



Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

PARECER: 44/96

96.07.04

RECLAMANTE: J.B.L. - Gabinete de Arquitectura de Joaquim Bento Lousan, Ld^a

ENTIDADE RECLAMADA: Câmara Municipal do Porto

ASSUNTO: Reclamação apresentada por acto tácito de indeferimento do

Presidente da Câmara Municipal do Porto, com vista à formação

de acto recorável contenciosamente, nos termos do n.º 5 do artigo

15.º da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto (*).

1. O PEDIDO

J.B.L. - Gabinete de Arquitectura de Joaquim Bento Lousan, Ld^a. com sede no Porto, na Rua do Campo Alegre n.º 100 - 3.º. Dt.º., reclama para a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA) do acto tácito de indeferimento do Presidente da Câmara Municipal do Porto, afim de preencher os requisitos necessários para recorrer contenciosamente desse acto.

1.1. Em 13 de Junho de 1995, o gabinete acima identificado requereu a restituição de uma taxa de estacionamento que considerou indevida, pedido que foi indeferido por despacho de 13 de Outubro seguinte, pronunciado, no uso de poderes delegados, pelo Chefe de Divisão de Receitas e Contencioso Fiscal da Câmara Municipal do Porto (documento junto).

O ofício de notificação (documento junto) refere como fundamento um outro despacho do Director do D.M.F. e P. e do Presidente da Câmara que determina não haver revisão do procedimento adoptado.



Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

(*) Esta reclamação foi apresentada à CADA em 19 de Dezembro de 1995. O processo a que deu origem, por vicissitudes ligadas ao relator a quem foi distribuído só agora foi atribuído à actual relatora por redistribuição do Exm^o. Presidente, de 11 de Junho último.

1.2. Em 3 de Novembro seguinte, através de advogado constituído, requereu ao Presidente da Câmara a passagem de certidão de teor integral do citado despacho "bem como de todos os anteriores pareceres, informações e/ou propostas em que se basearam os seus autores". Invocou o n.º 1 do artigo 31.º da Lei dos Tribunais Administrativos e Fiscais (LEPTA) sob a cominação do recurso previsto nos artigos 82.º e seguintes.

1.3. Em 19 de Dezembro de 1995, no cumprimento da exigência do n.º 5 do artigo 15.º da Lei 65/93 (LADA) aditado pela Lei 8/95, de 29 de Março, foi apresentada esta reclamação com o fim de legitimar o recurso contencioso a interpor. Determina aquele preceito que o recurso contencioso depende da prévia apresentação da reclamação por indeferimento prevista no n.º 4 do mesmo artigo 15.º.

Entretanto, decorrera também o prazo de 35 dias exigido no n.º 3 daquele preceito legal para a formação do indeferimento tácito, como requisito da reclamação.

2. APRECIACÃO

Embora tardiamente apreciada, a reclamação foi apresentada em tempo e é formalmente de admitir (cfr. o n.º 1 do artigo 16.º da LADA).

2.1.A análise do pedido permitirá concluir sem dificuldade que ele tem fundamento legal.

Ressalvados apenas os casos em que a LADA expressa e excepcionalmente determina reserva, sigilo ou especiais condições de acesso aos documentos detidos pela Administração, a regra é a do livre acesso de todos os cidadãos aos documentos administrativos (administração aberta).

O despacho requerido é, face ao n.º 1 do artigo 4.º da LADA, classificável como um documento administrativo sem especial qualificação.



Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

3. CONCLUSÃO

Enquadrados os termos da reclamação nas disposições legais aplicáveis, é de concluir que a entidade reclamante tem direito ao conhecimento do despacho identificado, bem como a todos os anteriores pareceres e informações que o fundamentaram.

Nestes termos, a CADA delibera, ao abrigo do nº. 1 alínea b) do artigo 20º. da Lei nº. 65/93, de 26 de Agosto no sentido de que deve ser facultada à entidade reclamante a certidão do despacho requerido ao Presidente da Câmara Municipal do Porto ou ser facultada a sua consulta por qualquer das formas previstas no artº.12º.

