

Sigilo bancário - sentido e alcance da alteração introduzida pela Lei 36/10 de 2 de setembro à al. d) do nº2 do art. 79º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedade Financeiras aprovado pelo Dec-lei 298/92 de 31 de dezembro, com as alterações posteriores (abreviadamente RGICSF)¹.

Nota prévia

Irei dividir a presente exposição em duas partes.

Começarei, *in media res*, por procurar o sentido e alcance da nova al. d) do RGICSF de acordo com o que podemos chamar critérios clássicos da interpretação. Na segunda metade do texto, darei conta das dúvidas que me suscitam algumas das conclusões antes formuladas, à luz do critério da *interpretação conforme à constituição*.

I

In media res

1. – Desde a sua versão originária, que o art. 79º do regime geral das instituições de crédito e sociedade financeiras (RGICSF) mantém a redação do nº1, que admite a revelação das informações sobre factos ou elementos abrangidos pelo segredo profissional das pessoas obrigadas pelo art. 78º do mesmo diploma legal, mediante autorização do cliente transmitida à instituição.

Diversamente, o nº2 daquele art. 79º, que prevê outras exceções ao dever de segredo, foi objeto de três alterações, incluindo a operada pela Lei 36/2010:

- A primeira, pelo DL 298/92 de 31.12. que limitou-se a atualizar a al. c) do nº2 do art. 79º, em função do novo *Sistema de Indemnização aos Investidores* que aquele diploma criava, passando agora a referir-se a este mesmo sistema ao lado do *Fundo de Garantia de Depósito*.

¹ O presente texto corresponde à comunicação apresentada na Jornada Jurídica organizada em Lisboa pela Direção de Assuntos jurídicos da CGD, no dia 4 de Março de 2011, sobre as alterações introduzidas em matéria de sigilo bancário pela Lei 36/2010 de 2.09.

- A segunda, pela Lei 94/2009 de 1 de setembro, que incluiu a *administração tributária, no âmbito das suas atribuições*, entre as entidades a quem o segredo pode ser revelado, através de nova redação atribuída à al. e) do n.º 2;

- A terceira, pela Lei 36/2010 de 2 de setembro, que deu nova redação à al. d) a qual, desde a versão originária de 1992, previa que o segredo podia ser revelado «*d) Nos termos previstos na lei penal e de processo penal*», passando a dizer-se agora que o segredo pode ser revelado, «*d) Às autoridades judiciais, no âmbito de um processo penal*».

2. – Os regimes de acesso às informações sujeitas a segredo bancário.

A remissão global da anterior al. d) do n.º 2 do art. 79.º do RGICSF para os *termos da lei penal e de processo penal*, encaminhava-nos imediatamente para o regime geral estabelecido nos arts. 135.º e 182.º, do CPP, aplicável às diversas hipóteses de **segredo profissional aí contempladas², incluindo o segredo bancário**, mas também para os regimes especiais acolhidos **em legislação avulsa**.

Vejam sumariamente aquele regime geral e os regimes especiais.

2.1. – Regime geral - o incidente de quebra de segredo profissional previsto no CPP.

O art. 135.º do CPP, que estabelece o regime geral de acesso ao segredo profissional, como aludido, regula os trâmites do incidente de quebra de sigilo, cuja decisão é de exclusiva competência judicial, detendo o MP o poder de iniciativa quando a questão se coloque perante si, *maxime* na fase de Inquérito.

² No sumário do AFJ 2/2008 de 13.02.2008, pode ler-se:

«1) Requesitada a instituição bancária, no âmbito de inquérito criminal, informação referente a conta de depósito, a instituição interpelada só poderá legitimamente escusar-se a prestá-la com fundamento em segredo bancário;

2) Sendo ilegítima a escusa, por a informação não estar abrangida pelo segredo, ou por existir consentimento do titular da conta, o próprio tribunal em que a escusa for invocada, depois de ultrapassadas eventuais dúvidas sobre a ilegitimidade da escusa, ordena a prestação da informação, nos termos do n.º 2 do artigo 135.º do Código de Processo Penal;

3) Caso a escusa seja legítima, cabe ao tribunal imediatamente superior àquele em que o incidente se tiver suscitado ou, no caso de o incidente se suscitar perante o Supremo Tribunal de Justiça, ao pleno das secções criminais, decidir sobre a quebra do segredo, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo.»

