção de Consciência e da Proibição de Doutrinação João Pacheco de Amorim	16
A Integração Europeia e a Soberania Nacional perante o advento da Inteligência Artificial: Uma perspetiva liberal das Relações Internacionais sobre as consequências da implementação do AI Act sobre a soberania de Portugal António Tavares & João Tavares	78
El Nuevo Estado de Derecho Digital: Derechoss y Garantías Frente a los Ciudadanos María Cruz Díaz Díaz	96
A Regulação da Inteligência Artificial (IA) na União Europeia (UE) e a Justiça José Joaquim Fernandes Oliveira Martins	136
Agradecimento / Appreciation	155
SHORT BIO / CV	156

PREFÁCIO / PRZEDMOWA / PREFACIO / PREFACE
AO
“I VOLUME”

O Módulo Jean Monnet, intitulado “European Union's political statement on Human Rights in the age of Artificial Intelligence”, “Co-funded by the European Union”, coordenado pelos Professores, Ana Campina e Carlos Rodrigues, da Universidade Fernando Pessoa, Porto, Portugal, Arkadiusz Modrzejewski, da Universidade de Gdansk, Polónia, e Pedro T. Nevado, da Universidade de Salamanca, Espanha, tem como escopo a análise do impacto da Inteligência Artificial - IA nos Direitos Humanos, reconhecendo tanto o seu potencial transformador quanto os riscos de violação desses direitos.

Este programa tem como escopo analisar, promover e educar para a proteção dos Direitos Fundamentais face à Revolução Digital, destacando as oportunidades e os desafios que a IA apresenta para toda a sociedade. Este programa de investigação promove a investigação científica, o debate académico e educação da sociedade, tendo como fim mediato a capacitação dos cidadãos, dos decisores políticos e dos profissionais para a tomada de decisões informadas sobre o desenvolvimento e a utilização da IA.

O módulo defende um desenvolvimento ético da IA, pautado pela transparência, respeito pela privacidade, liberdade de expressão, não discriminação e proteção de dados, particularmente em setores críticos como a justiça, a saúde e o emprego.

Realça, ainda, a importância para a implementação de medidas anti-discriminatórias e do absoluto controlo humano nos processos decisórios, incentivando a colaboração internacional e o acesso equitativo às tecnologias de IA.

Finalmente, propõe uma monitorização contínua do impacto da IA nos Direitos Humanos, adaptando os regulamentos da União Europeia e dos Estados Membros, às necessidades e prioridades europeias, com vista, em última análise, para que sejam implementadas e cumpridas as garantias legais de que a inovação tecnológica respeita e fortalece os Valores Fundamentais em que se estrutura a União Europeia e, consequentemente, dos Estados Membros.

Este “I VOLUME” dá à estampa 5 (cinco) “artigos científicos” que resultaram dos trabalhos desenvolvidos na primeira edição do Módulo Jean Monnet que decorreu entre os dias 5 a 12 de maio de 2025, na Universidade Fernando Pessoa, Porto, Portugal.

OS COORDENADORES
Ana Campina
Carlos Rodrigues
Arkadiusz Modrzejewski
Pedro T Nevado

Artigos científicos / artykuły naukowe / Artículos científicos /Scientific articles

Artificial Intelligence, Human Rights, and ethical considerations in the military: challenges and pathways for responsible development and integration

Luis Borges Gouveia

University Fernando Pessoa, Computer Science, Porto, Portugal

lmbg@ufp.edu.pt

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2079-3234>

6

Abstract

The integration of Artificial Intelligence (AI) into modern military operations represents a transformative development, offering enhanced capabilities such as increased efficiency and precision in defense strategies. However, this integration also raises significant ethical and legal concerns, including critical challenges related to human rights. Key ethical and human rights issues include the need for accountability for AI-driven actions, the potential for discrimination and bias in decision-making, privacy violations through mass surveillance, and the risk of losing human control over autonomous weapons systems. Addressing these challenges requires a structured, rights-based methodology. This article explores the intersection of human rights and AI, focusing on the crucial themes of inclusion, alignment (with human values and ethics), and talent, which form essential pillars for the responsible integration of AI in defense. By prioritizing human rights, promoting inclusion, ensuring alignment with ethical standards, and cultivating talent, it is possible to leverage AI's potential to enhance security while upholding the values that underpin our societies. The article draws on international perspectives and frameworks for responsible AI development, discussing risks such as algorithmic bias and the importance of transparency and human oversight in AI systems, particularly in high-stakes environments like modern warfare.

Keywords: artificial intelligence, human rights, ethics, military operations, responsibility.

Introduction

Artificial Intelligence (AI) has become increasingly common in various aspects of human life over recent years (Gouveia, 2025). AI as a technology, is the most prominent represent of a set of digital technologies that are leading are called digital

transformation (Gouveia, 2017). While the concept itself has been developing for many years, its current prominence reflects its potential to solve different societal, economic, military, medical, and commercial needs (Palacio, 2021). Like other transformative technologies such as telecommunications and electricity, AI has the power to substantially change society (Palacio, 2021). Discussions about AI's importance are already on the agenda of major world leaders, with some highlighting its potential impact on global power dynamics (Palacio, 2021).

The integration of AI into military operations is seen by some as a major revolution in military history, following gunpowder and nuclear weapons (Costa & Lemos, 2021; Grapix, 2025). It is seen as a prevalent element of what is being called the so called “4th industrial revolution” (Costa & Lemos, 2021; Grapix, 2025). AI in warfare is not merely a technological evolution; it carries profound implications for human rights, affecting life, privacy, justice, and accountability (Costa & Lemos, 2021; Grafix, 2025). The rapid pace of AI development and the high stakes involved necessitate urgent and structured international attention⁶. However, the development and use of AI by militaries raise problems similar to those in other domains, and there is a relative consensus that, in themselves, these developments are not inherently illegal (Costa & Lemos, 2021; Magalhães, 2023; Gouveia, 2025). The situation is somewhat different concerning Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS), which elicit vigorous debate (Costa & Lemos, 2021; Gouveia, 2025).

This article aims to explore the intersection of AI and human rights within the military context, drawing upon the idea that man power is a central issue (Gouveia, 2025). It will discuss the ethical challenges posed by AI, frameworks for responsible AI development and deployment, the specific implications of AI in modern warfare, particularly concerning LAWS, and propose pathways for responsible integration grounded in key ethical pillars.

AI in Society and its ethical landscape

AI has immense potential to catalyze positive changes, particularly in areas like diversity and inclusion (Sato, 2024; Gouveia, 2025). By reducing or even eliminating biases, promoting accessibility and personalization, and helping to identify and address social disparities, AI can be a crucial tool for building a more just and equitable future (Sato, 2024).

However, AI systems are conceived and developed by people (AMA, 2022). The ethical issues associated with AI systems are intrinsically linked to all involved in their design and use, from algorithm developers and decision-makers to governments (AMA, 2022). It is important to consider what remains under human control and the degree of autonomy of these solutions (AMA, 2022).

The increasing applicability of AI to different areas of society necessitates a more general, predictable, and transparent approach that allows for understanding its complexity and clearly prioritizes its potential to create value, as well as the role and protection of the individual and common goods (AMA, 2022; Gouveia, 2025). Awareness of the inherent risks associated with AI implementation is critical (AMA, 2022). Responsible and ethical application must be part of the AI implementation strategy, including the creation of consolidated governance structures like public policies, regulations, and a code of ethics (AMA, 2022).

Key ethical and human rights risks

A significant risk associated with AI systems is the presence of algorithmic biases (Ávila & Aline, 2022). These biases can arise because even ostensibly impartial mathematical tools carry the subjectivity of their creators. We must stress that they are directly affected by the quality of the training data provided (Gouveia, 2025; Ávila & Aline, 2022). If the data collected from society, which is full of discrimination, inequality, and exclusion, is fed into AI systems, the machine learning process can confirm discriminatory patterns. An accurate classification system will reproduce these biases, presenting prejudiced decisions as the result of a supposedly “objective algorithm” (Ávila & Aline, 2022). An example is the COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) system in the US, used to assess the risk of recidivism, which a study found tended to misclassify Black defendants as more likely to reoffend and White defendants as having a low risk (Ávila & Aline, 2022).

Also, we assist to an awareness of human rights concern in military AI (Bhatt, 2025). Lack of transparency is another critical issue. Sometimes the “blind spots” or simplifications in AI models do not matter, like in navigation apps (Ávila & Aline, 2022). However, they can be problematic when systems are used in high-stakes contexts, potentially misinterpreting individuals based on simplified models (Ávila & Aline, 2022). The results obtained from AI systems can be indisputable for those unfamiliar with the algorithm and its functioning, including legal professionals (Ávila & Aline, 2022). Public

agencies, especially in areas like criminal justice, health, education, and social welfare, should not use incomprehensible (“black box”) AI systems¹⁸. Using such systems raises serious concerns regarding due process and accountability (Ávila & Aline, 2022). A high degree of algorithmic transparency is fundamental to allow those affected to understand the system's results (Ávila & Aline, 2022).

AI development carries risks for human rights from social, ethical, and legal perspectives, affecting both individuals and collectives (Gorzoni, 2019). AI systems can impact fundamental rights such as privacy, dignity, consumer protection, and non-discrimination (Gorzoni, 2019). They can also affect rights like equality, freedom, security, and the right to a proper standard of living, depending on their application (AMA, 2022). Mechanisms for rigorous monitoring, auditing, protection, and security are essential to counteract potentially harmful effects (AMA, 2022).

Frameworks for responsible AI

To ensure AI development benefits society inclusively, identifying, understanding, and mitigating existing risks is necessary (Gorzoni, 2019). This requires a multi-sectoral approach involving public authorities (legislative, executive, and judiciary), the private sector, academia, and civil society (Gorzoni, 2019; Gouveia, 2025). Responsible AI must be built on solid governance and leadership foundations (AMA, 2022). A robust legal structure alone is insufficient; it must be accompanied by a code of ethics (AMA, 2022). This code projects values, principles, and guidelines that keep pace with technological developments and associated social and political elements (AMA, 2022). Ethical principles for AI are in line with ethical principles for any data initiative, emphasizing respect for humanity, human rights, participation, and responsibility (AMA, 2022).

Values and principles should be respected by all actors throughout the AI system lifecycle, promoted through continuous evaluation of laws, regulations, and international guidelines, particularly concerning human rights, and aligned with sustainability goals (AMA, 2022). Basic values and principles for responsible and transparent AI include respecting and improving social and civic processes and objecting to technologies antagonistic to societal values (AMA, 2022). The benefits of AI should prioritize humanity first, then the state, and finally the organization (AMA, 2022).

The European Commission, for example, has established initiatives for AI focusing on increasing technological capacity, acceptance across the economy, preparing

for socio-economic changes, and ensuring appropriate ethical and legal guidelines based on EU values and the Charter of Fundamental Rights (Gorzoni, 2019). Guidelines emphasize a human-centric approach (Gorzoni, 2019) and list ethical principles such as beneficence, non-maleficence, autonomy, justice, and explicability (Gorzoni, 2019). An assessment list helps operationalize these requirements (Gorzoni, 2019).

The quality of data is fundamental factor for successful AI application (AMA, 2022; Gouveia, 2025). Open data policies and efforts to increase the accessibility, use, and reuse of public sector data are crucial for transparency and creating value for society (AMA, 2022). Data ethics is underpinned by existing human rights laws and regulations, along with principles like serving the public interest and clarity of purpose (Ávila & Aline, 2022; AMA, 2022). Mechanisms for data sharing between sectors can improve algorithm quality and reduce/eliminate biases (AMA, 2022; Boulanin & Brockmann, 2024).

AI in the military context: applications and specific challenges

AI is being explored and implemented in military contexts globally (Palacio, 2021; Gouveia, 2025). Also in the context of modern warfare, AI is an unavoidable strategic asset to have and develop (CYIS, 2023). Applications include collecting and comparing information in judicial cases for lawyers (using NLP and ML), providing automated conversational interfaces for administrative tasks, and strengthening security (AMA, 2022). In the military, AI can support intelligence gathering, processing vast amounts of data quickly and reducing risks and human bias in analysis (Palacio, 2021). Facial recognition is one such application (Palacio, 2021). AI can also be used to create information and content, for example, to support campaigns in response to hybrid threats involving disinformation (Palacio, 2021).

The debate over AI's effects on warfare is extensive (Lemos & Costa, 2021; Gouveia, 2025). While AI development and use in general military contexts are seen as not inherently illegal, *Lethal Autonomous Weapons Systems* (LAWS) – still a highly debated theme (Carnegie Endowment for International Peace, 2024)) and a specific area of intense controversy (Lemos & Costa, 2021). Defined as weapon systems without meaningful human control over the critical functions of selecting and attacking individual targets, as defined on a European Parliament resolution (PE, 2018), LAWS have faced vigorous calls for prohibition (Lemos & Costa, 2021). Organizations like Human Rights Watch, in collaboration with the International Human Rights Clinic at Harvard Law

School, have advocated for the proscription of LAWS (Lemos & Costa, 2021). The European Parliament has also called for negotiations on a legally binding instrument to prohibit LAWS and stressed the importance of preventing systems that lack human control over critical functions (PE, 2018).

However, some argue that if LAWS can be programmed to operate with high precision, considering the inevitable fallibility of human action in combat, international humanitarian law (the law of war) might even support their use based on the promise of drastically reducing civilian fatalities and other calamities (Lemos & Costa, 2021; Gouveia, 2025). The debate thus often centers on the technical feasibility of developing weapons with such capabilities rather than purely on whether they should be proscribed if capable. Nevertheless, concerns remain about the risks associated with LAWS (PE, 2018; Lemos & Costa, 2021; Gouveia, 2025), including the potential for loss of control (Gouveia, 2025). AI algorithms are noted to be inherently flawed, with high error rates even in applications requiring precision, accuracy, and safety, as the case for Gaza selection of targets (Brumfiel, 2023). They are most effective in predictable environments, unlike the complex distinction between combatant and non-combatant, which is often difficult even for humans (Brumfiel, 2023).

Pathways for responsible military AI

Addressing the challenges of integrating AI into defense requires a structured, rights-based methodology (Darwish et al., 2024). Three essential pillars provide a constructive path forward: Inclusion, Alignment, and Talent (Gouveia, 2025). These pillars are interconnected; diverse talent (Inclusion) is needed for genuine ethical alignment, and alignment requires specific skills and understanding (Talent) to be effectively implemented (Gouveia, 2025). The proposed pillars as defended by Gouveia (2025), are:

- **Inclusion** means ensuring diverse representation (backgrounds, experience, perspective) throughout the AI lifecycle, from research and data collection to development, testing, and oversight. Diverse voices are crucial for mitigating biases in AI systems (Gouveia, 2025).
- **Alignment** refers to the need to align AI systems with human values and ethical standards (Gouveia, 2025). This involves developing robust accountability mechanisms and implementing international regulations. A crucial concept for alignment is Meaningful Human Control – MHC (Gouveia, 2025). MHC ensures humans retain necessary control over AI systems, especially those with potentially

irreversible or high-impact consequences (like lethal force), to guarantee compliance with legal and ethical obligations (Gouveia, 2025). It involves informed human agency within the system's operation.

- **Talent** addresses the need for skilled professionals who can navigate the complexities of AI and human rights in modern warfare (Gouveia, 2025). This requires interdisciplinary understanding beyond technical AI proficiency, spanning technology, ethics, law, and the operational environment (Gouveia, 2025). Cultivating a pool of qualified professionals (military, political, technical, legal, and ethical) with interdisciplinary knowledge is crucial (Gouveia, 2025). For AI developers, this means understanding human rights law and ethics; for military personnel, it means AI literacy, critical assessment of AI outputs, human-machine teaming skills, and ethical decision-making; and for policymakers and legal advisors, it means technical literacy, applying human rights law to new tech, policy analysis, and regulatory design (Gouveia, 2025). Effective talent development involves creating opportunities for these groups to learn from each other (Gouveia, 2025).

Responsible integration demands a holistic and adaptive approach that addresses Inclusion, Alignment, and Talent simultaneously and in coordination (Gouveia, 2025). This requires continuous monitoring and evaluation of deployed AI systems, regular policy and training updates, iterative improvement of alignment mechanisms, and fostering a culture of critical reflection (Darwish et al., 2024; Gouveia, 2025). Efforts in countries like Portugal include developing national AI strategies integrated into broader government plans and initiatives aimed at promoting responsible AI in public administration, serving as a reference for the private sector (AMA, 2022). Such strategies aim to ensure trustworthy, safe, secure, transparent, responsible, and traceable AI systems (AMA, 2022).

Final remarks

The integration of AI into military capabilities presents a dual reality: offering significant potential for increased efficiency and precision, while simultaneously introducing complex ethical, legal, and human rights challenges (Gouveia, 2025). Navigating this intersection requires a deliberate and structured approach (Costa & Lemos, 2021).

Addressing risks such as algorithmic bias, lack of transparency, and accountability issues is critical (Ávila & Aline, 2022). There is a strong need to the implementation of robust ethical frameworks, clear governance structures, and a strong emphasis on data quality and ethics (AMA, 2022). The principle of Meaningful Human Control is particularly vital in high-stakes military applications, especially concerning autonomous weapon systems (AMA, 2022).

Furthermore, fostering a culture of responsible AI development and deployment requires a concerted effort across multiple sectors – government, military, private industry, academia, and civil society – working collaboratively; an issue defended by many (Gorzoni, 2019; Palacio, 2021; AMA, 2022). The interconnected pillars of Inclusion, Alignment, and Talent provide a foundational framework for achieving this responsible integration (Gouveia, 2025). Ensuring diverse perspectives in development, aligning AI systems with fundamental human values and ethical standards, and cultivating interdisciplinary expertise among all stakeholders are crucial steps (Gouveia, 2025).

Ultimately, the goal must be to ensure that AI technology serves humanity's highest values (Gouveia, 2025), upholding human rights and dignity even in the challenging context of modern warfare. The question of what does it mean to align AI with human values is a critical one (Whitten, 2024). Continued international dialogue, regulatory development, and a commitment to transparency and accountability are essential to harness the benefits of AI while mitigating its significant risks.

REFERENCES

- AMA. (2022). *Guia para a inteligência artificial: Guia para uma inteligência artificial ética, transparente e responsável na administração pública* (Versão 1.1). Agência para a Modernização Administrativa – AMA, julho. https://www.ama.gov.pt/documents/20126/1134194/Guia+para+a+Intelig%C3%Aancia+Artificial_compressed.pdf/e134a7bc-71d9-ddfd-ef74-8ddd0e7d422
- Ávila, G., & Aline, T. (2022). Os vieses algorítmicos na função decisória dos sistemas de inteligência artificial. *Revista da AJURIS*, 49(152), 181–210.
- Bhatt, G. (2025). Recognising human rights concerns in military AI, stabilizing the authority and legal ethics. *JSS Journal for Legal Studies and Research*, XI(1), 20–39. https://jsslawcollege.in/wp-content/uploads/2025/02/02.-Recognising-Human-Rights-Concerns-in-Military-AI-Stabilizing-the-Authority-and-Legal-Ethics-1_compressed.pdf
- Boulanin, V., & Brockmann, K. (2024). Bias in military artificial intelligence. *SIPRI*. January, 22. <https://www.sipri.org/commentary/blog/2024/bias-military-artificial-intelligence>
- Brumfiel, G. (2023, 14 de dezembro). Israel is using an AI system to find targets in Gaza. Experts say it's just the start. *NPR*. <https://www.npr.org/2023/12/14/1219236278/israel-gaza-ai-target-idf-palestinian>
- Carnegie Endowment for International Peace. (2024). *Understanding the global debate on lethal autonomous weapons systems: An Indian perspective*. Carnegie Endowment for International Peace. <https://carnegieendowment.org/2024/01/18/understanding-global-debate-on-lethal-autonomous-weapons-systems-indian-perspective-pub-91435>
- Costa, M. J., & Lemos, M. (2021). Inteligência artificial e direito da guerra: Reflexões sobre as armas autónomas mortíferas. *Julgar*, (45), 263–284. <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2021/12/20211210-N.o-45-COMPLETO-REVISTA-JULGAR-ONLINE-DOSSIER-TEMATICO-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf#page=263>
- CYIS. (2023). *The integration of AI in modern warfare: Ethical, legal, and practical implications*. Centre for Youth and International Studies – CYIS, December, 1. <https://cyis.org/cpr/the-integration-of-ai-in-modern-warfare-ethical-legal-and-practical-implications/>
- Darwish, S., Bragaw-Butler, A., Marcelli, P., & Gassner, K. (2024). Diversity, Equity, and Inclusion, and the Deployment of Artificial Intelligence Within the Department of Defense. *Proceedings of the AAI Symposium Series*, 3(1), 348-353. <https://doi.org/10.1609/aaais.v3i1.31233>
- European Parliament. (2018). *Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de setembro de 2018, sobre sistemas de armamento autónomos (2018/2752(RSP))*. (P8_TA(2018)0341). Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52018IP0341>
- Gorzoni, P. (2019). *Inteligência artificial: Riscos para direitos humanos e possíveis ações*. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio). <https://itsrio.org/wp->

<content/uploads/2019/05/Intelig%C3%A7%C3%A3o-Artificial-riscos-para-direitos-humanos-e-poss%C3%AAdveis-a%C3%A7%C3%B5es.pdf>

Gouveia, L. B. (2017). Transformação Digital: Desafios e implicações na perspectiva da informação. In F. Moreira, M. Oliveira, R. Gonçalves, & C. Costa (Eds.), *Transformação digital: Oportunidades e ameaças para uma competitividade mais inteligente* (1ª ed., pp. 5-28). Silabas e Desafios.

Gouveia, L. B. (2025). *Human rights and artificial intelligence: Inclusion, alignment, and talent in modern warfare*. Apresentação no âmbito do Módulo Jean Monnet. Universidade Fernando Pessoa, Porto, Portugal. Maio.

GrapiX. (2025). *Accountability in AI military actions* –GrapiX. GrapiX. <https://uppcsmagazine.com/artificial-intelligence-in-modern-warfare/>

Magalhães, H. (2023). Inteligência artificial no campo de batalha: A disputa EUA-China e os desafios éticos. *Revista Relações Exteriores*. October, 9. <https://revistarelacoesexteriores.com.br/inteligencia-artificial-no-campo-de-batalha-a-disputa-eua-china-e-os-desafios-eticos/>

Palacio, A. (2021). Inteligência artificial no contexto militar internacional e suas aplicações potenciais no exército colombiano. *Dialogo Americas*. 23 de julho. <https://dialogo-americas.com/pt-pt/articles/inteligencia-artificial-no-contexto-militar-internacional-e-suas-aplicacoes-potenciais-no-exercito-colombiano/>

Sato, L. (2024). *A inteligência artificial como ferramenta pró-diversidade & inclusão*. TozziniFreire Advogados, 29 de agosto. <https://www.tozzinifreire.com.br/conhecimento/artigos-e-publicacoes/a-inteligencia-artificial-como-ferramenta-pro-diversidade-inclusao/>

Whitten, A. (2024). What does it mean to align AI with human values? *Quanta Magazine*. January, 23. <https://www.quantamagazine.org/what-does-it-mean-to-align-ai-with-human-values-20240123/>

ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM NAS MATÉRIAS CONEXAS DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E DA PROIBIÇÃO DE DOUTRINAMENTO

João Pacheco de Amorim

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal
Advogado

16

ABSTRACT

This paper offers a critical analysis of the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) concerning the right to conscientious objection and the prohibition of indoctrination within educational settings. It focuses on the implications of key ECtHR rulings—especially *Kjeldsen v. Denmark* and *Folgero v. Norway*—on national legal systems, with particular attention to the Portuguese and Spanish contexts. The study criticizes the inconsistent application of legal standards by the ECtHR, especially its unequal treatment of objections based on secular versus religious or traditional moral convictions. Drawing on the decisions of the Portuguese Supreme Administrative Court (STA) and the Spanish Supreme Court (STE), the paper argues that the ECtHR often prioritizes state-defined public interests over individual parental rights, thereby undermining the principle of educational neutrality. The work emphasizes the need to reassess the balance between the duty of states to provide education and the fundamental right of parents to ensure instruction in line with their philosophical or religious beliefs. Ultimately, it defends the existence of a general right to conscientious objection and calls for more coherent and rights-oriented judicial reasoning in this sensitive domain.

§ 1 – A INFLUÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS NA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA PORTUGUESA (STA) E ESPANHOLA (STE)

1.1 – Razão de ordem

1. Com a exceção de um conjunto de acórdãos da década de noventa do século passado sobre o tema muito específico da objeção de consciência legalmente regulada relativa ao (há muito) extinto Serviço Militar Obrigatório, inexistente entre nós mais jurisprudência sobre os temas conexos da objeção de consciência e da proibição de

doutrinação que recai sobre as autoridades educativas de Portugal e dos demais Estados membros do Conselho da Europa – fora o Acórdão do STA de 04/11/2021 (proc.º n.º1001/20.8BEBRG), relatado pela Conselheira Maria do Céu Neves, e a que passamos a dedicar a nossa atenção.

Neste acórdão virou-se e bem (metodologicamente) o STA, face à quase absoluta carência de precedentes, para a profusa jurisprudência sobre objeção de consciência (e a específica matéria da objeção relativa a conteúdos educativos obrigatórios) já existente na vizinha Espanha (mais precisamente da Sala de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Espanhol) e, sobretudo, para os muitos arestos também emanados sobre o mesmíssimo tema pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante TEDH).

Propomo-nos analisar aqui com a devida atenção uma e outra jurisprudência – sobretudo a do TEDH, tendo em conta a sujeição à jurisdição daquele tribunal internacional quer da Espanha, quer, e para o que mais diretamente os importa, de Portugal, como países membros que são, um e outro, do Conselho da Europa.

1.2 – O Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 04/11/2021

2. A adesão do STA, no seu acórdão de 04/11/2021 (P. 01001/20.8BEBRG), relatado pela Conselheira Maria do Céu Neves, à tese da inaplicabilidade direta do art.º 41.º/6 CRP, constituiu causa de (liminar) improcedência de uma providência cautelar em que os requerentes, um casal de Famalicão, invocavam o direito à objeção de consciência relativamente a conteúdos educativos como fundamento de recusa da frequência, por dois filhos seus, da disciplina (de frequência obrigatória) de «Cidadania e Desenvolvimento»¹.

Ora, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a jurisprudência do TEDH de aplicação deste tratado assume as vestes de um «bloco de juridicidade», com prevalência do entendimento do Tribunal, se mais garantístico, relativamente aos direitos fundamentais assegurados pelas Constituições dos Estados aderentes também consagrados na Convenção, tendo-se convertido a jurisprudência desta instância supranacional em “parâmetro de juridicidade incontornável na aplicação do direito interno”².

¹ Uma análise mais aprofundada quer deste Acórdão no respeitante à questão da aplicabilidade direta do n.º 6 do art.º 41.º CRP, quer do tema em geral, pode ser vista em AMORIM, JOÃO PACHECO DE (2024).

² CANOTILHO, J. J. GOMES (2003), p. 931.

Pois bem, constitui jurisprudência firme do TEDH, que os nossos tribunais deverão observar, o ser o direito à objeção de consciência uma componente indissociável da liberdade de pensamento, de consciência e religião, não fazendo mais sentido a discussão sobre a dependência ou não de um direito geral à objeção de consciência de uma lei que o preveja e regule em cada âmbito específico da vida comunitária. Com efeito, em temas tão dispersos como o cumprimento de serviço militar, o pagamento de impostos, a celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, a autorização de caça nas próprias terras, a colaboração na prática de abortos, a vacinação forçosa, a frequência obrigatória de disciplinas de Ética, Religião e Educação Sexual ou de aulas de ginástica, decidiu o TEDH, em mais de 80 sentenças, os pleitos que lhe foram submetidos.

Note-se que em nada obsteu a esta orientação jurisprudencial o facto de, em cada um desses âmbitos, inexistir uma lei nacional regulamentadora da objeção de consciência: nunca aquela instância internacional fez depender, pois, na sua jurisprudência, o exercício do direito de qualquer disposição legal ou constitucional interna dos Estados membros.

Não esteve, por isso, bem o STA nessa decisão, desde logo no respeitante a tal questão prévia³.

3. Neste processo que correu os seus termos nos tribunais administrativos portugueses, invocaram os objetores nas respetivas alegações que o Estado estava, ilegitimamente (com simultânea violação designadamente do n.º 1 do art.º 41.º CRP e dos n.ºs 2 e 3 do art.º 43.º CRP), a obrigar os seus filhos a frequentar uma disciplina cujos conteúdos (aliás bem discriminados) veiculavam diretrizes estaduais de cariz filosófico ou ideológico contrárias às suas convicções e crenças nos campos moral e religioso.

Mais explicaram os pais que as ditas diretrizes, contrariando a *obrigação de pluralismo* no ensino público, favoreciam um determinado modelo ou conceção do homem e da sua natureza profundamente *parcial e ideológico*, com repetido recurso a autores e teorias filiados *num único modelo de pensamento*, e sem qualquer referência aos outros modelos ou conceções que se lhes opõem no mesmo plano filosófico e antropológico e que apresentam igual vigor e autoridade. Não obstante, argumentou o STA que, para convencer as autoridades da bondade da sua pretensão, caberia aqui uma fundamentação reforçada e detalhada, devendo os pais expor e explicar as suas convicções e crenças morais e religiosas e circunstanciar melhor o como haviam sido

³ Idem, *ibidem*.

desrespeitadas as invocadas liberdades, ou seja, em que medida ou até que ponto o ensinamento segundo as ditas diretrizes da “educação para a saúde e sexualidade” e da “educação para a teoria de género” punha em causa as ditas convicções e crenças morais e religiosas.

Todavia, é excessiva e desproporcionada uma tal exigência probatória, uma vez demonstrada a natureza *parcial* e *ideológica* da mundovisão transmitida numa disciplina de educação moral e ética – com repetido recurso a autores e teorias filiados *num só modelo de pensamento*, e sem qualquer referência aos outros modelos –, e devidamente alegada a contrariedade desses conteúdos relativamente às convicções e crenças morais e religiosas dos objetores, por se reconduzirem estas a um modelo de pensamento oposto ao veiculado na escola, isto sem proporcionar um tal ensino aos alunos, pelo menos, o devido contraditório.

E é excessiva e desproporcional tal exigência porquanto a liberdade de consciência, no domínio das convicções e crenças de cada um, não deixa de estar ligada à reserva da vida privada e familiar – o que é, de resto, objeto de expressa garantia constitucional, dispondo o n.º 3 do art.º 41.º CRP que “[n]inguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder”.

Não pode por isso recair sobre os pais objetores, para estes merecerem e obterem a devida proteção do seu direito de assegurar uma educação dos seus filhos conforme às suas convicções filosóficas e religiosas, o ónus de divulgar e expor com detalhe perante terceiros essas mesmas convicções e crenças, bastando-lhes demonstrar o caráter de doutrinação dos conteúdos questionados e alegar a contrariedade dos mesmos relativamente às suas convicções e crenças.

É, de resto, firme nesse sentido a jurisprudência do TEDH: no caso *Folgero c. Noruega*, em que a lei norueguesa exigia aos pais, para fundamentarem o seu pedido de dispensa parcial dos filhos de frequência da disciplina de «Cristianismo, Religião e Filosofia», uma explanação de «motivos razoáveis», entendeu o Tribunal que “as informações relativas às crenças religiosas e filosóficas pessoais dizem respeito a alguns dos aspetos mais íntimos da vida privada”, podendo a exigência de os pais comunicarem “informações detalhadas à escola sobre as suas crenças religiosas e filosóficas” resultar “numa violação do art.º 8.º da Convenção, ou mesmo do art.º 9.º” (§ 93). Entendeu o TEDH existir por essa razão “o risco de os pais se sentirem forçados a revelar aspetos

íntimos das suas crenças religiosas e filosóficas aos estabelecimentos de ensino”, sendo para mais “difícil para os pais identificar as partes do curso que, segundo eles, correspondiam à prática de outra religião ou à adesão a outra filosofia de vida” – pelo que, havendo uma probabilidade séria de constituir essa fundamentação reforçada (mais) “uma fonte de conflito, os pais poderiam preferir evitar simplesmente abstendo-se de solicitar a dispensa” (§ 93)⁴.

4. Mas suscitou também o STA um esboço de discordância com os requerentes da providência relativamente à questão de fundo, convocando para o efeito jurisprudência administrativa estrangeira.

Mais precisamente, chamou este Alto Tribunal à colação a jurisprudência sobre casos análogos da Sala de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Espanhol, a que se passa a fazer uma breve referência.

§ 2 – OS ACÓRDÃOS DA SALA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL DE ESPANHA (STE) DE 11-02-2009 E DE 12-11-2012

2.1 – Entrada no tema

5. Vejamos agora os acórdãos da Sala de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal de Espanha (STE) de 11-02-2009 (proc.ºs n.ºs 905/2008, 948/2008, 949/2008 e 1013/2008), e de 12-11-2012 (proc.º n.º 7975/2012), proferidos uns e outro à luz do art.º 27.º/3 da Constituição espanhola, que consagra o direito dos pais a que os filhos recebam a formação religiosa e filosófica em conformidade com as suas convicções^{5/6}.

⁴ Sobre este específico fundamento do Acórdão *Folgero*, ver RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS (2019), pp. 2226 a 2231, e GRADE, CARLOS RATINHO (2023), pp. 39-40.

⁵ Sobre o acórdão, ver a síntese de GRADE, CARLOS RATINHO (2023), pp. 43-44.

⁶ A esta jurisprudência acresce a também menos feliz e assaz flutuante orientação do Tribunal Constitucional espanhol relativamente ao direito à objeção de consciência em geral.

Quanto à problemática em causa, e na síntese de ISIDORO MARTÍN SÁNCHEZ, já teve aquele tribunal a oportunidade de sustentar duas posições dificilmente conciliáveis (SÁNCHEZ, ISIDORO MARTÍN, 2009, p. 212).

Assim, e num primeiro momento, considerou a objeção de consciência como um direito reconhecido no ordenamento jurídico espanhol não apenas explicitamente no art.º 30.2 CE (que consagra a objeção no âmbito do serviço militar obrigatório), mas também, implicitamente, enquanto direito com carácter geral, na medida em que especifica as liberdades garantidas no art.º 16.1 CE (St. TCE 15/1982, de 23-04, FJ6), tendo a natureza de direito fundamental e sendo como tal passível de ser diretamente invocado, sem necessidade, portanto, de prévia mediação legislativa (St. TCE 53/1985, de 11/04, FJ14).

Contudo, modificou posteriormente o Tribunal este critério, sustentando daí em diante a posição oposta: sem prejuízo da consideração do direito em causa como um direito autónomo, “ainda que relacionado com as liberdades ideológica e religiosa”, passou o TCE a defender a sua inexistência no ordenamento espanhol enquanto direito de carácter geral, com a consequência lógica da inadmissibilidade de outras objeções que não as legalmente previstas na Constituição e na lei ordinária, negando-lhe ainda o

No entender do STE a obrigatoriedade da frequência da disciplina de «Educação para a Cidadania» (programaticamente idêntica à nossa «Cidadania e Desenvolvimento») não poderia ser interpretada como «doutrinação» (com lesão das liberdades filosófica e religiosa), por corresponder o ali ensinado ao legalmente positivado no ordenamento espanhol, visando tal amestramento da mentalidade das crianças na fase mais crítica de formação da sua consciência e da sua personalidade tão só objetivos de «tolerância e paz social», valores estes também tutelados pela Constituição, no «respeito» pela «neutralidade ideológica».

Note-se, entretanto, que sem prejuízo das críticas que não deixam de nos merecer os citados acórdãos da Sala de Contencioso Administrativo do STE mesmo face à Constituição espanhola⁷, e que serão desenvolvidas de seguida, não são comparáveis as duas leis fundamentais (a espanhola e a portuguesa), em sede quer da proibição de doutrinação que recai sobre o Estado, quer de proteção das liberdades de consciência e de religião e do direito à objeção de consciência, quer ainda da primazia conferida aos pais no seu direito-dever de educação dos filhos.

Com efeito, a Constituição portuguesa de 1976 não deixa no ar qualquer dúvida quanto ao carácter quase absoluto dessas proteções, convergindo nesse sentido as interpretações histórica, literal e sistemática do texto. Acresce, no direito português, e como já referido, o reforço trazido pela Lei da Liberdade Religiosa e pela Lei da Bases do Sistema Educativo.

2.2 – Análise crítica de Luís Prieto Sanchís da jurisprudência da Sala de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal espanhol

- a) *A «Educação para a Cidadania», enquanto veículo de transmissão de valores, como instrumento de doutrinação nas mãos do Estado, por não serem os valores transmitidos os consagrados na Constituição*

carácter fundamental, em razão da sua natureza excepcional (St. TCE 161/87, de 27-10, FJ3) – SÁNCHEZ, ISIDORO MARTÍN (2009), p. 212. Como bem nota o autor citado, esta última posição de princípio é incompatível com as posições assumidas concomitantemente pelo Tribunal nos casos da objeção ao serviço militar obrigatório e ao aborto, de poder o direito à objeção ser exercido diretamente sem a interposição do legislador (SÁNCHEZ, ISIDORO MARTÍN, 2009, p. 212).

⁷ Note-se que a doutrina fixada neste arestos foi tudo menos pacífica: vejam-se, nas várias sentenças, as declarações de voto de vencido juntas pelos Magistrados (i) Don MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, (ii) Don JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, (iii) Don JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ (a que aderiram os Magistrados Don JOSÉ DÍAZ DELGADO e Dona CELSA PICO LORENZO), (iv) Don JESÚS ERNESTO PECES MORATE (a que aderiram os Magistrados Don MARIANO DE ORO-PULIDO LÓPEZ e Don PEDRO JOSÉ YAGÜE GIL), e (v) Don EMILIO FRÍAS PONCE (a que aderiu o Magistrado Don JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ).

6. Acompanhando agora a reflexão crítica de Prieto Sanchís (e que subscrevemos por inteiro) sobre a posição da Sala de Contencioso Administrativo relativa ao tema, e que ficou expressa sobretudo nas sentenças de 11 de fevereiro de 2009, adota o STE uma peculiar conceção das funções da escola pública⁸.

Começando o STE por sublinhar o óbvio – o reger nesta matéria a regra da “proscrição do doutrinação” (nas palavras de Prieto Sanchís, “um feio conceito que ninguém quer defender”⁹) –, logo ressalva, contudo, aquela alta instância do país vizinho que “não poderá falar-se de doutrinação quando a atividade educativa esteja reportada a esses valores morais subjacentes às normas antes mencionadas (os princípios democráticos e os direitos fundamentais) porque, a respeito deles, será constitucionalmente lícita a sua exposição em termos de adesão aos mesmos”.

Assim sendo, continua o STE, “é lícito fomentar sentimentos e atitudes que favoreçam a sua vivência prática (desses princípios e direitos)”. Pelo contrário, para lá desse “espaço ético comum”, ou seja, já no âmbito das conceções particulares, a educação há-de ter por objeto “informar, que não doutrinar”, a fim de que os alunos compreendam o pluralismo social e cultural, sem se comprometerem com nenhuma dessas conceções.

Mas, e como acertadamente sublinha Prieto Sanchís, para além de serem mais do que duvidosas as fronteiras entre o «espaço ético comum» e as conceções particulares do bem e da virtude, afigura-se indiscutível o convidarem os princípios e objetivos subjacentes à disciplina a uma ultrapassagem dessas fronteiras: “a «educação afetivo-emocional», por exemplo, pode responder a muitos diferentes critérios e não parece que qualquer deles represente um imperativo constitucional”¹⁰.

Em suma, a «Educação para a Cidadania» “apresenta-se expressamente como uma disciplina transmissora de valores, e na medida em que tais valores não são os constitucionais, incorre num género de doutrinação reprovável à luz das próprias premissas assumidas pelo Tribunal Supremo”¹¹: como se expressa na declaração de voto de vencido redigida pelo magistrado E. Frias, “o Governo excedeu-se nas suas competências, ao incluir conteúdos que não são um corolário indispensável da Constituição... dando por pressuposta uma ética cívica distinta da pessoal”¹².

⁸ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 217.

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ Idem, *ibidem*.

¹¹ Idem, *ibidem*.

¹² Idem, *ibidem*.

Mais surpreendente – prossegue Prieto Sanchís – é “o jogo de palavras a propósito precisamente do conceito de doutrinação”, equivalendo a tese do STE “a dizer que não há risco de doutrinação quando a doutrina que se promove é a nossa própria doutrina”¹³. Na verdade, o sistema de ensino assume abertamente “uma função de formação moral de acordo com os códigos de uma determinada ideologia ou cosmovisão”, mais precisamente a que, no entender do Governo, “se desprende da Constituição”¹⁴.

Ora, conclui Prieto Sanchís, isto afigura-se ser mais do que discutível “a partir de uma perspetiva consequentemente liberal, que pressupõe renunciar a todo o doutrinação, a começar por aquele que seria mais do nosso agrado e que, na realidade, é o único que quase todo o mundo, incluindo o Tribunal Supremo, está disposto a aceitar, ainda que, isso sim, sem lhe chamar doutrinação”¹⁵.

7. Mas como bem nota Prieto Sanchís, o STE, face ao imperativo constitucional de caber aos pais a última palavra quanto à formação moral e religiosa dos seus filhos, acabou por não dar a questão por completamente encerrada: é que, não oferecendo a «Educação para a Cidadania», no seu entendimento, riscos de doutrinação, «no fim do dia» um tal risco podia mesmo fazer-se realidade¹⁶...

Torna-se por isso necessário, ressalva *in fine* o STE, evitar que os projetos educativos, os textos de apoio e as aulas propriamente ditas “deslizem para o doutrinação”: nessa medida, sentencia também o STE o ninguém estar autorizado “a impor ou inculcar, nem sequer de maneira indireta, pontos de vista determinados sobre questões morais que na sociedade espanhola sejam controvertidos”¹⁷. E acontecendo tal coisa, então sim, o dito direito fundamental dos pais “torna-os credores de uma tutela efetiva, preferencial e sumária...”¹⁸.

Começa Prieto Sanchís a sua crítica a esta parte do acórdão do STE por frisar, e muito bem, que “supor que no ensino se não transmitem conceções morais, nem sequer de maneira indireta, não passa de um desejo pio, inclusive sem a disciplina em causa, e, por suposto, muito mais com ela”¹⁹.

¹³ Idem, *ibidem*.

¹⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁵ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 217.

¹⁶ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 222.

¹⁷ STS de 11 de fevereiro de 2009, Recurso 905/2008.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Idem, *ibidem*.

Acresce o problema de se saber ao certo quais são hoje as questões controvertidas na sociedade espanhola (como na portuguesa também). Com efeito, numa sociedade de crescente pluralismo como a do nosso tempo, “muito simplesmente tudo se pode tornar controvertido, sendo que, em qualquer caso, a linha divisória entre os aspetos controvertidos e os que o não são afigura-se impossível de traçar”²⁰.

De todo o modo, “na perspectiva dos direitos fundamentais e não dos comícios políticos, o controvertido não é um conceito sociológico, de maiorias e minorias, mas estritamente individual: converte-se em controvertido qualquer valor moral que resulte contrário às nossas próprias convicções”²¹, o que está solidamente protegido pela lei fundamental (pelo art.º 16.º/1 da CE e pelo art.º 41/1 da CRP).

Por fim, “o reconhecimento de que o doutrinamento se pode chegar a produzir, mas que não encontra remédio enquanto não se produza efetivamente, equivale a um retrocesso ou afastamento das barreiras protetoras dos direitos, que para mais faz recair sobre os particulares o encargo da ação e propicia do mesmo passo a mais heterogénea doutrina jurisprudencial”: resumidamente, “em vez de se esconjurar a ameaça, há que esperar que esta se consuma”²².

b) *A bizarra conclusão a que chega o STE, de ter a liberdade de consciência sempre de ceder quando confrontada com prescrições legais*

8. Uma especial atenção merece a Luís Prieto Sanchís o argumento utilizado pelo STE, de que pela via do reconhecimento de um «direito geral» nesta sede se abriria a porta a abusos, designadamente à invocação da objeção de consciência sempre que um cidadão discordasse de uma lei – isto para recusar liminarmente a objeção suscitada por dezenas de milhares de pais daquele país à obrigatoriedade de frequência, pelos seus filhos, da disciplina de «Educação para a Cidadania, i.e., numa matéria não prevista e regulada por lei nesta sede (a da objeção a conteúdos educativos obrigatórios).

Segundo o STE, um tal «presumido» direito geral à objeção de consciência seria pura e simplesmente o direito de cada um “a comportar-se em todas as circunstâncias da vida de acordo (apenas) com as suas próprias convicções” – algo que, muito judiciosamente, o Tribunal repudiou, lembrando o caráter limitado que apresentam todos os direitos fundamentais, e, particularmente, a cláusula de ordem pública que constitui

²⁰ Idem, *ibidem*.

²¹ Idem, *ibidem*.

²² SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), pp. 221-222.

um limite específico à liberdade de consciência e religião: “o constituinte nunca pensou que as pessoas pudessem comportar-se sempre segundo as suas próprias convicções, mas antes que tal possibilidade termina, quando menos, ali onde começa a ordem pública”.

Mas como criticamente remata Luís Prieto Sanchís a sua análise destes trechos dos acórdãos de 11 de fevereiro de 2008, forçosa é a conclusão de que, segundo o Tribunal, e ressalvadas as hipóteses de o legislador dispor de outro modo, ou da declaração de inconstitucionalidade da norma que prescreva o dever jurídico objetado, a liberdade de consciência terá sempre de ceder frente às prescrições legais²³.

Contudo, retorque o Professor da Universidade de Castilla la Mancha que agora acompanhamos, o «direito geral» à objeção de consciência “pode ser entendido de outra maneira”; melhor dizendo, “não é que possa, mas antes que *deve* ser entendido de outra maneira” (itálico nosso)²⁴. De facto, nunca se viu alguém manter com tal rigor uma “conceção tão estranha como a sustentada pelo Supremo Tribunal”: é que se afigura “de todo óbvio” o não constituírem “as convicções éticas do indivíduo, por sinceras e profundas que sejam”, um “título bastante para pretender que o Direito autorize ou respalde qualquer conduta nem, por conseguinte, que resulte juridicamente viável um objeção frente a todo o tipo de dever”²⁵.

É que, prossegue Prieto Sanchís, “esta é uma interpretação absurda do «direito geral» que na realidade só foi sugerida por quem com isso apenas pretendeu deformar o conteúdo da tese para desse modo a combater mais comodamente”²⁶. Diferentemente, pois, do sugerido pelo STE, o «direito geral» “significa tão só que existe fundamento constitucional para um direito *prima facie* a que qualquer pretensão objetora seja examinada como um caso de conflito entre a liberdade de consciência e os bens jurídicos tutelados pelo dever jurídico questionado, conflito esse que terá de se resolver em conformidade com a técnica da ponderação ou do princípio da proporcionalidade”²⁷, na linha de uma *teoria externa dos direitos fundamentais*²⁸.

