

O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E MACAENSE

João Pacheco de Amorim

*Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, e
Faculdade de Direito, Universidade Lusíada (Porto), Portugal*

Beatriz Resende Couto

Jurista

Resumo: O presente artigo versa sobre o princípio da transparência no seio da Administração Pública nos ordenamentos jurídicos português e macaense.

Num primeiro momento, analisamos o conceito de transparência no direito público, sublinhando a íntima correlação entre tal princípio e a democracia, bem como a estreita ligação da *democracia* à tríade dos princípios entre si conexos da *transparência*, do *controlo* (externo) e da *participação* (dos interessados).

De seguida, passou a analisar-se o princípio da transparência no direito administrativo, sendo certo que a Constituição da República Portuguesa, o Estatuto Orgânico de Macau e o direito administrativo ordinário geral não referem expressamente a transparência enquanto princípio geral de direito administrativo. No que toca à natureza do princípio em causa, entendemos que não existe, no direito administrativo geral, um princípio da transparência com relevante conteúdo normativo próprio.

Para além disso, debruçamo-nos sobre as implicações do princípio da transparência na organização e funcionamento da Administração Pública, na sua atividade e nas novas formas de comunicação administrativa.

Por último, foram versados diversos direitos fundamentais dos

administrados que constituem uma concretização prática do princípio em apreço – direitos de acesso à informação, à fundamentação, à audiência, à notificação e à publicação de certos atos da Administração, e os correspondentes deveres que sobre ela impendem.

Palavras-chave: Transparência; poderes públicos; democracia; controlo; participação dos interessados; direitos fundamentais dos administrados.

1. O Conceito de *transparência no Direito Público*

a) **Visibilidade vs. Opacidade**

O termo *transparência* indica no mundo físico ou material a propriedade de qualquer substância que se deixe atravessar pela luz e que permita por isso a visualização e distinção, através da respetiva espessura, dos objetos que se encontram no seu interior e por detrás de si – como são, paradigmaticamente, os casos, no universo dos corpos sólidos, do vidro e do cristal translúcidos, e, no dos líquidos, da água límpida ou não turva.

Aplicando o conceito aos poderes públicos, significa a expressão *transparência política ou administrativa* – e parafraseando Jacques Chevalier – que atrás do invólucro formal de uma dada instituição se prefiguram relações concretas entre indivíduos e grupos que podem (devem) ser percecionados por um observador externo¹. Também aqui, e para sublinhar neste sentido a *transparência da instituição em causa*, se usa correntemente a expressão «*casa com paredes de vidro*».

Constitui a *transparência* dos poderes públicos, no moderno Estado Democrático de Direito, um bem ou valor de primeiríssimo plano, indissociável do próprio conceito de democracia. Tal valor subjaz a inúmeras disposições normativas que impõem às entidades públicas, nas respetivas organização, funcionamento e atividade, determinados deveres, ónus e sujeições.

O princípio da *transparência* prescreve, pela positiva, a visibilidade, e interdita, pela negativa, a opacidade, quer da organização e funcionamento, quer da atividade da Administração Pública, regulando e conformando nesse sentido a organização e o procedimento administrativos. Fala-se nesse sentido também em *abertura* ou *publicidade*, sendo que a ideia de *transparência* é mais ampla do

1 JACQUES CHEVALIER, *Le mythe de la transparence Administrative*, Centre Universitaire de Recherces Administratives et Politiques de Picardie, Information et Transparence Administrative, Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1988, p. 251.

que os conceitos referidos por último².

b) Transparência e Democracia

A propósito do princípio da transparência, explica Paolo Barile que o sistema democrático “*tem como regra a transparência e o segredo como exceção*”, valendo por isso “*regras opostas relativamente ao segredo no [âmbito] público e ao segredo no [âmbito] privado*”³. Ainda nas palavras do constitucionalista italiano, enquanto “*os direitos constitucionalmente garantidos ao sujeito privado na democracia (a liberdade na comunidade) têm como regra a privacy, e como exceção a publicidade*”, em ambas as matérias vigora uma regra comum: “*o segredo há-de ter-se como aceitável somente enquanto constitua uma proteção ou uma projeção de interesses constitucionalmente relevantes*”⁴.

Mais sublinha Barile que, em democracia, a legitimidade constitucional do segredo-exceção se tem que aferir caso a caso, só se justificando em abstrato e *a priori* enquanto proteção e projeção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais: sendo a dita democracia “o governo do «poder visível», o «governo do poder público em público», o segredo-exceção não deve apoucar a regra, isto é, [o princípio de] que o secretismo é justificado «somente se limitado no tempo», devendo “aplicar-se um critério de proporcionalidade”⁵.

No plano constitucional é, pois, estreita a ligação da *democracia* à tríade dos princípios entre si conexos da *transparência*, do *controlo* (externo) e da *participação* (dos interessados), que se evidencia nos artigos 2.º, 48.º, 109.º e 267.º/5 CRP e no artigo 2.º da Lei n.º 1/76 de 17 de fevereiro⁶ (Estatuto Orgânico

2 Não abundam os estudos sobre o princípio da transparência no direito administrativo geral. Foi, todavia, publicado em data relativamente recente um excelente trabalho da autoria de DÉBORA MELO FERNANDES, “*O princípio da transparência administrativa: mito ou realidade*”, in ROA, 2015, vol. I/II (Ano 75), que seguimos de perto, com a devida vênica. Outro trabalho digno de menção é o de MARIANA OLIVEIRA DE CARVALHO, “*Princípio da transparência no novo Direito Administrativo*”, publicado igualmente em 2015 (<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6167547.pdf>).

