

Intervenção de António José Pimpão

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo e Presidente da C.A.D.A.

Quero saudar esta iniciativa da Associação e afirmar que é uma grande honra corresponder ao convite que me foi dirigido.

Entendo este convite como um reconhecimento pelo trabalho desenvolvido pela CADA na prossecução de uma administração pública mais participativa, aberta e transparente e, ainda, no âmbito do aperfeiçoamento da legislação relativa ao acesso aos documentos administrativos.

1. O STA vem reconhecendo, em jurisprudência consolidada, nomeadamente sobre o direito de acesso a informação detida pelas empresas públicas, o papel activo da CADA na elaboração doutrinal que conduziu à consagração legal da solução que, no âmbito dos seus pareceres, começou por ser delineada.

A CADA, contra alguns ventos e pequenas marés, representa uma solução imposta por tratados internacionais a que Portugal se encontra vinculado.

É entendimento da CADA que a actual Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto de 2007, representa um marco significativo na evolução do direito de acesso ainda que comece já a afirmar-se a necessidade de uma profunda alteração da mesma.

É de realçar a feliz escolha da temática deste painel por se reportar a um tema que representou um grande avanço da última alteração legislativa e a um outro que exige uma substancial e eventual alteração legislativa.

2. É do conhecimento geral que o princípio do segredo no que respeita ao direito de acesso aos documentos administrativos foi abandonado e substituído pelo princípio da transparência e da participação.

O nosso ordenamento jurídico trata-o como um direito fundamental, de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, previstos nos artigos 17.º e 18.º da Constituição, ao consagrar o princípio do chamado arquivo aberto, que só pode ser restringido na estrita medida do necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses também constitucionalmente protegidos.

3. E o caminho do acesso à informação, num futuro muito próximo, não deixará de ser a disponibilização activa da informação.

Conforme consta do último relatório da CADA de 2009, p. 30 e 31, a "6th International Conference of Information Commissioners", realizada em

Oslo, foi palco do que se entende ser a apresentação de um novo paradigma do acesso à informação administrativa.

Aí se salientou o total desajustamento dos actuais esquemas a uma realidade administrativa em que a informação é praticamente toda digital, e na qual, o custo de viabilização do acesso é provavelmente superior ao custo de disponibilização informática da informação. A partir desta ideia defendeu-se que o acesso à informação administrativa deve passar de uma postura reactiva (a administração detém a informação, o particular pede o acesso e a informação é disponibilizada) para uma postura pró-activa (a administração detém a informação e coloca-a online, acedendo o particular nos termos em que entender), cabendo aos esquemas tradicionais de acesso apenas uma função residual.

Também se entendeu que as traves mestras sobre a informação administrativa são as ideias de que a transparência administrativa torna a administração mais forte e que, por isso, a informação deve ser disponibilizada, através das novas tecnologias da informação estando, assim, os documentos administrativos acessíveis numa perspectiva de transparência activa.

Esta transparência apresenta, pelo menos, as seguintes vantagens:

- maior responsabilização da administração e dos seus funcionários, cuja actividade passa a ser genericamente monitorizada através desta publicidade,
- maior controlo que daí advém para a própria actividade administrativa, especificamente na perspectiva preventiva e,
- o fim do acesso à informação administrativa como um problema segundo o qual tudo o que é público é normalmente disponibilizado aos particulares e, por inerência, conhecido.

Podemos, por isso, concluir que estamos na iminência de um novo paradigma: o da informação imediata e globalmente disponível online.

Este novo paradigma conduzirá a que a regulação do acesso à informação administrativa incidirá sobre as formas e os meios através dos quais a informação é disponibilizada, o tempo e o modo dessa disponibilização, incidindo as limitações de acesso, já não no que o particular não pode conhecer, mas antes no que a administração não pode disponibilizar oficiosamente.

Com este novo paradigma, a litigiosidade inerente ao acesso à informação administrativa passa a centrar-se exclusivamente no limitado acervo de informação que não é imediatamente pública, o que restringe muitíssimo o seu espectro, dado que agora versa sobre a totalidade da informação administrativa.

4. E, agora, entrando mais no concreto tema deste painel "Entidades privadas com funções públicas e direito à informação procedimental"

permitam-me que comece pelo que vem designado como direito à informação procedimental.

Este tema tem sido objecto de grande discussão na Comissão não sendo raras as dúvidas e hesitações que conduziram ao entendimento actual do que deve ou não caber no seu âmbito e da justificação ou não da sua autonomia.

Parece, contudo, poder afirmar-se que existe, actualmente, algum consenso na Comissão.