Por esta razão “o qualificativo de *geral* não significa que tenha *sempre* de triunfar a condição objetora, mas antes que os casos de objeção se não circunscrevem àqueles que são reconhecidos expressamente pela Constituição ou pela lei”, sendo, por isso, e ao

²³ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 232.

²⁴ Idem, *ibidem*.

²⁵ Idem, *ibidem*.

²⁶ Idem, *ibidem*.

²⁷ Idem, *ibidem*.

²⁸ Sobre esta conhecida conceção dos direitos fundamentais, cf. ALEXY, ROBERT (2007), pp. 299 e segs.

invés, “potencialmente ilimitados”; e que reclamam eles da garantia oferecida pelos guardiões dos direitos fundamentais (ou seja, pelos tribunais) “a mesma atenção que exige qualquer conflito em que estejam envolvidos direitos fundamentais”²⁹.

A explicação de tudo isto afigura-se da maior simplicidade, e reside em não ser a objeção de consciência qualquer coisa substancialmente distinta da liberdade de consciência: trata-se antes da “própria liberdade de consciência em situação de conflito”³⁰. Sendo ela (liberdade de consciência) um direito fundamental por definição limitado, “como toda a limitação de um direito, não pode o assunto ser despachado mediante uma presunção *iuris et de iure* a favor da autoridade da lei”, antes exigindo uma argumentação que pondere sempre a força do direito fundamental em causa “e a força do seu limite”³¹.

c) O surpreendente recurso pelo STE, na fundamentação da sua tese, a conceitos que apresentam uma vaguidade insuperável

9. Como bem nota ainda Prieto Sanchís, o Supremo Tribunal espanhol, consciente de que, por muito «óbvia» que se lhe tenha afigurado a impossibilidade da tese do direito geral à objeção de consciência e, conseqüentemente, a inviabilidade das objeções deduzidas diretamente a partir apenas da norma consagrada da liberdade de consciência, não pôde ignorar as antecedentes e notórias exceções e desmentidos às ditas impossibilidade e inviabilidade, ao ponto de ser ver mesmo obrigado as «explicar» algumas delas³².

Foi o caso da sentença do Tribunal Constitucional espanhol n.º 154/2002, que absolveu um casal de «Testemunhas de Jeová» do crime de homicídio a que haviam sido condenados por não terem autorizado uma transfusão de sangue em benefício do seu filho (que acabaria por falecer). Invoca o STE três motivos no seu entender dignos de serem levados em conta para justificar esta exceção: o tratar-se, na situação em apreço: (i) de “questões especificamente religiosas, e não morais em geral”; (ii) de uma sentença “isolada” e, sobretudo, (iii) “muito ligada às inegáveis exigências de justiça material num caso concreto”.

E foi o caso também de outras duas sentenças do mesmo Tribunal Constitucional espanhol (n.º 177/1996 e n.º 101/2004) relativas a um militar e a um polícia que foram obrigados a participar em atos religiosos: no entender do STE, houve aqui, muito

²⁹ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), pp. 232-233.

³⁰ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 233.

³¹ Idem, *ibidem*.

³² Idem, *ibidem*.

“simplesmente, uma violação da sua liberdade religiosa”, tendo “isto pouco a ver com a objeção de consciência”³³.

Mas, pelos vistos não contente com as explicações adiantadas para estas pontuais exceções e justificações, termina a Sala de Contencioso Administrativo do STE o cerne da fundamentação das suas sentenças de 11 de fevereiro de 2008 com o reconhecimento de não ser de excluir “de raiz que, em circunstâncias verdadeiramente excepcionais, não se possa entender que da Constituição surge tacitamente um direito a ficar excluído do cumprimento de algum dever jurídico válido”.

10. Frisa, *en passant*, Prieto Sanchís o desacerto da distinção operada pelo Tribunal entre questões especificamente religiosas e questões morais em geral³⁴.

Aparentemente, sugere o Tribunal “uma sobreproteção dos comportamentos práticos que apelam a convicções de tipo religioso ou revelado frente àqueles outros que pretendem sustentar-se em éticas civis ou laicas” – interpretação que, no entender do autor, deverá ser de todo descartada, na medida em que “manifesta um curioso resíduo de confessionalidade, já que ofereceria uma melhor tutela às prescrições religiosas” do que à demais prescrições, designadamente de tipo ideológico ou filosófico.

11. Sublinha Prieto Sanchís, acima de tudo, o surpreendente recurso pelo STE, na fundamentação desta sua tese, a “conceitos centralmente vagos, ou seja, a conceitos que não só padecem da imprecisão que é própria de toda a linguagem natural”, mas também, e sobretudo, “que apresentam uma vaguidade por assim dizer insuperável”: quando é que estamos na presença “de uma circunstância verdadeiramente excepcional”? E como se pode sustentar que a Constituição só se torna operativa por exigências de «justiça material»? De todo o modo, “se são os juízes, a partir da Constituição – isto é, com independência da lei – quem pode determinar tais pressupostos, circunstâncias ou exigências, não significa isso dar razão à tese do «direito geral»?³⁵

³³ Como bem nota PRIETO SANCHÍS, incorre aqui o Tribunal noutra «erro de palmatória». Com efeito, “a participação em atos religiosos de militares, polícias ou outros funcionários nessa sua condição poderia porventura reputar-se inconstitucional por se vulnerar a laicidade ou não confessionalidade do Estado, mas não, desde logo, a liberdade religiosa”[SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 234, nota 43]. Com efeito, “a ordem de participar num ato religioso, se não for inconstitucional por outros motivos, não afeta a liberdade religiosa na medida em que o funcionário se possa negar livremente a participar nela” – tendo sido precisamente isso que se passou nos dois casos decididos pelos citados acórdãos, nos quais o amparo foi concedido porque os recorrentes não foram oportunamente dispensados ou exonerados do dever imposto, e não porque a participação de polícias ou militares em atos religiosos haja lesado (lese), por si só, a liberdade religiosa dos ditos recorrentes, ou de quem quer que seja (*idem*, *ibidem*).

³⁴ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 234, nota 42.

³⁵ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 234.

Tenha-se sobretudo presente que a tese do direito geral à objeção de consciência não defende que as objeções devam ser *sempre* justificadas, “mas tão só que o podem estar em alguns casos, e que são os juízes, mediante argumentação, quem decide *em definitivo* quais são esses casos – e que é, afinal, o que, *a posteriori*, sustenta o mesmo Tribunal, isto é, que «nuns casos sim e que noutros não»”³⁶!

Continuando a acompanhar a análise crítica de Prieto Sanchís da jurisprudência do STE, e que subscrevemos por inteiro, “o que há aqui, na realidade, é um défice de argumentação”: nestas sentenças do STE o apelo às circunstâncias excecionais não passa de “um modo de evitar uma argumentação mais sólida e sofisticada orientada a ponderar o peso relativo dos bens em pugna”, no caso em apreço “a liberdade de consciência e o interesse público na formação de «bons cidadãos»”³⁷. Dito de outro modo, “partilha o STE da ideia de que alguns casos de objeção de consciência devem ter respaldo constitucional e que outros não, mas, em vez de um exame pormenorizado das razões em disputa, prefere recorrer a tópicos de impossível concretização”³⁸.

d) *A partir da tese constitucionalmente correta da existência de um direito geral à objeção de consciência, o dever do STE de apreciar e decidir cada objeção suscitada in concreto com recurso ao método da concordância prática ou proporcionalidade*

12. A partir da tese constitucionalmente correta – a da existência de um direito geral à objeção de consciência enquanto posição ou direito *prima facie* –, deveria o STE ter apreciado e decidido a objeção suscitada naqueles concretos casos com recurso ao método da concordância prática ou proporcionalidade, ou seja, através de um jogo de ponderações.

Uma vez assente esse pressuposto, alvitra Luís Prieto Sanchís o ter sido (ser) obrigatória para o STE a prévia formulação de uma pergunta nos seguintes termos (ou próximos): “Que razões militam a favor e contra a obrigatoriedade (de frequência) da «Educação para a Cidadania»”, e que outras (razões) militam a favor e contra a suscitada objeção de consciência?³⁹

Nas palavras do Professor da Universidade de Castilla la Mancha cuja exposição continuamos a seguir, proporciona a Constituição cobertura normativa, *prima facie*, tanto

³⁶ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), pp. 234-235.

³⁷ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 235.

³⁸ Idem, *ibidem*.

³⁹ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 236.

à disciplina como a uma objeção à frequência da mesma; tratava-se (trata-se), por conseguinte, “de valorar o peso relativo dessas razões, ponderando a idoneidade, necessidade e proporcionalidade de uma medida limitadora da liberdade de consciência em ordem à satisfação de algum bem jurídico que deva ser tutelado”⁴⁰.

Como se viu, rechaçou o STE, *ab initio*, o caminho da ponderação. Mas se, como deveria ter feito, o tivesse percorrido, concorriam (e concorrem) na disciplina em causa algumas circunstâncias que, na opinião de Prieto Sanchís, teria justificado a peticionada dispensa da respetiva frequência –tese esta a que aderimos sem reservas, sendo ela ademais transponível por inteiro para a realidade jurídica e factual portuguesa⁴¹.

Começando pelas razões que militam contra a aceitação da objeção suscitada, é certo que toda a objeção implica “uma desproteção dos bens jurídicos objetados” e “uma alteração na repartição dos encargos sociais, na medida em que os deveres têm sempre algo de oneroso e uma diminuição de liberdade para aquele que é chamado a cumpri-los” – pelo que com a dispensa concedida ao objetor se abre em benefício deste, com tal tratamento de exceção, uma brecha no edifício da justa e igual repartição dos deveres legalmente prescritos⁴².

Perfilando-se por isso, à partida, contra o reconhecimento da objeção estas duas sérias dificuldades, em boa parte dos casos deverão elas conduzir a uma resposta negativa⁴³.

13. Acontece que, na situação em apreço – e continuando a acompanhar a exposição de Luis Prieto Sanchís – “essas dificuldades ou são inexistentes ou apresentam um peso reduzido”, por ser o dever objetado na «Educação para a Cidadania» “um dever de tipo paternalista ou perfeccionista, em suma um dever que protege um interesse público de natureza genérica”⁴⁴.

Com efeito, “quando os deveres objetados protegem direitos ou interesses de pessoas concretas e determinadas” (designadamente os atinentes à vida, liberdade, segurança, etc. de terceiros) tem a objeção “logicamente poucas possibilidades de prosperar, pois implica a lesão de tais direitos ou interesses em prol da preservação das convicções do infrator da norma”⁴⁵.

⁴⁰ Idem, *ibidem*.

⁴¹ Idem, *ibidem*.

⁴² SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), pp. 236-237.

⁴³ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 237.

⁴⁴ Idem, *ibidem*.

⁴⁵ Idem, *ibidem*.

Mas como, e bem nota Prieto Sanchís, não é este, contudo, o caso da disciplina em questão: “o interesse que aqui subjaz é o do próprio indivíduo objeto”, o qual pretendem os poderes públicos que seja “«aperfeiçoado» nas suas convicções e comportamentos, e, se se quiser, também, o genérico interesse público a que os cidadãos do futuro sejam «bons cidadãos»”⁴⁶. Pois bem, a legitimidade do primeiro dos interesses ou objetivos referidos deverá ser pura e simplesmente descartada “a partir de uma perspectiva liberal”, podendo o segundo desses interesses ser satisfeito “por outros caminhos menos lesivos”, sendo que poderá ser inclusive *melhor* satisfeito por esses outros caminhos⁴⁷. De qualquer forma, a contribuição que é expectável conseguir-se para a formação de um futuro «bom cidadão» através de um ensino regulamentado “não pode qualificar-se, mesmo na perspectiva mais otimista, como decisiva”⁴⁸.

Já obrigatoriedade de frequência de uma disciplina com estas características, diferentemente, pressupõe, no mínimo uma lesão mediana, quando não severa, da liberdade de consciência – “sendo isto difícil de precisar porque depende da ótica de cada um”⁴⁹. Ora, a contrapartida dessa lesão severa ou, quando não, mediana, traduz-se numa “satisfação bem mais leve do interesse que o Estado possa ter na formação moral dos seus cidadãos, isto admitindo que o Estado possa ou deva ter algum interesse nesse âmbito” ao abrigo do art.º 27/2 da Constituição espanhola^{50/51}.

Por outras palavras – prossegue o Professor da Universidade de Castilla la Mancha que agora acompanhamos –, resulta duvidoso que a «Educação para a Cidadania» “supere o teste da ponderação: é duvidoso que se trate de uma medida *idónea* ou adequada para lograr «bons cidadãos»; é mais discutível ainda que resulte uma medida *necessária*, pois existem outras menos gravosas ou invasivas para alcançar os mesmos objetivos; e pode julgar-se *desproporcionada*, dado que implica um sacrifício pelo menos mediano do direito dos pais, isto a troco de um magro resultado na prossecução do que parece ser a

⁴⁶ Idem, *ibidem*.

⁴⁷ Idem, *ibidem*.

⁴⁸ Idem, *ibidem*.

⁴⁹ Idem, *ibidem*.

⁵⁰ “2. A educação terá por objecto o pleno desenvolvimento da personalidade humana no respeito pelos princípios democráticos de convivência e pelos direitos e liberdades fundamentais.

Na Constituição portuguesa é o seguinte o normativo equivalentes: art.º 73.º («Educação, cultura e ciência») – “2. O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva”.

⁵¹ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 237.

sua finalidade, e sem se questionar agora se essa finalidade é a mais conforme à interpretação constitucional”⁵².

Serão porventura as dificuldades de sustentação da tese da inderrogável obrigatoriedade de frequência de uma disciplina deste tipo, que se acaba de expor, que levam os seus defensores “a invocar em prol do respaldo da opção legal argumentos formais que apelam a razões tais como a soberania do Parlamento, a «dignidade» da democracia, os riscos de decorreriam de uma generalização das objeções, etc.”⁵³. Por outras palavras, “as críticas às posições objetoras frente à «Educação para a Cidadania» não atendem por norma à lesão efetiva que essas posições possam produzir em concretos bens jurídicos, mas antes ao que simbolizam politicamente como forma de desobediência ao Direito”⁵⁴.

14. Conclui Luís Prieto Sanchís este ponto com a afirmação de que “há boas razões para considerar que uma disciplina obrigatória e com propósitos exclusivamente doutrinadores em prol de uma presumida «ética comum» resulta lesiva do princípio da neutralidade que deve inspirar o desenho da instituições e, em particular, da escola pública num Estado que se postula como laico e, portanto, imparcial e equidistante frente aos distintos credos, cosmovisões ou doutrinas compreensivas acerca do bem e da virtude”⁵⁵; mas “ainda que não se veja assim as coisas, e resulta patente que o TSE não as vê, existem também boas razões para dispensar destes ensinamentos quem considere que a disciplina em questão invade a esfera das próprias convicções” – convicções essas que, contrariamente “ao que por vezes se sugere, compreendem tanto aspetos públicos ou relativos à organização social e política, como aspetos íntimos e privados”⁵⁶.

Em síntese final, “a jurisprudência comentada oferece argumentos de pouco peso a favor da constitucionalidade da lei”, sem, por outro lado, lograr desmentir ou desvirtuar os não poucos argumentos que militam contra a tese da constitucionalidade”; mas, sobretudo, “não propõe argumento algum que permita fundamentar a recusa da objeção de consciência”⁵⁷.

2.3 – A invocação pelo STE da jurisprudência do TEDH (remissão)

⁵² SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), pp. 237-238.

⁵³ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 238.

⁵⁴ Idem, ibidem.

⁵⁵ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 239.

⁵⁶ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 239-240.

⁵⁷ SANCHÍS, LUIS PRIETO (2009), p. 240.

15. Invocou o STE, no mesmo sentido, e nas ditas decisões, a Sentença do TEDH no caso *Folguero e outros c. Noruega*, de 29.VI.07. Neste aresto, em que se considera dever ser o ensino “objetivo, crítico e pluralista”, e não poder o Estado “ter uma finalidade de doutrinação que possa ser considerada uma falta de respeito pelas convicções religiosas e filosóficas dos pais”, entendeu o TEDH, é certo, que uma vez ultrapassado tal limite deverá proceder a objeção. Mas julgou o Tribunal, no caso *sub judicio*, não ter o Estado norueguês ultrapassado o dito limite.

E, a partir do único acórdão sobre matéria de um tribunal superior português (do STA), chegamos, pela via do STE, à jurisprudência do TEDH – que na verdade releva e muito. Mais se diga, aliás, que à sentença do TEDH que se acaba de referir se juntam outras que, nos concretos casos submetidos, decidiram no mesmo sentido (desfavorável aos objetores), apoiando o caráter obrigatório da educação sexual na escola, com amestramento nas “diversas sexualidades”, mesmo contra a vontade dos pais, por promoverem tais conteúdos a “tolerância entre os seres humanos, independentemente da sua orientação sexual”⁵⁸.

Mas analisemos, com o devido detalhe, esta jurisprudência, sem nunca deixar de ter presentes as particularidades do caso português.

§ 3 – A JURISPRUDÊNCIA DO TEDH EM SEDE DE GARANTIA DOS DIREITOS DOS PAIS RELATIVAMENTE À EDUCAÇÃO DOS FILHOS E DE PROIBIÇÃO DE DOUTRINAMENTO

3.1 – Entrada no tema

16. Na jurisprudência mais antiga do TEDH (mais precisamente da sua antecessora Comissão Europeia dos Direitos do Homem) a garantia dos direitos dos pais relativamente à educação dos seus filhos⁵⁹ traduzia-se no reconhecimento quase automático de um direito de serem as crianças dispensadas de frequentar as aulas

⁵⁸ Cf. TEDH, *Konrad e outros c. Alemanha*, St. de 11.IX.2006, proc.º n.º 35504/03; e CEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen e Pederson c. Dinamarca*, St. de 07.XII.1976, proc.ºs n.ºs [5095/71](#), [5920/72](#) e [5926/72](#) (que redundaram também na absolvição da Dinamarca, por, no entendimento da CEDH, não ter passado as «linhas vermelhas» traçadas na sentença).

⁵⁹ Note-se que se trata de direitos “ligados à guarda legal dos filhos e não à relação biológica entre filhos e pais”, razão pela qual, desde logo, perdem os pais esses direitos se lhes for retirada a respetiva guarda legal – sendo que, e no mesmo sentido, têm os pais adotivos ou outros tutores legais “os mesmos direitos em relação à educação dos seus filhos que os pais biológicos” a quem é confiada, por norma, essa guarda legal [cf. *X v. República Federal da Alemanha*, § 26 (1968); *Olsson v. Suécia*, 1 (1986), acórdãos citados por POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 602].

(obrigatórias) de moral e religião assentes num determinado credo religioso não professado pelos ditos pais, e que por essa razão objetavam a essa frequência. Tais conflitos, reitera-se, respeitavam maioritariamente à reivindicação pelos pais dos seus direitos educativos face a disciplinas de educação moral e religiosa no âmbito de uma determinada confissão religiosa (ora cristã, ora islâmica).

Acontece que, em tempos mais recentes, passou a predominar a objeção de algum modo inversa àquela, suscitada já não por pais laicistas ou ateus, mas, pelo contrário, por pais professantes de um determinado credo (ou aderentes à mesma moral ou ética da confissão religiosa em causa) relativamente a aulas de educação sexual e de moral ou ética laicas (de «educação para a cidadania») com conteúdos por eles considerados contrários aos valores em que pretendiam educar os seus filhos⁶⁰.

Nos casos submetidos ao Tribunal, e designadamente das disciplinas de educação sexual ou de «educação para a cidadania», a oposição dos pais é variável: tanto pode concernir apenas a certas componentes do programa de uma disciplina, as quais poderão, por vezes, constituir tão só partes de aulas dessa disciplina, como respeitar a uma linha de pensamento que permeia todo o currículo escolar⁶¹.

Ora, a partir do acórdão *Kjeldsen* passou o TEDH a substituir a regra do deferimento da objeção suscitada em tais casos por uma prévia verificação da violação ou não do *princípio da proibição de doutrinação* que sobre os Estados impenderia por força da Convenção, enquanto medida alternativa de proteção dos direitos parentais⁶², tornando-se este o único critério orientador para resolver os conflitos que lhe foram sendo submetidos nesta matéria.

Assim, (i) havendo violação do princípio, seria (continuou a ser) reconhecida a objeção suscitada; e (ii) não havendo violação do princípio, não seria (passou a não ser), ao invés, reconhecida a objeção, sendo dada razão ao Estado em causa e não aos objetores.

⁶⁰ Cf. POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 601.

⁶¹ Idem, *ibidem*.

⁶² Cf. POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), pp. 597 e 601-602. Note-se que o alcance do princípio não se circunscreve ao currículo escolar propriamente dito, mas a todo o processo educativo, inclusive às atividades extracurriculares (*ibidem*), o que o convoca também para a análise da conformidade da Lei n.º 38/2018 com a Constituição e com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

3.2 – O acórdão *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, de 7.XII.1976

- a) *A proibição de princípio do doutrinamento de crianças em visões particulares do mundo, ou de exaltação do sexo e incitamento dos alunos a práticas precoces e perigosas para a sua estabilidade, saúde ou futuro*

17. O citado acórdão *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, de 7.XII.1976 constitui, pois, um marco histórico da jurisprudência do TEDH, seja no respeitante ao tema geral da proibição do doutrinamento de crianças em visões particulares do mundo (i.é, do dever de a educação pública ser orientada de forma objetiva, crítica e pluralista)⁶³, seja também no específico tema da educação sexual.

Como se acaba de referir, foi a partir deste acórdão que o Tribunal passou a adotar o duvidoso critério do deferimento (ou não) da objeção consoante a verificação da violação (ou não) do *princípio da proibição de doutrinamento*. Será ele por esta razão objeto de uma particular atenção nas linhas que seguem.

18. Há meio século, neste caso em que três casais dinamarqueses pretendiam que os filhos fossem dispensados de frequentar aulas de educação sexual na escola pública por contrariarem estas as suas convicções e crenças morais e religiosas, teve a (então) CEDH a oportunidade de sublinhar com inédita consistência o não poder um ensino obrigatório na matéria em causa constituir uma tentativa de doutrinação com defesa ou promoção de um tipo específico de comportamento sexual, nem exaltar o sexo ou incitar os alunos a práticas precoces e perigosas para a sua estabilidade, saúde ou futuro, ou que os respetivos pais entendam ser censuráveis. Segundo o Tribunal, não pode, pois, ser posto em causa o direito dos pais de esclarecer e aconselhar os seus filhos, nas suas funções naturais educadores, ou de os orientar (aos filhos) de acordo com as suas convicções religiosas ou filosóficas.

No processo em causa era questionada a implementação de programas de educação sexual, com fundamento na segunda parte do art.º 2 do Protocolo n.º 1 da CEDH: nas palavras do Tribunal, “*o Estado, no cumprimento das funções por si assumidas em matéria de educação e ensino, deve zelar por que as informações ou conhecimentos incluídos no currículo sejam transmitidos de forma objetiva, crítica e pluralista*”; e mais se diz no aresto que “*o Estado é proibido de prosseguir um objetivo*

⁶³ Cf. POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 607.

*de doutrinação que possa ser considerado como não respeitando as convicções religiosas e filosóficas dos pais. Este é o limite que não pode ser ultrapassado*⁶⁴.

Face um tal quadro normativo, não pode, pois, o Estado, e segundo o entendimento então firmado pelo Tribunal, transmitir ou promover a transmissão de conteúdos subjetivos, ou meramente opinativos, muito menos como se tais conteúdos e informações fossem verdades incontestáveis que escapam à crítica e incontestadas por se darem como aceites por todos.

19. Como já referimos, acabou a ação por ser julgada improcedente, por duas ordens de razões (as quais, ressalve-se, não se verificam hoje, de todo, na realidade educativa portuguesa acima descrita).

Em primeiro lugar, porque entendeu a CEDH aceitável a argumentação do Estado Dinamarquês de que os conteúdos que se pretendia ministrar visavam fornecer às *“crianças, atempadamente, explicações consideradas úteis, na tentativa de preveni-las em face dos fenómenos [de gravidez fora do casamento, abortos provocados e doenças venéreas]. As autoridades públicas pretendem capacitar os alunos, para em qualquer eventualidade, serem capazes de se cuidar e mostrar os outros, a esse respeito”, “não se deixando levar, a si ou aos outros, a dificuldades que só se deveriam à falta de conhecimentos”*⁶⁵.

A esta luz, concluiu a Comissão que tais considerações, apesar de terem relevância moral, seriam demasiado genéricas e não ultrapassariam os limites daquilo a que, num Estado democrático, pode considerar-se como sendo de interesse público. Isto porque, da análise feita pela Comissão, a legislação que estabelecia a obrigatoriedade da educação sexual, naquele caso específico, *“em caso algum constitui uma tentativa de doutrinação no sentido de advogar um específico tipo de comportamento sexual. Não faz uma*

⁶⁴ No original: *“The second sentence of Article 2 (P1-2) implies on the other hand that the State, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents’ religious and philosophical convictions. That is the limit that must not be exceeded.”*, consultado em <https://hudoc.echr.coe.int/>.

⁶⁵ No original (loc. cit): *“The Executive Orders and Circulars of 8 June 1971 and 15 June 1972, the “Guide” of April 1971 and the other material before the Court (paragraphs 20-32 above) plainly show that the Danish State, by providing children in good time with explanations it considers useful, is attempting to warn them against phenomena it views as disturbing, for example, the excessive frequency of births out of wedlock, induced abortions and venereal diseases. The public authorities wish to enable pupils, when the time comes, “to take care of themselves and show consideration for others in that respect”, “not ... [to] land themselves or others in difficulties solely on account of lack of knowledge” (section 1 of the Executive Order of 15 June 1972)”*.

exaltação do sexo, nem incita os alunos a entregarem-se precocemente a práticas perigosas para a sua estabilidade, saúde ou futuro ou que muitos pais considerem repreensíveis. Além disso, não afeta o direito dos pais de esclarecer e aconselhar os seus filhos, nem a exercer, relativamente aos seus filhos, as suas funções naturais de pais e educadores, ou a orientar os seus filhos de acordo com as suas convicções religiosas ou filosóficas”⁶⁶.

Em segundo lugar, considerou a Comissão relevante, para efeitos da análise do respeito pelo Estado Dinamarquês dos limites que o art.º 2.º do Protocolo n.º 1 da CEDH lhe impõe, a circunstância de ser oferecida aos alunos uma *alternativa* viável à frequência dos estabelecimentos de ensino dirigidos pelas autoridades públicas, nos seguintes termos: “[o] Estado dinamarquês preserva um importante mecanismo para os pais que, em nome do seu credo ou opiniões, desejem desvincular os seus filhos da educação sexual integrada; permitindo aos pais ou confiar os seus filhos a escolas privadas, que estão vinculadas por obrigações menos rigorosas e, além disso, fortemente subsidiadas pelo Estado (parágrafos 15, 18 e 34 acima), ou educá-los ou mandá-los educar em casa, sujeitos aos inegáveis sacrifícios e inconvenientes causados pelo recurso a uma dessas soluções alternativas”⁶⁷. Ou seja, pese embora se reconheça aos Estados uma ampla margem de atuação na conformação dos conteúdos a lecionar, mesmo quando tais conteúdos extravasem o campo das disciplinas ditas científicas, e entrem em matérias relacionadas com o exercício da cidadania e direitos civis, designadamente para prossecução de interesses públicos entendidos como relevantes (saúde pública, segurança rodoviária, defesa nacional, fomento de valores «democráticos», etc.) e que escapam à possibilidade de uma total neutralidade valorativa, terão sempre de ser apresentados numa

⁶⁶ No original (loc. cit): “*These considerations are indeed of a moral order, but they are very general in character and do not entail overstepping the bounds of what a democratic State may regard as the public interest. Examination of the legislation in dispute establishes in fact that it in no way amounts to an attempt at indoctrination aimed at advocating a specific kind of sexual behaviour. It does not make a point of exalting sex or inciting pupils to indulge precociously in practices that are dangerous for their stability, health or future or that many parents consider reprehensible. Further, it does not affect the right of parents to enlighten and advise their children, to exercise with regard to their children natural parental functions as educators, or to guide their children on a path in line with the parents’ own religious or philosophical convictions*”.

⁶⁷ No original: “*the Danish State preserves an important expedient for parents who, in the name of their creed or opinions, wish to dissociate their children from integrated sex education; it allows parents either to entrust their children to private schools, which are bound by less strict obligations and moreover heavily subsidised by the State (paragraphs 15, 18 and 34 above), or to educate them or have them educated at home, subject to suffering the undeniable sacrifices and inconveniences caused by recourse to one of those alternative solutions*”.

perspetiva “*objetiva, crítica e pluralista*”, o que aconteceria, segundo o Tribunal, no caso dinamarquês.

20. Refira-se, antes do mais, que face aos princípios tão claramente enunciados pela CEDH, se nos afigura evidente que as diretrizes do Ministério da Educação português conformadoras de boa parte dos conteúdos educativos obrigatórios que integram designadamente o programa da disciplina de «Cidadania e Desenvolvimento» violam não só flagrantemente a Constituição, mas também a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Contudo, não deixa este mesmo acórdão da CEDH, e, sobretudo, a sua jurisprudência posterior, de enfermar, a nosso ver, de vícios de raciocínio que acabam por prejudicar decisivamente a eficácia dos princípios proclamados, designadamente em ordenamentos estaduais que não estabelecem uma tão clara proibição de doutrinação, e que não oferecem aos cidadãos uma proteção tão explícita e direta da liberdade de consciência e dos direitos dos pais na educação dos filhos, como as estabelecida e oferecida pela Constituição portuguesa.

É o que se passa a demonstrar, a partir desde logo da declaração de voto junta ao acórdão *Kjelsen* pelo Juiz Alfred Verdross.

b) A declaração de voto do Juiz Alfred Verdross sobre a obrigação absoluta de os Estados respeitarem as convicções religiosas e filosóficas dos pais se assentes numa doutrina bem estabelecida, obrigação só passível de ser cumprida com uma decisão de dispensa de frequência das aulas

21. Não foi pacífica a solução acolhida no Acórdão *Kjeldsen*, e isso evidencia-se na declaração de voto do Juiz Alfred Verdross (Áustria)⁶⁸, de enorme pertinência e atualidade, que se passa a resumir.

Começa o magistrado dissidente por subscrever a posição maioritária, de a Convenção não impedir os Estados Contratantes de integrarem as questões sexuais no ensino obrigatório. No entanto, “esta liberdade dos Estados é limitada pela segunda frase do artigo 2.º do Protocolo n.º 1 (P1-2), segundo a qual os pais podem exigir que as suas convicções religiosas e filosóficas sejam respeitadas neste ensino”.

⁶⁸ Esta declaração de voto revela bem a qualidade do jurista que a redigiu: fique, a propósito, a nota de ter sido ALFRED VERDROSS um dos mais proeminentes jusinternacionalistas do seu tempo, com uma relevantíssima obra publicada (sobre o autor e a sua obra, ver BRUNO SIMMA, *The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*, in «EJIL – European Journal of International Law», vol. VI, 1995, pp. 33-54).

Pois bem, considerando-se que no caso se consideravam os requerentes afetados nas suas «convicções cristãs», há que “examinar se o governo em questão respeitou as convicções cristãs dos pais em matéria de educação sexual”. Ora, aqueles “opõem-se à educação «detalhada» e demasiado precoce fornecida pelo Estado em questões sexuais”, argumentando que “o monopólio do Estado na educação os priva do seu direito fundamental “de garantir a educação dos seus filhos de acordo com as suas próprias crenças religiosas”. O que prova “claramente que baseiam a sua reclamação numa doutrina cristã bem estabelecida, segundo a qual tudo o que diz respeito à formação da consciência dos filhos, ou seja, à sua orientação moral, cabe aos pais e, conseqüentemente, o Estado não pode intervir nesta questão entre pais e filhos contra a vontade dos primeiros”.

É um facto que os requerentes, aderindo “à mesma religião que a grande maioria do país, aparentemente, pertencem a um grupo mais fiel à tradição cristã do que os seus compatriotas liberais ou religiosamente indiferentes”. Todavia, uma vez que “todos os direitos protegidos pela Convenção e pelos seus Protocolos Adicionais são direitos humanos individuais, o Tribunal não é chamado a investigar se os direitos das pessoas pertencentes a uma fé específica são violados ou não”: tem tão só “a obrigação de decidir se, no caso em apreço, os direitos dos requerentes foram ou não respeitados”.

A questão que se coloca é, portanto, a “de saber se os pais em questão neste caso podem opor-se, nos termos do artigo 2.º (P1-2), à educação sexual obrigatória numa escola pública, mesmo que, como neste caso, não constitua uma tentativa de doutrinação”. Ora, para se poder responder a esta questão, “parece-me necessário distinguir entre as informações sobre os factos da sexualidade humana que são objeto das ciências naturais, especialmente da biologia, por um lado, e os que se relacionam com as atividades sexuais, incluindo a contraceção, por outro lado”. E tal distinção “é necessária, a meu ver, pelo facto de os primeiros terem um carácter neutro do ponto de vista da moralidade, enquanto os segundos, ainda que sejam transmitidos aos menores de forma objetiva, afetam sempre a formação da sua consciência” – pelo que “mesmo informações objetivas sobre a prática sexual, fornecidas muito cedo na escola, podem violar as crenças cristãs dos pais”, o que lhes confere o direito de a elas se oporem.

E contra este entendimento não é possível invocar o art. 10.º da Convenção, que consagra “a liberdade de cada pessoa de receber e transmitir informações, porque o artigo 2.º do Protocolo n.º 1 (P1-2) constitui uma regra especial que derroga o princípio geral do artigo 10.º da Convenção”. Daqui decorre o reconhecer o artigo 2º do referido Protocolo

(P1-2) o direito dos pais de restringir a liberdade de transmissão, e de receção pelos seus filhos menores, de informação se esta “afetar a formação da consciência destes últimos”.

É verdade o afirmado no acórdão, concede o Juiz Verdross, de “que a referida cláusula do artigo 2.º (P1-2) apenas proíbe a instrução dada com o intuito de doutrinação”. Contudo, não fornece o preceito nenhuma pista que autorize uma sua tão restritiva interpretação, designadamente em razão da intenção que lhe subjaza: “pelo contrário, obriga absolutamente os Estados a respeitar as convicções religiosas e filosóficas dos pais”, sem distinguir entre as diferentes intenções (de doutrinação ou outra) que possam presidir à instrução. Ora, se os pais se consideram afetados “nas suas convicções cristãs” pela obrigação imposta aos filhos de participarem numa educação “detalhada” em matéria sexual, “o Tribunal deveria ter-se limitado a investigar, em caso de dúvida, se esta queixa tinha ou não cabimento face à “doutrina professada pelos requerentes”.

Para o Juiz Verdross, assemelha-se neste domínio o poder do Tribunal “ao das comissões encarregadas, em vários países, de verificar a veracidade das declarações das pessoas convocadas para o serviço militar, mas alegando que a sua religião ou filosofia as proíbe de transportar armas (objeto de consciência): estas comissões devem respeitar a ideologia dos interessados, desde que esta esteja claramente estabelecida”.

Mais nota o magistrado dissidente o ser “a distinção entre a informação sobre o conhecimento da sexualidade masculina em geral e a relativa às atividades sexuais” reconhecida pelo próprio legislador dinamarquês: exigindo a lei deste país, como exige, “que as escolas privadas incluam nos seus programas um curso de biologia sobre a reprodução em humanos”, isso dá a estas escolas “a liberdade de cumprir ou não as demais regras obrigatórias para as escolas públicas em matéria sexual”.

É, assim, o próprio legislador que admite o poder ser a informação sobre a prática sexual “separada de outras informações sobre o assunto” e que, por isso, uma dispensa concedida às crianças para o concreto curso em causa “não impede a integração no sistema escolar do conhecimento científico sobre o assunto”.

O problema – continua Verdross – é que “a lei dinamarquesa relativa às escolas públicas não dispensa de forma alguma da obrigação de frequentar todas as aulas de educação sexual os filhos de pais que tenham uma crença religiosa que não esteja de acordo com a do legislador”, razão pela qual não se conforma a dita lei “com a segunda parte do Art.º 2 do Protocolo N.º 1 (P1-2)”. E esta conclusão “não é abalada pela opção dada aos pais de confiarem os seus filhos a uma escola privada subsidiada pelo Estado ou

de os educarem em casa”, pois sendo o direito dos pais “um direito estritamente individual”, a criação de uma escola privada “pressupõe sempre a existência de um determinado grupo de pessoas com uma determinada convicção em comum”.

Ora, uma vez que “o Estado deve respeitar as opiniões religiosas dos pais, mesmo que exista um único casal cujas convicções, no que diz respeito à formação da consciência dos seus filhos menores, sejam diferentes das da maioria do país ou de uma determinada escola, *ele só poderá cumprir o seu dever em questão, dispensando as crianças de terem aulas sobre atividades sexuais*” (itálico nosso).

Por outro lado, “não se pode ignorar que a educação em escola privada, mesmo subsidiada pelo Estado, e a escolaridade em casa, implicam sempre sacrifícios materiais para os pais” – pelo que, não podendo os requerentes dispensar os seus filhos da frequência dos cursos em questão, “haveria uma discriminação injustificada em seu detrimento, proibida pelo art.º 14.º da Convenção, em relação aos pais cujas crenças religiosas e morais são consistentes com os do legislador dinamarquês”.

c) A contradição entre o critério adotado pelo Tribunal nas objeções relativas a conteúdos educativos obrigatórios e o critério adotado nos demais âmbitos em que se suscitam objeções de consciência

22. Não deixe de se frisar, e como já acima evidenciámos, *o ter sido sempre (e continuar a ser) a doutrina sintetizada nesta declaração de voto do Juiz Verdross a perfilhada pelo TEDH para a generalidade dos casos de objeção de consciência.*

Desde logo, a objeção suscitada pelos pais neste caso (*Kjeldson*), por ser de teor *objetivo* (em razão da natureza do ato moralmente controvertido a que se opõe o objetor), não faz sequer recair sobre eles o ónus de “demonstrar a realidade das suas convicções pessoais”⁶⁹, merecendo maior proteção do que uma *objeção subjetiva* – sendo esta última categoria caracterizada, não pela natureza do ato a que respeita, o qual não levanta na sociedade especiais controvérsias morais (como sucede com o trabalho ao sábado, firmemente recusado pelos membros da Igreja dos Adventistas do Sétimo Dia), mas tão só pela força das convicções do objetor (no mesmo exemplo, das suas convicções religiosas)⁷⁰. Acresce que, no caso *Kjeldsen*, fundou-se a objeção em verdadeiras e próprias «convicções», e não em (meras) «ideias» ou «opiniões», ou seja, tratava-se de

⁶⁹ PUPPINCK, GRÉGOR (2021), p. 46.

⁷⁰ PUPPINCK, GRÉGOR (2021), pp. 46-47.

“pontos de vista” dotados de “um certo grau de força, de seriedade, de coerência e de importância”⁷¹.

Não se torna por isso necessário, sendo as convicções também religiosas, que estas se filiem sequer numa «religião conhecida»⁷², ou que se enquadrem no entendimento ou prática da maioria dos professantes de uma religião identificada, *por ser o dever de neutralidade e imparcialidade do Estado incompatível com uma qualquer capacidade de apreciação sua da legitimidade das convicções religiosas ou filosóficas afetadas “ou da maneira como são expressas”*⁷³, apreciação essa que reduziria a objeção à condição de simples opinião só por poder ser tal recusa “irracional, absurda ou imprudente aos olhos de terceiros”⁷⁴. Também dúvidas não se oferecem de que objeções deste tipo se fundam em “convicções que merecem respeito numa «sociedade democrática» e que não são incompatíveis com a dignidade da pessoa”⁷⁵. Todas estas razões deveriam, pois, ter pesado na ponderação da Comissão, como pesaram noutros âmbitos, no sentido da aceitação da objeção de consciência suscitada por estes pais – o que, infelizmente, não aconteceu no caso em apreço.

d) O imperativo da resolução da objeção suscitada a contento (com acomodação) de todos os direitos e interesses envolvidos através de uma dispensa seletiva

23. Ainda no Acórdão *Kjeldsen*, a maioria dos juízes reconheceu ter fundamento uma importante alegação dos requerentes: a de que a instrução dos estudantes sobre métodos contraceptivos “também transmite a mensagem de que a utilização pode ser moralmente aceitável”, incluindo, por conseguinte, explícita ou implicitamente “considerações de ordem moral, para além do conhecimento factual”⁷⁶. Contudo, acabou por não lhes dar razão por entender ser aceitável a dita instrução “devido ao interesse público na prevenção de gravidezes não desejadas e de doenças sexualmente transmissíveis”⁷⁷.

⁷¹ Cf. *Folgero e outros vs. Noruega*, GC, proc.º n.º 15472/02, St. de 29.VI.2007, §84; *Valsamis vs. Grécia*, proc.º n.º 21787/93, St. de 18.XII.1996, §§ 25 e 27, e CEDH, *Campbell e Cosans vs. Reino Unido*, proc.ºs n.ºs 7511/76 e 7743/76, St. de 25.II.1982, §36 e 37.

⁷² TEDH, *Valsamis vs. Grécia*, proc.º n.º 21787/93, St. de 18.XII.1996, §26.

⁷³ TEDH, *Manoussakis e outros vs. Grécia*, proc.º n.º 18748/91, St. de 26.IX.1996, §47; *Hassan e Tchaouch c. Bulgária*, GC, proc.º n.º 30985/96, St. de 26.X.00, §78; e *Refah Partisi e outros c. Turquia*, proc.º n.º 41340/98, St. de 13.II.03, GC, §91.

⁷⁴ TEDH, *Testemunhas de Jeová de Moscovo c. Federação Russa*, proc.º n.º 302/02, St. de 10.VI.2010, §§ 131-144.

⁷⁵ CEDH, *Campbell e Cosans vs. Reino Unido*, proc.ºs n.ºs 7511/76 e 7743/76, sentenças de 25.II.1982, §36.

⁷⁶ Cf. POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 616.

⁷⁷ Idem, ibidem.

O ponto é que os objetores, em situações como a tratada neste acórdão, têm as mesmas, ou até maiores preocupações, relativamente à tutela desses interesses, dada a larga coincidência verificada relativamente aos objetivos imediatamente por si prosseguidos com o tipo de educação que pretendem dar aos seus filhos; só que propõem-se assegurar os mesmos resultados através de outros meios.

Não partilhando (não tendo que partilhar) a mundividência do legislador, quando este não atribua uma dimensão valorativa ou ética pronunciada aos comportamentos sexuais, e porque são possíveis outras mundividências alternativas – como aquela que a partir de uma perspetiva integral do ser humano defende a relevância moral dos comportamentos sexuais, o seu devido enquadramento num projeto familiar estável –, os objetores têm todo o direito de valorizar, por isso, na educação dos seus filhos menores a opção da castidade e do autodomínio enquanto afirmação positiva da liberdade, em detrimento daqueloutra opção educativa do Estado. Acresce que, neste caso, “a informação sobre questões práticas, como as especificidades de como utilizar métodos contraceptivos, de pouco vale se nunca se pretende que seja levada à prática”⁷⁸.

24. Sublinha alguma doutrina, vimo-lo já, o ter-se devido a mudança de critério a que se acaba de fazer referência ao processo de secularização dos Estados membros da Convenção, em virtude do qual começaram a desaparecer as disciplinas de educação moral e religiosa assentes na confissão cristã, e a ser substituídas por disciplinas (e aulas) de moral e ética laicas (de «educação para a cidadania»)⁷⁹. Por essa razão as queixas de pais «laicistas» ou ateus relativamente às extintas disciplinas foram dando lugar às queixas de pais cristãos ou de cultura judaico-cristã relativamente não às disciplinas em si (ou não a todas as componentes da dita «educação para cidadania»), mas tão só a certos conteúdos presentes nos respetivos programas⁸⁰.

Pois bem, e ainda segundo a referida doutrina, tal mudança terá trazido um problema prático acrescido aos juízes do TEDH, visto serem neste novo panorama mais segmentados os temas controvertidos, e mais variada a gama de temas e objeções, levando o Tribunal a «mudar o seu foco», de entre os possíveis meios de defesa dos direitos dos pais. Assim, transitou o Tribunal da (i) clássica dispensa à frequência da disciplina a partir da objeção de consciência suscitada, para a (ii) exigência de os Estados observarem o

⁷⁸ Idem, *ibidem*.

⁷⁹ Cf. POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 601.

⁸⁰ Idem, *ibidem*.

princípio da proibição do doutrinamento, com a «contrapartida» (digamos assim) de apenas ser reconhecida a objeção à frequência das disciplinas ou aulas em questão, com o direito a serem os filhos dispensados dessa frequência, verificando-se tal violação⁸¹.

Do ponto de vista do Tribunal, e segundo a máxima do «hard cases never make good law», seria mais simples conceder dispensas de frequência às disciplinas de educação moral e religiosa assentes numa determinada confissão religiosa, eventualmente com um arranjo de soluções alternativas, e muito mais complicado tratar toda uma gama de objeções que os pais podem apresentar noutros casos⁸². Por isso o garantir que a educação oferecida nas escolas públicas observa certos padrões de objetivismo e pluralismo terá constituído, na ótica do Tribunal, a solução mais prática “para os Estados cumprirem e para os tribunais monitorarem do que decidir caso a caso se dispensas específicas ou alternativas são suficientes”⁸³.

25. Contudo, este argumento da impraticabilidade de proporcionar às crianças um tratamento especial de cada vez que os pais o solicitem é, a nosso ver, falacioso.

Sublinha e bem a este respeito Méndez Powell que “as preocupações práticas não parecem suficientes para justificar a recusa de uma maior deferência para com os desejos dos pais”, quando não é posta em causa toda a disciplina: ainda que satisfazer os pais possa nesta hipótese apresentar mais dificuldades, nos casos em que o conteúdo ofensivo permeia o currículo em muitas aulas, isso não justifica negar pedidos que são viáveis, designadamente “quando o conteúdo ofensivo é limitada a aulas determinadas”⁸⁴. Por seu turno, nota Elena García-Antón Palacios o evidenciar-se aqui, nas ponderações do Tribunal, um relevo desproporcionado aos objetivos de carácter genérico prosseguidos pelo Estado, em detrimento da consideração pelos pais dos conteúdos educativos especificamente questionados como sendo contrários às suas convicções⁸⁵.