3 Norberto Bobbio, *Democrazia e Segreto*, in «Quaderni Costituzionali», ano VII, 1987, n.º 1, pp. 29 e 30 (expressões entre aspas foram retiradas de obras de Norberto Bobbio).

4 PAOLO BARILE, *ibidem*.

5 PAOLO BARILE, *ibidem*.

6 Repare-se que, o referido preceito normativo, constante do Estatuto Orgânico de Macau, prevê que “*O território de Macau constitui uma pessoa colectiva de direito público interno e, com ressalva dos princípios estabelecidos nas leis constitucionais da República Portuguesa e no presente Estatuto, goza de autonomia administrativa, económica, financeira e legislativa.*” (sublinhado nosso) Ora, tal significa que a pessoa coletiva de direito público interno a que corresponde o território de Macau respeita e faz cumprir os princípios estabelecidos nas leis constitucionais da República Portuguesa, sendo, por isso, válidas para o território de Macau todas as referências constantes do presente artigo que consubstanciem princípios estabelecidos na Constituição da República Portuguesa (CRP).

de Macau): nos termos destes preceitos das leis fundamentais, a democratização da Administração Pública processa-se também através da sua legitimação por essas outras vias que não as clássicas da democracia representativa (da ligação ao parlamento através do governo e da lei formal)⁷.

Transparência, controlo e participação são assim finalidades distintas, mas que convergem todas as três para o reforço da legitimidade democrática da Administração Pública e da confiança dos administrados e dos cidadãos em geral numa organização e atividade administrativas imparciais e racionais.

2. O Princípio da transparência no Direito Administrativo

a) Entrada no Tema

O chamado princípio da transparência está longe de ser privativo do direito administrativo: releva também no direito constitucional, no direito tributário e no direito financeiro público.

A transparência constitui, por um lado, um desdobramento ou instrumento de outros princípios (democracia participativa, concorrência, igualdade, imparcialidade); e, por outro lado, é ela própria um macroprincípio, super-princípio ou princípio aglutinador, que por seu turno se desdobra em princípios e regras que figuram, por sua vez, como seus instrumentos (como os deveres de fundamentação e de prestação de informação procedimental, e os princípios do arquivo aberto e da publicidade), num sistema de conexões funcionais típico dos princípios gerais de direito⁸.

Tenha-se contudo presente que a Constituição Portuguesa, mais precisamente os seus art.ºs 6.º/1, 266.º e 267.º CRP⁹, onde estão «escritos na pedra» os princípios gerais de direito administrativo (quer de organização, quer

7 O primeiro objetivo é o de possibilitar a perceção pelos administrados dos *motivos* que presidem à atuação administrativa (unilateral – regulamentar, por ato administrativo ou operação material – ou contratual), assim se suscitando a adesão dos administrados às soluções encontradas pela Administração. O segundo objetivo é o de permitir o *controlo* da atuação administrativa, permitindo quer aos órgãos de controlo, quer aos administrados, o cotejar do cumprimento dos deveres legais a que a Administração está adstrita, e acionar se necessário os meios de tutela da legalidade (no caso dos órgãos de controlo) ou dos seus direitos (no caso dos administrados) – o que faz da transparência um princípio garantístico. O terceiro objetivo é o de aproximar a Administração dos administrados, através da *participação* individual destes e das suas associações quer no procedimento administrativo (essencialmente por meio do instituto da audiência dos interessados), que na sua gestão efetiva (por associação ao exercício do poder).

8 Ilustrando este sistema de conexões, cf. PAULO OTERO, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra, 1996.

9 *Vide* nota de rodapé n.º 6.

de atividade), não refere expressamente a transparência enquanto princípio geral de direito administrativo: nem sequer o art.º 268.º, que consagra os chamados direitos fundamentais dos administrados, utiliza tal expressão – isto não obstante terem estes direitos adjetivos tudo a ver com o princípio da transparência, como melhor veremos.

Ao nível da legislação ordinária, encontramos atualmente o termo transparência em muitas leis de direito administrativo, direito fiscal e direito financeiro público. Mas o princípio, enquanto tal, não encontra também acolhimento expresso no âmbito do direito administrativo geral ordinário, notando-se desde logo a sua ausência no diploma central deste ramo do direito, que é (para Portugal e para Macau) o Código do Procedimento Administrativo (doravante designado CPA): dos Capítulos II da Parte I do CPA Português («Princípios gerais da atividade administrativa») e I da Parte III, art.ºs 56.º a 61.º¹⁰ («Princípios gerais do procedimento administrativo») não consta como tal (como macrop princípio), mas tão só o *princípio da administração aberta*, no art.º 17.¹¹ (que é um dos seus desdobramentos) e o *princípio da administração eletrónica*, no art.º 14.¹² (que apresenta também uma relação de instrumentalidade relativamente ao valor da transparência).