Aquele incidente desenvolve-se em duas fases. Numa primeira, o juiz perante quem o incidente se suscite, oficiosamente ou a requerimento do MP decide se a recusa de obrigado a segredo é legítima. *Sendo ilegítima a escusa - por a informação não estar abrangida pelo segredo ou por existir consentimento do titular da conta - o próprio tribunal em que a escusa for invocada, depois de ultrapassadas eventuais dúvidas sobre a ilegitimidade da escusa, ordena a prestação da informação, nos termos do n.º 2 do artigo 135.º do Código de Processo Penal*, pois nesse caso encontramos fora do âmbito de aplicação das normas que protegem o segredo profissional.

Caso a escusa seja legítima, cabe ao tribunal imediatamente superior àquele em que o incidente se tiver suscitado ou, no caso de o incidente se suscitar perante o Supremo Tribunal de Justiça, ao pleno das secções criminais, decidir sobre a quebra do segredo nos termos do n.º 3 do mesmo artigo 135.º

Isto é, a decisão de quebra do segredo profissional não só é de reserva judicial, como a competência respetiva é mesmo atribuída a tribunal especialmente qualificado em razão da hierarquia.

O tribunal que conheça da primeira fase do incidente decide apenas sobre a legitimidade da recusa, pelo que conhecerá apenas do seu âmbito e nunca da *quebra de segredo*, como aludido. Só o tribunal imediatamente superior pode decidir a quebra do segredo profissional face a outros interesses igualmente relevantes, fazendo o necessário *balanceamento* ou ponderação entre os interesses em conflito e decidindo de acordo com o *princípio do interesse preponderante*, se, **em concreto**, devem prevalecer os interesses subjacentes ao segredo ou à *justiça penal*.

2.2. – Os regimes especiais

Quanto aos regimes de acesso ao segredo bancário especialmente previstos em legislação avulsa, estes afastam-se de forma significativa do regime geral, embora apresentem âmbitos e procedimentos diversos entre si.

2.2.1. - O art. 13º-A do Dec-lei 454/91 de 28 de dezembro, introduzido pelo Dec-lei 317/97 de 19 de novembro, prevê que as instituições de crédito devem « ... *fornecer às autoridades judiciárias competentes os elementos necessários para a prova do motivo do não pagamento de cheque que lhes for apresentado para pagamento nos*

termos e prazos da Lei Uniforme Relativa ao Cheque, através da emissão de declaração de insuficiência de saldo com indicação do valor deste, da indicação dos elementos de identificação do sacador e do envio de cópia da respetiva ficha bancária de assinaturas. ».

O acesso a elementos abrangidos pelo segredo bancário diversos destes, encontrava-se sujeito ao regime geral previsto no art. 135º e 182º, do CP, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinal³.

2.2.2. - O art. 2º da Lei 5/2002 de 11 de janeiro, diploma que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, em matéria de recolha de prova, quebra de segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, determina, desde a sua versão originária, que o segredo bancário cede perante o **interesse para a descoberta da verdade** em qualquer das fases do processo penal, mediante ordem da autoridade judiciária titular da direção do processo, na fase respetiva, em despacho fundamentado.

Na sua versão atual, resultante das alterações introduzidas pela Lei 19/2008 de 06/02, o art. 1º da Lei 5/2002 prevê a aplicação do regime especial previsto naquele diploma legal, aos crimes de:

- a) Tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21.º a 23.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro;
- b) Terrorismo e organização terrorista;
- c) Tráfico de armas;
- d) Tráfico de influência;
- e) Corrupção ativa e passiva;
- f) Peculato;
- g) Participação económica em negócio;
- h) Branqueamento de capitais;
- i) Associação criminosa;
- j) Contrabando;**
- l) Tráfico e viciação de veículos furtados;**

³ Cfr , Germano M. Silva, Regime Jurídico-penal dos cheques sem provisão, Principia – 1997 p.114-5. Por todos, o Ac RP de 14.05.1997, ali citado.

m) Lenocínio e lenocínio e tráfico de menores;

n) Contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda.

