



O Mercado Único Digital e o seu desígnio político-constitucional: o impacto da Agenda Eletrónica Europeia nas soluções de interoperabilidade¹

Joana Covelo de Abreu*

SUMÁRIO: O Mercado Único Digital é o novo objetivo político e, por essa razão, tem vindo a promover a criação de todo o tipo de soluções digitais para potenciar a evolução da União Europeia. Só isso poderá torná-la mais atrativa ao investimento por parte de agentes associados às tecnologias de informação. Assim, a União Europeia estabeleceu um conjunto de medidas de interoperabilidade para que tanto os Estados-Membros como as instituições europeias estivessem habilitados a dar o exemplo quanto à relevância das ferramentas digitais e a fim de as identificar como um dos instrumentos indispensáveis à observância das finalidades da União. Neste contexto específico, a União Europeia adotou o Programa ISA² para implementar soluções de interoperabilidade para as administrações públicas, as empresas e os cidadãos e que visa acarretar maior transparência para aquelas relações estabelecidas entre as administrações públicas (administrações funcional e organicamente europeias) e os cidadãos e as empresas. A médio prazo, as soluções de interoperabilidade dotarão a União Europeia de uma e-Administração (administração eletrónica) cuja face visível será um fenómeno de e-Governo (governo digital). No entanto, para que a União Europeia não se depare com uma degeneração baseada no uso excessivo das tecnologias de informação e dos componentes eletrónicos, os princípios da proporcionalidade, igualdade e não discriminação têm de ser usados como “princípios de teste” de todas as medidas que o Mercado Único Digital objetiva implementar. Afinal, uma disseminação alargada das tecnologias de informação noutros domínios constitucionais – como é o caso da definição de um sistema democrático e da prossecução dos interesses públicos primários pela classe política (decorrendo desta nova realidade um fenómeno de e-Política) – pode conduzir a um caminho incerto, tendente a comprometer o arranjo político-social tal como o conhecemos hoje.

PALAVRAS-CHAVE: Mercado Único Digital – mercado interno – interoperabilidade – ação por incumprimento – e-Administração.

¹ Nota da Autora: Para a total perceção dos conteúdos deste texto – sobretudo porque algumas expressões ainda não receberam tratamento paralelo em língua portuguesa – sugere-se a sua análise tendo em mente o contributo originariamente escrito em inglês.

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro Doutorado do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) da Universidade do Minho.

1. O Mercado Único Digital e o seu desígnio político-constitucional

O Mercado Único Digital é a mais recente novidade no plano político. Todos os agentes políticos nacionais e europeus congratulam-se com o seu estabelecimento já que “[a]s plataformas em linha alteraram drasticamente a economia digital ao longo das duas últimas décadas e representam grandes benefícios para a sociedade digital atual”.² Na realidade, “[d]esempenham um papel preponderante na criação do ‘valor digital’ que sustenta o crescimento económico futuro da UE e são, conseqüentemente, de grande importância para o funcionamento do mercado único digital”³ criando “novas oportunidades para o envolvimento dos cidadãos na sociedade como um todo, incluindo a participação democrática, a demanda de melhores serviços públicos, a troca de informação e a cooperação transfronteiriça”.⁴ Assim, as plataformas em linha e a era digital também têm um impacto considerável no que diz respeito à participação das pessoas nos processos decisórios, o que pode aumentar (ou não?) o valor democrático, envolvendo os mais jovens numa estrutura política mais participada.

O Mercado Único Digital tem um envolvimento nos quadros políticos da União Europeia porque a economia digital pode criar crescimento e emprego em todo o continente.⁵ Aliás, a Comissão mostrou-se preocupada em disseminar o conhecimento que as plataformas digitais acarretam, nos dias de hoje, como sendo de particular e singular importância para a economia digital já que as mesmas surgem em quase todos os setores económicos, desde motores de busca aos transportes, desde a indústria cinematográfica ao desporto. Assim, aquelas áreas que ainda continuam a depender apenas das plataformas personificadas normais, baseadas no efetivo contacto humano, acabarão por soçobrar num curto período de tempo ou, pelo menos, irão recuar para um lugar bem mais modesto.

Isto acontece porque as plataformas em linha têm determinadas características que não podem ser obliteradas. Afinal, “têm a capacidade de criar e moldar novos mercados tradicionais e organizar novas formas de participação” já que estas se sedimentam “frequentemente em tecnologias de comunicação e informação” que permitem “alcançar os respetivos utilizadores, instantânea e facilmente”.⁶ Estas tiveram um verdadeiro impacto na evolução dos nossos dias já que demandam uma torrente inovadora constante que aumenta as escolhas dadas aos consumidores e conseguem promover a competitividade económica e concorrencial.

A União Europeia começou a apostar no Mercado Único Digital desde que a Comissão Europeia chegou à conclusão que a Europa apenas tem um impacto marginal, numa escala mundial, no desenvolvimento tecnológico e digital. Na realidade, a Comissão dá-nos conta que “diversas plataformas globalmente competitivas tiveram origem na Europa” mas, “globalmente, a UE apenas representa atualmente cerca de 4% da capitalização total de mercado das maiores plataformas em linha” apesar de cerca

² Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, As plataformas em linha e o mercado único digital: oportunidades e desafios para a Europa, Bruxelas, 25 de maio de 2016, COM(2016) 288 final, p. 2.

³ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu..., p. 2.

⁴ Cfr. Documento de Trabalho da Comissão (Commission staff working document), A digital single market strategy for Europe – analysis and evidence, Brussels, 25 May 2016, COM(2015) 192 final, p. 3 (tradução livre).

⁵ Cfr. Documento de Trabalho da Comissão..., p. 4.

⁶ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu..., pp. 2 e 3.

de 30% das receitas globais nas principais plataformas de distribuição de aplicações decorrerem da Europa”.⁷

Assim, a Comissão reputa importante a criação de um ambiente adequado e das condições de enquadramento essenciais a promover a emergência de novas plataformas em linha que escolham a União Europeia para se sediarem.

Isto cria o contexto perfeito para o lançamento do Mercado único Digital que está a ser desenvolvido em várias áreas de sedimentação e atuação como são a economia, a sociedade, o acesso & a conectividade e a investigação & a inovação.⁸

Como é passível de entendimento, a União Europeia encontra-se a desenvolver todos os contributos necessários para criar e estabelecer, em completude, um Mercado Único Digital no âmbito das suas competências partilhadas, nomeadamente observando o disposto no artigo 4.º, n.º 2, a) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), já que se encontra a incrementar a matéria no âmbito do Mercado Interno. Isto apenas acabou por se desenrolar mais tardiamente porque a União Europeia confiou, por algum tempo, nas diligências encetadas pelos Estados-Membros para estabelecerem um espaço verdadeiramente concorrencial no âmbito da era digital embora se tenha tornado claro que a União Europeia deveria ter uma palavra a dizer na matéria para superar dissidências que estavam a começar a aparecer entre as legislações dos diversos Estados-Membros e a atuação das suas entidades. Assim, foram estabelecidas três prioridades primaciais para este Mercado Único Digital: 1) melhorar o acesso a bens e serviços digitais; 2) criar um ambiente onde a oferta digital (redes, bens e serviços) possa prosperar; e 3) perceber o “digital” como um condutor para o crescimento.⁹

Neste sentido, a ordem jurídica europeia está a apostar na proteção de dados e dos consumidores e na promoção dos princípios inerentes à livre concorrência – e para o fazer, a Comissão vai lançar uma série de mecanismos de interoperabilidade “o mais tardar até 2017”.¹⁰ E é convicção da Comissão que estabelecer um Mercado Único Digital é indispensável uma vez que “existem igualmente muitas oportunidades para o aparecimento de plataformas europeias” e isto “é talvez o desafio mais importante que a UE enfrenta atualmente para assegurar a sua futura competitividade no mundo”.¹¹

A Agenda Digital para a Europa (ADE) é uma das iniciativas no âmbito da Estratégia Europa 2020¹² tendo em vista “potenciar o crescimento económico e os benefícios sociais através da consecução do mercado único digital”.¹³ Assim, é designado como um interesse público secundário que tem de ser prosseguido pela administração europeia – tanto pelas administrações públicas nacionais (quando aplicam o direito da União Europeia) como pelas Instituições europeias. Neste sentido, as administrações públicas nacionais têm de se sentir envolvidas para promover esta teleologia e objetivo

⁷ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu..., p. 3.

⁸ Para mais informações, consultar <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en> (acesso no dia 3 de novembro de 2016).

⁹ Para mais informações, consultar http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market_en acesso no dia 3 de novembro de 2016).

¹⁰ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu..., p. 12.

¹¹ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu..., p. 17.

¹² Cfr. Estratégia Europa 2020, apresentada pela Comissão Europeia: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/europe-2020-strategy> (acesso no dia 8 de dezembro de 2016).