A questão que se coloca é se o princípio em causa é, *de per se*, um verdadeiro e próprio princípio geral de direito administrativo, tão vinculativo para a Administração como os demais princípios, nos termos acima explicitados – ou se, diferentemente, estamos perante um princípio congregador de um determinado número de princípios e institutos jurídicos que o esgotam, consubstanciando a transparência administrativa tão só um valor ou fim último, inequivocamente reconhecido pela ordem jurídica, mas tutelado por outras normas e princípios.

É certo que a inexistência no direito positivo da consagração expressa de um princípio jurídico não anula nem fragiliza a sua força normativa enquanto tal, pois os princípios gerais de direito, por natureza, existem independentemente do seu expresso reconhecimento por uma norma positiva e escrita. É o que sucede, paradigmaticamente, com o crucial *princípio da racionalidade administrativa*¹³.

Todavia, no caso em apreço inclinamo-nos mais para a inexistência, no direito administrativo geral, de um princípio da transparência com relevante

10 Tem correspondência com os artigos 56.º a 62.º CPA macaense (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M de 11 de outubro).

11 O princípio da administração aberta encontra-se consagrado no artigo 67.º do CPA macaense.

12 O princípio da administração eletrónica não encontra consagração no CPA macaense.

13 Em sentido contrário, cf. DÉBORA MELO FERNANDES, *O princípio da transparência...*, cit., pp. 435-439 e 457.

conteúdo normativo próprio¹⁴. Isto, por um lado, porque é excessiva a dispersão de que acima demos nota; e, por outro lado, na medida em que estão hoje os vários princípios e institutos que o princípio aglutina (como os princípios da imparcialidade e da publicidade, e os direitos ao acesso à informação administrativa, e à fundamentação, audiência, notificação e publicitação dos atos da Administração) numa situação de quase completude e autossuficiência, por força do estágio de maturação e consolidação legislativa, jurisprudencial e doutrinal já atingido nestas matérias.

Diferente é o caso do princípio da transparência como princípio especial da contratação pública, tema que aqui não podemos, contudo, aprofundar¹⁵.

b) A Transparência na Organização e Funcionamento da Administração Pública

O princípio da imparcialidade em sede de organização e procedimento, consagrado no art.º 266.º¹⁶, n.º 2, da CRP e no art.º 9.º CPA¹⁷, está intimamente ligado ao princípio da transparência; nesta vertente apresentam um papel de destaque as regras reguladoras dos conflitos de interesses que previnem a subjetividade das decisões da Administração, concretizando o princípio da imparcialidade (art.ºs 69.º a 76.º CPA português e art.ºs 46.º a 53.º CPA macaense), designadamente a previsão das situações de impedimento e os procedimentos de levantamento de escusa e suspeição (previstos, respetivamente, nos art.ºs. 69.º e 73.º do CPA português e art.ºs 46.º e 50.º CPA macaense).

Ainda no plano da organização e procedimento da Administração, está também o modo de funcionamento dos órgãos colegiais (regulado nos art.ºs 21.º a 35.º CPA português e art.ºs 16.º a 30.º CPA macaense) moldado pelos princípios da transparência e da publicidade.

c) A Transparência na Atividade da Administração Pública

A transparência na atividade administrativa poderá resultar de uma *conduta passiva* ou de uma *conduta ativa*.

A conduta passiva traduz-se na permissão de acesso (i) quer ao procedimento administrativo em curso (acesso dos interessados – cf. art.ºs 82.º a 85.º CPA português e art.ºs 63.º a 66.º CPA macaense - «Do direito à informação»),

14 PAOLO BARILE, *ibidem*.

15 Sobre o princípio da transparência enquanto princípio geral da contratação pública no direito português e no Direito da União Europeia, ver o nosso – João Pacheco de Amorim, *Introdução ao Direito da Contratação Pública*, Coimbra, 2021, pp. 520 a 534.

16 *Vide* nota de rodapé n.º 6.

17 O princípio da imparcialidade encontra-se consagrado no artigo 7.º CPA macaense.

(ii) quer aos arquivos administrativos (art.º 17.º CPA português e art.º 67.º CPA macaense – «Princípio da administração aberta»)¹⁸.

Já a conduta ativa proporcionadora de transparência na atividade administrativa concretiza-se com a comunicação (i) do início de procedimentos, (ii) dos projetos de atos, (iii) da fundamentação de atos e (iv) dos atos já praticados.

d) As Novas Formas Comunicação Administrativa: a Utilização de Meios Informáticos

Há que destacar as novas formas de comunicação administrativa, designadamente através da utilização de meios informáticos, as quais vêm reforçar a transparência (cf. referência à transparência no art.º 14.º¹⁹ do CPA português - «Princípios aplicáveis à comunicação eletrónica»); nesta vertente o princípio dirige-se eminentemente ao legislador, no sentido de este prever os mecanismos organizatórios e procedimentais necessários à efetiva eliminação ou encurtamento da distância entre a Administração e a sociedade civil.

Na disciplina da contratação pública portuguesa assumem uma especial importância as plataformas eletrónicas (cf. art.º 133.º do Código dos Contratos Públicos Português (doravante designado CCP) e Lei das Plataformas Eletrónicas (Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto)²⁰.