Notifique-se a entidade requerida e a reclamante, de acordo com o nº. 2 do artigo 16º.

Lisboa, 20 de Junho de 1996

Branca Pena do Amaral (Relatora) - Mário Rui Marques de Carvalho - João Figueiredo - Hélio Corvelo de Freitas - José Renato Gonçalves (nos termos da declaração que junta) - João Labescat (com declaração de voto, que junta) - Fernando Condesso (declaração de voto de vencido) - Armindo José Girão Leitão Cardoso (Presidente) (com declaração de voto, que junta)

DECLARAÇÃO DE VOTO

Voto favoravelmente quanto ao pedido de acesso a documentos administrativos, nos termos da LADA, mesmo quando requerido sem formalidades especiais, ou - segundo parece - com deficiente, ou errónea, fundamentação legal. Não se toma, porém, qualquer posição quanto ao procedimento administrativo - como é natural.

a) José Renato Gonçalves



Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

DECLARAÇÃO DE VOTO

O requerimento inicial apresentado na Câmara Municipal do Porto não invocava a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (Lei nº. 65/93), mas a LEPTA.

O regime aplicável, designadamente quanto a recursos, é diferente numa e noutra lei e não é possível ao particular reclamar para a CADA, de indeferimento tácito de acto requerido ao abrigo da LEPTA.

Tendo sido admitida pela Comissão a análise do pedido, reconhece-se contudo o direito de acesso dos requerentes, que poderia e poderá ser exercido em qualquer momento. Só, por esta última razão, votei a conclusão do Parecer, sem acompanhar os seus pressupostos iniciais.

a) João Labescat

DECLARAÇÃO DE VOTO DE VENCIDO

Tenho defendido que a CADA só deve pronunciar-se em relação ao exercício do direito de acesso submetido ao regime da Lei nº. 65/93 de 26 de Agosto, embora sempre tenha procurado conformar-me com a posição dominante na Comissão, segundo a qual competirá à CADA apreciar quaisquer actos de entidades administrativas que recusem o acesso documental, independentemente do regime jurídico em que ele se deva integrar.

Entendo que chegou o momento de aprofundar a reflexão sobre o tema, já iniciada no meu parecer nº. 20/96 de 28 de Março deste ano, para cujas considerações remeto.



Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

No presente Parecer, a CADA pronuncia-se sobre um acto de indeferimento tácito do Presidente da Câmara Municipal do Porto relacionado com um requerimento, apresentado ao abrigo do n.º 1 do artigo 31.º e dos artigos 82.º e seguintes da LEPTA, em que se solicita "a passagem de uma certidão do teor integral" de um despacho camarário, "bem como de anteriores pareceres, informações e/ou propostas em que se basearam os seus autores".

Ou seja: o particular quer uma certidão donde conste a fundamentação integral da decisão camarária e outros elementos que, nos termos do artigo 31.º da LEPTA e outras normas administrativas, deviam constar da notificação da referida decisão. E fá-lo invocando o artigo 82.º da LEPTA, isto é, para efeitos de uso de meios impugnatórios do referido acto administrativo, com as consequências previstas no n.º 2 do artigo 31.º da citada Lei.

Trata-se de um direito à informação já consagrado na legislação portuguesa anteriormente à LADA e com raiz em preceito constitucional diferente do que exige a criação desta lei.

Ultrapassando, sem os comentários que também seriam devidos, a especificidade da questão em apreço e a própria natureza do requerimento certidão de teor -, importa em geral referir que a CADA não só não tem que se pronunciar sobre o acesso a documentos referentes a procedimentos administrativos não terminados, como não tem que se pronunciar sobre pedidos de acesso a documentos administrativos fora do âmbito do regime próprio do acesso geral, não motivado por quaisquer razões com previsão e regime legal específico.

A argumentação a favor da competência geral da CADA para se pronunciar sobre o exercício do direito à informação previsto nas diferentes normas do ordenamento jurídico português tem assentado, por um lado, "no facto de a LADA não a excluir em relação aos direitos de acesso sujeitos a outros regimes jurídicos" e, por outro, no objectivo de "não prejudicar quem fundamenta a pretensão do acesso numa outra lei, que não a LADA, eventualmente por engano, sendo certo que a LADA nem exige a invocação de qualquer interesse nesse acesso documental".

