

O direito de acesso à informação detida por empresas do sector público (*)

1. Empresas do sector público

Utiliza-se na presente circunstância a fórmula “empresas do sector público” para abranger um universo constituído por três grupos de empresas: (i) as *empresas públicas*, tal como definidas no art. 3.º do DL n.º 558/99, de 17/12 (com alterações posteriores), sobre o regime jurídico do sector empresarial do Estado (RJSEE); (ii) as *empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas*, a que se refere o art. 3.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29/12 (com alterações posteriores), sobre o regime jurídico do sector empresarial local (RJSEL); (iii) as *empresas públicas regionais* (no caso do sector público empresarial da Região Autónoma dos Açores, cf. art. 3.º do Dec. Legislativo Regional n.º 7/2008/A, de 24/3) (1).

Sem que se possa falar de uma identificação, a noção aqui adoptada de “empresa de sector público” revela-se próxima da definição comunitária de *empresa pública* (2); neste sentido, obser-

ve-se que todas as empresas do sector público se caracterizam por se encontrarem sob a *influência dominante de poderes públicos* (Estado, municípios, associações de municípios, áreas metropolitanas de Lisboa e Porto ou regiões autónomas).

Nos três âmbitos identificados, as empresas do sector público podem surgir com um formato societário, apresentando-se como sociedades constituídas nos termos da lei comercial, mas também com um formato institucional ou associativo específico de direito público, hipótese em que adoptam a forma de entidade pública empresarial, de entidade empresarial local ou de entidade pública empresarial regional.

Sublinhando agora um aspecto com relevo específico para o tema que aqui se trata, cumpre ter presente que as empresas do sector público podem dedicar-se a tarefas da esfera da *responsabilidade originária* das entidades públicas participantes – eis o que se verifica com as empresas que, por exemplo, se ocupam da gestão de serviços públicos da responsabilidade dos municípios, da gestão das obras públicas municipais ou da gestão do património regional; de igual modo, quanto às empresas públicas do Estado, também estas podem actuar no âmbito de *tarefas públicas necessárias* e até constitucionalmente impostas ao Estado, como sucede, por exemplo, nos domínios da prestação de cuidados de saúde ou da exploração do serviço público de rádio e de televisão. Situações próximas verificam-se com as empresas que têm como objecto a ges-

(*) Embora não se apresente na forma clássica de anotação a um acórdão, o presente texto tem na sua génese o propósito de comentar a doutrina acolhida num conjunto de decisões do Supremo Tribunal Administrativo sobre a aplicabilidade da *Lei de Acesso aos Documentos Administrativos* às empresas públicas – trata-se dos Acs. de 8/7/2009 (P. 451/09), de 30/9/2009 (Ps. 453/09 e 493/09) e de 6/1/2010 (P. 965/09); na mesma linha, cf. Ac. do TCA Norte de 16/10/2008 (P. 319/08.2BEPNF), bem como Acs. do TCA Sul de 19/2/2009 (P. 4691/08), de 18/6/2009 (P. 4849/09) e de 15/7/2009 (P. 5097/09).

(1) Nos mesmos termos, cf. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, vol. I, 2009, pp. 263 e segs.

(2) É sabido que o conceito português de empresa pública não coincide com a definição do direito europeu; so-

bre o tema, cf. o nosso *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 399 e segs.

tão e alienação do património público, gestão de espaços e de infra-estruturas públicas, a exploração de serviços públicos, etc.

Mas, como se sabe, a adopção de formas organizativas empresariais não serve só o interesse de consagração de uma espécie de empresarialização da gestão de tarefas já publicamente apropriadas. Na verdade, não raro, a criação de empresas revela-se um meio de expansão para novas áreas e, em particular, para o desenvolvimento da *iniciativa económica pública* e para o exercício de *actividades económicas em ambiente de mercado* ou, pelo menos, exercidas em vista da *obtenção de um lucro* (e não apenas em vista do incremento de uma gestão mais eficiente).

Especialmente no segundo cenário – apesar de idênticas considerações se poderem tecer, muitas vezes, relativamente ao primeiro –, a empresa do sector público apresenta-se nas vestes de um “operador económico” e, tantas vezes, mesmo como mais um *player*, em competição e em disputa por uma clientela; assim sucede nos casos em que ingressa em sectores da economia expostos à concorrência e, por conseguinte, abertos à iniciativa económica privada.