Na verdade, reitera-se, é sempre possível resolver-se a questão a contento (com acomodação) de todos os direitos e interesses envolvidos através de uma dispensa seletiva, consistindo os arranjos especiais e alternativos⁸⁶ a decidir caso a caso pelas autoridades públicas instadas, ainda e sempre, na clássica concessão da dispensa de

⁸¹ Cf. POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), pp. 601-602.

⁸² Cf. POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 611.

⁸³ Idem, ibidem.

⁸⁴ Idem, ibidem.

⁸⁵ PALACIOS, ELENA GARCÍA-ANTÓN (2017), pp. 125 a 131; cf. também GRADE, CARLOS RATINHO (2023), p. 40.

⁸⁶ Cf. POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 609.

assistência aos filhos dos objetores, mesmo que, em *ultima ratio*, apenas relativamente às aulas em fossem (sejam) ministrados os conteúdos (mais) controvertidos.

A referida justificação constitui claramente, e a nosso ver, um pretexto que mascara a razão de fundo, que é essencialmente ideológica e resulta da conhecida e deletéria tentação do TEDH (e não só) de um ativismo judicial favorável às ideias mais «avançadas», tema que será desenvolvido mais adiante.

3.3 – Os acórdãos *Hassan, Folgero, Appel-Irrgang, Jimenez, Konrad e Ramos Bejarano*

a) *A notória desigualdade de tratamento do TEDH para com os objetores, consoante a natureza das respetivas convicções*

26. Sublinha a doutrina este respeito, e com toda a razão, a notória desigualdade de tratamento do TEDH para com os objetores, consoante a natureza das respetivas convicções⁸⁷.

Entre nós, critica Miguel Assis Raimundo, no respeitante ao princípio de proibição do doutrinamento, o diferenciado tratamento dispensado pelo Tribunal aos conteúdos de natureza moral ou ética relativamente aos de natureza religiosa, sem justificação bastante para o efeito, sendo como é o doutrinamento proibido independentemente de ser religioso ou não⁸⁸. Também Elena García-Antón Palacios frisa o ostensivo decréscimo de exigência do Tribunal para com matérias não religiosas, que podem ainda assim afetar convicções religiosas (ou tão só filosóficas, pouco importa) por contenderem com a moral⁸⁹.

Por seu turno, e no mesmo sentido, nota Grégor Puppincq que o Tribunal, enquanto “garante a todas as pessoas o direito de objetarem à sua participação (ou à participação dos seus filhos menores) em atividades de comunidades religiosas quando estas são contrárias às suas convicções”, considerando designadamente “que os pais ateus têm o direito de recusar que os seus filhos participem em aulas de instrução religiosa onde são transmitidos conhecimentos «incompatíveis com as suas convicções e as suas

⁸⁷ Cf. PUPPINCK, GRÉGOR (2021), pp. 77-78.

⁸⁸ RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS (2019), pp. 2225-2226; cf. também GRADE, CARLOS RATINHO (2023), p. 40.

⁸⁹ PALACIOS, ELENA GARCÍA-ANTÓN (2017), pp. 125 a 131; cf. também GRADE, CARLOS RATINHO (2023), p. 40.

crenças»⁹⁰», não dispensa igual trato aos pais que “objetam à participação dos filhos em aulas obrigatórias, já não de religião, mas de educação sexual⁹¹, de moral laica⁹²” ou “de ética⁹³”.

E toma o TEDH esta posição por partir de um (quase sempre indemonstrado) pressuposto de, nesses casos, ser o ensino concebido e ministrado “de maneira objetiva, pluralista e científica, não constituindo por isso uma tentativa de doutrinação”⁹⁴. Veja-se um acórdão relativamente recente – *Hassan e Eylem Zengun c. Turquia* (de 09.X.2007) – em que deixou o tribunal claro o direito dos pais de recusar a participação dos filhos em aulas onde se transmitam conhecimentos “incompatíveis com as suas convicções e crenças”, o qual advém de um “dever natural (...) para com os seus filhos” e que visa também “evitar que os alunos sejam confrontados com um conflito entre a educação” dada pela escola “e as convicções religiosas ou filosóficas dos pais”⁹⁵.

E noutro importante acórdão do mesmo ano (*Folgero e outros c. Noruega* (29.VI.07), sublinha o TEDH o dever ser o ensino “objetivo, crítico e pluralista”, não podendo o Estado “ter uma finalidade de doutrinação que possa ser considerada uma falta de respeito pelas convicções religiosas e filosóficas dos pais” – pelo que, sendo este limite ultrapassado, legitima-se a objeção dos pais.

Acontece que nos dois acórdãos que se acaba de referir, onde tão bons princípios são solenemente reafirmados para fundar uma solução favorável aos requerentes... estes últimos são pais laicistas ou ateus que objetam à frequência pelos respetivos filhos de disciplinas de ensino de moral e religião! Já quando os objetores são pais cristãos (ou pais ou que, não professando este credo, partilhem a mesma mundividência judaico-cristã), continuam as mesmas premissas ou princípios a serem confirmados, mas, *in fine*, recusa-se o Tribunal a reconhecer, nos casos concretos que lhe são submetidos, a legitimidade da objeção. Tal se passou, como vimos, no acórdão *Kjeldsen*, e voltou a suceder nos acórdãos *Jiménez*, *Appel-Irrgang* e *Ramos Bejarano*.

⁹⁰ TEDH, *Folgero e outros c. Noruega*, proc.º n.º 15472/02, St. de 29.VI.2007, §97 [PUPPINCK, GRÉGOR (2021), p. 77]. Para o Tribunal, esse direito, que advém do “dever natural dos pais para com os seus filhos”, visa também “evitar que os alunos sejam confrontados com um conflito entre a educação religiosa dada pela escola e as convicções religiosas ou filosóficas dos pais” (*Hassan e Eylem Zengun c. Turquia*, proc.º n.º 1448/04, St. de 09.X.2007, §71).

⁹¹ TEDH, *Jiménez Alonso e Jiménez Merino c. Espanha*, proc.º n.º 17 568/99, St. de 25.V.2000.

⁹² CEDH, *Slugis c. Bélgica*, proc.º n.º 51 188/90, St. de 09.IX.1992.

⁹³ TEDH, *Appel-Irrgang e outros c. Alemanha*, proc.º n.º 45.216/07, St. de 06.X.2009.

⁹⁴ PUPPINCK, GRÉGOR (2021), pp. 77-78.

⁹⁵ TEDH, *Hassan e Eylem Zengun c. Turquia*, proc.º n.º 1.448/04, St. de 09.X.2007, §71.

No caso *Jimenez v. Spain* (2000-VI), sobre aulas de educação sexual, o TEDH não deu razão aos queixosos, considerando não haver doutrinação por serem as aulas ministradas «objetivamente», e por terem aqueles pais a liberdade de matricular os filhos em escolas particulares que oferecessem uma educação adequada à sua fé ou opiniões – sendo que, no caso, e segundo o Tribunal, não haviam os queixosos demonstrado, como supostamente lhes seria exigível, barreiras práticas ou financeiras a tal alternativa⁹⁶.

Note-se o ter aqui considerado explicitamente o Tribunal, na esteira do acórdão *Kjeldsen*, “o facto de as escolas privadas não serem obrigadas a ministrar as aulas de educação sexual a que os pais se opunham como um elemento positivo que evidenciava o estarem os direitos dos pais a serem respeitados”⁹⁷.

E no caso *Appel-Irrgang e outros c. Alemanha* (06/19/2009), em que os pais requerentes, cristãos protestantes, fundavam a sua objeção à obrigatoriedade de frequência pelos seus filhos de uma disciplina de ética laica no facto de os respetivos conteúdos apresentarem um cariz anticlerical e antirreligioso, decidiu o Tribunal não terem os ditos pais o direito de desobrigar os filhos da frequência de uma tal disciplina, nem sequer de serem eles dispensados das aulas com conteúdos mais controvertidos, caso o Estado satisfizesse os “padrões de pluralismo e objetividade”⁹⁸.

Mas já no caso *Folguero v. Noruega* (2007-III), em que a objeção, suscitada por «pais não cristãos», dizia respeito aos conteúdos ministrados em aulas de educação moral e religiosa, deu o Tribunal razão aos queixosos, por entender que a presença de escolas privadas, mesmo que beneficiárias de subvenções estatais, não dispensava o Estado do seu dever de garantir o pluralismo nas escolas públicas: quando “os Estados Contratantes incluam o estudo da religião nos subtemas dos currículos escolares, independentemente das modalidades de dispensa de frequência dessa disciplina, os pais dos alunos podem legitimamente esperar que esta seja ensinada de modo a satisfazer os critérios de objetividade e pluralismo”⁹⁹.

b) A pretensa alternativa do ensino privado e a notória desvalorização quer das convicções morais dos pais, quer da desadequação e do cariz apologético de um certo ensino da sexualidade

⁹⁶ Cf. POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 608.

⁹⁷ Idem, ibidem.

⁹⁸ Cf. POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 609.

⁹⁹ Idem, ibidem.

27. São, pois, evidentes as contradições evidenciadas (i) entre os acórdãos *Jimenez* e *Folguero* quanto à pretensão alternativa do ensino privado em caso de objeção dos pais a conteúdos ministrados na escola pública contrários às suas convicções, e (ii) entre os acórdãos *Appel-Irrgang* e *Folguero*, quanto à legitimação da objeção dos pais quando é ultrapassado o limite de respeito pelas suas convicções religiosas e filosóficas.

Refira-se, ainda, quanto ao caso *Jimenez*, o ser notória a desvalorização quer, por uma banda, das convicções morais dos pais, quer, por outra banda, da desadequação e cariz apologético de um certo ensino da sexualidade. Com efeito, há neste último acórdão, por um lado, uma indevida acentuação do aspeto propriamente religioso ou de fé da posição dos pais queixosos (com colocação do foco num plano ontológico, por definição menos demonstrável «racionalmente» e «cientificamente», mas no qual nem todos requerentes necessariamente se situam), e, por outro lado, uma desvalorização das suas convicções morais (essas, sim, comuns a todos os objetores, professantes ou não da fé cristã), as quais são etiquetadas como mera «opinião».

Ora, a objeção, suscitada tão só no plano ético ou moral (axiológico), funda-se na adesão dos requerentes à moral sexual tradicional (se assim quisermos chamar-lhe), que (i) não está desde logo associada necessariamente à fé religiosa¹⁰⁰, e que (ii) não é, para os pais que a ela adiram, um simples assunto opinativo, mas antes um aspeto essencial da formação e educação dos seus filhos.

28. Já no caso *Ramos Bejarano*, sublinha a doutrina o ter ido o TEDH ao ponto extremo, no seu ativismo ideológico, de rejeitar a objeção suscitada sem fornecer qualquer explicação das razões de fundo da decisão proferida.

O assunto apresentava, contudo, grande relevância social, pois tratava-se de uma queixa apresentada por 305 famílias espanholas que objetaram à frequência, pelos seus filhos menores, da já referida disciplina de «Educação para a Cidadania» («irmã gémea» da nossa «CeD»), isto na sequência de uma objeção de consciência suscitada por mais de 50 000 famílias de todo o país, com expresso apoio dos bispos católicos. Eram contestadas por essas dezenas de milhares de pais espanhóis não só a vertente da educação sexual, mas também a ideológica ou filosófica, dado o seu teor abertamente anticristão e

¹⁰⁰ Sobre a perspetiva da Igreja Católica nesta matéria, veja-se, por todos, BURKE, RAYMOND LEO, CARDEAL (2020), e, entre nós, a Nota Pastoral do Arcebispo de Braga D. JORGE URTIGA, *Educação, Família e Liberdade*, de 18.X.2020.

a sua imposição as todas as escolas espanholas, públicas ou privadas (cf. *St. Ramos Bejarano e outros c. Espanha* - St. de 13.II.2014¹⁰¹).

Para a doutrina do país vizinho que teve a oportunidade de se pronunciar posteriormente à emissão deste último acórdão, os conteúdos em causa (reitere-se, em tudo idênticos aos que enformam a disciplina portuguesa gêmea de «Cidadania e Desenvolvimento») resultaram de uma tentativa do Governo do PSOE (partido também ele congénere do nosso Partido Socialista) de construir uma «consciência moral cívica» comum a todos os cidadãos espanhóis – isto diferentemente dos conteúdos de «educação para a cidadania» proporcionados noutros Estados do nosso entorno civilizacional, cuja finalidade se resume a uma formação sobre valores, direitos e instituições consagrados nas respetivas Constituições e no direito internacional¹⁰².

29. No acórdão *Konrad* validou o TEDH igualmente a pouco liberal proibição do ensino doméstico no direito ordinário alemão, aceitando como boa a justificação do “interesse geral da sociedade em evitar a emergência de sociedades paralelas” e do objetivo de impor “a integração das minorias na sociedade”¹⁰³.

Contudo, e como sublinha a doutrina, a proteção da «diversidade cultural», tão acarinhada pelo Tribunal, também se alcança facultando-se aos alunos disciplinas ou aulas alternativas, através do *homeschooling* ou ainda do ensino particular¹⁰⁴. Com efeito, é precisamente o dito princípio da proteção da «diversidade cultural» e do «pluralismo» que justifica a admissibilidade destas alternativas ao ensino público estandardizado; não se afigura, pois, razoável negar aos pais o direito de retirar seus filhos do ensino estatal, na medida em que “esse direito também contribui para a diversidade cultural”¹⁰⁵.

Finalmente, para o TEDH, sempre que o Estado cumpra o «dever» de ensinar uma «ciência», sobrepõe-se, em benefício da própria criança, o cumprimento desse dever ao “de respeitar as opiniões e convicções dos pais”¹⁰⁶. Todavia, e como bem nota Grégor Puppink, tal abordagem “pressupõe uma confiança maior no Estado do que nos pais”,

¹⁰¹ Acórdão de 13.II.2014, proc.º n.º 15976/10 – cf. PUPPINCK, GRÉGOR (2021), pp. 78-79. O nosso conhecimento do conteúdo deste aresto é indireto, pois, infelizmente, não está publicado no site do Tribunal.

¹⁰² Cf. PALACIOS, ELENA GARCÍA-ANTÓN (2017), pp. 196-197; cf. também GRADE, CARLOS RATINHO (2023), p. 43.

¹⁰³ TEDH, *Konrad e outros c. Alemanha*, proc.º n.º 35.504/03, St. de 11.IX.2006.

¹⁰⁴ Cf. POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 611.

¹⁰⁵ *Idem*, *ibidem*.

¹⁰⁶ PUPPINCK, GRÉGOR (2021), p. 78.

sendo que “a experiência histórica ensina que, não poucas vezes, o Estado abusou do seu poder, classificando como científicas teorias que o não eram”¹⁰⁷.

§ 4 – OS PRINCIPAIS VÍCIOS DE RACIOCÍNIO DA JURISPRUDÊNCIA DO TEDH NAS MATÉRIAS DA LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E PROIBIÇÃO DE DOUTRINAMENTO

4.1 – A confusão entre um *direito fundamental com radicação subjetiva* (a liberdade de consciência) e um *princípio objetivo* (o da proibição de doutrinação que recai sobre os poderes públicos)

30. Parece-nos ter caído o TEDH, quanto à objeção de consciência relativamente a conteúdos educativos obrigatórios, num erro fatal de raciocínio jurídico, que foi o de fundir (confundir) um *direito fundamental com radicação exclusivamente subjetiva* (a liberdade de consciência, que consiste essencialmente num crucial espaço individual de liberdade ou autonomia, absolutamente vedado à interferência dos poderes públicos), com um *princípio objetivo, o da proibição de doutrinação que recai sobre os poderes públicos*, e que está explicitamente consagrado em algumas (poucas) Constituições, como a portuguesa de 1976, mas não, manifestamente, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Considerou o Tribunal, indevidamente, serem os dois princípios uma só entidade, como se duas faces de uma mesma moeda se tratasse – pelo que, sendo os Estados «absolvidos» da «acusação» de violação do princípio da proibição de doutrinação nos conteúdos educativos obrigatórios, por definição não poderiam deixar de respeitar também, do mesmo passo, a liberdade de consciência de todos os pais, o mesmo é dizer, as suas convicções religiosas, morais e/ou filosóficas.

Ora, por esta via do empolamento da dimensão objetiva do princípio da proibição do doutrinação, conjugada com um evidente fenómeno de ativismo judicial do TEDH, paradoxalmente, acabaram os pais cristãos ou de moral tradicional ou conservadora por se verem negativamente discriminados nas suas legítimas pretensões. Na verdade, o dito princípio, contas feitas, só teve um resultado visível: nas palavras de Fernando Méndez Powell “minimizou” ele “o direito tradicional dos pais de exigir que as escolas públicas concedam dispensas ou soluções alternativas para os seus filhos em caso de objeções filosóficas ou religiosas”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁸ Cf. POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 624.

31. Note-se que reforça o TEDH a justificação da posição que passou a assumir desde o caso *Kjeldsen* com o argumento do interesse público que apresenta o inverso da instrução fornecida com intuito de doutrinação – i.é, a instrução que ofereça uma visão «pluralista», «tolerante» e imbuída de «diversidade cultural» –, por ser “o pluralismo na educação (...) essencial para a preservação da sociedade democrática”¹⁰⁹.

Mas, e como bem nota Fernando Méndez Powell, nunca o Tribunal logrou definir o que para si “significa «objetividade» e «pluralismo» em relação ao princípio da proibição de doutrinação”¹¹⁰ – conceitos altamente indeterminados que, reitere-se, num típico fenómeno de ativismo judicial, os juízos de Estrasburgo têm maneado para, sem uma real e substantiva fundamentação, absolver os Estados e desatender as objeções suscitadas neste âmbito. O problema, pois, é que pode a educação ser (subjetivamente) percebida pelos juízes como «pluralista» e «objetiva» e, ao mesmo tempo, estar “em desacordo com as convicções dos pais” – sendo que o texto simples do art.º 2.º do Protocolo I anexo à Convenção é mais conforme ao “ao entendimento clássico do direito dos pais a obter a dispensa de frequência das aulas” em caso de desacordo do respetivo conteúdo com as ditas convicções¹¹¹.

Ora, e como já acima procurámos demonstrar, em tese geral, limita-se o artigo 2.º do P1-2 anexo à Convenção, no que se refere especificamente aos conteúdos educativos obrigatórios, a vincular o Estado, “*no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino*”, a respeitar “*o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas*”.

Como bem sublinhou o Juiz Alfred Verdross na sua declaração de voto junta ao Acórdão *Kjeldsen*, se é aceitável uma parcial coincidência de âmbitos – ou seja, o entendimento de que toda a instrução dada na escola pública com o intuito de doutrinação se pode considerar implicitamente interdita pela referida disposição da Convenção, na medida em que colidirá, por definição, com as convicções religiosas e filosóficas daqueles pais (muitos ou poucos, não importa) que não adiram à doutrina veiculada –, o facto é que as obrigações decorrentes da norma da Convenção em causa não se limitam a essa proibição.

¹⁰⁹ Cf. Acórdão *Kjeldsen*, 23 [POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 611].

¹¹⁰ POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 615.

¹¹¹ POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 611. Como sublinhou o Juiz Alfred Verdross na sua declaração de voto de vencido no acórdão *Kjeldsen*, o artigo 2.º do Protocolo n.º 1 (que garante o respeito pelo Estado do direito dos pais de assegurar a educação e o ensino do seus filhos em conformidade com as suas próprias convicções religiosas e filosóficas) constitui uma regra especial que derroga o princípio geral do art.º 10 da Convenção (que consagra a liberdade de cada pessoa de receber e transmitir informações).

É que não contemplam nem a letra, nem o espírito, do art.º 2.º (P1-2) um entendimento tão restritivo, designadamente em razão da intenção subjacente à instrução veiculada: diferentemente – assim se exprimiu e bem o Juiz Verdross –, obriga ela “absolutamente os Estados a respeitar as convicções religiosas e filosóficas dos pais”, sem distinguir desde logo entre as diferentes intenções que possam presidir à instrução dada.

A radicação subjetiva da liberdade de consciência, enquanto direito humano ou direito fundamental está bem frisada em diversas passagens dessa declaração do Juiz Verdross: sendo todos os direitos protegidos pela Convenção e pelos seus Protocolos Adicionais *direitos humanos individuais*, o Tribunal apenas tem “a obrigação de decidir se, no caso em apreço, os direitos dos requerentes foram ou não respeitados”, ainda que o conteúdo objetado não constitua uma tentativa de doutrinação. Assim, “mesmo informações objetivas” sobre determinados itens “fornecidas muito cedo na escola” podem violar as crenças dos pais, o que lhes confere o direito de a elas se oporem” – devendo o Tribunal limitar-se “a investigar, em caso de dúvida”, se a queixa tem ou não cabimento face à “doutrina professada pelos requerentes”, com respeito pela mundividência ou ideologia dos interessados, “desde que esta esteja claramente estabelecida”.

Pelo que, e em suma, estando o Estado obrigado a respeitar as opiniões religiosas ou filosóficas dos pais – e continuando a acompanhar a declaração de Verdross – “mesmo que exista um único casal cujas convicções, no que diz respeito à formação da consciência dos seus filhos menores, sejam diferentes das da maioria do país ou de uma determinada escola, *ele só poderá cumprir o seu dever em questão dispensando as crianças de terem aulas sobre atividades sexuais*” (itálico nosso).

4.2 – A clara improcedência do argumento esgrimido pelo TEDH da necessidade de proteger o «direito das crianças» a conhecerem a «diversidade cultural da humanidade» contra a vontade dos pais

a) Entrada no tema: a Convenção sobre os Direitos das Crianças

32. O valor da “diversidade cultural da humanidade” é tido pelo TEDH como o simétrico do desvalor da procura pelos Estados da homogeneidade cultural da sua comunidade pelo doutrinamento, justificando-se a proibição deste também enquanto princípio objetivo, i.e., como “medida de proteção da diversidade”¹¹².

¹¹² POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 611.

Ora, ainda segundo o Tribunal, para proteger esse valor da «diversidade cultural» é insuficiente a proibição do doutrinamento como um princípio independente, devendo os Estados ser proativos no sentido de não deixar esse «interesse público» da proteção do pluralismo “ao arbítrio dos pais”¹¹³.

Tal exigência de tipo objetivo seria ainda reforçada por um suposto dever do Estado de zelar pelos direitos dos filhos à revelia dos pais, dever cujo cumprimento poderia exigir um parcial sacrifício dos direitos dos progenitores: é que o ser a educação pública “objetiva e pluralista” protegeria ainda o suposto direito das crianças “de formar seus próprios pontos de vista sobre religião, política, moralidade ou filosofia”, porquanto “numa sociedade democrática só o pluralismo na educação” permitiria aos alunos “desenvolver uma mente crítica em relação a questões religiosas no contexto da liberdade de pensamento, consciência e religião”¹¹⁴.

Na ótica do Tribunal, esta mudança de visão seria “apoiada pelo facto de que todos os tratados internacionais de direito humano que conferem aos pais o direito de dirigir a educação de seus filhos serem anteriores à Convenção sobre os Direitos da Criança”¹¹⁵.

É que esta última convenção, sempre segundo o Tribunal, terá resultado “de uma mudança de paradigma em relação à compreensão dos direitos das crianças no direito internacional dos direitos humanos”: assim, “onde antes as crianças eram vistas como meros objetos a serem protegidos”, seriam agora “reconhecidas como sujeitos com direitos independentes dos pais”, a quem caberia o direito de livre escolha nos campos religioso e filosófico, devendo as obrigações estatais decorrentes das disposições do direito internacional dos direitos humanos relativas aos direitos parentais “ser reinterpretadas à luz desta mudança”¹¹⁶.

Os direitos educativos consagrados nos tratados teriam deste modo deixado de ser “uma ferramenta destinada a obrigar os Estados a respeitar a vontade dos pais”, para se tornar um instrumento nas mãos dos mesmos Estados de «proteção das criança» contra (também) os próprios pais (se necessário)¹¹⁷.

¹¹³ Idem, *ibidem*.

¹¹⁴ Cf. Acórdão do TEDH *Rico v. Turquia*, 2007 [citado por POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 611-612]. O Juiz Power, no Acórdão do Pleno *Lautsi v. Itália*, de 18.III.2011 (Proc.º n.º 30814/06), expressou esta ideia de o pluralismo ser essencial para satisfazer o direito da criança à educação nos seguintes termos: “A educação seria diminuída se as crianças não fossem expostas a diferentes perspectivas de vida e, ao não serem tão expostas, não tivessem a oportunidade de aprender a importância de respeitar a diversidade” (POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 611-612).

¹¹⁵ POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 612.

¹¹⁶ POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 613.

¹¹⁷ Idem, *ibidem*.

b) *Uma interpretação abusiva da Convenção: as exigências nesta de adequação da instrução aos estádios de crescimento da criança e de conjugação da proteção do seu «melhor interesse» com o exercício dos poderes-deveres paternais no desenvolvimento das respectivas identidade, personalidade e afetividade.*

33. Mas esta visão de que a Convenção sobre os Direitos das Crianças teria tido um efeito de rotura com os tratados anteriores resulta ela, também, por sua vez, de uma interpretação por demais abusiva («avançada») do respetivo texto.

Desde logo, e não obstante a Convenção não segmentar as diversas faixas etárias a que correspondem as distintas etapas do crescimento da criança, considerando “*como criança todo o ser humano com menos de 18 anos de idade*” (art.º 1.º), sempre que for o caso deverão ser moldadas as suas diversas disposições aos diferenciados estádios dos respetivos crescimento e amadurecimento.

É o que se retira do art.º 5.º da CDC, quando impõe aos Estados, relativamente às crianças, na sua tarefa de “*proporcionar-lhes instrução e orientação adequadas*”, que o façam “*de acordo com sua capacidade em evolução*”; e também do n.º 1 do art.º 12.º, onde se dispõe que os mesmos Estados “*devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser considerada*”, sim, mas... sempre “*em função da idade e da maturidade da criança*”!

Isto (i) desde as idades mais precoces (até aos 8 anos, sensivelmente), em que quaisquer informações transmitidas por um adulto em posição e autoridade, designadamente por um professor, e ainda que transmitidas de forma plural e objetiva, são percebidas como sendo asserções verdadeiras, podendo por isso constituir um doutrinamento, passando (ii) pela faixa etária intermédia (entre os 8 e os 16 aos), que ainda requer, relativamente a matérias mais sensíveis ou controvertidas, que elas (crianças) desenvolvam primeiro uma capacidade de pensamento crítico, sob pena de ter o respetivo ensino um efeito desproporcional na formação das suas consciências, até (iii) aos últimos anos (dos 16 aos 18), em que atingem o nível de maturidade necessário para formar os seus próprios pontos de vista.

34. Em conjugação com estas necessárias diferenciações, importa ter presente que a Convenção sobre os Direitos das Crianças não separa em nenhum dos seus preceitos o «melhor interesse da criança» do tempestivo exercício pelos pais dos respetivos poderes-deveres na sua (dela criança) formação moral e no desenvolvimento das suas identidade,

personalidade e afetividade. Pelo contrário, a CDC mantém essa conexão consagrada nos tratados anteriores.

Desde logo, e no ponto que nos importa, impõe o art.º 14.º, n.º 1 aos Estados Partes o dever de reconhecerem eles “*os direitos da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença religiosa*”, mas sempre com respeito pelo “*direito e os deveres dos pais e, quando aplicável, dos tutores legais de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos, de maneira compatível com sua capacidade em desenvolvimento*” (n.º 2).

De seguida, no n.º 2 do seu art.º 2.º prescreve o dever de os Estados subscritores adotarem “*todas as medidas apropriadas para assegurar que a criança seja protegida contra todas as formas de discriminação (...) em função da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares*” – sendo conexão, inclusive, objeto de uma especial proteção.

E também o art.º 3.º, depois de, no seu n.º 1, obrigar os poderes públicos, na respetiva atuação, “*a considerar primordialmente o melhor interesse da criança*”, explicita logo a seguir (no n.º 2 do mesmo artigo) a obrigação dos Estados, em concretização desse melhor interesse, de assegurarem “*à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores legais ou outras pessoas legalmente responsáveis por ela*”, através da adoção, com tal finalidade, de “*todas as medidas legislativas e administrativas adequadas*”.

Nesta mesma linha, dispõe por seu turno o art.º 5 que os Estados subscritores devem “*respeitar as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, quando aplicável, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores legais ou de outras pessoas legalmente responsáveis pela criança, para proporcionar-lhe instrução e orientação adequadas, de acordo com sua capacidade em evolução, no exercício dos direitos que lhe cabem pela presente Convenção*”.

É certo que a CDC consagra o direito da criança “*de se expressar livremente*” e de livremente também “*procurar, receber e divulgar informações e ideias de todo o tipo*” (art.º 13.º, n.º 1), devendo os Estados “*reconhecer*” que a educação da criança deve estar orientada no sentido de (i) “*desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo seu potencial*”; (ii) “*imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados*

na Carta das Nações Unidas”; (iii) “*imbuir na criança o respeito por seus pais, sua própria identidade cultural, seu idioma e seus valores, pelos valores nacionais do país em que reside, do país de origem, quando for o caso, e das civilizações diferentes da sua*”; e (iv) “*preparar a criança para assumir uma vida responsável em uma sociedade livre, com espírito de entendimento, paz, tolerância, igualdade de gênero e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos, e populações autóctones*”.

Todavia, tudo isto se fará com o simultâneo reconhecimento do princípio das obrigações dos pais (ambos) “*com relação à educação e ao desenvolvimento da criança*”, sendo eles pais (“*ou, quando for o caso, os tutores legais*”), inequivocamente, “*os responsáveis primordiais pela educação e pelo desenvolvimento da criança*”, sob o imperativo (“*preocupação básica*”) da “*garantia do melhor interesse da criança*” (art.º 18.º, n.º 1); e sempre com respeito pelo “*direito e os deveres dos pais e, quando aplicável, dos tutores legais de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos, de maneira compatível com sua capacidade em desenvolvimento*” (art.º 14.º, n.º 2).

Em conclusão, também na Convenção dos Direitos das Crianças se mantém a regra geral nos múltiplos domínios de direito objetivo relativo à proteção das crianças, de ser esta assegurada primacialmente através dos pais, e não de uma direta ou não intermediada atribuição de direitos¹¹⁸.

Acresce que, e como salienta a doutrina, não foi essa «garantia» do «pluralismo», da «objetividade» e «cientificidade» no ensino escolar obrigatório para as crianças o objetivo prosseguido pela disposição do Protocolo I anexo à Convenção Europeia dos Direitos do Homem que atribui aos pais direitos em relação à educação dos filhos¹¹⁹.

c) *A inexistência na Constituição portuguesa de uma cláusula ou princípio de «superior interesse da criança»*

35. Sobretudo, o mesmo se diga quanto às pertinentes normas da nossa lei fundamental sobre estas matérias, já acima analisadas, as quais, na medida em que integram o núcleo dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, prevalecem sobre todo o direito internacional público¹²⁰.

¹¹⁸ Cf. ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO (2008), pp. 5 e 7.

¹¹⁹ Cf. POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 612.

¹²⁰ Inclusive sobre “[a]s normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte” e dos tratados que vigorem “diretamente na ordem interna” (cf. n.ºs 3 e 4 do art.º 8.º CRP).

É que inexistente na nossa Constituição uma cláusula ou princípio de «superior interesse da criança», não sendo este nem um direito fundamental, nem um direito do homem, nem um bem fundamental, nem um interesse público, nem uma condição do exercício do poder paternal¹²¹.

Como bem explica Melo Alexandrino, não estamos perante um bem fundamental por várias e sobrepostas razões: “[e]m primeiro lugar, na sistemática constitucional, dentro do Título III da Parte II, as crianças surgem depois da família (art.º 67.º) e da paternidade e maternidade (artigo 68.º)”; “[e]m segundo lugar, no art.º 68.º, n.º 4, a Constituição refere-se aos «interesses da criança» (ao lado das necessidades do agregado familiar) e não ao alegado princípio universal do superior interesse da criança”; e “[e]m terceiro lugar, se na Constituição há regras de interpretação, elas encontram-se entre os art.ºs 12.º e 16.º, onde decerto não cabe o princípio invocado”¹²².

Não podem, por isso, os poderes públicos forçar os pais, em nome de um alegado «interesse superior da criança», a conformarem-se com “um determinado modelo de educação” ou circunscrever o seu papel educativo “a certos domínios parcelares”¹²³. Inclui o papel dos pais, concretamente, e neste âmbito, “a dimensão filosófica, estética, política, ideológica e religiosa (art.º 43.º, n.º 2)”, o que torna inadmissível neste domínio que se lhes imponha a “adoção de uma educação pluralista ou de um agnosticismo valorativo na educação dos filhos”, assim como “em matéria de educação sexual” (Rui Medeiros)¹²⁴.

À luz dos tratados sobre direitos humanos que inspiraram também a nossa lei fundamental, e, inequivocamente, à luz desta, cabe aos pais um contributo decisivo para a formação da identidade pessoal das crianças e jovens a seu cargo. Ou seja, competes (a eles pais) formar as ditas crianças e jovens numa mundividência não apenas abstrata, mas ligada à vida real e assente na tomada de posição perante determinadas propostas – mundividência essa que constitui um elemento crucial, constitutivo mesmo, do seu desenvolvimento psicológico e moral. Reitere-se, pois, a evidência de não disporem as crianças – sobretudo enquanto não alcançam a idade da razão (o que só ocorre pelos 8 anos de idade), mas também depois (quando estão em formação a sua identidade

¹²¹ ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO (2008), p. 13.

¹²² ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO (2008), p. 13, nota 162 (p. 26).

¹²³ MEDEIROS, RUI (2010), p. 831.

¹²⁴ MEDEIROS, RUI (2010), p. 831.

e a sua personalidade, *grosso modo* entre os 8 e os 16 anos)¹²⁵ – da capacidade para formar as suas próprias convicções religiosas e morais, ou de não disporem ainda de uma tal capacidade com as necessárias completude e maturidade.

Por isso, e desde logo, determinadas informações, ainda que porventura percecionadas como sendo “transmitidas de forma plural e objetiva, podem constituir um doutrinamento se ensinadas às crianças em idades muito precoces”¹²⁶. Importa pois, relativamente a determinadas matérias mais sensíveis ou controvertidas, que elas (crianças) desenvolvam primeiro “uma capacidade de pensamento crítico”, sob pena de ter o respetivo ensino “um efeito desproporcional na formação das suas consciências” – o que obriga os Estados a relegá-lo “para os últimos anos do processo de escolarização”, ou seja, quando já tenham chegado à idade (dos 16 anos ou mais, diríamos) onde se espera terem atingido “o nível de maturidade necessário para formar os seus próprios pontos de vista”¹²⁷.

Como explica Puppink, dado o processo natural de espontânea adesão das crianças às convicções dos pais, devem-se estas expressas e enfáticas salvaguardas nos tratados sobre direitos humanos e nos capítulos sobre direitos fundamentais das Constituições dos Estados Democráticos de Direito ao cuidado de evitar o serem as ditas crianças “colocadas numa situação de conflito entre duas lealdades (aos pais e à escola)”¹²⁸. Face ao risco de eclosão deste conflito, optaram os ditos ordenamentos superiores por reconhecer “o carácter primeiro – porque natural – da lealdade filial”, impondo aos poderes públicos o respeito por essa primazia¹²⁹.

É, por conseguinte e em suma, ilegítima a asserção de que, quanto aos direitos dos pais na educação dos filhos, o respeito é apenas “devido a convicções por parte dos pais que não entrem em conflito com o direito da criança à educação”¹³⁰, e de que estes não teriam “o direito de manter os filhos ignorantes relativamente visões religiosas e filosóficas diferentes das suas”¹³¹.

¹²⁵ Segundo o art.º 1.º da Convenção sobre os Direitos das Crianças, Artigo 1, “*Para efeito da presente Convenção, considera-se como criança todo o ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes*”.

¹²⁶ POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 617.

¹²⁷ Idem, *ibidem*.

¹²⁸ PUPPINCK, GRÉGOR (2021), p. 77.

¹²⁹ Idem, *ibidem*.

¹³⁰ Acórdão *Konrad*, 2006-XIII [POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 612]

¹³¹ Cf. Acórdão *Folgero*, 2007-III [POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 612].

4.3 – Uma interpretação pelo TEDH da Convenção Europeia dos Direitos do Homem também desrespeitadora do §31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

36. Grégor Puppínck chama ainda a atenção para o facto de a interpretação que o TEDH tem feito da Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem, e com base na qual têm sido desatendidas também as objeções dos pais, não respeitar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, designadamente o seu §31.¹³², por dela resultar a imposição “aos Estados de obrigações com as quais eles não consentiram previamente”¹³³. E o mesmo se diga, como se acaba de demonstrar, da interpretação que o TEDH tem levado a cabo relativamente à Convenção sobre os Direitos da Criança.

Sustenta o TEDH o atribuir-lhe a CEDH um mandato que este tratado, em bom rigor, lhe não atribui, e que seria não só o velar pela «salvaguarda» dos Direitos do Homem, mas também o trabalhar para o seu «desenvolvimento» para além da vontade dos Estados expressa no texto¹³⁴. O TEDH não encara assim as disposições das referidas convenções como estando «gravadas na pedra», mas antes como se elas fossem um «instrumento vivo», “de conteúdo flexível e extensível”, que lhe permitiria “manter uma abordagem dinâmica e evolutiva” dos Direitos do Homem, interpretando-os “à luz das condições do nosso tempo”¹³⁵.

O problema não está na resposta à justa exigência de uma interpretação atualista ou evolutiva dos textos legais, por serem de facto as sociedades “entidades vivas e sempre em mudança”¹³⁶: está no ir a interpretação ao ponto de já não ser o texto, mas o juiz a definir, no caso das Convenções, os Direitos do Homem, “alargando assim o alcance do texto para além da intenção dos seus redatores, e mesmo, por vezes, contra ela”¹³⁷.

¹³² Reza esta disposição que os tribunais deverão interpretar e aplicar os tratados “*de boa-fé, seguindo o sentido habitual a atribuir aos termos do tratado no respetivo contexto e à luz do seu objeto e da sua finalidade*”.

¹³³ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), pp. 226-227.

¹³⁴ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 227.

¹³⁵ Cf. CEDH, acórdãos *Tyler c. Reino Unido*, Proc.º n.º 5856/72, de 25.IV.1978, §31; *Marcks c. Bélgica*, Proc.º n.º 6833/74, de 13.VI.1979, §41; e *Airey c. Irlanda*, Proc.º n.º 6289/73, de 9.X.1979; e TEDH, acórdão *Y. Y. c. Turquia*, Proc.º n.º 14793, de 10.III.2015, §103.

¹³⁶ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 227.

¹³⁷ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 228. Nas incisivas palavras a este respeito do Jurisconsulto do Tribunal (magistrado encarregado de velar pela qualidade das suas decisões), “em virtude deste princípio [da interpretação evolutiva], a atitude do Tribunal quanto ao alcance deste ou daquele princípio garantido pela Convenção pode evoluir com o passar dos anos e das décadas, de tal maneira que uma questão específica, que anteriormente fora deixada à plena discricção dos Estados, poderá ser posta em causa pelo Tribunal” (TEDH, sequência de Interlaken. Princípio da Subsidiariedade. Nota do Jurisconsulto (doc. 315859880, 8.VIII.2010, p. 5).

Na matéria que nos importa, resolveu o Tribunal, contra a própria Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os demais tratados sobre Direitos Humanos, desqualificar e desconsiderar os direitos dos pais não ateus ou não agnósticos (ou que, não professando qualquer credo religioso, adotem os valores civilizacionais judaico-cristãos), quanto à educação dos filhos em questões do foro ético e moral, atribuindo a estes últimos, enquanto crianças, uma nova categoria de «direitos» indisponíveis, os quais se oporiam aos direitos do pais, e cuja realização ou satisfação (mesmo contra a vontade das próprias crianças, se e quando alinhadas com os respetivos pais) passaria a ser uma incumbência, um poder... dos próprios Estados!¹³⁸

O TEDH está deste modo a impor ilegitimamente aos Estados e aos seus cidadãos a sua própria conceção dos direitos fundamentais, arrogando-se à posição de um supremo Tribunal Constitucional europeu já não “sujeito a direito dos Estados e ao respeito pelas soberanias”, mas, ao invés, enquanto instância jurisdicional dominante de uma putativa ordem jurídica europeia¹³⁹.

§ 5 – O MAIS AMPLO PROBLEMA DA ULTRAPASSAGEM DO POVO E DO DIREITO PELO TEDH E DEMAIS INSTITUIÇÕES E JURISDIÇÕES SUPRANACIONAIS: UMA JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA À REVELIA DE VALORES, PRINCÍPIOS E DIREITOS CONSAGRADOS NOS TRATADOS E NAS CONSTITUIÇÕES

5.1 – Com a emergência dos «novos direitos do indivíduo», a perda das notas da autoridade e universalidade que caracterizavam os tradicionais direitos humanos, e o confronto direto entre uns e outros direitos

37. Quer a letra, quer o espírito, seja dos tratados sobre direitos humanos, seja das leis fundamentais que neles se inspiraram (como as Constituições portuguesa e espanhola), são claros quanto aos valores, princípios e direitos em causa, no que respeita às liberdades de consciência e religião, ao direito (instrumental destas) de objeção de

¹³⁸ O próprio Tribunal, pela boca do Juiz Rozakis, reconhece eufemisticamente que, na sua revolucionária reinterpretação da CEDH, e “contrariamente a outras garantias da Convenção, em relação às quais a jurisprudência da Convenção aumentou o âmbito de aplicação da proteção, incluindo o direito à educação, o direito dos pais (...) não parece realisticamente estar a ganhar peso no exercício de equilíbrio do teste de proporcionalidade” (em declaração concordante junta ao *Acordão Lautsi c. Itália*, proc.º n.º 30814/06, de 18.III.2011).

A doutrina sintetiza a inovadora fundamentação do Tribunal, que invoca a “necessidade de equilibrar os direitos dos pais com os direitos dos filhos e os interesses públicos”, de que resultou “menos deferência para com os desejos dos pais”, «minimizando» assim “o direito tradicional dos pais de exigir que as escolas públicas forneçam dispensas ou soluções específicas para os seus filhos devido a objeções filosóficas ou religiosas” [POWELL, FERNANDO MÉNDEZ (2015), p. 624].

¹³⁹ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 229.

consciência, à proteção da vida e da família natural, à proibição de doutrinação que recai sobre os poderes públicos e ao direito dos pais de terem a primazia na educação dos seus filhos.

Tais tratados sobre direitos humanos, como é sabido, foram subscritos pelos legais representantes dos governos dos Estados que neles figuram como Partes, e ratificados pelos seus parlamentos, assim como as Constituições onde estão consagrados os mesmos direitos fundamentais foram também, e por seu turno, redigidas por assembleias dotadas de poder constituinte – órgãos executivos e deliberativos esses por norma democraticamente eleitos pelos respetivos povos.

Mas se assim é, subsiste um problema e uma pergunta: porque razão, então, se verifica a irreprimível tendência, que também constatámos, de os juízes (quer os das instâncias máximas nacionais – como os nossos magistrados do Supremo Tribunal Administrativo que subscreveram o acórdão de 4/11/2021 –, quer os das instâncias jurisdicionais supranacionais, como o TEDH) *decidirem à revelia desses direitos e princípios, ignorando olímpicamente os textos dos Tratados e das Constituições onde os ditos direitos e princípios estão consagrados, como se lá não estivessem gravados, e bem gravados, «na pedra»?*

Com efeito, e como sublinha Grégor Puppínck, negou nomeadamente o TEDH até agora, sistematicamente, o direito dos pais de suscitarem objeções de consciência relativamente à frequência pelos filhos de disciplinas obrigatórias de Educação Sexual, Moral Laica e Ética, por abordarem matérias com uma estreita ligação à moral e à religião de uma forma, e a partir de uma perspetiva, opostas àquelas em que os mesmos pais pretendiam educar os filhos, “considerando em todos os casos que os temas eram apresentados de forma objetiva, pluralista e científica, não constituindo as aulas, por esse motivo, doutrinação”¹⁴⁰.

O problema é o carácter vago do termo «pluralismo», e os abusos a que se prestam os predicados «objetivo» e «científico» – sobretudo quando o Estado resolve “participar na determinação daquilo que são conteúdos cientificamente fundados”¹⁴¹. Constitui um paradigmático exemplo desse abuso a obrigatoriedade que, nos regimes comunistas, impedia sobre todos os alunos, de frequentar os cursos de *socialismo científico* – algo que, como vimos, hoje se repete, com uma «teoria de género» *científica* que deverá por

¹⁴⁰ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 216.

¹⁴¹ Idem, *ibidem*.

isso “ser ensinada desde a mais tenra idade”¹⁴². Ou seja, “a partir do momento em que declara que determinados aspetos de uma ideologia são conteúdos cientificamente fundados, o Estado priva toda e qualquer pessoa da faculdade de lhes opor”¹⁴³.

38. A questão que se coloca, pois, é a de saber como chegámos aqui.

Afinal, que sinuoso caminho foi o percorrido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e demais instâncias congêneres, como o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos (e bem assim por outras instituições internacionais congêneres, como a Comissão de Direitos Humanos da ONU, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa e o Parlamento Europeu), para juristas distintos como os Juízes Conselheiros da Sala de Contencioso Administrativo da Supremo Tribunal Espanhol ou do nosso Supremo Tribunal Administrativo, manifestamente sob a deletéria influência das ditas instâncias supranacionais, resolverem também eles, por seu turno, ignorar não só a letra das declarações e tratados sobre direitos humanos, mas a das suas próprias Constituições (designadamente as Constituições espanhola e portuguesa)?

A resposta é-nos dada, de modo completo, por Grégor Puppínck, autor bastas vezes citado no presente trabalho e que voltamos a acompanhar nestas reflexões.

39. Foi-se assistindo, a partir do segundo pós-guerra, ao florescimento de instituições internacionais não eleitas, como as múltiplas comissões da ONU (v.g. a Comissão de Direitos Humanos) e tribunais internacionais (v.g. o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos), ou não eleitas diretamente pelos povos dos Estados no exercício da respetiva soberania, mas com designações e símbolos idênticos aos governos e parlamentos nacionais que constituem (estes sim, e só estes) expressões orgânicas dessa soberania

Constituem paradigmáticos exemplos do mimetismo referido por último a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu. Foi, e é ainda, a vocação primeira destas instituições internacionais – algumas das quais, designadamente as jurisdicionais, convertidas entretanto em instâncias supranacionais – o papel de guardiãs dos tratados sobre direitos humanos do segundo pós-guerra.

¹⁴² PUPPINCK, GRÉGOR (2019), pp. 216-2017.

¹⁴³ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 217.

Destacam-se, de entre esses tratados, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a mais recente Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assumindo como missão e objetivo as instituições deles emergentes a implementação de uma *ordem moral naturalista* (assente na natureza humana) que deveria ser observada pelos Estados¹⁴⁴.

