

A POLÍTICA DE ACESSO AOS DOCUMENTOS DA UNIÃO EUROPEIA

Dora Resende Alves

Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal.

RESUMO: Apresentam-se referências aos documentos que regulam a política de acesso público aos documentos da União Europeia e alguns aspectos da sua incidência em matérias de direito da concorrência. O acesso público aos documentos da União Europeia configura hoje um verdadeiro direito fundamental. O direito de acesso aos documentos constitui um aspecto da política de abertura e deve ser apreciado no âmbito da política de informação e comunicação das instituições.

Uma vez que a questão do acesso aos documentos não foi regulada nos Tratados, coube ao direito derivado regulamentar a matéria. Foi, assim, adoptado o acto que tem por objecto permitir o acesso aos documentos das instituições europeias, para que se possa entregar aos cidadãos qualquer tipo de documento, nas condições previstas e dentro dos limites das excepções previstas, o Regulamento (CE) n.º 1049/2001. O regulamento, provocou, como demonstram os relatórios publicados pelas três instituições, um aumento notório e constante dos pedidos de acesso aos documentos, com um decréscimo do número de recusas.

Colocou-se na doutrina a questão de saber se, havendo normas específicas previstas em regulamentos sectoriais, o regime geral seria necessário para tais casos. A avaliação final de muitas questões envolvidas está caso a caso na decisão final do Tribunal de Justiça, muito embora a abertura e transparência no decurso dos processos de aplicação das normas da concorrência sejam assumidamente objectivos a prosseguir pela Comissão. Impõe-se uma valoração circunstanciada de cada caso concreto examinado, coordenando o direito de acesso à informação num processo administrativo com os interesses públicos e privados em causa, mantendo um equilíbrio entre o conhecimento processual de determinados dados e a defesa dos interesses maiores.

Palavras-chave: Comissão Europeia; acesso público; documentos da União Europeia.

1. Introdução

A questão do acesso à legislação é um tema crucial no funcionamento da União Europeia, tanto que a sua legislação abrange hoje uma vasta gama de actividades, no âmbito do quadro estabelecido pelos Tratados, que toca a vida diária dos cidadãos e das empresas na Europa¹⁹⁹. Mas não é suficiente. Muitos outros documentos preparatórios dessa legislação ou atinentes à sua aplicação pelas instituições e Estados-Membros são criados ou arquivados diariamente, e também eles tocam a vida dos particulares. As Comunidades Europeias não fixaram originariamente uma política de acesso público aos documentos no texto dos Tratados. Porém, a prática logo exigiu algumas tomadas de posição por parte das instituições, na medida em que os pressupostos do Estado de direito implicam o dever de abertura e de transparência, designadamente nos seus processos decisórios²⁰⁰. Foram assumidas posições e chegou-se à uniformização de uma política de acesso aos documentos através de regulamento. Assiste-se hoje à necessidade de actualizar essa regulamentação na União Europeia.

2. Os documentos da União Europeia

Quando falamos de documentos da União Europeia, pensamos de imediato no que se entende por direito derivado ou secundário na União Europeia, como aquele direito que resulta dos tratados institutivos. É constituído pelos actos adoptados pelos órgãos União Europeia, no desempenho das competências que os tratados lhes conferem (Gorjão-Henriques, 2014: 325). Pode assumir as formas típicas previstas no artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Para as de carácter obrigatório, correspondem procedimentos típicos, uma tramitação prevista consoante o processo legislativo adoptado e são conhecidos através da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE).

Os documentos legislativos são, portanto, aqueles elaborados ou recebidos no âmbito de procedimentos tendo em vista a aprovação de actos juridicamente vinculativos (Marrana, 2012: 10). A questão é que não são os únicos que nos surgem no direito da União Europeia, nem sequer no seu jornal oficial.

¹⁹⁹ Relatório do Conselho sobre o acesso à legislação. 2015/C 97/03, JOUE C 97 de 24.03.2015, p. 2.

²⁰⁰ Resolução 2010/C 46 E/11 do Parlamento Europeu, de 14 de Janeiro de 2009, sobre o acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, JOUE C 46 E de 24.02.2010, p. 81.

O Tratado tenta limitar o recurso a actos atípicos num apelo à contenção através do artigo 296.º, último parágrafo, do TFUE, no sentido de salvaguardar a segurança jurídica (Porto, 2012: 1062). Porém, surgem-nos numerosos actos adoptados pelas instituições comunitárias uns previstos por artigos dos tratados e outros ainda que não previstos expressamente pelos tratados (atípicos porque não previstos no artigo 288.º do TFUE), antes nascem da prática comunitária (Craig, 2011: 671). Acrescem ainda numerosos documentos tornados públicos ou sujeitos a registo por cada uma das instituições.

Fácil será o seu conhecimento quando são publicados no jornal oficial. Relativamente menos fácil quando apenas surgem através de notas de imprensa ou disponibilizados pelas respectivas instituições, órgãos ou organismos. Difícil no caso de documentos preparatórios ou fazendo parte do processos da decorrer. Aí se torna relevante a questão do acesso ao seu conhecimento por parte de interessados ou do público em geral.

