

A DIRETIVA ECN+ E A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS GRAVAÇÕES OCULTAS

*Sara Estima Martins**, em representação da *PLMJ Advogados, SP, RL*

1. AS GRAVAÇÕES COMO ELEMENTO DE PROVA NA DIRETIVA ECN+

Uma das áreas sobre as quais a Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 (“Diretiva ECN+”) se debruça de forma particularmente incisiva diz respeito aos poderes de inspeção das autoridades da concorrência nacionais e aos meios de prova admissíveis em processos relativos a infrações de direito da concorrência. De entre os meios de prova admissíveis devem passar a contar-se, nos termos do artigo 32.º da Diretiva ECN+, documentos e declarações orais, mensagens eletrônicas, gravações ou quaisquer outros objetos que contenham informações.

A admissibilidade de gravações como meio de prova, em particular, traz dúvidas e problemas importantes, que importa considerar.

Note-se que a parte dispositiva da Diretiva ECN+ – o acima referido artigo 32.º – refere apenas “gravações”, não determinando em que condições essas gravações serão consideradas admissíveis. Contudo, o preâmbulo da Diretiva parece pretender ir mais longe, referindo o Considerando 73 que as autoridades da concorrência nacionais deverão poder ter em consideração os elementos de prova relevantes, incluindo “*gravações ocultas efetuadas por pessoas singulares ou coletivas, que não sejam autoridades públicas, desde que essas gravações não sejam o único meio de prova, e sem prejuízo do direito a ser ouvido e da admissibilidade de gravações efetuadas ou obtidas pelas autoridades públicas.*” [nosso destaque].

* Sócia da área de Direito Europeu e da Concorrência de PLMJ, Advogados, RL, SP. A PLMJ participou na “Consulta Pública sobre o anteprojeto de diploma de transposição da Diretiva ECN+” lançada pela AdC em 25 de outubro de 2019, tendo o seu contributo abordado, entre outros, o tema tratado neste artigo.

O disposto no Considerando 73 mais não faz do que reproduzir a jurisprudência do Tribunal Geral expressa em *Goldfish e outros c. Comissão* (T-54/14, *Goldfish*, ECLI:EU:T:2016:455, §§57 e seguintes), processo em que o Tribunal Geral declarou admissíveis determinadas gravações efetuadas de forma oculta por um colaborador de uma empresa concorrente e apreendidas pela Comissão Europeia aquando da realização de diligências de busca e apreensão.

2. A ADMISSIBILIDADE DE GRAVAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

A admissibilidade de gravações ocultas depara-se, contudo, com obstáculos intransponíveis no ordenamento jurídico português.

Diga-se, desde logo, que o direito à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar é reconhecido pelo artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”). A CRP estabelece, ademais, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada, assim como a proibição de qualquer ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal (artigo 34.º). Como corolário natural, CRP dispõe a nulidade das provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada ou nas telecomunicações (artigo 32.º, n.º 8). Devemos, pois, concluir que a CRP apenas admite exceções à proibição de ingerência nas comunicações e à correspondente nulidade da prova em sede de processo-crime e não de processo contraordenacional, e, em todo o caso, quando os elementos em causa sejam obtidos pelas autoridades públicas com respeito pelas condições legalmente previstas.

Esclarecidas que estão as balizas colocadas pela CRP sobre esta questão, recordemos o disposto no artigo 167.º, n.º 1 do Código de Processo Penal (“CPP”), nos termos do qual “*as reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo eletrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal.*”

A lei processual penal prevê, assim, uma proibição da admissibilidade como elemento de prova de reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas – vulgo “gravações” – que estejam feridas por um ilícito penal. Vejamos, pois, o que dispõe a lei sobre a licitude das gravações ocultas.

No que respeita às gravações feitas pelas autoridades públicas, prevê o artigo 187.º, n.º 1 do CPP que a interceção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas quando estejam em causa certos tipos de crime, exaustivamente listados no referido artigo. O mesmo se aplica a conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, nos termos do artigo 189.º do CPP. Significa isto que, em conformidade com o disposto na CRP, a possibilidade de as autoridades realizarem gravações é apenas admissível em processo penal e, ainda assim, em relação a determinados crimes. É, pois, totalmente inadmissível a realização de gravações em processos contraordenacionais, como é o caso dos processos relativos a infrações de direito da concorrência. A prova eventualmente obtida em violação desta proibição será, portanto, nula (cfr. artigo 126.º, n.º 3 do CPP). Consequentemente, a possibilidade de realização de gravações de conversações ou comunicações está vedada à Autoridade da Concorrência (“AdC”).

Já quanto a gravações feitas por outros terceiros que não autoridades públicas, as mesmas, nos termos do disposto no artigo 199.º do Código Penal, constituem sempre crime quando sejam feitas sem consentimento dos envolvidos. Por conseguinte, tais gravações, constituindo um ilícito penal, não são em caso nenhum admissíveis como prova, tal como estabelecido pelo artigo 167.º, n.º 1 do CPP, acima referido. Tal proibição vale, naturalmente, tanto para processos-crime como para processos contraordenacionais.

Atendendo ao que precede, é forçoso concluir que, nos termos da CRP e da lei processual penal, a utilização de gravações ocultas, quer realizadas pelas autoridades, quer realizadas por terceiros, não é admissível em processos contraordenacionais de concorrência. Mais, a realização e utilização de tais gravações constituirá sempre, independentemente de quem as realize e/ou utilize, um crime punível nos termos do Código Penal.

3. A PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA ECN+

A Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva ECN+ apresentada pela AdC ao Governo em 31 de março de 2020 prevê, na nova redação proposta do artigo 31.º, n.º 2 da Lei da Concorrência, que constituirão meios de prova admissíveis, entre outros, “*gravações nos termos do disposto no artigo 167.º do Código de Processo Penal*”. Não nos parecendo inteiramente clara esta referência ao artigo 167.º do CPP, tal, a nosso ver, só poderá significar que

quaisquer gravações realizadas e/ou utilizadas sem o consentimento de todos os envolvidos constituirão sempre prova inadmissível, independentemente de serem feitas pelas autoridades encarregadas da investigação – mormente a AdC – ou por terceiros.

Restarão assim, como prova eventualmente admissível, as gravações cuja realização e utilização no processo seja consentida pelos envolvidos nas mesmas, com exclusão de quaisquer gravações feitas de forma secreta ou oculta.

Tal impossibilidade de realizar e utilizar gravações ocultas não impedirá, a nosso ver, uma correta transposição da Diretiva ECN+. Na verdade, e como já antes mencionado, a referência a “gravações ocultas” apenas se encontra no preâmbulo da Diretiva ECN+, e não na sua parte dispositiva. Sendo esta uma questão controversa, seria razoável concluir que, se o legislador da UE pretendesse, sem lugar a dúvidas, incluir as gravações ocultas no leque de elementos de prova admissíveis, tê-lo-ia feito de forma expressa. Esta possibilidade deve, pois, ser analisada à luz de cada ordenamento jurídico nacional.

Uma última menção acerca do impacto que teria a eventual admissibilidade de gravações ocultas em processos de direito da concorrência. Tal compressão de direitos fundamentais ligados à reserva da intimidade da vida privada, em processos meramente contraordenacionais, não se compreenderia quando confrontada com a proibição de o fazer em processos-crime. Estaríamos, pois, perante a introdução de uma relevante e dificilmente resolúvel incongruência no seio do ordenamento jurídico português.