Nas palavras de Puppink, “tratava-se de garantir o respeito por uma conceção liberal de Estado e natural da pessoa”, assentando então firmemente a autoridade e universalidade dos direitos humanos “na objetividade da natureza humana”¹⁴⁵.

40. Acontece, todavia, que com a emergência dos «novos direitos» do indivíduo (dos direitos ao aborto, à eutanásia e ao suicídio assistido, à mudança de sexo, à maternidade sub-rogada, ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e à adoção de crianças por estes novos casais, etc., etc. – e que o autor designa por «direitos do homem desnaturado») obscureceu-se esse fundamento último, perdendo, por consequência, os tradicionais direitos humanos as ditas autoridade e universalidade¹⁴⁶.

Mais do que isso, os «novos direitos», dada a sua rutura com a natureza humana nessa aceção objetiva, contrariam frontalmente os ditos direitos naturais¹⁴⁷. Tais instâncias, a partir dos anos 70 do séc. XX, foram assumindo cada vez mais esse papel de guardiãs de uma moralidade universal superior à plasmada nas Constituições e na legislação dos Estados, substituindo, do mesmo passo, o objeto das suas ocupações e preocupações, que eram os direitos humanos naturais ou tradicionais, pelos «novos direitos humanos», e abraçando, sem reservas, a nova ordem moral que lhes subjaz.

Passaram assim tais entidades a *impor efetivamente* (as instâncias jurisdicionais supranacionais, v. g. o TIDH e o TEDH) ou a *procurar impor* (v. g. o Parlamento Europeu) os novos direitos aos Estados e respetivos cidadãos – claro está, com o inevitável sacrifício dos clássicos Direitos do Homem consagrados nos Tratados, como as liberdades de consciência, de expressão e de educação, e as liberdades política e religiosa.

¹⁴⁴ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), pp. 208 e segs.

¹⁴⁵ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 208.

¹⁴⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*.

Tornaram-se tais «direitos do Homem desnaturado» na nova religião universal, na suma verdade política, e os membros de tais instituições – os «deputados» dessas assembleias e, sobretudo, os juízes dos novéis tribunais internacionais – os seus sacerdotes.

Inaugurou-se deste modo um mundo pós-político que tende a ser governado já não por «preconceitos», mas “exclusivamente por uma sabedoria que compete a uma elite virtuosa descobrir e ensinar” do alto dos seus panteões, sendo que “nenhum obstáculo deve opor-se a esta sabedoria, nem sequer o respeito pela vontade do povo, pelo direito ou pela justiça”: o que conta é, tão só, “o progresso da virtude, porque é nela que residem a fé e a esperança políticas”¹⁴⁸.

5.2 – A construção europeia e as suas instituições agora também ao serviço da religião laica e «pós política» dos «novos direitos do indivíduo», com progressiva limitação da soberania dos povos dos Estados membros

42. Sublinhe-se que a própria construção europeia e as instituições dela encarregues passaram a estar ao serviço desse mundo pós-político e dessa religião laica, com uma tenaz e progressiva limitação da soberania dos povos dos Estados membros.

Criou-se assim por via da jurisprudência do TEDH e das declarações políticas da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa e do Parlamento Europeu uma nova noção de «sociedade democrática» erigida em “critério último da virtude política”¹⁴⁹.

Note-se que esta última noção já não é a das clássicas democracias liberais, que se baseava, nos termos do (pelos vistos hoje caduco) Estatuto do Conselho da Europa, nos “princípios da liberdade individual, da liberdade política e da preeminência do direito”¹⁵⁰: esta «democracia» não assenta mais na soberania do povo, pois deixou de ter a finalidade de permitir o «governo do povo, pelo povo e para o povo» (Lincoln), mas antes em «valores» que o TEDH declara «subjacentes à Convenção» (o mesmo é dizer que lá não estão expressos), e que o Tribunal identifica como sendo “os valores do pluralismo, da tolerância, do espírito de abertura, bem como da igualdade”¹⁵¹, sem, todavia, definir o significado destes conceitos.

¹⁴⁸ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 221.

¹⁴⁹ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 222.

¹⁵⁰ Idem, *ibidem*.

¹⁵¹ Idem, *ibidem*.

São tais «valores» assim apresentados como se valessem por si mesmos, enquanto “evidências que ninguém ousaria contestar”, em detrimento das noções outrora “fonte da legitimidade política das democracias, como as de vontade geral, nação, povo e soberania”, que deixaram de ser utilizadas na hermenêutica do TEDH, por se entender hoje que estão ultrapassadas¹⁵². Ainda nas palavras de Puppínck, a filosofia dos direitos do Homem já não encontra nessas noções basilares o fundamento da legalidade: “em vez delas, o Tribunal Europeu prefere utilizar as noções de população, opinião, sentimento e apoio, que são totalmente desprovidas de valor político”¹⁵³.

5.3 – O TEDH na linha da frente da postura de desvalorização da letra dos Tratados e da vontade soberana dos povos dos Estados Parte

a) *Entrada no tema*

43. O TEDH, nesta linha de atuação, já decretou o apenas ser a vontade geral ou popular aceitável se não avalizar o que (claro está, na iluminada opinião do próprio Tribunal) forem “políticas e decisões que encarnam um preconceito” da maioria das pessoas, designadamente “contra uma minoria homossexual”¹⁵⁴. Também não serão admissíveis manifestações de uma religião majoritária “sem restrições de local e de forma” que possam “constituir uma forma de pressão sobre aqueles que não praticam essa religião”¹⁵⁵ – uma vez mais segundo o superior entendimento do Tribunal (a «pressão inadmissível», no caso, era a presença de crucifixos nas salas de aula italianas).

Quanto ao sufrágio me si, concede o TEDH o pressupor a democracia “que se atribua uma certa função ao povo”¹⁵⁶; mas (como aconteceu neste mesmo processo, com o aval dado à dissolução de um partido que acabara de vencer as eleições), parafraseando agora Puppínck, nunca “a última palavra, pois esta pertence ao juiz que é guardião dos direitos do Homem e garante da preeminência dos valores democráticos”¹⁵⁷.

44. O TEDH consegue ir ainda mais longe, e entrar em processos de intenção contra o legislador democrático de um Estado Parte, ajuizando sobre a *sinceridade* das suas *declaradas intenções*. Num caso contra a Grécia, afirmou o Tribunal saber melhor

¹⁵² PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 223.

¹⁵³ Idem, ibidem.

¹⁵⁴ TEDH, St. *Bayev e outros vs. Rússia*, de 20.VI.2017 (Proc.º n.º 67.667/09).

¹⁵⁵ Acórdão *Lautsi c. Itália*, de 3.XI.2019, § 50 (Proc.º n.º 30814/06), depois revertido pelo Acórdão do Tribunal Pleno de 18.III.2011.

¹⁵⁶ TEDH, St. *Refah Partisi e outros vs. Turquia*, de 31.VII.2001, § 43 (Proc.º n.º 41.340/98).

¹⁵⁷ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 224.

do que o legislador grego qual era a real intenção deste ao ter adotado uma lei que instituía um contrato de união civil alternativo ao casamento.

Assim, e não obstante a afirmação do legislador grego de ter agido com a finalidade de conceder proteção jurídica a crianças nascidas fora do casamento, considerou o Tribunal não ter sido essa a sua verdadeira intenção: nas suas palavras, e pelo contrário, “a despeito do preâmbulo da Lei n.º 3719/2008 e da intenção declarada do legislador, a sua principal finalidade era o reconhecimento jurídico de uma forma de vida comum diferente do casamento”, com a escondida intenção de discriminar as pessoas homossexuais, excluindo-as, sem razão legítima, desse regime¹⁵⁸.

b) O assumido e frontal desrespeito do direito dos tratados pelo TEDH, cujas regras o obrigam a adotar uma interpretação estrita da Convenção, impedindo-o de impor aos Estados obrigações com as quais eles não consentiram prévia e expressamente

45. Como nota e bem Puppínck, os juristas que, diferentemente dos juizes do TEDH, “defendem uma conceção jurídica – e não moral – do direito, consideram que a propagação da virtude deveria deter-se diante da letra dos tratados”¹⁵⁹ e da vontade dos Estados expressa nas sua leis, desde logo nas leis fundamentais.

Mas a ambição do sistema vai no sentido contrário, procurando antes “libertar-se da ordem jurídica e política de base nacional para se afirmar como única ordem moral universal, que não deve a sua existência a nenhuma outra autoridade”, e fazer prevalecer os (novos) direitos do Homem, enquanto direitos universais e morais, sobre tratados que “são apenas jurídicos e políticos”, de forma a pô-los (aos «novos direitos») a salvo dos “sobressaltos da política nacional”¹⁶⁰. Só que este ideal “confronta-se assim com o paradoxo de não poder realizar-se sem violar a preeminência do direito”, seja o da letra dos tratados, seja o da legislação estadual, tornando-se, por conseguinte, “necessária uma espécie de golpe de Estado supraestatal, que é o único meio de instaurar a substituição das legitimidades”¹⁶¹.

46. Segundo o direito dos tratados, o tribunal deve interpretar e aplicar a convenção “de boa-fé, seguindo o sentido habitual a atribuir aos termos do tratado no

¹⁵⁸ TEDH, Tribunal Pleno, St. *Vallianatos vs. Grécia*, de 7.XI.2013, § 43 (Proc.º n.º 29.381/09).

¹⁵⁹ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 226.

¹⁶⁰ Idem, *ibidem*.

¹⁶¹ Idem, *ibidem*.

respetivo contexto e à luz do seu objeto e da sua finalidade”¹⁶². O problema que se coloca aos juízes do TEDH, contudo, é que o cumprimento desta regra obrigá-los-ia a uma interpretação estrita dos direitos consagrados nos tratados, impedindo-os de impor “aos Estados obrigações com as quais eles não consentiram prévia e expressamente”, o que obstaria a que «progredissem» no sentido desejável (sempre na sua subjetiva opinião); e por isso seguem os ditos juízes noutra direção, alegando que a Convenção lhes “atribuiu o mandato não apenas de velar pela «salvaguarda» dos direitos do Homem”, mas também de trabalhar para o «desenvolvimento» destes¹⁶³.

Trata-se de uma perspetiva «progressista», em que o critério da justiça deixa de ser o respeito pelo direito, sendo este substituído pela observância de “um alegado movimento histórico que considera que a melhor solução para uma dada questão social é sempre a mais avançada”¹⁶⁴. Não obstante reconhecer o Tribunal “que as mudanças de direção que opera na sua própria jurisprudência não são “no interesse da segurança jurídica, da previsibilidade do direito e da igualdade perante a lei”, assevera ele o serem tais mudanças indispensáveis “para manter uma abordagem *dinâmica e evolutiva*”¹⁶⁵ (itálicos nossos).

Nas palavras do próprio Tribunal, considera este “de importância crucial” que a Convenção seja “interpretada e aplicada” de forma “dinâmica e evolutiva”, a fim de permitir a “reforma ou melhoramento” da sociedade¹⁶⁶, arrogando-se assim o TEDH, como observa e bem Puppink, “a um trabalho que é mais social do que jurídico”¹⁶⁷. Convencido, pois, que esta missão que a si próprio se atribuiu de impor aos Estados o seu ideal moral supranacional, e na esteira daquela que foi a jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos até 2018 no respeitante à Constituição dos EUA¹⁶⁸, bem como do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos quanto à Convenção Americana

¹⁶² PUPPINCK, GRÉGOR (2019), pp. 226-227.

¹⁶³ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 227.

¹⁶⁴ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), pp. 239.

¹⁶⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁶⁶ TEDH, *St. Y. Y. vs. Turquia*, de 10.III.2015, Proc.º n.º 14793/08, § 103.

¹⁶⁷ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 235. Ainda segundo a descrição de Puppink do critério interpretativo «avançado» destas instâncias, umas vez conhecidos “o sentido e a direção do progresso, atribuem-se se a si próprias a missão de “abrir uma via para o progresso no seio da sociedade, analisando os defeitos e as potencialidades desta, como se faz com uma criança, para corrigir uns e promover as outras”, num trabalho que é “essencialmente pedagógico” (idem, p. 236).

¹⁶⁸ Note-se, a propósito, que perderam as outras jurisprudências de matriz progressista ou pós-moderna esta base de apoio. Dado serem as inconsistentes e criativas construções jurídicas que no último meio século caracterizaram as decisões deste conhecido tribunal, nas matérias em causa, o principal fundamento e inspiração dos demais ativismos judiciais como os do Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, como já acima aventámos, é expectável que, mais tarde ou mais, estas jurisdições acompanhem tal inversão de rumo.

dos Direitos Humanos, o TEDH não olha para a Convenção Europeia dos Direitos Humanos como um tratado gravado na pedra, mas como um «instrumento vivo»¹⁶⁹, de conteúdo flexível e extensível, o que lhe permite “manter uma abordagem dinâmica e evolutiva” dos direitos do Homem¹⁷⁰, interpretando-os “à luz das condições do nosso tempo”¹⁷¹.

Pois bem, reitere-se que (e como sublinha Puppínck) todos os tratados devem “ser interpretados, para serem aplicados às sociedades, que são entidades vivas e sempre em mudança”¹⁷². Mas isso é uma coisa, e outra bem diferente é “afirmar que o próprio tratado é vivo e está sempre sujeito a mudança”, em virtude de um princípio de «interpretação evolutiva», porquanto, nesse caso, “a referência já não é o texto”, mas o próprio “juiz que define os direitos do Homem”¹⁷³ – o que habilita o Tribunal a, “de um momento para o outro, declarar que determinada prática, que até então aceitou”, é (passa a ser) “contrária à Convenção, alargando assim o alcance do texto para além da intenção dos seus redatores, e mesmo, por vezes, contra ela”¹⁷⁴.

Ora, tem sido esta a via seguida pelos juízes europeus do TEDH para conseguir afirmar a existência de novos direitos – através de um processo, afinal, de encantadora simplicidade: nas assertivas palavras de Puppínck, basta-lhes declarar o terem descoberto, “à luz das condições do nosso tempo”, um aspeto novo de um direito antigo, e ninguém pôde (nem poderá) contradizê-los, pois das suas decisões já não cabe recurso¹⁷⁵.

Trata-se de analisar o presente em nome de um futuro desejável aos seus olhos – um poder que “nada tem de jurídico para além da forma”, mas que é antes e “essencialmente de natureza *profética*”, de “respeito por um alegado movimento histórico que considera que a melhor solução para uma dada questão social é sempre a mais *avançada*”¹⁷⁶. Tal visão *progressista* do TEDH – de que o próprio conteúdo dos direitos humanos gravado nos tratados está sujeito ao «progresso», sendo este o processo pelo qual a humanidade toma “consciência das suas próprias *alienações*”, das “desigualdades e discriminações”, e “tradições e crenças”, e decide libertar-se delas pela afirmação de

¹⁶⁹ TEDH, St. *Y. Y. vs. Turquia*, de 10.III.2015, Proc.º n.º 14793/08, § 103.

¹⁷⁰ CEDH, St. *Tyrer vs. Reino Unido*, de 25.IV.1978, Proc.º n.º 5856/72.

¹⁷¹ CEDH, St. *Marcks vs. Bélgica*, de 13.VI.1979, Proc.º n.º 6833/74, §41; St. *Tyrer vs. Reino Unido*, de 25.IV.1978, Proc.º n.º 5856/72, § 31; e St. *Ayrey vs. Irlanda*, de 9.X.73, Proc.º n.º 6289/73, § 26.

¹⁷² PUPPINCK, GRÉGOR (2019), pp. 227.

¹⁷³ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁴ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), pp. 228.

¹⁷⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁶ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), pp. 238-239.

novos direitos¹⁷⁷ – só consente num ajustamento do *ritmo* em que que o TEDH imporá esse progresso (por definição benigno!) “sem abalar excessivamente aos Estados”¹⁷⁸.

Reconhece assim o Tribunal, num assomo de realismo paternal, que, nesta sua missão beata e moralista, “não deve *apressar-se* a substituir a apreciação das autoridades nacionais pela sua”¹⁷⁹, concedendo-lhes, como se faz aos aprendizes, “uma certa margem de apreciação, que lhes permita decidir o ritmo de adoção das reformas legislativas”¹⁸⁰ indispensáveis à promoção do dito *progresso*.

c) *O TEDH torna-se prescritivo da sua própria conceção dos direitos fundamentais, seguindo o deletério exemplo da Supreme Court dos EUA entre 1973 e 2018*

47. Nas palavras proferidas pelo Presidente do TEDH, Juiz Dean Spielmann, em 2015, a propósito da liberalização do regime das «barrigas de aluguer», deveriam submeter-se os Estados a este processo, sentença a sentença, em função de um “ritmo imposto pelo nosso Tribunal”, sendo o alcance da meta apenas uma questão de “tempo”¹⁸¹. Foi este o método seguido, por exemplo, no respeitante ao reconhecimento legal das *uniões* de pessoas do mesmo sexo: logo que esse reconhecimento se tornou uma realidade em 50% + 1 dos 47 Estados do Conselho da Europa (ou seja, em 24 desses Estados), apressou-se o Tribunal a constatar “elementos claros e incontestados demonstrativos de uma tendência internacional”¹⁸², impondo aos demais Estados o alinhamento por tal tendência.

Já no que concerne à mais avançada ideia do *casamento* de pessoas do mesmo sexo¹⁸³, limitou-se o TEDH a retirar do “texto do art.º 12.º”, que garante “ao homem e à mulher” o direito de se casarem e de fundarem uma família, o poder ele “ser interpretado como não excluindo o casamento entre dois homens ou entre duas mulheres”¹⁸⁴. Sendo aqui a meta pré-determinada a obrigatoriedade de os Estados estenderem o instituto do casamento, *qua tale*, às parelhas homossexuais, um tal “progresso” afigurar-se-ia, contudo, prematuro, isto “a despeito de uma evolução gradual dos Estados nesta matéria” – pelo que, “no atual estado de coisas”, o tribunal ainda consente, graciosamente, e na

¹⁷⁷ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 234.

¹⁷⁸ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 236

¹⁷⁹ TEDH, St. *Schalk e Kopf vs. Áustria*, de 24.VI.2010, Proc.º n.º 30.141/08, § 62.

¹⁸⁰ TEDH, St. *Aldeguer Tomás vs. Espanha*, de 14.VI.2016, Proc.º n.º 35.214/09.

¹⁸¹ Em discurso proferido na Audiência Solene de Abertura do TEHD, em Estrasburgo, a 30.I.2015 (disponível *on line* no site do Tribunal).

¹⁸² TEDH, St. *Y. Y. vs. Turquia*, de 10.III.2015, Proc.º n.º 14.793/08, § 108.

¹⁸³ TEDH, St. *Oliari vs. Itália*, de 21.VII.2015, Proc.ºs n.º 18.766/11 e 36.030/11.

¹⁸⁴ TEDH, St. *Schalk e Kopf vs. Áustria*, de 24.VI.2010, Proc.º n.º 30.141/08, § 54.

esteira da Comissão de Direitos Humanos da ONU¹⁸⁵, que “os Estados são livres (...) de reservar o casamento a pessoas de sexo diferente”¹⁸⁶.

48. Acabou desta forma o TEDH por se tornar “prescritivo da sua própria conceção dos direitos fundamentais”¹⁸⁷, seguindo o estilo cultivado durante mais de meio século (até 2018) pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos. Basta-lhe assim “alegar que lê na sociedade aquilo que não consegue ler na Convenção”, com os únicos óculos permitidos (os do «progresso»...), para deixar de se sujeitar “ao direito dos tratados e ao respeito pelas soberanias”¹⁸⁸. E tem-no feito com indesmentível sucesso, pois hoje dominam o TEDH e a sua visão progressista a ordem jurídica europeia nesta matéria, sendo que – e aqui reside o perigo – o abandono da conceção intemporal de justiça, ligada à equidade, constitui um típico aspeto dos sistemas totalitários, segundo os quais – e nas palavras de Hannah Arendt – “culpabilidade e inocência são noções desprovidas de sentido”, por ser o culpado é tão só “aquele que impede o progresso cultural e histórico”¹⁸⁹.

Uma “nova forma de excomunhão”, que o Tribunal se apressou a decretar, passou a ter por alvo os modernos hereges, como os autores de discursos ditos «negacionistas»¹⁹⁰ e, em particular, “pessoas e grupos de inspiração religiosa, que, motivados por aquilo a que o tribunal chama «preconceitos homofóbicos ou sexistas»¹⁹¹, militem contra determinados direitos recentemente reconhecidos”¹⁹². Volta assim a ressoar nos nossos dias o estribilho desse expoente máximo do terror revolucionário, que foi Saint Just, do “não pode haver liberdade para os inimigos da liberdade”.

5.4 – Para além do TEDH, toda uma rede cada vez mais cerrada de instituições internacionais encarregadas de desenvolver a nova moral mundial e de impor o respeito por ela

¹⁸⁵ Nações Unidas, CDH, *Joslin vs. Nova Zelândia*, C/75/D/902/1999, 10 IHRR 40, 2003.

¹⁸⁶ TEDH, St. *Schalk e Kopf vs. Áustria*, de 24.VI.2010, Proc.º n.º 30.141/08, § 108.

¹⁸⁷ MATTHIEU, BERTRAND (2017), p. 275.

¹⁸⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁹ ARENDT, HANNAH (2006). Por isso consideravam os nazis e os comunistas ser um seu indeclinável dever eliminar todos quantos entravavam o progresso racial ou social. Como explica PUPPINCK, tornam os totalitários de hoje, promotores desse «progresso», a exigir a redução dos direitos fundamentais, “em particular da liberdade expressão, a fim de limitar o incómodo que eles provocam”, justificando, ainda e sempre, o poder a que se arrogam “sobre o resto da população”, sobretudo o da “redução dos seus opositores”, pelo “pretenso imperativo do progresso da humanidade” [PUPPINCK, GRÉGOR (2019), pp. 241-242].

¹⁹⁰ Cf. TEDH, St. *Garaudy vs. França*, de 24.VI.2003 (Proc.º n.º 65.831/08).

¹⁹¹ Cf. TEDH, St. *Bayev e outros vs. Rússia*, de 20.VI.2017 (Proc.º n.º 67.667/09).

¹⁹² PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 236.

49. Acabámos de mencionar a orientação moralista e universalista, desapegada do texto dos tratados e de enorme sobrançeria face à soberania legislativa dos Estados, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, enquanto importante e nociva influência para a nossa própria jurisprudência administrativa e constitucional.

O problema é que, como lembra Puppínck, o TEDH não funciona sozinho, sendo tão só uma peça, ainda que importante, de uma rede cada vez mais cerrada de instituições internacionais “encarregadas de desenvolver a nova moral mundial e de impor o respeito por ela”, de “toda uma série de instâncias que, para além das suas diferenças institucionais, têm em comum o facto de encarnarem uma competência moral”¹⁹³.

Na base dessa pirâmide temos “os vários *ombudsman*, os comissários de direitos humanos, os relatores especiais, os embaixadores especiais” e ainda as «personalidades eminentes», “todos eles encarregados de serem, a título pessoal, *apóstolos das liberdades*”: trata-se de “pessoas que visitam os países com o objetivo de *pregar o bom comportamento*, e que a seguir publicam relatórios e recomendações”¹⁹⁴ – uma *soft law* que é sempre objeto da devida publicitação pelos *media* ditos «de referência».

Num patamar intermédio seguem-se “as múltiplas comissões de especialistas e os mais variados grupos de trabalho encarregados de emitir pareceres e recomendações sobre a temática respetiva”¹⁹⁵, designadamente para assembleias parlamentares internacionais ou supranacionais, como a Assembleia Geral da ONU, a Assembleia Geral da OEA, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa ou o Parlamento Europeu.

Os políticos profissionais membros destes simulacros de parlamentos que não possuem (ainda) um verdadeiro poder legislativo apoiam-se na presuntiva autoridade técnica desses «especialistas» para aprovar sem mais as suas propostas, por extravagantes que sejam, só pelo seu mero sentido político – tomando deliberações não vinculativas, mas dotadas de um elevado simbolismo. Reitere-se, pois, o terem quer os autores das propostas e relatórios, quer os «parlamentos» que as aprovam, mais *auctoritas* (leia-se, prestígio e, por isso influência e capacidade de reunir apoios para as suas propostas) do que um efetivo poder de decisão, continuando nós no domínio de uma *soft law* igualmente beneficiária mais ampla cobertura mediática.

Finalmente, um patamar superior é constituído pelas quase-jurisdições e jurisdições internacionais e supranacionais, como as comissões da ONU, o Tribunal

¹⁹³ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 229.

¹⁹⁴ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), pp. 229-230.

¹⁹⁵ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 230.

Europeu dos Direitos Humanos ou o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, encarregues de julgar a ação dos governos dos Estados membros das respetivas organizações. A estas jurisdições poderemos ainda acrescentar, pelo seu prestígio e influência em todo o mundo ocidental, e não obstante não ser uma instituição internacional, o Supremo Tribunal dos EUA¹⁹⁶.

Ora, todas estas instâncias “agem de forma concertada e procuram, na medida do possível, falar em uníssono”; inspirando-se “umas nas outras e reforçando-se mutuamente”, vão assim conseguindo, “melhor ou pior, fazer evoluir as normas de maneira uniforme”¹⁹⁷. Assim, e por via desse diálogo informal, o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, por exemplo, “segue o exemplo do seu irmão europeu, que, por sua vez, se inspira em muitos casos no Supremo Tribunal dos Estados Unidos e em diversos órgãos da ONU, os quais também vão beber ao Tribunal Europeu e cujas sentenças acabam por se impor aos Estados”¹⁹⁸.

Integram ainda esta rede em posições colaterais, universitários (juristas e outros) e representantes de Organizações Não Governamentais por assim dizer «cooptados» pelas referidas instâncias que as ajudam a fundamentar a criação dos «novos direitos» e a impor novos entendimentos sobre o significado e alcance das disposições dos tratados sobre direitos humanos e das normas sobre direitos fundamentais das Constituições dos Estados, com recurso a elementos linguísticos (termos e expressões) que associam realidades substancialmente distintas e não relacionadas entre si¹⁹⁹. A título de exemplo, foi com o claro intuito de incluir o ato de aborto provocado como mais uma modalidade de exercício de direitos pré-existentes que se gizaram nesses *fora* os termos «direitos sexuais e reprodutivos» e «saúde reprodutiva»²⁰⁰.

¹⁹⁶ A ideologização desta última instância sobressaiu entre o começo dos anos 70 do século XX e o ano de 2018, sendo que de então para cá a *Supreme Court* dos EUA retomou a sua tradicional orientação jurisprudencial de garantia dos direitos e liberdades fundamentais e de respeito pela vontade das populações dos Estados federados.

¹⁹⁷ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 230.

¹⁹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁹ Cf. PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 231.

²⁰⁰ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 231. Recordamos o autor, a este propósito, que “em dezembro de 1996, um grupo de constituído por altos funcionários e especialistas das Nações Unidas, juntamente com universitários e representantes de ONG, reuniu-se em Glen Cove, perto de Nova Iorque, com o objetivo de elaborar uma estratégia destinada a criar o direito universal ao aborto e a impor uma nova interpretação de normas já a ceites, como o direito à vida e a igualdade entre homens e mulheres”, a fim de “contornar o obstáculo criado pela Santa Sé e pelos seus aliados, que tinham conseguido impedir a consagração desse direito nas conferências mundiais do Cairo, sobre a população e o desenvolvimento (1994), e de Pequim, sobre os direitos das mulheres (1995)”. Consistiu a estratégia elaborada nessa reunião “em utilizar as ONG para introduzir no direito internacional, através do mecanismo das comissões das Nações Unidas, elementos linguísticos que associassem o aborto a direitos já existentes e a noções vagas, como «direitos sexuais e reprodutivos»”; com o fito de “inocular discretamente o aborto na interpretação oficial já existente dos

Por fim – qual cereja no topo do bolo – procura-se consolidar estas novas interpretações com uma série de publicações acadêmicas que visam, precisamente, emprestar-lhes uma dose mínima de seriedade científica.

50. Como conclui Puppink este ponto das suas reflexões, depara-se-nos uma “imensa orquestra” em que “o tom pode ser dado e o ritmo imposto por uma ou outra instância, de acordo com as circunstâncias”, assegurando hoje esta rede “um governo moral mundial, à semelhança das instâncias de governação financeira, com as quais partilha a ideologia liberal internacional”²⁰¹.

É assim que, da *soft law* gerada nos dois primeiros patamares, passamos para a *hard law* do terceiro patamar. Com efeito, acaba esta rede por ter “a capacidade de fazer emergir normas novas de direito internacional, à margem da vontade dos Estados, e mesmo contra essa vontade”, na medida em que “simples declarações e recomendações não vinculativas” formuladas muitas vezes por “instâncias praticamente desconhecidas do público, que começam por constituir normas de referência” (*soft law*), à força de se irem repetindo, vão-se «endurecendo» aos poucos, e acabam “por ser consagradas em instâncias vinculativas”²⁰².

Paradigmática deste processo foi a promoção dos chamados «direitos LGTB» a partir da ideologia de género: também estes receberam um “um impulso decisivo no quadro de uma reunião informal, mas de alto nível, que teve lugar em Yogyakarta, na Indonésia, em novembro de 2006”²⁰³.

Nesse «Encontro de Yogyakarta», e à semelhança do de «Glen Cove» (cujo fito foi o estabelecimento de uma associação forçada ou criativa do aborto a direitos pré-existentes, como o direito à saúde), “alguns altos responsáveis da ONU, universitários e representantes de ONG definiram de forma criativa uma aplicação da legislação internacional dos direitos humanos em matéria de orientação sexual e de identidade de género e enunciaram uma série de princípios, ditos «de Yogyakarta», que depois serviram de referência ao amplo e veloz movimento legislativo de reconhecimento dos «direitos LGTB» em todo o mundo”²⁰⁴. Veja-se (frisa ainda Puppink) que estas reuniões “tiveram lugar à margem e a montante da diplomacia oficial, não contando com quaisquer

tratados das Nações Unidas” – competindo de seguida “aos universitários consolidar esta nova interpretação co uma série de publicações académicas” (ibidem, pp. 231-232.).

²⁰¹ Cf. PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 230.

²⁰² Cf. PUPPINCK, GRÉGOR (2019), pp. 230-231.

²⁰³ Cf. PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 232.

²⁰⁴ Idem, ibidem.

representantes governamentais – o que não admira, dado que o objetivo era influenciar essas pessoas, fazendo-as avançar, fosse como fosse, no conhecimento e no respeito pela nova moral mundial”²⁰⁵.

Mais sublinha Pupinck que não souberam ou não quiseram os Governos, na sua maioria, “resistir a este movimento, em primeiro lugar por não disporem de uma perspectiva alternativa, e depois porque o sistema eleitoral raras vezes lhes dá tempo para isso” – sendo que, na verdade, aquelas outras instâncias “permanecem, ao passo que os governos mudam”²⁰⁶. E que hoje apenas as grandes religiões – designadamente o Cristianismo e o Islão – dissentem e interferem com firmeza e empenho nesta orquestração da moral mundial, continuando os seus representantes a defender e contrapor os respetivos códigos morais como alternativas à esta nova moral mundial que se pretende impor por todos os meios a toda a humanidade²⁰⁷.

5.5 – A crescente contestação do ativismo ideológico do Tribunal por altos magistrados, partidos políticos e mesmo governos, face ao evidente desrespeito dos direitos dos pais relativamente à educação dos seus filhos, e não só

a) Apesar de tudo, a importância e utilidade do TEDH enquanto instância de último recurso em matéria de direitos humanos

51. É um facto o notório afastamento desta enviesada orientação do Tribunal relativamente à conceção subjacente à Declaração Universal dos Direitos do Homem e (no que ora nos importa) à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como nos revela seja a interpretação histórica, seja a interpretação literal desses documentos elaborados logo após o termo da 2.^a Grande Guerra.

São paradigmáticas nesta matéria as palavras do deputado Maxwell Fyfe, proferidas na sessão da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa de 25.VIII.1950, no sentido de a afirmação clara dos direitos naturais e prioritários dos pais em matéria de educação dos filhos ter visado, precisamente, “protegê-los contra o terrível perigo do totalitarismo”, que “impossibilita os pais de educarem os filhos nas suas convicções religiosas e filosóficas”: segundo este parlamentar, tratou-se de garantir que “o Estado, no exercício das funções que assumirá no domínio da educação e do ensino, respeitará o

²⁰⁵ Idem, *ibidem*.

²⁰⁶ Idem, *ibidem*.

²⁰⁷ Cf. PUPPINCK, GRÉGOR (2019), pp. 232-233.

direito que os pais têm de que esta educação e este ensino estejam em conformidade com as suas convicções religiosas e filosóficas”²⁰⁸.

Nas palavras de um dos menos indulgentes críticos desta orientação jurisprudencial adotada pelo TEDH nas últimas décadas, Puppínck, observa-se hoje uma “revolta cada vez mais radical” face ao ativismo ideológico do Tribunal, evidenciado pelo desrespeito dos direitos dos pais relativamente à educação dos seus filhos e não só, vendo por isso esta alta instância “algumas das suas decisões, a sua autoridade e mesmo a sua legitimidade serem publicamente contestadas por altos magistrados, partidos políticos e mesmo governos”²⁰⁹.

Mas apesar dos seus defeitos, não deixa Puppínck de concluir (e nós com ele) que o Tribunal Europeu não perdeu o seu prestígio, e que “continua a ser muito útil como último recurso judiciário supranacional”, sendo a sua ação reconhecida pelos Governos como “globalmente benéfica”²¹⁰.

E deverá ser esta, também a nosso ver, a postura dos pais objetores de consciência no plano operacional, designadamente quanto a esta específica matéria (objeção de consciência relativamente a conteúdos educativos obrigatórios): a de continuar a recorrer em *ultima ratio* ao TEDH, tomando, contudo, boa nota das observações que se seguem.

b) *No ordenamento português, a desnecessidade, à partida, de apelar à Convenção Europeia para os Direitos Humanos nos aspetos substantivos da objeção relativa às matérias em causa, por ser mais forte a proteção oferecida pela Constituição e pela lei (LBSE e LLR)*

52. Voltando à jurisprudência do TEDH sobre objeção de consciência e proibição de doutrinação, refira-se, em primeiro lugar, que nos supracitados processos de objeção de consciência relativa a conteúdos pedagógicos de educação moral e cívica funcionou o

²⁰⁸ Art.º 2.º do Primeiro Protocolo Adicional à Convenção Europeia (1952). GRÉGOR PUPPINCK dá-nos a sua explicação quanto às causas últimas desse desvio: segundo o resumo da obra, se “a partir da Segunda Guerra Mundial, os direitos do Homem passaram a ser apresentados como uma promessa universal de justiça e paz”, atualmente, porém, “tornaram-se num campo de batalha ideológica, num terreno de confronto civilizacional”. E isso acontece “porque os direitos do Homem são antes de mais os reflexos da conceção que temos do Homem, a qual sofreu alterações desde a redação da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; a ponto de, hoje em dia, práticas que foram proibidas em nome do respeito pela dignidade humana serem agora promovidas e defendidas como novos direitos”. É que, diz ainda o autor, enquanto “essa declaração do pós-guerra se inspirava ainda nos *direitos naturais*, a afirmação subsequente do individualismo deu origem a novos direitos – *direitos antinaturais* –, que por sua vez conduziram à emergência, nos nossos dias, de *direitos transnaturais*, os quais reivindicam o poder de transformar a natureza”, implicando tal transformação “a redução da dignidade humana à mera vontade individual e ao desprezo pelo corpo”, o advento do transumanismo e uma tentativa de ultrapassagem da democracia representativa [PUPPINCK, GRÉGOR (2019)].

²⁰⁹ PUPPINCK, GRÉGOR (2019), p. 252.

²¹⁰ Idem, *ibidem*.

TEDH como uma última instância a que recorreram os objetores, por se ter revelado ineficaz, ou menos eficaz, a proteção oferecida na matéria pelos ordenamentos dos seus Estados de origem, designadamente pelas respetivas leis fundamentais (e, conseqüentemente, também pelas suas jurisdições). Ora, no caso do ordenamento português não será à partida sequer necessária para o efeito o apelo ao tratado em causa nos aspetos substantivos da objeção: reitere-se o ser a nossa lei fundamental (mais) pródiga e de todo (mais) explícita quanto (i) à proibição de doutrinamento que recai sobre o Estado, (ii) à defesa das liberdades de consciência e de religião e à explícita consagração do direito à objeção de consciência, e (iii) à primazia conferida aos pais no seu direito-dever de educação dos filhos – acrescentando o reforço aportado a esse normativos jusfundamentais pela LLR e pela LBSE.

Veja-se que as disposições que consagram cada um destes princípios e direitos estão inequivocamente separadas no texto constitucional, valendo cada um deles por si e independentemente dos demais, isto não obstante convergirem (as ditas normas) no estabelecimento das mesmas obrigações que impendem sobre os poderes públicos. Não tem por isso qualquer cabimento no nosso direito interno a (con)fusão do princípio objetivo da proibição de doutrinamento com os direitos subjetivos de liberdade de consciência e de religião e de objeção de consciência.

Sendo quase absolutas no direito português tais proteções, deverão os nossos tribunais aplicar as pertinentes normas constitucionais e legais às objeções de consciência suscitadas nessa sede, tendo presente que não caberá a um tribunal supranacional ajuizar em recurso sobre uma matéria específica do direito de um Estado membro – mais precisamente sobre a proteção acrescida das liberdades e direitos fundamentais em causa relativamente à que já é concedida pela Convenção, e por conseguinte sobre o maior condicionamento daí decorrente para os poderes públicos desse Estado.

53. Não obstante o que se acaba de dizer, na hipótese de os tribunais portugueses, por seguidismo, optarem por ignorar os normativos da Constituição lusa, da LLR e da LBSE, recusando prover fundadas objeções de consciência na matéria à luz da nossa própria lei fundamental e dos referidos diplomas legais, nem por isso será inútil a convocação da Convenção e o recurso de tais decisões para o guardião do Tratado.

Na verdade, são de todo corretos os pontos de partida do TEDH, mais precisamente a formulação geral dos problemas que se colocam nesta sede – apenas merecendo reparos a sua desigual e tendenciosa aplicação aos casos concretos que foram

sendo apreciados e decididos designadamente nas últimas três décadas. Recorde-se, para o TEDH os pais têm o direito de recusar que os filhos participem em aulas onde se transmitam conhecimentos “incompatíveis com as suas convicções e crenças”, direito de objeção esse que advém do seu “dever natural (...) para com os seus filhos” e que visa também “evitar que os alunos sejam confrontados com um conflito entre a educação” dada pela escola “e as convicções religiosas ou filosóficas dos pais”²¹¹.

Na síntese do TEDH, o ensino deve ser “objetivo, crítico e pluralista”, não podendo o Estado “ter uma finalidade de doutrinação que possa ser considerada uma falta de respeito pelas convicções religiosas e filosóficas dos pais” – pelo que, sendo este limite ultrapassado, legitima-se a objeção dos pais (*Folgero e outros c. Noruega*, cit.). Ora, os esforços de subsunção de concretas objeções de consciência a estes enunciados gerais poderão vir a ser bem-sucedidos, não só em razão de um mais pertinente e incisivo argumentário e, genericamente, de um melhor modo de apresentação das questões (pode-se sempre fazer mais e melhor...), mas também de uma (igualmente provável) correção de critérios por parte do TEDH, quanto mais não seja como resultado possível da inevitável alteração da respetiva composição.

²¹¹ TEDH, *Hassan e Eylem Zengun c. Turquia*, proc.º n.º 1.448/04, St. de 09.X.2007, §71.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, *Os direitos das crianças: linhas para uma construção unitária*, in «Revista da Ordem dos Advogados», Lisboa, A.68, Jan. 2008, pp. 275-309, <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/>
- ALEXY, ROBERT, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Costitucionales, Madrid, 1993
- BURGOS, JUAN MANUEL, *Dos formas de afrontar la identidad sexual: personalismo e ideologia de género*, em AAVV, «Persona y género», Aranzadi, Madrid, 2011, pp. 405-421
- BURKE, RAYMOND LEO, CARDEAL, *Os direitos dos pais como educadores primários dos seus filhos e a obrigação dos pais de se oporem a um curriculum contrário à lei moral*, www.diesirae.pt, outubro de 2020
- CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003
- GRADE, CARLOS RATINHO, *Objecção de consciência a conteúdos educativos*, FDUP, Porto, 2023
- MATTHIEU, BERTRAND, *Le droit contre la démocratie?*, LGDJ, Paris, 2017
- MEDEIROS, RUI, *Anotação ao art.º 43.º*, in Jorge Miranda / Rui Medeiros (org.), «Constituição Portuguesa Anotada», vol. I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 802-843.
- PALACIOS, ELENA GARCÍA-ANTÓN, *La objeción de conciencia de los padres a ciertos contenidos docentes en España y la jurisprudência de Estrasburgo*, Dykinson, Madrid, 2017
- SÁNCHEZ, ISIDORO MARTÍN, *Objeción de conciencia y educación para la ciudadanía*, in «RJUAM – Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid», n.º 19, 2009-I, pp. 211-228
- SANCHÍS, LUIS PRIETO, *Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia*, in «Persona y Derecho», n.º 60, 2009, pp. 209-240
- POWELL, FERNANDO MÉNDEZ, *Prohibition of indoctrination in education – a look at the Case Law of the European Courto of Human Rights*, in «Brigham Young University and Law Journal», vol. 2015, n.º 2, pp. 596-629
- PUPPINCK, GRÉGOR, *Objecção de consciência e direitos humanos*, Principia, Lisboa, 2021
- PUPPINCK, GRÉGOR, *Os direitos do Homem desnaturado*, Principia, Lisboa, 2019
- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, *Direito à instrução*, in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), «Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais», vol. III, UCP Editora, 2019
- URTIGA, D. JORGE, *Educação, Família e Liberdade* (Nota Pastoral), Arquidiocese de Braga, 18.X.2020

A Integração Europeia e a Soberania Nacional perante o advento da Inteligência Artificial: Uma perspectiva liberal das Relações Internacionais sobre as consequências da implementação do *AI Act* sobre a soberania de Portugal

European Integration and National Sovereignty in the face of the advent of Artificial Intelligence: A liberal perspective from International Relations on the consequences of the implementation of the AI Act on Portugal's sovereignty

António Tavares

Universidade Lusófona / CEAD Francisco Suárez, Porto, Portugal
Ciência Política e Relações Internacionais
antonio.tavares@ulusofona.pt
<https://orcid.org/0000-0002-3536-7035>

João Tavares

Universidade Lusófona / CEAD Francisco Suárez, Porto, Portugal
Ciência Política e Relações Internacionais
joao.tavares@ulusofona.pt
<https://orcid.org/0000-0002-3764-8797>

78

Resumo:

O regulamento comunitário da Inteligência Artificial (AI Act), adotado pela União Europeia em 2024, representa um marco na governação tecnológica, com implicações significativas para a soberania dos Estados-membros. Este artigo analisa as consequências da implementação do AI Act em Portugal, com recurso à uma perspectiva teórica liberal das Relações Internacionais, com ênfase na interdependência, instituições internacionais e valores democráticos. Através de uma abordagem qualitativa, que combina análise teórica, revisão documental, análise de discurso e estudo de caso, o nosso estudo examina como o AI Act molda a soberania funcional e normativa portuguesa na ordem pública, economia e proteção de direitos fundamentais. Os resultados indicam que o regulamento fortalece a soberania funcional ao capacitar Portugal a regular a IA e competir globalmente, mas desafia a autonomia regulatória devido à delegação de competências à UE e à dependência de empresas tecnológicas privadas. A soberania normativa é reforçada pelo alinhamento com valores democráticos, embora lacunas institucionais e riscos de discriminação algorítmica possam gerar tensões. O estudo destaca a necessidade de equilibrar cooperação e autonomia na governação tecnológica, contribuindo para o debate sobre soberania em contextos de interdependência.

Palavras-chave: AI Act, soberania, Portugal, liberalismo, interdependência, governação multinível, direitos fundamentais.

Abstract:

The EU's Artificial Intelligence Regulation (AI Act), adopted by the European Union in 2024, represents a milestone in technological governance, with significant implications for the sovereignty of Member States. This article analyses the consequences of the implementation of the AI Act in Portugal, using a liberal theoretical perspective from

International Relations, with an emphasis on interdependence, international institutions and democratic values. Through a qualitative approach, combining theoretical analysis, document review, discourse analysis and case study, our study examines how the AI Act shapes Portuguese functional and normative sovereignty in public order, economy and protection of fundamental rights. The results indicate that the regulation strengthens functional sovereignty by empowering Portugal to regulate AI and compete globally, but challenges regulatory autonomy due to the delegation of competences to the EU and the dependence on private technology companies. Normative sovereignty is reinforced by alignment with democratic values, although institutional gaps and risks of algorithmic discrimination may generate tensions. The study highlights the need to balance cooperation and autonomy in technological governance, contributing to the debate on sovereignty in contexts of interdependence.

Keywords: AI Act, sovereignty, Portugal, liberalism, interdependence, multilevel governance, fundamental rights.

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia; 3. A IA, a soberania no paradigma liberal das Relações Internacionais; 4. O AI Act e Teoria da Interdependência Complexa; 5. Os impactos do AI Act na soberania de Portugal; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Nas Relações Internacionais existe uma série de teorias que procuram explicar o que se passa na política internacional, sendo o poder é um fenómeno típico das relações sociais e também das relações estatais, estando desde sempre presente nos sistemas políticos, quer nacionais e quer internacionais. Os Grandes Debates das Teorias das Relações Internacionais entre Realismo e Liberalismo, Neorrealismo e Neoliberalismo, disponibilizam o quadro geral para tentar entender as relações entre os Estados. Uma das teorias que analisam a relação de poder no sistema internacional é justamente a teoria de interdependência complexa, que surge na sequência da publicação do clássico *Power and Interdependence* da autoria de Robert O. Keohane e Joseph S. Nye (1977), cuja obra advoga que o poder no sistema internacional tem várias dimensões e não é exclusivamente restrito à segurança dos Estados, contrapondo-se até certo ponto e se tornando uma alternativa para a escola realista que prevaleceu durante o período da Guerra Fria.

Nas Teorias das Relações Internacionais a teoria liberal é aquela que pressupõe princípios éticos e morais devem guiar as tomadas de decisões políticas no sistema internacional, pelo que tentaremos estabelecer uma ponte entre o paradigma liberal e a Inteligência Artificial (IA) tem vindo a transformar as dinâmicas de poder no sistema internacional, sendo responsável por colocar em causa os conceitos tradicionais de soberania estatal (WEF, 2014).