De forma especialmente notória quando actuam em ambiente de concorrência e de mercado, torna-se nítida uma certa *confusão* ou mesmo *contradição de estatutos*, posto que, apesar de se comportarem como operadores económicos, que se expandem para a esfera do mercado, procurando colocar-se sob a alçada da regulação da economia, as empresas não perdem a sua *marca de origem*, enquanto componentes do sector público e, portanto, elementos da Administração Pública. Não é, decerto, por acaso que a doutrina vem colocando este tipo de entidades numa zona de fronteira, entre o direito privado e o direito administrativo⁽³⁾, referindo-se ainda, a

⁽³⁾ Nesta linha, cf., por exemplo, G. SALA. “La società «pubblica» locale tra diritto privato e diritto amministrativo”, in V. DOMENICHELLI (org.), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, Pádua, Cedam, 2008, pp. 11 e segs.

este respeito, a uma relação de tensão entre delegação pública e concorrência⁽⁴⁾.

Teremos oportunidade de verificar que este verdadeiro “duplo estatuto” ou “duplo papel”⁽⁵⁾ justifica certas soluções legais aparentemente pouco afeiçoadas a uma compreensão mais “mercantil” das empresas do sector público.

Com interesse neste âmbito, recorde-se que, na dicotomia entre Estado e Sociedade, as empresas do sector público integram o primeiro pólo e vêem, por isso mesmo, a sua existência e o seu agir juridicamente suportados pelos canais e instrumentos normais da *legitimação democrática*, e não pelos direitos e liberdades dos cidadãos⁽⁶⁾. Ou seja, a acção das empresas do sector público desenvolve-se com fundamento na *lei* e nas *competências públicas* e não na *autonomia* e na *liberdade*. Como escrevemos noutra oportunidade, está fora de causa fundar a *acção pública* (entendida como a acção das entidades do sector público, incluindo as empresas) num princípio de liberdade. Ao *princípio da liberdade de acção*, válido para os particulares, contrapõe-se, na esfera pública, o *princípio da competência*. As empresas do sector público – pertencendo ao sector público e desenvolvendo uma acção pública⁽⁷⁾ – não podem prevalecer-se desse prin-

⁽⁴⁾ Em tal sentido, cf. TH. MANN, “Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb”, *Juristenzeitung*, 2002, pp. 819 e segs.; N. ZURHEIDE, *Das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb*, Hamburgo, Verlag Dr. Kovac, 2008, p. 4.

⁽⁵⁾ *IDEM*, *ibidem*, p. 199.

⁽⁶⁾ Nestes termos, além de *Entidades Privadas*, *cit.*, pp. 232 e segs., cf. ainda o nosso *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 208 e segs.; na linha de uma associação entre, por um lado, a dicotomia Estado e Sociedade e, por outro, a bifurcação entre legitimação democrática e legitimação pelos direitos fundamentais, pode ver-se, com desenvolvimento, H. GERSDORF, *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip*, Berlim, Duncker & Humblot, 2000, pp. 60 e segs.

⁽⁷⁾ As actividades das empresas do sector público – as quais, quando revestem um formato privado, se qualifi-

cípio da liberdade, uma vez que o fundamento jurídico da sua intervenção radica nas entidades públicas que as instituem.

2. Casos de dever de revelação de informação por empresas do sector público

São muitos os cenários em que as empresas do sector público surgem ou podem surgir oneradas com deveres de revelação de informações de que dispõem (*mandatory information disclosure*). Nos números que se seguem, procuraremos identificar esse catálogo de deveres, que agrega casos muito diferentes, ainda que referenciem, todos eles, situações jurídicas em que as empresas estão colocadas no pólo passivo de uma relação jurídica (*dever de informação*), a que se contrapõe uma posição jurídica activa, consubstanciada num *direito subjectivo à informação* ou num *poder público de exigir a informação*.