3. Os direitos de acesso à informação, e à fundamentação, à audiência e à notificação e publicação de certos atos da administração, e correspondentes deveres

O princípio da transparência, sendo essencialmente adjetivo ou instrumental, na medida em que se limita a servir outros valores, interesses e princípios de carácter substantivo, concretiza-se em todo um leque de direitos

18 Os art.ºs. 83.º do CPA português, 64.º CPA macaense, 6.º da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos Portuguesa (Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, doravante designada LADA) e 66.º do Código dos Contratos Públicos Português (Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, doravante designado CCP) estabelecem justificadas exceções ao direito à informação procedimental, com a proteção (i) dos dados pessoais, (ii) dos segredos comercial, industrial, e militar, e (iii) dos segredos relativos à propriedade literária, artística ou científica.

19 O princípio da administração eletrónica não encontra consagração no CPA macaense.

20 De acordo com a pesquisa realizada, a disciplina da contratação eletrónica não encontra, atualmente, consagração no ordenamento jurídico macaense. Porém, e de acordo com o Relatório Final da Consulta Pública sobre a Lei da Contratação Pública, Direcção dos Serviços de Finanças Junho de 2019, Região Administrativa Especial de Macau (disponível em https://www.dsf.gov.mo/download/LCP/P_LCP_Report.pdf), tal solução será implementada a breve trecho.

adjetivos (e correspondentes deveres da Administração) reconhecidos aos particulares no âmbito da organização e do procedimento administrativos: são os chamados *direitos fundamentais dos administrados*²¹, consagrados nos art.ºs 267.º/522 e 268.º/1, 2, 3 e 5 CRP²³.

Neste conjunto de direitos (e deveres) que concretizam o princípio da transparência avultam (i) o direito de acesso à informação administrativa (quer no âmbito de procedimentos ainda em curso, quer de acesso aos arquivos administrativos) e o correlativo dever de prestar tal informação; (ii) o direito à fundamentação dos atos administrativos e dos regulamentos (e o correspondente dever); (iii) o direito de audiência prévia e todos os demais direitos de participação e corresponsivos deveres (seja no âmbito do procedimento, seja fora desse âmbito); e (iv) os direitos à (e deveres de) notificação, publicação e publicitação de certos atos.

a) O Direito de Acesso à Informação Administrativa e Correspondente Dever da Administração

O *direito de acesso à informação administrativa* desdobra-se, por um lado, num (i) *direito de acesso à informação procedimental* por parte dos interessados, que é assegurado no art.º 268.º, n.º 1, da CRP e nos art.ºs 82.º a 85.º do CPA português e art.ºs 63.º a 66.º CPA macaense. E desdobra-se, por outro lado, num *direito de acesso aos documentos administrativos* (ou seja, a todo e qualquer documento na posse da Administração), direito este de que são titulares mesmo os não diretamente interessados (independentemente, portanto, de serem ou não titulares de um interesse direto, pessoal e legítimo na obtenção da informação

21 *Vide* nota de rodapé n.º 6.

22 Art.º 267.º («Estrutura da Administração»): “5. *O processamento da atividade administrativa será objeto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito*”.

23 Art.º 268.º («Direitos e garantias dos administrados»): “1. *Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas.* 2. *Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.* 3. *Os atos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos.* 4. *É garantido aos administrados tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas.* (...) 6. *Para efeitos dos n.ºs 1 e 2, a lei fixará um prazo máximo de resposta por parte da Administração*”.

pedida), e que está consagrado nos art.ºs 48.º, n.º 2²⁴, e 268.º, n.º 2, da CRP²⁵, 17.º do CPA português, 67.º do CPA macaense e 5.º da LADA^{26/27}. A estes direitos correspondem deveres indeclináveis que recaem sobre a Administração e que asseguram a sua transparência relativamente a todos os dados e documentos na sua posse, com salvaguarda apenas das matérias relativas a segredos comerciais, industriais e autorais, ao segredo de Estado e à intimidade das pessoas.

No direito à informação no procedimento administrativo (cf. CRP, art.º 268.º/1), exercitável na fase da respetiva instrução, avulta a *dimensão de defesa* do particular perante a Administração (face, designadamente, à hipótese de vir a ser emitido um ato com conteúdo desfavorável). Trata-se de um direito de cariz adjetivo (procedimental), e *uti singulis*, uma vez que sobre o bem por ele tutelado (o acesso à informação num procedimento em curso) incide um interesse individual ou específico de um indivíduo, e não um interesse público ou geral.

Já o direito extraprocedimental de acesso aos documentos administrativos é um direito de cidadania ou *uti cives*, na medida em que a disponibilização dos arquivos administrativos a qualquer pessoa, ditada pelo princípio da administração aberta ou do arquivo aberto, satisfaz um interesse geral ou de toda a comunidade.

Refira-se, por fim, que o processo urgente de intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidão, regulado nos art.ºs 104.º a 108.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos português e nos art.ºs 108.º a 112.º do Código do Processo Administrativo Contencioso macaense²⁸ é o instrumento de tutela jurisdicional dos direitos em causa.

24 Art.º 48.º («Participação na vida pública»): “2 – Todos os cidadãos têm o direito de ser esclarecidos objetivamente sobre atos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos”.

