

08

MAIO/AGO 2023

Vol. 03 Nº 08

ISSN 2763-6216

Coordenadores

Cesar Luiz de Oliveira Janoti

Édson Luís Baldan

Oswaldo Henrique Duek Marques

Rodrigo Murad do Prado

Conselho Editorial

Aldo Botana Menezes

Alice Bianchini

Ana Celeste Cardoso Januário (Luanda)

André Lamas Leite (Portugal)

André Vinícius Espírito Santo de Almeida

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Carolina Alves de Souza Lima

Celeste Leite dos Santos

Cesar Barros Leal

Cícero Robson Coimbra Neves

Claudio Brandão

Eduardo Del Campo

Elio Lo Monte (Itália)

Ester Kosovski

Fernando Antunes Soubhia

Fernando de Almeida Pedrosa

Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedrosa

Flávia Chaves Nascimento Brandão Penna

Francesco Schiaffo (Itália)

Gustavo Noronha de Ávila

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Javier Llobet Rodríguez (Costa Rica)

João Mestieri

John Zuluaga (Alemanha)

Juarez Cirino dos Santos

Juliano de Oliveira Leonel

Lean Antônio Ferreira de Araújo

Luciano de Freitas Santoro

Marcus Alan de Melo Gomes

Matías Bailone (Argentina)

Oswaldo Giacoia Júnior

Paulo Henrique Aranda Fuller

Raúl Cervini

Regina Helena F. Fortes-Furtado (Espanha)

Ricardo Alves Krug

Rogelio Barba Álvarez (México)

Ryanna Pala Veras

Sacha Darke (Inglaterra)

Silvio Luís Ferreira da Rocha

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Waldir Severiano de Medeiros Júnior

Revista LEX de

Criminologia & Vitimologia

LEX
EDITORIA

Revista LEX de **Criminologia & Vitimologia**

Editores

Antônio Carlos Schultz

Zilá T. Miorelli

Coordenadores da Revista

Cesar Luiz de Oliveira Janoti

Édson Luís Baldan

Oswaldo Henrique Duek Marques

Rodrigo Murad do Prado

Conselho Editorial

Aldo Botana Menezes	Alice Bianchini
Ana Celeste Cardoso Januário (Luanda)	André Lamas Leite (Portugal)
André Vinícius Espírito Santo de Almeida	Antonio Henrique Graciano Suxberger
Carlos Eduardo Adriano Japiassú	Carolina Alves de Souza Lima
Celeste Leite dos Santos	Cesar Barros Leal
Cícero Robson Coimbra Neves	Claudio Brandão
Eduardo Del Campo	Elio Lo Monte (Itália)
Ester Kosovski	Fernando Antunes Soubhia
Fernando de Almeida Pedroso	Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso
Flávia Chaves Nascimento Brandão Penna	Francesco Schiaffo (Itália)
Gustavo Noronha de Ávila	Gustavo Octaviano Diniz Junqueira
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho	Javier Llobet Rodríguez (Costa Rica)
João Mestieri	John Zuluaga (Alemanha)
Juarez Cirino dos Santos	Juliano de Oliveira Leonel
Lean Antônio Ferreira de Araújo	Luciano de Freitas Santoro
Marcus Alan de Melo Gomes	Matías Bailone (Argentina)
Oswaldo Giacoia Júnior	Paulo Henrique Aranda Fuller
Raúl Cervini	Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado (Espanha)
Ricardo Alves Krug	Rogelio Barba Álvarez (México)
Ryanna Pala Veras	Sacha Darke (Inglaterra)
Silvio Luís Ferreira da Rocha	Valerio de Oliveira Mazzuoli
Waldir Severiano de Medeiros Júnior	

Ano III - nº 8
maio/ago. 2023

LEX
E D I T O R A

REVISTA LEX DE CRIMINOLOGIA & VITIMOLOGIA

Publicação quadrimestral da LEX Editora S/A, à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

Os conceitos emitidos nos trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores.

Artigos podem ser encaminhados via site (<http://www.lex.com.br/enviar-doutrina>).

Publicação com distribuição em todo o território nacional.

Tiragem: 3.000 exemplares

Revista LEX de Criminologia & Vitimologia

v. 8 (maio/ago. 2023)-.– Porto Alegre: LEX, 2021

- Quadrimestral. Coordenação: Cesar Luiz de Oliveira Janoti, Édson Luís Baldan, Oswaldo Henrique Duek Marques e Rodrigo Murad do Prado

ISSN 2763-6216

1. Direito Penal – Criminologia – Periódico. 2. Direito Penal – Vitimologia – Periódico.

CDU 343.9(05)

CDU 343.988(05)

Catálogo na publicação: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

LEX Editora S/A

Diretora: Marlene Imhoff

Rua 18 de Novembro, 423

Porto Alegre/RS - CEP 90240-040

www.lex.com.br

sac@lex.com.br

Serviço de Atendimento: 51 3191-3033

SUMÁRIO

Apresentação	5
--------------------	---

Doutrina Nacional

Com Schopenhauer, para além de Schopenhauer: as virtudes, as limitações e as potencialidades garantistas da justiça penal schopenhaueriana

<i>Waldir Severiano de Medeiros Júnior</i>	7
--	---

Recrudescimento do direito penal como reflexo da cultura do medo: uma análise sob a perspectiva do estado democrático de direito brasileiro

<i>Américo Bedê Freire Junior, Eduardo Domingues Rezende e Raissa Macedo Peçanha da Fraga</i>	45
---	----

A impunidade nos crimes sexuais intrafamiliares decorrentes do perfil estigmatizado do criminoso sexual

<i>Larissa Dalzotto Kunast e Nara Luiza Valente</i>	61
---	----

Seletividade penal sob a égide da Lei de Drogas: aplicabilidade da Lei 11.343/06 em um contexto socioracialmente desigual

<i>Lícia Jocilene das Neves e Bruna Fernandes Abineder Ferreira</i>	85
---	----

A educação prisional como direito humano para a recuperação de detentos no Brasil

<i>Benigno Núñez Novo</i>	109
---------------------------------	-----

Doutrina Estrangeira

El sexting secundario en el ordenamiento jurídico español: ¿una forma de violencia de género?

<i>Sonia Victoria Villa Sieiro</i>	123
--	-----

Prevenção policial e inteligência artificial no “direito penal da (pós-)modernidade”

<i>André Lamas Leite</i>	167
--------------------------------	-----

Análisis dogmático del tipo penal de torturas en la Argentina a través del fallo FLP
60000615/2007/TO1 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de La Plata
Gabriel Horacio Gómez Benítez187

Diretrizes para submissão de artigos doutrinários203

APRESENTAÇÃO

Temos a satisfação de apresentar o oitavo número da *Revista LEX de Criminologia & Vitimologia (RLCV)*, publicada em formato físico e eletrônico pela LEX Editora, destinada à produção científica, ao estímulo do debate técnico e à divulgação de estudos sobre Criminologia e Vitimologia.

A Criminologia, na sua perspectiva contemporânea, como instância explicativa do fenômeno criminal, destina-se ao estudo interdisciplinar do crime, do infrator, da vítima e das diversas formas de controle social. A Vitimologia, na sua visão atual, não se limita à análise da vítima no âmbito criminal e passa a abranger, também, em seu campo de pesquisa, todas as espécies de vitimização, inclusive as decorrentes de acidentes ou de catástrofes naturais, razão pela qual tanto está inserida nos estudos da Criminologia, quanto pode ser considerada uma ciência autônoma.

Por englobarem estudos interdisciplinares, a Criminologia e a Vitimologia possuem vinculação com outras disciplinas, como a Psiquiatria, a Psicanálise, o Direito, a Sociologia, a Política Criminal, a Assistência Social, a Economia, a Estatística, a Ciência Política, a Antropologia etc., motivo pelo qual pretendemos contar com a publicação de artigos de autores nacionais e estrangeiros de diversas áreas do conhecimento.

Waldir Severiano de Medeiros Júnior abre a sequência de artigos deste número com o texto *Com Schopenhauer, para além de Schopenhauer: as virtudes, as limitações e as potencialidades garantistas da justiça penal schopenhaueriana*, no qual desenvolve uma releitura crítica tanto da teoria schopenhaueriana da justiça penal quanto da justiça penal de praxe.

A seguir, Américo Bedê Freire Junior, Eduardo Domingues Rezende e Raíssa Macedo Peçanha da Fraga, em *Recrudescimento do direito penal como reflexo da cultura do medo: uma análise sob a perspectiva do estado democrático de direito brasileiro*, nos mostram se o recrudescimento do direito penal vivido no Brasil, sobretudo em decorrência da disseminação da cultura do medo, é compatível com os ideais de um Estado Democrático de Direito.