2.1. Dever legal de informação aos consumidores e aos utentes de serviços públicos

As empresas do sector público que desenvolvam actividades de serviço público ou até outras actividades económicas de natureza comercial têm, por força da lei, o dever de prestar determinadas informações aos consumidores ou aos utilizadores – veja-se, por exemplo, o art. 4.º da Lei n.º 23/96, de 26/7 (alterada pelas Leis n.ºs 12/2008, de 26/2, e 24/2008, de 2/6), sobre a

cam como *entidades administrativas privadas* – assumem-se como *tarefas públicas*: como escrevemos em *Entidades Privadas, cit.*, p. 466, “o facto de o Estado ou outra entidade pública criar ou, de qualquer modo, assumir uma posição dominante numa entidade privada só pode querer significar que pretende fazer dessa mesma entidade um instrumento para intervir no espaço social. Ora, para nós, essa intervenção indirecta representa uma *intervenção pública*”. O mesmo se aplica, até por maioria de razão, às empresas em formato de direito público. Concordamos assim com a passagem do Ac. do STA de 8/7/2009 (P. 451/09), segundo a qual as empresas públicas desenvolvem indirectamente uma actividade ou função materialmente administrativa.

protecção do utente dos serviços públicos essenciais, ou o art. 61.º do DL n.º 194/2009, de 20/8, sobre o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos.

Ao invés do que se passa na generalidade dos casos que a seguir se identificam, trata-se aqui de um *dever de cumprimento imediato ou officioso*, que decorre directamente da lei e que, por isso, não depende da *solicitação* dos titulares do direito à informação. Isso talvez possa explicar o facto de, em certa medida, o dever de informação em apreço corresponder mais a um *dever de esclarecimento* do que exactamente ao dever de revelar informação detida pela empresa.

2.2. Dever de informação no âmbito do direito da concorrência e da regulação pública

As empresas do sector público são “empresas” para o efeito da *Lei da Concorrência* ⁽⁸⁾, não surpreendendo que o diploma submeta expressamente à sua incidência as “empresas públicas” (cf. art. 3.º); podem, por isso, ver-se obrigadas a prestar à Autoridade da Concorrência todas as informações e fornecer todos os documentos que esta lhes solicite “em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições” ⁽⁹⁾.

Além disso, em muitos casos, as empresas do sector público desenvolvem actividades sujeitas a regulação pública. Assim sucede inclusivamente na hipótese de exploração de actividades em regime de exclusivo ou monopólio, na decorrência de um princípio de separação entre funções de regulação e funções de exploração comercial. Pois bem, neste âmbito, as empresas do sector público submetem-se então aos poderes públicos da agência reguladora do sector (*v. g.*, Banco de Portugal, Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos), que incluem,

⁽⁸⁾ Cf. art. 2.º da Lei n.º 18/2003, de 11/6.

⁽⁹⁾ Art. 8.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência aprovados pelo DL n.º 10/2003, de 8/1.

normalmente, o poder de exigir – no quadro dos procedimentos de supervisão e de inspecção – todas as informações que se revelem necessárias ao desempenho das funções públicas de regulação⁽¹⁰⁾.

Os limites do poder público administrativo de solicitar informações aos regulados não se encontram, em geral, legalmente definidos, embora se devam considerar limites relacionados com o uso que a agência reguladora pode fazer da informação obtida⁽¹¹⁾; de resto, deve entender-se que as empresas reguladas têm o direito de impedir que as *informações protegidas* que disponibilizam ao regulador não passem para terceiros (assim como nos parece dever ser-lhes reconhecido o estatuto de contra-interessadas em processos de intimação para o acesso à informação que disponibilizaram); além disso, e como já foi judicialmente decidido, deverá entender-se que um outro limite decorre do *direito à não auto-incriminação*, de onde resulta que cessa, para a empresa regulada, o dever de prestar informações que possam revelar a prática de

⁽¹⁰⁾ Por curiosidade, note-se que pode haver um cruzamento entre este dever de informação e o direito de informação das empresas reguladas; veja-se, neste sentido, o Ac. do TCA Sul de 27/11/2008 (P. 4263/08), considerando que a empresa regulada (no caso, não se tratava de uma empresa do sector público) tem o dever de informar (no caso, a Autoridade da Concorrência), mas também o direito a conhecer a utilização que dessa informação é feita pela mesma autoridade administrativa.

⁽¹¹⁾ Veja-se, por exemplo, nos estatutos do ICP-ANACOM, a autorização para que esta agência divulgue as informações obtidas, “salvo se se tratar de matéria sensível para as entidades em causa”; cf. art. 13.º, n.º 2, do DL n.º 309/2001, de 7/12. Independentemente disso, é claro que as autoridades reguladoras que detêm informações sobre os regulados estão sujeitas às restrições da LADA, designadamente quanto à revelação de informações que contenham segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna das empresas reguladas (cf. art. 6.º, n.º 6, da LADA); aplicando, e bem, esta restrição num caso de informação requerida ao IAPMEL, cf. o Ac. do TCA Sul de 29/10/2006 (P. 1877/06).

infracções públicas (criminais ou contra-ordenacionais)⁽¹²⁾.