2 - O disposto na presente lei só é aplicável aos crimes previstos nas alíneas j) a n) do número anterior se o crime for praticado de forma organizada.

3 - O disposto nos capítulos II e III é ainda aplicável aos demais crimes referidos no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro.

Estes últimos crimes são os seguintes:

- Administração danosa em unidade económica do setor público (al. b);
- Fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito(c);
- Infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática (d);
- Infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional .

A Lei 5/2002, que constitui o exemplo mais acabado e mais significativo entre os regimes especiais de acesso aos elementos abrangidos pelo segredo bancário, começa por atribuir às autoridades judiciais o poder de receber e provocar a revelação do segredo bancário, verificados que sejam os respetivos pressupostos.

Para além do pressuposto formal estabelecido, isto é, que esteja em causa um dos crimes de catálogo enumerados no seu art. 1º, a Lei 5/2002 faz depender o acesso das autoridades judiciais a informação bancária abrangida pelo segredo, de um pressuposto de ordem material: *haver razões para crer que as respetivas informações têm interesse para descoberta da verdade.*

Aquela lei sujeita ainda o despacho do titular da autoridade judiciária a certos requisitos:

- O despacho tem que ser fundamentado, pelo que deve resultar do mesmo que o processo respeita a um dos crimes de catálogo e que a informação pretendida tem interesse para a descoberta da verdade;

- O despacho deve conter as indicações referidas nos nºs 3 a 5 do art. 2º da Lei 5/2002, onde se inclui a identificação das pessoas abrangidas pela informação pretendida e a especificação, em certos casos, daquelas mesmas informações.

Por último, Lei 5/2002, no art. 3º, acolhe algumas regras de procedimento na comunicação entre as entidades do processo penal e as instituições sujeitas ao dever de prestação dos elementos abrangidos pelo segredo bancário. Do lado do processo penal, destacamos a possibilidade de aquela comunicação ser estabelecida por OPC mediante delegação da autoridade judiciária após prolação do despacho respetivo e do lado das entidades sujeitas ao dever de colaboração, o estabelecimento de prazos de satisfação do solicitado, sob cominação de apreensão dos documentos respetivos pela autoridade judiciária titular da direção do processo, exceto na fase de inquérito em que a apreensão depende necessariamente de autorização do Juiz de Instrução (JI).

2.2.3. - Também o art. 60º do Dec-lei 15/93 de 21 de janeiro estabelece um regime especial relativamente a suspeitos ou arguidos de crimes previstos nos arts 21º a 23º e 28 e no art. 25º, do DL 15/93, quanto a informações e documentos solicitados pela autoridade judiciária competente, com vista à apreensão e perda a favor do Estado de bens, depósitos e quaisquer outros valores, não importando analisar aqui as poucas particularidades de regime, tanto mais que quando estejam em causa os crimes previstos nos arts 21º a 23º e 28 e no art. 25º, do DL 15/93, é aplicável o regime previsto na Lei 5/2002).

2.2.4. - A Lei 25/2008 de 5 de junho, que estabelece medidas de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo, transpondo para a ordem jurídica interna diretivas emanadas dos principais órgãos da União Europeia (Parlamento, Conselho e Comissão), prevê no art. 18º um especial dever de colaboração das designadas *autoridades sujeitas*, que abrangem entidades financeiras de diversos tipos – cfr art. 3º.

A Lei 25/2008 aplica-se ao crime de *Branqueamento*, introduzido no C.Penal sob o art. 368º-A pela Lei 11/94 de 27 de março (revogada pela Lei 25/2008 sem alterações no tipo penal), e ao crime de *Financiamento do terrorismo*, que a própria Lei 25/2008 aditou, sob o art. 5º-A, à lei de combate ao terrorismo aprovada pela Lei 52/2003 de 22 de agosto .