¹³ Cfr. Re-launching the Single Market, 15th Report of Session 2010-11, (House of Lords, European Union Committee, Authority of the House of Lords, London: the stationery Office Limited: 2011), p. 25 (tradução livre).

porque, não sendo assim – e estas aparecendo como as primeiras a resistir à inovação –, a adaptação do Mercado Interno a estes novos padrões de atuação vai sair diminuída e a prosperidade económica na Europa poderá ser prejudicada.

Contudo, de modo a promover este objetivo, será indispensável uma utilização mais premente das ferramentas dadas pelas tecnologias de informação, pedindo “uma maior e mais rápida disponibilidade de banda larga, uma maior ênfase na investigação e inovação, aplicações interoperáveis, um aumento da literacia digital e um reforço da segurança”.¹⁴

Isto surge com uma reforçada importância porque, como afirma Malcolm Harbour, Membro do Parlamento Europeu, “o mercado único digital é o Mercado Único, já que, se olharmos para cada um dos negócios que acedem ao mercado único, uma das suas componentes mais fortes será a Internet ou uma oferta baseada eletronicamente”. Na realidade, no início do ano de 2016, a Comissão Europeia promoveu a Conferência de 2016 “Digital4EU” onde pontos estratégicos foram avançados, especialmente os relativos a envolver os *stakeholders* e os agentes económicos na sedimentação de um Mercado Único Digital. Tendo em conta a necessidade de serviços públicos digitais, as principais conclusões foram: 1) o impacto digital deve operar, em primeira linha, nos serviços públicos; e 2) “os Estados-Membros deveriam implementar o princípio da *uma única vez*; uma única obrigação, reutilizar dados, fazer o melhor uso de elementos essenciais [...] e pensar serviços transfronteiriços desde o início”.¹⁵ Isto requer que as autoridades nacionais criem sinergias de modo a aceder e tratar informação que anteriormente já havia sido prestada perante uma diferente estrutura administrativa. Afinal, o Mercado Único Digital e os mecanismos de interoperabilidade visam desenvolver bases de dados e estruturas digitais que facilitem a plena efetividade do princípio da *uma única vez*, ainda que a informação tenha sido prestada, por particulares, num Estado-Membro e uma entidade pública de outro Estado-Membro quer aceder a essa mesma informação.

Isto irá fomentar, de uma vez por todas, a observância dos princípios do reconhecimento mútuo e da confiança recíproca entre Administrações Públicas de diferentes Estados-Membros, promovendo ainda mais o efeito administrativo horizontal quando as Administrações Públicas nacionais atuam como administrações funcionalmente europeias sem que se vejam ataviadas por barreiras geográficas. Por outro lado, irá impulsionar um total compromisso entre as Administrações Públicas nacionais e as Instituições europeias através de mecanismos de interconexão que se encontram a ser estabelecidos em todo o tipo de áreas de modo a que quer a confiança recíproca, quer o reconhecimento mútuo possam sair reforçados entre as administrações nacionais e europeia.

No entanto, para atingirem esse fim, as Instituições europeias envolveram-se num conjunto de atividades que são obrigatórias para os Estados-Membros e, assim, sempre que estes não cumpram as suas obrigações, poderão resultar consequências jurídicas para as suas omissões, como veremos *infra*. E tais consequências jurídicas podem advir de tribunais nacionais, quando as administrações públicas nacionais não cumprem as obrigações que para si resultam do direito da União e o seu incumprimento produz

¹⁴ Cfr. Re-launching the Single Market, 15th Report of Session 2010-11 (House of Lords..., p. 25) (tradução livre).

¹⁵ Cfr. “Digital4EU” 2016 – Stakeholder Forum Report (versão pdf): <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/digital4eu-2016-report> (acesso no dia 8 de dezembro de 2016), p. 14 (tradução livre).

efeitos nefastos na esfera jurídica dos particulares ou, por outro lado, poderão emergir perante o Tribunal de Justiça, quando os Estados-Membros (e, especialmente, as suas Administrações Públicas) não observam o direito da União, debilitando os objetivos jurídicos e políticos que a União Europeia determinou. A última situação poderá conduzir a uma decisão como a que iremos escrutinar nos próximos capítulos.

2. Soluções de interoperabilidade no âmbito do Mercado Único Digital

Durante muitos anos, várias foram as vozes que alertaram que recusar protocolos e mecanismos de interoperabilidade apenas conduziria a mais despesas e a maiores dificuldades nas relações entre as Administrações Públicas e os agentes económicos, já que as estruturas das Administrações Públicas obrigam, por exemplo, que se conheçam diferentes esquemas procedimentais, que se tenham em mente diferentes prazos e modos de contagem dos mesmos, que se compreendam diferentes organogramas ou que se apresentem, vezes sem conta, os mesmos documentos já anteriormente submetidos.

Isto comprometia a transparência nas relações estabelecidas entre o poder público, os cidadãos e as empresas. Ainda assim, mesmo dentro das pessoas coletivas públicas, respetivos órgãos e serviços, a ausência de estruturas e mecanismos de interoperabilidade criava uma redundância de custos e conduzia estas entidades a estarem completamente isoladas das demais.

Os mecanismos de interoperabilidade têm de ser pensados de modo a poderem resistir por um período médio de tempo já que “os sistemas de informação e as infraestruturas de rede, conseqüentemente, precisam de ser ou de se tornar escaláveis de modo a que se possam ajustar a necessidades emergentes ou em mudança, que podem ser de natureza técnica, ou organizacional ou social, ou todas”¹⁶.

Neste contexto particular, a interoperabilidade entende-se por “a capacidade de organizações díspares e diversas interagirem com vista à consecução de objetivos comuns com benefícios mútuos, definidos de comum acordo, implicando a partilha de informações e conhecimentos entre si, no âmbito dos processos administrativos a que dão apoio, mediante o intercâmbio de dados entre os respetivos sistemas de TIC”¹⁷. Tal procura implica uma interconexão efetiva entre os componentes digitais onde a uniformização “tem um papel essencial a desempenhar no incremento da interoperabilidade de novas tecnologias no âmbito” do Mercado Único Digital.¹⁸ Tem em vista facilitar o acesso à informação e a serviços num ambiente protegido e interligado, promovendo a livre concorrência e a proteção de dados.¹⁹

Mas a interoperabilidade é também necessária para colocar os serviços públicos a trabalhar num contexto transfronteiriço. Neste âmbito, a informatização de

¹⁶ Cfr. Yannis Charalabidis, *Interoperability in Digital Public Services and Administration: Bringing E-Government and E-Business*, Information Science Reference (New York: Hershey: 2011), xxii (tradução livre).

¹⁷ Cfr. artigo 2.º, N.º 1 da Decisão (UE) n.º 2015/2240, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, que cria um programa sobre soluções de interoperabilidade e quadros comuns para as administrações públicas, as empresas e os cidadãos europeus (Programa ISA²) como um meio para modernizar o setor público.

¹⁸ Cfr. Documento de Trabalho da Comissão..., 64 (tradução livre).

¹⁹ Para maior desenvolvimento, cfr. Catarina Sarmento e Castro, Anotação ao artigo 8.º - Proteção de dados pessoais, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (Coimbra: Almedina, 2013) 120-128.

“formalidades administrativas oferece uma oportunidade de harmonizar os documentos que os empresários têm de apresentar às autoridades nacionais em diferentes Estados-Membros acarretando poupanças adicionais”.²⁰ Afinal, a interoperabilidade é um fenómeno patente em todos os setores relativos à nova era digital uma vez que se relaciona diretamente “com o conjunto de informação que é pré-preenchida nos formulários em rede dos serviços públicos que varia, de forma acentuada, dentro da UE” assim como os seguintes eventos da vida que se encontram “incluídos no âmbito da análise: início de atividade; perder e encontrar um emprego, estudar, operações regulares de negócios; [...] ser proprietário e conduzir um automóvel; iniciar uma ação de pequeno montante”.²¹ Nesta matéria, a Comissão apresentou cálculos e a União Europeia cifrou-se em 33%, muito abaixo de alguns Estados-Membros como é o caso de Portugal (> a 75%). Nesta matéria, a interoperabilidade pressupõe, simultaneamente, aspetos de “intra- e de inter- integração e interoperabilidade governamental”.²²

Mas apesar de as soluções de interoperabilidade e das abordagens digitais terem de ser acionadas e adotadas, as intra- e inter- integrações governamentais são fenómenos que poderão ter “uma faceta escondida potencialmente indesejada: as sociedades democráticas dependem fortemente do princípio da separação de poderes e na manutenção de sistemas de pesos e contrapesos”²³ e, nesta perspetiva, um excesso de soluções de interoperabilidade no âmbito das decisões governamentais poderá conduzir a um componente democrático do Estado mais reduzido pelo que um cenário que se centralize em ter em consideração os princípios da proporcionalidade, da igualdade e da não discriminação será o melhor caminho a percorrer. Na realidade, se estes princípios não atuarem nestas áreas sensíveis, matérias e assuntos que deveriam ser negociados e escrutinados poderão começar a ser conduzidos com uma maior leveza o que terá a suscetibilidade de criar um “alto risco de que áreas atinentes ao governo democrático passem a navegar as águas almiscaradas do autoritarismo”.²⁴