2.3. Dever de informação no âmbito das actividades públicas de inspecção

Enquanto organismos que integram a esfera pública, as empresas do sector público encontram-se sujeitas à acção e aos poderes inspectivos da Inspeção-Geral de Finanças⁽¹³⁾. Nesse âmbito, encontram-se vinculadas aos deveres de informação e cooperação perante a referida Inspeção-Geral, tendo, designadamente, o dever de fornecer os elementos de informação necessários ao desenvolvimento da actividade de inspecção, nos moldes, suportes e com a periodicidade e urgência requeridos⁽¹⁴⁾.

2.4. Dever especial de informação aos accionistas públicos

Nos termos da lei, as empresas do sector público estão abrangidas por um dever especial de prestação de informações aos órgãos dos accionistas públicos (*v. g.*, Estado e municípios). A especialidade deste dever decorre do facto de dizer respeito a informações que, em certa medida, acrescem àquelas que, nos termos da lei comercial, as empresas devem prestar aos respectivos accionistas – sobre estes deveres, cf. arts. 13.º do RJSEE e 27.º do RJSEL.

2.5. Dever de informação no âmbito do Código do Procedimento Administrativo

O Código do Procedimento Administrativo é aplicável às empresas do sector público na medida em que exerçam “poderes de autoridade”

⁽¹²⁾ Cf. Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, no Proc. n.º 205/06.OTYLSB. Sobre o direito à não auto-incriminação no domínio da regulação pública, cf. o Dossier Temático dedicado ao “dever de colaboração e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, n.º 1, 2010, pp. 119 e segs.

⁽¹³⁾ Cf. art. 2.º, n.º 4, do DL n.º 79/2007, de 29/3.

⁽¹⁴⁾ Cf. art. 4.º do DL n.º 276/2007, de 31/7.

(cf. art. 2.º, n.º 3) ⁽¹⁵⁾. Assim, nesse âmbito, por exemplo, quando pratiquem actos administrativos, as empresas do sector público ficam sujeitas ao dever de informação correspondente ao *direito à informação sobre o andamento de procedimentos administrativos* regulado nos arts. 61.º a 65.º do mesmo Código ⁽¹⁶⁾.

2.6. Dever de informação em matéria de ambiente

Nos termos da Lei n.º 19/2006, de 12/6, que regula o acesso à “informação sobre ambiente na posse de autoridades públicas”, as *empresas públicas* e as *entidades públicas empresariais* são consideradas *autoridades públicas* (art. 3.º): ficam assim obrigadas a permitir o acesso a toda a “informação sobre ambiente” de que disponham. Trata-se de mais um caso em que, de forma muito clara, as empresas do sector público são consideradas, para aquele efeito, no seu estatuto de organismos do sector público e, por consequência, abrangidas pela incidência de um dever pú-

⁽¹⁵⁾ Sobre a interpretação do art. 2.º, n.º 3, do CPA, em particular, no sentido de considerar sujeitas ao regime procedimental que ali se manda aplicar às empresas concessionárias as empresas do sector público em formato societário, cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 73.

⁽¹⁶⁾ Uma ilustração do dever de informação procedimental ocorre no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, e onera as empresas do sector público quando assumam a qualidade de entidades adjudicantes – o que, salvo nos “sectores especiais”, não sucede com as empresas que actuam em ambiente de mercado, expostas à concorrência: cf. art. 2.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos (CCP). Neste âmbito, lembre-se que, nos termos do art. 66.º deste Código, o órgão (da entidade adjudicante) competente para a decisão de contratar tem a responsabilidade de decidir os requerimentos, apresentados pelos interessados, no sentido da classificação dos documentos que constituem as suas propostas, por motivos de segredo comercial, industrial, militar ou outro, para efeitos da restrição ou da limitação do acesso aos mesmos na medida do estritamente necessário.

blico que atinge, de um modo especial, entidades da esfera pública (em sentido lato) ⁽¹⁷⁾.