Para efeito de estudo de caso, iremos nos debruçar sobre o Regulamento da Inteligência Artificial (*AI Act*), adotado pela União Europeia (UE) em 2024, que representa um marco regulatório pioneiro que busca harmonizar o desenvolvimento e uso da IA (Conselho da União Europeia, 2024), visando a promoção da inovação e proteção dos valores democráticos. Para Portugal, um Estado-membro de pequena dimensão, mas profundamente integrado na arquitetura institucional da UE, a implementação do *AI Act* levanta questões fundamentais sobre a soberania nacional, moldada pela interdependência e pela governação multinível. A nossa investigação, com recurso ao paradigma liberal das Relações Internacionais, vai se inclinar sobre as consequências do *AI Act*, no qual iremos analisar a forma como a cooperação europeia e as instituições supranacionais influenciam a capacidade de Portugal regular a IA, de proteger direitos fundamentais e assim como afirmar a sua soberania funcional moldada por um sistema de interdependência complexa.

Na estira do paradigma liberal das Relações Internacionais, a soberania não é um conceito estático ou absoluto, como defendido pelo realismo, mas uma capacidade dinâmica exercida num contexto de interdependência complexa (Keohane & Nye, 1977) presente no subsistema europeu. Estados soberanos colaboram através de instituições internacionais, como a UE, para enfrentar desafios transnacionais, delegando competências em troca de benefícios coletivos, como segurança, inovação e proteção de valores democráticos (Moravcsik, 1997). O *AI Act* exemplifica este modelo de governação, ao harmonizar normas que capacitam Estados-membros a regular a IA, mas também impõem restrições à autonomia regulatória nacional. Em Portugal, a adoção do *AI Act* intersecta-se com os princípios constitucionais consagrados na Constituição da República Portuguesa (CRP, 1976), como a privacidade, prevista no artigo 26º, a igualdade, consagrada no artigo 13º e o devido processo legal, nos termos do artigo 20º da lei fundamental portuguesa, que sustentam a legitimidade democrática do Estado. Contudo, a implementação do regulamento enfrenta desafios domésticos, como a limitada capacitação institucional e a dependência de empresas tecnológicas privadas, que moldam a soberania funcional, no que diz respeito à capacidade de implementar políticas e normativa, relacionado com o alinhamento com valores democráticos do país (Biersteker & Weber, 1996).

A relevância deste estudo reside em três dimensões principais. Primeiro, a regulação da IA é um tema emergente nas Relações Internacionais, com implicações para a soberania, a competitividade global e a ética tecnológica. A UE, ao promulgar o *AI Act*,

procura posiciona-se como líder normativo na governação tecnológica mundial, tendo como propósito influenciar não apenas os Estados-membros, mas também o debate global sobre IA, em competição com grandes potências que procuram disputar a hegemonia no sistema internacional tais como os Estados Unidos da América (EUA) e a República Popular da China (RPC). Portugal, como Estado-Membro da UE e pequena potência inserida no espaço euro-atlântico, oferece um caso exemplar para analisar de que forma a interdependência e a governação multinível redefinem a soberania em contextos de recursos limitados no sistema internacional. Enquanto países como a Alemanha ou a França têm maior influência nas negociações europeias, Portugal enfrenta desafios únicos, nomeadamente a dependência tecnológica e a necessidade de adaptar normas supranacionais a realidades locais. A proteção de direitos fundamentais, sendo um pilar da soberania normativa, está no cerne do *AI Act*, mas a sua implementação prática levanta questões sobre a capacidade de os Estados equilibrarem inovação com valores democráticos, especialmente em áreas como a ordem pública e a economia.

Este artigo adota uma perspetiva liberal das Relações Internacionais, ancorada em conceitos como o Princípio de Interdependência Complexa (Keohane & Nye, 1977), o liberalismo intergovernamental e o papel das organizações internacionais, para analisar as consequências do *AI Act* na soberania portuguesa. A interdependência complexa sugere que Portugal beneficia da cooperação europeia para enfrentar os desafios da IA, mas enfrenta *trade-offs* em termos da sua autonomia. O liberalismo intergovernamental explica a delegação de soberania à UE como uma escolha racional para maximizar interesses domésticos, enquanto as organizações internacionais como a UE, e as instituições supranacionais, como a Comissão Europeia, facilitam a harmonização regulatória. Esta abordagem permite uma análise holística, que integra dimensões políticas, económicas e normativas, procurando captar as interdependências entre o nível nacional e o nível supranacional, de forma a responder à nossa questão de partida: “De que forma a implementação do *AI Act* afeta a soberania portuguesa?”.

Em relação à nossa metodologia, o nosso estudo adota uma abordagem qualitativa, combinando análise teórica, revisão documental, análise de discurso e estudo de caso centrado em Portugal. A metodologia é estruturada em torno da perspectiva liberal das Relações Internacionais, com foco na interdependência e nas instituições. Todavia, importa lembrar que a recente adoção do *AI Act* limita a disponibilidade de dados empíricos sobre a sua implementação. A análise de discurso pode ser influenciada por

subjetividade por parte da autora, mas é mitigada por triangulação de fontes e ancoragem no paradigma teórico liberal das Relações Internacionais.

2. Metodologia

A nossa investigação adota uma abordagem qualitativa, baseada em revisão bibliográfica e análise documental, para examinar os impactos do AI Act sobre a soberania de Portugal sob a lente teórica da perspectiva liberal das Relações Internacionais. A escolha da abordagem qualitativa justifica-se pela complexidade do tema, o que exige a interpretação contextual de políticas supranacionais e suas implicações nacionais. A escolha da lente teórica do paradigma liberal das Relações Internacionais para o nosso artigo está relacionada com a sua adequação ao estudo de normas supranacionais e à interação entre Estados-Membros da União.

3. A IA e a soberania no paradigma liberal das Relações Internacionais

A escola liberal das Relações Internacionais destaca a cooperação entre Estados, o papel das organizações internacionais e a promoção de valores democráticos, contrastando com o paradigma realista. Três conceitos que, são centrais no paradigma liberal, são fundamentais para a nossa análise:

- O Princípio de Interdependência Complexa (Keohane & Nye, 1977): Os Estados operam num sistema de interdependência, onde a cooperação é necessária para enfrentar desafios globais, como a regulação da IA. A interdependência reduz a soberania absoluta, mas amplia a capacidade de ação coletiva, o que vai beneficiar Estados pequenos como Portugal.
- O Liberalismo Intergovernamental (Moravcsik, 1997): Os Estados delegam soberania a instituições supranacionais, como a UE, para maximizar interesses domésticos, como inovação, segurança e direitos humanos. Esta delegação é uma escolha racional, mas implica *trade-offs* entre autonomia e benefícios coletivos.
- As Organizações Internacionais: As instituições reduzem custos de transação, promovem confiança mútua e facilitam a harmonização de políticas (Keohane, 1984). O *AI Act* é um produto da governação multinível da UE, onde Portugal alinha políticas nacionais com normas europeias.

No paradigma liberal das Relações Internacionais, a soberania é a capacidade de um Estado governar eficazmente dentro de um sistema interdependente. A aplicação da lente teórica liberal, refere-se, nas palavras de Anne-Marie Slaughter (2000, p. 240), “a causal paradigm: a set of propositions about the basic actors in the international system,

their motives, and the outcomes of their interactions”, o que inclui dois componentes da soberania a considerar:

- **Soberania Funcional:** A capacidade de implementar políticas públicas, como regular a IA ou proteger direitos fundamentais.
- **Soberania Normativa:** O alinhamento com valores democráticos, como transparência, igualdade e respeito pelos direitos humanos, consagrados na Constituição da República Portuguesa (CRP, 1976) e na Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Segundo Lucas (2024, p. 111), “mesmo que o estado atual da tecnologia (ainda) seja insuficiente para permitir a tomada autónoma de decisões, designadamente por não se conseguir assegurar uma correta ponderação de todos os interesses em presença”, e tendo as preocupações éticas da IA¹ em consideração, os legisladores comunitários tiveram a atenção no *AI Act* de classificar sistemas de IA com base no risco, nomeadamente inaceitável, alto, limitado, mínimo, e impõe obrigações específicas, como avaliações de impacto sobre direitos fundamentais, transparência e revisões humanas para sistemas de alto risco. Como instrumento normativo da governação supranacional europeia, o *AI Act* reflete a interdependência estatal europeia, mas exige que Estados-Membros como Portugal adaptem instituições e recursos para cumprir as suas exigências, tendo em vista a harmonização normativa.

No que diz respeito aos direitos fundamentais, como é o caso da privacidade e da igualdade, são considerados pilares da soberania normativa, uma vez que legitimam a autoridade estatal dentro do seu território, delimitado pelas fronteiras do seu espaço soberano. O *AI Act* alinha-se com estes valores ao procurar mitigar riscos como discriminação algorítmica e opacidade, mas a sua implementação na ordem pública portuguesa depende da capacidade estatal e da cooperação com atores privados.

Por outras palavras, a *AI Act* pode reforçar a soberania funcional de Portugal ao fornecer um quadro regulatório robusto, mas desafia a soberania normativa se normas supranacionais conflitarem com o ordenamento jurídico nacional ou se a implementação for ineficaz.

¹ “As preocupações éticas em torno da IA podem sintetizar-se no que se designam as três grandes [Big 3]: i) privacidade e vigilância; ii) preconceito e discriminação; e iii) o papel da decisão humana. Em termos éticos-normativos importa, por isso, saber desenhar uma «IA ética», estabelecendo linhas claras entre o que a IA «pode» [can] e o que a IA «deve poder» [should] fazer” (Godinho, 2022, p. 12).

Para assegurar a sua eficácia existem as sanções por incumprimento, que são severas, que podem ascender as coimas até 35 milhões de euros, o que demonstra a dimensão do poder regulatório da EU (Regulation 2024/1689, 2024). O *AI Act* é um exemplo de governação supranacional, pois harmoniza normas para os 27 Estados-membros, reduzindo fragmentação regulatória e promovendo um mercado único digital. Para Portugal, o regulamento oferece um quadro ético e técnico para regular a IA, mas exige adaptações institucionais significativas, como a criação de equipas de auditoria algorítmica e a capacitação de funcionários públicos.

Teoricamente, o *AI Act* alinha-se com os princípios liberais de cooperação e valores democráticos. Ele promove a proteção de direitos fundamentais, um pilar da soberania normativa, e facilita a integração económica, essencial para a soberania funcional. Contudo, a sua natureza supranacional levanta questões sobre a autonomia regulatória, especialmente para Estados pequenos como Portugal, que têm menos influência nas negociações europeias em comparação com potências como a Alemanha ou a França.

A nossa investigação pretende realizar uma abordagem holística que envolve a teoria de interdependência complexa, o liberalismo intergovernamental e o papel das instituições para analisar o impacto do *AI Act* na soberania portuguesa. A soberania funcional é avaliada com base na capacidade de Portugal implementar o regulamento comunitário, enquanto a soberania normativa é examinada pelo alinhamento com valores democráticos. Esta abordagem holística pretende captar as tensões entre autonomia e cooperação no contexto da governação tecnológica no espaço comunitário que envolve os Estados-Membros.

4. O *AI Act* e Teoria da Interdependência Complexa

A implementação do *AI Act* em Portugal, sob a perspetiva liberal das Relações Internacionais, revela um equilíbrio complexo entre os benefícios da interdependência europeia e os desafios à soberania nacional.

Na perspetiva liberal, a interdependência complexa (Keohane & Nye, 1977) é um pilar da governação global, onde Estados colaboram para enfrentar desafios transnacionais, como a regulação da IA. O *AI Act* exemplifica este modelo, ao harmonizar normas para o desenvolvimento, implementação e uso de sistemas de IA na UE. Para Portugal, a interdependência oferece benefícios significativos, especialmente para um

Estado de pequena dimensão com recursos limitados. A adoção de um quadro regulatório comum, no contexto europeu, permite que Portugal aceda a padrões éticos comuns elevados e a um mercado único digital, o que pode contribuir para fortalecer a sua posição face aos interesses das grandes potências como os Estados Unidos da América (EUA) e a República Popular da China (RPC). Por exemplo, a classificação de sistemas de IA como de alto risco, que possam envolver reconhecimento facial, garante proteção uniforme de direitos fundamentais, como a privacidade, direito já consagrado no artigo 26º da Constituição da República Portuguesa (CRP, 1976), sem exigir que Portugal desenvolva legislação própria nesse sentido, cujo processo poderia ser complexo.

Contudo, a interdependência implica *trade-offs*. Ou seja, a delegação de competências regulatórias à UE acaba por limitar a autonomia de Portugal para definir políticas de IA que reflitam prioridades nacionais específicas. Nomeadamente das decisões sobre quais sistemas são considerados de risco inaceitável, que envolvam certas formas de vigilância em tempo real, são tomadas supranacionalmente, restringindo a flexibilidade de Portugal para adaptar regulamentações a contextos locais, como o combate ao crime urbano em Lisboa, por exemplo. Este *trade-off* é racional na visão do liberalismo intergovernamental (Moravcsik, 1997), pois Portugal maximiza interesses domésticos, tais como competitividade económica e proteção de direitos, através da integração europeia.

Porém, a dependência de normas externas pode ser percebida como uma erosão da soberania estatal, especialmente em sectores sensíveis como a segurança pública. Comparativamente, países como a Irlanda, que também são pequenas potências, mas com um setor tecnológico mais desenvolvido, têm maior capacidade de influenciar as negociações do *AI Act* devido à presença de grandes empresas tecnológicas no seu país, tais como a Google e a Meta. Portugal, com um ecossistema de inovação menos robusto, enfrenta maior dificuldade em moldar a agenda europeia, o que reforça a assimetria na governação multinível da arquitetura da UE. Esta dinâmica sublinha a necessidade do governo de Lisboa em investir ainda mais em diplomacia estratégica em Bruxelas, para defender os seus interesses nacionais, no contexto da EU, através de um aumento de capacidade e de recursos nos trabalhos do *Committee of Permanent Representatives* (Coreper), nomeadamente através da Representação Permanente de Portugal (REPER).

5. Os impactos do *AI Act* na soberania de Portugal

O *AI Act* molda a soberania funcional e normativa de Portugal em três dimensões principais, nomeadamente a ordem pública, a economia e a inovação, assim como a proteção de direitos fundamentais. Cada uma destas áreas revela benefícios e desafios decorrentes da interdependência e da governação supranacional.

Em primeiro lugar, a ordem pública, que abrange a segurança pública e a administração pública, é um domínio onde a soberania é diretamente afetada pelo uso e regulação da IA, o que já levou o governo socialista sob António Costa a procurar reagir com o lançamento de uma estratégia (Portugal, 2019) para executar em fevereiro de 2020 (XXII Governo, 2020).

Em matéria de segurança pública, o uso de sistemas de IA em policiamento preditivo e ações de vigilância é regulado pelo *AI Act*, que classifica estas tecnologias como de alto risco. O regulamento exige medidas rigorosas, o que inclui avaliações de impacto sobre direitos fundamentais, transparência e revisões humanas para decisões automatizadas. Estas exigências reforçam a soberania funcional ao capacitar as forças de segurança subordinadas ao Ministério da Administração Interna (MAI) a executar políticas que protejam a privacidade e evitem abusos, alinhando-se com o artigo 26º da lei fundamental (CRP, 1976). Por exemplo, o MAI pode recorrer o quadro do *AI Act* para auditar sistemas de vigilância, desta forma conseguir assegurar a conformidade com padrões éticos europeus.

No entanto, a soberania funcional é desafiada pela dependência de tecnologias fornecidas por empresas privadas, que controlam algoritmos e dados utilizados em sistemas de vigilância. Esta dependência reduz o controlo estatal, pois Portugal carece de infraestruturas tecnológicas próprias para desenvolver soluções de IA autónomas. Além disso, as normas supranacionais podem divergir de prioridades nacionais. Por exemplo, o *AI Act* proíbe certas formas de vigilância em tempo real, mas o Governo português pode considerar estas tecnologias essenciais para combater crimes em áreas urbanas de alta criminalidade, o que vai contribuir para a criação das tensões na soberania normativa portuguesa. A falta de diálogo público sobre o uso destas tecnologias, tal como foi relatado pela Amnistia Internacional (2024), agrava estas tensões, pois os cidadãos compreendem a vigilância como uma ameaça aos seus Direitos Fundamentais, o que vai contribuir para colocar em causa a legitimidade democrática do Estado Português.

Em relação à administração pública, a automação de processos administrativos, como a Plataforma Digital da Justiça ou sistemas de atribuição de benefícios sociais, beneficia da harmonização proporcionada pelo *AI Act*, uma vez que o regulamento comunitário garante interoperabilidade entre sistemas europeus e proteção de dados, alinhada com o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD). Isto acaba por reforçar a soberania funcional ao permitir que Portugal modernize a administração pública, ao aumentar a eficiência e a acessibilidade dos serviços públicos, como é o caso da Plataforma Digital da Justiça², que utiliza IA para agilizar processos judiciais, beneficia dos padrões éticos europeus que asseguram transparência e revisão humana, o que assegura a proteção do devido processo legal, consagrado no artigo 20º (CRP, 1976).

Contudo, a implementação do regulamento comunitário enfrenta obstáculos significativos. A falta de capacitação técnica, como equipas especializadas em auditorias algorítmicas, limita a capacidade de Portugal cumprir as exigências do *AI Act*, como a realização de Autorização para Impressão de Documentos Fiscais. Nesse sentido, existem relatórios da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd, 2024) indicam que muitas instituições públicas portuguesas carecem de recursos para monitorizar sistemas de IA, o que agrava o risco de erros algorítmicos, como discriminação na atribuição de apoios sociais. Estes erros desafiam a soberania normativa, pois violam o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º (CRP, 1976) e minam a confiança pública nas instituições estatais. Além disso, a dependência de fornecedores privados, como a Microsoft, que são gestoras de infraestruturas de computação em nuvem, reduz a autonomia tecnológica de Portugal, o que contribuiu para reforçar a vulnerabilidade de Portugal a interesses externos.

O *AI Act* tem um impacto ambivalente na soberania económica de Portugal. Por um lado, promove oportunidades de inovação, mas por outro lado provoca desafios para o ecossistema local. Quando falamos de oportunidades, o regulamento comunitário contribui para a consolidação do mercado único digital, o que facilita o acesso de empresas portuguesas a tecnologias de IA, o que por sua vez atrai investimento directo estrangeiro para a economia portuguesa. Isto reforça a soberania económica ao posicionar Portugal como um ator competitivo no seio da UE. Por exemplo, *startups* portuguesas, como a Feedzai, especializada em deteção de fraudes com IA, beneficiam de *standards*

² <https://justica.gov.pt/>

harmonizados que simplificam a exportação de soluções para outros Estados-membros. Dados da Portugal Ventures (2024) mostram que o setor tecnológico português cresceu 15% entre 2020 e 2023, em parte devido à integração no mercado europeu. O *AI Act* também incentiva a confiança dos consumidores e investidores ao garantir proteção de dados e transparência, atraindo capital para *hubs* de inovação como Lisboa e Porto.

No entanto, as obrigações rigorosas do *AI Act*, como avaliações de impacto e certificações para sistemas de alto risco, impõem custos significativos às empresas, especialmente pequenas e médias empresas (PME) portuguesas com recursos limitados. A maioria das *startups* europeias consideram a regulação da IA um obstáculo à inovação, devido à complexidade e aos custos de conformidade (Startup Portugal, 2025). Em Portugal, onde o ecossistema de *startups* é menos maduro do que na Irlanda ou na Estónia, estas exigências podem desincentivar o empreendedorismo, limitando a soberania económica.

Além disso, a dependência de grandes empresas tecnológicas estrangeiras, como Google, a Meta e a Amazon, para infraestruturas de IA, tais como a computação em nuvem e os algoritmos reforça a assimetria tecnológica. Portugal carece de gigantes tecnológicas próprias, ao contrário de países como a Alemanha ou a França, o que reduz a soberania funcional no domínio da inovação. De acordo com 2025 AI Index Report, Esta dependência é agravada pela concentração do mercado de IA, com 70% das patentes globais de IA controladas por empresas dos EUA e da China (Stanford HAI, 2025). O *AI Act* tenta mitigar este desequilíbrio com sanções por incumprimento, mas a implementação em Portugal é dificultada pela falta de capacidade técnica para fiscalizar empresas multinacionais.

A proteção de direitos fundamentais é um pilar da soberania normativa, pois legitima a autoridade estatal através do alinhamento com valores democráticos. O *AI Act* reforça este alinhamento ao impor medidas contra riscos como discriminação algorítmica, opacidade e violações de privacidade, em consonância com a CRP e a Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

As avaliações de impacto exigidas pelo *AI Act* ajudam a identificar e mitigar discriminação em sistemas de IA, o que ajuda a proteger o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º (CRP, 1976). Por exemplo, na atribuição de benefícios sociais, o regulamento comunitário exige revisões humanas para evitar decisões enviesadas,

beneficiando comunidades vulneráveis, como minorias étnicas ou populações rurais. Relatórios da *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA, 2023) destacam que a harmonização regulatória da UE reduz desigualdades no acesso a direitos, o que ajuda a fortalecer a soberania normativa de Portugal como democracia liberal, nos padrões euro-atlânticos. Além disso, a transparência exigida pelo *AI Act* aumenta a confiança pública, um elemento central da legitimidade democrática na perspectiva liberal (Keohane, 1984).

Todavia, apesar destes benefícios, existem lacunas na implementação ameaçam a soberania normativa. A falta de supervisão independente, como uma agência nacional dedicada à IA, limita a capacidade de Portugal monitorizar sistemas de alto risco. Por exemplo, a Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD, 2024) relata que apenas 20% das instituições públicas portuguesas realizaram avaliações de impacto sobre dados em 2023, devido à escassez de recursos. Esta falha aumenta o risco de violações de direitos, como discriminação algorítmica em sistemas de vigilância, que afetam desproporcionalmente grupos marginalizados, conforme apontado pela FRA (2023). Tais violações minam a confiança pública e desafiam a legitimidade do Estado, comprometendo a soberania normativa³.

A UE, como instituição internacional, desempenha um papel central na mediação das dinâmicas de soberania no contexto do *AI Act*. Na perspetiva do paradigma liberal, as instituições supranacionais reduzem custos de transação, promovem confiança mútua e facilitam a cooperação (Keohane, 1984). O *AI Act* permite que Portugal beneficie de um quadro regulatório avançado sem os custos de desenvolver legislação própria, um processo que seria inviável dado os recursos limitados do país. Além disso, a UE oferece apoio técnico e financeiro, como fundos do Horizonte Europa, para capacitar Estados-Membros na implementação do regulamento.

No entanto, a governação multinível gera desafios a todos os Estados-Membros da UE, independentemente da sua dimensão. O liberalismo intergovernamental (Moravcsik, 1997) sugere que a delegação de soberania é uma escolha racional, mas

³ Comparativamente, países como a Finlândia, com maior investimento em literacia digital e supervisão de IA, têm sido capazes de implementar o *AI Act* com maior eficácia, reduzindo riscos aos direitos fundamentais. Portugal, com um orçamento limitado para inovação tecnológica, na ordem dos 1,8% do PIB em I&D, contra 3,1% na Finlândia, segundo a OCDE (2023), enfrenta barreiras estruturais que limitam a sua soberania funcional na protecção de direitos.

Estados pequenos como Portugal têm influência limitada nas negociações europeias. Durante a formulação do *AI Act*, países como a Alemanha (Aristovnik, Ravšelj, & Tomažević, 2024), com setores tecnológicos mais robustos, moldaram significativamente o regulamento, enquanto Portugal teve um papel mais secundário. Esta assimetria reduz a capacidade de Portugal alinhar normas supranacionais com prioridades nacionais, como o apoio a PME ou a flexibilidade na segurança pública.

Além disso, a implementação do *AI Act* exige recursos institucionais que Portugal ainda não possui plenamente. Por exemplo, a realização de auditorias algorítmicas, exigida para sistemas de alto risco, requer equipas técnicas especializadas, mas o Estado Português enfrenta uma escassez de profissionais em IA, com apenas 12.000 especialistas em tecnologia registados em 2023, contra 50.000 na Irlanda (Eurostat, 2024). Esta lacuna reforça a dependência de consultorias privadas, muitas vezes estrangeiras, o que vai comprometer a soberania funcional (Mazzucato & Collington, 2025).

Para equilibrar os benefícios da interdependência com a proteção da soberania, propõem-se as seguintes estratégias:

Capacitação Institucional

- Criar uma agência nacional para a IA, subordinada ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, com mandato para supervisionar a implementação do *AI Act* e realizar auditorias algorítmicas.
- Investir em formação técnica para funcionários públicos, com recurso a fundos europeus como o Plano de Recuperação e Resiliência (PRR), para reduzir a dependência de empresas privadas.

Participação na UE

- Reforçar a presença de Portugal nas negociações europeias, através de alianças com outras pequenas potências que são Estados-Membros da UE, tais como a Irlanda, a Grécia e Malta, por exemplo, para defender prioridades como apoio a PME e proteção de dados.
- Participar ativamente em grupos de trabalho da Comissão Europeia, como o *AI Board*, para influenciar futuras revisões do *AI Act*.

Cooperação Público-Privada

- Estabelecer parcerias com empresas portuguesas, como a Feedzai ou a OutSystems, para desenvolver soluções de IA alinhadas com o *AI Act*, promovendo inovação local.
- Criar incentivos fiscais para PME que cumpram as exigências do regulamento, mitigando os custos de conformidade.

Participação Ativa dos Cidadãos

- Criar fóruns públicos, em colaboração com organizações da sociedade civil, para debater a governação da IA, desta forma contribuir para o aumento da transparência e da legitimidade.
- Implementar campanhas de literacia digital para capacitar os cidadãos a compreender e contestar decisões automatizadas, reforçando a soberania normativa.

6. Conclusão

“Modern liberalism holds that World politics requires new levels of political integration in response to relentlessly rising interdependence”, de acordo com Deudney, e Ikenberry (2018, p. 16). Nesse sentido, a implementação do *AI Act* em Portugal ilustra as complexidades da soberania num sistema de interdependência global.

Do ponto de vista do paradigma liberal, a integração europeia promovida pelo *AI Act* alinha-se com os princípios de interdependência e cooperação, conforme defendido por autores como Keohane e Nye (1977; 1974). A harmonização regulatória fortalece a capacidade de Portugal de atrair investimento, promover inovação ética e defender valores democráticos, como a proteção de direitos fundamentais. A participação no mercado único digital e a colaboração com instituições como o Gabinete Europeu de IA posicionam Portugal como um ator relevante em fóruns globais, reforçando sua influência indireta. No entanto, a soberania partilhada na UE implica *trade-offs*. A designação da CNPD como autoridade competente e os requisitos rigorosos do *AI Act* limitam a autonomia legislativa e podem sobrecarregar as pequenas e médias empresas portuguesas, que enfrentam desafios para cumprir standards elevados. Além disso, a dependência tecnológica de Portugal em relação a grandes potências no sistema internacional, como

os EUA e a China, é agravada pela regulação supranacional, que pode restringir a inovação local.

Todavia, “existe ainda um longo caminho a ser percorrido entre o que o Homem espera da IA e o que efetivamente alcançou” (Gonçalves, 2022, p. 131). Sob a perspectiva teórica do paradigma liberal das Relações Internacionais, verificamos que o regulamento comunitário fortalece a soberania funcional ao capacitar o Estado a regular a IA, proteger direitos fundamentais e competir economicamente. A cooperação europeia, facilitada pela UE, oferece benefícios significativos, como harmonização regulatória e acesso a um mercado único digital. No entanto, a delegação de competências supranacionais limita a autonomia regulatória nacional, enquanto lacunas institucionais e a dependência tecnológica desafiam a soberania funcional e normativa.

Nesse sentido, estratégias como capacitação institucional, maior influência nacional no processo decisório comunitário, parcerias público-privadas e estimular a participação ativa dos cidadãos são essenciais para maximizar a soberania portuguesa no contexto da governação tecnológica. Apesar de tudo, “political orders do not arise spontaneously, and liberals argue that a world with more liberal democratic capitalist states will be more peaceful, prosperous, and respectful of human rights” (Deudney, & Ikenberry, 2018, p. 16). O nosso artigo destaca que, na era da IA, a soberania não é uma questão de isolamento, mas de cooperação estratégica e adaptação institucional no seio do sistema internacional.

BIBLIOGRAFIA

Amnistia Internacional (2024). Relatório Anual 2023/24: Momento decisivo para o direito internacional. <https://www.amnistia.pt/relatorio-anual-2023-24-momento-decisivo-para-o-direito-internacional/>

Aristovnik, A., Ravšelj, D., & Tomažević, N. (2024). The Regulation of Artificial Intelligence: Shaping Governance and Power Relations for a Liberal Future.

Biersteker, T. J., & Weber, C. (1996). State Sovereignty as Social Construct. Cambridge University Press.

CNCS. (2022). Relatório Ética & Direito - Problemas Ético-Morais. <https://www.cncs.gov.pt/pt/problemas-etico-morais/>

Comissão Europeia. (2023). “Comissão congratula-se com acordo político sobre o Regulamento Inteligência Artificial”. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_23_6473

Comissão Europeia. (2024). Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act). EUR-Lex. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>

Comissão Nacional de Proteção de Dados. (2024) AVALIAÇÃO DE IMPACTO SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS. <https://www.cnpd.pt/organizacoes/outras-obrigacoes/avaliacao-de-impacto/>

Comissão Nacional de Proteção de Dados. (2024). Relatório sobre a implementação do AI Act em Portugal. <https://www.cnpd.pt/relatorios/2024/ai-act-implementacao>

Conselho da União Europeia. (2024). “Regulamento Inteligência Artificial: Conselho e Parlamento alcançam acordo sobre as primeiras regras em matéria de IA no mundo”. <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>

Deudney, D., & Ikenberry, G. J. (2018). Liberal World: The Resilient Order. Foreign Affairs, 97(4), 16–24. <http://www.jstor.org/stable/44822208>

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). (2023). Artificial intelligence and fundamental rights report. Publications Office of the European Union. <https://fra.europa.eu/pt/publication/2023/fundamental-rights-report-2023>

European Union. (2024). Regulation (EU) 2024/1689 on artificial intelligence (AI Act). Official Journal of the European Union.

Floridi, L. (2019). The ethics of artificial intelligence. Oxford University Press.

Godinho, I. F. (2022). Inteligência Artificial, Tecnologias & Cuidados de Saúde – Nota de Apresentação de um Tríptico. Godinho, I. F. & Tavares, A. (Coord.) Inteligência Artificial, Tecnologia e Cuidados de Saúde. Coimbra: Editora D'Ideias, 11-16.

Gonçalves, A. (2022). Inteligência Artificial, Saúde e Proteção de Dados. Godinho, I. F. & Tavares, A. (Coord.) Inteligência Artificial, Tecnologia e Cuidados de Saúde. Coimbra: Editora D'Ideias, 131-140.

Keohane, R. O. (1984). After hegemony: Cooperation and discord in the world political economy. Princeton University Press.

Keohane, R. O., & Nye, J. S. (1974). Transgovernmental relations and international organizations. *World Politics*, 27(1), 39–62. <https://doi.org/10.2307/2009925>

Keohane, R. O., & Nye, J. S. (1977). Power and interdependence. Little, Brown and Company.

Lucas, J. M. (2024) Inteligência artificial e ponderação de interesses na tomada de decisão quanto a políticas públicas em cidades inteligentes. Sousa, S. A. D., Magalhães, A. R. R., Crestani, A. C., Gonçalves, A., Franco, L. C., Pérez, M. Q., & Farias, T. T. B. D. (Coord.). Inteligência Artificial e Manutenção da Ordem Pública: impacto da proposta de Regulamento da IA no direito português, pp. 107-120 <https://doi.org/10.47907/iaordempublica/livro>

Mazzucato, M. & Collington, R. (2025) O Grande Engano - Como a indústria de consultoria enfraquece as empresas, infantiliza os governos e distorce as economias. Temas e Debates

Moravcsik, A. (1997). Taking preferences seriously: A liberal theory of international politics. *International Organization*, 51(4), 513-553.

OCDE. (2023). *Artificial Intelligence in Society: Policy Challenges and Opportunities*. Paris: OECD Publishing.

Portugal Ventures. (2024). 10 anos de existência da Portugal Ventures – Celebrar o passado, Sublinhar o presente, Perspetivar o futuro. <https://www.portugalventures.pt/news/10-anos-de-existencia-da-portugal-ventures-celebrar-o-passado-sublinhar-o-presente-perspetivar-o-futuro/>

Portugal. (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Assembleia da República.

Portugal. (2019). *Estratégia Nacional para a Inteligência Artificial*. Governo de Portugal. <https://www.incode2030.gov.pt/aip-2030/#:~:text=A%20Estrat%C3%A9gia%20Nacional%20de%20Intelig%C3%Aancia%20Artificial,%20publicada%20em,de%20produtos%20e%20servi%C3%A7os%20suportadas%20em%20tecnologias%20IA.>

Risse, T. (2010). *A community of Europeans? Transnational identities and public spheres*. Cornell University Press.

Slaughter, A.-M. (2000). A Liberal Theory of International Law. *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 94, 240–249. doi:10.1017/S0272503700055919

Stanford HAI. (2025). *The 2025 AI Index Report*. <https://hai.stanford.edu/ai-index/2025-ai-index-report>

Startup Portugal. (2025). *As startups são a estratégia da Europa – mas só se as deixarmos prosperar*. <https://startupportugal.com/pt/as-startups-sao-a-estrategia-da-europa-mas-so-se-as-deixarmos-prosperar/>

XXII Governo. (2020). «Recurso à inteligência artificial no setor do Estado é fundamental». Governo de Portugal. <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/noticia?i=recurso-a-inteligencia-artificial-no-setor-do-estado-e-fundamental>

EL NUEVO ESTADO DE DERECHO DIGITAL: DERECHOS Y GARANTÍAS FRENTE A LOS CIUDADANOS

Prof^a María Cruz Díaz Díaz.

Universidad de Extremadura - España

Resumen

La transformación del Estado de Derecho en el entorno digital implica tensiones entre la innovación tecnológica y las garantías jurídicas tradicionales. Partiendo de un enfoque administrativista, se examinan los efectos estructurales de la inteligencia artificial y la automatización sobre aspectos como la legalidad, la transparencia y la participación ciudadana.

El trabajo emplea una metodología basada en el análisis doctrinal, jurisprudencial y normativo, con especial atención al Derecho de la Unión Europea y las aportaciones supranacionales promovidas por organismos multilaterales.

Entre los resultados destaca la necesidad de construir un nuevo sistema normativo que, confirmando las garantías propias del estado de Derecho, incorpore principios como la trazabilidad algorítmica, la supervisión institucional efectiva y la inclusión digital.

A la vista de los resultados obtenidos, se concluye que la preservación de los derechos fundamentales en la sociedad digital requiere no solo reformas legales, sino también una cultura de responsabilidad pública, una ciudadanía crítica y una gobernanza institucional orientada al interés general. La legitimidad democrática del poder tecnológico sólo será sostenible si se encuentra sometida a las exigencias del Estado de Derecho y se articula desde una arquitectura jurídica, ética y operativa sólida.

Introducción

Desde hace años, y con creciente intensidad, se asiste a un proceso de transformación tecnológica que alcanza todas las dimensiones del espacio público. Lo que en otro tiempo pudo ser considerado modernización o eficiencia a través de la automatización de trámites o la optimización de recursos

¹, hoy se presenta como una alteración sustantiva de los fundamentos de actuación de los poderes públicos.

La aceleración tecnológica ha desplazado el eje clásico de la deliberación jurídica hacia plataformas y lógicas algorítmicas que operan (y, a menudo, deciden) con menor trazabilidad y sin la plenitud de garantías disfrutadas como auténticas conquistas del Estado Democrático y de Derecho

Ya el *Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial* de la Comisión Europea (2020) advertía con clarividencia acerca de esta doble faz: la IA promete avances sustanciales (diagnósticos médicos más precisos, agricultura eficiente, mitigación del cambio climático, mayor seguridad etc), pero también comporta riesgos graves de opacidad, discriminación o intrusión en la vida privada.

La IA se está desarrollando rápido. Cambiará nuestras vidas, pues mejorará la atención sanitaria (por ejemplo, incrementando la precisión de los diagnósticos y permitiendo una mejor prevención de las enfermedades), aumentará la eficiencia de la agricultura, contribuirá a la mitigación del cambio climático y a la correspondiente adaptación, mejorará la eficiencia de los sistemas de producción a través de un mantenimiento predictivo, aumentará la seguridad de los europeos y nos aportará otros muchos cambios que de momento solo podemos intuir. Al mismo tiempo, la IA(IA) conlleva una serie de riesgos potenciales, como

¹Baste pensar lo que en su momento supuso la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como avance en la racionalización y modernización del funcionamiento administrativo. En lo que respecta al uso de nuevas tecnologías, la ley marcó un punto de inflexión al reconocer por primera vez, de forma expresa, la validez de documentos y comunicaciones electrónicas, informáticas y telemáticas (art. 45), siempre que se garantizara su autenticidad, integridad y conservación. Este paso fue pionero para su época, en un contexto en el que la tecnología digital aún no estaba implantada de forma generalizada ni en las Administraciones ni en la sociedad.

La Ley promovía también la informatización de los registros administrativos (art. 38.3) y preveía la interconexión telemática entre diferentes administraciones públicas, lo que representaba un enfoque innovador hacia una gestión integrada y más cercana al ciudadano.

No obstante, desde la perspectiva actual, es evidente que los avances previstos no se materializaron de forma homogénea, debido a la ya indicada escasa infraestructura digital, la falta de capacitación generalizada en las Administraciones y la carencia de una planificación estratégica para la transformación tecnológica. A pesar de las buenas intenciones del legislador, la aplicación real de estas medidas fue limitada durante más de una década.

En todo caso, su valor e impacto debe apreciarse no desde la perspectiva de lo que logró de forma inmediata, sino en el camino que abrió para una evolución legislativa y administrativa que se consolidaría en décadas posteriores a través de normas como, por ejemplo, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

la opacidad en la toma de decisiones, la discriminación de género o de otro tipo, la intromisión en nuestras vidas privadas o su uso con fines delictivos².

Y es que el nuevo entorno digital no es solo un espacio técnico operativo favorecedor de las organizaciones públicas y privadas, sino una estructura de poder con capacidad para condicionar (cuando no sustituir) criterios jurídico-democráticos cuyo alcance se consideraron logros del Estado de Derecho en detrimento de las garantías que, hasta la fecha, han podido acompañar a los ciudadanos en sus relaciones con los poderes públicos.

En este escenario, el Derecho, y particularmente el Derecho Administrativo, no puede adoptar una actitud contemplativa ni adaptativa, sino que, respondiendo a su vocación, está llamado a ejercer una función de tutela activa del ciudadano frente a los nuevos riesgos derivados del uso mayoritario de tecnologías automatizadas, inteligencias artificiales y modelos de gobernanza algorítmica³. Porque si algo caracteriza al Estado de Derecho es su capacidad para contener el poder, también cuando este adopta formas novedosas o invisibles.

El Estado de Derecho digital exige someter la actuación algorítmica a límites y contrapesos equiparables a los que históricamente han regulado la discrecionalidad administrativa. La cuestión ya no es si debemos regular la inteligencia artificial, sino cómo hacerlo sin renunciar a la innovación responsable.

² Bruselas, 19.2.2020 COM(2020) 65 final.

Disponible en:

https://commission.europa.eu/document/download/d2ec4039-c5be-423a-81ef-b9e44e79825b_es?filename=commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf Pág. 1

³ Como señala JULI PONCE, *sin negar la relevancia que la ciencia del Derecho administrativo tiene en la tecnología de la aplicación del Derecho en general y del control judicial en particular y sin discutir la importancia de éste último, creemos que el Derecho administrativo no se agota en el control judicial y que, como argumentaremos, puede, y debe, recuperar su papel en el concierto de las ciencias sociales con aportaciones sobre el diseño de políticas públicas en garantía de los derechos y del buen gobierno y la buena administración, esto es, del buen funcionamiento de lo público.*

PONCE, J.: *Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero.* : Gestión y análisis de políticas públicas. Nº 11, 2014. Pág. 25

1.- Fundamentos constitucionales del Estado de Derecho digital

1.1.- El entorno digital como nuevo escenario de poder

La digitalización, tantas veces presentada como sinónimo de eficiencia y simplificación, constituye, en realidad, un nuevo escenario de poder. En efecto, la digitalización, presentada, hasta la fecha, como sinónimo de eficiencia, encierra una clara dimensión de poder. Cuando la decisión pública pivota sobre modelos de datos cuya lógica resulta inaccesible al común de los ciudadanos, surge un riesgo cierto de desplazamiento del centro de gravedad democrático. De ahí que la tecnología deba subordinarse al mismo principio de legalidad que cualquier otro ejercicio de autoridad (art.9.3 CE) y, en su caso, a las garantías reforzadas que derivan del art. 103 CE sobre la actuación administrativa.

No se trata ya de una herramienta neutra al servicio de la gestión administrativa, sino de una estructura con capacidad para redefinir los propios fundamentos del Estado de Derecho.

Como se ha anticipado, en una primera etapa, la digitalización fue valorada como un avance instrumental (reducción de plazos, agilización de procedimientos, mejora en la relación con la ciudadanía, etc). Sin embargo, el desarrollo vertiginoso de tecnologías disruptivas como la inteligencia artificial, el aprendizaje automático o los sistemas de gobernanza algorítmica, ha transformado profundamente esa inicial percepción. Hoy no sólo se automatizan tareas o se trata de administrar mejor, reducir tiempos y acercar la Administración al ciudadano. Se reconfigura la toma de decisiones, desplazando el centro de gravedad institucional desde el criterio deliberativo del órgano responsable hacia modelos de tratamiento masivo de datos cuya lógica (opaca, técnica y no siempre inteligible) escapa al escrutinio público e incluso al control experto de operadores más cualificados.

Este desplazamiento tiene implicaciones profundas. Cuando las decisiones públicas se sustentan en sistemas cuyo razonamiento resulta inaccesible al común de los ciudadanos, se erosiona la trazabilidad democrática, se debilita la responsabilidad institucional y se comprometen los principios de igualdad, transparencia y legalidad. Por ello, el uso de la tecnología en el espacio público no puede considerarse un ámbito autónomo o desregulado, sino que, tal y como se anticipó, ha de someterse con plenitud al principio de legalidad (art. 9.3 CE) y, en su caso, a los controles reforzados del art. 103 CE que rigen la actuación administrativa.

En este sentido, ya en 2022, la OCDE, cuando aún no se había producido el gran desarrollo digital que hoy se conoce, advertía que *la IA, cuando no va acompañada de los*

correspondientes mecanismos de control, puede suponer un peligro y el incumplimiento de los valores humanos y democráticos: discriminación derivada de la automatización o la amplificación de los prejuicios; polarización de las opiniones; alteración de los mercados de trabajo por la automatización de determinadas tareas; vulneraciones de la privacidad; vigilancia generalizada y concentración del poder. Debemos aprovechar las oportunidades que ofrece la IA y solucionar los riesgos que conlleva de manera oportuna para garantizar que sea beneficiosa para las personas y el planeta⁴.

Estas advertencias han sido recogidas y reforzadas por organismos internacionales como Naciones Unidas, UNESCO o la propia Unión Europea, que coinciden en afirmar que la digitalización no es un proceso neutro ni inevitable, sino una construcción social y técnica que debe estar gobernada por valores jurídicos democráticos y sometida a principios de responsabilidad pública.

Así las cosas, la idea de un Estado de Derecho digital no puede reducirse a un mero eslogan de transición tecnológica o a un nuevo concepto de elaboración doctrinal. Supone la afirmación, sin matices, de que el nuevo entorno digital (entendido de la manera más amplia) debe someterse al mismo régimen de garantías que cualquier otra dimensión del poder público. No hay neutralidad tecnológica cuando lo que está en juego es la legalidad de la decisión, la igualdad de trato, la trazabilidad del procedimiento o la posibilidad de defensa. Las estructuras y herramientas digitales son también estructuras y herramientas que deben tener su encaje en la construcción constitucional del Estado de Derecho.

Desde esta premisa, resulta improcedente cualquier aproximación que sitúe la digitalización del Gobierno y la Administración al margen de las exigencias propias del Estado social y democrático de Derecho. En rigor, lo digital no es un espacio autónomo, sino una dimensión del actuar público sobre la que deben extenderse las de exigencias constitucionales que traen causa en las cláusulas de esa adjetivación social, democrática y de Derecho. El Derecho y su histórica construcción a través de avances fundamentales para permitir que los ciudadanos ejerzan con plenitud sus derechos y libertades no puede verse opacado en el nuevo escenario digital. Como señala el informe de Naciones Unidas “*Gobernanza de la IA en beneficio de la humanidad*”, *la tecnología es demasiado importante y hay demasiado en juego*

⁴ OCDE: *Aprovechando el poder de la IA y las tecnologías emergentes documento de referencia para la conferencia ministerial del CDEP*. OECD Digital Economy Papers. Noviembre de 2022 N° 340, pág. 7.

*como para confiar únicamente en las fuerzas del mercado y en un mosaico fragmentado de acciones nacionales y multilaterales*⁵.

En definitiva, el entorno digital se presenta hoy como un nuevo espacio de poder estructural, con capacidad real para condicionar (o incluso sustituir) las formas tradicionales de decisión política y administrativa. Frente a ello, la respuesta no puede ser la inercia, la fascinación tecnológica o la adaptación pasiva, sino la afirmación activa del Derecho como instrumento de garantía ciudadana y de contención de todo poder, también del poder digital en el ámbito público.

1.2.- Deberes constitucionales en la era digital: la exigencia de tutela frente a la opacidad

Como ya se ha podido anticipar, la transformación digital de las Administraciones públicas no resulta neutral. Al modificar la forma en que se generan, procesan y ejecutan las decisiones públicas, altera también el reparto de responsabilidades, la trazabilidad de la voluntad política y el propio estatuto jurídico del ciudadano. El orden constitucional, como se ha anticipado líneas atrás, si quiere preservar su vigencia, ha de ser capaz de proyectarse sobre esta nueva realidad.

No se trata de oponer analogía a innovación, ni de forzar moldes normativos preexistentes sobre realidades tecnológicas inéditas. Se trata de leer con sentido del tiempo y sus avances el texto constitucional y afirmar, como ya lo hicieron otros en el momento que les tocó vivir, que allí donde hay poder, debe haber límites, y garantías. Y si el ejercicio del poder se automatiza, se abstrae o se oculta tras procesos digitales (algorítmicos), con mayor razón debe afirmarse la siempre presente exigencia de legalidad y control.

La seguridad jurídica como pilar estructural del Estado de Derecho (artículo 9.3 de la Constitución Española) exige certeza normativa, previsibilidad de la actuación pública y control efectivo del poder. Estos elementos resultan incompatibles con zonas grises de opacidad algorítmica, por muy atractivas que resulten sus promesas de eficiencia. Si una decisión pública afecta a derechos o libertades, el ciudadano tiene derecho a conocer quién decide, cómo decide y bajo qué parámetros lo hace. No hay excepción digital a este principio.