Assim, há um caminho que subjaz àqueles princípios fundamentais lidos em combinação com os princípios administrativos do reconhecimento mútuo e da confiança recíproca que está a ser seguido. Afinal, a falta de interoperabilidade entre os serviços das entidades públicas e os operadores privados gera perdas em termos de transparência e cria dificuldades ao estabelecimento efetivo de um reconhecimento mútuo e de uma confiança recíproca. Neste sentido, a Comissão também chama a nossa atenção para a necessidade de “uma ação horizontal ao nível da UE, entre sectores, de modo a evitar que os Estados-Membros optem por soluções mutuamente incompatíveis que criarão novas barreiras à prestação de serviços públicos europeus”.²⁵ É por isto que “atingir a plena interoperabilidade no interligado [Mercado Único Digital] irá [permitir] aos serviços públicos oferecer [...], aos cidadãos, serviços transfronteiriços”.²⁶ A Comissão já promoveu e apoiou uma interoperabilidade transfronteiriça e entre sectores que foi transposta para a maioria dos Estados-Membros e que foi revista em 2015, através da

²⁰ Cfr. Documento de Trabalho da Comissão..., 65 (tradução livre).

²¹ Cfr. Documento de Trabalho da Comissão..., 65 (tradução livre).

²² Cfr. Yannis Charalabidis, *Interoperability in Digital Public Services and Administration...*, p. xxii (tradução livre).

²³ Cfr. Yannis Charalabidis, *Interoperability in Digital Public Services and Administration...*, p. xxii (tradução livre).

²⁴ Cfr. Yannis Charalabidis, *Interoperability in Digital Public Services and Administration...*, p. xxii (tradução livre).

²⁵ Cfr. Documento de Trabalho da Comissão..., 66 (tradução livre).

²⁶ SCfr. Documento de Trabalho da Comissão..., 67 (tradução livre).

Decisão (UE) n.º 2015/2240 que criou o Programa ISA².

O Programa ISA² é um programa sobre soluções de interoperabilidade e quadros comuns para as Administrações Públicas e os cidadãos europeus – artigo 1.º, N.º 1. Tem em vista potenciar quer as soluções de interoperabilidade criadas no âmbito do Programa ISA e todas aquelas soluções transfronteiriças e entre sectores que vão ser implementadas durante o período de 2016-2020. Isto irá promover a interação entre as Administrações Públicas europeias, por um lado, e entre as Administrações Públicas europeias, as empresas e os cidadãos, por outro. Finalmente, também irá contribuir para uma administração eletrónica mais efetiva, simplificada e fácil de usar pelo utilizador (*e-Administração*) em todos os níveis onde a Administração Pública tem influência e exerce a sua atividade.

Não obstante, todas estas metas têm de ser prosseguidas tendo em consideração os aspetos sociais e económicos que determinaram a interoperabilidade como indispensável, especialmente a situação das PME's e das microempresas já que, como previsto no considerando 20 desta Decisão, “[o] empenho dos Estados-Membros é essencial para assegurar o desenvolvimento rápido de uma sociedade eletrónica interoperável em toda a União e o envolvimento das administrações públicas no encorajamento da utilização de processos em linha”. Esta Decisão é aplicável desde o dia 1 de janeiro de 2016 até 31 de dezembro de 2020.

E tem particular relevância quando nos deparamos com o fenómeno de *e-Governo*. Este é um dos outros objetivos que tem de ser atingido no âmbito do Mercado Único Digital, nomeadamente perante a sua rubrica “economia digital e sociedade”, e tal está intrinsecamente relacionado a preocupações interoperáveis. Na realidade, algumas pessoas percecionam o *e-Governo* como a face visível da interoperabilidade – o *e-Governo* desenvolve-se usando as soluções de interoperabilidade adotadas pelas administrações públicas. O *e-Governo* prende-se com as situações (mais e mais frequentes) em que o governo depende de soluções baseadas em ferramentas de tecnologias de comunicação e de informação para desenvolver as suas competências, especialmente quando os governos dos Estados-Membros começaram a implementar portais em linha onde criaram diversos mecanismos para se interrelacionarem com a população. Estas instalações geraram uma “melhor qualidade e performance dos serviços”.²⁷

Poderemos lidar com esta realidade sem dificuldades se tal se puder considerar separadamente de outros fenómenos como é o caso da *e-Política*. E até é possível... Contudo, temos de estar atentos ao perigo de modo a verificar qual a linha que pretendemos desenhar antes que a informatização vá longe demais.

O *e-Governo* relaciona-se com o ideal de os particulares e as empresas terem a legítima expectativa de aceder digitalmente aos serviços públicos. Contudo, a Comissão chegou à conclusão de que “em muitos Estados-Membros da UE o setor público é lento no que diz respeito a atingir uma interoperabilidade transfronteiriça”.²⁸

Como iremos ver, *e-Administração* e *e-Governo* acarretam um novo princípio: o princípio da “uma única vez” já que as expectativas dos agentes económicos e dos

²⁷ Cfr. Y.S. Wang and Y.W. Liao, *Assessing E-Government systems success: a validation of the DeLone and McLean model of information system success*, in *Government Information Quarterly*, vol. 25, n.º 4 (2008) 717-743.

²⁸ Cfr. Documento de Trabalho da Comissão (Commission staff working document) - *A digital single market strategy for Europe – analysis and evidence* (Accompanying the Document), Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Bruxelas, 6 de maio de 2015, COM(2015) 192 final, p. 74 (tradução livre).

cidadãos derivaram da utilização, pelas Administrações Públicas, de instrumentos atinentes às tecnologias de informação de modo a que estes não tenham mais de providenciar alguns documentos e informações que já haviam prestado no passado. Este princípio “esforça-se por possibilitar que os utilizadores informem o setor público de diferentes alterações nas suas vidas apenas uma vez”.²⁹ Assim, a evolução deste princípio em particular inclui não apenas informação que tem importância redobrada em matérias governamentais (como o nome, a morada, o emprego) mas também dizendo respeito a todas aquelas informações dadas em procedimentos que foram iniciados pelos particulares. Assim, “[o]s registos e bases de dados no lado governamental deveriam ser capazes de aglomerar tais informações através de serviços online fáceis de entender e de passar a informação a todas as autoridades responsáveis”.³⁰

Ainda assim, se a interoperabilidade nacional é difícil de estabelecer, é mais normal ainda que a interoperabilidade transfronteiriça seja mais complexa. Isto resulta claro quando nos deparamos com a jurisprudência do Tribunal de Justiça no caso Comissão vs. Portugal, de 5 de outubro de 2016,³¹ decorrente de uma ação por incumprimento que conduziu à declaração do incumprimento do Estado português. Neste caso, a Comissão pugnou pela declaração do incumprimento português baseado no facto de este Estado-Membro não ter criado, no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1071/2009, de 21 de outubro de 2009, um registo nacional das empresas de transporte rodoviário, interligando-o com os registos eletrónicos nacionais dos outros Estados-Membros. O incumprimento foi declarado porque, ao não criar tal registo, Portugal estava a levantar sérias dificuldades a que se atingisse a observância das soluções de interoperabilidade (considerando 6) e, assim, estava a impedir a cooperação administrativa e a simplificação entre Estados-Membros.

O Regulamento n.º 1071/2009³² estabelece regras comuns no que se refere aos requisitos para o exercício da atividade de transportador rodoviário. Trata-se de um ato normativo que tem em conta a necessária adaptação deste setor económico específico às regras do Mercado Interno já que “[a] realização de um mercado interno do transporte rodoviário com condições de concorrência equitativas obriga à aplicação uniforme de regras comuns” porque “[e]ssas regras comuns contribuirão para aumentar o nível de qualificação profissional dos transportadores, para racionalizar o mercado, para melhorar a qualidade do serviço, no interesse dos transportadores rodoviários, dos clientes e da economia em geral, e para aumentar a segurança rodoviária”.³³

Mas é de acordo com os considerandos 13 a 17 que conseguimos depreender porque é que este Regulamento também tem um particular impacto na interoperabilidade administrativa e em incrementar a implementação das ferramentas digitais, conduzindo a uma relação melhor e mais transparente entre as administrações públicas (especialmente as funcionalmente europeias) e os particulares. Na realidade, melhor cooperação administrativa conduz à melhoria da efetividade da monitorização das empresas que operam em diversos Estados-Membros assim como conduz a menos

²⁹ Cfr. Mitja Dečman, *The role of government portals: an evaluation of the new Slovenian government portal*, in ECEG 2016 – Proceedings of the 16th European Conference on e-Government, ed. Mitja Dečman et al. (Academic Conferences and Publishing International Limited: 2016), 46 (tradução livre).

