

7.

O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA: DA REVOLUÇÃO À NECESSIDADE DE REGULAÇÃO

SUZANA TAVARES DA SILVA
Professora Auxiliar de Direito Público
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Investigador do Instituto Jurídico

Sumário: *I. Introdução. II. O acesso à informação, em especial o acesso a documentos. 2.1. A regulação do acesso a documentos no direito europeu. 2.2. A regulação do acesso a documentos no direito nacional. III. A disponibilização da informação – Os riscos associados à ‘comunicação’ da informação. IV. O princípio da boa administração e o princípio da transparência. V. Notas conclusivas.*

I. INTRODUÇÃO

A *transparência* é, em termos gerais, a qualidade dos bens que se deixam atravessar pela luz e permitem a visualização do respectivo interior, ou seja, bens que um observador vê facilmente o que está dentro deles e para lá deles, ou ainda, em sentido mais figurado, algo que é evidente e claro à percepção humana.

E foi precisamente este significado corrente, aplicado às instituições públicas e privadas, que se haveria de converter, no início do Séc. XXI, em uma das expressões mais influentes da política internacional contem-

porânea, surgindo aqui intimamente associado às noções de legitimidade e *accountability* (prestação de contas). Primeiramente introduzida no discurso político – para alguns esta ‘inovação’ no discurso político não é assim tão recente e deve ser atribuída a Jeremy Bentham¹ –, a transparência acabaria depois por se institucionalizar enquanto valor promovido por diversas instituições públicas, governamentais², não-governamentais³ e privadas, no contexto nacional⁴ e internacional⁵.

Contudo, vale a pena sublinhar desde já que, tal como sucede com todos os valores, a transparência não é nem pode ser um valor absoluto, e é importante compreender a forma como o mesmo deve ser sopesado com

¹ Neste sentido Christopher HOOD, «Transparency in historical perspective», Hood / Heald (ed.), *Transparency: The Key to Better Governance?*, British Academy Scholarship, versão online de 2012 (DOI:10.5871/bacad/9780197263839.003.0001).

² Embora se trate de uma iniciativa com múltiplos *stakeholders*, o embrião da ‘*Open Government Partnership – OGP*’, lançada em 2011, deve-se aos Governos de diversos países, como a Holanda, a França, a Dinamarca, o Peru ou a Argentina, e conta hoje com 65 participantes (Portugal não faz parte), incluindo os EUA, o Brasil e a África do Sul. Trata-se de uma plataforma internacional que presta auxílio aos países que pretendem elaborar reformas no sentido de construir estruturas mais transparentes, responsáveis e responsivas perante as respectivas comunidades políticas.

³ Os G8 subscreveram, em Junho de 2013, a denominada ‘*Lough Erne Declaration*’, segundo a qual o ‘compromisso para o crescimento’ envolve a participação essencial das empresas privadas, mas esse compromisso só poderá ser bem-sucedido se os Governos dos diversos países aprovarem normas que imponham, a par da redução da tributação sobre os rendimentos das empresas e da liberalização do comércio externo, obrigações de transparência. Entre essas obrigações contam-se regras em matéria de troca de informações fiscais, obrigações contabilísticas que combatam os preços de transferência, regras sobre o modo de exploração de recursos naturais, em especial em países em vias de desenvolvimento, incluindo medidas de protecção às comunidades locais em matéria ambiental e de garantias laborais e ainda obrigações de prestação de contas às comunidades nacionais sobre as receitas provenientes deste tipo de actividades.

⁴ Veja-se, entre nós, o papel da TIAC – Transparência e Integridade, Associação Cívica, que anuncia como principais objectivos o combate à corrupção, mas que é muitas vezes responsável por desencadear situações de alarme social, que após investigação pelas instituições do Estado de Direito se verifica serem infundadas.

⁵ São diversos os exemplos a reportar neste domínio, desde as iniciativas do Banco Mundial em matéria de promoção da transparência em matéria de lucros resultantes das actividades extractivas - *Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)* - *Multi-Donor Trust Fund (MDTF)* – do FMI em matéria tributária e financeira - *IMF’s Fiscal Transparency Code* – e de ONG como a *Transparency International*, constituída em 1993, que actualmente está presente em 100 países – incluindo Portugal através da já mencionada TIAC – e que tem como principal missão a luta contra a corrupção.

No plano europeu, o destaque vai para o ‘Registo de Transparência’, uma iniciativa de registar os *lobbies* actuantes junto da Comissão Europeia, que neste momento conta já com mais de 8.000 entidades.

outros valores, em especial com o da confidencialidade – este último um valor essencial em áreas como as relações internacionais e diplomáticas, a investigação científica ou mesmo a economia. Por essa razão, nem todas as iniciativas para a promoção da transparência se podem reconduzir a resultados positivos ou ao cumprimento dos objectivos e das metas desejadas⁶.

Buijze, na sua dissertação sobre o princípio da transparência no direito europeu⁷, identifica três conceitos principais que no âmbito de uma relação “agente-principal” ajudam a compreender a funcionalidade do princípio da transparência – o *cidadão*, que beneficia com o regular funcionamento da democracia; o *homo dignus*, que pode valer-se da efectivação dos direitos fundamentais (tanto direitos de liberdade como direitos sociais); e o *homo economicus*, que tira vantagem do bom funcionamento do mercado, seja como agente económico, seja como consumidor. Para a autora, não faz sentido limitar a transparência a uma única acepção, pelo que ela tenta, na sua tese, estabelecer um denominador comum para este princípio especialmente difuso, que permita integrar na violação do mesmo tipo e género a recusa de acesso a um documento ou a modificação de um contrato após a respectiva adjudicação em procedimento concursal. Na verdade, não nos parece que o trabalho seja assim tão inovador quando comparado com a tese apresentada por Bröhmer, quase 10 anos antes⁸, onde o autor havia já identificado estas dimensões da transparência enquanto princípio fundamental, associando ainda o estudo das virtudes deste princípio nos âmbitos do controlo judicial e da cidadania financeira.

Ora, é na esteira dos referidos trabalhos que nos propomos tratar neste texto apenas três acepções ou dimensões concretizadoras do *princípio da transparência* que considerámos mais relevantes: i) o *acesso à informação*, que analisaremos de forma mais desenvolvida por corresponder a um dos subtópicos mais pertinentes e que embora não seja uma ‘novidade’, na medida em que há muito se fala e estuda a ‘Administração aberta’, merece uma revisão do ‘estado da arte’, onde incluiremos, também, o acesso à informação ambiental; ii) a *disponibilização da informação*, que pressupõe novas dimensões, pois não se trata apenas de disponibilizar ou tornar acessível

⁶ Incluímos neste domínio a *Wikileaks transparency* e o caso da divulgação de informações por Edward Snowden.

⁷ Cf. Anoeska BUIJZE, *The Principle of Transparency in EU Law*, Utrecht University, 2013 (texto disponível em <http://dspace.library.uu.nl/handle/1874/269787>); e IDEM, «The Six Faces of Transparency», *Utrecht Law Review*, Vol. 9, Issue 3, 2013, pp. 3-25 (artigo-resumo da tese de doutoramento).

⁸ Jürgen BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

a informação, mas sim de assegurar que essa informação chega aos destinatários de forma que possa ser compreendida por estes⁹, uma dimensão que nos merece sérias reservas; iii) o *desenvolvimento de uma cidadania activa* baseada em esquemas de co-decisão política, típicos da *governance* e da *boa administração*, onde vem ganhando especial importância a *cidadania financeira* e as críticas que estas novas orientações nos merecem.

II. O ACESSO À INFORMAÇÃO, EM ESPECIAL O ACESSO A DOCUMENTOS

O *acesso à informação* não é, como dissemos, um tema novo, pois ele reconduz-se à clássica problemática do acesso a documentos administrativos tendo em vista a garantia dos direitos dos administrados, quer no que respeita ao seu direito à informação em relação às decisões que os afectam ou que contendem com os seus direitos e interesses legítimos – incluindo o *direito à participação procedimental informada*¹⁰ – quer no seu direito à autodeterminação informativa no intuito de um aprofundamento da democracia participativa – no fundo, este é um campo onde entre nós se cruzam dimensões de direito constitucional e de direito administrativo.