Vejamos o sem fundamento destes argumentos:



Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

A CADA foi criada pela Lei nº 65/93 com objectivo de "zelar pelo cumprimento das disposições" desta lei. Apenas desta lei.

Ora quem invoca um direito de acesso instrumental em relação ao exercício de outros direitos, previsto noutras normas do ordenamento jurídico, coloca-se fora da aplicação da LADA e, assim, coloca a CADA fora do seu trajecto garantístico.

Ao exercício do direito de acesso para efeito de uso de meios impugnatórios ou contenciosos não é a LADA que se aplica, mas a LEPTA, com um regime normativo pré-existente ao do direito de acesso previsto na LADA, este criado para os cidadãos em geral, até aqui sem acesso por outras vias normativas.

O legislador não tinha que excluir expressamente o papel da CADA em relação aos outros regimes, pela simples razão de que ele nunca a meteu senão na apreciação do regime geral de acesso. A querer estender as suas funções é que teria de o dizer expressamente. E fá-lo num caso. Ao mandar aplicar as normas de um regime diferente (Lei de Protecção dos Dados Pessoais Informatizados) a uma massa documental que em princípio estaria abrangido pela LADA (dados pessoais manuais ou mecanográficos), vai ao ponto de estender expressamente a competência da CADA à aplicação desse regime especial a esses documentos, que, em princípio, até nem seria necessário pelo facto de ser um regime directamente assumido, embora por remissão legal.

Aliás, o legislador exclui a aplicação do direito de acesso previsto na LADA a certos documentos administrativos, como por exemplo os registrais e também não acrescenta a exclusão da competência da CADA. Tudo pela simples razão de que os regimes de acesso excluídos, excluem a competência da CADA. Da mesma maneira, em relação a regimes jurídicos não expressamente excluídos, mas que não se considerem revogados, a não aplicação da LADA implica a não competência da CADA. É precisamente o caso do acesso instrumental previsto na LEPTA.

A menos que se pretendesse que ao acesso instrumental se aplicasse hoje a LADA, desconhecendo a razão de ser própria de cada um dos direitos em presença e a natural diferença de densificação de direitos existentes:



Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

Num caso, o acesso do próprio para defender os seus direitos pessoais e directos e para garantir o princípio constitucional da tutela judicial efectiva; no outro a realização do princípio do arquivo aberto para levar à transparência da Administração.

É tudo isto que justifica a manutenção da diferença de regimes. Com efeito, são diferentes os prazos de resposta e de indeferimento tácito (10 e 35 dias).

É diferente o conteúdo do direito de acesso, com condicionamentos e maiores limitações no acesso a dados privados no regime da LADA, porquanto aqui se admitem excepções de segredos comerciais, enquanto na LEPTA apenas são possíveis recusas ligadas à tutela de direitos fundamentais (nº. 3 do artigo 82º.). E exigem-se pareceres prévios em relação a pedidos de dados de terceiros e pareceres prévios em relação à utilização de meios contenciosos, o que na LEPTA seria incompreensível, dada a instrumentalidade em relação a direitos a defender, o que implica, sem necessidade de demonstração, um interesse directo, pessoal e legítimo nos documentos em causa.

A Lei 65/93 pretende dar à Administração em relação ao particular, aqui sem uma qualidade especial, que não a de cidadão, que venha exercer o direito criado pelo nº. 2 do artº. 268 da Constituição, um lapso de tempo maior para decidir sobre o acesso ou não a documentos administrativos e a ter a ajuda técnico-jurídica de uma entidade administrativa independente, antes de ser tomada uma decisão definitiva e ela se ver sujeita a um processo contencioso, pelo menos durante um período inicial em que as autoridades públicas saem de uma secular prática de segredo administrativo generalizado.