Aquele art. 18º impõe às *entidades sujeitas* o dever de prestar a colaboração requerida, tanto pela PGR como pela Unidade de Informação Financeira (que entre nós constitui serviço da Direção Nacional da Polícia Judiciária), *para o desempenho das*

suas funções, como pela autoridade judiciária responsável pela direção do inquérito (magistrado do MP), de acordo com as respetivas competências legais. Se é assim quanto ao âmbito subjetivo daquele dever, relativamente ao seu âmbito objetivo o art. 18º limita-se a mencionar que a colaboração requerida será prestada, *nomeadamente garantindo o acesso direto às informações e apresentando os documentos ou registos solicitados.*

2.2.5. - Todos estes regimes especiais permitem o acesso aos dados abrangidos pelo segredo bancário com dispensa do incidente de quebra de segredo, destacando-se pela sua amplitude e importância prática o regime previsto na Lei 5/2002, que representou, entre nós, o resultado mais acabado de uma tendência crescente, incrementada por organizações internacionais como o Conselho da Europa e a UE, de ampliar e simplificar o acesso aos dados em segredo bancário como forma particularmente adequada de combater certas formas de criminalidade, maxime a criminalidade organizada e e

Das diferenças entre aqueles regimes especiais e o regime geral estabelecido no CPP, destacam-se a dispensa de intervenção judicial na fase de inquérito e a dispensa de balanceamento concreto entre os interesses em conflito.

3. – A nova al. d) do nº2 do art. 79º do RGICSF, face ao regime geral e aos regimes especiais .

Passados em revista, de forma sumária, o regime geral previsto no C.P.P. para a quebra do sigilo profissional e os regimes especiais previstos em legislação avulsa com reflexos no regime do segredo bancário no âmbito do processo penal, é tempo de encarar um pouco mais de perto a nova al. d) do nº2 do art. 79º da RGIF, para indagarmos em que termos a nova disposição legal se articula com aqueles conjuntos normativos.

3.1 – Articulação da nova al. d) do art. 79º com o regime previsto no CPP para a quebra de segredo profissional.

Os termos do novo texto legal sugerem de imediato **o propósito legislativo de pôr fim à aplicação ao sigilo bancário do incidente de quebra de segredo profissional regulado no código de processo penal.**

Na verdade, a atribuição de poderes para receber e provocar a revelação do segredo às *autoridades judiciárias*, sem outras especificações ou condicionalismos, é incompatível com o regime geral do CPP que, no plano subjetivo, assenta na diferenciação de poderes de iniciativa e decisão, quer entre o MP e as autoridades judiciárias de natureza judicial, quer no seio destas, pela via da intervenção dos tribunais superiores para decidir em concreto, como instância única, o conflito entre os interesses subjacentes ao segredo bancário e os interesses prosseguidos pelo processo penal, tendo em conta, nomeadamente, a imprescindibilidade da informação para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos.

Na falta de qualquer outra regulamentação, concluiríamos, pois, num primeiro momento, que em face da alteração introduzida pela Lei 36/2010 de 2 de setembro, o MP, o JI e o juiz ou tribunal de julgamento, que são as autoridades judiciárias em processo penal, podem sem sujeição ao incidente de quebra de segredo profissional consagrado no CPP aceder aos dados de facto abrangidos pelo segredo bancário no decorrer de um qualquer processo penal, independentemente da fase em que se encontre.

Assim é, desde logo, porquanto a nova letra da al. d) introduzida pela Lei 36/2010 é mais recente que as disposições especiais em vigor até ao presente, posicionando-se ainda como lei especial (enquanto reguladora da extensão e quebra do segredo bancário), face às normas que no CPP regulam, em geral, o segredo profissional (género de que o segredo bancário será espécie).