Uma das novidades nesta matéria surge com a expansão da informática, a possibilidade de armazenar dados e o acesso generalizado à Internet e com o ‘aproveitamento’ que daqui resulta em matéria de aprofundamento da *cidadania administrativa* no contexto das novas tendências da Administração electrónica¹¹. A partir desta transformação, *altera-se o paradigma do*

⁹ Buijze refere-se a esta dimensão como uma tarefa dos Governos no sentido de tornarem o mundo compreensível para os cidadãos - Anoeska BUIJZE, *The Principle of Transparency in EU Law, ob. cit.*, pp. 62.

¹⁰ Sobre a dimensão jurídica do acesso à informação procedimental administrativa *v.* Raquel CARVALHO, *O direito à informação administrativa procedimental*, Publicações Universidade Católica, Porto, 1999.

¹¹ É a partir deste momento que se inicia o debate na doutrina para um aprofundamento dogmático das categorias relativas ao direito à informação administrativa. Neste contexto, Vesting propõe uma distinção entre os conceitos de “*dados*” (símbolos e ‘caracteres’ organizados segundo um código próprio e desprovidos de interpretação, que podem ser armazenados e transmitidos como suporte de informação), “*informação*” (significados novos que os destinatários recebem e que lhes permitem suportar raciocínios e decisões), “*conhecimento*” (é um estado que se alcança e que resulta maioritariamente de um significado relacional) e “*comunicação*” (acto que envolve a transmissão de informação em rede e que desencadeia um processo dinâmico – uma ‘rede de comunicações’ – de contínuas mutações) no âmbito dos desenvolvimentos do ‘novo direito administrativo’, para daqui retirar a emergência de um novo paradigma, o de ‘Sociedade de Informação e do Conhecimento’ em contraposição à ‘Sociedade Industrial’ que inspirou o modelo de administração

relacionamento entre o cidadão e a Administração, surgem ‘novos direitos e deveres’ e retoma-se a discussão sobre as virtudes e as cautelas que estas novas formas de relacionamento proporcionam. Vejamos, em primeiro lugar, o que muda na regulação do *direito de acesso à informação* para depois analisarmos em que medida estas alterações contribuem para o novo paradigma do direito administrativo e da actividade de *administrare*.

O *acesso a documentos administrativos* é um direito reconhecido não só no plano nacional – onde a *‘Administração aberta’* tem consagração no nível constitucional (art. 268.º/2 da CRP) e legal (artigos 17.º e 85.º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, e Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto) –, mas também no plano europeu – onde esta dimensão aparece expressamente reconhecida no artigo 15.º/3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e, de forma mais desenvolvida, no Regulamento (CE) n.º 1049/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

2.1. A regulação do acesso a documentos no direito europeu

A União Europeia regula o direito de acesso do público a documentos das instituições europeias, adoptando uma *noção alargada de documento* para garantir a maior amplitude possível a este direito, sem prejuízo da respectiva subordinação a certas *condições de exercício* e a certos *limites* que visem acautelar interesses públicos ou privados que a União se compromete a respeitar.

No âmbito deste regime jurídico, previsto e disciplinado pelo Regulamento (CE) n.º 1049/2001, merece destaque, em nosso entender:

- i) a previsão de um conjunto de *excepções*, ou seja, de critérios que permitem fundamentar a recusa do acesso aos documentos (por um período justificado, que pode ir, em regra, até 30 anos) sempre que daí possa advir prejuízo para a protecção do interesse público em matéria de segurança pública, defesa, questões militares, relações internacionais e política financeira, monetária ou económica da Comunidade ou de um Estado-membro, para

sobre o qual trabalhou Forsthoff – Thomas VESTING, «Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung», in Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 1-35. V., entre nós, Vital MOREIRA, «Nova gestão pública» e Direito Administrativo», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 142, n.º 3978, 2013, pp. 173-195.

a protecção da vida privada e da integridade do indivíduo (em articulação com a legislação comunitária relativa à protecção dos dados pessoais¹²), para os interesses comerciais das pessoas singulares ou colectivas, incluindo a propriedade horizontal, processos judiciais e consultas jurídicas ou actividades de inspecção, inquérito e auditoria, a não ser que um interesse público superior imponha a divulgação;

- ii) a consagração de um regime especial para os *documentos sensíveis*, *i. e.* os documentos emanados das instituições ou das agências por elas criadas, dos Estados-membros, de Estados terceiros ou de organizações internacionais, classificados como «Top Secret», «Secret» ou «Confidentiel», segundo as regras que se destinam a proteger os interesses públicos em matéria de segurança pública, defesa, questões militares, relações internacionais e política financeira, monetária ou económica;

¹² Não iremos desenvolver aqui, por razões de economia discursiva, o tema da *protecção de dados*, apesar de este ser, sem dúvida, um dos primeiros limites ao próprio direito de acesso a documentos. A protecção de dados tem uma ampla regulamentação no espaço europeu – é um direito garantido pelos artigos 16.º do TFUE e 39.º do TUE e que tem depois desenvolvimento nos seguintes diplomas e propostas de novos diplomas: *i*) Directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados; *ii*) Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados; *iii*) Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas), alterada pela Directiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e pela Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor; *iv*) Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção e repressão de infracções penais ou de execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados – COM(2012)10; *v*) Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral sobre a protecção de dados) – COM(2012)11.

- iii) a consagração de *medidas procedimentais* céleres, simples e eficazes para assegurar a efectividade do direito (formulação do pedido por via electrónica, decisão no prazo de 15 dias, consulta assegurada no prazo de 15 dias); e a *promoção de boas práticas* pelas instituições, que assim são encorajadas a trocar experiências e a desenvolver mecanismos e instrumentos inovadores nesta matéria.

Para além da referência ao quadro legal aparentemente simples e garantidor da eficácia do direito de acesso a documentos na UE, vale a pena analisar algumas decisões do Tribunal de Justiça para verificar a forma como este regime jurídico tem sido aplicado na prática, em especial, nos casos de *recusa de acesso* a documentos.

Em matéria de *recusa de acesso a documentos* com fundamento em ‘*prejuízo grave para o processo decisório*’ – motivo expressamente previsto no artigo 4.º/3 do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 – as normas prevêem a possibilidade de recusa do acesso sempre que a decisão ainda não tenha sido tomada e a divulgação possa afectar gravemente o procedimento decisório ou, no caso de pareceres para uso interno, a possibilidade de recusa mesmo após a tomada de decisão, excepto se um interesse público superior impuser a divulgação.

Ora, a propósito da aplicação desta excepção, o TJUE tem firmado os seguintes entendimentos:

- i) no âmbito da actividade administrativa da Comissão o direito de acesso aos documentos pode não ser tão alargado como na actividade legislativa de uma instituição da União¹³, emergindo aqui uma distinção entre a dimensão político-democrática e a dimensão administrativo-executiva, onde a proximidade em relação aos circunstancialismos, do caso concreto justifica maiores cautelas e reservas em matéria de divulgação da informação;
- ii) a limitação do acesso há-de ser devidamente fundamentada nas excepções previstas no Regulamento, bem como o respectivo âmbito pessoal, temporal e material¹⁴;
- iii) as razões que podem justificar a recusa de acesso a um documento antes de emitida a decisão não são necessariamente válidas

¹³ Cf. *caso Comissão/Technische Glaswerke Ilmenau* (Proc. C-139/07P, §60).

¹⁴ No caso *Suécia e o./API e Comissão* (Proc. C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P) pode ler-se que “quando a Comissão decide recusar o acesso a um documento cuja divulgação lhe foi solicitada, incumbe-lhe, em princípio, fornecer explicações quanto à questão de saber em que medida o acesso a esse documento poderia prejudicar, concreta e efectivamente, o interesse protegido por uma excepção prevista no artigo 4.º do Regulamento n.º 1049/2001, que essa instituição invoca” (§72).

- uma vez emitida a decisão, cabendo à Comissão fundamentar as razões para a referida extensão da recusa ao momento posterior¹⁵;
- iv) as razões para a recusa devem ser reais e não meramente hipotéticas¹⁶;
 - v) a recusa de acesso não pode fundamentar-se na protecção da ‘margem de manobra’ das delegações dos Estados nos procedimentos negociais¹⁷.