³⁰ Cfr. Mitja Dečman, *The role of government portals: an evaluation of the new...*, 46 (tradução livre).

³¹ Cfr. Acórdão *Comissão vs. Portugal*, de 5 de outubro de 2016, C-583/15.

³² Cfr. Regulamento (CE) n.º 1071/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro de 2009, que estabelece regras comuns no que se refere aos requisitos para o exercício da atividade de transportador rodoviário e que revoga a Diretiva 96/26/CE do Conselho.

³³ Cfr. Regulamento (CE) n.º 1071/2009..., considerando 1.

despesas administrativas. Neste sentido, o registo eletrónico de todos os operadores de transporte rodoviário em toda a Europa, numa perspetiva de interconexão, promoveria tal cooperação e contribuiria soberbamente para uma redução de custos. Já que muitos Estados-Membros têm os seus próprios registos eletrónicos e bases de dados e foram tomadas medidas para implementar um método de interconexão, este Regulamento apenas assevera “[u]ma utilização mais sistemática dos registos eletrónicos”.³⁴ No entanto, no considerando 16, o legislador da União claramente determina a necessidade de promover a mencionada interconexão porque só quando tal acontecer será possível “um intercâmbio de informações rápido e eficaz entre os Estados-Membros e [...] que os transportadores rodoviários [...] não cedam à tentação de cometer [...] infrações graves noutros Estados-Membros”.³⁵ Só assim se promove a transparência nas intervenções administrativas na esfera jurídica de cidadãos e de operadores económicos que lidam com transportadores rodoviários e, além disso, se permite a observância das liberdades fundamentais.

Tal como se encontra mencionado no artigo 1.º, este Regulamento “rege o acesso à atividade de transportador rodoviário e o seu exercício” e será aplicável a todas as empresas estabelecidas na União Europeia que exercem ou que tencionem exercer a atividade de transportador rodoviário. Neste sentido, entende-se “empresa”, no âmbito de aplicação deste Regulamento, como “uma pessoa singular, uma pessoa coletiva, com ou sem fins lucrativos, uma associação ou agrupamento de pessoas sem personalidade jurídica, com ou sem fins lucrativos, ou um organismo dependente de uma autoridade pública, quer seja dotado de personalidade jurídica própria quer dependa de uma autoridade dotada dessa personalidade, que efetue o transporte de passageiros, ou uma pessoa singular ou coletiva que efetue transporte de mercadorias com fins comerciais”.³⁶

Sob o Capítulo IV – “Simplificação e cooperação administrativa”, o artigo 16.º trata dos “Registos eletrónicos nacionais”. Do seu n.º 1 podemos derivar uma obrigação imposta a todos os Estados-Membros para manter um registo eletrónico nacional das empresas de transporte rodoviário que estão autorizadas a exercer a atividade de transportador rodoviário por uma entidade competente e cujo tratamento dos dados aí contidos deve ser efetuado sob o controlo da autoridade pública designada para o efeito, sendo que os dados considerados relevantes deverão encontrar-se acessíveis a todas as autoridades competentes do Estado-Membro em causa.

Por outro lado, o Artigo 16.º, n.º 5 estatui que todos os registos dos Estados-Membros deveriam ter sido interligados e acessíveis em toda a União, através dos pontos de contacto nacionais, até 31 de dezembro de 2012. Como iremos depreender da análise do acórdão Comissão vs. Portugal (de outubro de 2016), tais medidas não foram observadas em Portugal, em tempo devido, conduzindo à declaração de incumprimento deste Estado-Membro. Este Regulamento, como outros atos normativos europeus e atos de *soft law* que a União tem vindo a adotar, demonstra como a política dos transportes se tem vindo a desenvolver já que é importante considerar os “problemas em diferentes contextos, em âmbitos mais vastos e em âmbitos mais localizados do que o âmbito nacional”.³⁷

³⁴ Cfr. Regulamento (CE) n.º 1071/2009..., considerando 13.

³⁵ Cfr. Regulamento (CE) n.º 1071/2009..., considerando 16.

³⁶ Cfr. Regulamento (CE) n.º 1071/2009..., artigo 2(4).

³⁷ Cfr. Manuel Carlos Lopes Porto, *Do reforço do princípio da subsidiariedade à necessidade crescente de dar resposta a desafios globais e locais*, in Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, Volume LVII, Tomo III (Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2014) 2697.

Neste contexto particular, houve uma preocupação singular para determinar, o mais rapidamente possível, esta solução de interoperabilidade uma vez que um dos maiores pecados dos operadores de transportes rodoviários foi tentar escapar ao cumprimento das obrigações que as entidades nacionais lhes impunham só porque tinham a sua sede social/domicílio noutro Estado-Membro, o que claramente punha em causa o funcionamento do Mercado Interno.

a. Soluções de interoperabilidade: acórdão Comissão vs. Portugal (outubro de 2016)

O acórdão *Comissão vs. Portugal* (de 5 de outubro de 2016), já mencionado, baseia-se numa ação por incumprimento que a Comissão iniciou perante o Tribunal de Justiça, dizendo respeito ao não cumprimento português do direito da União. Na realidade, Portugal, de acordo com o Regulamento n.º 1071/2009, de 21 de outubro de 2009, tinha a obrigação de criar um registo eletrónico nacional de operadores de transportes rodoviários, promovendo a interconexão eletrónica entre os registos nacionais de todos os Estados-Membros. A Comissão peticionou ao Tribunal de Justiça que declarasse o incumprimento português com base nesses fundamentos.

No dia 6 de março de 2013, a Comissão instou o Governo português fazer a interconexão entre os registos eletrónicos nacionais de modo a garantir o seu acesso a toda a União Europeia, dando conta do artigo 16.º, n.º 5 do Regulamento n.º 1071/2009.

Usando a mesma plataforma eletrónica – a *EU Pilot* –, Portugal respondeu à carta de notificação, enviada pela Comissão, dando conta que estava a desenvolver as ações necessárias à interconexão dos registos eletrónicos nacionais com o Registo Europeu através do Instituto da Mobilidade e dos Transportes (IMTT) – considerando 5. Contudo, uma reestruturação interna do IMTT causava o lamentável atraso notado, embora fosse previsível terminar antes do fim de 2013.

No dia 21 de fevereiro de 2014, a Comissão emitiu uma notificação para cumprir onde declarava que Portugal não tinha observado a data limite, determinada no artigo 16.º, n.º 5 do Regulamento, para estabelecer a interconexão e onde dava a este Estado-Membro um prazo de 2 meses para responder. Portugal respondeu, por carta, no dia 5 de maio de 2015, informando a Comissão que o processo de interconexão estava em fase final de implementação e que a interligação estaria realizada em setembro de 2014. O atraso devia-se ao facto de estarem a decorrer em simultâneo vários projetos informáticos.³⁸ O tempo correu e, no dia 27 de novembro de 2014, a Comissão dirigiu nova notificação para cumprir – que também contemplava nova informação relativa à necessidade de cumprimento do disposto no artigo 16.º, n.º 1 do Regulamento.

No dia 24 de abril de 2015, Portugal informou a Comissão sobre desenvolvimentos internos e comunicou que a calendarização previamente transmitida tinha sofrido vicissitudes de vária ordem, relacionadas com o Programa de Assistência Económica e Financeira (levado a efeito em Portugal), o que determinou alterações estruturais ao nível da Administração Pública, instabilidade organizacional do IMTT e falta de recursos para dar execução a desenvolvimentos informáticos.³⁹ Na mesma resposta, Portugal também mencionou que a primeira etapa do projeto apenas iria estar concluída em setembro de 2015 mas, em vez disso, seria criada anteriormente uma plataforma para ligar o registo, ao abrigo do IMTT, à

³⁸ Cfr. Acórdão *Comissão vs. Portugal*..., considerando 7.

³⁹ Cfr. Acórdão *Comissão vs. Portugal*..., considerando 9.

União Europeia. A segunda fase do projeto apenas estaria pronta em junho de 2016.

No dia 30 de abril de 2015, a Comissão emitiu um parecer fundamentado onde reconhecia que Portugal não estava pronto a implementar um registo eletrónico nacional e, portanto, também não estava a ser capaz de promover a interligação com os registos eletrónicos nacionais, o que constituía um incumprimento, por omissão, do artigo 16.º, n.º 1 e 5 do Regulamento. Deu dois meses a Portugal para cumprir o parecer fundamentado e, em consequência, para adotar as medidas necessárias a fim de ultrapassar o incumprimento.

No final deste prazo, Portugal persistia no seu incumprimento pelo que a Comissão iniciou a fase contenciosa perante o Tribunal de Justiça, no dia 12 de novembro de 2015.