⁵ United Nations, AI Advisory Body. Septiembre, 2024. Pág. 91. Disponible en: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/governing_ai_for_humanity_final_report_es.pdf

La transformación tecnológica no puede convertirse en una coartada para debilitar el principio de responsabilidad como manifestación esencial del Estado.

En este sentido, urge consolidar un estatuto jurídico del ciudadano digital, dotado no sólo de derechos declarativos, sino de garantías operativas frente al riesgo de decisiones arbitrarias, desproporcionadas o ininteligibles. El objetivo de modernizar procedimientos en el actuar público no se alcanzará si no se fortalece, en paralelo, la capacidad ciudadana de impugnar, comprender y someter a escrutinio las decisiones que le afectan. Y eso, en términos constitucionales, no es ninguna novedad, sino una obligación estructural de sistema de contrapesos en el que se incardina poder público.

102

El Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento UE 2016/679) ya introduce, en su artículo 22, el derecho del ciudadano a no ser objeto de decisiones exclusivamente automatizadas con efectos significativos, salvo ciertas excepciones reforzadas por salvaguardas adecuadas. Este marco debe ampliarse en el contexto de garantías que establece Derecho Público vinculadas las exigencias de motivación, transparencia y posibilidad de revisión.

De las garantías expuestas, es precisamente la capacidad de revisión la que puede llegar a alcanzar una especial relevancia. El objetivo de modernizar los procedimientos integrando la IA no se alcanzará sin fortalecer, en paralelo, la capacidad ciudadana de comprender, impugnar y someter a escrutinio las decisiones que le afectan.

A nivel internacional, documentos como la Recomendación de la UNESCO sobre la Ética de la Inteligencia Artificial (2021)⁶ o el Informe del Alto Comisionado de la ONU sobre gobernanza digital (2024)⁷ insisten en que toda arquitectura algorítmica pública debe garantizar la trazabilidad, el conocimiento (razonabilidad), el acceso a revisión humana y la existencia de mecanismos efectivos de impugnación. Asimismo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha recordado, en su Recomendación CM/Rec (2020)1⁸, que los derechos humanos deben estar en el centro del diseño, desarrollo y uso de los sistemas automatizados.

⁶ Disponible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa

⁷ Gobernanza de la Inteligencia Artificial en beneficio de la Humanidad: Informe final. Disponible en https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/governing_ai_for_humanity_final_report_es.pdf

⁸ Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems. Disponible en <https://rm.coe.int/recommendation-cm-rec-2020-1-of-the-committee-of-ministers-to-member-s/16809e1154>

No se trata de frenar el progreso, sino de alinearlo con el marco constitucional de garantías, recordando que el ejercicio del poder, incluso cuando se presenta de forma automatizada, no puede sustraerse a los principios del Estado de Derecho. Como apuntó ACTON en su célebre frase: *El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente*⁹. En el entorno digital, esa máxima adquiere nueva vigencia: donde hay poder tecnológico, debe haber también Derecho, control y responsabilidad institucional. Sólo así podrá preservarse la históricamente ganada dignidad del ciudadano como sujeto activo de derechos y no como destinatario pasivo de decisiones automatizadas.

1.3. La Unión Europea como garantía estructural: del Digital Services Act al AI Act

Si el entorno digital constituye una nueva estructura de poder tal y como se ha razonado, y el Estado de Derecho exige extender su función garantista también sobre lo tecnológico, resulta obligado considerar el papel que desempeña la Unión Europea como vector normativo. En efecto, en el ámbito del Derecho Administrativo español y europeo, buena parte de los principios y regulaciones más exigentes en materia digital no emergen del debate interno, sino que son directamente proyectados desde el marco comunitario conforme a la primacía del Derecho de la Unión.

Esta proyección normativa, sostenida por la primacía del Derecho de la Unión y por su progresiva incorporación material, ha situado a la UE como una garantía estructural del Estado de Derecho digital de extraordinaria relevancia, consciente de que el *laissez-faire* digital sólo conduce a la erosión de derechos y a la consolidación de monopolios tecnológicos. La UE ha asumido una función reguladora activa no solo para garantizar el funcionamiento del mercado interior, sino para proyectar sobre el entorno digital los valores fundacionales del proyecto europeo: dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y derechos humanos (art. 2 TUE).

En este sentido, cabe destacar dos normas fundamentales que constituyen auténticos hitos jurídicos que, sin negar la innovación, colocan en el centro del sistema al ciudadano y sus derechos fundamentales.

⁹ ACTON, J. E. E. D. (1907). *Historical Essays and Studies* (p. 504). Macmillan. (Original work published 1887)

Por un lado, el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de los servicios digitales (*Reglamento de Servicios Digitales* o *Digital Services Act*) que refuerza las obligaciones de transparencia algorítmica, moderación de contenidos y responsabilidad frente a riesgos sistémicos por parte de las grandes plataformas digitales.

Por otro lado, el Reglamento (UE) 2024/1686 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA (*Ley de IA* o *AI Act*), establece un modelo regulatorio basado en el análisis de riesgos. Distingue entre sistemas prohibidos, de alto riesgo, y de riesgo limitado, disponiendo para cada uno un régimen de garantías diferenciado. Se prohíben expresamente prácticas incompatibles con los derechos fundamentales, como la puntuación social estatal, el reconocimiento biométrico en tiempo real en espacios públicos o las técnicas de manipulación subliminal.

Este sistema normativo, no supone, como a menudo se critica con gran ligereza, de un freno a la innovación tecnológica, sino de una manifestación concreta del principio de precaución y del deber de protección que, como responsabilidad propia, corresponde a las autoridades públicas. Como señalaba en 2020 la Comisión en el ya citado *Libro Blanco sobre la IA- un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza* el liderazgo digital de Europa no puede desvincularse de su modelo democrático y social, y sólo se sostendrá si es capaz de inspirar confianza entre los ciudadanos.

Tanto el Reglamento de Servicios Digitales como el relativo a la IA, reflejan una idea de fondo que recorre toda la construcción jurídica europea y por tanto los perfiles del Estado de Derecho en su ámbito territorial: la tecnología debe servir a las personas y estar sujeta al principio de legalidad. De ahí que la Unión Europea no se ha limitado a regular el mercado digital (por su impacto en las economías nacionales y del conjunto de la Unión), sino que ha optado por proyectar los valores democráticos europeos construyendo un marco normativo que protege, capacita y responsabiliza.

En esta línea, se integran también propuestas como el Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos (*Data Governance Act*), o el Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para el acceso equitativo y el uso de los datos (*Data Act*), orientados a crear un espacio europeo común de datos bajo condiciones de uso éticas, seguras y no discriminatorias.

En definitiva, el papel de la Unión Europea no se agota en la función reguladora ni puede reducirse a una mera acción política exterior; su actuación en el ámbito digital constituye una manifestación sustantiva del modelo europeo de Estado de Derecho, mediante la proyección activa de los principios de legalidad, transparencia, responsabilidad y tutela efectiva de los derechos fundamentales.

La UE se erige, así, en garante institucional del Estado de Derecho digital, tanto en su dimensión nacional como supranacional, *apostando por una gobernanza que integra la innovación tecnológica en un marco normativo sólido, ético y legítimo.*

2.- La legalidad algorítmica y la gobernanza de la decisión automatizada

Abundando en las ideas ya avanzadas en la introducción del trabajo, más allá de su impacto operativo, la consolidación de sistemas algorítmicos en la esfera pública exige un replanteamiento de los fundamentos sobre los que se asienta la legitimidad institucional. No se trata únicamente de incorporar nuevas herramientas, sino de preservar y, en su caso, reforzar los principios que sustentan el ejercicio del poder público. Entre ellos, la legalidad no solo actúa como criterio de validez formal, sino como núcleo estructural que permite exigir trazabilidad, motivación y control.

En este contexto, resulta indispensable trasladar al entorno digital los estándares jurídicos que históricamente han legitimado la actuación administrativa. La automatización no elimina el ejercicio del poder; simplemente modifica sus formas y potenciales impactos. Por ello, no puede quedar al margen de los principios constitucionales que garantizan la sujeción de toda actuación pública al Derecho. La llamada legalidad algorítmica, lejos de constituir una contradicción, debe afirmarse como una extensión natural del Estado de Derecho en el entorno automatizado. Solo desde esta premisa es posible construir una gobernanza digital legítima, responsable y alineada con los valores democráticos.

2.1. El principio de legalidad ante modelos de decisión automatizada

El principio de legalidad, eje estructural del proceder administrativo, se enfrenta hoy a uno de sus mayores desafíos: garantizar su vigencia en contextos en los que las decisiones públicas son asistidas o directamente adoptadas por sistemas algorítmicos. No es suficiente

afirmar que una decisión es "conforme a Derecho" si no es posible comprender cómo se ha producido, con qué criterios, y bajo qué forma de control.

La opacidad algorítmica no es una mera contingencia técnica, sino un fenómeno estructural que plantea serios desafíos al control democrático del poder público. Esta opacidad puede derivar tanto de la complejidad intrínseca de los modelos utilizados (como las redes neuronales profundas), como de decisiones deliberadas sobre la no divulgación del funcionamiento interno por motivos de propiedad intelectual o ciberseguridad. En cualquiera de sus formas, constituye un obstáculo real para la exigibilidad del principio de transparencia y para la posibilidad de revisión jurídica efectiva.

En términos institucionales, la opacidad algorítmica compromete la trazabilidad de las decisiones, diluye la asignación de responsabilidades y obstaculiza el derecho del ciudadano a comprender y controlar el proceso decisorio que le afecta. Tal como han advertido diversos organismos internacionales y expertos en gobernanza digital, la opacidad algorítmica puede derivar en lo que se ha denominado una situación de "irresponsabilidad distribuida", donde la fragmentación del proceso decisorio y la complejidad técnica impiden identificar con claridad quién asume la responsabilidad final. Esta difuminación de la rendición de cuentas afecta directamente al principio de responsabilidad administrativa, y debilita la garantía de los derechos ciudadanos frente a decisiones automatizadas. De ahí la necesidad de exigir mecanismos que permitan explicar las acciones de base digital desarrolladas, ex ante y ex post, como condición mínima de legalidad y legitimidad.

Y no es esta una cuestión que resulte complicado apreciar habiéndose advertido desde que se empezó a constatar la realidad de un mundo definido por ciudadanos y organizaciones, públicas y privadas, ubicados en entornos digitales. Como recordaba la recomendación de la UNESCO sobre la Ética de la IA en el año 2021, *resulta indispensable velar por que siempre sea posible atribuir la responsabilidad ética y jurídica, en cualquier etapa del ciclo de vida de los sistemas de IA, así como en los casos de recurso relacionados con sistemas de IA, a personas físicas o a entidades jurídicas existentes. La supervisión humana se refiere, por tanto, no solo a la supervisión humana individual, sino también a la supervisión pública inclusiva, según corresponda*¹⁰.

¹⁰ UNESCO. *Recomendación sobre la ética de la IA* Adoptada el 23 de noviembre de 2021. Pág. 22. Disponible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa

El Derecho Administrativo no puede abdicar de su papel garantista: debe extender su control a todas las formas de ejercicio de poder, incluso cuando éstas se presenten *disfrazadas de neutralidad tecnológica*. Como ha advertido el Consejo de Europa en la ya citada Recomendación CM/Rec(2020)1, *los derechos fundamentales deben estar garantizados con independencia del medio o tecnología empleados en su ejercicio*. La legalidad algorítmica no es una excepción técnica, sino una extensión del Estado de Derecho al nuevo ecosistema digital.

2.2.- Trazabilidad y supervisión: pilares para una IA gobernable

Para que una decisión automatizada sea legítima y conforme a Derecho, debe poder explicarse lo cual, en el ámbito del Derecho Administrativo, se anuda a la tradicional idea de la motivación y racionalidad de los actos adoptados.

Explicación, racionalidad o motivación, sea cual sea el concepto elegido, la obligada corrección de la decisión automatizada, se reconduce al cumplimiento de dos condicionantes:

Por un lado, trazabilidad, es decir, que se pueda reconstruir el razonamiento seguido por un sistema cuyo funcionamiento pueda ser evaluado tanto por la propia Administración como por organismos independientes en orden a evitar o, en su caso, corregir la voluntaria o involuntaria materialización de riesgos como la generación de sesgos, consolidación de desigualdades o fugas de los controles propios de un sistema democrático.

En realidad, se trata de singularizar o cualificar el sistema de motivación a través de un modelo de transparencia digital que actualiza y amplía las exigencias de transparencia tradicionales¹¹.

¹¹ Sobre esta cuestión, la organización Open Government Partnership (<https://www.opengovpartnership.org/>) en su Guía de Gobierno Abierto. Gobernanza digital al referirse a la toma de decisiones automatizada, algoritmos e inteligencia artificial, plantea una serie de reformas relacionadas con la transparencia:

- Estandarizar informes de impacto.
- Requerir informe de procesamiento de datos.
- Creación de registros de algoritmos.
- Requerir notificación y consentimiento para la toma de decisiones automatizadas.
- Requerir notificaciones sobre violaciones de datos.

Disponible en <https://www.opengovpartnership.org/es/open-gov-guide/digital-governance-automated-decision-making/>.

En el mismo sentido, recordando el informe de Naciones Unidas “Gobernanza de la IA en beneficio de la humanidad” sobre la Gobernanza de la IA, se advierte que, sin marcos normativos capaces de exigir explicaciones

El AI Act (Reglamento 2024/1686) establece en sus artículos 11, 12 y 13 obligaciones que incluyen documentación técnica previa a la comercialización, registros automáticos (logs), y un sistema de monitoreo post-mercado. Tales registros deben incluir, entre otros ítems: hora y fecha de cada uso, datos de entrada, base de referencia utilizada, resultado producido y acciones humanas de supervisión.

Esta trazabilidad digital no sustituye la motivación clásica, sino que la refuerza ya que, establece un sistema avanzado de transparencia que amplía las exigencias tradicionales del Derecho Administrativo, orientado a garantizar la racionalidad y el control efectivo de las decisiones adoptadas.

Por otro lado, la supervisión humana, entendida no como una simple formal o nominal decorativa, sino como una intervención crítica, activa y con capacidad real de modificar o corregir decisiones automatizadas en función de criterios jurídicos, éticos y de interés general.

El artículo 14 del AI Act impone que los sistemas de alto riesgo estén diseñados para permitir una supervisión activa por personas naturales. La supervisión humana debe permitir interpretar resultados, detectar anomalías y revertir decisiones cuando sea necesario, en función de criterios jurídicos, éticos e interés general.

La gobernanza algorítmica no se reduce, por tanto, a una cuestión de cumplimiento técnico. Es una tarea institucional y ética: se trata de asegurar que las decisiones que afectan a derechos y deberes se adopten desde la legalidad, la justicia y la responsabilidad, no desde la automatización irreflexiva. Y en este sentido, junto a la AI Act se definen los estándares internacionales sobre la materia como la citada Recomendación UNESCO sobre la Ética de la IA (2021) al enfatizar que toda decisión asistida o tomada por IA debe ser explicable, con acceso a la información relevante y procedimientos para revisión y corrección de decisiones que afectan derechos o libertades. E, igualmente, a nivel de la OCDE, la Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial¹² destaca la necesidad de garantizar la trazabilidad a lo largo del ciclo de vida del sistema y su evaluación por terceros como medida de responsabilidad institucional.

El control sobre los sistemas de decisión automatizada exige algo más que sistemas normativos ambiciosos con grandes declaraciones. Se requiere establecer condiciones

razonables y comprensibles, los sistemas de IA corren el riesgo de reproducir sesgos, consolidar desigualdades y escapar al control democrático.

¹² Disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449>

materiales de verificabilidad, una arquitectura institucional sólida y una cultura pública que reconozca que la legitimidad no se hereda del código, sino de la confianza que deriva de un correcto escrutinio. La capacidad de comprender, cuestionar y corregir los resultados de una IA no debe ser considerado un ideal teórico, sino una exigencia concreta en orden a que la tecnología permanezca al servicio de los principios democráticos y no se convierta, como tantas veces estamos repitiendo, en un factor de opacidad institucional o indefensión jurídica.

2.3.- Garantías jurídicas, dimensión ética y legitimidad democrática

Todo sistema jurídico, por muy perfeccionado que esté, resulta de escaso rendimiento, incluso estéril, si quienes lo encarnan no se sitúan a la altura ética e institucional que requiere el desempeño de funciones públicas. En el entorno digital, esta exigencia se multiplica, porque el riesgo de despersonalización, de cinismo tecnocrático y de abuso de la opacidad es significativamente mayor facilitando espacios de impunidad. La legalidad algorítmica no puede entenderse como una simple adecuación técnica de los correspondientes procedimientos, sino como una reafirmación del compromiso de todo servidor público con los principios que definen un Estado de Derecho.

La eficacia y eficiencia, como permanentes objetivos a alcanzar, no puede operar como justificación para debilitar sus pilares. En un entorno automatizado, la decisión pública sigue siendo un acto de poder que debe someterse a control y estar rodeado de garantías. La legalidad algorítmica, entendida como la aplicación del principio de legalidad a los entornos digitales, debe traducirse en un conjunto de derechos concretos, entre otros: derecho a saber que se está ante un sistema automatizado, derecho a una motivación inteligible, derecho a la revisión humana y derecho a la impugnación efectiva.

Y junto a estos derechos, debe incorporarse una ética pública del dato y de la decisión automatizada. Como indica la ya citada Guía de Gobernanza Digital de la Open Government Partnership, no basta con cumplir procedimientos: es necesario garantizar la participación ciudadana, la revisión independiente y la publicidad efectiva de los criterios algorítmicos.

En este entorno, se eleva para la Administración el reto de la ejemplaridad que, como es conocido, comienza (o puede sintetizarse) por actuar siempre en defensa del interés general, sin confundir la innovación digital con modalidades de abuso o arbitrariedad. En este sentido, se debe impulsar una educación digital accesible a todos los ciudadanos y a través de este conocimiento reforzar una legitimidad institucional capaz de resistir a la despersonalización

y al cinismo tecnológico. El nuevo poder digital sólo será legítimo si es comprensible, accesible y discutible para el conjunto de la ciudadanía. Y esa legitimidad no puede improvisarse. Requiere normas, requiere órganos de control, pero sobre todo requiere una cultura democrática que, integrando aspectos de conocimiento digital, entienda que la tecnología no sustituye al Derecho, sino que no es más que una herramienta a su servicio.

El Estado de Derecho digital no será tal si no ubica al ciudadano en el centro de su diseño, ejecución y control. Y ello no puede lograrse únicamente con normas, sino con interiorizadas convicciones de integridad, actitudes y una cultura de lo público, socialmente arraigada, que no se resigne a la irrelevancia.

La eficiencia no puede operar como justificación para debilitar los pilares del Estado de Derecho. En un entorno automatizado, la decisión pública sigue siendo un acto de poder que debe someterse a control y estar rodeado de garantías. La legalidad algorítmica, entendida como la aplicación del principio de legalidad a los entornos digitales, debe traducirse en un conjunto de derechos concretos: derecho a saber que se está ante un sistema automatizado, derecho a una explicación inteligible, derecho a la revisión humana y derecho a la impugnación efectiva.

Junto a estos derechos, debe incorporarse una ética pública del dato y de la decisión automatizada. Ética que no debe limitarse a un código voluntarista de buenas intenciones (con anterioridad este tipo de códigos han evidenciado un absoluto fracaso siendo escenarios menos complejos que el digital), sino que debe mostrarse mediante principios operativos que rijan el ciclo completo de vida de los sistemas automatizados: desde el diseño algorítmico hasta su implementación y evaluación.

En este marco ético, conceptos como justicia de datos, imparcialidad técnica, igualdad de acceso o no discriminación deben dejar de ser aspiraciones generalistas o abstractas para establecerse como exigencias vinculantes para todo servidor público.

No se va a aportar nada especial a lo que ha sido, y es, un debate activo y motivo de preocupación desde hace años en el ámbito público. Pero, en este momento, en este escenario digital debe tenerse muy presente que la ética, entendida como deber institucional, no es un complemento, sino el cimiento sobre el que debe sostenerse la legitimidad democrática de cualquier decisión automatizada.

Y no se trata de apelar a una ética genérica o voluntarista. La experiencia demuestra que los códigos de conducta sin fuerza jurídica han sido ampliamente insuficientes, incluso en

contextos menos complejos que el digital. Lo que está en juego aquí es la integridad de la decisión pública, su trazabilidad democrática y su capacidad de rendir cuentas. El nuevo paradigma tecnológico impone un nuevo estándar de ejemplaridad para lo público.

Como subraya el grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, tempranamente creado por la Comisión Europea en junio de 2018¹³, es necesario el desarrollo de sistemas de IA fiables en base a tres componentes:

a) Licitud y cumplimiento del bloque normativo de aplicación.

Cualquier sistema de inteligencia artificial implementado por entidades públicas debe operar bajo el marco legal vigente, respetando los principios constitucionales, el acervo comunitario y los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Esto incluye el cumplimiento estricto de normas sobre protección de datos, no discriminación, acceso a la información pública y garantías procesales. La IA no puede generar una zona de excepción legal, sino que debe integrarse plenamente en la arquitectura normativa del Estado de Derecho.

b) Cumplimiento ético.

Garantizando el respeto de los principios y valores éticos que, por ejemplo, informen el diseño de los algoritmos, estableciendo mecanismos de responsabilidad clara cuando se vulneren los estándares éticos fundamentales.

La ética no puede ser un simple complemento o un compromiso voluntarista, sino, como se ha visto, una dimensión integrada desde la fase de diseño y desarrollo del sistema. Esto implica, reiteramos, identificar, evaluar y mitigar impactos sobre derechos fundamentales, así como establecer mecanismos institucionales de responsabilidad ante vulneraciones. Los principios éticos (como equidad, justicia, transparencia o no discriminación) deben tener traducción práctica y vinculante en la operación de cada sistema algorítmico.

c) Fortaleza (robustez) técnica y social.

Fortaleza, tanto desde el punto de vista técnico como social, a fin de asegurar que los sistemas de IA, incluso si las intenciones son buenas, no provoquen daños accidentales.

La fiabilidad de los sistemas no debe limitarse a su funcionamiento sin errores, sino a su capacidad para anticipar y prevenir efectos no deseados en contextos reales. Esto incluye

¹³ Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>

garantizar mecanismos de supervisión activa, resiliencia frente a ataques maliciosos, y adaptabilidad a contextos diversos y cambiantes.

La fortaleza social requiere, además, que los sistemas sean comprensibles para los usuarios y que se integren en dinámicas institucionales compatibles con la deliberación democrática y el control público.

En definitiva, la dimensión ética debe incorporarse de manera activa a los marcos de gobernanza de la IA. La confianza en los sistemas automatizados de toma de decisiones no puede construirse sin un compromiso institucional explícito con la integridad y sin una ciudadanía capaz de exigirla de forma efectiva.

112

3.- El ciudadano como sujeto de derechos digitales: participación, transparencia y ejemplaridad

Tras haber abordado el marco normativo e institucional que delimita el ejercicio del poder digital, resulta necesario enfocar la atención en el ciudadano en su condición de protagonista en el centro de toda arquitectura jurídica legítima. Y no en su condición de receptor pasivo de decisiones automatizadas, sino como verdadero titular de derechos digitales exigibles y garante último y fundamental del equilibrio democrático. En la adjetivación del Estado de Derecho como digital, la legitimidad del poder, incluido el algorítmico, sólo se sostiene si está sometida a mecanismos de control, fiscalización y revisión accesibles a la ciudadanía.

Precisamente, en este entorno digital, adquieren especial gravedad algunos de los problemas ya advertidos en la práctica administrativa ordinaria, como la arbitrariedad, la opacidad o la selectividad interesada en el uso de datos y procedimientos. Tal y como se ha señalado en las consideraciones previas en lo tocante a la desconexión entre legalidad formal y legitimidad sustantiva, estos abusos pueden intensificarse en entornos digitales donde, repetimos una vez más, el lenguaje técnico, la automatización de decisiones y la despersonalización del poder dificultan aún más la detección y corrección de desviaciones. La concentración de información, la opacidad algorítmica o la delegación acrítica en plataformas privadas no son simples riesgos abstractos ya que pueden llegar a constituir modalidades actuales de debilitamiento democrático si no van acompañadas de garantías reforzadas.

Reiterando una vez más, la tecnología no puede funcionar como coartada para replegar derechos, sino como catalizador para ampliarlos. La ciudadanía digital no es una categoría

retórica, sino una construcción jurídica y política (además de social y económica) que exige canales efectivos de participación, mecanismos de transparencia reforzada y una institucionalidad ejemplar en el uso de datos, algoritmos y sistemas automatizados. Como ya se advirtió en apartados previos, el ejercicio del poder digital sin control genera riesgos reales de concentración, discriminación y erosión del principio de igualdad.

En este sentido, la participación no puede concebirse como una simple consulta formal, ni la transparencia como una publicación genérica de datos. Ambos deben articularse como derechos fundamentales operativos, exigibles y dotados de herramientas jurídicas eficaces. El ciudadano debe poder saber, entender, intervenir y reclamar. Así, el principio de ejemplaridad institucional se vuelve indispensable, siendo inadmisibles que una Administración se digitalice sin asumir responsabilidades añadidas respecto a la inteligibilidad, trazabilidad y justicia de sus actuaciones.

3.1. Derechos digitales sustantivos y garantías de participación

3.1.1.- Derechos digitales

El entorno digital ha reconfigurado profundamente la posición jurídica del ciudadano, ya no sólo como destinatario pasivo de servicios públicos, sino como sujeto activo de derechos digitales que afectan a su privacidad, a su libertad de expresión, a su identidad personal y al acceso a la información. Estos derechos, aunque en muchos casos reconocidos por normas europeas y nacionales, requieren una formulación garantista y operativa, en la que, como se ha repetido ya en varias ocasiones, no se limiten a declaraciones programáticas, sino que habiliten a los ciudadanos a exigir, desde el completo conocimiento, un respeto efectivo a su haz de derechos.

En algunos casos, estas garantías ya habían sido aplicadas a través de la aplicación judicial de las normas vigentes en el momento como por ejemplo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que permitieron a tribunales de diferente orden realizar una labor de construcción jurisprudencial de orientación garantista¹⁴ que orientaría el

¹⁴ Ente estos pronunciamientos judiciales podemos identificar la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo C-362/14, Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner, de 6 de octubre de 2015 sobre protección de datos personales. Sentencia que puso de manifiesto la importancia de garantizar que los derechos digitales, como la protección de datos personales y la privacidad, sean respetados en todas las actividades transfronterizas. El TJUE invalidó la Decisión 2000/520/CE de la Comisión Europea, conocida como el acuerdo de "puerto seguro", que permitía la transferencia de datos personales desde la UE a EE. UU. La Sala determinó que dicho acuerdo no

establecimiento de un cuerpo normativo de reconocimiento y protección de derechos. Sistema desarrollado especialmente en el marco del Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento UE 2016/679)¹⁵, así como en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023)¹⁶ y, en el ámbito nacional, en la Carta de Derechos Digitales española (2021)¹⁷, que, aunque no tiene carácter normativo, sí cumple una función orientadora para la acción legislativa y administrativa.

No es posible profundizar en el estudio de todos los derechos que pueden desgranarse de las referencias indicadas, pero en apretada síntesis, el marco general de estos derechos incluiría los siguientes:

a) Derecho a la protección y seguridad de los datos personales.

Entendido como facultad de controlar el uso, acceso, conservación y cesión de la información propia en entornos digitales.

ofrecía un nivel de protección adecuado conforme a los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que garantizan el respeto a la vida privada y la protección de datos personales. Además, se destacó la importancia del artículo 47, relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, al señalar que los ciudadanos europeos no disponían de medios legales adecuados para impugnar el tratamiento de sus datos en EE. UU. Esta decisión subraya la necesidad de que cualquier transferencia internacional de datos personales respete plenamente los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE.

Igualmente, del mismo tribunal, puede citarse la Sentencia C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland*, de 8 de abril de 2014 por la que se anula la Directiva de conservación de datos 2006/24/CE por considerarla una injerencia desproporcionada en los derechos fundamentales a la privacidad y a la protección de datos; y la Sentencia C-131/12, *Google Spain SL y Mario Costeja González*, de 13 de mayo de 2014 por la que se reconoce el "derecho al olvido" digital, permitiendo a los ciudadanos solicitar la eliminación de enlaces que contengan información personal obsoleta o irrelevante en los motores de búsqueda.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también se pronunció en litigios que involucraban lo que hoy identificamos como derechos digitales. Entre ellas pueden destacarse el Caso *Barbulescu v. Rumanía* (sentencia Gran Sala, 5 de septiembre de 2017) estimando que la vigilancia de las comunicaciones laborales sin conocimiento previo del trabajador viola el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (vida privada y correspondencia); y el Caso *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom* (sentencia Gran Sala, 25 de mayo de 2021), considerando ilegales los programas de vigilancia masiva del Reino Unido por vulnerar, igualmente que en el caso anterior, los artículos 8 y 10 del Convenio, subrayando además la ausencia de salvaguardias adecuadas para el empleo de este tipo de herramientas.

Por su parte, el Tribunal Supremo, también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los derechos del ciudadanos en el entorno digital, pudiendo citarse a título ejemplificativo la Sentencia 624/2020, de 27 de noviembre (rec. nº 3752/2019) por la que se reconoce el derecho al olvido cuando la información es localizada por combinación de apellidos, no sólo por el nombre completo.

¹⁵ Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

¹⁶ Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/european-declaration-digital-rights-and-principles>

¹⁷ Disponible en: https://derechodigital.pre.red.es/documentos/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

Derecho que trae causa en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE sobre protección de datos de carácter personal, y regulado en detalle por el citado Reglamento General de Protección de Datos¹⁸, este derecho se concreta en la facultad de decidir sobre la recogida, uso, conservación y transmisión de datos personales.

El TJUE ha reforzado esta protección a través de su jurisprudencia en sentencias como la dictada, tempranamente, en el asunto C-131/12 (Google Spain, Sentencia de 13 de mayo de 2014), que consagró el "derecho al olvido" y, más recientemente, en el asunto C-203/22 (CK contra Magistrat der Stadt Wien, Sentencia de 27 de febrero de 2025), que exige transparencia en los tratamientos automatizados.

b) Derecho a la transparencia algorítmica.

Otorgando la facultad de conocer de forma comprensible, cómo operan los sistemas automatizados que afectan a decisiones administrativas o personales. En otras palabras, conocer, de forma comprensible, los criterios y procesos de los sistemas automatizados que intervienen en decisiones administrativas o que afectan derechos.

El AI Act (Reglamento (UE) 2024/1686) lo refuerza en sus artículos 13 y 14. Además, la Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec(2020)1 insiste en que la transparencia debe extenderse también al diseño y evaluación de los algoritmos.

En España, el denominado Caso Bosco (en referencia al algoritmo que se encarga de seleccionar los perfiles que reúnen los requisitos para obtener el bono social) ante el Tribunal Supremo puede marcar un hito en el derecho a auditar algoritmos públicos.

c) Derecho a la intervención humana en decisiones automatizadas.

Como derecho a que las decisiones significativas no sean adoptadas exclusivamente por sistemas de inteligencia artificial, sino con supervisión humana efectiva.

¹⁸ El Reglamento establece un sistema de protección de datos personales muy amplio:

Artículo 5: Principios relativos al tratamiento de datos personales. Incluye la licitud, lealtad, transparencia, limitación de la finalidad, minimización de datos, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad, confidencialidad y responsabilidad proactiva.

Artículo 6: Licitud del tratamiento. Establece las bases jurídicas que legitiman el tratamiento de datos.

Artículo 7: Condiciones para el consentimiento. Especifica cómo debe obtenerse y gestionarse.

Artículo 24 y 25: Responsabilidad del responsable del tratamiento y protección de datos desde el diseño y por defecto.

Artículo 32: Seguridad del tratamiento. Obliga a adoptar medidas técnicas y organizativas adecuadas.

Artículos 12 a 23: Derechos del interesado (acceso, rectificación, supresión, limitación, portabilidad, oposición y decisiones automatizadas).

Recogido expresamente en el artículo 22 del Reglamento (UE) General de Protección de Datos, implica que el ciudadano puede exigir la intervención humana en decisiones automatizadas que le afecten significativamente.

d) Derecho a la neutralidad de la red.

Establecido por el Reglamento (UE) 2015/2120 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta, garantiza que los proveedores de internet traten el tráfico de manera equitativa, sin bloqueos ni discriminación.

El BEREC (Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas) supervisa su aplicación efectiva, garantizando la igualdad de acceso a contenidos y servicios digitales para todos los ciudadanos.

e) Derecho a la educación y alfabetización digital.

Reconocido en la Recomendación CM/Rec(2019)10 del Consejo de Europa y en la Declaración de Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023), este derecho implica el acceso a formación técnica y crítica sobre el uso de tecnologías.

La UNESCO ha promovido estrategias como su Informe sobre Alfabetización Mediática e Informativa (2021), que propone una educación integral para una ciudadanía digital activa¹⁹.

f) Derecho a la desconexión digital.

Frente al modelo “always-on” que la tecnología digital tiende a imponer, se otorga al trabajador la posibilidad de no participar en entornos conectados fuera del horario laboral o en contextos que afectan a la salud personal o familiar, considerándose por La OIT y la OCDE como un derecho esencial para el bienestar digital.

g) Derecho a la identidad y herencia digital.

Pese a no existir una regulación armonizada en el conjunto de la Unión Europea, este derecho encuentra su fundamento en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, relativo a la protección de los datos de carácter personal, así como en el principio de autodeterminación informativa.

¹⁹ En este sentido, puede consultarse el documento: “Normas mundiales sobre las directrices para la elaboración de planes de estudios de alfabetización mediática e informativa”. Disponible en https://www.unesco.org/sites/default/files/medias/files/2022/02/Global%20Standards%20for%20Media%20and%20Information%20Literacy%20Curricula%20Development%20Guidelines_ES.pdf?hub=750

En el caso español, varias resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos reconocen la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición sobre las cuentas digitales de personas fallecidas. Asimismo, este derecho ha sido incluido como emergente en la Carta de Derechos Digitales publicada por el Gobierno de España en 2021.

h) Derecho a participar activamente en procesos públicos digitales en condiciones de igualdad.

Con amparo en los artículos 105 y 23 de la Constitución Española, extendiéndose al ámbito digital a través de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común, posibilita de manera real la intervención en procedimientos administrativos y democráticos por medios digitales.

La Declaración Europea para la Década Digital (2023)²⁰ promueve sistemas digitales inclusivos y participativos, subrayando la necesidad de garantizar una conectividad universal significativa, la disponibilidad de servicios públicos digitales clave, y la alfabetización digital para todas las personas, con especial atención a las zonas rurales y colectivos vulnerables. Esta Declaración establece como uno de sus principios fundacionales que las personas deben estar empoderadas para participar plenamente en la economía y la sociedad digital, con mecanismos efectivos para interactuar con los poderes públicos a través de medios digitales seguros, accesibles y comprensibles.

Por su parte, el Consejo de Europa destaca en su Recomendación CM/Rec(2019)10 la necesidad de infraestructuras accesibles para la participación cívica en línea.

i) Derecho a conocer y controlar el uso de los propios datos por parte de las Administraciones Públicas, posibilitando el acceso, rectificación, cancelación y oposición (ARCO) y su extensión bajo la normativa en materia de protección de datos.

Fundamentado en el artículo 15 del Reglamento (UE) General de Protección de Datos y en la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, este derecho garantiza acceso a la información sobre tratamientos públicos de datos.

El TJUE, en el asunto C-434/16 (Peter Nowak / Data Protection Commissioner, Sentencia de 20 de diciembre, 2017), reconoció que incluso los datos en evaluaciones pueden estar sujetos a revisión por parte del afectado. La AEPD ha sancionado a administraciones por no informar adecuadamente del uso de datos personales

²⁰ Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/2023-report-state-digital-decade>

j) Derecho a la accesibilidad digital universal.

Derecho que deriva del artículo 9 del Convenio de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y del principio de igualdad del artículo 14 CE, garantiza que los servicios digitales públicos sean accesibles a personas con discapacidad o con necesidades especiales.

En el ámbito europeo, el Acta Europea de Accesibilidad (Directiva 2019/882) impone requisitos técnicos obligatorios a sitios web y aplicaciones públicas, , estableciendo estándares comunes para garantizar que todos los ciudadanos, incluidas las personas con discapacidad o con necesidades especiales, puedan utilizar con plena autonomía y eficacia los servicios digitales, la información institucional y las plataformas de interacción con la Administración. Esta norma abarca desde el diseño de interfaces hasta la interoperabilidad, la navegación y la comprensión de contenidos digitales esenciales.

k) Derecho a la ciberseguridad personal.

Como protección frente a ataques, suplantaciones o usos maliciosos de información digital, supone una proyección del derecho a la seguridad recogido en el art. 6 de la carta de Derechos Fundamentales de la UE.

En el ámbito digital se concreta en el Reglamento (UE) 2019/881 (Reglamento de Ciberseguridad), por el que se crea la Agencia Europea de Ciberseguridad (ENISA).

El conjunto de estos derechos no debe entenderse como un catálogo cerrado, sino como el núcleo de un estatuto jurídico dinámico del ciudadano digital. Su plena eficacia depende de que sean incorporados desde el diseño a los servicios públicos digitales y no añadidos de forma residual o meramente formal. En particular, aquellos derechos que protegen frente al poder público automatizado (como el derecho a no ser objeto de decisiones algorítmicas sin control humano, el derecho a conocer los criterios que sustentan esas decisiones o el derecho a disponer de los propios datos) requieren que los sistemas públicos estén contruidos desde la legalidad, la transparencia y el control ciudadano.

3.1.2.- El derecho a la participación digital

Dentro del sistema de derechos digitales, cobra especial importancia el derecho a la participación en los asuntos públicos mediante medios digitales. Este derecho, previsto en los artículos 23 y 105 de la Constitución Española, implica mucho más que la simple existencia

de herramientas tecnológicas: requiere estructuras institucionales que garanticen una participación efectiva, deliberativa, inclusiva y segura.

Planteamiento que coincide con las directrices de la Unión Europea, que en la Declaración sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023) al subrayar la necesidad de que los entornos digitales fortalezcan la democracia mediante la inclusión activa de los ciudadanos en los procesos públicos. De igual forma, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha destacado que la participación digital es esencial para generar confianza, legitimidad institucional y una gobernanza más responsiva, siempre que esté acompañada de alfabetización digital y accesibilidad tecnológica universal.

119

Y es que, la participación ciudadana no es un complemento retórico del poder público²¹, sino una exigencia estructural del principio democrático. Representa el principal contrapeso frente a los riesgos de “tecnocratización”, automatización acrítica de las decisiones y centralización del poder institucional. Esta preocupación ha sido recogida también por la OCDE, que advierte del riesgo de una "automatización sin legitimidad" si los sistemas digitales no incluyen mecanismos de supervisión participativa, transparencia explicativa y deliberación inclusiva. En ausencia de participación sustantiva, la gestión pública puede replegarse sobre lógicas de eficiencia sin control, erosionando su legitimidad y desconectándose del interés general.

En el entorno digital, este principio adquiere una especial relevancia. Si bien las tecnologías han ampliado las posibilidades de interacción con las instituciones, también han generado nuevas formas de exclusión, opacidad algorítmica y concentración de decisiones. Frente a ello, el derecho a la participación digital debe entenderse como un componente central del Estado de Derecho digital, cuya legitimidad se construye, y se sostiene, en la deliberación pública informada.

Participar digitalmente no es únicamente opinar: es incidir en los procesos de toma de decisiones, cuestionar los fundamentos de las políticas públicas, y exigir mecanismos de trazabilidad, revisión y reversibilidad. Para que esta participación sea efectiva, se necesita una ciudadanía activa, crítica, dotada de competencias digitales y capaz de ejercer sus derechos

²¹ NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Adopción y control de decisiones públicas. Integridad y legitimación institucional por el acierto”. Tirant lo Blanch. Valencia, 2021.

con conocimiento y responsabilidad. El coeficiente cívico, esto es, la cultura de lo público debe integrarse como parte de las políticas de alfabetización digital.

La Carta de Derechos Digitales en España, y a escala europea, la Declaración para la Década Digital, refuerzan la dimensión participativa de la ciudadanía digital. Esta última, en particular, establece que todos los ciudadanos deben tener la oportunidad de participar en la vida democrática mediante entornos digitales seguros y accesibles. Asimismo, la OCDE ha planteado en su marco sobre gobernanza digital abierta que la participación cívica debe estar garantizada mediante procedimientos institucionales que aseguren inclusión, rendición de cuentas y mejora continua de los servicios públicos digitales. El verdadero desafío consiste en traducir estos compromisos en mecanismos jurídicos y técnicos verificables, que permitan una intervención real y permanente en los procesos administrativos y políticos mediados por tecnología.

El Consejo de Europa, en su Recomendación CM/Rec(2019)10, insiste en que la ciudadanía digital no se garantiza por la mera existencia de canales electrónicos, sino por la capacitación crítica de los ciudadanos y la garantía de igualdad de acceso a las plataformas institucionales. Esta posición es refrendada por el informe de la UNESCO sobre Alfabetización Mediática e Informativa (2021), que propone una estrategia educativa integral para que los derechos digitales no se conviertan en privilegios, sino en instrumentos efectivos de participación e inclusión.

En definitiva, entre la declaración formal del derecho y su ejercicio efectivo, media siempre la existencia de estructuras institucionales, garantías normativas y convicciones políticas. Si estas condiciones no se consolidan, los derechos digitales corren el riesgo de convertirse en una ficción, en un simple mensaje de marketing público, sin capacidad transformadora.

El Estado de Derecho digital exige una ciudadanía informada, vigilante, empoderada y activa. El ciudadano debe ser considerado un sujeto digno de protección, pero también un contrapoder legítimo frente a los riesgos de automatización y opacidad del poder público digitalizado.

3.2.- Responsabilidad cívica y ejemplaridad digital del ciudadano

Tal y como se ha podido anticipar en los apartados anteriores, el ciudadano digital no sólo es titular de derechos, es también actor corresponsable del ecosistema democrático en el entorno tecnológico. Esta corresponsabilidad no puede confundirse con la traslación de cargas

indebidas desde el poder público al individuo, pero sí exige el reconocimiento de ciertos compromisos éticos y de conducta que refuercen el funcionamiento legítimo y confiable del espacio digital.

Ya en *La rebelión de las masas*, Ortega y Gasset denunció con lucidez la irrupción de un tipo humano que, sin cualificación ni esfuerzo previo, se arroga el derecho de decidir, sobre todo: la masa satisfecha y perezosa, aquella que sabiéndose vulgar, *tiene el denuedo de afirmar el derecho de la vulgaridad y lo impone dondequiera*²². Esta figura encuentra hoy su prolongación en una ciudadanía digital que, amparada en la inmediatez tecnológica, opina sin deliberar, consume sin filtrar y abdica del juicio propio en favor del veredicto del algoritmo. No se trata de confianza en la técnica, sino de comodidad automatizada: la delegación ciega en sistemas que prometen neutralidad, pero excluyen al ciudadano del proceso de decisión.

La automatización, en lugar de reforzar el criterio ciudadano, lo debilita. El esfuerzo de informarse, contrastar y supervisar ha sido sustituido por la pasividad de quien se ampara en el mito de la infalibilidad tecnológica. No hay herejía mayor frente al Estado de Derecho que esta rendición cultural, que transforma el derecho a participar en una coartada para no hacerlo.

Ya en *La rebelión de las masas*, Ortega y Gasset denunciaba la emergencia de una figura social que aspiraba a decidirlo todo sin haberse formado para nada, a ejercer influencia sin asumir responsabilidad: la masa satisfecha y perezosa. Una masa que no se siente obligada a dar razón de sus actos, sino que proclama su derecho a ser vulgar. Hoy, ese tipo de ciudadanía encuentra un eco preocupante en el entorno digital, donde la automatización ha facilitado una ciudadanía que opina sin deliberar, que acepta (más bien, consume) decisiones sin ejercer control alguno y que asume con gusto la sustitución del juicio propio por el veredicto del algoritmo. La comodidad del algoritmo sea cual sea el resultado se impone al esfuerzo de informarse y supervisar la automatización algorítmica de la decisión dando por bueno el axioma del superior criterio y capacidad de acierto de la máquina. No es confianza en la técnica, es pura y simplemente laxitud y molicie social que incumple sus deberes ciudadanos al renunciar a sus propios derechos.

Como también hemos sostenido²³, buena parte de los fracasos institucionales se explica no sólo por los abusos o negligencia del poder, sino por la perpetuación del “ciudadano-niño”,

²² ORTEGA Y GASSET, J.: *“La rebelión de las masas”*. La Guillotina. Ciudad de México, 2010. Pág. 22

²³ NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: *“Política vs gestión pública. La tentación del abuso”*. Editorial COLEX. La Coruña, 2022.

como figura social caracterizada por su pasividad política, su falta de memoria cívica y su inclinación a la tutela institucional antes que a la participación crítica. Esta figura, alimentada por un paternalismo sostenido desde el poder, encuentra en el entorno digital un espacio especialmente fértil para reproducirse. Y es que, insistimos, en este nuevo entorno, la pasividad cívica se traduce en una entrega a los algoritmos, la aceptación acrítica de contenidos y una preocupante resignación ante decisiones automatizadas de gran impacto.

Se olvida que el ciudadano, una vez más debemos repetirlo, es también actor corresponsable del ecosistema democrático en el entorno tecnológico.

Entre esos compromisos cabe destacar el uso respetuoso y no lesivo de las tecnologías; la protección activa de los datos propios y ajenos; la verificación de la información para evitar la difusión de contenidos falsos o manipulados, y como se ha indicado en el apartado anterior, la participación informada en los procesos de decisión colectiva digital.

Se trata, en definitiva, de una ciudadanía que no abdica de su capacidad crítica ni delega sin más su juicio en mecanismos automáticos.

Pero el peligro es aún mayor: al mismo tiempo que se infantiliza al ciudadano, se trivializa la función pública. Como también se ha advertido, la gestión pública intimida a los buenos gestores... pero no a los malos, y esta brecha se acentúa cuando la opinión pública deja de exigir ejemplaridad institucional. El riesgo, en este escenario, es doble: de un lado, una ciudadanía pasiva que no comprende ni reclama su derecho a ser bien gobernada; de otro, una Administración que no siente la presión ética de decidir con fundamento, transparencia y legalidad.