No artigo *A impunidade nos crimes sexuais intrafamiliares decorrentes do perfil estigmatizado do criminoso sexual*, Nara Luiza Valente e Larissa Dalzotto Kunast analisam o elo entre a criação de um estigma ao criminoso sexual e a impunidade dos crimes sexuais ocorridos dentro do núcleo familiar do infante.

Lícia Jocilene das Neves e Bruna Fernandes Abineder Ferreira, por sua vez, no texto *Seletividade penal sob a égide da Lei de Drogas: aplicabilidade da Lei 11.343/06*

em um contexto *socioracialmente desigual*, analisam a referida legislação em seus aspectos normativos, valorativos, sociais e políticos, construídos historicamente, e a sua contribuição para a ratificação de um sistema de justiça seletivo, excludente e racista.

Na sequência, no escrito *A educação prisional como direito humano para a recuperação de detentos no Brasil*, Benigno Núñez Novo desenvolve uma análise sobre a educação prisional como direito humano para a recuperação de detentos no Brasil.

Na parte destinada à *Doutrina Estrangeira*, a jurista da Espanha Sonia Victoria Villa Sieiro nos apresenta seu texto intitulado *El sexting secundario en el ordenamiento jurídico español*, no qual indaga se o “sexting secundario” seria uma forma de violência de gênero.

Já o jurista português André Lamas Leite discorre sobre a *Prevenção policial e inteligência artificial no direito penal da (pós-)modernidade*, no qual questiona, entre outras questões relevantes, se as sanções impostas no Direito Penal seriam uma forma de prevenção policial.

Finalmente, o jurista argentino Gabriel Horacio Gómez Benítez apresenta uma *Análisis dogmático del tipo penal de torturas en la Argentina a través del fallo FLP 60000615/2007/TO1 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de La Plata*.

Como coordenadores desta Revista, esperamos que ela seja um periódico de excelência na Criminologia e na Vitimologia para os interessados em seus temas nas diversas áreas do conhecimento.

Cesar Luiz de Oliveira Janoti

Édson Luís Baldan

Oswaldo Henrique Duek Marques

Rodrigo Murad do Prado

PREVENÇÃO POLICIAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO “DIREITO PENAL DA (PÓS-)MODERNIDADE”

André Lamas Leite

Doutor em Direito (Ciências Jurídico-Criminais). Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal). Investigador integrado do CJS (Centro de Investigação Interdisciplinar sobre Crime, Justiça e Segurança) da FDUP.

Endereço eletrónico: aleite@direito.up.pt

RESUMO: No que alguns consideram ser uma “(pós-)modernidade tardia”, como Bauman, há determinados caracteres, sobretudo do Direito Penal material, que assomem como realidades inexoráveis. Dois deles são a quase substituição da intervenção criminal como tutela fragmentária de bens jurídicos pela ideia de “prevenção policial” e o funcionamento, actual e futuro, de sistemas de inteligência artificial, que também estão ao serviço da primeira e cujas dificuldades de concatenação com os habituais quadro político-criminais e dogmáticos são assinaláveis.

PALAVRAS-CHAVE: Prevenção policial. Crimes de perigo. Inteligência artificial. Culpabilidade.

I. Cada vez mais se vai falando de uma “prevenção policial” como uma das finalidades do Direito Penal ou mesmo das sanções criminais que ele aplica.¹

Note-se que se não trata de qualquer ligação à teoria criminológica da “prevenção situacional”, que encontra, p. ex., na teoria das “broken windows” um seu exemplo, mas sim de saber se, para além das habituais concepções utilitárias ou relativas a propósito das finalidades das reacções criminais, deve ou não considerar-se uma outra doutrina que, visando agir sobretudo sobre a comunidade no seu conjunto – sendo, assim, de influxo preventivo-geral –, o faz por via de uma intensificação dos meios de controlo social formal que, com base no desenvolvimento tecnológico hodierno, comporta um conjunto de soluções de largo espectro, até hoje impensáveis. Não se trata de colocar um polícia em cada esquina, mas sim, como já hoje sucede, multiplicar as câmaras de vigilância

¹ Em perspectiva sociológica, CUNHA, Manuela Ivone. *Criminalidade e segurança*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019.

nas cidades, diminuindo até a presença física dos policiais, assim transmitindo uma falsa sensação de menor intromissão na vida dos cidadãos. Aliás, a verdadeira prevenção policial, como qualquer sistema que deseje funcionar, tem sempre de conseguir cativar a simpatia dos cidadãos aos quais se aplica, mascarando a realidade de modo a docilizar as massas. Isso e toda uma panóplia de sistemas de supervisão intensiva baseados nas tecnologias da informação e da comunicação, em sistemas informáticos avançados e, como veremos, na inteligência artificial (doravante, IA), tornariam a intervenção penal omnipresente, se bem que esta mesma ideia pode encerrar, em si mesma, um paradoxo: se a vigilância é tanta e os mecanismos preventivos da ocorrência de crimes forem tão desenvolvidos, então poder-se-ia esperar uma diminuição do *work-flow* penal. A História, porém, não nos tem ensinado isso, nem a Criminologia: é de todos conhecido o efeito *net-widening* – à medida que o controlo societal é maior, em especial o formal, mais comportamentos com relevância para a *déviance* em geral são trazidos para dentro do sistema, aumentando, assim, a “rede” da sua intervenção. Um nível adequado de desconhecimento das instâncias formais de controlo em relação a crimes e incivilidades² é essencial a que o Direito Penal possa operar sem entrar em colapso. Ou dito de outro modo muito simples: cada sociedade deve poder suportar um certo nível de comportamentos violadores das normas jurídicas e de outras ordens sociais sem que tal importe uma implosão da sua coesão societal, porquanto um conhecimento omnívoro como tantos desejam, pura e simplesmente não é exequível. Ora, também não tem nada de novo afirmar-se que o pior que se pode fazer a qualquer norma é criá-la e não assegurar meios eficazes para o seu funcionamento, descontando sempre um certo número “benigno” de hipóteses de *déviance*. Tal como a saúde, também no crime, a sociedade, como os indivíduos, deve estar em condições de suportar um certo nível de criminalidade sem a intervenção das instâncias formais (ou, no caso da saúde, sem a intervenção de profissionais especializados).

Aproximando-nos agora de um conceito mais técnico do que seja a dita “prevenção policial”, ou uma “prevenção de *gendarmérie*”, como gostamos de a designar, quer-se com qualquer das expressões significar que a moderna tutela de bens jurídicos se vem fazendo, desde cerca do final da 2ª Guerra Mundial, por intermédio de uma antecipação, de que os crimes de perigo – em especial abstracto – são apenas um exemplo, mas também da transformação de vários actos preparatórios – em regra não puníveis – em verdadeiros tipos legais delituosos, com o cortejo de conhecidas dificuldades na distinção entre o que é lícito e ilícito na normal actividade humana e com a questão de saber se se não estará a enveredar por uma tutela tão afastada da simples colocação em risco de bens jurídicos que, em boa verdade, o nosso ramo de Direito já não protege bens jurídicos.

² Sobre o tema, de grande interesse, HARCOURT, Bernard. *L'illusion de l'ordre*. Incivilités et violences urbaines: tolérance zéro? Paris: Descartes, 2006.

Se assim for, que protegerá ele? Situações da vida social que se entende deverem ter relevância jurídica, que continuam ligadas a valores ou interesses, que têm na Constituição um reflexo, que concretizam, mas em que a intervenção como tutela de *ultima ratio* se vai perdendo ou já se perdeu mesmo, a favor de uma outra de *prima ratio* ou próxima.

Não pareceria que daqui adviesse grande mal em termos de política criminal ou de dogmática jurídico-penal. Todavia, assim não é, porquanto – e já sem falar no dito “Direito Penal mínimo” da chamada “Escola de Frankfurt”,³ com Hassemer como *caput scholæ* – é um dos mais lídimos princípios da intervenção do Direito Penal que se perde ou, pelo menos, pode estar em perigo de ser vulnerada: a sua intervenção proporcional à gravidade da acção e das suas consequências em termos de danosidade social capazes de poderem ser traduzidas num concreto bem jurídico.