25 Art.º 282.º («Direitos e garantias dos administrados»): “2 – Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas”.

26 Art.º 5.º («Direito de acesso»): “1 – Todos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse, têm direitos de acesso aos documentos administrativos, o qual compreende os direitos de consulta, de reprodução e de informação sobre a sua existência e conteúdo. 2 – O direito de acesso realiza-se independentemente da integração dos documentos administrativos em arquivo corrente, intermédio ou definitivo”.

27 O art.º 42.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia contempla um similar direito de acesso aos documentos na posse das instituições europeias (“Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou coletiva com residência ou sede social num Estado-membro, tem direito de acesso aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União, seja qual for o suporte desses documentos”).

28 Note-se que, no ordenamento jurídico macaense, o mecanismo processual em apreço tem a denominação de “Acção para prestação de informação, consulta de processo ou passagem de certidão”, tendo também carácter de processo urgente, nos termos e para os efeitos da alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º

b) O Direito à Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos Desfavoráveis e Correspondente Dever da Administração

O direito à fundamentação expressa dos atos administrativos (e dos regulamentos), assim como o dever correspondente, está (estão) consagrado(s) no art.º 268.º, n.º 3, da Constituição²⁹, e têm acolhimento legal no CPA português e macaense, designadamente nos art.ºs. 99.º e 107.º, respetivamente, (no que respeita, especificamente, aos regulamentos administrativos)³⁰ e 151.º a 153.º e 113.º a 115.º, respetivamente, deste diploma de carácter geral³¹.

É exigida a fundamentação (e a sua comunicação aos interessados, agregada à do conteúdo do próprio ato), na prática de qualquer ato administrativo, a indicação expressa pela Administração das disposições legais aplicadas (justificação). E, no exercício de poderes regulamentares, discricionários (motivação) ou da autonomia privada (art.º 2.º/3 CPA português e 2.º/4 CPA macaense) ou contratual pública (art.ºs 200.º/1 e 3 CPA português e 166.º CPA macaense e 278.º CCP), impõe-se também à Administração a explicitação das razões subjacentes aos atos em causa.

A instrumentalidade do dever de fundamentação relativamente à transparência administrativa evidencia-se, nos mencionados preceitos do CPA, na exigência de clareza, congruência e suficiência dos fundamentos de facto e de direito da decisão, requisitos indispensáveis para tornar efetivamente visíveis e

do Código do Processo Administrativo Contencioso.

- 29 Art.º 268.º («Direitos e garantias dos administrados»): “3 – *Os atos administrativos (...) carecem de fundamentação expressa e acessível quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos*”.
- 30 Art.º 99.º («Projeto de regulamento»): “*Os regulamentos são aprovados com base num projeto, acompanhado de uma nota justificativa fundamentada, que deve incluir uma ponderação dos custos e benefícios das medidas projetadas*”. Art.º 107.º («Projecto de regulamento»): “*Todo o projecto de regulamento é acompanhado de uma exposição de motivos, da qual consta obrigatoriamente a indicação das normas legais e regulamentares vigentes sobre a matéria, bem como dos estudos, pareceres, informações e demais elementos que tenham servido de base à sua elaboração.*”
- 31 Art.º 152.º («Dever de fundamentação»): “*Para além dos casos em que a lei especialmente o exija, devem ser fundamentados os atos administrativos que, total ou parcialmente: a) Nuguem, extingam, restrinjam ou afetem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções; b) Decidam reclamação ou recurso; c) Decidam em contrário de pretensão ou oposição formulada por interessado, ou de parecer, informação ou proposta oficial; d) Decidam de modo diferente da prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes, ou na interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos legais; e) Impliquem declaração de nulidade, anulação, revogação, modificação ou suspensão de ato administrativo anterior*”. O artigo 114.º do CPA macaense é idêntico ao transcrito artigo 152.º do CPA português. Porém, acrescenta, no seu n.º 2, “*Salvo disposição legal em contrário, não carecem de ser fundamentados os actos de homologação de deliberações tomadas por jûris, bem como as ordens dadas pelos superiores hierárquicos aos seus subalternos em matéria de serviço e com a forma legal.*”

compreensíveis as razões que levaram à prática do ato administrativo^{32/33}.

Quer a doutrina, quer a jurisprudência, salientam a estreita conexão entre o dever de fundamentação e as exigências de transparência da Administração. Nas palavras de Vieira de Andrade, o imperativo da fundamentação expressa dos atos administrativos deverá ser “*encarado na sua «essência» ou «núcleo» como uma norma de direito objetivo que concretiza os princípios do Estado-de-Direito democrático e da juridicidade da Administração, impondo uma conduta racional e transparente*”³⁴. Por seu turno, é recorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo português a asserção de ser o dever de fundamentação “*postulado pelo princípio da transparência a que a Administração, no exercício das suas funções, está sujeita*”³⁵.

Ainda segundo Vieira de Andrade, o dever de fundamentação dos atos administrativos, cujo núcleo essencial se exprime “*na externalização-formulação dos fundamentos*”, constitui instrumento essencial da transparência administrativa, ao tornar o fenómeno decisório claro e compreensível³⁶.