2.7. Dever de informação no âmbito da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (LADA)

A LADA (Lei n.º 46/2007, de 24/8) regula, em geral, o acesso aos documentos administrativos; no art. 3.º, define documento administrativo como “qualquer suporte de informação sob forma escrita, visual, sonora, electrónica ou outra forma material, na posse dos órgãos e entidades referidos no artigo seguinte, ou detidos em seu nome”. Por sua vez, o art. 4.º, sobre o âmbito de aplicação, estipula que a LADA se aplica, além do mais, aos órgãos das empresas públicas, bem como aos órgãos das empresas regionais, intermunicipais e municipais.

Prevedo restrições de ordem geral, aplicáveis a todas as entidades abrangidas pela sua incidência, a LADA é, de todos os regimes aflorados aqui, aquele que apresenta, em princípio, o dever de informação de espectro mais alargado: no *plano subjectivo*, uma vez que “todos”, sem necessidade de enunciar qualquer interesse, têm direito de acesso aos documentos administrativos (art. 5.º), bem como no *plano*

⁽¹⁷⁾ Na mesma Lei, são também consideradas *autoridades públicas* as empresas concessionárias; neste contexto, no Ac. de 7/1/2009 (P. 848/08), o STA decidiu estar abrangida pelo dever de informação ali estabelecido a *EDP, Gestão e Produção de Energia, SA*, na qualidade de empresa concessionária de utilização privativa de bens do domínio público hídrico. Apesar de a Lei não estabelecer qualquer restrição, na nossa interpretação, a mera consideração de empresas concessionárias como *autoridades públicas* parece impor a conclusão de que se pretende atingir apenas as empresas titulares de *concessões translativas* (obras públicas, serviços públicos, exploração do domínio público) e não as titulares de *concessões constitutivas* (utilização privativa do domínio público): e isto será assim pela simples razão de que estas últimas actuam na esfera privada, não se revelando adequado, nem, menos ainda, legítimo admitir a respectiva qualificação como *autoridades públicas*. Discordamos, pois, da doutrina por que enveredou o acórdão.

objectivo, pois que, salvo excepções contadas, “todos os documentos” em posse das entidades abrangidas se qualificam como administrativos, encontrando-se por isso abrangidos pelo dever de informação⁽¹⁸⁾.

Como é sabido, a alteração da LADA, em 2007, alargou o âmbito do dever de informação que onera as empresas do sector público. Na verdade, ao contrário do que defendia a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, bem como alguma doutrina⁽¹⁹⁾, a versão anterior

(18) Actualmente, no âmbito da LADA, a situação das empresas do sector público contrasta com aquela em que se encontram “outras entidades no exercício de funções administrativas ou de poderes públicos” – em relação a estas últimas entidades (que podem ser, por exemplo, empresas concessionárias de serviços públicos), parece-nos ficar claro que a LADA se aplica apenas quando actuem *no exercício* das referidas funções e poderes. Por razões compreensíveis, a sujeição apresenta pois um *perfil funcional* e não institucional. Trata-se de uma solução igual à que foi adoptada, na Alemanha, na lei do acesso à informação das autoridades federais (designada *Informationsfreiheitsgesetz*), onde se equipara a autoridade pública (*Behörde*) a pessoa singular ou colectiva de direito privado de que uma entidade pública se sirva para a execução das suas tarefas jurídico-públicas. Contudo, nos termos do § 7, (1) da lei, o pedido de informação é, nesse caso, dirigido à autoridade pública que se socorre da entidade privada detentora da informação e não a esta – cf. JÜRGEN FLUCK, “Verwaltungstransparenz durch Informationsfreiheit”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2006, p. 1413; T. BRÄUTIGAM, “Das deutsche Informationsfreiheitsgesetz aus rechtsvergleichender Sicht”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2006, p. 951.

O caso já parece apresentar outros contornos quanto à aplicação da LADA aos “organismos de direito público”, nos termos do art. 4.º, n.º 2. Justifica-se, se é que não se impõe, a interpretação desta norma no sentido de que os referidos organismos – que podem ser “puros” particulares – se submetam à LADA apenas em termos *funcionais*, abrangendo tão-somente o acesso à informação relacionada com a execução de funções administrativas ou com o exercício de poderes públicos.

