

Prática restritiva da concorrência – busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico pela Autoridade da Concorrência nas instalações das empresas por mandado do Ministério Público – o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023

Manuel Pelicano Antunes

Procurador da República no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. AS BUSCAS FEITAS NAS INSTALAÇÕES DAS EMPRESAS – JURISPRUDÊNCIA DO TEDH E DO TJUE. III. O AC. DO TC 91/2023. IV. O ACESSO ÀS MENSAGENS DE CORREIO ELETRÓNICO A PARTIR DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA. V. A UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO EUROPEU. VI. APRECIÇÃO FINAL.

I. INTRODUÇÃO

Pelo impacto severo no *enforcement* público e, indiretamente, nas *follow on actions* de *private enforcement*, a busca e apreensão de correio eletrónico nas instalações das empresas, como meio de obtenção de prova da existência de práticas restritivas da concorrência, ganhou uma relevância sem precedentes na ordem jurídica portuguesa com a prolação do Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) 91/2023. No presente texto ensaia-se recordar que a validade do acesso às mensagens de correio eletrónico não pode ser aferida fora do direito europeu da concorrência e, por isso, fora do correspondente *standard* jusfundamental. De acordo com uma leitura multinível, é possível constatar que as normas dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, e 20.º da Lei da Concorrência (LC), aprovada pela Lei 19/2012, de 08.V, enquanto meio de obtenção de prova por excelência, conferem ao Ministério Público uma competência legítima para autorizar a AdC a inspecionar livros e outros registos das empresas,

“independentemente do suporte em que estiverem armazenados”, e a estes aceder validamente. Face à novidade da questão, a aplicação uniforme do direito da União vinculava o TC a dialogar com o Tribunal de Justiça (TJ), através do mecanismo estabelecido no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

II. AS BUSCAS FEITAS NAS INSTALAÇÕES DAS EMPRESAS – JURISPRUDÊNCIA DO TEDH E DO TJUE

1. As diligências a autorizar pelo Ministério Público respeitam aos atos de investigação a realizar pela Autoridade da Concorrência (AdC) descritos no artigo 18.º, n.º 1, alíneas a) a f), da LC, e só a estes. São feitas *na empresa, no ambiente controlado por esta e respeitam ao exercício da correspondente atividade profissional*. Os documentos de natureza não profissional, porque não respeitam à atividade da empresa no mercado, ficam excluídos do campo de investigação aberto à AdC^[1]. A nota explicativa da Comissão acerca do artigo 20.º, n.º 4, 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 (doravante, Regulamento 1/2003), versão de 11/09/2015, esclarece que

«20. As EU antitrust rules apply only to undertakings, personal data of individuals as such are not the target of anti-trust investigations and inspections conducted by the Commission. Personal data of individual staff members of undertakings

[1] Tal como nos processos da Comissão – vide por exemplo o n.º 80 do Ac. TG de 06/09/2013, *Deutsche*

Bahn AG e O./Comissão, processos apensos T-289/11, T-290/11 e T-521/11, e os dois acórdãos do TJ de 18/05/1982,

AM & S Europe/Comissão, 155/79, n.º 16, e de 22/10/2002, *Roquette Frères*, C-94/00, n.º 45, aí citados.

(such as their names, telephone numbers, email addresses) may, however, be contained in business documents / data related to such investigations and may therefore be copied or obtained during an inspection and may become part of the Commission file»^[2].

2. O artigo 7.º da CDFUE assegura, no direito da União, a proteção conferida pelo artigo 8.º da CEDH (artigo 52.º, n.º 3, da Carta e anotação do *Praesidium* ao artigo 7.º). As instalações das empresas gozam do direito ao respeito pelo domicílio, que engloba a correspondência – Ac. do TEDH de 02/10/2014, *Delta Pekárny/República Checa*, queixa 97/11, n.º 78^[3]. O TEDH tem integrado no conceito de correspondência do artigo 8.º da CEDH a ingerência nos dados eletrónicos – casos *Robathin/Áustria*, Ac. de 03/07/2012, queixa 30457/06, § 39; *Sérvulo Correia & Associados/Portugal*, Ac. de 03/09/2015, queixa 27013/10, §§ 76 e 92, ambos em contexto penal; *Klaus Müller/Alemanha*, Ac. de 19/11/2020, queixa 24173/18, § 37, aplicação a advogado de multa administrativa, convertível em prisão, por recusa de depoimento para proteção de segredo profissional.

3. Apesar de à empresa ser reconhecido o direito à privacidade, por compatível com a sua personalidade (artigo 12.º, n.º 2, da CRP), a densidade deste não tem «a mesma extensão com que se afirma na esfera da titularidade individual. Dessa tutela estarão excluídas, forçosamente, as dimensões nucleares da intimidade privada, que pressupõem a personalidade física» – Ac. do Tribunal Constitucional (TC) 593/2008^[4].

[2] Disponível em https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/inspections_explanatory_note_en.pdf.

[3] Cf. também Ac. TG de 20/06/2018, *České dráhy/Comissão*, P. T-325/16, n.º 169.

[4] Não julgou inconstitucional a norma do artigo 17.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 18/2003, de 11.VI, quando interpretada no sentido de conferir competência ao Ministério Público para autorizar buscas à sede e domicílio profissional de pessoas coletivas. No mesmo sentido decidiu o Ac. do TC 596/2008.