¹⁵ Cf. *caso Suécia/MyTravel e Comissão* (Proc. C-506/08, §§76, 77). Este acórdão é especialmente relevante na medida em que nele são abordadas diversas questões relativas à aplicação do Regulamento. O litígio teve início com a anulação pelo Tribunal de Primeira Instância da Decisão 2000/276/CE da Comissão, de 22 de Setembro de 1999, que declarara a incompatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e o Acordo EEE. Nessa sequência, a Comissão decidiu constituir um grupo de trabalho que juntou funcionários da Direcção-Geral (DG) «Concorrência» e do Serviço Jurídico desta instituição, com o intuito de analisar a oportunidade da interposição de um recurso do referido acórdão e apreciar as repercussões que este poderia ter nos procedimentos aplicáveis ao controlo de concentrações a outros domínios. A MyTravel solicitou acesso ao relatório, aos documentos relativos à sua preparação e aos documentos constantes do *dossier* da operação de concentração, consulta que foi recusada pela Comissão com o fundamento de se tratar de um ‘parecer interno’ cuja divulgação afectaria um processo judicial. O Tribunal de Primeira Instância, no âmbito do recurso de anulação das decisões interposto pela MyTravel, deu maioritariamente razão à Comissão. É neste seguimento que a Suécia decide interpor recurso daquela decisão judicial, questionando a aplicação que a mesma fizera do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, ao caso concreto, tendo o TJUE concluído que a Comissão teria que ter fundamentado as razões pelas quais considerava que os documentos em causa perturbavam o processo judicial e punham em causa o procedimento decisório, após a tomada da respectiva decisão.

¹⁶ Cf. *caso Turco/Conselho* (Proc. C-39/05 P e C-52/05 P, §43).

¹⁷ A questão reporta-se ao *caso Conselho/Access Info Europe* (Proc. C-280/11 P), em que o Conselho da União Europeia pediu a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 22 de Março de 2011, *Access Info Europe/Conselho* (T-233/09), através do qual havia sido anulada a decisão do Conselho de 26 de Fevereiro de 2009, que recusara à Access Info Europe o acesso a determinadas informações contidas na nota de 26 de Novembro de 2008 enviada pelo Secretariado-Geral do Conselho ao grupo de trabalho Informação, sobre a proposta de um novo regulamento relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. As informações controvertidas, relativamente às quais o Conselho negara o acesso, referiam-se à identidade dos Estados-Membros que haviam subscrito as propostas, e a referida recusa fundamentava-se na excepção do artigo 4.º/3, do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 (‘prejuízo grave para o processo decisório’ e inexistência de um interesse público superior que fundamentasse a divulgação). Segundo o Conselho, a divulgação das identidades dos Estados-Membros em causa teria reduzido a margem de manobra das delegações durante as negociações que caracterizam o processo legislativo no Conselho e teria, assim, comprometido a sua capacidade de chegar a um acordo. A Access tinha obtido vencimento no Tribunal Geral (T233/09), considerando aquele que o direito de acesso aos documentos das instituições está associado ao carácter democrático das

Com efeito, o TJUE é bastante exigente em matéria de *fundamentação da recusa do acesso*, não considerando suficiente a mera remissão para as excepções expressamente previstas no artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 1049/2001. Assim,

- i) para justificar a recusa de acesso a um documento, não basta, por exemplo, que esse documento seja relativo a um procedimento de inquérito (artigo 4.º/2 3.º travessão do Regulamento), sendo necessário que a Comissão forneça explicações sobre o modo como o acesso ao referido documento pode prejudicar concreta e efectivamente o interesse protegido pela excepção¹⁸;
- ii) mas já é admissível a referência a presunções gerais aplicáveis a certas categorias de documentos, uma vez que “considerações de ordem geral semelhantes podem aplicar-se a pedidos de divulgação respeitantes a documentos da mesma natureza”¹⁹, ou seja, sempre que o pedido de acesso em causa visar não um único documento, mas sim um conjunto de documentos pertencentes à instrução de um procedimento administrativo ou judicial, como sucede relativamente:
 - a. aos processos de controlo dos auxílios de Estado, onde as referidas presunções gerais podem resultar do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que regula especificamente a matéria dos auxílios de Estado e que contém as disposições respeitantes ao acesso a informações e a documentos obtidos no quadro do processo de inquérito e de controlo de um auxílio²⁰;
 - b. aos documentos trocados entre a Comissão e as partes no-

mesmas e que as restrições previstas no Regulamento devem ser interpretadas de forma restrita. Em recurso para o Tribunal de Justiça, o Conselho ainda alegou que o Tribunal Geral não fizera uma correcta ponderação entre os riscos que a divulgação da informação tinha para o processo decisório e o princípio da transparência, mas o Tribunal de Justiça não deu razão ao Conselho, considerando que a identidade das partes era um elemento da informação pretendida, que esta devia satisfazer ao máximo os ditames da transparência (que no procedimento legislativo são peça-chave do carácter democrático das Instituições) e que o Conselho não demonstrara a existência de um perigo concreto resultante da revelação da informação.

¹⁸ Cf. *caso Comissão/Technische Glaswerke Ilmenau* (Proc. C-139/07 P, §53).

¹⁹ Cf. *caso Turco/Conselho* (Proc. C-39/05 P e C-52/05 P, §50) e *caso Comissão/Éditions Odile Jacob* (Proc. C-404/10 P, §116).

²⁰ Cf. *caso Comissão/Technische Glaswerke Ilmenau* (Proc. C-139/07 P, §55-57) e *caso Comissão/Agrofert Holding* (Proc. C-477/10 P, §58).

- tificantes ou terceiros no quadro de um procedimento de controlo das operações de concentração entre empresas²¹;
- c. aos articulados apresentados por uma instituição no âmbito de um processo judicial²²; e
 - d. aos documentos referentes a um processo por incumprimento durante a fase pré-contenciosa²³.

Já no que respeita à *recusa de acesso a documentos de terceiros*, mais concretamente dos Estados-membros, o TJUE tem considerado que a Instituição Europeia que recusa o acesso é responsável pela ‘legalidade’ desta decisão, pelo que não pode simplesmente satisfazer a pretensão manifestada por um Estado-Membro de recusar a divulgação de um documento que provenha dele se essa oposição não estiver devidamente fundamentada ou se os fundamentos aduzidos não forem articulados com as exceções enumeradas no artigo 4.º do Regulamento n.º 1049/2001²⁴. De resto, a recomendação é no sentido de que exista um ‘diálogo’ entre a Instituição Europeia e o Estado-membros para fundamentar a decisão de facultar ou não o acesso ao documento solicitado pelo requerente²⁵.

Por último, outro caso controvertido prende-se com a recusa do acesso a documentos que continham informação em matéria de cooperação internacional e segurança pública, cuja divulgação poderia até pôr em risco a integridade física dos observadores da UE, tendo o TJUE (re)afirmado que a natureza casuística da apreciação é suficiente para acautelar os valores e interesses em conflitos²⁶.

²¹ Cf. *caso Comissão/Éditions Odile Jacob* (Proc. C-404/10 P, §123) e *caso Comissão/Agrofert Holding* (Proc. C-477/10 P, §64).

²² Cf. *caso Suécia e o./API e Comissão* (Proc. C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, §94).

²³ Cf. *caso Liga para a Protecção da Natureza e Finlândia/Comissão* (Proc. C-514/11 P, §44-49). Neste caso a Liga para a Protecção da Natureza pediu o acesso, ainda na fase pré-contenciosa, a um conjunto de documentos que constavam do *dossier* relativo ao processo por incumprimento iniciado contra a República Portuguesa, relativo ao projecto de construção da barragem do Sabor.

²⁴ Segundo o Tribunal, a Instituição Europeia deve verificar se o Estado-membro que se opõe ao acesso ao documento baseou a sua oposição nas exceções materiais previstas no artigo 4.º, n.ºs 1 a 3, do Regulamento(CE) n.º 1049/2001, bem como se fundamentou devidamente a sua posição a esse respeito, e a Comissão deve assegurar-se da existência dessa fundamentação e mencioná-la na decisão que toma no final do procedimento. Todavia, ao TJUE não compete avaliar o mérito da decisão de oposição expressa pelo Estado-membro, mas apenas verificar a existência de uma fundamentação que faça referência às exceções previstas no mencionado Regulamento – Cf. *caso IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds/Comissão* (Proc. C-135/11 P, §61-62).