Usando um ofício em resposta, Portugal contestou o parecer fundamentado em janeiro de 2016, onde mencionava a assinatura de um protocolo de cooperação entre todas as entidades envolvidas de modo a regular o intercâmbio de informação entre a autoridade coordenadora e as outras entidades intervenientes.⁴⁰

Perante o Tribunal de Justiça, Portugal não contestou o facto de, à data fixada no parecer fundamentado, ainda não estar a dar cumprimento ao direito da União, especialmente às obrigações emergentes do Artigo 16.º, n.º 1 e 5 do Regulamento. Contudo, este Estado-Membro considerou um conjunto de eventos internos e externos como as razões que determinaram o atraso no cumprimento dessas obrigações.

Portugal alegou que tais atrasos decorreram “de fatores conjunturais diversos, resultantes do Programa de Assistência Económica e Financeira Externa”.⁴¹ Neste contexto, este Estado-Membro recordou que a autoridade nacional responsável por coordenar o processo teve de lidar com fortes constrangimentos financeiros e vários esquemas de reestruturação que tiveram consequências na alocação dos seus recursos humanos.

Portugal aduziu que as suas autoridades nacionais ainda se encontravam empenhadas no cumprimento das obrigações europeias e, para esse efeito, concluíram, em dezembro de 2015, o desenvolvimento das aplicações do registo eletrónico nacional e da plataforma de comunicações, estando em condições de começar os testes de aceitação necessários com a plataforma da União Europeia. Portugal também informou que tinha sido celebrado um protocolo entre o IMTT e as outras entidades nacionais relativo às infrações cometidas pelos transportadores rodoviários no território português. No âmbito deste protocolo, as medidas necessárias deveriam estar concluídas durante o primeiro semestre de 2016.

Como se pode depreender da resposta formal ao parecer fundamentado, quando o mesmo foi emanado pela Comissão Europeia, as entidades portuguesas que tinham de criar sinergias nacionais para cumprir o direito da União Europeia eram: a Autoridade Nacional da Segurança Rodoviária (ANSR), a Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) e a Direção-Geral da Administração da Justiça (DGAJ). Contudo, estas entidades nacionais não foram capazes de chegar a um acordo e, portanto, o seu registo eletrónico e as suas bases de dados continuaram a existir isoladamente.

Tal como se encontra mencionado no considerando 23, o incumprimento imputado pela Comissão a Portugal está provado e não pode ser afastado por alegações fundadas no direito interno, já que “um Estado-Membro não pode invocar disposições, práticas ou situações da sua ordem jurídica interna para justificar a inobservância das

⁴⁰ Cfr. Acórdão *Comissão vs. Portugal...*, considerando 14.

⁴¹ Cfr. Acórdão *Comissão vs. Portugal...*, considerando 17.

obrigações resultantes do direito da União⁴² – e, portanto, quando Portugal não criou o registo eletrónico nacional para os operadores de transporte rodoviário, sustentando uma interconexão com outros registos eletrónicos nacionais de outros Estados-Membros, não cumpriu o direito da União.

A ação por incumprimento é um mecanismo contencioso da União Europeia cuja tramitação ordinária está contemplada nos artigos 258.º e 259.º do TFUE. A Comissão tem legitimidade ativa para começar uma ação por incumprimento e é a responsável por conduzir a fase pré-contenciosa (=fase administrativa) de modo a compreender se um Estado-Membro está efetivamente em incumprimento do direito da União Europeia. Esta fase pré-contenciosa acaba quando a Comissão notifica o seu parecer fundamentado e quando determina um prazo perentório ao Estado-Membro infrator para que este possa cumprir. Depois de decorrido este prazo, a Comissão pode começar a fase contenciosa perante o Tribunal de Justiça.⁴³

Na verdade, uma prática administrativa (ou a sua falta) pode ser subsumível ao conceito indeterminado de “não cumprimento” decorrente do artigo 260.º, n.º 1 do TFUE: para que seja sujeito ao escrutínio do Tribunal de Justiça, este incumprimento das entidades administrativas nacionais tem de ser consistente e geral.⁴⁴ Afinal, como ficou estabelecido anteriormente pelo Tribunal de Justiça, “uma prática administrativa que constitua uma medida proibida tem de mostrar um certo grau de consistência e de generalidade”.⁴⁵ Ainda, “tal generalidade deve ser avaliada diferentemente se o mercado é ou não visado”.⁴⁶ Assim, a ideia que subjaz a um incumprimento baseado numa prática administrativa (ou na sua omissão) deriva do facto de as autoridades administrativas nacionais não cumprirem o direito da União no âmbito das obrigações que os atos normativos da União determinam ao Estado-Membro. Neste caso particular, o Regulamento n.º 1071/2009 determinava que todos os Estados-Membros deveriam criar um registo eletrónico nacional e que deveriam interligá-lo com a União Europeia – contudo, para que isso acontecesse, Portugal tinha de congregiar o compromisso de três das suas autoridades administrativas nacionais que não foram capazes de chegar a um acordo. Tal falta de consenso conduziu a que estas mantivessem os seus registos eletrónicos próprios e, portanto, isso ocasionou o incumprimento português do direito da União.

Neste contexto particular, há dois desenvolvimentos jurídicos presentes no acórdão sob análise, nomeadamente decorrentes dos considerandos 20 e 24.

Uma das matérias mais decisivas quanto às ações por incumprimento apresentadas perante o Tribunal de Justiça é determinar até que momento o incumprimento tem de se manter de modo a ser declarado pelo Tribunal. Tal como sedimentado na jurisprudência deste Tribunal, a existência de um incumprimento irá ser avaliada tendo em consideração a situação que o Estado-Membro tinha no final do prazo mencionado

⁴² Cfr. Acórdão *Comissão vs. Portugal...*, considerando 24.

⁴³ Cfr., para maiores desenvolvimentos, Joana Covelo de Abreu, *Infringement procedure and the CJ as an EU law's assurer: Member States' infringements concerning failure to transpose directives and the principle of an effective judicial protection*, in *Towards a Universal Justice? Putting International courts and jurisdictions into perspective*, ed. Dário Moura Vicente (Leiden: Brill, 2015) 468-475 e Joana Covelo de Abreu, *Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e as suas consequências* (São Paulo: Juruá, 2012).

⁴⁴ Cfr. Koen Lanaerts, Ignace Maselis e Kathleen Gutman, *EU Procedural Law* (Oxford: Oxford University Press: 2014), 165.

⁴⁵ Cfr. Acórdão *Comissão vs. França*, 5 de maio de 1985, 21/84, considerando 13.

⁴⁶ Cfr. Acórdão *Comissão vs. França...*, considerando 13.

no parecer fundamentado (emitido pela Comissão Europeia) já que esta instituição europeia apenas avança para a fase contenciosa perante o Tribunal de Justiça quando aquele prazo já decorreu. Todas as alterações postas em prática ou que se tenham observado depois desse momento não poderão ser tidas em consideração na decisão deste Tribunal. Afinal, auxiliando-nos das palavras do Tribunal de Justiça, “[i]mporta acrescentar que, em todo o caso, a existência de um incumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado-Membro tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado e as alterações ocorridas ulteriormente não podem ser tomadas em consideração pelo Tribunal de Justiça”.⁴⁷ Assim, mesmo quando os Estados-Membros, depois de decorrido o prazo determinado no parecer fundamentado, passam a cumprir o direito da União, ainda assim irão ver o seu incumprimento declarado. O incumprimento português no caso em análise – que persistiu durante todo o tempo em que o processo tramitou perante o Tribunal de Justiça – é uma situação clara da necessidade de declaração do incumprimento. De acordo com jurisprudência assente,⁴⁸ “as medidas adotadas por um Estado-Membro, para satisfazer as suas obrigações posteriormente à propositura da ação por incumprimento, não podem ser tomadas em consideração pelo Tribunal de Justiça”.⁴⁹

Por sua vez, o considerando 24 determina que o Tribunal de Justiça não pode ter em consideração as alegações de Portugal quando este invoca dificuldades internas em observar as suas obrigações decorrentes do Regulamento n.º 1071/2009 – na realidade, conforme a sua jurisprudência consolidada, o Tribunal de Justiça recorda que “um Estado-Membro não pode invocar disposições, práticas ou situações da sua ordem jurídica interna para justificar o incumprimento das suas obrigações resultantes do direito da União”.⁵⁰ Mesmo quando o Tribunal de Justiça não desenvolve a ideia, num cenário em que as entidades nacionais como as envolvidas no caso não conseguem congregiar um entendimento de como vão interligar os seus registos, é bastante óbvio que o Estado-Membro e a sua estrutura administrativa, que aquelas integram, terão de lidar com um processo de incumprimento e, portanto, uma declaração de incumprimento é inevitável. Tal como o Tribunal de Justiça nos faz saber no considerando 22, as entidades nacionais que tinham de intervir de modo a estabelecer o registo eletrónico nacional não foram capazes, dentro do prazo limite fixado no parecer fundamentado, de chegar a um acordo de como conectar ou fundir os seus registos individuais o que significou que tudo foi mantido na mesma. Na realidade, os Estados-Membros normalmente participam nos anteprojetos e nas discussões preparatórias relativos à adoção de atos jurídicos da União Europeia e, portanto, “devem [...] estar em condições de elaborar as disposições legislativas ou outras necessárias à sua execução dentro do prazo fixado”,⁵¹ tal como o Tribunal de Justiça fixou no seu acórdão *Comissão vs. Bélgica*.⁵² Nesta matéria específica, isso significa que Portugal sabia, por um longo período de tempo, que seria necessário

⁴⁷ Cfr. Acórdão *Comissão vs. Bélgica*, 5 de fevereiro de 2015, C-317/14, considerando 34.