Especifica o ilustre Professor de Coimbra, na esteira de um consolidado entendimento doutrinário, o cumprir o dever em causa que impende sobre a Administração, essencialmente, as seguintes funções: (i) uma *função de pacificação* traduzida na idoneidade para convencer o administrado da «justeza» do ato; (ii) uma *função de defesa* do administrado, ao possibilitar-lhe o recurso aos meios contenciosos e gratuitos; (iii) uma *função de autocontrole*, por facilitar “*a autofiscalização da Administração pelos próprios órgãos intervenientes no processo ou pelos seus superiores hierárquicos*”; (iv) uma *função de clarificação e de prova*, porquanto “*fixa em termos claros qual o significado que os órgãos administrativos atribuíram às provas e argumentação jurídica desenvolvida, qual a marcha do raciocínio e opções que se precipitaram no ato*”; (v) uma *função democrática*, por dar a conhecer aos administrados as razões da sua atuação concreta; (vi) uma *função de incentivo à boa administração*, pois que a “*obrigação de motivar obriga as autoridades administrativas a examinar atentamente o bem*

32 *O dever da fundamentação expressa dos atos administrativos*, Coimbra, 1992, pp. 232-239.

33 “*A fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão (...)*” (art.º 153.º/1), equivalendo “*(...) à falta de fundamentação a adoção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do ato*” (art.º 153.º/2). O artigo 115.º do CPA macaense possuiu idêntica redação.

34 *O dever da fundamentação expressa dos atos administrativos*, Coimbra, 1992, p. 215.

35 Cf. Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo português de 19/10/1997, Proc.º n.º 22.267 (Correia de Lima) e de 23/10/2008, Proc.º n.º 827/07 (Freitas Carvalho). Ver também, na jurisprudência constitucional, o Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 594/2998, de 10/12/2008, Proc.º n.º 11.111/07 (Benjamim Rodrigues).

36 *O dever da fundamentação expressa dos atos administrativos*, Coimbra, 1992, p. 62.

fundado das decisões que pensam vir a tomar”; (vii) *uma função de reforço do controle da Administração*, na medida em que *“o conhecimento dos motivos das decisões habilitam os terceiros a melhor ajuizar da necessidade de interpor recurso administrativo ou contencioso dos atos que os afetam”*³⁷.

c) Direito de Audiência, Consulta Pública e Outras Modalidades de Participação no Procedimento e Correspondentes Deveres da Administração

O direito de audiência (e a correspondente obrigação concretiza(m)-se numa terceira e última subfase da fase preparatória do procedimento administrativo: finda a instrução do procedimento (subfase instrutória), recai sobre o órgão competente para a prática do ato a praticar o dever de comunicar aos futuros destinatários deste, designadamente àqueles em cuja esfera jurídica o dito ato possa vir a incidir desfavoravelmente, em *projeto de decisão*.

Esta comunicação dos projetos de regulamento ou de ato administrativo destina-se a propiciar uma participação qualificada dos interessados nos processos decisórios, possibilitando a formulação por estes de uma pronúncia onde exponham as objeções que lhes possam suscitar quer a legalidade, quer o mérito, oportunidade ou conveniência do projeto objeto da audição (no que concerne ao mérito, se o procedimento for tendente à prática de um ato administrativo discricionário).

Refira-se ainda que a consagração da audiência prévia dos interessados como princípio geral de direito administrativo implica um alargamento do âmbito da fundamentação que inclui o terem de constar da decisão final do procedimento as razões pelas quais o autor do ato, *“se for esse o caso, decidiu não atender as alegações apresentadas”* pelo seu destinatário *“na audiência em defesa da sua pretensão”*³⁸.

A chamada *audiência (ou audição) dos interessados* está regulada (conjuntamente com as *consultas prévias*, no caso de o regulamento ser conducente à emanação de um regulamento) nos art.ºs 80.º, 100.º e 121.º a 124.º CPA português, nos art.ºs 108.º e 93.º a 97.º CPA macaense e no art.º 274.º CCP. Um sucedâneo da audiência, quando os interessados sejam em número elevado (art.ºs 101.º e 124.º/1/d) CPA português e art.º 96.º/c) CPA macaense), é a figura da *consulta pública*.

O direito de audiência no procedimento administrativo apresenta uma (1) *função de defesa* (defesa dos particulares face à Administração e, antes do mais, à sua atuação coerciva), (2) uma *função de colaboração dos particulares com a Administração* no sentido do reforço do cumprimento por esta quer do *princípio da legalidade administrativa*, quer do *princípio da prossecução do interesse*

37 *O dever da fundamentação expressa dos atos administrativos*, Coimbra, 1992, pp. 65 e segs.

38 DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, 2016, 3.ª ed., p. 315.

público e do dever de boa administração e (3) uma dimensão de participação dos particulares na atividade administrativa (no caso, de participação no procedimento administrativo).

Constitui, indiscutivelmente, a audiência dos interessados outro desdobramento do princípio da transparência: sendo os efeitos do ato a praticar desfavoráveis para o seu destinatário (ou para parte dos seus destinatários, se estes forem dois ou mais), fica a Administração obrigada a *revelar para o exterior* quer a *justificação* do ato a praticar (como a enunciação dos seus pressupostos de facto e de direito), quer a respetiva *motivação* (i.é, nos atos discricionários, com a exposição dos motivos que, na ponderação levada a cabo no âmbito da margem de livre apreciação do órgão, levam este a projetar uma decisão com aquele conteúdo e não com outro possível).