²⁵ Cf. *caso Suécia /Comissão* (Proc. C-64/05 P, §88).

²⁶ A questão colocou-se no *caso Jurašinović/Conselho* (Proc. 576/12), em que o

2.2. A regulação do acesso a documentos no direito nacional

Para além dos enquadramentos jurídico-constitucional e jurídico-legal, já referidos, o direito de acesso aos documentos administrativos no plano nacional constitui uma garantia fundamental dos administrados (artigo 268.º/1 da CRP), que tem tutela administrativa (artigos 82.º a 85.º do CPA), jurisdicional (através de uma entidade administrativa independente, que funciona junto da Assembleia da República – referimo-nos à Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos-CADA)²⁷ e judicial.

Na verdade, a garantia administrativa jurisdicional do acesso a documentos administrativos assegurada pela CADA merece um destaque especial nesta nossa análise. A Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, que regula o acesso aos documentos administrativos, estipula um *princípio geral de livre acesso* aos documentos (artigo 5.º) e, à semelhança do regime europeu, prevê um conjunto de *causas legítimas de restrição* do referido direito de acesso (artigo 6.º).

Assim, o acesso a documentos administrativos pode ser negado em relação a: *i*) documentos que contenham informações cujo conhecimento seja avaliado como podendo pôr em risco ou causar dano à segurança interna e externa do Estado (artigo 6.º/1)²⁸; *ii*) matérias integradas no âmbito do

cidadão Jurašinović, de nacionalidade francesa, baseando-se na sua qualidade de cidadão da União, solicitou ao Conselho o acesso a 205 relatórios e a outros documentos elaborados no âmbito de uma missão de vigilância da Comunidade Europeia na Croácia levada a cabo durante os conflitos na ex-Jugoslávia, tendo o Conselho apenas concedido um acesso parcial a oito relatórios, fundamentando a recusa em relação aos restantes, em parte, no disposto no artigo 4.º/1a (perigo para as relações internacionais, segurança pública e integridade física dos observadores) do Regulamento (CE) n.º 1049/2001. No litígio discutiu-se ainda o facto de o Conselho ter enviado os documentos em causa para o TPI para a ex-Jugoslávia, no âmbito do processo Gotovina e co-acusados, ao abrigo do princípio da cooperação internacional com um tribunal internacional. O TJUE deu razão ao Conselho, esclarecendo na decisão que para considerar que a recusa é legítima o Tribunal Geral não precisa que os documentos lhe sejam apresentados, que a recusa não exige que os documentos sejam formalmente qualificados como sensíveis para efeitos do disposto no artigo 9.º do Regulamento e que a circunstância de terem sido disponibilizados para o processo do TPI não significava que o tivessem sido ao abrigo do regime regulado pelo Regulamento (CE) n.º 1049/2001, pelo que não fazia sentido falar aqui em discriminação ou desigualdade de tratamento.

²⁷ O Regulamento Orgânico da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA) foi aprovado pela Lei n.º 10/2012, de 29 de Fevereiro.

²⁸ Estes documentos ficam sujeitos a interdição de acesso ou a acesso sob autorização, durante o tempo estritamente necessário, através da classificação nos termos de legislação específica.

segredo de Estado (artigo 6.º/2)²⁹ e do segredo de justiça³⁰; *iii*) inquéritos e sindicâncias até ao decurso do prazo para eventual procedimento disciplinar (artigo 6.º/3); *iv*) documentos preparatórios de uma decisão ou constantes de processos não concluídos até que a mesma seja tomada (artigo 6.º/4)³¹; *v*) documentos nominativos, *i. e.* documento administrativo que contenha, acerca de pessoa singular, identificada ou identificável, apreciação ou juízo de valor, ou informação abrangida pela reserva da intimidade da vida privada (*ex.* informações sobre saúde, vida sexual, convicções filosóficas, políticas, religiosas ou sindicais), salvo se o requerente estiver munido de autorização escrita da pessoa a quem os dados digam respeito ou demonstrar interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade (artigo 6.º/5)³²; *vi*) documentos administrativos que contenham segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa, salvo se o requerente estiver munido de autorização escrita desta ou demonstrar interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade (artigo 6.º/6).

E tal como fizemos em relação ao direito europeu, parece-nos importante analisar a forma como a CADA tem interpretado o âmbito das excepções ao direito de acesso aos documentos.

No que respeita ao *acesso a documentos que contenham ‘segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa’* o requerente tem de fazer prova da preponderância do interesse legítimo em aceder à informação contemplada nos documentos (uma ponderação que é realizada segundo a metódica do princípio da proporcionalidade) e a entidade administrativa tem de justificar a recusa, limitando-a ao estritamente necessário para a salvaguarda do segredo protegido (a divulgação parcial da informação é, em regra, uma medida importante para assegurar a concordância prática entre os valores conflitantes).

Alguns dos casos analisados pela CADA reportam-se a matérias de contratação pública, casos em que aquela entidade entende existir um espe-

²⁹ Matéria actualmente disciplinada pela Lei orgânica n.º 2/2014, de 6 de Agosto.

³⁰ Matéria regulada no artigo 86.º do Código de Processo Penal, preceito cuja última redacção actualizada é a que resulta da Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto.

³¹ A lei prevê expressamente que neste caso o acesso possa ser diferido até à tomada de decisão, ao arquivamento do processo ou ao decurso de um ano após a sua elaboração.

³² Vale a pena lembrar que a protecção dos dados pessoais é igualmente um valor protegido no plano constitucional – artigo 26.º da CRP, direito à reserva da intimidade da vida privada – e legal – artigo 18.º do Código do Procedimento Administrativo, princípio da protecção dos dados pessoais.

cial dever de transparência, como afirmou nas seguintes decisões: *i*) pedido de acesso a documentos do ICP-ANACOM por parte de uma investigadora que pretendia dados referentes às empresas de telecomunicações para a preparação de um estudo de doutoramento (Parecer 44/2002); *ii*) obrigação de o Instituto do Cinema e do Audiovisual (ICA) facultar dados sobre concursos (“envolvendo quer elementos apresentados por outros candidatos quer produzidos pelos peritos e jurados que intervêm na avaliação”) e contratos celebrados entre o ICA e as personalidades ou entidades beneficiárias (Parecer 186/2008); *iii*) pedido de um jornalista ao Secretário Regional do Plano e Finanças de cópia do contrato de concessão celebrado em 1987 pela Região Autónoma da Madeira com a Sociedade de Desenvolvimento da Madeira (SDM) e de eventuais alterações posteriores (Parecer 421/2014); *iv*) solicitação à Câmara Municipal de Alcanena da “cópia simples do acordo (...) firmado entre a Câmara Municipal e a Austra, que alterara os termos do contrato de concessão” (Parecer 121/2015).

Já em matéria de *acesso a documentos nominativos* registamos também algumas notas curiosas: *i*) em regra exclui-se o acesso a documentos que contenham informação referente à reserva da intimidade da vida privada (*ex.* saúde, vida sexual, convicções políticas, religiosas ou sindicais); *ii*) mas admite-se o acesso a dados sobre a saúde das pessoas falecidas por parte dos familiares quando estes pretendam intentar acções judiciais (Parecer 122/2015), sendo mais controvertida a divulgação dessa informação às empresas de seguros para efeitos de atribuição ou não de um seguro de vida (parecer 121/2015); *iii*) em regra admite-se também a divulgação de documentos que apenas contenham dados de identificação (*ex.* número do cartão do cidadão, número de identificação fiscal e também o CV) (Parecer 116/2014); *iv*) assim como a regra é igualmente de admitir a divulgação de documentos com ‘dados funcionais’, como a avaliação do desempenho do funcionário, o registo de faltas ao trabalho, a folha de remunerações (incluindo suplementos remuneratórios), sempre que esteja em causa o pagamento com dinheiros públicos (Pareceres 92/2006, 258/2007, 405/2010 e 124/2015).