⁴⁸ Cfr., por exemplo, Acórdão *Comissão vs. Itália*, de 19 de julho de 2012, C-565/10, considerando 22.

⁴⁹ Cfr. João Mota de Campos et al., *O direito processual da União Europeia – Contencioso Comunitário*, 2.ª edição revista e aumentada (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014), 533.

⁵⁰ Cfr., por exemplo, Acórdão *Comissão vs. Grécia*, de 2 de dezembro de 2014, C-378/13, considerando 29.

⁵¹ Cfr. João Mota de Campos et al., *O direito processual da União Europeia*..., 532.

⁵² Cfr., entre outros, Acórdão *Comissão vs. Bélgica*, 23 de novembro de 2000, C-319/99, considerando 10.

adotar as soluções de interoperabilidade, não só para ligar os registos nacionais mas também para os interconectar numa escala europeia. Tal como podemos derivar das alegações portuguesas – ou da sua falta! –, Portugal tentou adiar indefinidamente a criação dessas conexões digitais e, pior, criou na Comissão a confiança de que estavam a ser realizadas adaptações de modo a cumprir. Mas quando estava perante o Tribunal de Justiça, Portugal nem sequer tentou esgrimir que não estava em incumprimento. Como podemos ver, Portugal estaria melhor preparado se, durante a fase pré-contenciosa da ação por incumprimento, tivesse utilizado as aproximações informais da Comissão para sensibilizar as suas entidades administrativas de modo a fazê-las assinar o acordo necessário. Talvez ao fazer isto Portugal tivesse sido capaz de evitar a sua declaração de incumprimento...

Ainda assim, quando este tipo de dificuldades aparece na aplicação do direito da União, uma declaração de incumprimento pode aparecer como o elemento de “desempate” de modo a fazer o Estado-Membro ultrapassar os desentendimentos entre as suas entidades já que um segundo processo por incumprimento poderá significar a condenação ao pagamento de uma quantia pecuniária fixa ou progressiva ao mesmo Estado-Membro. Como podemos retirar deste acórdão, uma declaração de incumprimento foi talvez o melhor evento que poderia acontecer a Portugal já que este tem de cumprir o direito da União Europeia neste contexto e, com a declaração de incumprimento, este Estado-Membro irá sentir a necessidade de, mais prontamente, superar as rivalidades entre as suas entidades nacionais e cumprir as obrigações decorrentes do Regulamento n.º 1071/2009.

Por outro lado, como concluímos anteriormente, os Estados-Membros ainda se digladiam como irão implementar as soluções de interoperabilidade – e só acórdãos como o que nós analisámos poderão ter um forte impacto noutros Estados-Membros pela criação de um verdadeiro sentimento que as demandas decorrentes do Mercado Único Digital são uma realidade que já chegou e que, portanto, deve ser cumprida o mais rapidamente possível.

Na realidade, com base nos cálculos da Comissão, a União Europeia tem de evoluir de forma ainda mais rápida através do uso de tecnologias de informação de modo a promover crescimento económico e a tornar-se mais atrativa para investidores e agentes económicos. Concomitantemente, o desenvolvimento da interoperabilidade administrativa vai promover o melhor funcionamento do Mercado Interno e vai simplificar os requisitos necessários ao exercício das liberdades fundamentais. Na realidade, só num local onde o princípio da “uma única vez” se está a sedimentar é que é possível circular livremente e, portanto, confiar que uma entidade administrativa detém toda a informação necessária relativa à atividade que aquele agente económico quer desenvolver fora do seu Estado-Membro de origem.

Tal incumprimento foi declarado porque, ao não criar o registo, Portugal estava a causar sérias dificuldades a que as soluções de interoperabilidade atingissem o seu apogeu (considerando 6) e, portanto, estava a limitar a cooperação administrativa e a simplificação daí decorrentes. Apesar de recente, este acórdão pode ter a força necessária para promover, no futuro, uma rápida implementação das soluções de interoperabilidade e de potenciar o verdadeiro valor político que o sistema da interoperabilidade tem como um dos interesses públicos secundários associados à agenda política e constitucional do Mercado Único Digital.

3. O Mercado Único Digital e as suas implicações: sedimentação de uma *e-Administração* e as suas consequências para a estrutura democrática – evitando a *e-Política*

O Mercado Único Digital terá um forte impacto no modo como as Administrações Públicas têm de se comportar numa era digital como a da *e-Administração* que está a ser estabelecida. Na realidade, deparámo-nos, nestes últimos anos, com o “nascimento e proliferação de um novo espaço sociopolítico – a Internet – e, conseqüentemente, maior acesso à informação” e a “emergência de novos/outros movimentos sociais”.⁵³

Nos dias de hoje, a democracia lida com uma crise de identidade baseada na descrença das pessoas na política. Na realidade, o sistema democrático agora sedimentado corresponde a uma democracia representativa que está mais ou menos estabelecida desde as revoluções liberais – mas, como naquela altura, continuamos a acreditar que o poder deve ser mantido no povo e, portanto, a eleição de representantes não deve esgotar a democracia. Ademais, e crescentemente, os cidadãos desconfiam dos partidos políticos, já que “não raras vezes, desvirtuam as suas funções político-constitucionais, maxime a defesa do interesse público”.⁵⁴ E aqui reside a chave do problema, uma vez que “[à] ideia tradicional de governo limitado e de legitimidade nos processos de tomada de decisões têm, hoje, que acrescentar-se, entre outras, as alterações provocadas pela globalização, pelo multiculturalismo, pela proteção de direitos humanos, pela abertura, pela competitividade”.⁵⁵ Nesta medida, a democracia constitucional talvez se encontre a demandar um novo paradigma baseado numa “constituição cívico-política” que irá depender de mecanismos eletrónicos e de ferramentas das tecnologias da informação.

Contudo, para realçar a discussão acerca da *e-Política* em relação direta com as ideias da interoperabilidade e da *e-Administração*, os princípios da proporcionalidade, da igualdade e da não discriminação devem ser postos em funcionamento porque só com a sua total efetividade poder-se-á confiar nas soluções digitais e nas tecnologias de informação.

Qualquer instrumento que tem em vista trazer à discussão política o papel que a Internet e as ferramentas digitais têm, no nosso dia-a-dia, irá impactar na forma como o espaço constitucional é percecionado. Na realidade, desde que a Internet converteu-se no novo espaço de convivência sociopolítica,⁵⁶ tem-se disseminado a ideia de um espaço mais aberto e, especialmente, mais plural e transnacional. Isto acarreta sérios problemas à construção tradicional da democracia que não serão aqui discutidos. Mas, por outro lado, potenciou que espaços transnacionais, como a União Europeia, pudessem implementar medidas tendentes a aproximar os seus cidadãos e os agentes económicos das entidades nacionais e Instituições europeias. Acresce que a Internet alavancou novos acordos políticos e, por conta dela, ativistas foram capazes de colocar em prática novos movimentos conducentes a “manifestações *ad hoc* em vários locais, isto é, protestos de rua espontâneos” potenciados pelos órgãos de comunicação

⁵³ Cfr. Paula Veiga, *Democracia em voga e e-política, e-democracia e e-participação*, in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Volume XC, Tomo I, Coimbra (2014), 461.

⁵⁴ Cfr. Paula Veiga, *Democracia em voga e e-política, e-democracia...*, 462.

⁵⁵ Cfr. Paula Veiga, *Democracia em voga e e-política, e-democracia...*, 463.