3. A política de acesso aos documentos na União Europeia

O acesso público aos documentos da União Europeia foi previsto pela primeira vez nos Tratados pela revisão do Tratado de Maastricht²⁰¹ que o inseriu no artigo 191.º-A do Tratado da Comunidade Europeia e passou para o artigo 255.º do TCE na versão do Tratado de Amesterdão²⁰². Previsto em relação aos documentos do Parlamento, do Conselho e da Comissão, vem presentemente no artigo 15.º do TFUE, na sua versão alterada adoptada pelo Tratado de Lisboa (Alves, 2008: 27)²⁰³, na sequência do que o direito de acesso a documentos abrange todas as instituições, órgãos, organismos e agências da União.

Resultam desse artigo, desde logo, dois princípios: o princípio da abertura e o princípio da transparência.

O princípio da abertura (Porto, 2012: 247) (artigo 15.º do TFUE) garante o acesso público à documentação europeia. Nos termos dos Tratados e segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a abertura e a participação da sociedade civil são condições essenciais para promover a boa governação das instituições da UE. Esta

²⁰¹ O Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht, segunda grande revisão dos Tratados. Junto com uma “Declaração relativa ao direito de acesso à informação” n.º 17, anexa à Acta final do Tratado de Maastricht.

²⁰² De 2 de Outubro de 1997, a terceira grande revisão dos Tratados.

²⁰³ De 13 de Dezembro de 2007, quinta grande revisão aos tratados que entrou em vigor em 1 de Dezembro de 2009.

abertura permite assegurar uma melhor participação dos cidadãos no processo de decisão e garantir uma maior legitimidade, eficácia e responsabilidade da Administração perante os cidadãos num sistema democrático²⁰⁴.

O princípio da transparência vem logo no artigo 1.º, § 2.º, do TUE desde a revisão de Amsterdão e foi salientado nas conclusões de variados Conselhos Europeus. A nível político, a transparência reporta-se ao processo legislativo e ao processo decisório em geral, consubstancia-se na publicidade de todo o processo legislativo. A nível administrativo, a transparência relaciona-se com os direitos de defesa, com o direito de acesso ao processo e de audiência dos interessados.

Estes princípios, introduzidos com o objectivo de reforçar o carácter democrático das instituições surgem nos Código de Conduta adoptados pelas instituições num apelo ao reforço da transparência dos trabalhos das instituições.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)²⁰⁵ veio em 2000 acentuar esta consagração ao dispor o direito no seu artigo 42.º.

Para além de no artigo 41.º dispor sobre o direito a uma boa administração, que implica ter acesso aos processos em que cada pessoa esteja envolvida, sempre com respeito pelos interesses legítimos da confidencialidade e segredo profissional e comercial alheios. Entenda-se, contudo, que o direito de acesso ao processo administrativo é distinto do direito de acesso geral que se pretende aqui abordar (Silveira, 2013:488).

Ora, no Tratado de Lisboa a CDFUE é tornada juridicamente vinculativa²⁰⁶ (novo artigo 6.º, n.º 1, do TUE).

Portanto, uma vez que a questão do acesso aos documentos não foi regulada nos Tratados, e em conformidade com a Declaração n.º 41 anexa à Acta Final do Tratado de Amsterdão, coube ao direito derivado regulamentar a matéria.

Houve, claro, preocupações pontuais com questões de segurança que cedo previam aspectos relacionados com a divulgação dos materiais na posse das Comunidades

²⁰⁴ Resolução do Parlamento Europeu 2010/C 286 E/03, de 17 de Dezembro de 2009, sobre as melhorias a introduzir no quadro jurídico do acesso aos documentos na sequência da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, JOUE C 286 E de 22.10.2010, pp. 12-15, a p. 13.

²⁰⁵ No JOUE C 326/391 de 26.10.2012.

²⁰⁶ Nos termos da Declaração A. 1., adoptada pela Conferência dos Representantes dos Estados-membros e anexa ao TL, porém, com ressalvas de alguns países em declarações anexas ao Tratado (JOUE C 306 de 17.12.2007, p. 12).

Europeias²⁰⁷, mas sem uma regra geral estabelecida até ser adoptado o acto que tem por objecto permitir o acesso aos documentos das instituições europeias, para que se possa entregar aos cidadãos qualquer tipo de documento, nas condições previstas e dentro dos limites das excepções previstas (Creus, 2013: 151).