Por último, em matéria de *garantia judicial* do acesso à informação e documentos administrativos, a lei é também bastante efectiva em matéria de garantia do acesso (da “transparência”). Desde logo com a consagração no Código do Processo nos Tribunais Administrativos de um meio processual principal e urgente – a intimação para a prestação de informações, consulta de documentos e passagem de certidões (artigos 104.º a 108.º do CPTA) – nos termos do qual o tribunal pode intimar a entidade administrativa competente a cumprir o direito de acesso aos documentos ou registos

solicitados num prazo máximo de 10 dias³³.

No que respeita à jurisprudência sobre este tema, destacamos a circunstância de valerem neste domínio, como é óbvio, os limites materiais impostos ao direito de acesso aos documentos, previstos no já mencionado artigo 6.º da Lei n.º 46/2007, ou seja, este meio processual não poder ser utilizado para obter uma informação administrativa ou o acesso a um documento administrativo nos casos em que a lei prevê que esse direito de acesso seja restringido³⁴. Por outro lado, a via judicial pode ser utilizada sem necessidade de recurso prévio para a entidade administrativa independente³⁵. Por último, embora o direito europeu imponha especiais exigências em matéria de transparência no domínio da contratação pública³⁶, o STA parece sufragar uma interpretação mais restritiva daquele princípio, em particular quando delimita o âmbito subjectivo de aplicação do regime jurídico de acesso a documentos administrativos³⁷.

Em suma, verificamos que boa parte dos pedidos referentes ao acesso a documento e a informação administrativa não tem como objectivo esclarecer o administrado lesado ou potencialmente lesado por previsíveis decisões administrativas, mas sim uma estratégia de gestão de informação (e de expectativas) maioritariamente em áreas de relevante interesse económico. No direito europeu as decisões reportam-se, sobretudo, aos temas dos auxílios de Estado, concorrência e acções de incumprimento, em que

³³ A doutrina é crítica relativamente ao 'alcance' deste meio processual – *v.*, por todos, VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 13.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 241.

³⁴ Cf. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25 de Março de 2015 (Proc. 179/2015). Solução que foi, de resto, reiterada na recente modificação legislativa da Lei n.º 46/2007 e do CPTA, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.

³⁵ Cf. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 8 de Janeiro de 2015 (Proc. 1324/2014).

³⁶ Cf. caso *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia V. Administración General del Estado (Correos)* (Proc. C-220/06, §75-77).

³⁷ Cf. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 30 de Maio de 2012 (Proc. 263/2012), onde aquele tribunal considerou que: "(...)

II - As «empresas públicas» tidas pelo art. 4º, n.º 1, al. d), da LADA como possuidoras de «documentos administrativos» são somente aquelas que primariamente emanam do Estado, das regiões ou das autarquias. III - As empresas públicas criadas por outras só são, para efeitos da LADA, entidades detentoras de documentos administrativos se couberem na hipótese prevista no n.º 2 do art. 4º desse diploma. IV - Assim, um ACE criado por empresas públicas e que não prossegue a satisfação de necessidades de interesse geral não tem, nos termos da LADA, de facultar a uma sociedade que consultara – aliás, no âmbito de um procedimento pré-contratual que correu sob regime privado – a documentação explicativa de haver contratado com outrem.”

os agentes económicos buscam a vigilância relativamente ao respeito pelo princípio da igualdade, bem como o acesso a informação dos concorrentes.

Uma última nota para dar conta de que também no *regime especial de acesso à informação ambiental*³⁸ não encontramos novidades assinaláveis que nos permitam concluir que este direito de acesso à informação transmutou a cidadania administrativa como se de um “impulso reformador” se tratasse. Talvez porque para nós esta transmutação deva corresponder a uma modificação expressiva do comportamento geral e não apenas a fenómenos de organização e actuação de *lobbies*, como é de resto característico no domínio ambiental³⁹. De resto, neste domínio, como em geral, nem sempre é fácil para o tribunal julgar os litígios referentes ao âmbito do acesso à informação, pois apesar de a maior parte da doutrina alegar que a maximização da transparência é um bem a prosseguir *a se*, a verdade é que nos procedimentos existem diversos momentos cuja revelação, mesmo depois de tomadas as decisões, pode não ser necessariamente benéfica para a boa execução das políticas, sem que a manutenção da confidencialidade se possa considerar, em si, uma ameaça à boa governação ou mesmo ao aprofundamento da democracia. Um juízo de previsibilidade sobre o uso da informação também pode ser um elemento importante para a correcta aplicação do direito⁴⁰.

³⁸ Recorde-se que o *direito de acesso à informação ambiental* ganha consagração especial expressa na Convenção de Aarhus – Convenção da Comissão Económica para a Europa das Nações Unidas (CEE/ONU) sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente, adoptada em 25 de Junho de 1998 e que entrou em vigor em 30 de Outubro de 2001, após a ratificação por 16 países membros da CEE/ONU e pela União Europeia, conforme o previsto no respectivo artigo 20.º. Para facilitar a respectiva interpretação e aplicação, a ONU publicou, em 2000, o Guia de implementação da Convenção, disponível em <http://www.unece.org/env/pp/acig.pdf>.

Esta matéria seria posteriormente regulada, no nível europeu, pela Directiva 2003/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2003, relativa ao acesso do público às informações sobre ambiente, que revoga a Directiva 90/313/CEE do Conselho, e, no plano nacional, pela Lei n.º 19/2006, de 12 de Junho.

³⁹ Em sentido contrário, enaltecendo as potencialidades deste instrumento normativo no contexto da participação ambiental e das modificações operadas no contexto dos procedimentos administrativos *v.* Jens-Peter SCHNEIDER, «Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren», in Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 574-578.

Entre nós, a jurisprudência nacional não tem sido chamada a pronunciar-se sobre o âmbito de aplicação destas normas, podendo sublinhar-se apenas o acórdão do STA, de 7 de Janeiro de 2009 (Proc. 848/08), no qual se esclareceu que entre o leque de ‘obrigados a prestar informações’ se incluem também os concessionários.

⁴⁰ Em particular quando alguns operadores económicos ou *lobistas* pretendem aceder a documentos que fazem parte dos trabalhos preparatórios de legislação, mais

III. A DISPONIBILIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO – OS RISCOS ASSOCIADOS À ‘COMUNICAÇÃO’ DA INFORMAÇÃO

A disponibilização da informação constitui para muitos, como temos vindo a sublinhar, um instrumento de aprofundamento da democracia, uma vez que ‘facilita o debate público’ das questões, o qual passa a desenvolver-se entre actores mais informados. Mas será mesmo assim?

Na verdade, temos inúmeras dúvidas quanto à bondade do raciocínio silogístico em que o acesso a mais informação tem como resultado pessoas mais informadas ou que pessoas com mais informação sejam cidadãos mais comprometidos. Desde logo, um dos postulados para o sucesso desta premissa é o de que todos os indivíduos tomam decisões a partir de escolhas racionais, algo que é válido quando se trata de elaborar regras jurídicas, ou seja, quando estamos no plano axiológico-normativo, mas que está muito distante da realidade, como as teorias comportamentais demonstram e as novas abordagens regulatórias, baseadas em estímulos, orientações, *guidance*, indução, etc., explicam.

Aliás, alguns sugerem que esta nova forma de regulação pode e deve ser utilizada pelo poder político na promoção de formas de ‘paternalismo *soft*’ em matérias que são fundamentais ao bem-estar dos cidadãos, mas que estes não adoptam atempadamente pela circunstância de a sua ‘arquitetura de decisão’ estar orientada apenas para o curto prazo, algo que não é modificável pela divulgação da informação e do conhecimento⁴¹.

Assim, parece-nos importante assinalar, ainda que de forma tópica, algumas reflexões sobre este tema.

Em primeiro lugar, mais informação não é, necessariamente, positivo:

- i) a divulgação de mais informação não é, em regra, sinónimo de se obter mais informação, desde logo porque muitas vezes essa

concretamente, aos contributos que as entidades administrativas deram para a formulação final do texto legislativo. Veja-se o caso *Flachglas Torgau GmbH contra Bundesrepublik Deutschland* (Proc. C-204/09).