Também os trabalhos preparatórios a que tivemos acesso, não obstante o limitado valor heurístico-hermenêutico que apresentam, dada a escassez de referências ao segredo bancário, permitem, ainda assim, constatar que no decurso do processo legislativo foi razoavelmente alargado o alcance da simplificação inicialmente procurada, ao substituir-se a referência aos *juízes de direito* por *autoridades judiciárias*. Com efeito, o Projeto de lei 218/XI⁴, que esteve na génese da Lei 36/2010 de 2 de

⁴ É o seguinte o teor integral da exposição de motivos do

Altera o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

- « Exposição de motivos

A Lei nº 94/2009, de 1 de setembro aprovou, entre outras, medidas de derrogação do sigilo bancário adequadas à repressão da criminalidade económica e financeira, munindo a administração fiscal de instrumentos que se revelaram úteis nesse combate. A intenção então aí expressa de conceder à administração fiscal meios de apuramento da verdade tributária adequados não se pode compaginar com uma interpretação daquele diploma legal da qual resulte aquela como tendo pretendido conferir mais poderes à administração fiscal do que aos juizes de direito. Aliás, com a publicação do DL 317/2009 de 30 de outubro - que alterou o disposto na Lei 5/2002, de 11 de janeiro, sobre segredo profissional -, deixou de ser sustentável qualquer interpretação que possa restringir o efeito que se pretendeu atingir.

Importa, pois, colocar um ponto final sobre quaisquer dúvidas que se possam suscitar, clarificando que os juizes de direito, no âmbito das suas atribuições, não devem experimentar mais restrições do que a administração tributária, em matéria de derrogação do segredo profissional sobre os membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das instituições de crédito, os seus empregados, mandatários, comitidos e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional.

Assim, nos termos constitucionais e regimentais aplicáveis, os Deputados do Grupo Parlamentar do Partido Socialista abaixo assinados apresentam o seguinte projeto de lei: Assim, nos termos constitucionais e regimentais aplicáveis, os Deputados do Grupo Parlamentar do Partido Socialista abaixo assinados apresentam o seguinte projeto de lei:

Artigo 1º

Altera a alínea d) do nº2 do artigo 79º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de dezembro, com as alterações (...), que passa a ter a seguinte redação:

Artigo 79º

[...]

1- ...

2- ...

a) ...

b) ...

c) ...

d) Aos juizes de direito, no âmbito das suas atribuições;

e) ...

setembro, substituía o texto da al. d) do nº2 do art. 79º do RGICSF que se limitava a remeter para « *(N)os termos previstos na lei penal e de processo penal*», como vimos, pela referência «*Aos juízes de direito, no âmbito das suas funções*».

Com o texto primitivo do projeto de alteração punha-se termo à aplicação do incidente de quebra do segredo profissional ao segredo bancário relativamente à criminalidade comum (no sentido de criminalidade não abrangida pela legislação avulsa, pois os juízes passavam a ter competência para decidir diretamente do acesso ao segredo bancário nas fases do processo sob a sua direção e cabia ao JI decidir daquele acesso na fase de inquérito, por iniciativa do MP.

Quanto aos regimes especiais, havia apenas que salvaguardar a sua continuação através de mera referência no texto geral, pois aqueles admitiam já o acesso direto por parte de juízes e do MP, como vimos.

Foi através de *decreto de substituição*, apresentado já em fase adiantada do processo legislativo, que veio a ser proposta a atual redação da al. d) do nº2 do art. 79º do regime geral ora alterado, alargando claramente o âmbito da exceção no domínio da *criminalidade comum*, pois ao substituir a referência ao juízes por autoridades judiciárias veio permitir-se o acesso direto do MP aos elementos em segredo na fase de inquérito de qualquer processo penal, dispensando-se qualquer intervenção judicial, incluindo do JI.

3.1.2. - A nova al.d) e os regimes especiais – particularmente s Lei 5/

Qual o pensamento legislativo, porém, no que respeita à articulação da nova norma do art. 79º com os regimes especiais aplicáveis a processo penal respeitante a algum dos crimes abrangidos pelos diplomas supra referidos, maxime no que respeita à criminalidade organizada e económico-financeira?

f) ...

Artigo 2º

A presente lei entra em vigor 60 dias após a data da sua publicação em Diário da República. » (negrito meu)

Se bem vemos o problema, encontramos-nos perante um concurso de normas ou proposições jurídicas, cujas relações recíprocas importa compreender, por via interpretativa.