O direito de acesso aos documentos constitui um aspecto da política de abertura e deve ser apreciado no âmbito da política de informação e comunicação das instituições. Em 2001, os princípios e os limites que regem este direito de acesso foram definidos pelo **Regulamento (CE) n.º 1049/2001** relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão²⁰⁸. O regulamento, aplicável a partir de 3 de Dezembro de 2001, destina-se a permitir o mais amplo efeito possível do direito de acesso do público aos documentos e a estabelecer os respectivos princípios gerais e limites²⁰⁹ e provocou, como demonstram os relatórios publicados pelas três instituições, um aumento notório e constante dos pedidos de acesso aos documentos, com um decréscimo do número de recusas²¹⁰. Por exemplo, a Comissão indicou que o número de pedidos de acesso registava um aumento de cerca de 50% ao ano²¹¹. Uma vez que, em média, dois terços dos pedidos foram satisfeitos, o regulamento colocou à disposição do público um elevado número de documentos até aí não publicados, criando uma tendência para uma maior transparência ao provocar a disponibilização de maior documentação. Por outro lado, as excepções previstas no regulamento proporcionavam uma protecção adequada dos interesses legítimos. Apesar de a aplicação do regulamento ter representado uma sobrecarga para as instituições, o relatório concluiu que, na globalidade, o seu funcionamento foi muito positivo²¹².

²⁰⁷ Como o Regulamento n.º 3, JO 17 de 06.10.1958, p. 406, que já previa a classificação dos documentos por níveis de secretismo.

²⁰⁸ Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, JOCE L 145 de 31.05.2001, pp. 43 a 48

²⁰⁹ Considerando (5) do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, cit.

²¹⁰ Resolução 2010/C 46 E/11 do Parlamento Europeu, cit., p. 82.

²¹¹ Aliás, a Comissão surge, de longe, como a instituição que trata maior número de pedidos de acesso a documentos. Ela trata aproximadamente o dobro dos pedidos ao Conselho e ao Parlamento Europeu em conjunto. Relatório da Comissão sobre a aplicação em 2013 do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, COM(2014) 619 final de 08.10.2014, a p. 6, § 7, e Relatório da Comissão sobre a aplicação em 2012 do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, COM(2013) 515 final de 10.07.2013, a p. 8, § 7.

²¹² Livro Verde da Comissão sobre o Acesso do público aos documentos na posse das instituições da Comunidade Europeia Análise da situação. COM(2007) 185 final. Bruxelas, 18.04.2007.

O próprio Regulamento estabeleceu²¹³ a publicação de um relatório sobre a sua implementação pela Comissão em 2004, que foi cumprido, demonstrando que é preciso ir mais longe.

Na sequência da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, indica-se que o Regulamento (CE) n.º 1049/2001 deve ser actualizado²¹⁴.

Logo, a Comissão manifestou a intenção de ajustar a proposta de alteração deste Regulamento²¹⁵, já em curso desde 2008, passados seis anos de aplicação do Regulamento, durante os quais as instituições obtiveram maior experiência na sua aplicação, já desenvolvida uma jurisprudência considerável e resolvidas uma série de queixas pelo Provedor de Justiça Europeu. É de notar que, no decorrer da última década, a Internet se tornou para os cidadãos o principal instrumento de consulta de documentos e aumentou o número de documentos disponibilizados pela UE²¹⁶.

Ainda assim, não houve desenvolvimentos legislativos e, em 2011, o Parlamento Europeu apreciou uma proposta²¹⁷ de reformulação ao Regulamento²¹⁸, em que exorta todas as instituições, órgãos, gabinetes e agências da União a assegurarem que o direito de acesso aos documentos proporcionado pelo Regulamento n.º 1049/2001, concedendo um acesso fácil e compreensível aos documentos, a fim de que os cidadãos possam participar de forma mais estreita no processo decisório; chama a atenção, neste contexto, para a importância decisiva do trabalho do Provedor de Justiça Europeu no que diz respeito ao exercício do direito de acesso aos documentos das instituições da União, tendo em conta a experiência adquirida com a aplicação inicial desse regulamento e a jurisprudência relevante.

²¹³ Artigo 17.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, cit.

²¹⁴ Resolução do Parlamento Europeu 2010/C 286 E/03, cit., pp. 12 e 14.

²¹⁵ Na Comunicação da Comissão sobre as Consequências da entrada em vigor do Tratado de Lisboa sobre os processos decisórios interinstitucionais em curso, COM(2009) 665 final. Bruxelas, 02.12.2009.

²¹⁶ Resolução 2010/C 46 E/11 do Parlamento Europeu, cit., p. 82.

²¹⁷ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 1049/2001 relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, COM(2011) 137/2 final. Bruxelas, 30.03.2011, que anula e corrige o documento COM(2011) 137 de 21 de Março de 2011.

²¹⁸ Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 168 E/45, de 15 de dezembro de 2011, sobre uma proposta de reformulação do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (JOCE L 145 de 31.05.2001, p. 43), JOUE C 168 E de 14.06.2013, pp. 159-178, a p. 159.

O problema urge ainda mais com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa com a complexidade decisória do processo legislativo ordinário.

Embora o direito de acesso à informação surja como um princípio básico da democracia, o acesso à informação não pode conduzir à violação de outros direitos fundamentais, tais como o direito à privacidade e à protecção de dados. Se o acesso à informação detida pelas instituições europeias constitui o principal interesse dos cidadãos que pretendem entender as deliberações políticas e económicas subjacentes ao processo decisório, a Comissão poderia facultar um acesso mais amplo às informações sobre investigações ou aos dossiers de infracções sem pôr em risco o alvo das investigações, e que o superior interesse público pode justificar plenamente o acesso aos referidos dossiers, em particular nos processos em que possam estar em causa os direitos fundamentais, a saúde humana e a protecção do ambiente contra danos irreversíveis, ou ainda sempre que estejam em curso procedimentos relativos à discriminação de uma minoria ou a violações da dignidade humana, desde que a protecção dos segredos comerciais e das informações sensíveis relativas aos processos judiciais, processos da concorrência e dossiers pessoais esteja salvaguardada²¹⁹.