Ora o particular que invoca a LEPTA beneficia de um prazo de resposta muito curto (10 dias), findo o qual temos um acto administrativo de indeferimento tácito e um imediato direito de recurso directo aos tribunais, com suspensão do prazo de utilização dos meios administrativos ou contenciosos em relação à decisão administrativa a que se reportam os documentos solicitados.



Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

Se depois de sujeitar a Administração Pública a um dado regime temporal e substantivo de acesso, (o da LEPTA), o requerente, alterando as "regras do jogo", passa a usar os dispositivos da LADA, em sua substituição ou em acumulação, como tem permitido a doutrina da Comissão, criam-se situações insustentáveis. É que o ordenamento jurídico permite-lhe hoje seleccionar o regime em que quer actuar, conforme os objectivos pretendidos, mas uma vez escolhido já não tem a faculdade de o alterar sem mais, no decorrer desse procedimento concreto em desenvolvimento, o qual produz efeitos em relação a outras entidades, desde logo a Administração e os Tribunais, que ficam sujeitos à aplicação de regime que não escolheram e não podem alterar.

Basta analisar algumas consequências da doutrina dominante na CADA sobre esta matéria, para se comprovar a sua insustentabilidade.

Se o particular impõe à AP o prazo de 10 dias para resposta sob pena de indeferimento tácito, é este o acto administrativo que fica em debate, o único a apreciar no plano da legalidade, ou seja, da lei que o rege, quaisquer que sejam as entidades que venham a debruçar-se sobre ele. O interessado pode e, querendo agir jurisdicionalmente, deve recorrer logo para tribunal (nº. 2 do artigo 82º. da LEPTA, aplicável ao caso). Mas, mesmo que pudesse também socorrer-se da LADA segundo a doutrina da Comissão, não poderia "reclamar" para a CADA senão passados 35 dias após o requerimento, altura em que a LADA considera formado acto tácito de indeferimento, para esse efeito

Mas o único acto formado na relação jurídico-administrativa é o primeiro, pois que a LADA nunca foi chamada a essa relação. Como é possível defender a existência de um acto tácito, onde nunca poderia haver um acto expresso ao abrigo da Lei nº. 65/93, sendo certo que o regime desta não é aplicável ao regulamento efectivado ao abrigo do artigo 82º.? A questão de segurança jurídica nem se coloca pois o problema colocado ultrapassa essa questão. É um problema de revogação casuística de certas partes da LEPTA, com aplicação da LADA, a meio de um processo já sujeito ao regime LEPTA, por discricionariedade normadora de um dos intervenientes na relação jurídica, transformado em seleccionador soberano da norma que se lhe aplica (e, neste sentido micro-relacional, "legislador" das regras que se lhe aplicam).



Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

Em verdade, a CADA tem admitido "reclamações" sobre actos que nunca existiram, por não poder aceitar segundo a sua disciplina, que é inaplicável, os únicos actos juridicamente existentes formados 10 dias após o requerimento não objecto de decisão. E em verdade, há que reconhecer que a CADA não tem autoridade de, com a simples aceitação de uma "reclamação" indevida, poder alterar o regime jurídico aplicável ao requerimento de acesso.

Mas se só existe o acto expresso ou tácito (e só pode ficcionar-se um acto tácito onde a ausência de decisão devida e no momento devido deixou a Administração em inadimplemento legal), repito, se só ele foi produzido ao abrigo do regime imposto à Administração Pública pelos interessados no documento, mesmo que a CADA fosse competente para apreciar a sua legalidade, tinha de o fazer segundo esse regime aplicável ao caso e em prazo a contar dos 10 dias. O que não pode.

E se o indeferimento fosse expresso, vg. com fundamento indevido na existência de certos elementos comerciais ou industriais a ocultar, a CADA não pode aplicar a cláusula do segredo do artigo 10º. da LADA, validando esta recusa, tendo pelo contrário que desrespeitar a Lei que lhe compete fazer cumprir.

O que acontece é que, segundo o direito aplicável, a recusa é legal e segundo a Lei que a CADA vai aplicar a recusa é ilegal, o que ela vai declarar. E realmente o que acontece é que a CADA se tem declarado competente para se pronunciar sobre o acesso ao abrigo da LEPTA e aplica incoerente e ilegalmente o regime substantivo de acesso previsto na LADA, porque seria o único que legalmente poderia aplicar, se fosse competente para se pronunciar.