Por outro lado, deste movimento parece ainda que, por via de uma tal antecipação, é o próprio conceito de comportamento humano como base da construção do conceito material de crime que se vai perdendo, a favor daqueles que defendem a sua eliminação e que o verdadeiro primeiro patamar do que seja um crime é o tipo-de-ilícito ou ilícito-típico. E dizemo-lo, obviamente, não porque, no plano do acontecer sensível do humano, não haja uma “manifestação consciente da vida da pessoa”, na célebre formulação de Beling,⁴ mas sim que esta, na sua intrínseca dissecação se afaste tanto do que possa ter uma simples aparência de ilicitude que se não consiga já divisar uma acção destinada a ser tutelada pelo Direito Penal. Aqui, aceitamos a construção welzeliana⁵ segundo a qual cada uma das manifestações conscientes da vida humana é dirigida a um concreto sentido, ou seja, só há verdadeira acção como conceito técnico-jurídico quando ele reflecte uma finalidade antecipável pela vontade e pela inteligência humanas. Que é, por rectas contas, o que em nossa perspectiva sobra do conceito finalista de acção e que continua a iluminar de sentido a dogmática jurídico-criminal.

Acresce que, como sempre acontece em qualquer fenómeno em que haja um afastamento cada vez maior da realidade sobre a qual este actua e pretende regular, em maior ou menor medida, as regulações por si segregadas correm o sério risco de estarem tão descarnadas da realidade dos seres vivos de carne e osso, que estes apenas encarem essas formulações como algo vazio de sentido e, por isso, como uma espécie de “luxo

³ HASSEMER, Winfried (Hrsg.). *Strafrechtspolitik: bedingungen der strafrechtsreform*. Frankfurt am Main et al.: Peter Lang, 1987.

⁴ Para uma actualização dos seus ensinamentos, também no domínio da acção, KINDHÄUSER, Urs. Zur tatbestandslehre Ernst Belings. Versuch einer rekonstruktion. In: ROSTALSKI, Frauke (Hrsg.). *Grundlagen und konzepte des strafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2021. p. 85-110.

⁵ WELZEL, Hans. *Um die finale handlungslehre*. Eine auseinandersetzung mit ihren kritikern. Tübingen: Mohr, 1949.

intelectual”, como uma elucubração que pode ser digna de admiração, mas que nada de relevante traz para a vida quotidiana. Aqui devem soar todos os alarmes do nosso ramo de Direito, pois se é exacto que todo o Direito nada mais é que uma construção do génio humano, também o é que ele vive e perdura por existir uma adesão dos cidadãos a esse mesmo conjunto de convenções. Se essa adesão é inexistente ou assume níveis percentuais muito baixos, deixa de haver condições para o Direito Criminal se aplicar, não sendo mesmo de descartar a hipótese de os cidadãos oporem ao cumprimento do comando da norma um verdadeiro direito de resistência, previsto, em Portugal, no art. 21º da sua Constituição.

A prevenção policial de que se falava arrisca a ser um dos traços mais salientes da política criminal, depois com reflexos dogmáticos e até mesmo na concepção de Estado em que vivemos. Vejamos este último ponto: por via dos artigos 1º e 2º da Lei Fundamental lusa, optou a comunidade organizada em Estado (entendido em termos modernos, recolhidos na lição de Bodin⁶) por se constituir sob a forma de um Estado de Direito democrático e social. Nele não há espaço, desde logo, por via da proporcionalidade (art. 18º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP) e até, a nosso ver, pelo “livre desenvolvimento da personalidade humana” (art. 26º, nº 1, da Constituição), para um Estado policial, securitário, preventivo ou preemptivo, em que seja tarefa fundamental do próprio Estado uma tutela tão antecipada de bens jurídicos dos variados ramos em que se divide o Direito.

No entanto, como todos sabemos, sensivelmente com a *war on terror*, antecedida da *war on crime* e da *war on drugs* (esta última típica do eixo conservador transatlântico Reagan/Thatcher, depois recuperada pela dita *third way*, dita de esquerda (ou de puro centro), como com Blair, inspirado nos ensinamentos de Giddens,⁷ sob as vestes de *tough on crime, tough on the causes of crime*), afirmada no pós 11 de setembro, as sociedades democráticas ocidentais vêm trocando a liberdade e os seus direitos fundamentais por uma maior e mais musculada intervenção do Estado,⁸ a favor da segurança (que, segundo cremos, será mais uma “segurança subjectiva” que “objectiva”, como nos ensina a Criminologia). Tal é cada vez mais evidente desde logo na própria terminologia das “leis de luta contra o terrorismo, contra o tráfico de produtos estupefacientes, de branqueamento, de financiamento do terrorismo”. Não é por acaso este belicismo na linguagem e o

⁶ *Les six livres de la République*. Lyon: L’Imprimerie de Jean de Tournes, 1577.

⁷ *Third way*. Renewal of social democracy. New Jersey: John Wiley & Sons, 1998.

⁸ *Inter alia*, veja-se o nosso Nova penologia, *punitive turn* e direito criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós-)moderna. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (org.). *Direito penal – fundamentos dogmáticos e político-criminais*. Homenagem ao Prof. Peter Hünerefeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 376-395.

Feindstrafrecht jakobsiano,⁹ com raízes na década de 1980, casa bem com o que sucedeu com os movimentos extremistas islâmicos e de outros credos e religiões que se vêm cada vez mais afirmando nas últimas décadas. Casa tão bem que temos cada vez mais gente insuspeita a defender, se não um verdadeiro “Direito Penal do inimigo”, pelo menos uma das suas conclusões práticas: é essencial um ramo de Direito sancionatório (chame-se ou não criminal) substantivo e adjectivo adaptado àqueles que, por vontade própria (ou por uma deformação cognitiva que os impede de aceder ao que Habermas designaria por “democracia deliberativa”¹⁰), decidiram passar definitivamente para o terreno da ilicitude, contrariando activamente o da licitude.

Na própria dogmática jurídico-penal, como nos recordamos, na figura justificativa mais antiga e que se julgava mais estabilizada, passaram alguns autores a defender uma legítima defesa preventiva ou preemptiva, i. é, o conceito de actualidade da agressão como requisito essencial para afirmar o tipo justificador deve ser antecipado em todos aqueles casos em que aquele cujo bem jurídico venha a ser lesado ou que actue em auxílio de terceiro tenha informação credível para pensar que os ainda meros titulares de uma posição de preparação criminoso irão, com uma probabilidade próxima da certeza, avançar para a efectiva concretização do plano delituoso. É também exacto que – felizmente – a maior parte da doutrina não ceda a esta antecipação do entendimento da actualidade da agressão, mas é altamente tentador que uma intervenção deste género ocorresse, não sendo de descurar que, num futuro não muito longínquo, estas linhas estejam desactualizadas. É enorme o desejo que sempre presidiu a humanidade de prever o perigo, a fim de o evitar, bastando lembrar as teorias unívocas lombrosianas, até o recente influxo da genética forense, das neurociências e, sobretudo, da inteligência artificial (IA).

II. A ligação entre esta última¹¹ e um Estado policial ou uma concepção da intervenção penal como de prevenção policial é mais que evidente e os seus perigos aí estão.

⁹ Para um seu entendimento em visão crítica, cf. MORAIS, Pedro Jacob. *Em torno do direito penal do inimigo*. Uma análise crítica a partir de Günther Jakobs. Coimbra: Gestlegal, 2020.

¹⁰ *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

¹¹ Para citar apenas doutrina portuguesa sobre o tema, nomeadamente quanto ao seu conceito e matriz estatística e algorítmica, veja-se OLIVEIRA, Arlindo. *Inteligência artificial*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019, e KISSINGER, Henry A. *et al. A era da inteligência artificial*. 4. ed. Alfragide: D. Quixote, 2021. Para um conspecto geral das suas ligações ao Direito, inicie-se o estudo por ANTUNES, Henrique Sousa. *Direito e inteligência artificial*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. Para estudos mais aprofundados no nosso específico ramo de Direito, RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*. reimp. Coimbra: Almedina, 2022, e ROCHA, Manuel Lopes; PEREIRA, Rui Soares (coord.). *Inteligência artificial & direito*. reimp. Coimbra: Almedina, 2020.

Como afirmou Philip K. Dick,¹² em *última análise*, o dom empático esbateu os limites entre caçador e vítima, entre o bem-sucedido e o derrotado [...] Evidentemente, o robô humanóide constituiu um predador solitário. Se pretendermos, por outro lado, de um modo muito simples, estabelecer as fases de desenvolvimento da IA, podemos divisar uma primeira, entre 1950 e 1990, dita “IA simbólica”, em que ela se desenvolveu por meio da codificação do conhecimento e da experiência de peritos num conjunto de regras que eram depois executadas por uma máquina; a partir de 2000 e até a actualidade, os termos a reter são *machine-learning*, *data-driven AI*, ou seja, processos automatizados de aprendizagem de algoritmos baseados no processamento de enormes quantidades de informação, com a capacidade de conjugarem *inputs* de múltiplas fontes diversas e formarem representações complexas de um dado ambiente, bem como identificando padrões de comportamento. A maioria dos sistemas de IA – que se saiba – são hoje considerados de baixo risco, de acordo com a proposta de regulamento da UE sobre a matéria, indo desde a tradução automática às “máquinas Eureka”, máquinas de jogo e robôs que levam a cabo tarefas produtivas repetitivas e monótonas.