A doutrina e a jurisprudência têm acentuado este carácter instrumental do instituto da audiência dos interessados relativamente à transparência administrativa. No acórdão da 2.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo Português de 18/12/2013, Proc.º n.º 154/12 (Ascensão Lopes), é o direito de audiência prévia claramente qualificado como uma faculdade “*destinada a assegurar e garantir a efetiva observância, num concreto procedimento e antes de ser proferida a respetiva decisão, dos primados do contraditório, da participação e da transparência procedimental, pedras angulares de um Estado de Direito (democrático)*”. Por seu turno, designa Rodrigo Esteves de Oliveira a audiência prévia como um dos instrumentos do princípio da transparência, de entre o leque maior dos meios “*destinados a controlar a legitimidade das decisões procedimentais*”³⁹.

Para além da audiência prévia, outras modalidades de participação procedimental são igualmente instrumentais da transparência administrativa, a saber, a *consulta pública (apreciação pública)* nos procedimentos preordenados à emissão de regulamentos administrativos (art.º 101.º do CPA português e art.º 108.º CPA macaense)⁴⁰, a possibilidade genérica de *intervenção no procedimento*,

39 *Os princípios gerais...*, cit. pp. 101-102.

40 Segundo o n.º 3 do art.º 100.º («Audiência dos interessados»): “*O responsável pela direção do procedimento pode não proceder à audiência quando: (...) c) O número de interessados seja de tal forma elevado que a audiência se torne incompatível, devendo nesse caso proceder-se a consulta pública*”. Paralelamente, prevê a alínea c) do artigo 96.º que “*Não há lugar a audiência dos interessados: c) Quando o número de interessados a ouvir seja de tal forma elevado que a audiência se torne impraticável, devendo nesse caso proceder-se a consulta pública, quando possível, pela forma mais adequada.*”

E dispõe o art.º 101.º («Consulta pública»): “*1 - No caso previsto na alínea c) do n.º 3 do artigo anterior ou quando a natureza da matéria o justifique, o órgão competente deve submeter o projeto de regulamento a consulta pública, para recolha de sugestões, procedendo, para o efeito, à sua publicação*

com especial destaque para a constituição dos interessados no procedimento, seja na qualidade de cointeressados, seja na qualidade de contrainteressados, relativamente às pretensões do requerente (art.º 65.º/1/b) e c) e 2, art.º 67.⁴¹, art.º 68.º/1 e 2 e art.º 116.º, n.º 3⁴² do CPA português e art.ºs 54.º, 55.º, 87.º/2 do CPA macaense)⁴³ e as *consultas prévias* nos procedimentos de emissão de regulamentos administrativos (art.º 98.º do CPA português)⁴⁴.

na 2.ª série do Diário da República ou na publicação oficial da entidade pública, e na Internet, no sítio institucional da entidade em causa, com a visibilidade adequada à sua compreensão. 2 - Os interessados devem dirigir, por escrito, as suas sugestões ao órgão com competência regulamentar, no prazo de 30 dias, a contar da data da publicação do projeto de regulamento. 3 - No preâmbulo do regulamento, é feita menção de que o respetivo projeto foi objeto de consulta pública, quando tenha sido o caso”. Paralelamente, estabui o artigo 108.º («Apreciação pública»): “1 - Quando a natureza da matéria o permita, o órgão competente deve, em regra, submeter a apreciação pública, para recolha de sugestões, o projecto de regulamento, o qual é, para o efeito, publicado no Boletim Oficial de Macau. 2 - Os interessados devem dirigir por escrito as suas sugestões ao órgão com competência regulamentar, dentro do prazo de 30 dias contados da data de publicação do projecto de regulamento. 3 - No preâmbulo do regulamento faz-se menção de que o respectivo projecto foi objeto de apreciação pública, quando tenha sido o caso.”

41 Art.º 67.º («Capacidade procedimental dos interessados»): “1 - Os particulares têm o direito de intervir pessoalmente no procedimento administrativo ou de nele se fazer representar ou assistir através de mandatário. 2 - A capacidade de intervenção no procedimento, salvo disposição especial, tem por base e por medida a capacidade de exercício de direitos segundo a lei civil, a qual é também aplicável ao suprimento da incapacidade”.

42 Art.º 116.º («Prova pelos interessados»): “3 - Os interessados podem juntar documentos e pareceres ou requerer diligências de prova úteis para o esclarecimento dos factos com interesse para a decisão”.

43 Art.º 54.º («Intervenção no procedimento administrativo»): “1 - Todos os particulares têm o direito de intervir pessoalmente no procedimento administrativo ou de nele se fazer representar ou assistir, incluindo por meio de advogado ou solicitador. 2 - A capacidade de intervenção no procedimento, salvo disposição especial, tem por base e por medida a capacidade de exercício de direito segundo a lei civil, a qual é também aplicável ao suprimento da incapacidade.”