(19) Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 204 e segs., considerando injustificada a posição que sustentávamos, apesar de reconhecer que tínhamos a letra da lei a nosso favor. Sobre o tema, cf. ainda JOSÉ RENATO GONÇALVES, *Acesso à Informação das Entidades Públicas*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 40 e 140 e segs.

da LADA não deixava margem para dúvidas: só queria assegurar o direito de acesso aos documentos com origem ou detidos por empresas do sector público (quando em formato jurídico-privado) relacionados com o exercício de poderes de autoridade⁽²⁰⁾. E, dizemo-lo desde já, foi correcta essa opção de alargamento do dever de informação a todos os documentos das empresas do sector público.

3. Distinção entre tipos de deveres de informação

Para além da distinção, acima sinalizada, entre *deveres de informação de cumprimento imediato ou oficioso* (ver, *supra*, 2.1 e 2.4) e *deveres de informação dependentes de solicitação dos titulares do direito ou do poder de exigir a informação* (todos os outros casos), cumpre, neste contexto, destacar especialmente a distinção entre os *deveres de informação impostos às empresas do sector público enquanto meros operadores económicos* (*supra* 2.1 e 2.2) e os *deveres impostos atendendo à consideração das empresas como organismos do sector público* (*supra* 2.3, 2.4, 2.6 e 2.7), a que se junta o caso especial, porque associado ao exercício de poderes de autoridade, do *dever de informação procedimental* (*supra* 2.5).

Descontando esse caso especial, os deveres de informação que podem ser impostos às empresas do sector público ordenam-se numa *lógica dual*: *i*) ou o são na *qualidade de operadores económicos*, caso em que as empresas do sector público se vêem submetidas a leis que se aplicam aos *players* de um mercado, independentemente de pertencerem ao sector público ou ao sector privado; *ii*) ou são-no na *qualidade de entidades do sector público*, cenário em que as empresas ficam submetidas a leis aplicáveis aos organismos da Administração Pública.

(20) Cf. o nosso *Entidades Privadas*, *cit.*, pp. 293 e 1049.

Esta *lógica dual* explica-se pelo carácter misto das empresas do sector público, que, mesmo quando se comportem como operadores económicos de mercado, pertencem ao sector público. E neste aspecto se encontra em grande medida a situação peculiar dessas empresas: basta pensar que, em regra, os operadores do mercado não estão sujeitos aos deveres de informação que oneram as entidades do sector público, do mesmo modo que, também em regra, estas entidades não se encontram sujeitas aos deveres de informação que oneram, em geral, os operadores económicos.

Embora justificada nesses termos, a acumulação de imposições de deveres de informação de diferente sentido e racionalidade pode causar dificuldades, em especial, quando as empresas do sector público, actuando em ambiente de mercado, se vêem confrontadas com uma disciplina que desconsidera a actuação nesse ambiente e confere relevo *apenas* ao facto de se tratar de entidades do sector público. Eis o que sucede com o dever de informação no âmbito da LADA.

4. Em especial, o dever de informação no âmbito da LADA

Já aludimos de passagem ao facto de a submissão das empresas do sector público à LADA apresentar um *perfil institucional* ou *orgânico* [e não funcional, como sucede em relação às “outras entidades no exercício de funções administrativas ou de poderes públicos” (21)]. Quer isto

(21) Pelo facto de a LADA autonomizar a sua aplicação às empresas em relação à sua aplicação aos “organismos de direito público”, discordamos da passagem do Ac. do STA de 30/9/2009 (P. 435/09), na parte em que pretende atribuir relevo ao facto de a empresa pública em causa no processo não actuar no mercado “em condições de inteira paridade com as empresas verdadeiramente privadas”, pelo que se deveria atender, nesse âmbito, ao conceito de organismo de direito público. Com efeito, a LADA dispensa e desconsidera a qualificação das empresas do sector

dizer que: *i*) ressalvadas as *excepções* (cf. art. 3.º, n.º 2), todos os documentos dessas empresas se qualificam como administrativos; *ii*) ressalvadas as *restrições* (cf. art. 6.º), em relação a todos eles existe um dever de informar, de permitir o acesso.

As empresas surgem, pois, *totalmente equiparadas* a todas as outras entidades públicas (Estado, municípios), sem qualquer distinção quanto ao seu objecto: quer se dediquem a tarefas com uma feição mais burocrática (*v. g.*, administração e gestão de portos) ou actuem num mercado exposto à concorrência (*v. g.*, exploração de um estabelecimento hoteleiro), quer exerçam poderes de autoridade ou prestem serviços num ambiente paritário, encontram-se abrangidas pelo dever de informação nos mesmos termos que se aplicam a qualquer entidade pública.