2. Limites ao acesso aos documentos

Em princípio, todos os documentos das instituições deverão ser acessíveis ao público. No entanto, determinados interesses públicos e privados devem ser protegidos através de excepções.²²⁰ Compete à instituição que recusou o acesso a um documento fornecer uma fundamentação que permita compreender e verificar, por um lado, se o documento pedido tem efectivamente relação com o domínio objecto da excepção invocada e, por outro, se a necessidade de protecção relativa a essa excepção é real.²²¹

O Regulamento n.º 1049/2001 tem por objectivo conceder ao público o acesso mais amplo possível aos documentos na posse das instituições comunitárias mas existem regras específicas que garantem às partes num determinado processo um direito privilegiado de acesso a documentos relevantes que não podem ser divulgados ao público. Nos termos destas regras, o acesso está frequentemente sujeito a condições e procedimentos especiais

²¹⁹ Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 257 E/10, de 29 de março de 2012, referente ao Relatório de 2010 sobre a cidadania da União – Eliminar os obstáculos ao exercício dos direitos dos cidadãos da UE, JOUE C 257 E de 15.06.2012, pp. 74 a 84, a Ponto 6, p. 78.

²²⁰ Considerando (11) do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, cit.

²²¹ TJCE, Acórdão de 1 de Fevereiro de 2007, Proc. C-266/05, Colect. 2001, I-1283.

que, em conjunto, asseguram o delicado equilíbrio entre os direitos da defesa e a necessidade de preservar a eficácia dos procedimentos²²².

As instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação posse prejudicar a protecção: do interesse público, no que respeita à segurança pública, à defesa e às questões militares, às relações internacionais, e à política financeira, monetária ou económica da União ou de um Estado membro; da vida privada e da integridade do indivíduo, nomeadamente nos termos da legislação comunitária relativa à protecção dos dados pessoais. Ainda as instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação posse prejudicar a protecção de: interesses comerciais das pessoas singulares ou colectivas, incluindo a propriedade intelectual, processos judiciais e consultas jurídicas, objectivos de actividades de inspecção, inquérito e auditoria, excepto quando um interesse público superior imponha a divulgação²²³.

No caso de considerar que não é do interesse da instituição divulgar o documento, a recusa deve explicar as razões²²⁴ pelas quais a informação não pode ser divulgada²²⁵, total ou parcialmente. Nesse caso, abre-se a possibilidade de o autor do pedido de acesso reclamar, seja por interposição de recurso judicial (nos termos do artigo 263.º do TFUE), seja através de queixa ao Provedor de Justiça (nos termos do artigos 228.º e 24.º, § 3.º, do TFUE)²²⁶.

Também a Declaração n.º 35 anexa à Acta Final do Tratado de Amesterdão prevê que qualquer Estado membro pode solicitar à Comissão ou ao Conselho que não faculte a terceiros um documento emanado desse Estado sem o seu prévio acordo²²⁷.

Para o efeito de definir o tratamento especial dado a determinados documentos de conteúdo sensível, são adoptados acordos interinstitucionais²²⁸ e definidas regras

²²² Livro Verde da Comissão COM(2007) 185 final, cit.

²²³ Artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, cit.

²²⁴ Artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, cit.

²²⁵ Decisão 2000/633 da Comissão de 17 de Outubro de 2000 com Código de boa conduta administrativa, JOCE L 267 de 20.10.2000, p. 65.

²²⁶ Considerando (13) e artigo 8.º do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, cit.

²²⁷ Livro Verde da Comissão COM(2007) 185 final, cit.

²²⁸ De acordo com o considerando (9) do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, cit.

O Acordo institucional entre o Parlamento Europeu e a Comissão Europeia, no JOUE L 304 de 20.11.2010, p. 47, foca a circulação de informação e a classificação de documentos.

específicas para determinadas matérias²²⁹ ou procedimentos (Stärkle, 2011: 155)²³⁰ e quais as informações confidenciais²³¹.

Pois são as situações de recusa de acesso a documentos que motivam, como se disse, acções judiciais nas instâncias comunitárias, perante o Tribunal Geral (porque interpostas por particulares) e chegando ao Tribunal de Justiça por via de recurso²³². Verificam-se divergências entre as instâncias na apreciação das situações, com o recurso alterando as mais das vezes o desfecho no sentido de maior abertura, caminho também seguido recentemente por outra instância, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Adamski, 2012: 521 e 547)²³³.