Por ello, el Estado de Derecho digital no puede concebirse sin una ciudadanía activa, crítica y comprometida. No basta con ser titular de derechos: es preciso asumir el deber de ejercerlos en plenitud y exigir su cumplimiento con conocimiento, exigencia y responsabilidad. No cabe una democracia digital robusta si el ciudadano se acomoda en una cultura de la indiferencia, ni si la Administración abdica de su papel ejemplar. La fidelidad institucional (entendida como lealtad activa al interés general) sólo puede construirse cuando los servidores públicos actúan con integridad y cuando la ciudadanía responde con vigilancia crítica, no con la laxitud de una delegación acrítica.

Esta simetría ética, entre una Administración transparente y un ciudadano exigente, es la que sostiene la legitimidad del Estado de Derecho en el entorno digital. La ejemplaridad digital no es un ideal estético o moral: es una exigencia estructural. Sólo desde esa interacción madura, exigente y recíproca entre instituciones y ciudadanía podrá articularse un modelo

digital que respete la dignidad, promueva la justicia y preserve el carácter democrático del poder.

Avanzando un poco más, puede advertirse que el problema no es sólo la debilidad del ciudadano frente al aparato institucional, sino la falta de fidelidad institucional con la que muchas veces se ejerce la función pública. La construcción de una ciudadanía digital crítica no es sólo una cuestión de educación individual, sino de voluntad política, de coherencia normativa y de compromiso institucional activo. Un Estado que no educa en derechos, que no instruye para la responsabilidad y que no da ejemplo desde sus actos, no puede pedir madurez democrática a su ciudadanía.

La ejemplaridad digital, por tanto, no es sólo un ideal: es una condición para que el Estado de Derecho tenga continuidad en el tiempo y legitimidad en lo digital. Exige una ciudadanía informada, activa y madura, capaz de ejercer su libertad desde el conocimiento, de asumir su deber de vigilancia y de participar en la definición de lo común. Una ciudadanía que rechace su infantilización democrática y recupere su protagonismo. Esa cultura cívica digital no se improvisa: se cultiva desde la educación, se fortalece con el ejemplo institucional y se concreta en prácticas públicas que respeten y promuevan la dignidad de cada persona en su interacción con lo digital.

4.- La Unión Europea y la gobernanza digital: del *AI act* a la supervisión de riesgos

La consolidación de un Estado de Derecho de caracterización digital exige considerar no solo los elementos sustantivos y procedimentales que lo conforman, sino también los mecanismos institucionales que garantizan su efectividad en un entorno tecnológico en constante transformación. En este contexto, la Unión Europea desempeña un papel central como garante institucional de una gobernanza digital orientada al respeto de los derechos fundamentales y a la preservación de los valores democráticos.

Como se ha podido exponer hasta el momento, la digitalización de los procesos sociales y administrativos no puede concebirse como un fenómeno autónomo, sino como una dimensión integrada del ejercicio del poder público que requiere, en consecuencia, su sometimiento a los principios constitucionales de legalidad, responsabilidad y control. La automatización de decisiones, la creciente opacidad algorítmica o la concentración de infraestructuras críticas en manos privadas no son meras externalidades tecnológicas, sino

desafíos estructurales que demandan una respuesta institucional coherente, articulada y vinculada al principio de primacía del Derecho de la Unión.

En consecuencia, la Unión Europea, consciente del efecto y los cambios que conllevan la implementación generalizada de tecnologías disruptivas como la inteligencia artificial, ha optado por una estrategia regulatoria que trasciende la mera lógica de contención o respuesta reactiva. Mediante instrumentos normativos de alcance general, como el Reglamento (UE) 2024/1686 sobre inteligencia artificial (AI Act) o el Reglamento de Servicios Digitales, y a través de órganos institucionales como la Oficina Europea de Inteligencia Artificial, así como de autoridades nacionales de supervisión como la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, la UE ha configurado una arquitectura regulatoria que busca asegurar no solo la conformidad jurídica de estos sistemas, sino también su legitimidad democrática, su capacidad de ser auditados y su sometimiento a mecanismos efectivos de control público.

En este contexto, principios como la legalidad, la transparencia, la trazabilidad, la supervisión institucional y la participación ciudadana han pasado a ocupar un lugar estructural en el diseño del modelo europeo de gobernanza digital. No se trata únicamente de establecer estándares normativos abstractos, sino de activar una red de garantías sustantivas y mecanismos institucionales que permitan anticipar, detectar y corregir los riesgos inherentes a la automatización de funciones públicas. El objetivo no es regular por inercia, sino construir una cultura de gobernanza digital que sea operativa, proactiva y jurídicamente exigible, en consonancia con los valores del Estado de Derecho y la arquitectura del Derecho de la UE.

4.1.- De la regulación al control: estructura y diseño del modelo europeo

La Unión Europea ha adoptado un enfoque proactivo en la regulación de la inteligencia artificial, reconociendo la necesidad de establecer un marco normativo que garantice el respeto a los derechos fundamentales y la seguridad jurídica.

El Reglamento (UE) 2024/1686 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (AI Act), adoptado el 13 de junio de 2024, constituye el primer instrumento jurídico vinculante a escala global centrado exclusivamente en la regulación de sistemas de inteligencia artificial, y marca un hito en la evolución del sistema normativo sobre la materia. Se pasa de un marco de orientaciones éticas y principios no vinculantes (*soft law*), como los promovidos por la OCDE o la UNESCO, hacia un régimen jurídico coercitivo (*hard*

law) que impone obligaciones perfectamente definidas, fiscalizables y sancionables a los actores públicos y privados que desarrollan o utilizan sistemas de inteligencia artificial.

El Reglamento (UE) 2024/1689, introduce un enfoque basado en riesgos para la regulación de los sistemas de IA. Este reglamento, como en su momento se anticipó, establece prohibiciones específicas para ciertos usos de la IA que se consideran contrarios a los derechos fundamentales, como la puntuación social por parte de autoridades públicas, la vigilancia biométrica en tiempo real en espacios públicos, o la manipulación subliminal de personas. Además, impone requisitos estrictos para los sistemas de alto riesgo (los empleados, por ejemplo, en infraestructuras críticas, educación, empleo, servicios financieros o justicia) que incluyen obligaciones de transparencia, trazabilidad, documentación técnica, supervisión humana efectiva y evaluaciones de conformidad. Con ello, se pretende construir un marco de confianza, promoviendo una IA ética, segura y jurídicamente compatible con los valores fundacionales del proyecto europeo²⁴.

En este contexto, la Unión Europea ha articulado una estructura orgánica de gobernanza digital que da soporte institucional a las exigencias regulatorias del Reglamento de Inteligencia Artificial.

Esta arquitectura se concreta en la creación de la Oficina Europea de IA, dependiente de la Comisión Europea, encargada de coordinar la implementación de la norma y de supervisar especialmente a los proveedores de IA de propósito general que operan en más de un Estado miembro. A ello se suman las autoridades nacionales de supervisión, dotadas de funciones ejecutivas en sus respectivos territorios. Este esquema se refuerza con la constitución del Consejo de IA, el Comité Científico y el Foro Consultivo, concebidos como órganos técnicos, deliberativos y representativos.

Asimismo, el propio Reglamento (UE) 2024/1689 dota al Supervisor Europeo de Protección de Datos de potestad sancionadora frente a posibles infracciones de las instituciones y organismos de la UE en el uso de la IA. Paralelamente, en el plano nacional,

²⁴ Como ha señalado la doctrina más reciente, el diseño normativo no puede agotar su función en la clasificación de riesgos ni en la tipificación de obligaciones formales: la legitimidad del ecosistema digital exige integrar límites materiales provenientes del Derecho y de la ética pública.

Vid. TERRON SANTOS, D.: “Limitar la IA desde la ética y el derecho”. Desafíos éticos, jurídicos y tecnológicos del avance digital / coord. por Alicia Rodríguez Sánchez, Pilar Talavera Cordero; José Luis Domínguez Álvarez (dir.), Daniel Terrón Santos (dir.). IUSTEL-Instituto de las Mujeres 2023.

España ha establecido la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA), con sede en A Coruña, como autoridad encargada de aplicar, supervisar y, a partir de agosto de 2025, sancionar eventuales incumplimientos. Este organismo, junto con la estructura europea, representa una apuesta clara por una gobernanza dotada no sólo de capacidades de coordinación, sino también de herramientas efectivas de fiscalización y corrección.

Desde una perspectiva complementaria a la arquitectura institucional europea y nacional, el Consejo Económico y Social de España, en su Informe 02/2024 sobre la gobernanza económica de la Unión Europea, aporta una reflexión de fondo que enriquece el marco de análisis del modelo de regulación y control europeo (y español): la transformación digital no puede articularse únicamente desde la ingeniería normativa o la eficiencia orgánica mediante entidades singulares, sino que debe asentarse sobre una base de equidad, cohesión social y justicia distributiva. En este sentido, el CES subraya que ni la tecnología ni la regulación pueden desvincularse del principio de inclusión. No basta con desplegar herramientas tecnológicas ni estructuras de control si se ignora el acceso efectivo a los derechos digitales por parte de toda la ciudadanía. De ahí la necesidad (en línea con los objetivos del propio Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 o AI Act) que las políticas públicas sobre digitalización adopten un enfoque equilibrado, que armonice la promoción de la innovación con la garantía del principio de igualdad material, de modo que nadie quede excluido del nuevo ecosistema digital. Sólo así, como bien señala el CES, la digitalización será también una extensión del que podría denominarse pacto constitucional democrático en el espacio tecnológico como ámbito de proyección de los valores constitucionales al conjunto de las políticas públicas de orientación o caracterización digital²⁵.

Este esfuerzo normativo y organizativo, sin embargo, no puede valorarse de manera autónoma o autorreferencial, como si el acto de legislar por sí solo constituyera una garantía suficiente. La verdadera prueba de legitimidad institucional no se sitúa en la declaración

²⁵ Buen ejemplo de ello es, por un lado, la Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023) como texto político, firmado por las tres grandes instituciones de la UE, en orden a establecer su compromiso con una transformación digital basada en los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho.

Por otro lado, Reglamento UE 2024/1689 (AI Act) reafirmando la necesidad de continuidad constitucional en el plano tecnológico a través del diseño de un modelo de gobernanza con capacidad para garantizar que la implementación y la supervisión de sistemas de IA deben asegurar la protección de derechos fundamentales, el pluralismo democrático y la no discriminación.

normativa, sino en su despliegue efectivo, en su verificación continua y en su control riguroso. La arquitectura jurídica de cualquier sistema de poder debe articular mecanismos estables de evaluación pública y revisión crítica. Regular sin fiscalizar, declarar sin verificar, es abdicar de la esencia garantista y preventivo del Derecho Administrativo.

Así las cosas, la gobernanza digital ha de ser comprendida como un entramado operativo, preventivo y vigilante, diseñado no sólo para reaccionar ante los efectos disruptivos de la automatización, sino para anticiparlos, auditarlos y someterlos a examen permanente desde el interés general.

4.2.- Supervisión institucional, evaluación de impacto y cultura del control

Debemos recordar que la implementación efectiva del marco regulatorio europeo en materia de IA requiere una supervisión institucional robusta, evaluaciones de impacto rigurosas y una cultura de control que garantice la rendición de cuentas. La eficacia normativa debe constatarse no sólo en la concreta regulación desarrollada, sino en la creación de un entorno donde las decisiones automatizadas estén sometidas a fiscalización constante, tanto desde el entorno institucional (interno o externo) como desde el escrutinio público.

El Tribunal de Cuentas Europeo, en su Informe Especial 08/2024 *Ambición de UE en materia de inteligencia artificial Una gobernanza más sólida y una inversión mayor y mejor orientada son fundamentales de cara al futuro*²⁶, señala con precisión que el despliegue del ecosistema digital europeo debe acompañarse de estructuras estables de supervisión. Este informe advierte de la necesidad de mecanismos eficaces, transparentes y dotados de recursos, capaces de evaluar el cumplimiento real de las obligaciones derivadas del repetido Reglamento (UE) 2024/1689, así como de corregir desviaciones o ineficiencias detectadas. En su diagnóstico, el Tribunal de Cuentas afirma que la supervisión no puede quedar en manos de órganos simbólicos o meramente consultivos: requiere agencias con potestad evaluadora, sancionadora y correctiva.

A este planteamiento se suma la doctrina quien insiste en que el control no puede ser episódico ni exclusivamente externo: debe integrarse como cultura institucional. La noción de “evaluación pública responsable” cobra aquí todo su sentido: evaluar no es constatar lo realizado, sino cuestionar lo previsto, anticipar los efectos no deseados y garantizar la

²⁶ Disponible en: https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2024-08/SR-2024-08_ES.pdf

reversibilidad de las decisiones. El control no es sólo una herramienta administrativa, es un principio democrático que materializa la obligación de rendir cuentas y limita el riesgo de abuso, negligencia o banalización de la decisión pública.

Por ello, la supervisión debe desplegarse en tres planos simultáneos:

En primer lugar, el jurídico, que asegure la legalidad del sistema automatizado, tanto en la base normativa del sistema como en cada una de sus aplicaciones concretas. Este plano debe garantizar que toda decisión automatizada respete el marco constitucional, los derechos fundamentales y los procedimientos administrativos legalmente establecidos.

128

En segundo lugar, el técnico, en orden a garantizar la fiabilidad funcional del sistema automatizado y su coherencia con los estándares técnicos exigibles. Para ello, en línea con lo ya expuesto, deberán evaluarse aspectos como la calidad de los datos, la robustez de los algoritmos, la seguridad cibernética, la ausencia de sesgos y la interoperabilidad con otros sistemas.

En tercer lugar, el ético, para valorar la proporcionalidad, la equidad y la justicia material de los efectos producidos, además, obviamente, de su compatibilidad con los valores democráticos. Por lo tanto, implicará analizar el impacto social de las decisiones automatizadas, su grado de aceptabilidad pública y su alineación con principios como la no discriminación, la inclusión o la dignidad humana.

Sólo así puede hablarse de una gobernanza digital coherente con los principios del Estado de Derecho. Cualquier carencia o debilidad en uno de estos tres planos debilita el edificio entero y compromete su legitimidad.

En consecuencia, cobra especial relevancia la noción de evaluación pública responsable que exige no sólo medir resultados, sino anticipar impactos y garantizar la reversibilidad de las decisiones automatizadas. Es decir:

Evaluar no es verificar lo ejecutado, sino someter a análisis el razonamiento previo a la decisión y sus posibles impactos.

La evaluación debe ir más allá del control de legalidad, para incorporar elementos de juicio cualitativo sobre el valor público, los efectos y la utilidad social de las decisiones administrativas.

Debe abandonarse una cultura meramente formalista del control para construir un sistema de aprendizaje institucional estructurado, capaz de corregir decisiones fallidas y anticipar riesgos.

En síntesis, la gobernanza digital en el marco de la Unión Europea se está consolidando a través de un sistema normativo ambicioso, complementado por mecanismos de supervisión que buscan acompañar la innovación tecnológica con la protección de los derechos fundamentales, el control democrático y la cohesión social. Para que esta gobernanza sea efectivamente garantista, debe estar sustentada en una lógica de corresponsabilidad institucional, donde las instituciones europeas, los Estados miembros y la sociedad civil converjan en la fiscalización del poder automatizado y en la defensa activa del Estado de Derecho en su dimensión digital.

5.- El impulso supranacional: principios, límites y estándares de integridad digital

La consolidación de un Estado de Derecho digital exige una revisión crítica del marco jurídico tradicional, reconociendo la centralidad que hoy adquieren las estructuras supranacionales en la definición de estándares normativos globales. En un entorno caracterizado por la transnacionalidad de los flujos de información, la ubicuidad de los sistemas automatizados y la concentración de poder tecnológico en manos privadas de alcance global, las categorías jurídicas de carácter nacional resultan insuficientes para preservar la efectividad de los derechos fundamentales y la legitimidad del ejercicio del poder en el ámbito digital. El principio de soberanía normativa, históricamente asociado al Estado, se ve tensionado por la necesidad de articular respuestas comunes ante desafíos que, por naturaleza, desbordan las fronteras nacionales. En este contexto, las instituciones multilaterales se configuran no como actores complementarios, sino como elementos estructurales en la construcción de una gobernanza digital legítima, eficaz y alineada con los valores del constitucionalismo democrático.

Como se ha conocido a lo largo de todo el trabajo, organizaciones como Naciones Unidas, la OCDE, la UNESCO, el Banco Mundial o la propia Unión Europea han asumido en los últimos años un papel activo no solo en la promoción de principios éticos, sino en la formulación de estándares normativos y marcos operativos orientados a garantizar que la transformación digital no se produzca a expensas de los valores democráticos, la inclusión social y el control público del poder tecnológico. Este impulso no puede interpretarse como

una simple agregación de buenas intenciones. En rigor, constituye un nuevo sistema normativo digital en clave supranacional, llamado a preservar la legitimidad de las instituciones democráticas en el nuevo ecosistema digital.

Tal impulso se traduce en la generación de un cuerpo normativo compuesto por directrices, recomendaciones, declaraciones de principios y normas de soft law que, progresivamente, han ido dotándose de mayor densidad jurídica y operativa, conformando lo que podría considerarse un “bloc supranacional de integridad digital”. En él convergen principios ya nombrados como por ejemplo la transparencia algorítmica, la supervisión humana, la protección de datos, la inclusión digital o la rendición de cuentas, no como meros postulados éticos sino como condiciones estructurales del ejercicio legítimo del poder público en entornos digitales.

Además, este marco supranacional ha enfatizado la necesidad de una cooperación transfronteriza efectiva entre Estados y actores no estatales para abordar retos comunes como la vigilancia masiva, la discriminación algorítmica, el uso malicioso de la inteligencia artificial o la brecha digital. Se reafirma así, una vez más, la idea de que la gobernanza digital no puede entenderse en clave puramente nacional, sino como una responsabilidad compartida en la que se articula una comunidad internacional de principios, procedimientos y estándares orientados al interés general y a la protección de la dignidad humana.

Por tanto, el impulso supranacional no debe verse como un apéndice externo o accesorio del Estado de Derecho digital, sino como una de sus garantías de mayor relevancia e impacto. Sin una arquitectura supranacional exigente, articulada y legítima, el riesgo de fragmentación normativa, captura regulatoria y menoscabo de derechos fundamentales puede incrementarse en entornos digitales. De ahí la necesidad de proyectar los valores del constitucionalismo democrático más allá de las fronteras nacionales, hacia una esfera digital global en la que la integridad institucional, la participación ciudadana y el control del poder automatizado no sean meras aspiraciones, sino realidades tangibles.

5.1.- El marco supranacional de integridad digital

Tal y como ha podido ser advertido a lo largo de todo el trabajo, la consolidación del Estado de Derecho digital no puede comprenderse al margen de las dinámicas supranacionales, donde organismos multilaterales como la Unión Europea, la OCDE, el Banco

Mundial, la UNESCO o las Naciones Unidas han adoptado un papel activo en la configuración de principios, límites y estándares vinculados al uso ético y legítimo de las tecnologías emergentes, en particular de la inteligencia artificial. Estos actores, conscientes de los riesgos que comporta un desarrollo tecnológico sin control público, coinciden en rechazar cualquier pretensión de autorregulación unilateral por parte de actores privados o de modelos fragmentarios y asimétricos de gobernanza digital.

El conocido informe "*Gobernanza de la IA en beneficio de la humanidad*" (ONU, 2023) ya lo expresó con meridiana claridad en una cita que volvemos a recuperar por su claridad e impactante significación: *la tecnología es demasiado importante y hay demasiado en juego como para confiar únicamente en las fuerzas del mercado y en un mosaico fragmentado de acciones nacionales y multilaterales*. En la misma línea, la OCDE ha llamado a consolidar marcos de gobernanza que aseguren la transparencia, la trazabilidad y la rendición de cuentas como condiciones necesarias para sostener la confianza democrática en los entornos digitales. Su documento "*Aprovechar el poder de la IA y las tecnologías emergentes*" (2022)²⁷ plantea que la integridad digital debe ser entendida como parte del contrato social moderno, destacando la importancia de la cooperación internacional para garantizar la fiabilidad de las tecnologías emergentes, construir un entendimiento común sobre la IA y las tecnologías emergentes, compartir buenas prácticas y crear la base empírica que sirva de base para el diseño, la implementación y la evaluación de políticas públicas sobre la materia.

Estas advertencias han cristalizado en normas, estrategias y recomendaciones que apuntan a una nueva gobernanza basada en valores compartidos.

Resulta destacable la propuesta del Banco Mundial insistiendo en que la transformación digital debe estar al servicio del desarrollo humano y no puede profundizar las desigualdades existentes. Su iniciativa sobre transformación digital²⁸ propone como ejes estratégicos la inclusión digital, la interoperabilidad institucional y la generación de confianza a través de marcos de gobernanza responsables. Según esta institución, una arquitectura digital eficaz no se mide sólo por su expansión tecnológica, sino por su capacidad de integrar a todos los sectores de la población bajo condiciones de equidad, transparencia y sostenibilidad.

²⁷ OCDE (2022), "Aprovechar el poder de la IA y las tecnologías emergentes: Documento de referencia para la reunión ministerial del CDEP", OECD Digital Economy Papers , No. 340, OECD Publishing, París, <https://doi.org/10.1787/f94df8ec-en> .

²⁸ Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/topic/digital>

De igual forma, las ya citadas recomendación de la UNESCO sobre la Ética de la IA (2021), la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023) o la propia Carta de Derechos Digitales española (2021), aunque con diferente grado de vinculación jurídica, comparten un eje de rotación común: afirmar la primacía de la dignidad humana, la legalidad y la participación democrática frente a cualquier forma de automatización opaca, excluyente o irresponsable.

En consecuencia, el esfuerzo sistematizador de principios supranacionales no debe entenderse como una simple agregación de voluntades éticas ni como una extensión cosmética de los marcos nacionales. Constituye un proceso estructural orientado a redefinir las reglas esenciales de legitimación del poder público en entornos de globalización digital. Frente a la fragmentación normativa, la asimetría institucional y la captura regulatoria por parte de actores globales de gran capacidad técnica y económica, el marco supranacional actúa como arquitectura protectora y orientadora, capaz de proyectar los valores fundamentales del constitucionalismo democrático sobre un espacio digital que, por sí mismo a través de sus operadores privados más poderosos, tiende a la desregulación.

Este proceso no pretende suplantar los ordenamientos jurídicos internos, sino reforzarlos mediante estándares compartidos que aseguren coherencia, protección efectiva de derechos y gobernanza legítima. Así entendido, el sistema normativo digital supranacional no solo completa, sino que fortalece la dimensión garantista del Estado de Derecho, aportando densidad jurídica y legitimidad pública a los entornos digitales contemporáneo.

5.2.- El marco supranacional de estándares operativos

Todas las declaraciones e informes apuntados coinciden en un común denominador: establecer un listado de exigencias que, por sí mismo, establece un marco de estándares operativos con capacidad para definir el patrón de exigencia y corrección.

En efecto, el análisis transversal de las recomendaciones y marcos normativos propuestos por los organismos citados hasta el momento permite extraer un conjunto de estándares que, redundando en algunos derechos ya conocidos y expuestos, configuran el núcleo común de lo que podría entenderse como integridad digital supranacional:

a) Primacía de los derechos humanos.

Toda tecnología digital debe respetar activamente la dignidad, libertad, privacidad y no discriminación. La protección de los derechos fundamentales no constituye un límite negativo,

sino una condición positiva, estructural e irrenunciable para el desarrollo legítimo de sistemas digitales. Este principio impone un deber de adecuación normativa constante, especialmente en contextos de automatización que puedan afectar el ejercicio de libertades públicas y derechos individuales.

b) Legalidad algorítmica y trazabilidad de las decisiones.

Los sistemas automatizados deben ser jurídicamente auditables, dejando constancia verificable de los procesos que conducen a la toma de decisiones. Su funcionamiento debe sujetarse a los principios de motivación, revisión efectiva, transparencia técnica y reversibilidad sustantiva. Ello implica tanto controles ex ante como mecanismos de evaluación continua, garantizando que la lógica del algoritmo sea comprensible y jurídicamente controlable.

c) Supervisión institucional efectiva.

Deben existir autoridades públicas independientes, dotadas de potestades normativas, inspectoras y sancionadoras, encargadas de fiscalizar tanto el diseño como el uso de tecnologías digitales. Esta supervisión no puede limitarse al ámbito administrativo interno, sino que debe extenderse a entidades privadas con impacto público y contar con recursos, independencia técnica y legitimidad democrática.

d) Transparencia y accesibilidad ciudadana.

La información sobre el funcionamiento y los efectos de los sistemas algorítmicos debe ser comprensible, verificable y puesta a disposición del ciudadano de manera accesible y no discriminatoria. Esta transparencia debe complementarse con canales participativos reales, que permitan a la ciudadanía ejercer control democrático sobre el poder digital y exigir responsabilidades.

e) Inclusión digital como principio estructural.

Las políticas tecnológicas deben combatir las brechas estructurales en el acceso, uso y aprovechamiento de los entornos digitales. Esto exige implementar medidas proactivas de alfabetización digital, asegurar el diseño universal de las interfaces y servicios, y garantizar una infraestructura de acceso equitativa que respete la diversidad territorial, funcional y generacional.

f) Rendición de cuentas y reversibilidad.

Toda arquitectura digital debe prever mecanismos eficaces para impugnar decisiones automatizadas, corregir errores sistémicos y restablecer derechos vulnerados. La trazabilidad

del proceso algorítmico debe acompañarse de una estructura normativa que permita identificar responsables, exigir reparación y prevenir la repetición de fallos.

g) Compromiso ético institucionalizado.

Más allá del cumplimiento normativo formal, se requiere una cultura institucional activa, que incorpore valores éticos en todas las fases del ciclo tecnológico: desde el diseño hasta la implementación, evaluación y supervisión. Este compromiso debe traducirse en prácticas de gobernanza tecnológica orientadas al interés general, la sostenibilidad social y la legitimidad democrática.

h) Alfabetización digital transversal.

Debe consolidarse como una política pública estructural, dirigida a capacitar a la ciudadanía en competencias digitales, informacionales y críticas, habilitándola para participar con autonomía, responsabilidad y conciencia en los procesos sociales mediados por tecnologías. Esta alfabetización debe ser inclusiva, intergeneracional y orientada al empoderamiento cívico frente al poder algorítmico.

Como se ha señalado en varias ocasiones, la integridad digital no puede quedar reducida a un código de conducta, debe traducirse en reglas vinculantes, controles efectivos y una cultura institucional alineada con el servicio público. De lo contrario, el espacio digital corre el riesgo de transformarse en un territorio de impunidad algorítmica y opacidad operativa, incompatible con los principios que estructuran cualquier Estado democrático de Derecho. Recuperando las palabras de WEBER cuya vigencia resulta sorprendente, ... *el moderno capitalismo industrial racional necesita tanto de los medios técnicos de cálculo de trabajo, como de un derecho previsible y una Administración guiada por reglas formales; sin esto es posible el capitalismo aventurero, comercial, especulador y toda suerte de capitalismo político, pero es imposible la industria comercial privada con capital fijo y cálculo seguro...*²⁹.

Por ello, el impulso supranacional debe entenderse no como una mera cooperación técnica entre instituciones, sino como una convergencia ética, jurídica y política para asegurar, una vez más pese a la continua reiteración, que el nuevo poder tecnológico como cualquier

²⁹ WEBER M.: *“La ética protestante y el espíritu del capitalismo”*. Traducida por Luis Legaz Lacambra. Colección clásicos del Derecho. Editorial Reus, S. A y Revista de Derecho Privado. Madrid, 2009. Pág. 27

otro poder esté sometido a Derecho, controlado por estructuras legítimas y orientado al bien común.

Todo lo expuesto permite sostener que el impulso supranacional no actúa como una simple cobertura técnica o como una retórica de convergencia. Lo que está en juego es la configuración de un espacio de integridad institucional que trascienda fronteras y proyecte sobre el nuevo ecosistema digital los principios que han dado sentido a la construcción constitucional democrática con factor de paz y progreso global. La noción de integridad digital, tal y como ha sido perfilada por organismos multilaterales y reforzada por la doctrina más exigente³⁰, no puede reducirse a una mera declaración de buenas intenciones. Reiterando, una vez más lo que ya se ha expuesto en varias ocasiones, debe adquirir fuerza normativa, expresión operativa y capacidad de transformación institucional. En ello se cifra, en última instancia, la credibilidad de todo el sistema y la legitimidad ante los ciudadanos.

135

Porque, si bien el Derecho puede diseñarse en el plano nacional, su legitimidad sólo se consolidará si se alinea con los compromisos éticos y los estándares de exigencia que los valores de calidad democrática e integridad pública supranacional han venido reclamando, desde hace ya tiempo, frente al poder tecnológico. Y eso requiere lo que ya se ha dicho en tantas otras ocasiones: instituciones ejemplares, ciudadanía informada y una cultura del poder que no se limite a gestionar coyunturalmente o de manera cortoplacista, sino que, en beneficio de la ciudadanía, se atreva a sostener a largo plazo lo necesario.

Si el Derecho no se proyecta sobre lo digital con la misma intensidad y alcance que lo ha hecho sobre el poder analógico, el riesgo no será solo normativo, sino político: la erosión del Estado de Derecho y sus garantías como fundamento de calidad democrática en la sociedad digital.

³⁰ Vid. entre otros: FERNANDO PABLO, M.: *“Inteligencia artificial y Derecho Administrativo. De la precaución a la garantía de los derechos”*. En la obra, *Inteligencia artificial y defensa: nuevos horizontes*. Coord. por Paula María Tomé Domínguez. Daniel Terrón Santos (dir.), José Luis Domínguez Álvarez (dir.). Editorial Aranzadi, 2021.

A REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) NA UNIÃO EUROPEIA (UE) E A JUSTIÇA¹

JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS

Juiz de Direito, Assessor no Gabinete de Juizes do Tribunal Constitucional

(Portugal)

joaquim.o.martins@gmail.com / [orcid=0009-0006-8485-0898](https://orcid.org/0009-0006-8485-0898)

136

“a proposta da União Europeia está em consonância com a perspectiva de garantir um elevado nível de proteção no desenvolvimento e na aplicação de sistemas de IA no domínio jurídico”

FERNANDO GALINDO AYUDA (2024), *Judicial Justice and the European Regulation on Artificial Intelligence*, p. 73²

Introdução

1.1 Se, como se sabe, *ubi societas, ibi jus*, é evidente que a Revolução Digital que atravessamos, com a digitalização da própria sociedade (e a criação de uma verdadeira sociedade *também* digital), não poderia deixar de ter consequências a nível jurídico, criando, desde logo, evidentes (e enormes) necessidades normativas³. De resto, o mesmo sucedeu com as anteriores revoluções industriais (dado que se fala agora da Revolução Industrial 4.0) – bastando pensar, por exemplo, que foi a original Revolução Industrial,

¹ Este texto continua, segue de perto e desenvolve vários artigos que publiquei desde que, a pedido do (então) Presidente da Direção Nacional da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Juiz Desembargador Manuel Ramos Soares, coordenei um dos subgrupos (mais concretamente, o subgrupo relativo à Justiça Digital e à Inteligência Artificial, integrado por Ana Maria Marques Flório Pinhol, António Joaquim Gomes, Carlos Caiado Pinho, Cláudia Pina de Neves Cunha, João António Ferreira e Manuel David Masseno), do *Think Tank* sobre a Reforma da Justiça, com a coordenação geral do Juiz Conselheiro NUNO COELHO (2023), cujo trabalho depois se corporizou no livro *Agenda da Reforma da Justiça – Uma Reflexão Aberta e Alargada do Judiciário*, mormente do capítulo desse livro relativo a “Justiça Digital e Inteligência Artificial nos Tribunais”.

² Consultado, tal como os outros sítios da *Internet*, em 31/8/2025, tendo a tradução dos textos sido efetuada, inicialmente, com recurso ao sítio *DeepL* – <https://www.deepl.com/pt-PT/translator>, mas sempre com revisão final do autor.

³ Bem patentes também quanto à própria IA – “não só em Portugal como no resto do mundo, acordamos para uma nova realidade: a era da IA. O acesso a ferramentas de auxílio alicerçadas em sistemas de *software* ou *hardware* invadiram as mais básicas tarefas do nosso dia a dia, bem como muitas das profissões que compõem a sociedade” – PATRÍCIA SOUSA BORGES (2022), p. 298.

que assentou no recurso em massa ao trabalho subordinado, que conduziu, por via da Questão Social resultante da mesma, ao surgimento do Direito do Trabalho e de várias outras das atuais áreas do Direito (como o próprio Direito da Segurança Social).

O novo mundo digital não pode, assim, ser uma espécie de *Wild West* cibernético sem quaisquer regras jurídicas⁴ ou sem qualquer intervenção judicial, mas antes deve ser submetido às mesmas normas e princípios essenciais, devidamente adaptados à própria digitalidade, que se aplicam a todos os outros domínios da vida social. Esta nova realidade implica, assim e necessariamente, a criação e adoção de legislação que regule especificamente esses aspetos que surgiram *ex novo* (dado que grande parte da legislação anterior é inadequada para o efeito ou de difícil transposição e aplicação a essa nova realidade).

Se é verdade que, pela sua própria natureza (socialmente reguladora e não inovadora), o direito tem sempre algum atraso relativamente ao início e desenvolvimento destes novos fenómenos sociais, certo é também que é imprescindível, atualmente, que o Estado não se demita de ter ampla e efetiva intervenção neste domínio digital. Os vários países (e as entidades internacionais que integram) devem, desde logo, procurar regular a digitalização (nos seus múltiplos aspetos em que se desdobra) e assegurar a efetividade e tutela judicial dos direitos fundamentais⁵, incluindo os novos direitos fundamentais digitais⁶, cabendo aos tribunais, por seu lado (e com as modificações que possam ter de sofrer para o efeito), dirimir os litígios substantivos resultantes do mundo digital.

Nas palavras (eloquentes) de ANTONIO D'ALOIA (2025), p. 113:

O Direito, especialmente com os seus princípios fundamentais, terá um papel importante neste contexto em movimento. Falar de inteligência artificial e Direito já não é uma hipótese de trabalho excêntrica, mas sim um

⁴ Ao contrário do que muitos julgam, pensando que o que sucede digitalmente não tem repercussão no mundo 'real' ou qualquer consequência jurídica, quando, em verdade e futuramente, cada vez mais sucederá que esses conflitos digitais acabem depois por ter de ser dirimidos judicialmente e possam ter desfechos bem gravosos para os respetivos sujeitos processuais.

⁵ Destacando este ponto *v.*, com muito interesse, MANUEL DAVID MASSENO (2025) (a quem agradeço muito a partilha destes e de outros materiais e as impressões e reflexões trocadas sobre estas e outras matérias, bem como a gentil apreciação crítica que fez sobre uma primeira versão deste texto, que contribuiu em muito para uma melhoria do mesmo), p. 2, escrevendo que a regulação europeia, que será analisada na secção seguinte, parte de "um ponto firme: garantir os Direitos Fundamentais".

⁶ Como os agora constantes da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, aprovada pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, em que se refere, quanto à IA, o seguinte: "1 - A utilização da inteligência artificial deve ser orientada pelo respeito dos direitos fundamentais, garantindo um justo equilíbrio entre os princípios da explicabilidade, da segurança, da transparência e da responsabilidade, que atenda às circunstâncias de cada caso concreto e estabeleça processos destinados a evitar quaisquer preconceitos e formas de discriminação. 2 - As decisões com impacto significativo na esfera dos destinatários que sejam tomadas mediante o uso de algoritmos devem ser comunicadas aos interessados, sendo suscetíveis de recurso e auditáveis, nos termos previstos na lei" (Art. 9, n.ºs 1 e 2).

empreendimento cultural, científico e prático, agora enraizado e a desenvolver-se de forma exponencial, atravessando setores disciplinares e obrigando-os a enfrentar uma dimensão material holística, total e, ao mesmo tempo, fragmentada numa pluralidade de segmentos temáticos. Muito dependerá deste trabalho conjunto para manter e orientar o desenvolvimento desta tecnologia para a centralidade do ser humano, a sua experiência e os seus direitos.

Deste modo, vêm-se sucedendo as intervenções legislativas digitais, parte das quais dos próprios Estados, mas outras também de carácter transnacional, como as resultantes do Direito da União Europeia (UE), em que se inclui o Regulamento que se analisará na secção seguinte, em particular na sua relação com a administração da justiça pelos tribunais

Regulação da IA na UE

2.1 A expressão “inteligência artificial” inundou o nosso dia-a-dia, em que parece ter aplicação para tudo e mais alguma coisa, mas, em verdade, foi cunhada e é já utilizada há muitos anos⁷, na sequência, essencialmente, do trabalho de vários matemáticos do século XX, como ALAN TURING (1950)⁸, podendo definir-se, atualmente, como

uma disciplina científica que utiliza as capacidades de processamento de símbolos da computação com o fim de encontrar métodos genéricos para automatizar atividades perceptivas, cognitivas e manipulativas, por via do computador. Comporta quer aspetos de psicanálise quer de psicossíntese. Possui uma vertente de investigação fundamental acompanhada de experimentação, e uma vertente tecnológica, as quais, em conjunto, estão a promover uma revolução industrial: a da automatização de faculdades mentais por via da sua modelização em computador⁹.

Ou, de outro modo,

A Inteligência Artificial (IA) foi definida por John McCarthy como um ramo da ciência da computação que se propõe elaborar sistemas que simulem a capacidade humana de raciocinar, perceber, tomar decisões e resolver problemas (McCarthy, 1963)¹⁰.

⁷ “A inteligência artificial é um conceito originário da informática e a ideia principal é permitir que computadores possam “emular a inteligência humana ao realizar determinadas tarefas”. O pesquisador de Stanford, John McCarthy, cunhou o termo em 1956 (durante a Conferência de Dartmouth), considerando que “um programa de computador poderia ser considerado AI se fosse capaz de fazer algo que normalmente atrelamos à inteligência de seres humanos. A inteligência artificial pode ser compreendida como “a capacidade de dispositivos eletrônicos funcionar de uma maneira que lembra o pensamento humano. Isso implica em perceber variáveis, tomar decisões e resolver problemas (...) sem a interferência humana” A IA faz a análise de dados e pode trazer soluções para múltiplas questões apresentadas, mesmo que não tenham previamente sido “ensinadas” à IA” – MARCO ANTÓNIO MARQUES DA SILVA/EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (2020), p. xiv.

⁸ Nomeadamente com o seu artigo de 1950, *Computing machinery and intelligence*, que começa com a (famosa) enunciação do objeto desse artigo: “*I propose to consider the question, ‘Can machines think?’*” (p. 1) – v., por todos e sobre o surgimento desta noção e com referência aos trabalhos pioneiros de CHURCH, TURING e GÖDEL e ao encontro científico de especialistas nessa área já referido na nota anterior e realizado em Dartmouth, nos Estados Unidos da América, em 1956, constituindo também uma introdução sólida ao seu significado e aplicações/implicações, ARLINDO OLIVEIRA (2019), pp. 22 e seguintes.

⁹ LUÍS MONIZ PEREIRA (2003), *Inteligência Artificial – Mito e Ciência*, p. 2.

¹⁰ RUI VEIGA/CRISTINA CADETE PIRES (2018), p. 48.

2.2 Face a essa onnipresença (e até quase onnipotência nalgumas áreas) da IA e à multiplicação das suas utilizações (sem que muitas vezes nos apercebamos sequer das mesmas), têm também surgido, como resulta do já exposto supra, múltiplos instrumentos normativos destinados a regular a sua aplicação, entre os quais avulta (e será objeto de análise parcial) o Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024 (Regulamento IA)¹¹.

Por sua vez, este Regulamento esteve, como se sabe, muito tempo em ‘gestação’, havendo múltiplos artigos científicos (alguns dos quais até já citados e outros da minha autoria) que se referiram sempre ao mesmo na sua fase ainda embrionária de Proposta, podendo agora, finalmente, aferir-se o resultado de todo esse algo conturbado e muito longo período de formação.

Analisando já este Regulamento, cumpre destacar, *prima facie*, a sua extensão material e complexidade¹², dado que atinge cento e quarenta e quatro páginas e tem, pasme-se, cento e oitenta considerandos iniciais. Aliás, muitos desses considerandos são também bastante relevantes para procurar compreender as regras que depois se seguem, muitas das quais não são, aliás, de fácil apreensão para quem não tenha, concomitantemente, conhecimentos em matérias jurídicas e de tecnologias de informação.

Como se refere logo no seu primeiro considerando (depois reproduzido no seu Art. 1.º, n.º 1), o Regulamento IA

tem por objetivo a melhoria do funcionamento do mercado interno mediante a previsão de um regime jurídico uniforme, em particular para o desenvolvimento, a colocação no mercado, a colocação em serviço e a utilização de sistemas de inteligência artificial (sistemas de IA) na União, em conformidade com os valores da União, a fim de promover a adoção de uma inteligência artificial (IA) centrada no ser humano e de confiança, assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção da saúde, da segurança, dos direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta»), nomeadamente a democracia, o Estado de direito e a proteção do ambiente, a proteção contra os efeitos nocivos dos sistemas de IA na União, e de apoiar a inovação.

e estabelece

¹¹ Que não corresponde a uma intervenção isolada da UE, vindo antes na sequência de intervenções anteriores, que mantêm ainda a sua atualidade – “Consequentemente, “O direito da União em matéria de proteção de dados pessoais, privacidade e confidencialidade das comunicações aplica-se aos dados pessoais tratados em virtude dos direitos e obrigações estabelecidos no presente regulamento. [Por isso mesmo,] O presente regulamento não afeta o disposto nos Regulamentos (UE) 2016/679 [o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados – RGPD] ou (UE) 2018/1725 nem nas Diretivas 2002/58/CE [sobre a privacidade e a proteção de dados nas comunicações eletrónicas – Diretiva ePrivacy] ou (UE) 2016/680 [a Diretiva Law Enforcement – Diretiva LE]” (Art.º 2.º n.º 7)” – MANUEL DAVID MASSENO (2025), p. 2.

¹² Sendo que a sua própria sistematização e dispersão das matérias não ajuda particularmente na sua compreensão, havendo muitos casos, por exemplo, de exceções às exceções ou normas que é difícil perceber se se aplicam a todos os sistemas de IA e, se sim, em que medida.

- “a) Regras harmonizadas para a colocação no mercado, a colocação em serviço e a utilização de sistemas de IA na União;
- b) Proibições de certas práticas de IA;
- c) Requisitos específicos para sistemas de IA de risco elevado e obrigações para os operadores desses sistemas;
- d) Regras de transparência harmonizadas para determinados sistemas de IA;
- e) Regras harmonizadas para a colocação no mercado de modelos de IA de finalidade geral;
- f) Regras relativas ao acompanhamento do mercado, à fiscalização do mercado, à governação e à aplicação da lei;
- g) Medidas de apoio à inovação, com especial ênfase nas PME, incluindo as empresas em fase de arranque” (Art. 1.º, n.º 2).

Este Regulamento assenta, em primeiro lugar, nas definições de “«Sistema de IA»”, que é

um sistema baseado em máquinas concebido para funcionar com níveis de autonomia variáveis, e que pode apresentar capacidade de adaptação após a implantação e que, para objetivos explícitos ou implícitos, e com base nos dados de entrada que recebe, infere a forma de gerar resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais (Art. 3.º, n.º 1))

e de «Risco»,

a combinação da probabilidade de ocorrência de danos com a gravidade desses danos (Art. 3.º, n.º 2)).

Por seu lado, o Regulamento IA prevê, expressamente, várias práticas de IA proibidas (Art. 5.º, n.º 1), inclusive, como se verá de seguida, a nível da justiça, distinguindo, depois, entre sistemas de IA de risco elevado (Arts. 6.º a 49.º) e modelos de IA de finalidade geral com risco sistémico (Arts. 50º a 55.º)¹³. Após esses artigos seguem-se múltiplas regras relativas a outros aspetos da regulação da IA, alterações de outros diplomas e vários Anexos (mais concretamente, XIII).

Regulamento IA e Justiça

3.1 Como se alcança de uma simples leitura do Regulamento IA, não abundam no mesmo referência específicas e expressas à justiça e ao sistema judicial¹⁴, mas o já mencionado Art. 5.º, n.º 1, inclui, nas “Práticas de IA proibidas”,

¹³ Concluindo, conseqüentemente, MANUEL DAVID MASSENO (2024 I) p. 7, “com os sistemas de risco mínimo (Art.º 2.º a contrario), a ficarem de fora do seu âmbito de aplicação, pelo menos a priori”.

¹⁴ O que não quer dizer que grande parte do mesmo não tenha relevância a esse nível, mas que essa importância resulta antes, como se verá de seguida, da qualificação como de risco elevado dos sistemas de IA que podem ser utilizados judicialmente, tornando aplicáveis muitas normas que não se referem especificamente à justiça e ao sistema judicial propriamente dito.

d) A colocação no mercado, a colocação em serviço para esta finalidade específica ou a utilização de um sistema de IA para a realização de avaliações de risco de pessoas singulares a fim de avaliar ou prever o risco de uma pessoa singular cometer uma infração penal, com base exclusivamente na definição de perfis de uma pessoa singular ou na avaliação dos seus traços e características de personalidade. Esta proibição não se aplica aos sistemas de IA utilizados para apoiar a avaliação humana do envolvimento de uma pessoa numa atividade criminosa, que já se baseia em factos objetivos e verificáveis diretamente ligados a uma atividade criminosa.

Em consequência, não é permitido colocar no mercado ou em serviço ou utilizar um sistema de IA (preditiva¹⁵), que efetue avaliações do que poderemos chamar, no que diz respeito ao próprio sistema judicial¹⁶, de risco de reincidência, isto é, da possibilidade de alguém que praticou um crime vir a cometer posteriormente uma nova infração criminal¹⁷.

De todo o modo e numa exceção a essa regra, essa proibição só existe quando esse sistema tem por base, “exclusivamente”, a “definição de perfis de uma pessoa singular ou na avaliação dos seus traços e características de personalidade”. Este “exclusivamente” levanta algumas (bastantes, até) dúvidas, dado que parece que se forem tidos em conta outros elementos (e quais? de natureza objetiva ou subjetiva?) já podem ser considerados, uma vez que não foram utilizados de forma exclusiva, esses perfis ou a avaliação da personalidade de uma pessoa singular.

Se esta proibição parece claramente inspirada pelos (bem conhecidos) problemas (e vieses discriminatórios) resultantes da utilização do *COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)* nos Estados Unidos da América¹⁸, a verdade é que se acaba por ‘fechar uma porta, mas abrir [a final] uma janela’, que pode até tornar mais difícil o controlar esses vieses, dado que esses perfis e traços e

¹⁵ A “«IA preditiva ou aprendizagem preditiva da IA» baseia-se em algoritmos informáticos inteligentes que preveem resultados futuros através da análise de dados históricos de «modelos de conjuntos de dados pequenos a médios» para prever decisões, analisando dados históricos com base em probabilidades e modelação estatística. Isto inclui «aprendizagem da IA», «aprendizagem automática», «aprendizagem profunda», «aprendizagem cognitiva» e outras tecnologias atualmente em desenvolvimento” – JORGE GARZA ULLOA (2024).