Têm afirmado os mais recentes pareceres (cfr. nomeadamente o Parecer n.º 40/2009 e Parecer n.º 216/2010) que:

A informação procedimental é procedimental por estar a ser utilizada num procedimento, mas também é procedimental sob o ponto de vista do acesso, por pretender ser acedida por sujeitos procedimentais, os directamente interessados no procedimento bem como os que provem ter um interesse legítimo em conhecer a respectiva informação.

Parece que o artigo 2.º, n.º 4, da LADA pretende remeter para legislação própria o acesso à informação procedimental pelos sujeitos procedimentais ao afirmar que "o regime de exercício do direito dos cidadãos a serem informados pela Administração sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados e a conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas consta de legislação própria".

Contudo no art.º 6.º n.º 3 acrescenta que "o acesso aos documentos administrativos preparatórios de uma decisão ou constantes de processos não concluídos pode ser diferido até à tomada de decisão, ao arquivamento do processo ou ao decurso de um ano após a sua elaboração".

Pergunta-se como superar esta eventual contradição pois se aquele preceito normativo afirma o regime de exercício do direito dos cidadãos a serem informados pela Administração sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados consta de legislação própria este acrescenta que o acesso aos documentos administrativos preparatórios de uma decisão ou constantes de processos não concluídos pode ser diferido até à tomada de decisão, ao arquivamento do processo ou ao decurso de um ano após a sua elaboração.

O acesso à informação procedimental é remetido para legislação própria quando é promovido por sujeitos procedimentais, tratando-se de informação procedimental sob o ponto de vista do acesso.

Acrescenta a CADA que pode pronunciar-se sobre o acesso a informação procedimental pretendido por terceiros que não são interessados procedimentais.

Tal significa que quando a CADA trata de acesso a informação administrativa por quem não tem uma relação procedimental com a

informação em causa ainda estamos dentro do acesso a documentos administrativos e no âmbito do princípio do arquivo aberto.

Tem, por isso, a CADA entendido que deste preceito legal resulta a possibilidade de, em situações de acesso a informação procedimental por terceiros, poder ocorrer o deferimento do acesso.

Pode ocorrer o diferimento do acesso, por razões de eficácia ou oportunidade administrativa, que deve, neste caso ser sempre fundamentado.

E a CADA, sempre que tal lhe seja solicitado, deve emitir parecer, nomeadamente, sobre a natureza nominativa ou não da informação em apreciação para que a respectiva entidade administrativa possa pronunciar-se sobre o pedido de acesso requerido.

Desta forma, mantém-se a separação, ainda que formal, das duas realidades do acesso procedimental e não procedimental a que a CRP se refere nos n.ºs 1 e 2 do artigo 268.º.

Como se escreveu no (Acórdão STA 25/07/2007, Processo 0295/2007) "embora formalmente distinto do direito de acesso a arquivos e registos administrativos, consagrado, de forma autónoma, no n.º 2 do mesmo artigo 268 da CRP, trata-se de direito com a mesma natureza jurídica deste último, por serem ambos vertentes distintas do mesmo direito fundamental: o direito à informação dos administrados".

Acrescentou que a autonomização daqueles direitos apenas se justifica pela diversidade de contextos em que o cidadão se dirige à Administração Pública.

Concorda-se com a afirmação de que a titularidade do direito à informação administrativa procedimental pressupõe a qualidade de interessado num procedimento administrativo em curso e que no direito de acesso aos arquivos e registos administrativos um dos pressupostos é, justamente, o de que não haja procedimento administrativo em curso.

Vem, ainda, entendendo a CADA que o sujeito procedimental ou o directamente interessado sempre terá, no âmbito da LADA, direito de acesso aos documentos cuja elaboração tenha ocorrido à mais de um ano (Parecer n.º 119/2010, Proc. n.º 165/2010 e Parecer n.º 309/2010, Proc. n.º 331/2010).

5. O tema deste painel refere-se, ainda, às entidades privadas com funções públicas e o direito à informação.

É entendimento corrente que as empresas públicas, mesmo quando agem segundo as regras do direito privado, para prossecução da sua missão de "contribuir para o equilíbrio económico e financeiro do conjunto do sector público e para obtenção de níveis adequados de satisfação das necessidades da colectividade" estão, indirectamente, a desenvolver uma actividade ou função materialmente administrativa.