3. Em especial no direito da concorrência

A problemática de acesso de terceiros a documentos tidos por confidenciais coloca-se com pertinência em muitas áreas²³⁴, nomeadamente nos processos de concorrência (Alves, 2014: 51), fiscalidade, mercado interno, ambiente, contratos públicos e justiça e segurança. Aliás, os próprios organismos temáticos têm a preocupação de estabelecer especificamente o seu regime de abertura através de medidas de execução.

No caso dos pedidos apresentados à Comissão, estes dizem frequentemente respeito a processos específicos completos ou a "todos os documentos" relativos a um determinado assunto, o que implica a análise de um elevado número de documentos. Também um elevado número de pedidos de acesso, em especial dos apresentados à Comissão, está relacionado com litígios, em que alguns requerentes solicitam acesso a documentos que

²²⁹ Muitas medidas inserem-se no âmbito da Política Externa e de Segurança Comum, por exemplo nas Decisão 2002/C 298/02 do Parlamento Europeu de 23 de Outubro de 2002 referente à aplicação do Acordo Interinstitucional sobre o acesso do Parlamento Europeu a informações sensíveis do Conselho no domínio da política de segurança e de defesa, JOCE C 298 de 30.11.2002, pp. 4-5, e Decisão 2000/C 239/01 do Secretário-Geral do Conselho/Alto Representante para a Política Externa e de Segurança Comum de 27 de Julho de 2000 relativa às medidas de protecção das informações classificadas aplicáveis ao Secretariado-Geral do Conselho, JOCE C 239 de 23.08.2000, pp. 1-5.

²³⁰ Por exemplo, níveis de confidencialidade para os documentos de cada instituição.

²³¹ Decisão 2011/C 190/02 da Mesa do Parlamento Europeu, JOUE C 190 de 30.06.2011, p. 2, e Acordo 2011/C 202/05.

²³² Vejam-se o Relatório da Comissão, COM(2014) 619 final de 08.10.2014, cit., p. 5, § 6, revelando um aumento significativo de nova jurisprudência em 2013, e o Relatório da Comissão, COM(2013) 515 final de 10.07.2013, cit., p. 6, § 6.

²³³ Para o ano de 2011, em 8 recursos, o TJUE revogou a decisão do TG em 7 vezes.

²³⁴ Conferir, nomeadamente, no Relatório da Comissão, COM(2013) 515 final de 10.07.2013, cit., p. 14, quadro 10.

se poderão revelar úteis para apresentar uma denúncia ou intentar uma acção num tribunal²³⁵.

Nos procedimentos administrativos de direito da concorrência na União Europeia muitas das infracções investigadas pela Comissão tem origem numa denúncia de algum dos intervenientes no comportamento proibido que, por essa razão, pretende um compromisso de confidencialidade em relação a si (Martí Moya, 2012: 231) que mais tarde pode vir a colidir com as informações procuradas pelos particulares afectados pelo efeito anti competitivo da prática proibida. Aliás, a Direcção-Geral da Concorrência surge nos últimos anos repetidamente em segundo lugar como organismo que recebe o maior número de pedidos de acesso a documentos²³⁶.

Se os Tratados não prevêm regras comuns específicas a respeito do direito de acesso a documentos relativamente a esta matéria, nem tão pouco o Regulamento focado (Pais, 2012: 4) especifica as situações decorrentes da aplicação das regras do direito da concorrência, é, porém, neste âmbito, que surge jurisprudência logo na década de 60 reconhecendo o direito de acesso a documentos.

E, também, é certo que encontramos as menções específicas²³⁷, porém estes artigos têm um objecto diferente do direito geral de acesso criado pelo Regulamento n.º 1049/2001 (Rams Ramos, 2013: 184). Enquanto este pretende regular o direito de acesso por qualquer cidadão europeu, por exemplo, o artigo 27.º do Regulamento n.º 1/2003 regula somente o acesso ao processo por parte dos intervenientes ou terceiros mediante justificação do seu interesse e o Regulamento n.º 773/2004 da mesma forma se dirige às possibilidades de acesso ao processo por parte de autores de uma denúncia para efeitos do regulamento anterior (Suderow, 2011: 541).

²³⁵ Livro Verde da Comissão COM(2007) 185 final, cit.

²³⁶ Relatório da Comissão, COM(2014) 619 final de 08.10.2014, cit., p. 2, § 3.3, e Relatório da Comissão, COM(2013) 515 final de 10.07.2013, cit., p. 3, § 3.3.

²³⁷ Artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOCE L 1 de 04.01.2003, pp. 1-25. Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 411/2004 do Conselho de 26 de Fevereiro de 2004, JOUE L 68 de 06.03.2004, pp. 1-2, e Regulamento (CE) n.º 1419/2006 do Conselho de 25 de Setembro de 2006, JOUE L 269 de 28.09.2006, pp. 1-5. Também do artigo 8.º do Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JOUE L 123 de 27.04.2004, pp. 18-24. Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1792/2006, JOUE L 362 de 20.12.2006, p. 1, pelo Regulamento (CE) n.º 622/2008 da Comissão de 30 de Junho de 2008, JOUE L 171 de 01.07.2008, pp. 3-5, pelo Regulamento (CE) n.º 519/2013 da Comissão de 21 de Fevereiro de 2013, JOUE L 58 de 10.06.2013, p. 74, e pelo Regulamento (UE) 2015/1348 de 3 de agosto de 2015, JOUE L 208 de 05.08.2015, pp. 3-6.