Art.º 55.º («Legitimidade»): “1 - Têm legitimidade para iniciar o procedimento administrativo e para intervir nele os titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos lesados pela actuação administrativa, bem como as associações que tenham por fim a defesa desses interesses. 2 - Consideram-se, ainda, dotados de legitimidade para a protecção de interesses difusos: a) Os cidadãos a quem a actuação administrativa provoque ou possa previsivelmente provocar prejuízos relevantes em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o património cultural, o ambiente, o ordenamento do território e a qualidade de vida; b) Os residentes na circunscrição em que se localize algum bem do domínio público afectado pela acção da Administração. 3 - Para defender os interesses difusos de que sejam titulares os residentes em determinada circunscrição têm legitimidade as associações dedicadas à defesa de tais interesses e os órgãos municipais da respectiva área.”

Art.º 87.º/2 («Ónus da prova»): “2 - Os interessados podem juntar documentos e pareceres ou requerer diligências de prova úteis para o esclarecimento dos factos com interesse para a decisão.”

44 Art.º 98.º («Publicitação do início do procedimento e participação procedimental»): “1 - O início do procedimento é publicitado na Internet, no sítio institucional da entidade pública, com a indicação

d) Direito à Notificação, Publicação e/ou Publicitação de Certos Atos, e Correspondentes Deveres da Administração

Finalmente, são ainda garantias da transparência administrativa os deveres correspondentes aos direitos dos interessados à *notificação* do início do procedimento (art.ºs 110.º a 114.º⁴⁵, 192.º/1 e 195.º⁴⁶ do CPA), à notificação dos atos já praticados de conteúdo desfavorável (art.º 268.º, n.º 2, da CRP, e art.º 160.º do CPA português e art.º 121.º CPA macaense), à *publicação* dos atos sujeitos a essa específica condição nos termos da lei (art.ºs 139.º e 158.º do CPA português e art.º 120.º CPA macaense) e à *publicitação* de certos atos (de que é exemplo o dever de publicitação do início do procedimento tendente à aprovação do regulamento administrativo prescrito no art.º 98.º do CPA português⁴⁷ e dos projetos de atos administrativos desfavoráveis para efeitos de audiência⁴⁸). Constituindo os três diferentes vias de dar a conhecer a atuação da Administração, são sobretudo a publicidade e a publicitação expressões do *princípio da publicidade*, este sim uma concretização por excelência do princípio da transparência.

Já acima se fez a distinção entre as dimensões passiva e ativa do princípio da transparência na atividade da Administração. Concretizam a dimensão passiva, como vimos, os mecanismos de acesso à informação; ora, complementam essa (insuficiente) dimensão uma crucial dimensão ativa os deveres essencialmente *de facere*, de fundamentação dos atos e, sobretudo, de publicação e difusão de dados relevantes, assim como a adoção dos necessários suportes informáticos

do órgão que decidiu desencadear o procedimento, da data em que o mesmo se iniciou, do seu objeto e da forma como se pode processar a constituição como interessados e a apresentação de contributos para a elaboração do regulamento. 2 - Quando as circunstâncias o justificarem, podem ser estabelecidos os termos de acompanhamento regular do procedimento por acordo endoprocedimental com as associações e fundações representativas dos interesses envolvidos e com as autarquias locais em relação à proteção de interesses nas áreas das respetivas circunscrições". Não existe disposição normativa paralela no ordenamento jurídico macaense.

45 O CPA português prevê a comunicação de início dos procedimentos tendentes à emanação de regulamentos e à prática da atos administrativos (art.ºs 98.º e 110.º CPA). Tal solução jurídica não encontra acolhimento no ordenamento jurídico macaense, em que apenas se prevê a notificação do ato administrativo final – art.º 68.º CPA macaense e, quando a natureza da matéria o permita, a submissão a apreciação pública do projeto de regulamento – art.º 108.º CPA macaense.

46 A disposição paralela no CPA macaense é o artigo 158.º.

47 *Vide* nota de rodapé n.º 45.

48 É exigida a comunicação dos projetos de regulamento ou de ato administrativo, a fim de permitir a participação dos interessados nos processos decisórios (audiência dos interessados), designadamente dos projetos desfavoráveis aos futuros destinatários – cf. art.ºs 80.º, 100.º e 121.º a 124.º CPA português e art.ºs 108.º e 93.º a 97.º CPA macaense, e 274.º CCP –, assim como as consultas prévias quando os interessados sejam em número elevado (art.ºs 101.º e 124.º/1/d) CPA português e art.º 96.º/c) CPA macaense).

para o efeito (como os sites e os portais e informações essenciais por parte da Administração que hoje tendem cada vez mais a substituir os velhos editais e o clássico recurso aos tradicionais meios de comunicação (que eram apenas, e ainda há não muito tempo a imprensa escrita, a rádio e as televisões de sinal aberto, estas em número inferior aos dedos de uma mão!).

Obviamente a publicidade não esgota as obrigações de transparência: a informação administrativa deve ser disponibilizada, designadamente nas plataformas informáticas, em termos acessíveis («intuitivos», do ponto de vista do utilizador), com uma linguagem clara, descomplicada e acessível, e tanto quanto possível despida do jargão mais técnico – tudo de forma que aos interessados apreendam o essencial daquilo que se pretende divulgar.