Daí que se possa afirmar que a Lei 46/2007, de 24 de Agosto, é aplicável a toda a sua actividade (paritária e/ou autoritária, de gestão privada e/ou de gestão pública) como vem afirmando o STA que fundamenta este entendimento no sentido prevalente da lei que tem correspondência verbal no texto e é o que se colhe do pensamento legislativo." (entre outros AC. de 21-09-2010, Proc. 0562/10).

E este entendimento mereceu o comentário concordante de Pedro Costa Gonçalves, "O direito de acesso à informação detida por empresas do sector público", publicado in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 81, pág. 3-11, que, comentando esta jurisprudência, refere que a actual LADA apresenta um perfil institucional ou orgânico das empresas públicas e não funcional como sucede em relação às "outras entidades no exercício de funções administrativas ou de poderes públicos", referidas na alínea g) do n.º 1 do artigo 4.º.

Acrescenta, ainda, (pág. 10), que, sendo esse regime um desvio à reclamada igualização ao regime aplicável às empresas concorrentes, esse desvio se justifica pelo facto "de se tratar de empresas que mesmo actuando em ambiente de mercado - e nem sempre este é o caso -, não são como as outras (do sector privado), pois pertencem aos poderes públicos e desenvolvem uma acção que é acção pública, que se funda numa competência e não na liberdade."

Ainda segundo o mesmo autor as empresas públicas estão em situação de igualdade quanto ao dever geral de permitir o acesso aos seus documentos administrativos, o que, "parece revelar-se coerente com a situação institucional de tais empresas enquanto entidades vinculadas pelos direitos fundamentais.

Refere o n.º 2 do artigo 4º da LADA que as disposições desta Lei *"são ainda aplicáveis aos documentos detidos ou elaborados por quaisquer entidades dotadas de personalidade jurídica que tenham sido criadas para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, e em relação às quais se verifique uma das seguintes circunstâncias:*

a) A respectiva actividade seja financiada maioritariamente por alguma das entidades referidas no número anterior ou no presente número;

b) A respectiva gestão esteja sujeita a um controlo por parte de alguma das entidades referidas no número anterior ou no presente número;

c) Os respectivos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados por alguma das entidades referidas no número anterior ou no presente número."

No pedido de acesso a documentos da Fundação para as Comunicações Móveis, (parecer 126/2010, proc. 68/2010), estava em causa o acesso a documentos de uma fundação de direito privado, objecto de reconhecimento administrativo (Despacho n.º 28305-A/2008, DR II Série, de 4 de Novembro de 2008), constituída pela TMN, Sonaecom e a Vodafone.

Nos termos do artigo 3.º dos respectivos Estatutos, a FCM *"tem por fim a promoção, desenvolvimento, generalização e consolidação do acesso às comunicações, em particular móveis, e, bem assim, garantir a ampla utilização das novas tecnologias de informação e comunicação, contribuindo para o desenvolvimento económico, social e tecnológico de Portugal"*.

O seu património é constituído pelas dotações realizadas pelos fundadores privados e por entidades públicas (as transferidas pela ANACOM, e pelo Ministério da Educação da FCM, destinadas à execução do programa e escola).

O Conselho Geral é composto por seis membros, sendo o Presidente e dois vogais designados pelo Estado Português, e os restantes pelos fundadores (artigo 7.º dos Estatutos).

As mencionadas operadoras, na sequência do concurso público para a atribuição de licenças para sistemas de comunicação, vincularam-se, entre outras contrapartidas, a despender 390 milhões de euros na execução do Programa e escolas.

Estas contrapartidas obtidas com a atribuição de licenças de exploração de sistemas de telecomunicações constituem dinheiros públicos e daí que o acesso à informação respeitante à sua utilização não se encontre sujeito a qualquer restrição.

Neste sentido já se havia pronunciado a Resolução da Assembleia da República n.º 8/2010 ao referir que as verbas *"resultantes de contrapartidas pelas licenças atribuídas aos telemóveis de 3ª geração"* são *"fundos públicos atribuídos à FCM"*.

O património da FCM foi constituído com dotações entregues pelas operadoras e constituíram a contrapartida pela alocação do espectro que fora atribuído à OniWay.

Concluiu a CADA que tais dotações se podem considerar fundos públicos e que a actividade da FCM é financiada por fundos públicos, provenientes das contrapartidas e de entidades sujeitas à LADA pelo que a FCM está sujeita à LADA, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea a).

Estaria, ainda, sujeita à aplicação da LADA, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), uma vez que a gestão da FCM está sujeita a controlo do Estado, através dos membros indicados para o Conselho Geral (três em seis, incluindo o respectivo Presidente, como decorre dos Estatutos).