Como se sabe, os grandes blocos económicos pretendem ter a liderança da IA, sendo que a UE fez aprovar o *EU Roadmap up to 2030 for AI*. De acordo com ele, com base no *report on artificial intelligence in a digital age (2020/2266(INI)) Special Committee on Artificial Intelligence in a Digital Age*, datado de 5/4/2022, e na sequência também da criação do *Committee on Artificial Intelligence in the Digital Age (AIDA)*, pretende-se que a transição digital seja centrada no ser humano (*human-centric*) e respeitadora da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, sabendo que as ambições deste bloco em matéria de IA só podem ser atingidas por intermédio de um mercado único digital totalmente integrado e harmonizado, que facilite as trocas transfronteiriças e a inovação. Esta tão saudada preocupação da UE se dotar de normas jurídicas constringentes é essencial para que a IA esteja ao serviço do ser humano, e não o seu contrário, e para que o universo orwelliano em que as máquinas substituem as pessoas não deixe de ser uma mera obra literária, transformando-se numa realidade. Já há muitos que o vaticinam e é bem de ver que tudo o que hoje possamos escrever sobre a IA corre bem o risco de se tornar obsoleto ou risível daqui a não muitos anos, do mesmo modo que quando o primeiro automóvel começou a circular, tal deve ter sido o assombro de vários seres humanos. Assim é e foi sempre: a inovação assusta, coloca riscos e traz oportunidades, cabendo a cada um de nós trabalhar no sentido em que tais inovações tecnológicas não acabem por inviabilizar a vida humana ou o modo como as nossas sociedades estão organizadas. Parece, todavia, que, com a IA, em especial com a capacidade de aprendizagem pelas máquinas, o que hoje temos por seguro pode bem amanhã ser deitado para o balde do lixo da História.

¹² *Do androids dream of electric sheep?* London: Orion, 1968. p. 64.

De entre os instrumentos regulatórios existentes no espaço da UE, merecem destaque a Declaração de Berlim de 2020 sobre a sociedade digital e a governação digital, a Declaração de Lisboa (Democracia Digital com Propósito), apresentada na Assembleia Digital de junho de 2021 (o Conselho apelou a um modelo de transformação digital que reforce a dimensão humana do ecossistema digital, tendo como núcleo o mercado único digital), a Preparação da Declaração Europeia sobre os Direitos e Princípios Digitais, a ser assinada como declaração política solene da Comissão, do Parlamento Europeu e do Conselho da União e a Carta dos Direitos Fundamentais Digitais da UE (versão revista em 2018). A já aludida proposta de regulamento da UE sobre IA (redacção de 29/11/2021) define “sistema de inteligência artificial” (sistema de IA) como um sistema que: “(i) recebe informações e dados provenientes de máquinas e/ou seres humanos; (ii) infere como atingir um dado conjunto de objectivos definidos pelo ser humano usando a aprendizagem, o raciocínio ou os modelos implementados com as técnicas e as abordagens enumeradas no anexo I, e (iii) gera resultados sob a forma de conteúdos (sistemas de IA generativos), previsões, recomendações ou decisões, que influenciam os ambientes com os quais interage”. Dito de outra forma, esta designação de “sistema de IA” pode então entender-se algo que reúna, em si, as seguintes características: seja um programa informático; desenvolvido com uma ou várias das técnicas e abordagens enumeradas no anexo I; capaz de, tendo em vista um determinado conjunto de objectivos definidos por seres humanos; criar resultados, tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões, que influenciam os ambientes com os quais interage.

Olhando agora para o outro grande bloco do outro lado do Atlântico, nos EUA inexistente regulamentação a nível federal, há aplicação subsidiária de normas atinentes à responsabilidade do produtor, protecção de dados, propriedade intelectual, não discriminação e direitos laborais, para além de instrumentos de autorregulação. Salientam-se ainda a *Executive Order 13859, Maintaining American Leadership in Artificial Intelligence*, de 11/2/2019, o *Draft memorandum for the heads of executive departments and agencies* (2020) (tem por princípios a confiança e participação públicas; integridade científica e qualidade da informação; *risk assessment* e management; análise *costs-benefits*; flexibilidade; justiça e não discriminação; transparência; segurança; coordenação entre departamentos; possíveis programas-piloto). Também no Reino Unido, agora fora da UE, destaca-se igualmente a inexistência de regulamentação específica, sendo tidas por fontes indirectas deste tópico o *Data Protection Act 2018*, o *Equality Act 2010* e o *Human Rights Act 1998*.

Dentre os exemplos de aplicações no sistema de justiça, pode não apenas equacionar-se como já alguns deles estão em pleno uso, a investigação da prática de crimes, o auxílio em qualquer decisão judicial, comparando a legislação existente com jurisprudência aplicada a casos semelhantes, desenvolvendo análise comparativa, a determinação da medida concreta da pena, a determinação do estado de inimputabilidade

ou imputabilidade diminuída, as decisões que envolvem juízo de prognose (medidas de coacção processual e de garantia patrimonial, despachos de encerramento do inquérito ou da instrução – “indícios suficientes” –, a própria sanção em si, penas de substituição, incidentes pós-condenatórios como liberdade condicional, regime de cumprimento da pena, saídas administrativas e jurisdicionais). O aspecto que podemos aqui desenvolver um pouco mais contende com a intervenção de sistemas de IA na determinação da culpa como juízo concreto impendente sobre um concreto agente espaço-temporalmente situado. Comece por se dizer que existem autores que defendem esta possibilidade, com base na analogia com as pessoas colectivas e entidades equiparadas, matéria sobre a qual nesta revista já nos pronunciámos.¹³ A personalidade jurídica dos próprios sistemas de IA seria uma forma de chegar à responsabilidade criminal, distinguindo-se ainda modelos de auto (responsabilidade da pessoa singular) e de hetero-imposição (responsabilidade da própria pessoa colectiva). Seria possível, nesta orientação, patrocinar a concepção mais difundida quanto à razão de ser da possibilidade de imputar a prática delituosa a entes colectivos, qual seja a da deficiência na organização, aqui imputável ao operador, proprietário ou detentor do sistema de IA, sendo que tarefa assaz complexa seria sempre estabelecer não somente um nexo de imputação subjectiva referente a cada um destes indivíduos mas, antes disso, mesmo de imputação objectiva, ainda que à luz das mais modernas teorias da conexão do risco. E, quanto a este último aspecto, assume particular interesse, no contexto dos sistemas de IA, as chamadas “acções/intervenções neutrais” (*Neutrale Beihilfe*), ou seja, quem (pessoa singular ou colectiva, que aqui pode ser entendida como sistema de IA ao qual é atribuído, *in se*, personalidade jurídica) leva a cabo actos típicos da sua profissão, mas que, no caso concreto têm um efeito que ajuda à concretização de um delito, são, em princípio, isentas de responsabilidade criminal, por se terem comportado de modo adequado. Trata-se ainda, por rectas contas, de uma concretização de uma ideia de “risco permitido”, mas que, *in concreto*, poderia bem implicar uma lacuna de punição. Segundo a concepção prevalecente e que se pode beber, p. ex., em Roxin, apenas haverá imputação objectiva se a conduta do agente tiver um “sentido torpe ou delituoso”. Tal não acontece se a acção estiver conexionada com o exercício de um acto lícito, mesmo que tal acto, em si, seja significativo e de importância para o agente. Ao invés, mesmo que o acto em si seja lícito e conforme com as *leges artis*, mas seja de molde a provocar ou a auxiliar na prática de um crime. É, assim, decisivo, saber se a contribuição que se traduz em um simples acto de participação – de acordo com a teoria da comparticipação criminosa na concepção do “domínio do risco” de Roxin, ou na versão do Código Penal português, se se tratar de um acto de cumplicidade do seu art. 27º – sem a actuação do autor (nas suas várias modalidades),

¹³ Fundamento(s) da responsabilidade das pessoas jurídicas e equiparadas em direito criminal clássico visto(s) do Código Penal Português. *Revista LEX de Criminologia & Vitimologia*, n. 5, ano 2, p. 139-166, maio/ago. 2022.