Os procedimentos de direito da concorrência envolvem a adopção de muitas decisões por parte da Comissão e o Tribunal de Justiça confirmou que a abertura e o acesso à informação, pois ao permitir-se que as divergências entre vários pontos de vista sejam abertamente debatidas, contribui-se para conferir às instituições maior legitimidade aos olhos dos cidadãos europeus e para aumentar a confiança dos mesmos. De facto, considera o TJ que é sobretudo a falta de informação e de debate que é susceptível de fazer nascer dúvidas no espírito dos cidadãos, não só quanto à legalidade de um acto isolado mas também quanto à legitimidade de todo o processo decisório²³⁸.

Desde logo os artigos 11.º, 12.º e 15.º do Regulamento prevêem a troca de informação confidencial entre a Comissão e as autoridades da concorrência e os tribunais nacionais dos Estados membros, na linha do princípio geral do artigo 4.º, n.º 3, do TFUE que estabelece o princípio da cooperação leal (Vandenborre, 2011: 124). Assim sendo, os documentos constantes de cada procedimento de inquérito da Comissão (avaliações preliminares, respostas das empresas, pedidos de informação, decisões, anotações, documentos apreendidos) poderão/deverão ser acessíveis às entidades previstas. Contudo, o problema torna-se mais complicado.

Vejamos três situações, todas no âmbito da política da concorrência e sobre as regras aplicáveis à empresas: o respeito pela confidencialidade nos processos de inquérito, na política de clemência da Comissão na aplicação de sanções e para as acções resultantes do chamado *private enforcement*.

Quanto à primeira, deve existir um equilíbrio entre o princípio de transparência e a obrigação de segredo profissional. Ele assume particular importância no âmbito da política de concorrência, uma vez que a Comissão detém informações fornecidas pelas empresas ou obtidas junto destas. A problemática surge no artigo 28.º do Regulamento 1/2003 que estabelece que as informações obtidas através de inspecções e investigações ou recebidas na sequência de um pedido de informações apenas podem ser utilizadas para os fins para que foram obtidas e que as informações que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo sigilo profissional não podem ser divulgadas. A obrigação de sigilo profissional pode impedir a divulgação ao público de informações que não exigem a

²³⁸ Resolução do Parlamento Europeu 2010/C 286 E/03, cit., p. 13.

protecção especial conferida aos segredos comerciais²³⁹. A própria Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia espelha este equilíbrio no seu artigo 41.º.

No âmbito dos seus poderes de investigação nas empresas, a Comissão detém um poder de examinar os elementos profissionais da empresa, o que inclui todos os documentos relativos às actividades comerciais da empresa. O único limite imposto à Comissão é o objectivo do processo de inquérito, estarem os documentos relacionados com as actividades ou produtos investigados no decurso daquele processo de inquérito²⁴⁰. Contudo, mantém-se a obrigação de respeitar os segredos profissionais da empresa.

A própria publicação de decisões no Jornal Oficial respeitantes ao procedimento de inquérito será limitada ao essencial da decisão, quando haja nessa prática de publicação um interesse geral, atento, por exemplo, tratar-se de uma questão jurídica pouco trabalhada. A não ser que o próprio segredo profissional constitua um elemento probatório da infracção ao direito da concorrência, caso em que nos parece não deverá gozar de protecção na publicação, uma vez que o interesse na protecção deixou de ser legítimo²⁴¹.

Nem sempre, ainda assim, é simples conciliar este requisito de protecção com a necessidade de divulgação de certas informações pela Comissão para prosseguir com o inquérito²⁴². Até porque conciliar depois o direito de acesso de alguns intervenientes torna-se moroso e complexo (Comissão Europeia, 2007: 15)²⁴³.

Uma segunda situação surge na política de clemência. Os cartéis limitam artificialmente a concorrência, aumentando os preços dos produtos e restringem a escolha dos consumidores, provocando uma perda de competitividade e oportunidades de emprego, e, sendo secretos, estas práticas tornam-se difíceis de detectar e investigar sem a colaboração das empresas envolvidas (Pais, 2012: 8). O programa de clemência²⁴⁴ é um

²³⁹ Livro Verde da Comissão COM(2007) 185 final, cit.

²⁴⁰ Ver TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, p. 1610.

²⁴¹ Ver a argumentação do Advogado-Geral Lenz no TJCE, Acórdão de 24 de Junho de 1986, Proc. 53/85, Colect. 1986-6, p. 1994.

²⁴² TJCE, Acórdão de 18 de Junho de 1986, Procs. 142 e 156/84, Colect. 1986-6, p. 1899.

²⁴³ Quando um processo reúne milhares de documentos objecto de pedidos de confidencialidade, os pedidos de acesso provocam atrasos no procedimento tendo em conta a necessidade de verificar, em relação a cada documento, se o alegado interesse no acesso a esse documento a fim de fazer valer os seus direitos de defesa prevalecia sobre a confidencialidade.