⁵⁶ Cfr., para maiores desenvolvimentos, Karen McCullagh, *E-democracy: potential for political revolution?*, in International Journal of Law and Information Technology, Volume 11, Issue 2, September (2003), 149-161.

social e o fenómeno do *e-mailing*.⁵⁷

Neste contexto, não concebemos que o paradigma da *e-Política* seja a solução (ou mesmo o de uma *e-Democracia*, no mesmo cenário). Ainda que auxilie na criação de uma sociedade mais bem informada e atue como um “instrumento de coesão de interesses”, tal paradigma pressupõe alguns “riscos e insuficiências”.⁵⁸ O risco mais importante, porque diretamente relacionado com o princípio democrático, é a falta de controlo – já que o sistema de pesos e contrapesos, mesmo revisto (como foi e continua a ser na União Europeia), sempre tem de subsistir, uma vez que é necessário que alguém controle o controlador. Na realidade, já existem algumas manifestações externas deste impacto negativo que as ferramentas eletrónicas têm na vida das pessoas. Como elas se encontram apostadas em participar na vida pública – ainda que tendo uma opinião mal conduzida pelos órgãos de comunicação social – demandam mais e melhores meios de participação democrática. E é por isto que os meios de participação democrática como é o caso dos referendos – que ficaram esquecidos durante décadas – estão agora em voga e a ser utilizados repetidamente. Aliás, como ficou provado no referendo que determinou o “sim” à saída do Reino Unido da União Europeia (o chamado “*Brexit*”),⁵⁹ as demandas participativas feitas especialmente pelo uso de ferramentas da Internet e através de plataformas sociais podem ser um *contrafenómeno* à promoção do princípio democrático, sobretudo quando potenciadas por partes interessadas que representam um interesse particular no processo, de forma a reajustar o cenário político e democrático: neste contexto específico, não somos capazes de perceber se os resultados se adequam à verdadeira vontade da maioria. Como tem sido dito, “[s]e existem duas palavras que caracterizam os sentimentos de muitos académicos domiciliados no Reino Unido em antecipação ao *Brexit*, elas seriam ‘incerteza’ e ‘tristeza’”.⁶⁰ Além disto, este referendo teve grande adesão – a maior desde as eleições de 1992. Contudo, a vontade maioritária parece ser uma falácia: no rescaldo do referendo, a segunda pergunta mais redigida no motor de busca da “Google” a partir do Reino Unido era “O que é a União Europeia?”... Esta informação, apresentada pela “Google” na sua conta do “Twitter”, parece revelar que muitos daqueles que votaram não eram capazes de entender o que estavam a manifestar através desse mesmo voto e, mais impressionante ainda, qual é o significado do fenómeno europeu onde também eles se encontravam integrados.

De qualquer forma, este é um mero episódio do “plebiscito quotidiano”⁶¹ que a *e-Política* pode criar: o sistema pode ficar votado a tornar-se “circular e, consequentemente, fechado se as decisões públicas forem adotadas após uma

⁵⁷ Cfr. Paula Veiga, *Democracia em voga e e-política, e-democracia...*, 464.

⁵⁸ Cfr. Paula Veiga, *Democracia em voga e e-política, e-democracia...*, 464.

⁵⁹ Para maiores informações relativamente à faculdade de um Estado-Membro se retirar da União Europeia, de acordo com o artigo 50.º do TUE, cfr. Alessandra Silveira, “Out is out”(including in relation to the Mediterranean diet...). On the article 50 of the European Union Treaty in the light of the federative principle of European loyalty, in Official Blog of UNIO, Comments, July 7 2016, <https://officialblogofunio.com/2016/07/07/out-is-out-including-in-relation-to-the-mediterranean-diet-on-the-article-50-of-the-european-union-treaty-in-the-light-of-the-federative-principle-of-european-loyalty/> (acesso no dia 9 de dezembro de 2016).

⁶⁰ Cfr. Elaine Dewhurst e Dimitrios Doukas, A perspective on Brexit, in Official Blog of UNIO, Essays, August 4 2016, <https://officialblogofunio.com/2016/08/04/a-perspective-on-brexit/> (acesso no dia 9 de dezembro de 2016) – (tradução livre).

⁶¹ Cfr. Paula Veiga, *Democracia em voga e e-política, e-democracia...*, 468.

deliberação entre cidadãos bem informados”.⁶² O problema reside em entender o que se pode compreender como “cidadãos bem informados” – como temos tido oportunidade de dizer, nem só os cidadãos que utilizam e confiam em instrumentos informáticos e na informação digital são qualificados como “bem informados”, já que eles podem, mais facilmente, ser instrumentalizados pelas redes sociais a aderir a uma posição que não apoiariam se tivessem acesso a toda a informação. Por outro lado, a participação digital cria um sentimento de ausência de responsabilidade, pois resulta intuitivo que não se confie em alguém que se esconde atrás de um ecrã de computador ou de uma identidade digital falsa.

Aqui é onde o medo do fenómeno da *e-Política* reside: usar ferramentas eletrónicas para desviar a opinião pública, em matérias onde a informação pode ser manipulada mais facilmente (já que diferentes contextos podem ser atualizados ao segundo em qualquer plataforma da Internet), pode ser um motivo para adotar as soluções digitais com cautela. É uma reconhecida necessidade estabelecer as bases de um Mercado Único Digital – como a mais recente demanda política – mas é vital desenhar a linha até onde os instrumentos eletrónicos e os mecanismos digitais vão ser adotados sem comprometer os direitos e as expectativas dos cidadãos. E consideramos que a linha deverá ser traçada usando os princípios da proporcionalidade, da igualdade e da não discriminação – através do seu uso, rapidamente compreenderemos que os fenómenos da *e-Administração* e do *e-Governo* são o mais longe que o Mercado Único Digital pode ir em questões constitucionais já que a Internet e as ferramentas digitais não podem ter um papel isolado na redefinição dos valores democráticos ou do arranjo político. São importantes para atuarem como um meio mais rápido para reagir a decisões políticas e como veículos de informação, mas não podem ser o único fator para determinar um contexto ou um paradigma completamente novo no que diz respeito à participação democrática ou à representação política. Não podem ser obliterados mas não podem ser vistos como o único requisito a ter em consideração.

Apesar de serem uma nova maneira de ver, de forma mais transparente, a necessária proximidade que o Estado tem de ter da população, acredita-se que o caminho não se desenha pelo fenómeno da *e-Política* já que a atuação, na Internet, permite que várias intervenientes relevantes, partes interessadas e terroristas informáticos ajam sem uma cara quando, em último reduto, a política e a democracia sempre precisaram de uma cara que as caracterizasse. No âmbito do interesse público, todos precisamos de uma cara e não apenas de um “nome de utilizador”.

Acreditamos, contudo, que a digitalização pode contemplar a solução. Todavia, tal recai nos objetivos primordiais do Mercado Único Digital: determinar soluções concretas como a *e-Administração* e o *e-Governo*. Assim, para a *e-Administração* funcionar adequadamente, a interoperabilidade deve ser o primeiro passo para promover a interconexão de informações e o estabelecimento de bases de dados e registos transnacionais comuns o que irá exponenciar um aprofundamento da confiança recíproca entre Administrações Públicas e o reconhecimento mútuo das suas decisões e atos no contexto da União Europeia.

Para o efeito, os Estados-Membros têm de desenvolver a consciência de que têm de implementar todas as medidas necessárias para promover a interoperabilidade no contexto do programa ISA² de modo a que os registos eletrónicos, as ferramentas informáticas e as redes sociais possam trabalhar para beneficiar a completa implementação do Mercado Único Digital. De outro modo, teremos de lidar com

⁶² Cfr. Paula Veiga, *Democracia em voga e e-política, e-democracia...*, 469.

meios contínuos de enfraquecimento do poder público através de novos meios de demanda de participação democrática quando, na realidade, apenas uma pequena fasquia da população está sensibilizada para tais demandas feitas em linha e apenas alargadas aparentemente através de um efeito de reflexo que qualquer posição veiculada digitalmente pode ter.

O caminho a seguir deve considerar os princípios da proporcionalidade (especialmente porque este já tem características específicas quando atua no âmbito da Administração Pública), da igualdade e da não discriminação como os que irão definir estritamente o escopo mais lato que as soluções de interoperabilidade a dar cumprimento poderão ter sem conduzir a fenómenos como o da *e-Política*.

Acredita-se que a observância de tais princípios é o melhor caminho para diminuir as dificuldades, especialmente numa ordem jurídica como a da União Europeia, onde os princípios gerais derivaram da ação do Tribunal de Justiça ao longo do tempo. Nestas matérias em particular – nomeadamente, no Direito Administrativo da União Europeia –, princípios como o da proporcionalidade foram derivados jurisprudencialmente tendo em consideração a “articulação entre o ordenamento jurídico da União Europeia e os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, com consequências na aplicação do direito da União Europeia pelas entidades administrativas dos Estados-Membros”.⁶³ Nesta perspectiva, a realidade que deriva dos Tratados não determina um arranjo completo dos princípios gerais e os atos administrativos derivados são demasiadamente segmentados para podermos adiantar um caminho linear – o que significa que a jurisprudência do Tribunal de Justiça se afigura como a fonte natural dos princípios gerais de direito administrativo.⁶⁴

O princípio da proporcionalidade encontra-se parcialmente prescrito no artigo 5.º, n.º 4 do TUE quando determina que “em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados”. Na realidade, este artigo apenas menciona uma das dimensões do princípio – a necessidade – quando sabemos que o Tribunal de Justiça também acautela a adequação e a proporcionalidade (em sentido restrito)⁶⁵ para testar completamente se uma realidade está a colocar em causa o padrão europeu de proporcionalidade. Por outro lado, este artigo apenas menciona que as instituições europeias estão obrigadas à sua observância quando sabemos, com certeza, que também as administrações públicas nacionais – quando aplicam o direito da União – estão obrigadas a observá-lo. Afinal, o Tribunal de Justiça claramente o estabeleceu, desde muito cedo, dentro do tópico relativo à “violação do princípio da proporcionalidade” que este “é reconhecido na jurisprudência constante do Tribunal como fazendo parte dos princípios gerais do direito [da União]” e que a sua influência deve ser testada para ver se “tais medidas [são] adequadas e necessárias à realização dos objetivos legitimamente prosseguidos”.⁶⁶

Assim, qualquer medida adotada no âmbito do Mercado Único Digital que vise implementar soluções de interoperabilidade deve ser testada através da lente do princípio da proporcionalidade de modo a verificar se a solução apenas terá por

⁶³ Cfr. Sophie Perez Fernandes, Administração Pública, in *Direito da União Europeia – Elementos de direito e políticas da União*, coord. Alessandra Silveira et al., (Coimbra: Almedina, 2016), 119.