⁴¹ Cf, por todos, Richard THALER & Cass SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Penguin Books, 2009 e Cass SUNSTEIN, *Why Nudge?: The Politics of Libertarian Paternalism: The Storrs Lectures*, Yale University Press, 2015.

Sunstein dá como principal exemplo o problema dos sistemas de reformas nos EUA, em que as escolhas dos trabalhadores são determinantes sobre o respectivo futuro e o modo como essas escolhas não modificam, mesmo quando as entidades empregadoras, no contexto de políticas activas de responsabilidade social, proporcionam aos trabalhadores sessões de informação e esclarecimento sobre as melhores opções.

informação é técnica e os seus destinatários não possuem os conhecimentos necessários para interpretar a informação que lhes chega – pense-se na divulgação da composição química de alimentos ou medicamentos e no número de destinatários que serão capazes de retirar desta informação o conhecimento que procuram (saber se é muito ou pouco calórico ou a que doenças se destina);

- ii) mesmo quando a informação é aparentemente não técnica, ela ainda é susceptível de carecer de ‘instrumentos próprios’ para a respectiva compreensão – pense-se na transmissão em directo pela televisão de julgamentos em matéria penal ou cível e o impacto que essa transmissão tem quando os destinatários desconhecem as regras e os princípios legais em matéria de valoração da prova, de avaliação do grau de culpabilidade do agente ou mesmo de imputação de um resultado;
- iii) a divulgação de muita informação pode dificultar a escolha, em vez de a facilitar, aumentando os *custos de oportunidade*⁴² – pense-se na actual tendência para o excesso de informação na rotulagem dos produtos, que bombardeia os consumidores com informação ‘útil’ sobre os efeitos que um produto tem para a sua saúde (calorias, corantes, produtos químicos), para o ambiente (produzido de forma sustentável ou não) em termos de responsabilidade social (produto fabricado em empresas que respeitam o trabalho digno) em termos intergeracionais (este produto respeitou o uso sustentável da água);
- iv) a divulgação de informação é muitas vezes uma mera formalidade, uma vez que o destinatário não tem poder para modificar a situação – pense-se na informação que consta em diversos contratos de adesão (ex. seguro automóvel, crédito bancário, etc.) ou, mais recentemente, nos contratos que subscrevemos ao adquirir *software* ou outros produtos digitais em que nem sequer temos um interlocutor físico.

⁴² Sunstein fala mesmo na ‘maldição da escolha’ e no aumento do bem-estar individual a partir da opção “escolher não escolher” ou pela delegação desse poder de escolha em terceiros (sejam os nossos representantes políticos, os nossos amigos, os nossos gerentes de conta, etc.) ou ainda pelas soluções em que a escolha é subsidiária de uma solução que é dada por regras pré-estabelecidas. O autor conclui, a partir de diversos casos de estudo, que a escolha normativa por defeito é mais eficiente e potenciadora do bem-estar individual do que os sistemas de escolha activa, pelo que o mais importante é regular de forma conveniente estes mecanismos, à semelhança do que acontece, por exemplo, com os contratos de adesão – v. Cass SUNSTEIN, *Choosing not to Choose. Understanding the Value of Choice*, Oxford University Press, 2015.

Por outro lado, a mediação na transmissão da informação não é, necessariamente, positiva:

- v) muito se tem discutido sobre o papel dos *media* na transmissão da informação e no modo como hoje estes actores poderosíssimos podem manipular a opinião pública e contribuir para melhores sociedades ou piores sociedades, embora seja igualmente relevante avaliar os resultados da interposição de outros meios de informação e divulgação de informação (blogs, redes sociais, relatórios publicados em sítios oficiais de ‘entidades produtoras de opinião’ como a OCDE, o FMI, e as agências nacionais de estatística⁴³, *opinion makers*), os quais usando como suporte a Internet conseguem vencer as barreiras que tradicionalmente eram impostas pela regulação nacional da comunicação social;
- vi) mesmo quando a intenção é transmitir *informação sobre e para a cidadania* não é possível encontrar formas de comunicação neutras – veja-se a discussão sobre as dificuldades e os riscos em promover a partir das instituições públicas a educação para a cidadania, a educação ambiental, a educação sexual nas escolas e outros catalisadores de cidadania;
- vii) e até *na transmissão de informação simplificada* os desafios e as dificuldades são em regra muitas e assinaláveis – veja-se o resultados das tentativas de comunicar o conteúdo de actos legislativos em linguagem acessível ou a divulgação de informação oficial sobre estatísticas, endividamento público ou outros dados de literacia financeira.

Assim, é nossa opinião que a veiculação de mais informação *em si*, sendo positiva, não pode ter como consequência as transformações que a ciência política contemporânea lhe pretende imputar pelas razões antes assinaladas e que, em nosso entender, são suficientes para considerar que uma mudança de paradigma é ainda muito arriscada. O que podemos concluir daqui é que o processo regulatório pode ficar enriquecido se ‘os legisladores e decisores’ souberem integrar os contributos dos agentes no terreno de forma inteligente nas modificações normativas futuras e se nesse procedimento existir a transparência suficiente para se avaliar a diferença entre assimilação de contributos e captura. Mas imaginar que a sociedade civil

⁴³ Sobre o papel destas entidades no actual contexto da *governance*, funcionando como agentes legitimadores da ‘cientificidade’ do discurso político, v. Diane STONE, «Agents of Knowledge», David LEVI-FAUR, *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2012, pp. 339-352.

como um todo se pode mobilizar de forma útil para participar activamente na regulação geral é uma utopia.

IV. O PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

Para muitos autores a transparência está intimamente associada à ‘boa governação’, pois ao aumentar a vigilância sobre os decisores políticos e administrativos consegue-se um estímulo à adopção de decisões imparciais. Mais, alguns vêem na transparência uma nova dimensão do princípio democrático, que permite superar a confiança perdida em institutos tradicionais, em especial no domínio da democracia representativa⁴⁴, ao aumentar a intensidade do controlo (*accountability*). Por essa razão, o artigo 41.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, onde se consagra o ‘direito a uma boa administração’, contempla inúmeras refracções do princípio da transparência, em particular o já analisado direito de acesso a documentos (artigo 41.º/2b da CDFUE). O legislador nacional, por seu turno, aditou recentemente ao Código do Procedimento Administrativo o princípio da boa administração (artigo 5.º), embora lhe tenha dado um sentido diverso daquele que se encontra no direito europeu, pois do seu conteúdo resulta mais uma ideia de eficiência, desburocratização e simplificação administrativa do que uma ideia de transparência.

Mas a transparência não é apresentada apenas como um instrumento de melhoria da qualidade das decisões públicas. Pelo contrário, ela surge também em ambientes de regulação privada, sendo aí apresentada como um contributo essencial para comportamentos éticos. Veja-se o caso da norma internacional ISO 26000 sobre a responsabilidade social das empresas⁴⁵ e dos princípios da OCDE em matéria de governo das sociedades (*corporate governance*), onde se dá especial ênfase à divulgação de informação⁴⁶.

Neste particular, os autores acreditam que a transparência é essencial para a eficiência da economia, pois a divulgação de informações e os

⁴⁴ Não trataremos nesta sede o tema da transparência associada ao financiamento dos partidos políticos, mas destacamos a sua importância e actualidade, quer no domínio do combate à corrupção, quer em geral na elevação e garantia da qualidade das decisões políticas e aumento da confiança no sistema político – por todos Jürgen BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, *ob. cit.*, pp. 69ss.

⁴⁵ Cf. ISO 26000 - *Social responsibility*, disponível em <http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>.

⁴⁶ Cf. OCDE, *OECD Os Princípios da OCDE sobre o Governo das Sociedades*, 2004, disponível em <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/33931148.pdf>.

procedimentos concorrenciais abertos e transparentes são o motor da concorrência justa, que permite o aumento dos operadores nos mercados, o investimento e a redução dos preços finais⁴⁷. Embora este não seja um tópico que possamos aprofundar aqui, não podemos deixar de expressar algumas reservas em relação a estas conclusões, na medida em que alguns ganhos de eficiência acabam por se perder com o aumento dos custos de transacção associados à emergência de novas actividades (organização dos interesses e das estratégias de comunicação – *lobbies*) e maior litigância.