²⁴⁴ Comunicação 2006/C 298/11 da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JOUE L 298 de 08.12.2006, pp. 17-22, § 40.

aspecto particularmente importante da aplicação do direito da concorrência, ao prever a colaboração entre as empresas e a Comissão, beneficiando aquelas de redução ou isenção de coimas. Um programa com grande importância prática e responsável pelo desencadear de inúmeros processos de investigação da Comissão que culminam com a aplicação de coimas elevadas nos anos mais recentes. Uma empresa delatora beneficia de redução ou isenção da coima ao fornecer à Comissão a informação e provas que lhe permitam efectuar inspecções nas empresas violadoras tendo em vista determinar uma infracção (Porto, 2012: 507). A existência da possibilidade de pedir imunidade ou clemência dificulta sem dúvida o acesso aos documentos de procedimento, visto que estão em causa informações que podem ser utilizadas em mais do que um sentido: do ponto de vista da empresa há que fornecer a informação bastante mas cuidar que não coloque em risco a atribuição da redução (Creus, 2013: 134). E a recusa de acesso aos documentos fornecidos só pode acontecer na ponderação de interesses a respeito de cada documento (Rams Ramos, 2013: 176).

A questão aqui relevante será aferir se o material relativo a um pedido de uma empresa que pretende beneficiar desta política poderá ser disponibilizado a terceiros, tendo em conta se isso pode prejudicar o programa de clemência ou colocar em causa os direitos fundamentais. A avaliação final da questão estará caso a caso na decisão final do Tribunal de Justiça (Vandenborre, 2011: 116). Resta deixar a decisão de fornecer ou não as informações de novo à discricionariedade da Comissão, que ponderará caso a caso a possibilidade de as ceder, com o controlo da legalidade dessa decisão por parte do Tribunal de Justiça.

A jurisprudência veio considerar que as disposições do direito da União em matéria de concorrência, de direito originário ou derivado, não se opõem ao acesso aos documentos relativos a um procedimento de clemência respeitante ao autor de uma infracção que motiva o pedido de acesso, isto porém na medida da ponderação dos outros interesses protegidos pelo direito da União²⁴⁵.

Uma terceira situação diz respeito às acções de indemnização. A par da acção pública da Comissão e das autoridades da concorrência nacionais (*public enforcement*) na investigação das infracções no domínio *antitrust*, as regras do Tratado (uma vez que são directamente aplicáveis) podem igualmente ser utilizadas na esfera privada no âmbito de

²⁴⁵ TJUE, Acórdão de 14 de Junho de 2011, Proc. C-360/09.

acções com vista à indemnização às vítimas de danos devidos a uma infracção no domínio *antitrust*²⁴⁶. Dito de outra forma, as regras comunitárias no domínio *antitrust* têm efeito directo e, por conseguinte, conferem direitos a pessoas singulares, nomeadamente o direito a indemnizações, que podem ser defendidos juntos dos tribunais nacionais (*private enforcement*)²⁴⁷.

Qualquer pessoa tem o direito de reclamar a reparação do prejuízo que lhe tenha sido causado por um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência. As acções de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efectiva na União Europeia²⁴⁸. Qualquer cidadão ou empresa que sofra um dano em consequência do incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust* (artigos 101.º e 102.º do TFUE) deve ter a possibilidade de exigir reparação a quem causou o dano. O direito das vítimas a uma compensação é garantido pelo direito da União²⁴⁹.

Uma das dificuldades deste tipo de litígios reside no facto de, muitas vezes, os elementos de prova relevantes não estarem facilmente acessíveis, eventualmente na disposição da Comissão.

A ponderação só pode ser realizada pelos órgãos responsáveis numa base casuística, tomando em conta todos os elementos pertinentes do caso em apreço.

A jurisprudência veio considerar que as disposições do direito da União em matéria de cartéis devem ser interpretadas no sentido de que não se opõem a que uma pessoa lesada por uma infracção ao direito da concorrência da União e que procura obter uma indemnização tenha acesso aos documentos na posse da Comissão ou das autoridades da concorrência nacionais, muito embora caiba aos órgãos jurisdicionais determinar as condições nas quais tal acesso deva ser autorizado ou recusado, através da ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União²⁵⁰.

²⁴⁶ LIVRO VERDE sobre acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust* apresentado pela Comissão.

²⁴⁷ Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2009, Considerando 64. Documento COM(2010) 282 final de 3 de Junho de 2010, p. 18.

²⁴⁸ TJCE, Acórdão de 20 de Setembro de 2001, Proc. C-453/99, Colect. 2001, I-6314 a I-6328.

²⁴⁹ Livro Branco sobre *Acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*, documento COM(2008) 165 final, de 02.04.2008.

²⁵⁰ TJUE, Acórdão de 14 de Junho de 2011, Proc. C-360/09.

Notas finais

Apresentámos brevemente alguns dos marcos documentais do direito de acesso dos cidadãos ou pessoas colectivas residentes na União Europeia aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União e princípios do direito comunitário informadores desta matéria.