de um modo objectivo, deixa de ter qualquer sentido para o autor. Se a resposta implicar eu deixa de ter sentido, ou seja, que o crime não se realizaria, há acção neutra e não há punição do agente que actua de acordo com as regras da sua profissão. Se a resposta for a de que sem essa acção inicialmente concebida por “neutral” o crime não se consumaria, então há responsabilidade do agente, mesmo que se tenha limitado a cumprir uma tarefa típica do seu trabalho, porquanto, em conjugação com a actuação do autor, abriu as portas à verificação do resultado.¹⁴

Vista que está, perfuntoriamente, uma forma de imposição de eventual responsabilidade criminal a um sistema de IA, em si mesmo considerado, volvemos agora o olhar para o modo como os juízes aferem a culpa hoje e como tal pode ser afectado agora e no futuro por sistemas de IA. Como se deixou já referido, uma das modalidades de resposta pode passar por atribuir a culpa ao próprio sistema de IA *in se*. Nesta senda, pelo menos três inquietações são configuráveis: uma delas contende com a fundamentação do próprio juízo de culpa num modelo assim construído. Tal como sucede com as pessoas colectivas e entidades equiparadas, tratando-se os sistemas de IA de entes que, pela sua própria natureza não são capazes de que lhes seja dirigido um juízo de censura ético-social, por falhar a dimensão humana e a capacidade de acção, não é complexo, para sistemas como o português que conhecem a responsabilidade de pessoas jurídicas, fazê-lo nos mesmos termos já vistos para os entes colectivos. O que se censura nesses mesmos entes? De novo, em nossa perspectiva, é a falha na organização devida do sistema de IA que justifica a imputação subjectiva, pois que se o dever de vigilância e controlo tivesse sido exercido, o delito não existiria. Claro que aqui estamos a supor, o que pode não acontecer já hoje e, mais certamente, num futuro que se não apresente longínquo, que haja o controlo do sistema por um ser humano. Porém, como já se disse, tal pode não acontecer, o que importaria que fosse o próprio sistema a autodominar-se e autossupervisionar-se ou um outro sub-sistema dentro dele. Em qualquer das hipóteses, estamos diante de um nível ainda mais abstracto de imputação de um juízo de culpa que na conhecida responsabilidade das pessoas colectivas, mas ainda perfeitamente abrangida por ela. Trata-se apenas – o que já não é pouco – de olhar para uma realidade em que a supervisão, controlo e monitorização não passe por um ser humano, mas por um sistema autorreferencial, mas ao qual se pode assacar, de igual forma, uma brecha na sua capacidade organizativa. Como avançamos no outro estudo dado à estampa nesta revista, toda esta problemática está relacionada com a dogmática dos crimes comissivos por omissão, devidamente adaptada, pois que nisso mesmo se traduz, em última linha, a culpa na organização, ainda que, como aqui neste modelo de IA, atribuível a uma entidade não humana, mesmo que, juridicamente, se considere que lhe pode ser

¹⁴ Embora aplicado a outro caso concreto, a matéria em texto pode ser vista, de modo conciso, em Janique Brüning, em comentário a decisão do OLG Oldenburg, datada de 23/7/2021, 1 Ws 190/21, in: *ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium*, 1, 2022. p. 121.

atribuída personalidade jurídica, o que, em vista do quadro de Direito positivo português, hoje, carece, em nosso juízo, de uma intervenção do legislador, dado que entendemos tão dissimilares as circunstâncias concretas que estão na base da sua atribuição a pessoas singulares e colectivas por relação às de um sistema de IA em si mesmo considerado, que julgamos de afastar uma pura e simples aplicação analógica dessas normas. A analogia, como forma de colmatação de lacunas, implica sempre que as duas realidades tenham, pelo menos, alguma proximidade fáctica, o que aqui, em nosso juízo, marcadamente não sucede. Enfim, numa palavra, não nos pronunciamos favoráveis à atribuição directa de personalidade jurídica a um sistema de IA, ainda que se aponte o regime da responsabilidade criminal dos entes colectivos que, para nós, nestas circunstâncias, nem sequer serve de “lugar paralelo” na economia da hermenêutica jurídica. Por fim, neste ponto, o dever de garante da ingerência bem pode ser encarado como aquele que melhor responde às necessidades político-criminais e dogmáticas do concreto caso e, em geral, antes do problema da IA, à responsabilidade das pessoas colectivas. Sendo elas obra humana – e rejeitando uma teoria da analogia na justificação da imputação de responsabilidade a entes colectivos –, é verdade que há um aproveitamento claro dos *commoda* que elas geram, pelo que aí também devem estar os *incommoda*. Dito de uma perspectiva menos comprometida com o que temos por uma concepção mais da “análise económica do Direito”, os entes colectivos – tal como os sistemas de IA – ao intervirem no tráfego jurídico criam um conjunto de expectativas em todos quantos com eles se relacionam, expectativas essas que, depois, devem ser cumpridas. O seu não cumprimento representa, ao fim e ao cabo, um risco típico de um qualquer fenómeno próximo de uma realidade contratual, pelo que, se bem vemos, esta é uma questão em que o Direito Penal se aproxima do Direito Civil, nele bebendo o húmus constitutivo de uma responsabilidade que se não confunde com a obrigacional, mas que dela anda próxima, pelo que continua a distinguir-se um título de imputação criminal e um outro civil. Nada de particularmente novo, a partir do momento em que, de entre o leque de deveres de garante (art. 10º, n.º 2, do Código Penal português) se considera que a boa-fé, p. ex., na fase pré-obrigacional e obrigacional propriamente dita, pode ditar a responsabilidade do agente por omissão impura, p. ex., no caso de um crime de burla (estelionato, no Brasil).¹⁵

Sendo os sistemas de IA dotados de perigos, é natural que os ditos “critérios correctivos à teoria da adequação”, em especial os do risco permitido e os comportamentos lícitos alternativos, em sede de imputação objectiva, logrem uma aplicação mais ampla, sendo exactamente este o ponto mais sensível na interligação que sempre terá de existir entre o mundo da técnica que está na base da IA e o mundo do Direito que não

¹⁵ Reconhecendo-o expressamente, veja-se COSTA, António de Almeida. Anotação ao art. 217º do Código Penal. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*. 2. ed. Coimbra: Gestlegal, 2022. t. II. v. I. p. 380-382, e o nosso *As “posições de garantia” na omissão impura*. Em especial, a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 132, ss., 165 e 221.

pode voltar as costas à sua adequada regulamentação. É, pois, no domínio da imputação objectiva que este inegável e inevitável papel de interdisciplinaridade entre os dois mundos mais encontrará uma cooperação frutuosa e, ao mesmo tempo, mais desafiante.

Ainda relacionado com o problema que vem de referir-se, mais especificamente com os comportamentos lícitos alternativos, concordamos com a concepção segundo a qual o seu relevo em termos de negar a imputação objectiva só deve ocorrer quando o agente tenha actuado de forma negligente.¹⁶ Na verdade, se ele age dolosamente, então, ainda que o resultado se produzisse de igual forma, a atitude de desvalor diante do dever-ser jurídico-penal impõe que se afirme a imputação do sujeito pelo crime que efectivamente cometeu. Ora, no âmbito de sistemas de IA cremos existir, em primeiro lugar, uma aplicação directa do princípio da confiança que, embora podendo ser equacionada para crimes dolosos, tem o seu campo de actuação por excelência nos delitos negligentes. E bem se percebe porquê: somente quando o agente incumprir um dever objectivo de cuidado com expressa previsão normativa, atenta a regra geral de que a punição criminal só deve suceder nas hipóteses de actuação dolosa (art. 13º do Código Penal português), pode ele se beneficiar da presunção (ilidível) de que quem actua no cumprimento do que o ordenamento jurídico lhe exige deve poder igualmente contar com idêntico cumprimento dos demais cidadãos, de tal forma que não há negligência, como regra, se ele se mantiver dentro desses mesmos padrões que o Direito lhe exige. Nos sistemas em estudo, é de equacionar uma lata aplicação deste mesmo princípio da confiança, mas somente limitada aos crimes negligentes. Nos dolosos já se não pode afirmar que o princípio de base de que parte – a observância de todas as regras e princípios aplicáveis ao caso concreto – esteja a ser observado pelo agente, razão pela qual a imputação objectiva se dará de igual forma. São de afirmar, igualmente, mesmo nos delitos negligentes com intervenção de sistemas de IA, as excepções ao princípio em estudo. O trabalho de equipa – em que cada um pode confiar que os demais cumpram as suas funções normativamente, não podendo haver aqui uma responsabilidade por facto de terceiro, o que, desde logo, seria inconstitucional, dada a intransmissibilidade da punição criminal (art. 30º, nº 3, da CRP) –, em que a confiança deixa de existir se alguém se encontra em período de formação ou de aprendizagem e, por isso, ao nível do elemento volitivo negligente, actua com a capacidade de que é capaz (art. 15º do Código Penal português), mas tal não é suficiente para obviar ao resultado, razão pela qual responde penalmente aquele que assumiu o encargo da supervisão ou controlo e que falhou nessa mesma função. Nestas circunstâncias, estamos diante de uma interessante hipótese de cruzamento entre a omissão e a negligência (nada que nos deva admirar, pois que a