E se o particular, invocando o artigo 82º da LEPTA, fôr para o tribunal e simultaneamente "reclamar" para a CADA? Aquele declarará o direito segundo a LEPTA por não poder opôr a inexistência de parecer prévio da CADA, porquanto para ele é óbvio que a LADA não se aplica, e esta opinará sobre o direito estabelecido na LADA; eventualmente a sentença dando provimento a favor do particular e o parecer da CADA sendo-lhe desfavorável, ou seja, uma e outra autoridade do Estado dizendo simultaneamente que sim e que não sobre o mesmo pedido do requerente à Administração.



Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

E se o tribunal decide como caso julgado, como obrigar a Administração a uma 2ª. leitura daquele requerimento após o parecer indevido da CADA, ao abrigo do artigo 82º.?

E mesmo que o fizesse e o particular voltasse a dirigir-se ao tribunal com um novo recurso jurisdicional, agora à base da LADA, como poderia ele ser apreciado - se não houve novo requerimento e novo acto administrativo, agora sim à base da LADA - se o acto de indeferimento, o único existente é o mesmo que já fora apreciado pelo tribunal desfavoravelmente e já fora objecto de sentença transitada. Importa explicitar o perigo da doutrina da Comissão, porquanto quem queira documentos para efeitos impugnatórios ou accionatórios não pode utilizar a LADA sob pena de ter os documentos, mas perder a possibilidade de apresentar o recurso ou a acção para que quera os documentos, porquanto à "reclamação" para a CADA não se aplica a suspensão do prazo para apresentação daqueles meios no tribunal e o parecer, em princípio, nunca será dado a tempo (nem terá decorrido o prazo legal em que é obrigatório esperar por ele).

E se o particular esperar pelo parecer da CADA, único modo de dar utilidade à doutrina actual da Comissão, então se a Administração não o vier a seguir, terá perdido definitivamente a possibilidade de ver o conflito decidido por um tribunal, em ofensa do princípio constitucional da tutela judicial.

É a tudo isto que chegamos com a orientação consagrada neste parecer, de que entendo ser o momento de me afastar.

Em conclusão, nestas situações o que a CADA deve fazer é declarar-se incompetente para dar pareceres sobre pedidos de acesso a documentos feitos ao abrigo da LEPTA, sem prejuízo de aconselhar o particular, que eventualmente não consiga obter acesso nesse regime (designadamente porque não exerceu tempestivamente os meios contenciosos do artigo 82 e seguintes daquela) a efectivar o requerimento de acesso ao abrigo e nos termos da LADA (aliás mais simplificador no que diz respeito aos requisitos do próprio requerimento, e bastando que o pedido não invoque nenhum objectivo



Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

com acolhimento em lei especial para cair no direito geral de acesso), porquanto o princípio da economia processual é impossível de aplicar lá onde um acto do particular é, onticamente, definidor do próprio regime jurídico a aplicar.

a) Fernando Condesso

DECLARAÇÃO DE VOTO

Entendo que a Comissão se devia ter declarado incompetente para proceder à respectiva apreciação, ponderados os pressupostos do caso.

Com efeito, a Lei de Acesso apenas visou facilitar o interrelacionamento do administrado e da Administração, abrindo as portas que julgou necessárias e vulgarizando, destarte, o acesso.

Não é de forma alguma - nem nunca o poderia ser - uma Lei contra a Administração.

Assim sendo, como efectivamente é, a Administração carece de ser protegida na sua boa-fé.

Ou seja, quando o administrado escolhe um determinado tipo de procedimento para reagir contra a Administração, a ela se vincula com todas as consequências, sob pena de completa desvirtuação das regras do jogo.

A via opcionada é, por isso, susceptível, ou melhor, absolutamente susceptível de por em causa o instituto do caso resolvido ou caso decidido e, inclusive, o próprio instituto do caso julgado.

a) Armindo José Girão Leitão Cardoso