De acordo com os princípios de um Estado de direito, é fundamental à estrutura da União Europeia uma política de abertura e transparência no tratamento e acesso aos documentos, continuando o caminho trilhado e actualizando os mecanismos legislativos aplicáveis. Numa era em que a utilização da Internet e das páginas *Web*, como estrutura de conhecimento do século XXI, é o formato mais pretendido pelos utilizadores, o caminho é melhorar, simplificar e completar os registos e acessos por essa via.

De facto, o número de pedidos iniciais de acesso a documentos passou de 991 em 2002 para 6.525 em 2013, variando muito, porém, a incidência de utilização por país²⁵¹, revelando assim que se trata de um importantíssimo mecanismo de democracia em uso claro por parte dos cidadãos europeus.

Vimos casos muitos específicos no âmbito da aplicação do direito da concorrência da União Europeia, nomeadamente, nos casos de procedimentos de inquérito que envolvam a confidencialidade de documentos, e no caso da aplicação de dois instrumentos – clemência e acções de indemnização, respectivamente na vertente da aplicação pública do direito da concorrência (*public enforcement*) e da aplicação privada do direito da concorrência (*private enforcement*) – todas estas situações que visam e prosseguem afinal o mesmo interesse de defesa de uma concorrência eficaz no mercado interno. Por todos, o direito da União não se opõem à divulgação de documentos mas a solução permanece, caso a caso, resultado de uma ponderação dos vários interesses em presença.

²⁵¹ Relatório da Comissão, COM(2014) 619 final de 08.10.2014, cit., p. 6, § 7. e Relatório da Comissão, COM(2013) 515 final de 10.07.2013, cit., p. 13, quadro 9.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALVES, Dora Resende e SILVA, Maria Manuela Magalhães (2014). “O respeito pelos Direitos Fundamentais nos procedimentos de Direito Europeu da concorrência no âmbito do Regulamento n.º 1/2003” in *Revista Juris*. Ano I, n.º 1, Março/Abril. Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública (CECGP). São Luís, Estado do Maranhão, Brasil. ISSN 2357-7940, pp. 51-66.
- ALVES, Dora Resende (2008), “Notas sobre O TRATADO DE LISBOA de 13 de Dezembro de 2007”, *Revista Jurídica*. N.º 13. Universidade Portucalense, pp. 27 a 40. ISSN 0874-2839.
- ADAMSKI, Dariusz (2012). “Approximating a workable compromise on access to official documents: the 2011 developments in the european courts” in *Common Market Law Review*. Vol 49, n.º 2. Wolters Kluwer. ISSN 0165-0750. pp. 521 a 558.
- CRAIG, Paul (2011). “Delegated Acts, Implementing Acts and the New Comitology Regulation” in *European Law Review*. Vol 36, n.º 5, October. Sweet & Maxwell. ISSN 0307-5400. pp. 671-687.
- CREUS, Antonio (2013). “El acceso al expediente administrativo en materia de competencia y la información confidencial em España” in *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*. Thomson Reuters, pp. 129-158. ISBN 978-84-470-4625-6.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (2014). *Direito da União*. Coimbra: Livraria Almedina. 7.ª ed. ISBN 978-972-40-5554-1.
- MARRANA, Rui Miguel (2012). “O acesso à informação no quadro do funcionamento da União Europeia” in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 21. ISSN 1646-1029. pp. 7-42.
- MARTÍ MOYA, Vanessa (2012). “Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del Caso Pfleiderer (c-360/09)” in *RCD - Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 10, pp. 229-237.
- PAIS, Sofia Oliveira (2012). “Entre a clemência e a responsabilidade – Uma história de sucesso? Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14.6.2011, Proc. C-360/09” in *Cadernos de Direito Privado*. Jan/Mar, n.º 37. ISSN 1645-7242. pp. 3-11.
- PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (coordenação) (2012). *Tratado de Lisboa - anotado e comentado*. Almedina2. ISBN 978-972-40-4613-6.
- RAMS RAMOS, Leonor (2013). “El acceso a los expedientes sancionadores en materia de Derecho de la Competencia” in *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*. Thomson Reuters, pp. 159-198. ISBN 978-84-470-4625-6.
- SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana (coordenação) (2013). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. Almedina. ISBN 978-972-40-5120-8.

- STÄRKLE, Guido (2011). “La protection et le traitement des informations classifiées dans le cadre de la politique de sécurité et de défense commune (PSDC) au sein des institutions et agences de l’Union Européenne” in Cahiers de droit Européen. N.º 1. Bruxelles. ISSN 0007-9758. pp. 155-229.
- SUDEROW, Julia (2011). “El acceso a las pruebas en expedientes de la Comisión Europea y los límites establecidos por su programa de clemencia”, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, pp. 535-550. ISBN 978-84-9898-339-5.
- VANDENBORRE, Ingrid (2011). “The confidentiality of EU Commission cartel records in civil litigation: the ball is in the EU court” in *European Competition Law Review*. Vol 32, Issue 3. Sweet & Maxwell. ISSN 0144-3054. pp. 116 a 125.