Mais relevante, contudo, para o que nos propusemos discutir neste texto, é a forma como a transparência pode influenciar a efectivação ou realização dos direitos fundamentais e a associação entre este tópico e o aprofundamento da *cidadania financeira*.

A doutrina sublinha a este propósito que a transparência torna os cidadãos mais ‘poderosos’, permitindo-lhes fazer melhores escolhas em matéria de educação, acesso à saúde ou mesmo no direito a um ambiente saudável, ao mesmo tempo que lhes permite reagir de forma mais efectiva contra actos das entidades públicas que contendam com estes direitos, contestando os argumentos apresentados e/ou impondo, pela via judicial, o restabelecimento dos direitos violados⁴⁸. Ora, sem negar ou contrariar totalmente estes postulados, não podemos deixar, contudo, de sublinhar que é igualmente importante estabelecer e disciplinar os limites que devem estar subjacentes a este ‘incremento do poder’ dos cidadãos:

- i) em primeiro lugar, a transparência não deve ser instrumentalizada para o desenvolvimento de uma *sociedade voyeurista* em que cada um procura conhecer tudo sobre os outros para gerir essa informação em benefício próprio, seja nas relações jurídico-privadas (veja-se o caso da utilização das redes sociais no contexto das relações jurídico-laborais ou mesmo os ‘excessos’ da jurisprudência no contexto das acções de investigação de paternidade, que a pretexto da garantia do direito à autodeterminação da identidade pessoal acolhe maioritariamente pretensões motivadas por razões económicas⁴⁹), seja nas relações jurídicas de direito público

⁴⁷ Cf. Anoeska BUIJZE, «The Six Faces of Transparency», *ob. cit.*, pp. 7.

⁴⁸ Cf. Anoeska BUIJZE, «The Six Faces of Transparency», *ob. cit.*, pp. 7-8.

⁴⁹ São inúmeros os exemplos em que os tribunais consideram que o direito a obter a verdade biológica é parte integrante do direito de personalidade e que como tal deve ser assegurado judicialmente, independentemente da vontade do progenitor e sem tomar em consideração outros aspectos, como a idade do requerente ou o tempo já decorrido entre a obtenção da informação sobre os indícios e o início do procedi-

em matérias de interesse económico (as empresas muitas vezes instrumentalizam a transparência para ter acesso a informações confidenciais em áreas de segredo industrial ou empresarial), isto significa que à medida que se desenvolvem os instrumentos de acesso e divulgação da informação é também importante buscar as soluções que garantam a melhor concordância prática entre a protecção da transparência e a protecção dos espaços de reserva, intimidade, segredo e ou confidencialidade⁵⁰;

- ii) em segundo lugar, a transparência também não pode ser reconduzida a um instrumento promotor de uma *cidadania de inveja*, ou seja, um modelo de sociedade onde o controlo do princípio da igualdade se transforma num objectivo em si, levando a que as pessoas transformem em medida do seu bem-estar o acesso a condições iguais às de outros, esgotando boa parte da respectiva energia pessoal na investigação dos benefícios, direitos e até pequenas regalias de que beneficiem os seus concidadãos, vizinhos, colegas de trabalho ou de escola – não deve confundir-se a proibição de um tratamento discriminatório com a garantia de um tratamento igual, até porque em muitos casos o circunstancialismo concreto é o único que permite adoptar as melhores soluções, não sendo possível esgotar em regimes legais positivados todas as circunstâncias (a transparência não deve ser entendida como um instrumento normativo que no âmbito do direito à saúde permite a um doente questionar o tratamento ou o medicamento dado a outro doente mas que lhe é negado a si, ou que no âmbito do acesso à educação permita pôr em causa decisões como a integração ou não no regime de aluno com necessidades educativas especiais – estas continuam a ser ‘decisões tomadas no âmbito do espaço de valoração e avaliação que é próprio da função de ad-

mento. Todavia, optamos por dar especial destaque neste caso, pela positiva, à decisão do TEDH no *caso Odièvre v. France* (Application no. 42326/98), no qual o tribunal, em decisão tomada por 10 votos contra 7, considerou que a lei francesa do regime do “parto anónimo” não consubstancia uma violação do artigo 8.º da CEDH, na medida em que é uma garantia para a ‘mãe’, que assim pode ter a criança em condições clinicamente adequadas, e cujo direito a não ser identificada como tal merece a mesma protecção no âmbito da reserva da vida privada que o direito da filha em perseguir a verdade biológica do seu passado.

⁵⁰ Bröhmer refere diversos exemplos a este propósito, incluindo os denominados procedimentos *in-camera*, através dos quais se asseguram actividades de controlo preventivo e ou de fiscalização de actividades privadas que contemplam soluções protegidas pelo segredo comercial, industrial ou empresarial – *v.*, por todos, Jürgen BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip, ob. cit.*, pp. 196ss (244).

- ministrar', que por isso têm a sua margem de discricionarieidade própria e que o princípio da transparência não pode pretender neutralizar);
- iii) em terceiro lugar, a transparência também não deve ser instrumentalizada pelas entidades públicas para a sua desresponsabilização no contexto de uma *sociedade de escolha livre*, ou seja, a passagem de serviços públicos prestados por uma única entidade (pública, operador interno ou concessionário) para regimes de concorrência entre operadores acreditados (*i. e.*, para um ambiente de mercado que transmuta os administrados em consumidores) impõe alguns deveres e obrigações fundamentais ao Estado, as quais não se limitam, no contexto do Estado garantidor, a assegurar o acesso dos clientes vulneráveis a esses serviços, ditando antes novas actividades de protecção dos interesses dos consumidores, em especial deveres de informação e de aconselhamento⁵¹;
 - iv) por último, não escondemos o receio de que este 'novo poder' dos cidadãos, que é garantido pela transparência e pelo aumento da informação e a facilitação no acesso à mesma, não possa conduzir

⁵¹ Este é outro (sub)tema que, embora não tendo a possibilidade de o desenvolver nesta sede, não podemos deixar de assinalar a sua existência e importância. Com efeito, no domínio dos serviços de interesse económico geral existem algumas expressões destes *novos deveres públicos*, como acontece no caso da electricidade e do gás com as regras em matéria de mudança de comercializador – designação de um operador logístico que opera sob regulação da ERSE (artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 72/2006, de 23 de Agosto) – ou com o regime de passes em matéria de mobilidade urbana – Portaria n.º 951/99, de 29 de Outubro, alterada pela Portaria n.º 102/2003, de 27 de Janeiro.

Mas há ainda muito a fazer, não só no domínio dos serviços de interesse económico geral, onde subsistem diversas assimetrias informativas prejudiciais para os consumidores, em particular no domínio das telecomunicações, onde é difícil gerir a informação em matéria de tarifários e onde subsistem obrigações de fidelização de duvidosa legalidade.

Há hoje problemas mais graves que se avizinham no âmbito dos serviços de interesse geral com a introdução de regimes mistos público-privados na área da educação e da segurança social. Na primeira porque os dados têm revelado que não obstante a multiplicação de sistemas de indicadores no controlo da qualidade – ex. regime PISA – ainda subsistem muitas falhas de regulação e inúmeras assimetrias informativas que levam os pais, sobretudo em áreas metropolitanas onde a oferta é mais variada, a gastos desnecessários com a educação dos filhos e dos próprios. No segundo caso porque é muito difícil, no contexto da actual (des)regulação dos sistemas financeiros, dar segurança aos investimentos das poupanças em produtos de mercado que permitam mais tarde assegurar o rendimento substitutivo do trabalho. E a questão não é diferente quando falamos de sistemas privados de seguros de saúde – a intervenção activa e responsável do Estado nestes domínios, combatendo as assimetrias informativas e assegurando um funcionamento correcto dos agentes privados é hoje uma das mais elementares dimensões de justiça dos nossos tempos.

a uma crescente judicialização das políticas públicas, com riscos sérios para o bom funcionamento do Estado de Direito⁵².