¹⁶ A doutrina e a jurisprudência portuguesas, ao contrário do que sucede no Brasil, usam o termo “negligente” para todas as condutas não dolosas que merecem punição criminal legislativa, pelo que deve entender-se por “negligência”, para os efeitos do texto, o que no Brasil corre sob a designação de imprudência, imperícia e negligência.

dogmática dos crimes omissivos assume uma feição dolosa e uma outra negligente), pois aquilo que se censura a quem ocupa a posição de garante (*Garantenstellung*) é exactamente o não ter intervindo numa hipótese em que um comportamento pelo qual responde – ainda que de terceiro, como é o caso, o que convoca o que designamos por “função propulsora do Direito Penal”¹⁷ – devia ser evitado ou diminuído o risco que tal comporta para a lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos. Da mesma forma, alguns vêm sustentando que sempre que alguém que integre a equipa se aperceba que o estagiário ou qualquer outro membro não está a actuar correctamente e que daí advém um perigo, deve intervir, sob pena de responsabilidade criminal omissiva negligente. Assim é, mas agora tendo em conta, de acordo com a teoria das funções de Armin Kaufmann,¹⁸ o plano do dever de garante que contende com a “comunidade de perigo” ou com a contenção dentro de margens de risco de perigo de fontes de risco, dado que, para todos os efeitos, um trabalho de equipa cujo objecto de acção seja em si perigoso, pode perfeitamente, segundo cremos, ser aqui integrado. Ora, nos sistemas de IA, pela sua própria natureza, a interdisciplinaridade é uma exigência, pelo que a sua aplicação se dá às pessoas singulares envolvidas e também aos próprios sistemas para quem aceite a actual existência de uma personalidade jurídica a se destes – o que não é o nosso caso. Para nós, assim, resta a inaplicabilidade – para já, enquanto não houver uma mudança legislativa – do princípio da confiança aos sistemas de IA.

Um dos riscos que se correm, a dada altura, com o que vem de dizer-se a propósito de elementos do tipo de ilícito objectivo como a imputação objectiva e o princípio da confiança – que mais não é que uma outra sua formulação especificamente pensada, de jeito particular, para a negligência – é a confusão entre esses mesmos elementos e os que se acham já ao nível do tipo de culpa. No entanto, se bem analisarmos as coisas, a partir do momento em que os ordenamentos jurídicos passaram a admitir a responsabilidade dos entes colectivos, a justificação para tal mais corrente de falha na organização é, por rectas contas, um momento de ilicitude e não de culpa que, simplesmente, é usado para justificar – embora de forma geral, abstracta e objectiva, como sempre sucede com a ilicitude – um juízo individual, concreto e subjectivo que é o da culpa. Onde, se há autores que defendem que, em boa verdade, o juízo de culpa é um juízo de ilicitude sobre o ser humano médio colocado na posição socioexistencial do agente,¹⁹ em matéria de responsabilidade dos entes colectivos esta acaba, *prima facie*, por ser uma verdade. Dito de outro modo: a fundamentação da culpa, por não poder ser encontrada em qualquer

¹⁷ Sobre a questão, veja-se o nosso *As posições de garantia...*, p. 115, ss.

¹⁸ Ainda hoje essencial, *Die dogmatik der unterlassungsdelikte*. Göttingen: Schwartz, 1959. Existe tradução espanhola da 2. ed. alemã de 1980, *Dogmática de los delitos de omisión*, a cargo de Cuello Contreras e González de Murillo, Barcelona: Marcial Pons, 2006.

¹⁹ É o caso de COSTA, António de Almeida. *Ilícito pessoal, imputação objectiva e participação em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2015.

das razões habitualmente usadas enquanto vigorou o princípio da *societas delinquere non potest*, teve de retroceder para o momento da ilicitude e aí, no defeito de organização, encontra o seu étimo fundante, pelo menos para a doutrina maioritária. Dir-se-á, não obstante, que quando se alude a tal falha, ela é aplicada a um ente colectivo individual e concreto, pelo que o essencial da culpa se não perde: um juízo dirigido a uma certa pessoa. Obtemperar-se-ia que a dita falha é aferida em termos gerais e abstractos, pelo que, em conclusão final, estaria correcta a assinalada confusão entre os momentos da ilicitude e da culpa no juízo dirigido a pessoas colectivas e equiparadas. Porém, assim não é. De facto, a falha de organização em um ente de dimensões multinacionais é, na maior parte das vezes, distinta do que sucede numa micro, pequena e média sociedade comercial, não bastando dizer que tudo é falha na supervisão, pois se assim fosse, então também não restaria espaço para distinguir ilicitude da culpa para as pessoas singulares, pois que o primeiro dos elementos do conceito material do crime é sempre um juízo de antinormatividade ou de antijuridicidade e nem por isso se afirma, na dogmática das pessoas físicas, que a ilicitude é sempre a mesma em todas as concretas hipóteses segregadas pela vida social. Donde, e em conclusão, continua, em nossa perspectiva, no que tange à responsabilidade dos entes colectivos, a haver espaço para a distinção entre ilicitude e culpa, ao invés do que à primeira vista poderia não parecer.

Outra das inquietações que os sistemas de IA colocam à dogmática penal como a conhecemos é a de sabermos se por via dela estamos ou não a criar uma nova forma de autoria mediata. De facto, há a utilização de um “sistema de trás” (para usar a expressão equivalente a “homem de trás” – *Hintermann*) que, ao menos enquanto a IA necessitar de seres humanos para ser concebida, estes últimos seriam os autores imediatos e o sistema em si o autor mediato. Levantam-se aqui os mesmos problemas de imputar a um ser não vivo uma dada categoria jurídico-penal, em que se mobilizam os conhecimentos já adquiridos em sede de responsabilidade dos entes colectivos que, para nós – repetimo-lo –, nesta fase de desenvolvimento da IA e da dogmática penal não admite uma simples aplicação analógica, mas exige sim uma intervenção legislativa futura. Se, ao invés, se patrocinar a concepção – da qual discordamos, como houve ocasião de assinalar – segundo a qual aos sistemas de IA já deve ser reconhecida personalidade jurídica, então é de aplicar *de plano* a solução jurídica da responsabilidade dos entes colectivos. Outra forma de colocar o problema – e usando o lugar paralelo do que em Portugal sucede com as penas acessórias (aplicadas ao lado e para além das principais de prisão e multa), em especial da inibição de conduzir veículos com motor nas hipóteses em que ela é de aplicar quando o veículo foi utilizado como simples “arma de arremesso”, ou seja, como verdadeiro instrumento para a comissão delituosa (p. ex., a morte de alguém na faixa de pedestres ocorre pelo uso doloso do automóvel que embate na vítima – art. 69º, nº 1, al. b), do Código Penal), que é o mesmo que aludir aos casos em que se usa um animal atizado, p. ex., como forma de agredir fisicamente o ofendido (um caso

em que o animal é uma simples *longa manus* do ser humano) – consiste em considerar que, nas hipóteses em que ainda há intervenção humana que domina o sistema de IA, esse agente é verdadeiramente autor imediato, se e na medida em que se serve de um instrumento sem personalidade jurídica para alcançar o resultado pretendido. Para quem, como nós, entende que inexistente já uma personalidade jurídica dos sistemas de IA a se, se existir ainda “mão humana” no controlo da IA, consideramos que é a pessoa singular autor imediato. Quando a desumanização for tal que nem isso existe, entendemos que a matéria deve ser regulada expressamente pelo legislador, mas que é esta uma nova hipótese de autoria mediata, embora dotada de especificidades.