¹⁶ É evidente, parece-me, que este normativo pode proibir também a aplicação deste tipo de sistemas a nível policial, desde logo para aferir da possibilidade de alguém vir a cometer (ou não) um crime e para o chamado policiamento preventivo, mas tal não releva propriamente a nível do sistema judicial, em que se abordarão, de resto, as suas implicações mais a nível dos julgamentos criminais do que em relação às fases iniciais dos processos penais.

¹⁷ V., numa visão crítica deste artigo e levantando várias outras questões quanto ao mesmo, JESSIE LEVANO (2024).

¹⁸ Cfr., por todos, CHRISTOPH ENGEL/LORENZ LINHARDT/MARCEL SCHUBERT (2025), escrevendo, em conclusão final, que “Neste artigo, mostramos que essas salvaguardas correm o risco de serem enfraquecidas pelo design algorítmico. O popular *software* COMPAS não só tem um desempenho insatisfatório na tarefa para a qual foi concebido — o que já foi apontado anteriormente (Grgić-Hlača et al. 2018; De Miguel Beriain 2018) — como também assume implicitamente o papel de soberano que, num país democrático, deveria caber aos tribunais e ao legislador. O *software* privilegia claramente as vítimas potenciais em detrimento dos réus potencialmente inocentes. Mais importante ainda: esta decisão normativa é ocultada. O juiz é levado a acreditar que apenas decide sobre o risco aceitável de reincidência, quando na verdade também decide sobre o risco de encarcerar desnecessariamente um réu e sobre o nível de preconceito racial e etário”.

características de personalidade terão de ser conjugados com outros elementos, podendo, assim, não resultar logo tão evidente o seu carácter discriminatório.

Por sua vez, a exceção final também é bastante nebulosa, excluindo essa proibição quanto a sistemas de IA utilizados para apoiar a avaliação humana do envolvimento de uma pessoa numa atividade criminosa, desde que se baseie em factos objetivos e verificáveis diretamente ligados a uma atividade criminosa.

Desde logo, parece que se está, pelo menos parcialmente, num campo diverso quanto à proibição anterior, uma vez que a primeira, judicialmente, relevará *ex post facto*, para avaliar o risco de reincidência, enquanto que aqui (se se entender que é aplicável a nível dos tribunais no julgamento de ilícitos criminais) poderá estar em causa o próprio julgamento (“avaliação humana”?) do “envolvimento de uma pessoa numa atividade criminosa”.

Assim, poderá o julgador, desde que existam esses “factos objetivos e verificáveis diretamente ligados a uma atividade criminosa”, utilizar um sistema de IA para avaliar se um arguido cometeu um crime? E, se sim, de que forma e com base em que dados e factos? Pode, por exemplo, considerar a “definição de perfis de uma pessoa singular ou na avaliação dos seus traços e características de personalidade” referidos na parte inicial? E como conciliar tudo isto com princípios essenciais do Estado de Direito, como o da imediação, da fundamentação das decisões judiciais, do contraditório, da presunção de inocência ou do *in dubio pro reo*, etc.?

Em suma, parece-me que esta regra acaba por levantar mais dúvidas do que dar muitas certezas, mas afigura-se, salvo melhor opinião, que poderá (e deverá) ser lida, no que aqui mais releva, unicamente no sentido de proibir o uso judicial de sistemas de IA relativos ao cálculo do risco de reincidência que se baseiem em características pessoais dos arguidos que possam ser discriminatórias. Esta proibição não impedirá, por exemplo, o recurso a dados como os da percentagem de reincidência geral daquele crime em concreto ou dos próprios antecedentes criminais relevantes do arguido¹⁹, deixando sempre na mão do concreto julgador o saber se deverá aceitar (ou não e de que forma) o resultado da utilização desse eventual sistema de IA²⁰.

¹⁹ Note-se, aliás, que os julgadores, entre nós, sempre recorreram a esse tipo de elementos, que integram os fatores legalmente previstos para o efeito, para a determinação da espécie e medida da pena em que um arguido será condenado a final, podendo a sua relevância e repercussão punitiva ser depois (re)apreciada em sede de recurso.

²⁰ E devendo, aparentemente, entender-se que a sua exceção final não dirá respeito, mais propriamente, aos julgamentos de ilícitos criminais, mas antes, por exemplo, à investigação prévia dos mesmos.

Aliás, mais do que isso, penso que os riscos da utilização da IA preditiva nesta matéria acabam por ser superiores aos seus benefícios, devendo refletir-se muito seriamente antes da sua eventual introdução. Será sempre também necessário avaliar, prévia e continuamente, o modo de funcionamento de qualquer sistema de IA deste tipo e os resultados concretos obtidos, sob pena de se estar a distorcer a própria justiça penal e a efetuar um potencial tratamento discriminatório e/ou arbitrário dos arguidos condenados a final.

3.2 O Anexo III do Regulamento IA contém a lista de “Sistemas de IA de risco elevado a que se refere o artigo 6.º, n.º 2”, sendo que

Os sistemas de IA de risco elevado a que se refere o artigo 6.º, n.º 2, são os sistemas de IA incluídos num dos domínios a seguir enumerados”

(...)

6. Aplicação da lei, na medida em que a sua utilização seja permitida nos termos do direito da União ou do direito nacional aplicável:

a) Sistemas de IA concebidos para serem utilizados por autoridades responsáveis pela aplicação da lei, ou em seu nome, ou por instituições, órgãos ou organismos da União em apoio das autoridades responsáveis pela aplicação da lei, ou em seu nome, para avaliar o risco de uma pessoa singular vir a ser vítima de infrações penais;

b) Sistemas de IA concebidos para serem utilizados por autoridades responsáveis pela aplicação da lei, ou em seu nome, ou por instituições, órgãos ou organismos da União em apoio das autoridades responsáveis pela aplicação da lei, como polígrafos ou instrumentos semelhantes;

c) Sistemas de IA concebidos para serem utilizados por autoridades responsáveis pela aplicação da lei, ou em seu nome, ou por instituições, órgãos ou organismos da União em apoio das autoridades responsáveis pela aplicação da lei para avaliar a fiabilidade dos elementos de prova no decurso da investigação ou ação penal relativas a infrações penais;

d) Sistemas de IA concebidos para serem utilizados por autoridades responsáveis pela aplicação da lei, ou em seu nome, ou por instituições, órgãos ou organismos da União em apoio das autoridades responsáveis pela aplicação da lei para avaliar o risco de uma pessoa singular cometer uma infração penal ou reincidir não exclusivamente com base na definição de perfis de pessoas singulares na aceção do artigo 3.º, ponto 4, da Diretiva (UE) 2016/680, ou para avaliar os traços e características da personalidade ou o comportamento criminal passado de pessoas singulares ou grupos;

e) Sistemas de IA concebidos para serem utilizados por autoridades responsáveis pela aplicação da lei, ou em seu nome, ou por instituições, órgãos ou organismos da União em apoio das autoridades responsáveis pela aplicação da lei para definir o perfil de pessoas singulares na aceção do artigo 3.º, ponto 4, da Diretiva (UE) 2016/680, no decurso da deteção, investigação ou ação penal relativas a infrações penais.

(...)

8. Administração da justiça e processos democráticos:

a) Sistemas de IA concebidos para serem utilizados por uma autoridade judiciária, ou em seu nome, para auxiliar uma autoridade judiciária na investigação e na interpretação de factos e do direito, bem como na aplicação da lei a um conjunto específico de factos, ou para serem utilizados de forma similar na resolução alternativa de litígios.

Desta forma, os sistemas de IA destinados a serem utilizados, no dizer deste Regulamento, na aplicação da lei e na administração da justiça são expressamente considerados sistemas de IA de risco elevado, nos termos do Art. 6.º, n.º 2, do mesmo Regulamento – “2. Além dos sistemas de IA de risco elevado a que se refere o n.º 1, os sistemas de IA a que se refere o anexo III são também considerados de risco elevado”.

De todo modo, há uma exceção a essa classificação como risco elevado, dado que o n.º 3 do Art. 6.º dispõe que

Em derrogação do n.º 2, um sistema de IA a que se refere o Anexo III não pode ser considerado de risco elevado se não representar um risco significativo de danos para a saúde, a segurança ou os direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente se não influenciarem de forma significativa o resultado da tomada de decisões.

O primeiro parágrafo aplica-se nos casos em que estiverem preenchidas quaisquer das seguintes condições:

- a) O sistema de IA destina-se a desempenhar uma tarefa processual restrita;
- b) O sistema de IA destina-se a melhorar o resultado de uma atividade humana previamente concluída;
- c) O sistema de IA destina-se a detetar padrões de tomada de decisões ou desvios em relação a padrões de tomada de decisões anteriores e não se destina a substituir nem influenciar uma avaliação humana previamente concluída, sem que se proceda a uma verificação adequada por um ser humano; ou
- d) O sistema de IA destina-se a executar uma tarefa preparatória no contexto de uma avaliação pertinente para efeitos dos casos de utilização enumerados no anexo III.

Não obstante o primeiro parágrafo, os sistemas de IA a que se refere o anexo III devem ser sempre considerados de risco elevado nos casos em que executarem a definição de perfis de pessoas singulares.

Ipsa est e procurando interpretar e concatenar de forma congruente todos estes normativos²¹ (novamente com uma exceção a uma exceção...), estes sistemas de IA serão de risco elevado, exceto se não representarem um risco significativo de danos para (essencialmente e no que diz respeito aos tribunais) os direitos fundamentais das pessoas. Esta exceção verificar-se-á, “nomeadamente”, se esses sistemas não influenciarem de forma significativa o resultado da tomada de decisões na aplicação da lei e na administração da justiça, seguindo-se vários exemplos em que tal pode suceder.

Em suma, afigura-se que o legislador europeu quis precaver a possibilidade de serem utilizados sistemas de IA como auxiliares para o sistema judicial, desde logo para a tramitação processual e preparação material das decisões finais, desde que não influenciando no conteúdo substancial das mesmas, servindo antes como uma espécie de ‘assistentes eletrónicos digitais’.

De facto, os exemplos referidos correspondem a algumas dessas situações em que os sistemas de IA podem assumir uma função auxiliar, preparatória ou avaliatória, mas não prescindem nunca da intervenção final (e decisiva) humana, a quem caberá sempre a última palavra sobre a decisão definitiva dos respetivos processos.

Finalmente e quanto à parte final do n.º 3 do artigo 6.º, a mesma prescreve que os sistemas de IA abrangidos pelo anexo III devem ser sempre considerados de risco elevado

²¹ E frise-se novamente a dificuldade em interpretar e aplicar o Regulamento IA dado que um artigo remete para um anexo, que reenvia novamente para esse artigo, em que há uma exceção a essa regra geral, que usa conceitos gerais de não muito fácil concretização, como o “se não representar um risco significativo de danos para a saúde, a segurança ou os direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente se não influenciarem de forma significativa o resultado da tomada de decisões”, embora a seguir se procure concretizar o que isso pode significar, mas deixando sempre alguma margem de arbítrio na sua determinação.

nos casos em que executarem a definição de perfis de pessoas singulares, não se lhes aplicando a derrogação da qualificação de risco elevado resultante da parte restante desse preceito.

Por último e apenas numa breve nota, refira-se que os requisitos aplicáveis aos sistemas de IA de risco elevado constam dos Arts. 8.º a 15.º, que contêm normas relativas a sistema de gestão de riscos, dados e governação de dados, documentação técnica, manutenção de registos, transparência e prestação de informações aos responsáveis pela implantação, supervisão humana, exatidão, solidez e cibersegurança, enquanto que os Arts. 16.º a 27.º dispõem sobre as obrigações dos prestadores, dos responsáveis pela implantação de sistemas de IA de risco elevado e de outras partes.

IA e Justiça – *Hard Law*, *Soft Law* e Princípios Éticos

4.1 O Regulamento IA procura, como resulta do já exposto, regular (parcialmente) a utilização da IA pelo sistema judicial, distinguindo, desde logo, entre aplicações proibidas (mesmo que com exceções nem sempre perfeitamente perceptíveis), aplicações de risco elevado e outro tipo de utilizações, mais acessórias ou auxiliares²² (mas que poderão contribuir para um melhor desempenho do sistema judicial) e, como tal, permitidas (mesmo que sujeitas ao regime desse Regulamento e de outros diplomas, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD).

Como refere MANUEL DAVID MASSENO (2024 II), p. 8:

embora não fiquem proibidas, a partir de fevereiro de 2025, irão depender de procedimentos prévios de certificação dos respetivos sistemas (Art.ºs 40.º a 49.º), e por outro lado, sempre que estiverem em conexão com uma qualquer rede, ficarão sujeitos às certificações de segurança previstas no Regulamento (UE) 2024/2847 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2024, relativo aos requisitos horizontais de cibersegurança dos produtos com elementos digitais (Regulamento de Ciber-Resiliência), a partir de dezembro de 2027”, devendo haver “uma especial atenção à “supervisão humana”, sobretudo quanto a “Interpretar corretamente os resultados do sistema de IA de risco elevado, tendo em conta, por exemplo, as ferramentas e os métodos de interpretação disponíveis” e “Decidir, em qualquer situação específica, não usar o sistema de IA de risco elevado ou ignorar, anular ou reverter os resultados do sistema de IA de risco elevado” (Art.º 14.º n.º 4 c) e d) e Considerandos (72) e a serem articulados com as regras de explicabilidade e de revisibilidade humanas constantes do RGPD (Art.º 22.º n.ºs 3 e 4), além de a utilização de tais sistemas implicar a obrigatoriedade de efetivar uma prévia “avaliação de impacto em proteção de dados”, de iniciativa e responsabilidade institucionais, podendo até conduzir a uma “consulta prévia à autoridade de controlo” (Art.ºs 35.º, n.ºs 1 e 3, e 36.º).

Ou, agora como escreve OLGA STELMASHCHUK (2023), p. 58:

²² Assim, MANUEL DAVID MASSENO (2025), p. 5 – “a ênfase é posta na garantia de a IA ser mantida apenas como ferramenta de apoio à decisão judicial, sendo esta necessariamente humana, nem sequer a condicionando em termos determinantes”.

Num momento de ponderação legislativa, parece-nos que o regulamento optou essencialmente por um ponto de equilíbrio entre a contenção de certos usos ou finalidades de aplicação, considerando os efeitos que podem surgir sobre direitos fundamentais, e um quadro regulatório que fomente um desenvolvimento tecnológico responsável e, tanto quanto possível, seguro. Sendo explícito que não se trata de uma tecnologia totalmente inócua, é particularmente de saudar uma abordagem de cautela vertida na Proposta e focada numa qualificação gradual do risco dos sistemas de IA num cruzamento tripartido entre alguns fins específicos de aplicação, certas práticas e o risco de dano que delas pode resultar.

Apesar de todas as dificuldades interpretativas que suscita (que se deverão agravar ainda mais com a sua aplicação prática), afigura-se que a distinção efetuada pelo Regulamento IA é correta e poderá ser importante futuramente. Efetivamente, esta diferenciação de situações dá já pistas para o seu posterior desenvolvimento pelos legisladores nacionais e para os vários documentos de *soft law* que vêm surgindo, como cartas éticas ou códigos de conduta²³ e que se irão agora ainda mais multiplicar.

De qualquer modo e em qualquer intervenção legislativa relativa à aplicação da IA no sistema judicial, deve sempre atender-se, primacialmente, à Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente adotada pela CEPEJ (Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça) na sua 31.ª reunião plenária (Estrasburgo, 3 e 4 de dezembro de 2018)²⁴, bem como a outros textos e recomendações emanados de diversas outras entidades internacionais, como a ONU ou a OCDE.

Assim, concretizando o que consta dessa Carta Europeia de Ética, deverão ser observados sempre os seguintes princípios:

Princípio do respeito dos direitos fundamentais.

É importante que os vários direitos fundamentais, incluindo os novos direitos fundamentais, como os digitais, sejam respeitados e assegurados nos tribunais (evitando-se também a chamada ‘exclusão digital’, que não se pode estender ao acesso de todos aos tribunais), não podendo as ferramentas digitais servir como uma forma de os ultrapassar e postergar, deixando os cidadãos indefesos perante o Estado Digital, na sua vertente judicial.

A este respeito é preciso também ter cuidado, por exemplo, com o colocar de dados pessoais de processos judiciais em sistemas de IA privados e que os poderão utilizar

²³ Com o exemplo, entre nós, da “Carta Ética Para a utilização da Inteligência Artificial nos Tribunais Administrativos e Fiscais”, disponível em https://cstaf.info/wp-content/uploads/2025/03/T006_Carta_Etica_Draft-8.pdf, ou do “Código Ético Ibero-Americano para o Uso de Inteligência Artificial no Judiciário”, que pode ser consultado em <https://www.cumbrejudicial.org/sites/default/files/2025-05/C%C3%B3digo%20%C3%89tico%20Ibero-Americano%20para%20o%20Uso%20de%20IA%20%28PT%29.pdf>.

²⁴ Que está disponível em <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>.

ilegitimamente, não sendo aceitável que esses dados sejam utilizados pelos próprios julgadores para a elaboração de decisões sem que se assegure que não vai ocorrer essa divulgação e acesso ilegítimo por parte de terceiros.

Princípio da não discriminação.

As ferramentas digitais utilizadas devem respeitar o princípio da igualdade e a proibição da discriminação, o que é particularmente importante quando aos dados pessoais a que se recorre. Não se pode aceitar, por exemplo, que os sistemas de inteligência artificial discriminem de acordo com elementos cuja utilização é proibição (como o género, orientação sexual, religião, etc.) e reproduzam vieses estatísticos ou de outro tipo.

Princípio da qualidade e da segurança.

As ferramentas digitais utilizadas devem ser desenvolvidas de forma a que sejam aptas e adequadas para a finalidade pretendida (sempre com a participação efetiva dos magistrados que as vão utilizar, que deverão também receber formação inicial e contínua para o efeito).

Deve ser efetuada uma constante avaliação, auditoria e certificação e o correspondente aperfeiçoamento das ferramentas informáticas, devendo as mesmas ser seguras, evitando, por exemplo, intromissões ilegítimas nos dados ‘pessoalíssimos’ que constam dos processos judiciais.

Princípio da transparência, imparcialidade e equidade.

O funcionamento das ferramentas digitais deve ser absolutamente transparente, a nível dos dados de entrada, do seu processamento e dos resultados obtidos evitando, desde logo, os sistemas ‘opacos’ de IA (as chamadas ‘caixas negras’²⁵), permitindo aferir que dados foram utilizados e de que forma (o que também torna mais fácil a perceção de eventuais erros cometidos e a reapreciação judicial das respetivas decisões).

²⁵ Referindo MANUEL DAVID MASSENO (2024 II), pp. 8-9, que, quanto ao Regulamento IA, a “questão está nos sistemas que funcionam com base em caixas pretas , como ocorre com as redes neuronais, como os “Modelos de IA de finalidade geral”, nomeadamente os sistemas de IA generativa, não bastando as precauções aplicáveis aos de «risco sistémico» (Art.ºs 4.º 65) e 55.º), sendo que “nesses casos, falta a explicitação dos processos mentais cognitivos e volitivos subjacentes à fundamentação da decisão judicial, a qual é necessária para a sua legitimação e para o exercício do direito de recurso”.

De resto e embora não especificamente a este respeito (mas facilmente transponível para este âmbito)²⁶, tal foi já entendido pelo próprio Tribunal de Justiça da União Europeia no Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 21 de junho de 2022²⁷, proferido no processo C-817/19 – *Ligue des droits humains*, que acolheu, desde logo, as Conclusões do Advogado-Geral, em que consta, *inter alia*, o seguinte:

Em terceiro lugar, resulta tanto da redação do artigo 6.º, n.º 3, alínea b), da Diretiva PNR como do sistema de garantias que rodeia o tratamento automatizado dos dados PNR previsto pela Diretiva PNR que o funcionamento dos algoritmos utilizados no âmbito da análise prevista nesta disposição deve ser transparente e o resultado da sua aplicação deve ser rastreável. Este requisito de transparência não implica, evidentemente, que os «perfis» utilizados devam ser tornados públicos. Em contrapartida, exige que seja assegurada a identificabilidade da tomada de decisão algorítmica. Com efeito, por um lado, o requisito segundo o qual os critérios à luz dos quais esta análise deve ser efetuada devem ser «preestabelecidos» exclui que possam ser alterados sem intervenção humana e opõe-se, portanto, à utilização de tecnologias de inteligência artificial ditas de «*machine learning*», que, embora possam apresentar um grau de precisão mais elevado, são difíceis de interpretar, mesmo para os operadores que tenham procedido ao tratamento automatizado.

Por outro lado, a garantia enunciada no artigo 6.º, n.ºs 5 e 6, da Diretiva PNR, nos termos da qual qualquer resultado positivo obtido através do tratamento automatizado dos dados PNR efetuado nos termos do n.º 2, alínea a), deste artigo deve ser verificado individualmente por meios não automatizados, exige, para ser efetiva — no que respeita à análise prevista no artigo 6.º, n.º 3, alínea b), da Diretiva PNR — que seja possível compreender a razão pela qual o programa chegou a esse resultado, o que não pode ser assegurado, nomeadamente, quando são utilizados sistemas de autoaprendizagem. O mesmo se aplica à fiscalização da legalidade desta análise, incluindo no que respeita ao caráter não discriminatório dos resultados obtidos, que incumbe ao responsável pela proteção de dados e à autoridade nacional de controlo, nos termos, respetivamente, do artigo 6.º, n.º 7, da Diretiva PNR, e do artigo 15.º, n.º 3, alínea b), desta diretiva. A transparência do funcionamento dos algoritmos utilizados é igualmente uma condição necessária para permitir aos interessados exercer os seus direitos de reclamação, bem como o seu direito a um recurso jurisdicional efetivo.

As ferramentas digitais devem também assegurar, como é exigido constitucionalmente aos tribunais, a imparcialidade dos processos e das decisões finais tomadas e a própria equidade e justiça das mesmas.

É igualmente importante que os juízes, se recorrerem a ferramentas digitais, como a IA, disso deem nota nas próprias decisões. Esse uso (o mais transparente possível) deve, para já, limitar-se à realização de tarefas materiais (resumos, pesquisas, etc.) e não estender-se à própria fundamentação da matéria de facto, evitando-se, desde logo, que na tarefa mais essencial da 1.ª instância, seja a IA a fixar a matéria de facto provada e a elaborar a respetiva fundamentação.

²⁶ Sobre este acórdão, as conclusões que o antecederam e a sua importância, v. MANUEL DAVID MASSENO (2023), p. 10, escrevendo que a “questão prende-se com os sistemas de IA licitamente utilizáveis para decidir, a título definitivo, sobre os direitos e as liberdades dos seres humanos, embora não devamos ignorar os riscos de enviesamentos de origem algorítmica” e frisando também o acolhimento expresso, nessas conclusões, da *Recommendation CM/Rec(2021)8 of the Committee of Ministers to member States on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling*, que pode ser consultada em <https://rm.coe.int/0900001680a46147>.

²⁷ <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&td=ALL&num=C-817/19>, em que constam ligações para as conclusões a seguir citadas e para o posterior Acórdão.

Em última linha, a responsabilidade pelas decisões deve ser sempre do juiz que a assina, devendo o mesmo certificar que, mesmo tendo recorrido à IA (devendo ficar explícito que o fez e de que forma), a decisão final é integralmente revista e assumida totalmente como sua pelo julgador, que não se poderá refugiar, depois, em eventuais erros cometidos pela IA, que são, antes de mais, da sua inteira responsabilidade²⁸.

Princípio "sob controle do usuário".

As ferramentas digitais devem ser utilizadas sempre sob controle e supervisão de quem as efetivamente vai usar, o que, novamente, impedirá o recurso a ‘caixas negras’ e imporá que as ferramentas sejam desenvolvidas de acordo com as necessidades dos utilizadores e respeitarem as obrigações que lhes são impostas.

Novamente, não se pode aceitar que o julgador se demita das suas funções e sirva apenas como uma espécie de certificador do resultado obtido, de forma totalmente automática e acrítica, pelo sistema de IA.

Tendo em atenção estes princípios e o Regulamento IA (que, de resto e na sua interpretação mais razoável, afigura-se não conflitar com a Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente já citada), conclui-se, na síntese (apertada) de MANUEL DAVID MASSENO (2025), p. 7, que:

será lícita a utilização de sistemas de IA de apoio à decisão judicial [judiciária], após certificação e quando não se trate de uma “prática de IA proibida”, sempre e quando sejam sistemas lógico-simbólicos estruturados exclusiva e robustamente por programadores humanos, salvo se com uma relevância secundária, suscetível de afastar a aplicabilidade do regime relativo aos “sistemas de inteligência artificial de risco elevado” (Art.º 6.º n.º 3), ou se tais sistemas vierem a cumprir os requisitos exigidos para os “modelos de IA de finalidade geral com risco sistémico”, atendendo aos “efeitos negativos reais ou razoavelmente previsíveis [dos “modelos de IA de finalidade geral”] nos direitos fundamentais” (Art.ºs 3.º 65) e 51.º a 56.º, esclarecidos nos Considerandos (63) a (66), (97) e (110) a (120))

Conclusão

5.1 A Justiça Digital, que diz respeito à utilização judicial de ferramentas informáticas e de tecnologias de informação, incluindo a própria IA, deve ser sempre, antes de mais, Justiça, correspondendo a um modo justo de composição judicial dos

²⁸ Se antigamente era comum, no final dos despachos/sentenças, referir, no final que se tratava de “Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário”, parece-me que, agora e *verbi gratia*, deverá constar “Texto elaborado pelo seu subscritor com recurso a ferramentas informáticas, incluindo o seguinte sistema de Inteligência Artificial [...], utilizado na elaboração do relatório inicial, com o resumo das posições das partes e na pesquisa da legislação e jurisprudência relevante, integralmente revisto pelo signatário e da sua inteira responsabilidade”.

litígios substantivos. O Digital nunca pode ser, judicialmente, um fim em si mesmo, mas antes um ‘mero’ meio para que o sistema judicial funcione mais correta e eficazmente, não podendo servir para submeter e subordinar a outros interesses (ilegítimos) a administração da justiça nos tribunais.

Assim, em todas as alterações legais relativas à Justiça Digital, deverá sempre garantir-se, como decorrência da Constituição da República Portuguesa e do próprio direito internacional e da União Europeia, o respeito integral de uma série de princípios essenciais relativos ao sistema judicial (e normas relativas à sua estrutura e organização), como o princípio do juiz natural, o princípio da plenitude da assistência dos juízes, etc., e de novos direitos fundamentais²⁹.

Um exemplo muito relevante desses novos direitos é, por exemplo e como propugnado por JOHN TASIOLAS (2023), p. 14, o direito a uma decisão humana³⁰:

Pode ser que um aspeto do direito a uma decisão humana seja o direito de viver numa sociedade em que um número significativo de decisões consequentes está reservado aos seres humanos. A escolha exata das decisões a reservar pode ser, em grande medida, uma questão de decisão social, desde que sejam suficientes para evitar a perspetiva de um ambiente desumanizado em que os valores de explicabilidade, responsabilidade e solidariedade tenham sido reduzidos.

A este respeito podemos falar, talvez, de *judicialismo digital*, que, a exemplo, do constitucionalismo digital³¹, procura assegurar que a transformação digital da justiça não coloca em causa os valores e princípios essenciais a preservar em qualquer sistema judicial.

A digitalização judicial, particularmente com o recurso intensivo à IA, tem potencialidade para revolucionar positivamente a justiça, mas tem também ínsitos perigos vários para o Estado de Direito, sendo importante que os magistrados sejam muito exigentes perante os novos desafios suscitados pela utilização das tecnologias digitais e

²⁹ Neste mesmo sentido, escreve FERNANDO GALINDO AYUDA (2024), pp. 73-74, que “Tendo em conta o exposto, propõe-se não só promover a utilização de tecnologias de IA na aplicação judicial da lei, mas também realizar reformas adequadas das normas existentes e promover a promulgação de normas complementares precisas, tendo sempre em conta o que está previsto no sistema jurídico (Constituição e leis) e pelo Regulamento da IA aprovado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho”.

³⁰ Havendo domínios, como o criminal, em especial nos crimes mais graves, em que se afigura que será imprescindível que exista sempre este direito.

³¹ Como escrevem ANDRÉ KARAM TRINDADE/AMANDA ANTONELLO (2023), p. 8, “o constitucionalismo digital aparece – a nosso ver, como uma tendência, ou subcampo, como se explorará nas próximas seções –, apresentando-se como o conjunto de iniciativas que buscam garantir o exercício de direitos, legitimar normas de governança e estabelecer limites aos poderes privados no ambiente digital”

da própria IA, não se demitindo da responsabilidade que, em última linha, sempre lhes incumbe.

Deste modo, nas palavras de MARCO CARVALHO GONÇALVES (2022), p. 271

O desafio que se coloca presentemente é o de saber de que forma a inteligência artificial poderá garantir uma maior celeridade, eficiência e qualidade na administração da justiça, sem, contudo, colidir com as garantias jurídico-constitucionais que norteiam o acesso ao Direito e aos Tribunais.

Ou ainda, agora na voz de ANABELA MIRANDA RODRIGUES (2023), p. 229,

Não comungando eu de qualquer culto tecnófilo, julgo poder dizer que, por ora, quando se enumeram as realizações da IA e as suas finalidades, estamos relativamente equilibrados entre benefícios e malefícios.

Porém e como resulta do que escreve, muito criticamente, FERNANDO JOSÉ BRONZE (2022), pp. 293-294, com negrito adicionado, é preciso não entrar em excessivos entusiasmos ou deslumbramentos digitais:

Ilusões todas estas a que ainda acrescentarei a polarizada na euforia tecnológica: com os seus nós, que enlaçam, parece instituinte de “sociabilidade”; mas esta é apenas aparente – “[a] conexão digital não basta para lançar pontes [entre as pessoas], não é capaz de unir a humanidade”, subjaz-lhe “um falso espírito comunitário”, denunciador do “cisma” que se vai cavando “entre o indivíduo e a comunidade humana”. Ou, por mediação de uma analogia atrevida: se a impossibilidade de inferir o dever-ser do ser ficou conhecida como “falácia naturalística”, a ingenuidade (em última análise decorrente do menoscabo do *Gestell* heideggeriano) inspiradora da afirmação segundo a qual tem que valer *in vivo* o que se consegue fazer *in silico* (estes dois planos não passariam de plataformas de emergência distintos para realidades na substância... indistinguíveis) designá-las **ei falácia tecnocientífica**.

A digitalização da justiça pode, se não houver respeito pelos princípios essenciais e direitos fundamentais garantidos internacional e constitucionalmente, redundar numa redução da justiça a uma sombra digital e a uma verdadeira não justiça, devendo, assim, prosseguir-se rumo a um verdadeiro Estado de Direito, agora também Digital³², como igualmente resulta do próprio Regulamento IA que, nas palavras de FERNANDO GALINDO AYUDA (2025), p. 24, “expressa a necessidade de abordar uma conceção de ferramentas de IA que priorize a justiça e a equidade em detrimento da utilidade e da eficiência”.

³² JUAN CARLOS GALINDO VÁCHA (2025), p. 167, alude a uma “democracia digital” e refere que “Hoje existe um modelo político diferente, uma nova versão da democracia, produto não tanto das variações constitucionais, mas fruto de um grande desenvolvimento tecnológico que tem vindo ter impacto na vida social e política, abrindo novos cenários de participação das pessoas e gerando uma interação digital entre os diferentes atores, além dos diferentes benefícios gerados pela aplicação da tecnologia nos serviços do Estado”.

BIBLIOGRAFIA

- ALOIA, ANTONIO D' (2025), *Inteligencia Artificial, Derechos Fundamentales y Democracia*, <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/45030/32571>;
- BORGES, PATRÍCIA SOUSA (2022), *A utilização de Inteligência Artificial na Justiça aos olhos da proposta de Regulamento da União Europeia*, <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/80752/1/Ebook%20Inteligencia%20Artificial%20e%20Robotica.pdf>;
- BRONZE, FERNANDO JOSÉ (2022), *Nótula sobre uma efeméride que a pandemia quase ofuscou*, <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus/article/view/8117>;
- COELHO, NUNO (2023), Coord., *Agenda da Reforma da Justiça – Uma Reflexão Aberta e Alargada do Judiciário*, Almedina.
- ENGEL, CHRISTOPH/LINHARDT, LORENZ/SCHUBERT, MARCEL (2025), *Code is law: how COMPAS affects the way the judiciary handles the risk of recidivism*, <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-024-09389-8>;
- GALINDO AYUDA, FERNANDO (2024), *Judicial Justice and the European Regulation on Artificial Intelligence*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5063094;
- GALINDO AYUDA FERNANDO (2025), *Literacy, Judicial Justice and Artificial Intelligence*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5130279;
- GALINDO VÁCHA, JUAN CARLOS (2025), *La Inteligencia Artificial (IA) en el marco de la Democracia Digital*, <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/44745/32183>;
- GARZA ULLOA, JORGE (2024), *Artificial Intelligence: Predictive vs Generative vs New Mixing AI*, <https://biomedgrid.com/fulltext/volume22/artificial-intelligence-predictive-vs-generative-vs-new-mixing-ai.002973.php>;
- GONÇALVES, MARCO CARVALHO (2022), *Inteligência Artificial e Processo Judicial, Em busca da celeridade, da eficiência e da qualidade da justiça*, <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/80752/1/Ebook%20Inteligencia%20Artificial%20e%20Robotica.pdf>;
- LEVANO, JESSIE (2024), *Predictive Policing in the AI Act: meaningful ban or paper tiger?*, <https://www.europeanlawblog.eu/pub/tbgfjobj/release/1>;
- MANUEL DAVID MASSENO (2023), *Da revisibilidade [humana] das decisões automatizadas depois do Acórdão Ligue des droits humains do Tribunal de Justiça da*

https://www.academia.edu/attachments/108902155/download_file?s=portfolio;

- MASSENO, MANUEL DAVID (2024 I), *Das] Práticas proibidas de IA, depois do 'Regulamento da Inteligência Artificial' da União Europeia*, https://www.academia.edu/125755856/_Das_Pr%C3%A1ticas_proibidas_de_IA_depois_do_Regulamento_da_Intelig%C3%Aancia_Artificial_da_Uni%C3%A3o_Europeia;

- MASSENO, MANUEL DAVID (2024 II), *'DE IVRE CONDITO': a decisão judicial no Regulamento da IA alguns apontamentos para o debate*, https://www.academia.edu/125924822/DE_IVRE_CONDITO_a_decis%C3%A3o_judicial_no_Regulamento_da_IA_alguns_apontamentos_para_o_debate?email_work_card=view-paper;

- MASSENO, MANUEL DAVID (2025) *Da Justiça no Regulamento da IA da União Europeia*, https://www.academia.edu/130350079/DA_Justi%C3%A7a_no_Regulamento_da_IA_d_a_Uni%C3%A3o_Europeia;

- OLIVEIRA, ARLINDO (2019), *Inteligência Artificial*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos;

- PEREIRA, LUÍS MONIZ (2003), *Inteligência Artificial – Mito e Ciência*, p. 2, consultado em https://www.researchgate.net/profile/Luis-Pereira-25/publication/237130636_Inteligencia_Artificial_Mito_e_Ciencia/links/00463527ca46b52079000000/Inteligencia-Artificial-Mito-e-Ciencia.pdf;

- RODRIGUES, ANABELA MIRANDA (2023), *Justiça penal e inteligência artificial – a (nossa) opção entre uma justiça fitness e uma justiça fair*, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8857599.pdf>;

- SILVA, MARCO ANTÓNIO MARQUES DA/PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ (2020), *A Inteligência Artificial na Era Global Digital desafia o Direito e responsabiliza os juristas*, https://www.iuris.edu.pt/xms/files/Cyberlaw-by-CIJIC_10.pdf;

- STELMASHCHUK, OLGA (2023), *Algoritmos Preditivos Na Justiça Penal – Uma análise à luz do Novo Regulamento da União Europeia sobre a Inteligência Artificial*, https://estudogeral.uc.pt/retrieve/265913/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Olga%20Stelmashchuk.pdf;

- TASIOULAS, JOHN (2023), *A Human Right to a Human Decision*, https://www.academia.edu/116775511/A_Human_Right_to_a_Human_Decision;

- TRINDADE, ANDRÉ KARAM/ANTONELO, AMANDA (2023), *Constitucionalismo digital: um convidado (in)esperado*, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9013782.pdf>;
- TURING, A. M (1950), *Computing machinery and intelligence*, <https://courses.cs.umbc.edu/471/papers/turing.pdf>;
- VEIGA, RUI/PIRES, CRISTINA CADETE (2018), *Perceção do impacto da inteligência artificial em contexto ocupacional*, <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/29226/1/2018%20Impact%20of%20artificial%20intelligence%20on%20the%20workplace.pdf>.

AGRADECIMENTO

A todos quantos participaram neste evento acadêmico, independentemente do título a que o fizeram, apresentamos o nosso Bem-haja.

Este “*JEAN MONNET MODULE “EUROPEAN UNION'S POLITICAL STATEMENT ON HUMAN RIGHTS IN THE AGE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE” - I VOLUME*” existiu, apenas e só, por ter sido possível cada uma dessas participações.

Os Coordenadores / koordynatorzy / Coordenadores / Coordinators
Professores: Ana Campina – Carlos Rodrigues - Arkadiusz Modrzejewski - Pedro T. Nevado

155

APPRECIATION

To all those who took part in this academic event, regardless of their role, please accept our congratulations.

This “*JEAN MONNET MODULE “EUROPEAN UNION'S POLITICAL STATEMENT ON HUMAN RIGHTS IN THE AGE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE” - I VOLUME*”, was possible, solely and only, because each of your participations.

Os Coordenadores / koordynatorzy / Coordenadores / Coordinators
Professores: Ana Campina – Carlos Rodrigues - Arkadiusz Modrzejewski - Pedro T. Nevado

SHORT BIO / CV

ANA CAMPINA

PhD in Law | PhD in Human Rights | Political Scientist | Expert in International Relations | FCHS – UFP University Fernando Pessoa Professor | Coordination Postdoctoral Fellowship “*Human Rights in the Digital Age*” UFP - <https://www.ufp.pt/ufp-lanca-novo-pos-doutoramento-em-direitos-humanos-na-era-digital/> | Coordinator 1st SC Political Science and International Relations UFP [ciencia-politica-e-relacoes-internacionais](https://www.ufp.pt/ciencia-politica-e-relacoes-internacionais) | MODULE JEAN MONNET UFP “*European Union's political statement on Human Rights in the age of Artificial Intelligence*” Co-coordinator <https://jeanmonnetmodule.ufp.edu.pt/> | OCEAN - CoE – Open Council of Europe Academic Networks - Member | COST – European Cooperation of Science & Technology - External Expert | High Commission of IKSAD Institute (Turkey) Member | Member of Politic Observatory (PO) - Portugal | Lecturer of Gonçalves Dias Chair (BR) Editor-in-Chief International Journal of New Trends in Social Sciences (IJSS) | Editor Board Journal European Journal of Transformation Studies | Editorial Advisory Board of Law ADJURIS – International Academic Publisher | Co-Topic Editor Frontiers in Political Science “*Human Rights and Artificial Intelligence*” - <https://www.frontiersin.org/research-topics/67791/human-rights-and-artificial-intelligence>

156

ANTÓNIO TAVARES

Doutor em Ciência Política, Relações Internacionais e Cidadania, é Licenciado em Direito.

Gestor de empresas e Professor Universitário.

Presidente da Mesa da Assembleia Geral do Montepio Geral

Presidente do Conselho Fiscal da Real Seguros SÁ

Presidente do Conselho Fiscal da Patris SÁ

Presidente do Conselho Fiscal da União das misericórdias Portuguesas

Provedor da Santa Casa da Misericórdia do Porto

Professor Auxiliar na Universidade Lusófona Centro Universitário do Porto

Presidente da Mesa da Assembleia Geral do FC Porto

Diretor da Associação Amigos do Coliseu do Porto

ARKADIUSZ MODRZEJEWSKI

Is an experienced scholar, professor and director of Institute of Political Science at the University of Gdansk, Poland. He was also a professor at the Vasil' Stus Donetsk National University in Vinnitsya, Ukraine. He is a political philosopher specializing in issues of European identity, universalistic political philosophy, political ideologies, and currently in populism in the current Poland. He was a founder and editor-in-chief of European Journal of Transformation Studies indexed in Web of Science. He is an author of books, articles, and, contributions. He coordinated the Polish part of the project “Civil Society Development for Participatory Democracy in Shida Kartli Region”. He was a visiting lecturer at various universities, e.g. Bowling Green State University, USA, Tbilisi State University, Georgia, Comenius University in Bratislava, Slovakia, Federico II Naples University, Italy, Eszterhazy University in Eger, Hungary. He is a member of various academic and editorial boards.

CARLOS RODRIGUES

PhD European Tax Law; Associate Invited Professor in University Fernando Pessoa; University Professor in Law; Coordination Postdoctoral Fellowship “Human Rights in the Digital Age”; MODULE Jean Monnet UFP Coordination; Researcher CEPES – Centro de Estudos da População, Economia e Sociedade, Researcher FP-I3ID – Instituto de Investigação, Inovação e Desenvolvimento da Universidade Fernando Pessoa; Researcher CIGG – Centro de Investigación para la Gobernanza Global de USAL; SVTFaculdade Visiting Professor SVTFaculdade (Brazil); Lecturer of Gonçalves Dias Chair (BR); Ex-Principal Advisor Tax and Customs Authority; Legal Consultant; Frontiers in Political Science, Co-Topic Editor “Human Rights and Artificial Intelligence”; Editor-in-Chief Global Journal of Sociology: Current Issues (GJSOC); Member do OCEAN-CoE – Open Council of Europe Academic Networks; Member of High Commission of IKSAD Institute; COST – European Cooperation of Science & Technology - External Expert.

157

JOÃO PACHECO DE AMORIM

Doutor em Direito Público pela FDUC e Professor Associado com Agregação da FDUP e da Universidade Lusíada, casas onde rege hoje as disciplinas de Direito Administrativo, Direito Administrativo Europeu, Contratos Públicos e Direito Económico. Com extensa obra nestas áreas, tem 10 livros editados e 90 trabalhos publicados em revistas e obras coletivas, e orador em mais de 100 colóquios científicos realizados no país e no estrangeiro.

Advogado Especialista em Direito Administrativo (título da Ordem dos Advogados) sócio principal da «PA Advogados» (Porto); dedica-se também à arbitragem administrativa.

JOÃO TAVARES

PhD candidate in International Relations at NOVA FCSH. Since 2023, is Assistant at Faculty of Law and Political Science of Lusófona University - Oporto University Center and Associated Researcher at CEAD Francisco Suárez. From his published work, he is the author of Franco Nogueira e a política externa portuguesa do Estado Novo (Editora d'Ideias, Coimbra, 2023).

JOAQUIM OLIVEIRA MARTINS

Juiz de Direito e Assessor no Tribunal Constitucional

Licenciado em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais (Pré-Bolonha) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tendo recebido o Prémio Doutor Guilherme Moreira para o melhor trabalho apresentado por um aluno. É Juiz de Direito e foi Árbitro Presidente do Tribunal Arbitral constituído no âmbito da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, sendo atualmente, em comissão de serviço, Assessor no Tribunal Constitucional, bem como autor dos livros "O Crime de Dano e o Património Cultural - A Criminalidade Patrimonial e os Bens Culturais", "Código do Processo de Trabalho Anotado e Comentado", co-autor dos livros "Inteligência Artificial nas Relações de Trabalho", volumes I e II, publicados no Brasil, do Capítulo "Justiça Digital e Inteligência Artificial nos Tribunais" do livro "Agenda da Reforma da Justiça - Uma

Reflexão Aberta e Alargada do Judiciário", e de múltiplos artigos científicos, mormente nas áreas do Direito do Trabalho, do Direito Penal, do Direito Constitucional e da Justiça Digital/Inteligência Artificial.

LUIS BORGES GOUVEIA

Full Professor at Fernando Pessoa University. PhD in Computer Science from the University of Lancaster, United Kingdom, and Master's degree in Electronic and Computer Engineering from the Faculty of Engineering of the University of Porto (UP). He also has a habilitation in Industrial Engineering and Management from the University of Aveiro, and a post doctorate in Information Science from UP. Researcher at the Information, Communication and Digital Culture Group, CITCEM, UP, and collaborator within the Artificial Intelligence and Computer Science Laboratory, LIACC, UP. His interests are the digital and how to explore its potential to improve human activity. Currently working on the use and exploration of artificial intelligence impact on ongoing digital transformation both in individuals and organizations. Since 2008, he has been a national defense advisor and regularly collaborates with the Portuguese National Defense Institute (IDN-PT).

158

MARÍA DÍAZ DÍAZ

Funcionaria del Excmo. Ayuntamiento de Almendralejo (Badajoz). Doctora en Derecho (Universidad de Salamanca), Licenciada en Derecho (Universidad de Salamanca), Máster en Práctica Jurídica (Universidad de Salamanca), Máster en Contratación Pública (Universidad de Deusto), Master en Tributación y Asesoría Fiscal (Instituto de Derecho y Empresa). Mi trayectoria profesional se ha desarrollado en la Administración local como funcionaria de carrera en las áreas de atención integral al ciudadano y patrimonio público. Actividad docente en estudios de grado y posgrado, vinculada a diferentes instituciones públicas y privadas tanto nacionales como internacionales. Autora de una monografía sobre responsabilidad y procedimiento administrativo, así como diversos artículos en revistas especializadas.

PEDRO T. NEVADO

Profesor Titular de la Universidad de Salamanca, director del Programa de Doctorado Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca. Es Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca y diplomado en Defensa Nacional por la Escuela de Altos Estudios de la Defensa. Doctor por Salamanca. Tiene una amplia actividad docente tanto en universidades nacionales como en iberoamericanas. Ha desempeñado diferentes cargos institucionales, tales como: director del Centro de Investigación para la Gobernanza Global, Miembro del Comité de Ética Pública de Castilla y León, Consejero de Administración Pública del Gobierno de Extremadura, Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado del grupo de empresas GPEX, Presidente del Consejo Consultivo de Extremadura y del Tribunal de Recursos Contractuales de Extremadura. Investigador principal en diversos proyectos de investigación y en contratos de transferencia de resultados. Es miembro del Grupo de Estudio contra la Corrupción (USAL) y miembro del Grupo de Investigación en Derecho Público y del Observatorio de Derecho Militar de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Asimismo, también ha participado y redactado distintos procesos legislativos y elaboración normativa.