⁶⁴ Para maior informação, cfr. Mario Chiti, *Forms of European Administrative Action*, in *Law and Contemporary problems*, Vol. 68 (2004), 37-60.

⁶⁵ Cfr. Acórdão *Schröder*, de 11 de julho de 1989, C-265/87.

⁶⁶ Cfr. Acórdão *Schröder*..., considerandos 20 e 21.

efeito promover uma *e-Administração* e um *e-Governo* ou se, por outro lado, também terá efeitos indesejáveis, criando também fundamento a fenómenos evitáveis como a *e-Política*. Assim, as soluções adotadas no âmbito do conceito da interoperabilidade devem ser adequadas, necessárias e proporcionais:

- Adequadas: devem ser adequadas para assegurar o fim esperado de acordo com o direito da União;
- Necessárias: mediante um conjunto de medidas adequadas, terá de ser aquela menos restritiva/prejudicial;
- Proporcionais (em sentido estrito): tendo em conta os benefícios e os prejuízos, os primeiros têm de ser maiores do que os negativos, que apenas devem ser residuais. Na realidade, estes prejuízos não podem ser desproporcionados relativamente aos efeitos benéficos que a solução pode criar.

De acordo com isto, ambos os princípios da igualdade e da não discriminação são de particular e complementar importância já que, num espaço transnacional, as soluções de interligação digital não podem ter um efeito indesejável de promover um tratamento desfavorável (quer tratando diferentemente o que é igual ou igualmente o que é diferente).

Na realidade, o princípio da igualdade deriva do próprio preâmbulo do TUE como um valor universal.⁶⁷ Para além disso, está propugnado no artigo 2.º do TUE e no Capítulo III da CDFUE.

Quando apresentado em conjunto com a não discriminação, tanto a igualdade como a não discriminação aparecem como objetivos e finalidades da União Europeia – artigo 3.º, n.º 3 do TUE. Contudo, eles também aparecem em vestes separadas quando, na CDFUE, encontramos a “Igualdade” a dar mote a um capítulo completo (o terceiro) mas é também prevista no artigo 20.º e a não discriminação recebe desenvolvimentos segmentados no artigo 21.º.

No direito da União Europeia, a igualdade e a não discriminação complementam-se mutuamente e o Tribunal de Justiça tem sido muito claro quanto a esta relação ao determinar que a proibição de discriminação é “a expressão específica do princípio geral da igualdade, que exige que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, exceto se esse tratamento diferente for objetivamente justificado”.⁶⁸

Com particular relevância, estes dois princípios – diretamente correlacionados e correspondendo “à mesma realidade jurídica”, como “duas faces do mesmo princípio”⁶⁹ – atuarão no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito de modo a permitir entender quais são os benefícios e os prejuízos de modo a que se possa confirmar, numa avaliação caso a caso, se as soluções de interoperabilidade vão ser desproporcionadas aos fins que pretendem implementar.

Na realidade, uma parte significativa da população europeia não é capaz de lidar com ferramentas informáticas e com componentes digitais. Assim, quando os sistemas de interoperabilidade começarem a depender também das capacidades dos cidadãos para lidarem com as Administrações Públicas (quer nacionais, quer

⁶⁷ Cfr. TUE, considerando 2.

⁶⁸ Cfr. Acórdão *Karlsson*, 13 de abril de 2000, C-292/97, considerando 39.

⁶⁹ Cfr. Ricardo Leite Pinto, Anotação ao artigo 20.º - Igualdade perante a lei, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (Coimbra: Almedina, 2013), 257.

européias, mesmo que ambas se encontrem a atuar no âmbito de aplicação do direito da União), tal poderá conduzir a perdas de transparência já que uma parte da população não será capaz de se fazer ouvir e de interagir com o poder público. Assim, depois de se criarem as soluções de interoperabilidade como as aqui mencionadas e analisadas à luz da declaração de incumprimento proferida pelo Tribunal de Justiça, a União Europeia tem de apostar na literacia informática para todos – tomando por certo que este nível de literacia já se encontra implementada em todos os níveis da Administração Pública e absorvida pelos seus agentes – e só aí será possível determinar o uso exclusivo de ferramentas informáticas nas relações dos cidadãos com o poder público.

Antes que isto aconteça, um longo caminho deve ser percorrido de modo a prevenir que uma “*e-Tecnocracia*” assuma o papel cimeiro e nos deixe a lidar com políticos sem face, apenas apresentando uma “alunha” ou um “nome de utilizador”.

4. Observações finais

O Mercado Único Digital é a nova demanda no contexto político, congregando um impacto relevante no paradigma constitucional já que lida com tópicos onde o escrutínio político pode ser negativamente afetado.

Uma das suas caras renovadas é a interoperabilidade entre as estruturas administrativas o que determina que, não apenas a Administração organicamente europeia mas também as administrações nacionais (especialmente quando estão a aplicar direito da União), reorganizem a sua estrutura de modo a confiar e a deitar mão a mais procedimentos eletrónicos e ferramentas informáticas numa completa interligação – quer horizontal, quer ligada a infraestruturas eletrónicas centrais com as instituições europeias.

Desta aproximação operativa eletrónica deriva um novo fenómeno designado de *e-Administração* e de *e-Governo* onde se podem adivinhar ganhos de maior transparência já que os agentes económicos podem mais facilmente aceder a informação pública, gastando menos tempo e dinheiro na sua relação com a Administração Pública. Além disso, este reforço do reconhecimento mútuo e da confiança recíproca entre administrações nacionais e com as instituições europeias tem em vista, a longo prazo, uma nova e mais aprofundada conceção do princípio da uma única vez. O princípio da uma única vez demanda que se um operador económico/indivíduo conceder, num procedimento administrativo, um documento, não tenha de o voltar a dar, pelo menos à mesma entidade administrativa. No futuro, este princípio terá uma amplitude mais alargada de modo a evitar que indivíduos e empresas tenham de entregar documentos, já entregues em procedimentos administrativos anteriores, perante uma entidade pública, quando eles pretendam iniciar novo procedimento perante outro Estado-Membro ou uma instituição europeia.

No entanto, fenómenos como o *e-Governo* e a *e-Administração* podem significar, na penumbra, um risco: eles podem propiciar novos fenómenos, como a *e-Política*, onde alguns processos, antigamente sujeitos a um lato escrutínio, podem agora ser menos perscrutados democraticamente a não ser que os princípios da proporcionalidade, da igualdade e da não discriminação testem quão longe as soluções digitais podem ser impostas e implementadas nestas matérias particulares.

Por outro lado, acórdãos como o *Comissão vs. Portugal* (de outubro de 2016) revelam como a implementação das soluções de interoperabilidade pode ser difícil já que, algumas vezes, as entidades públicas dos Estados-Membros não são capazes

de chegar a um acordo entre si o que dificulta a interligação europeia. Não obstante, acreditamos que estas decisões de incumprimento são necessárias como “tratamento preventivo” de modo a determinar, de uma vez por todas, aos Estados-Membros e às suas entidades nacionais que a era digital é uma realidade e que têm de se colocar em acordo com ela.

Na realidade, uma vez que os processos por incumprimento conduzem, nestas matérias, a uma obrigação de cumprimento, os Estados-Membros têm a responsabilidade de superarem as dificuldades internas pela mera referência à decisão do Tribunal de Justiça. Às vezes, de modo a suplantar impasses institucionais, a existência de uma decisão judicial (especialmente se tiver carácter transnacional) é a melhor solução inaudível.

Assim, concluímos que as soluções digitais decorrentes da agenda política determinadas pelo Mercado Único Europeu precisam de ser, o mais rapidamente possível, implementadas. Contudo, também acreditamos que as soluções digitais têm de conhecer o seu limite: de outro modo, irão incrementar a lacuna de informação entre aqueles que se encontram sensíveis à era digital e às suas ferramentas (mesmo que não participando) e aqueles que, apesar de serem participativos e social, democrática e politicamente conscientes, irão ver-se impedidos de continuar a participar porque irão deparar-se com o fenómeno da *e-Política*.