De facto, embora, no plano político-legislativo, a questão se pudesse resolver noutros termos, o certo é que, na versão de 2007, a LADA não parece deixar margem para atenuar ou diminuir a incidência do dever de informação no caso das empresas do sector público, seja qual for o ambiente jurídico ou material em que actuem. Concordamos, pois, com a linha que tem sido seguida pela jurisprudência dos tribunais administrativos quanto a este ponto. Mais: observamos até que, na nossa interpretação, aquela opção legislativa se revela especialmente adequada à *situação institucional* das empresas do sector público (22).

público como organismos de direito público; ao contrário de outras leis, que se aplicam a empresas do sector público apenas na medida em que elas preenchem os elementos do conceito de organismo de direito público (*v. g.*, Código dos Contratos Públicos), a lei em questão indica explicitamente que as empresas públicas e do sector empresarial local estão sob a sua alçada.

(22) Com uma compreensão diferente, cf. JOÃO CAUPERS, “Sobre o conceito de documento administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 75, 2009, pp. 3 e segs.

É certo que se tem falado, neste contexto, de um *imperativo de igualização* ⁽²³⁾, que se traduz em submeter as empresas do sector público que actuam em ambiente de mercado ao regime aplicável às empresas concorrentes. Supomos que esse imperativo se explica também por uma *ideia de coerência*, no sentido em que, se o sistema admite que as empresas do sector público intervenham no mercado, então reclama-se que as submeta à disciplina aplicável a todos os *players*, sem privilégios, mas também sem ónus ou deveres especiais ⁽²⁴⁾.

Sem prejuízo desta matriz de igualização, não pode, contudo, excluir-se a bondade de *desvios pontuais e razoáveis*, que, nos termos da lei, se imponham, logicamente e de forma justificada, por força da circunstância de estar em causa uma empresa do sector público ⁽²⁵⁾.

Ora, o acesso à informação das empresas do sector público revela-se um dos domínios em que se justificam desvios que atendam precisamente ao facto de se tratar de empresas que, mesmo actuando em ambiente de mercado – e nem sempre este é o caso –, não são como as outras (do sector privado), pois pertencem aos poderes públicos e desenvolvem uma acção que é *acção pública*, que se funda numa competência e não na liberdade ⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ Cf. G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence (essai sur la perennité du droit public en économie de marché)*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 492 e segs.

⁽²⁴⁾ Matéria em que o imperativo de *igualização* nos parece fazer todo o sentido é a da sujeição às regras de contratação pública – de resto, e como já aludimos no presente texto, salvo nos “sectores especiais”, as empresas do sector público que actuam em ambiente de mercado não são entidades adjudicantes, uma vez que não preenchem os requisitos do art. 2.º, n.º 2, do CCP.

⁽²⁵⁾ Neste sentido, cf. o nosso *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., p. 213.

⁽²⁶⁾ Por essa razão, não tem cabimento a invocação do *direito de livre iniciativa económica* para questionar a constitucionalidade da imposição do arquivo aberto às empresas do sector público.

Como, de resto, vem sendo notado nas decisões judiciais que se ocupam do tema, ao que acaba de se dizer acresce a circunstância de a LADA conter restrições e condicionamentos do direito de acesso que se apresentam especialmente pertinentes neste âmbito: referimo-nos ao disposto no art. 6.º, n.º 6, em cujos termos só subsiste um direito de acesso a documentos que contenham “segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa” na medida em que o interessado esteja munido de autorização escrita da própria empresa ou demonstre interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade ⁽²⁷⁾.

Na senda da jurisprudência, afigura-se-nos que, seja qual for o espaço em que desenvolvem a sua acção e mesmo que se trate, portanto, do mercado, a submissão de todas as empresas do sector público ⁽²⁸⁾ ao *princípio do arquivo aberto* ou a uma *regra de information disclosure* não consubstancia um constrangimento desnecessário, nem uma solução que as impeça de realizar os objectivos públicos que nortearem a decisão de as instituir.