6. A CADA já se pronunciou sobre a aplicação da LADA ao acesso aos documentos detidos pelas Instituições Particulares de Solidariedade Social - IPSS - (parecer n.º 133/2008, 176/2008, 179/2008, 311/2009, 319/2010 entre outros).

Afirmou que as instituições particulares de solidariedade social são pessoas colectivas de direito privado, com autonomia, não administradas pelo Estado ou por um corpo autárquico, que prosseguem os objectivos enunciados no n.º 1 do artigo 1º do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social (EIPSS), (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 29/86, de 19 de Fevereiro), com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de solidariedade e de justiça entre os indivíduos, nomeadamente através de respostas de acção social em equipamentos e serviços bem como de parcerias em programas e projectos, v.g., apoio a crianças e jovens, apoio à família, protecção dos cidadãos na velhice e invalidez e em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, promoção e protecção da saúde, educação e formação profissional dos cidadãos e resolução dos problemas habitacionais das populações.

As IPSS, no caso em que os objectivos se enquadram no âmbito da acção social/segurança social, podem celebrar acordos de cooperação com os Centros Distritais do Instituto de Segurança Social, tendo em vista a promoção do acesso a serviços e equipamentos sociais, ou, igualmente, acordos de gestão através dos quais assumem a gestão dos equipamentos pertencentes ao Estado.

Para além dos apoios financeiro e técnico previstos nestes acordos, as instituições têm ainda acesso a outros apoios financeiros destinados a investimentos na criação ou remodelação dos estabelecimentos sociais.

Uma vez registadas, as IPSS adquirem o estatuto de pessoas colectivas de utilidade pública, advindo daí, por parte do Estado, a atribuição de benefícios ou encargos, ou seja, por um lado, isenções fiscais ou apoios financeiros, por outro, prestação de contas ou obrigação de cooperação com a Administração Pública.

Tais entidades estão, assim, sujeitas a um controlo por parte do Estado, cuja autorização é necessária para a prática de determinados actos, por exemplo, aquisição de bens imóveis a título oneroso, ou alienação de imóveis a qualquer título.

Também os seus orçamentos e contas carecem de aposição de vistos pelos serviços competentes, que poderão ordenar a realização de inquéritos, sindicâncias e inspecções a estas instituições e seus estabelecimentos.

Sendo certo que tal regime de controlo sobre as IPSS parece fundamental, no essencial, a possibilidade de imposições ou limitações jurídico-públicas, por via da administrativização de entidades privadas, não

se poderá ignorar que o mesmo deve ser encarado também como excepcional e só admitido quando constitucionalmente justificado e existir apenas (e tão-só) nos casos expressamente previstos na lei.

Ora, justifica-se a possibilidade de regulação de interesse público na actividade das pessoas colectivas de utilidade pública «que desenvolvam actividades financiadas, pelo menos maioritariamente, com dinheiros públicos, devendo, por isso, ser equiparadas, em certos domínios, e para efeitos de regime, à actividade administrativa», por exigência do princípio da imparcialidade, de acordo com o n.º 2 do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa.

Tem, por isso, entendido a CADA que se do relatório de contas dos últimos três anos da IPSS se constatar que a respectiva actividade é financiada, maioritariamente, pelas entidades referidas no artigo 4º, estará, por isso, sujeita ao regime de acesso consagrado na LADA.

Se, diversamente, não se verificar tal financiamento tem-se entendido que não estarão tais IPSS sujeitas à LADA.

7. Num momento em que estão na ordem do dia os tribunais arbitrais e os centros de arbitragem talvez se imponha questionar se não deverá ser atribuído à CADA um papel mais activo.

Tem-se discutido se devem continuar a ter carácter facultativo os pareceres da CADA ou se devem as suas deliberações passar a ter natureza vinculativa.

E deve continuar a questionar-se se estas deliberações, não poderão ou deverão ser questionadas no Tribunal Central Administrativo.

8. Em jeito de conclusão parece-me que podemos afirmar o seguinte:

1. As empresas públicas e as entidades privadas a que se refere o n.º 2 do artigo 4º da LADA estão sujeitas ao regime de acesso da informação administrativa;

2. O regime do exercício do direito de acesso à informação e apenas para este efeito não necessita da distinção, meramente formal, entre acesso procedimental e não procedimental;

3. Num futuro próximo a disponibilização activa ou pró-activa da informação deverá ser uma realidade;

4. O direito de acesso sairá reforçado com a atribuição de carácter vinculativo às deliberações da CADA.

Termino agradecendo a paciência que tiveram em ouvir-me.