Como será o juízo de culpa elaborado por sistemas de IA? A resposta a esta questão começa por exigir que se saiba quem alimenta os mesmos sistemas. Acabámos agora de ver as suas implicações no domínio da teoria da comparticipação. Ultrapassada esta, sendo a culpa um juízo ético, ficamos nos meandros já desenvolvidos da forma como se pode atribuir um conceito desta natureza a um ser não humano. São, no entanto, tantas as variáveis e os cambiantes chamados a intervir na formulação, densificação e “quantificação” de um juízo de culpa que é essencial os sistemas de IA dominarem conceitos filosóficos como os do determinismo e do indeterminismo e o caminho que, ao longo dos séculos, a dogmática foi construindo, desde uma primeira fase em que a culpa era um conceito único do Direito, até depois da autonomização do Direito Penal, a discussão quanto a saber se existe uma específica noção de culpa para este ramo do ordenamento jurídico, passando pela forma como as principais correntes do pensamento juscriminal moderno foram evoluindo: escola clássica, neoclássica ou normativista, finalista e, hoje, orientação teleológico-racional (e, para alguns, funcional). Adite-se ainda, pelo específico papel que desempenham no juízo de censura individual-concreto, correntes como o existencialismo que, em Portugal, p. ex., marcaram indelevelmente o pensamento de Figueiredo Dias,²⁰ fazendo com que este desenvolvesse a sua noção de “culpa da pessoa”, em oposição à velha “culpa pela não formação da personalidade” de Eduardo Correia,²¹ bebida em Mezger ou em Bockelmann. Tudo isto para já não falar nas variáveis intelectuais, racionais, emocionais, empáticas, psicológicas, de linguagem verbal e não verbal que sempre vão implícitas no conceito de culpa, na averiguação e valoração das causas excludentes deste elemento da noção material de crime. Outra questão que os sistemas de IA levantam ao nível da culpa consiste no seguinte: passando o seu grau a determinar-se de forma automática, sem verdadeira intervenção humana que não seja a de alimentar programas de *software* e algoritmos, em termos processuais será que estaríamos perante uma prova pericial e, por isso, subtraída a princípio

²⁰ *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009 e *Liberdade, culpa, direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

²¹ Inicialmente defendida em “A doutrina da culpa na formação da personalidade”. In: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, I, 1, 1945-1946. p. 24-35.

geral da livre apreciação (art. 127º do Código de Processo Penal português), tal como dita o art. 163º do mesmo diploma? Tudo indica que sim, dado que a presença humana no processo deliberativo é meramente residual (enquanto existir, pois a evolução pode torná-la absolutamente desnecessária) e, na verdade, passa a recorrer-se a um juízo de carácter técnico-científico que, assim sendo, está subtraído ao processo de formação da convicção do julgador, devendo ser sempre seguido o sentido oferecido pelo sistema de IA. Donde, partindo deste pressuposto, se se deixarem os sistema de IA determinarem a culpa do agente – não se trata da capacidade de estes últimos o fazerem, melhor ou pior, por comparação com o que hoje ocorre com um julgador humano –, deixa de haver possibilidade de recurso, dado ser essa uma questão fechada e que fica resolvida em 1ª instância. Veja-se a enorme revolução que tal comportaria para a praxis judiciária, em que boa parte dos recursos penais se limitam – no todo ou em parte – à dosimetria da pena que, deste modo, passaria a englobar o leque de matérias irrecorríveis. É mesmo isto que pretendemos? Cremos bem que não, sob pena de uma espécie de absolutização do reino da prova pericial, em que a *regina probationum* de outros tempos que era a confissão e a prova testemunhal, passa a ser a pericial, na verdade próximo de um “Direito Penal técnico-científico”, que já o era o dito “Direito Penal médico” das medidas do positivismo jurídico. A dita “evolução” comporta sempre pontos de contacto com o passado e, amiudadas vezes, de involução, como aqui seria o caso.

Continuando nestas mesmas dificuldades, como podem os sistemas de IA fundamentar os factos dados provados ou não provados, se para tal se parte de um conjunto de critérios altamente subjectivos, como a íntima convicção, como se disse já, quase sempre alicerçada na coerência do discurso, em dados de linguagem não verbal, na maior ou menor rapidez da resposta, nas pausas? Dir-se-á que o algoritmo tudo acomoda. Mas pergunta-se se essa acomodação também é capaz de, p. ex., ao analisar aspectos não verbais ou as pausas no discurso concluir pela veracidade ou falsidade do que é dito. Sobretudo, existe o grande risco de se passar a ter um sistema excessivamente formalismo, inflexível, com falta de ductilidade. Se a natureza humana (André Malraux) é composta de tantos prismas tantas vezes insondáveis pelo próprio, como pode um sistema de IA saber mais – e com a “certeza para além de toda a dúvida razoável” – que o próprio objecto de estudo? A lógica, por mais complexa que seja, parece ainda não ultrapassar esta que seria uma verdadeira *contradictio in terminis*. Por fim, nestes termos, uma pena determinada completamente com recurso a sistemas de IA teria algum reflexo no sempiterno problema dos fins das reacções criminais? Uma primeira resposta pode ser a de que tal passa por que concepção se adopte na alimentação do algoritmo, de tal forma que, se se pretender manter a maioritária concepção de prevenção geral positiva ou de integração (que não dispensa a especial de ressocialização, ao menos na forma que hoje temos por única de ler o art. 40º, nº 1, do Código Penal luso), bastaria que os seus traços estruturantes fossem introduzidos no sistema. Por outras palavras,

como em qualquer sistema, a alimentação do *input* determinaria o *output*. No entanto, o problema está sobretudo nas hipóteses em que, por via de mecanismos de *machine learning* e outros, a própria IA se comande a si mesma sem qualquer mão humana. Nesta hipótese, a honestidade científica leva-nos a concluir que não fazemos ideia em que sentido venha a caminhar um sistema como este em sede de fins das penas, pois tudo dependerá dos pressupostos de base com que ela foi inicialmente alimentada e com o modo como essa “inteligência” se tiver vindo a desenvolver. É natural que se a base for ético-retributiva, o sistema também o seja agora que se descarnou do ser humano. Mas também pode o algoritmo estar programado ou programar-se a si mesmo para chegar a um certo nível quantitativo e/ou qualitativo desta teoria absoluta e temperar-se a si mesmo com elementos relativos, preventivo-gerais ou especiais positivos ou negativos. Daí, em primeiro lugar, julgo, a centralidade de nunca se atribuir essa total autonomia ao sistema, deste nunca deixar de ter a “mão humana” nos comandos centrais dos processos e procedimentos, sob pena de estarmos perante um *diktat* que pode bem não representar aquilo que o consenso comunitário máximo permite antecipar em matéria tão delicada como esta de saber porque se pune. Uma última nota, neste domínio, também para voltar a sublinhar que os desenvolvimentos da IA em Direito Penal podem fazer com que o nosso ramo de Direito se aproxime cada vez mais do Civil, o que poderia conduzir, *à la longue*, a um regresso a um único Direito em sentido objectivo, sem quaisquer ramificações especializadas, o que não deixaria de constituir uma dessas ironias em que a História é prene. E isto porquanto, em função das antinomias sempre assinaladas a *quod punire*, é possível que o sistema *self learning*, para as obviar, se reconduza a uma visão axiologicamente mais neutral como é tipicamente a da intervenção civil, o que nos levaria a conjecturar até que ponto não estaremos mais próximos, com os novéis sistemas de IA, da *Wiedergutmachung*, ou seja, *dritte Spur* proposta no *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-W)*?²² Como temos chamado à atenção²³ – sem desmerecimento da utilização de mecanismos de *alternative dispute resolution (ADR)* em Direito Criminal, que defendemos, em domínios bem especificados e nunca como uma panaceia universal para a sempiterna crise do Direito Penal, *i. e.*, sempre com um complemento e nunca como um substituto do chamado “sistema tradicional de justiça criminal” –, é essencial para que as finalidades do próprio Estado se continuem a cumprir que se mantenham claras as fronteiras entre os Direitos Penal e Civil, desde logo pela sua distinta forma interventiva na sociedade e se desejamos manter um conjunto de interesses ou valores característicos do *Rechtsstaat*.

²² BAUMANN, Jürgen *et al.* *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*: Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer. München: Beck, 1992.