Os autores sublinham a este propósito que a transparência torna os cidadãos mais ‘poderosos’, mas se testarmos na prática o uso que os mesmos fazem desse ‘poder’ não encontramos – cremos – exemplos que nos permitam exaltar as virtudes cidadãs que muitos tentam imputar a estes novos instrumentos, mas apenas as tradicionais acções dos grupos de interesses, *lobbies* e representantes de minorias activistas.

Se procurarmos, por exemplo, os frutos deste acesso à informação e abertura à participação no plano europeu, verificamos que, mais uma vez, à semelhança do que já havíamos concluído a propósito da análise dos casos de acesso a documentos, quem se mobiliza são os que têm interesses que consideram não estar devidamente representados pelas maiorias que compõem as Instituições constituídas sob o modelo da democracia representativa, ou então os que defendem interesses egoístas, em regra de natureza económica, não sendo possível afirmar que estas iniciativas, em ambos os casos (acesso a documento e iniciativas legislativas), são representativas ou expressivas de *uma nova cidadania participativa*.

Com efeito, no plano europeu registamos até à presente data três iniciativas no âmbito do artigo 11.º/4 do Tratado da União Europeia⁵³: i) a *Right2Water* (“A água e o saneamento são um direito humano! A água é um bem público, não uma mercadoria!”), registada em 10 de Maio de 2012, deu origem à Comunicação de 2014⁵⁴, onde a Comissão pouco adianta em relação à regulamentação já existente, limitando-se a reafirmar que a Directiva-quadro da Água já responde às preocupações relativas à sustentabilidade e ao uso racional daquele recurso, que os fundos comunitários têm desempenhado um papel importante no que respeita à construção de sistemas de abastecimento de água e saneamento e, no que era o essencial

⁵² Para maiores desenvolvimentos *v.* o que dissemos em «O princípio da razoabilidade», Carla AMADO GOMES / Ana Fernanda NEVES / Tiago SERRÃO, *Comentários ao Novo CPA*, aafdl, 2015 (em publicação).

⁵³ O artigo 11.º/4 do Tratado da União Europeia foi aditado com o Tratado de Lisboa e contempla um mecanismo de participação directa através de iniciativa cidadã no procedimento legislativo europeu. “Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão Europeia a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar os Tratados”. O procedimento consta do Regulamento (UE) n.º 211/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à Iniciativa de Cidadania.

⁵⁴ Cf. COM(2014) 177 final.

do pedido da cidadania, nega qualquer alteração em relação ao princípio da neutralidade, afirmando que as directivas da contratação pública e a directiva serviços são suficientes e adequadas para assegurar os direitos reivindicados pelos cidadãos; *ii*) a *One of Us* (“Um de Nós”), registada em 11 de Maio de 2012, deu igualmente origem a uma Comunicação em 2014⁵⁵, na qual a Comissão sublinhou que a dignidade humana é um valor que compromete a União e que está subjacente a todas as suas decisões e políticas, mas que apesar disso não era possível aceder ao pedido formulado para que “(...) a UE não financie investigação subsequente ao estabelecimento de linhas de células estaminais embrionárias humanas. Tal deve-se ao facto de a Comissão ter formulado a sua proposta tendo em conta as considerações de ordem ética, os potenciais benefícios para a saúde e o valor acrescentado do apoio a nível da UE para todos os tipos de investigação sobre células estaminais. Esta proposta foi adoptada pelo colegislador, ou seja, o Parlamento Europeu e o Conselho, com base num acordo obtido democraticamente durante as negociações interinstitucionais” – em suma, trata-se de um regime que beneficia de uma legitimidade alargada e de uma legitimidade científico-técnica que deixa sem base de fundamentação o pedido da cidadania; por último, *iii*) a *Stop Vivisection*, registada em 22 de Junho de 2012, deu origem a uma Comunicação de 2015⁵⁶, na qual a Comissão explica também a impossibilidade de atender às pretensões dos peticionantes no sentido de abandonar a experimentação em animais, alegando que a mesma é essencial à investigação científica e que os princípios éticos são assegurados pela Directiva 2010/63/UE.

O cenário a nível internacional parece ser um pouco mais promissor no domínio da ‘cidadania financeira’. Renaud Bourget dá-nos conta de algumas experiências bem-sucedidas no plano dos referendos fiscais suíços e de alguns casos em matéria de orçamentos participativos em diversos pontos do mundo⁵⁷. Apesar de reconhecermos que este pode ser um domínio interessante para explorar melhor no contexto do aprofundamento da participação democrática – não em matéria de referendos fiscais, que são proibidos em muitos ordenamentos jurídicos, como acontece entre nós pelo artigo 115.º/4b da Constituição da República Portuguesa, mas sim em matéria financeira – vale a pena lembrar que em matéria de orçamentos participativos

⁵⁵ Cf. COM(2014) 355 final.

⁵⁶ Cf. C(2015) 3773 final.

⁵⁷ Cf. Renaud BOURGET, «Prolégomènes à L’Étude de L’Émergence de la Notion de Participation en Finances Publiques», Guglielmi / Zoller, *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2014, pp. 163-197.

estaremos sempre a falar no domínio financeiro local⁵⁸, um nível que sendo importante em matéria de *accountability* é porém pouco abrangente para as ambições desta nova cidadania fundada na transparência e na participação e, pela suas limitações intrínsecas, não tem viabilidade para se estender ao domínio nacional, apesar de contar já com alguma organização estruturada no plano global⁵⁹.

V. NOTAS CONCLUSIVAS

Em suma, nem contestamos as vantagens e virtudes da vida num ambiente democrático, livre e transparente, nem a necessidade de assegurar o acesso à informação, combater as decisões arbitrárias, opacas e infundadas, melhorar a *accountability* de entidades políticas e político-administrativas, assim como de estimular formas activas de cidadania participativa e de organizar as cadeias de distribuição de informação, e ainda de regular o acesso a informação sensível, nominativa e que contenda com valores essenciais, como a reserva da vida privada, o segredo de Estado e as necessárias dimensões de confidencialidade no âmbito económico e empresarial.

Todavia, não alinhamos com aqueles que vêem na transparência uma solução revolucionária, capaz de modificar a cidadania tal como a conhecemos, tornando as nossas sociedades democráticas mais dependentes de instrumentos de participação activa, alargando o leque de matérias onde se premeia a liberdade de escolha individual em detrimento da escolha pública e onde o espaço para a liberdade se amplia. Pelo contrário, desconfiamos da bondade intrínseca destas propostas e da sua capacidade de contribuir para um aumento do bem-estar individual e para a transformação da Sociedade.

A nosso ver, os desafios próximos nesta matéria passam antes pela ‘boa regulação’ do acesso à informação⁶⁰, nos planos normativo, adminis-

⁵⁸ Sobre as virtudes deste instrumento de democracia directa no contexto da sustentabilidade da dívida pública e do equilíbrio orçamental dos municípios *v.* FELD & KIRCHGASSNER, «Does Direct Democracy Reduce Public Debt?» Evidence from Swiss Municipalities», *Public Choice*, 2001/109, pp. 347-370.

⁵⁹ Veja-se a proposta da ONG *Participatory Budgeting Project* - <http://www.participatorybudgeting.org/>.

⁶⁰ A *gestão da transparência* é hoje crucial à nossa existência colectiva no contexto da Sociedade Ocidental, seja em termos de garantia da nossa segurança (ex. em matéria de terrorismo), da nossa sustentabilidade financeira (ex. em matéria de troca de informações fiscais) e do nosso desenvolvimento futuro (ex. em matéria de acesso à informação ambiental ou de gestão de patentes) – *v.*, por todos, Christopher HOOD & David HEALD, *Transparency: The Key to Better Governance?*, Oxford University Press, 2006.

Suzana Tavares da Silva

trativo e judicial e pelo desenvolvimento de instrumentos para a efectivação do dever público de cuidado em relação às soluções de liberdade de escolha que são apresentadas aos cidadãos quando se trata de matérias com impacto relevante no respectivo bem-estar. Já no plano da ‘boa governação’, acreditamos que a auto-regulação é suficiente sempre que estejam asseguradas a liberdade de expressão e de informação e que os instrumentos de autogoverno, como o orçamento participativo, são experiências positivas dentro de contextos necessariamente limitados, pelo que insuficientes para dinamizar a anunciada revolução.