⁽²⁷⁾ O modo como surge formulado este “limite à restrição” do direito de acesso (existência de um interesse directo, pessoal e legítimo do requerente) indica que, na mente do legislador, está presente a exigência de uma ponderação a efectuar *judicialmente*. Assim, pretendendo o requerente aceder a documentos que contêm segredos comerciais, industriais ou informações sobre a vida interna da empresa, não se nos afigura, pois, que a empresa tenha um dever de permitir esse acesso, mesmo que, *alegadoamente*, haja um interesse directo, pessoal e legítimo daquele. Na nossa interpretação, nesse caso, a empresa tem mesmo o *direito de recusar o acesso*, tendo o requerente o ónus de demonstrar em tribunal, de acordo com um critério de proporcionalidade, que o seu interesse em aceder à informação requerida é superior ao interesse, também protegido, da empresa em não a revelar. Ao tribunal cabe efectuar esta ponderação e decidir qual dos interesses legítimos e protegidos que sacrifica: o da empresa ou o do requerente.

⁽²⁸⁾ Sem distinção, para este efeito, entre *empresas de capitais exclusivamente públicos* e *empresas do sector público com capitais privados*.

Contudo, partindo da regra da sujeição ao dever de informação, mostra-se essencial que a jurisprudência continue a ponderar, de forma cuidadosa, as restrições legais ao direito de acesso. De outro modo, as empresas do sector público ver-se-iam colocadas numa situação de *discriminação* e de *efectiva desigualdade* diante de operadores económicos concorrentes, que poderiam servir-se de informação pública, não apenas para fins privados, mas mesmo para competir com entidades do sector público: um tal cenário poderia já representar um *desvio intolerável* à matriz de *igualização* acima referida – contudo, em inteiro rigor, o que acaba de se dizer sobre o desvalor de um tal desvio talvez tenha de se matizar ou pelo menos ponderar em face da consideração de que, em *ambiente regulado*, também as empresas privadas estão submetidas ao dever genérico de informar as instâncias reguladoras, sendo certo que, a seguir, as empresas concorrentes têm um direito de acesso à informação detida por essas mesmas instâncias⁽²⁹⁾; embora as situações apresentem contornos diferentes, não se pode concluir que o risco de acesso pela concorrência a informação protegida só exista no caso das empresas do sector público, e já não nas do sector privado.

Retomando o raciocínio, insiste-se, a *regra* é, e deve mesmo ser, a da submissão das empresas do sector público ao dever de informação consagrado na LADA, o que nos parece revelar-se inteiramente coerente com a situação institucional de tais empresas enquanto *entidades vinculadas pelos direitos fundamentais* (nos mesmos

⁽²⁹⁾ Um dos temas que vem despertando o interesse da doutrina tem precisamente a ver com a utilização da informação pública (livremente acessível, sem explicitação de razões) para fins comerciais; sobre o assunto, cf. GERRIT HORNUNG, “Staatliche Daten als Güter”, in *Recht und Markt* (49. Assistententagung Öffentliches Recht), Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 75 e segs.

termos das entidades públicas)⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾. Neste caso, a vinculação pelos direitos fundamentais não resulta apenas do desenvolvimento de uma acção pública (como sucede no caso das entidades particulares com funções administrativas), mas, especificamente, do facto de se tratar de *entidades do sector público* e em relação às quais se mostra afeiçoada a adopção de um princípio de *equiparação institucional* a quaisquer outras entidades do sector público⁽³²⁾. Como ensina VIEIRA DE ANDRADE, precisamente a propósito de entidades como as empresas do sector público, mesmo quando não disponham de poderes de autoridade, tais entidades, “em vista da sua ligação organizativa, funcional ou material à actividade administrativa em sentido estrito, devem estar sujeitas em primeira linha aos direitos, liberdades e garantias, não devendo ser tratadas como entidades dotadas de *autonomia privada*”⁽³³⁾.

PEDRO COSTA GONÇALVES

⁽³⁰⁾ Lembre-se que o “direito de acesso aos arquivos e registos administrativos”, consagrado no art. 268.º, n.º 2, da CRP, assume a natureza de um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias; neste sentido, cf. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 374; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 145.

⁽³¹⁾ As empresas do sector público estão também vinculadas pelos direitos fundamentais e pelas liberdades consagradas ao nível do direito da União Europeia; sobre este aspecto, cf. N. VINCENT MANTHEY, *Bindung und Schutz öffentlicher Unternehmen durch die Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Frankfurt am Main, Peter Verlag, em particular, pp. 51 e segs.

⁽³²⁾ Cf. o nosso *Entidades Privadas*, cit., pp. 1041 e segs.

⁽³³⁾ Cf. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 224.