²³ Cf. o nosso *A mediação penal de adultos*. Um novo “paradigma” de justiça? Análise crítica à Lei nº 21/2007, de 12 de junho. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Para tal, essencial é que, como proclama a Carta dos Direitos Fundamentais Digitais da UE (2018) – no seu art. 17º, aplicando-se ela aos “órgãos, instituições e outros entes (*bodies*) da UE e aos Estados-Membros” (nº 1), abrangendo também os particulares (*the rights and principles of this Charter apply also to non-state actors [...]*: nº 2) –, logo no seu primeiro inciso, “a dignidade da pessoa humana permanece inviolável na era digital”, a qual, por isso “deve ser respeitada e salvaguardada”, acrescentando-se que “não se pode permitir que nenhum desenvolvimento tecnológico a ponha em causa”. Na verdade, por outra banda, a manter-se o texto constitucional como de momento se encontra, a conformidade dos sistemas de IA e do juízo de culpa que elaboram ou venham a elaborar no futuro estão sujeitos às predicações do princípio da legalidade, desde logo da reserva de lei, pois que certamente estão em causa direitos, liberdades e garantias (art. 165º, nº 1, als. b) e c), da CRP), embora em si mesmo seja um limite em abstracto ultrapassável, por via da supressão dos limites materiais de revisão constitucional do art. 288º, al. c). Acresce que, por via dos princípios do Estado de Direito democrático e da dignidade da pessoa humana (artigos 1º e 2º da CRP), a culpa não pode deixar de representar um juízo quanto ao exercício de um direito de liberdade do agente ao *tempus delicti* e não no momento da determinação da responsabilidade criminal e, preenchido este, da sanção penal, o que ainda se acha intrinsecamente conexionado com as exigências da legalidade criminal. Assegurado deverá estar, de igual modo, o direito à autodeterminação informacional (*informationelle Selbstbestimmung*) – artigos 34º e 35º da CRP – e um conjunto de princípios processuais penais que, aliás, estão plasmados em instrumentos numerosos de Direito Internacional Público e da União Europeia, como a presunção de inocência, o *fair trial*, o *due process of law*, as garantias de defesa do arguido em geral (e, em especial, o recurso), o dever de fundamentação das decisões judiciais, seu conteúdo e qualidade (art. 32º, nºs 1, 2 e 5, da CRP), o que deveria ser assegurado por sistemas de IA, sempre na base de um modelo processual penal de base acusatória (art. 32º, nº 5, da CRP). Os sistemas de IA já hoje em uso e os que venham a ser criados, podem ainda alterar a estrutura orgânica dos poderes do Estado, na medida em que hoje está fora de dúvidas que os tribunais são órgãos de soberania. Sendo esses sistemas autoalimentados, serão eles mesmos dotados desta dignidade? Se sim, como se manterá a sua autonomia e interdependência em relação aos demais órgãos soberanos, provavelmente num futuro, também eles, serviços de IA? Perante tantas e tão grandes inquietações, resta-nos, para já, no espaço da UE, a garantia da Carta dos Direitos Fundamentais Digitais de 2018 que, no seu art. 5º proclama: “1. Os princípios éticos só podem ser formulados por seres humanos e as decisões com impacto em direitos fundamentais só podem ser tomadas por seres humanos. 2. A responsabilidade por decisões automatizadas devem desenvolver-se sob o domínio de uma pessoa singular ou colectiva. 3. Os critérios conducentes a decisões automatizadas, tais como no caso de ‘profiling’ digital, devem ser transparentes. 4. Qualquer pessoa sujeita a uma decisão automatizada que

tenha um impacto significativo na sua vida é titular do direito a recurso e decisão tomada por um ser humano. 5. As decisões que contendam com a vida ou a morte, a integridade física e a privação de liberdade só podem ser tomadas por seres humanos. 6. O uso de inteligência artificial e da robótica em áreas relacionadas com violações de direitos fundamentais deve ser [...] regulado por lei”.

Em extrema sùmula, diremos que a IA é já uma realidade em relação a qual os Estados não podem fazer como o avestruz – enfiar a cabeça na areia – e em que qualquer medida só logrará eficácia se e na medida em que for tomada num contexto mais amplo de grandes blocos político-económicos, sendo que no caso da Europa tal deverá ser liderado pela UE e pelo Conselho da Europa, nos seus específicos campos de actuação. É muito provável que os desafios da IA tragam a necessidade de rever os textos constitutivos destas organizações internacionais e os textos constitucionais dos respectivos Estados-Membros. Em segundo lugar, atento o actual estado dos sistemas de IA, não parece que haja possibilidade de o juízo de culpa de um juiz humano ser substituído por esses sistemas, desde logo dado que a ligação incindível entre liberdade e culpa, as suas múltiplas combinações e resultados, por ora, não estão ainda ao alcance dos sistemas conhecidos e que importem o exigível grau de “liberdade” devidamente passível de controlo fundamentado. Ainda que o atinjam, a última palavra e decisão tem sempre de ser atribuída a um ser humano, sob pena de implosão de toda a sociedade como a conhecemos e cremos que desejamos continuar a conhecer. Por fim, vistas as construções jurídicas estudadas, é possível atribuir responsabilidade criminal a sistemas de IA por actos ou omissões por si cometidos, com base na analogia das pessoas colectivas e entes equiparados.

TITLE: Police prevention and artificial intelligence in “criminal law of (post)modernity”

ABSTRACT: In what some consider to be a “(post)late modernity”, like Bauman, there are certain features, especially of substantive criminal law, that appear as inexorable realities. Two of them are the near substitution of criminal intervention as a fragmentary protection of legal belongings by the idea of “police prevention” and the current and future functioning of artificial intelligence systems, which are also at the service of the former and whose difficulties of concatenation with the usual political-criminal and dogmatic frameworks are remarkable.

KEYWORDS: Police prevention. Risk offences. Artificial intelligence. Culpability (*mens rea*).

Referências

ANTUNES, Henrique Sousa. *Direito e inteligência artificial*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

BAUMANN, Jürgen *et al.* *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung: Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer*. München: Beck, 1992.

BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Lyon: L'Imprimerie de Jean de Tournes, 1577.

CORREIA, Eduardo. A doutrina da culpa na formação da personalidade. In: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, I, 1, 1945-1946, p. 24-35.

COSTA, António de Almeida. Anotação ao art. 217º do Código Penal. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*. 2. ed. Coimbra: Gestlegal, 2022. t. II. v. I.

COSTA, António de Almeida. *Ilícito pessoal, imputação objectiva e participação em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2015.

CUNHA, Manuela Ivone. *Criminalidade e segurança*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DICK, Philip K. *Do androids dream of electric sheep?* London: Orion, 1968.

GIDDENS, Anthony. *Third way*. Renewal of social democracy. New Jersey: John Wiley & Sons, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

HARCOURT, Bernard. *L'illusion de l'ordre*. Incivilités et violences urbaines: tolérance zéro? Paris: Descartes, 2006.

HASSEMER, Winfried (Hrsg.). *Strafrechtspolitik: bedingungen der strafrechtsreform*. Frankfurt am Main et al.: Peter Lang, 1987.

KAUFMANN, Armin. *Die dogmatik der unterlassungsdelikte*. Göttingen: Schwartz, 1959.

KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. Tradução Cuello Contreras e González de Murillo. Trad. da 2. ed. alemã de 1980. Barcelona: Marcial Pons, 2006.

KINDHÄUSER, Urs. Zur tatbestandslehre Ernst Belings. Versuch einer rekonstruktion. In: ROSTALSKI, Frauke (Hrsg.). *Grundlagen und konzepte des strafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2021.

KISSINGER, Henry A. et al. *A era da inteligência artificial*. 4. ed. Alfragide: D. Quixote, 2021.

LEITE, André Lamas. *A mediação penal de adultos*. Um novo “paradigma” de justiça? Análise crítica à Lei nº 21/2007, de 12 de junho. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

LEITE, André Lamas. *As “posições de garantia” na omissão impura*. Em especial, a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LEITE, André Lamas. Fundamento(s) da responsabilidade das pessoas jurídicas e equiparadas em direito criminal clássico visto(s) do Código Penal Português. In: *Revista LEX de Criminologia & Vitimologia*, n. 5, ano 2, p. 139-166 maio/ago. 2022.

LEITE, André Lamas. Nova penologia, *punitive turn* e direito criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós-)moderna. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al. (org.). *Direito penal*

– fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünnerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MORAIS, Pedro Jacob. *Em torno do direito penal do inimigo*. Uma análise crítica a partir de Günther Jakobs. Coimbra: Gestlegal, 2020.

OLIVEIRA, Arlindo. *Inteligência artificial*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019.

ROCHA, Manuel Lopes; PEREIRA, Rui Soares (coord.). *Inteligência artificial & Direito*. reimp. Coimbra: Almedina, 2020.

RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*. reimp. Coimbra: Almedina, 2022.

WELZEL, Hans. *Um die finale handlungslehre*. Eine auseinandersetzung mit ihren kritikern. Tübingen: Mohr, 1949.

Recebido em: 28.07.2023

Aprovado em: 11.08.2023