Tomando o exemplo paradigmático da Lei 5/2002, constatámos que esta lei começa por prever como pressuposto formal específico do acesso ao segredo bancário que o processo respeite a um dos crimes de catálogo enunciados no seu art. 1º) e faz depender esse mesmo acesso de *haver razões para crer que as respetivas informações têm interesse para descoberta da verdade*, como vimos. Por último, estabelece que o despacho do titular da direção do processo deve ser fundamentado e deve conter algumas indicações específicas, relativas o objeto do pedido.

3.1.2.1. - Ora, na medida em que a nova al. d) do nº2 do art. 79º do RGICSF prevê a revelação dos elementos sob segredo bancário às autoridades judiciárias *no âmbito de um processo penal*, sem distinguir em função do crime a que respeite, a nova disposição derroga tacitamente as normas anteriores que apenas previam o *acesso direto das autoridades judiciárias* para determinados crimes, incluindo a Lei 5/2002, pois este acesso irrestrito constitui agora a regra em qualquer processo penal, independentemente do tipo de crime em causa.

Também no que respeita ao pressuposto material de que a Lei 5/2002 faz depender *a cedência* do segredo bancário, ou seja, o interesse das informações para descoberta da verdade, não vale o princípio geral expresso na 1ª parte do nº3 do art. 7º do C. Civil, segundo o qual *a lei geral não revoga a lei especial*, por resultar inequivocamente da nova disposição legal o propósito de revogação tacita daquela norma especial.

Com efeito, não pode conceber-se, sob pena de absurdo, que a solução normativa agora estabelecida na al. d) do nº2 do art. 79º permita acesso mais amplo e facilitado aos elementos protegidos pelo segredo bancário relativamente aos crimes não abrangidos pelos regimes especiais, pois estes regimes respeitam a crimes particularmente graves ou complexos, para cuja investigação e julgamento tem sido intensamente recomendada e promovida maior facilidade no acesso ao segredo bancário.

Significa isto, que deve considerar-se tacitamente revogada a disposição do art. 1º nº1 da Lei 5/2002, que faz depender o acesso ao segredo de *haver razões para crer*

que as respectivas informações têm interesse para a descoberta da verdade, sendo aquele acesso permitido e imposto nos processos relativos a crimes abrangidos pela Lei 5/2002, nos termos aplicáveis à generalidade dos casos de acordo com o estabelecido na nova al. d) do nº2 do art. 79º.

3.1.2.2. - Tal não significa, porém, que a nova al. d) do art. 79º - que se limita a estabelecer, como regra, o acesso ao segredo bancário em processo penal - , derogue as normas previstas na legislação avulsa ora em causa compatíveis com ela, como é o caso das cominadas nos nºs 2 a 5 do art. 2º da Lei 5/2002, ou dos artigos 3º e 4º ou 5º, da mesma Lei 5/2002. Uma vez que estas normas referem-se a aspetos do regime de acesso que não são diretamente objeto da nova disciplina legal contida na al. d) do nº2 do art. 79º, nem se mostram inconciliáveis com a regra geral ali consagrada, continuam as mesmas em vigor.

Na verdade, como explica Larenz ao dissertar sobre *a confluência ou concurso de várias proposições jurídicas ou regulações*, cujas consequências jurídicas são entre si compatíveis, é uma questão de interpretação (teleológica e sistemática), a de saber se «...uma de duas normas [ou complexos normativos,] cujas previsões coincidem parcialmente, não deve ser considerada como regulação exaustiva e então ambas as normas são aplicáveis de par uma com a outra, sempre que as suas previsões sejam coincidentes e as consequências jurídicas não se excluem mutuamente», o que se traduz num «concurso cumulativo de normas»⁵.

3.3. – Aqui chegados, parece-me poder enunciar as seguintes conclusões, no que respeita à articulação da nova al. d) do nº2 do art. 79º com o incidente de quebra de segredo profissional regulado no art. 135º do CPP e com a legislação avulsa que prevê casos especiais de *quebra do segredo bancário*:

- A nova al. d) do nº2 do art. 79º do regime geral das instituições de crédito e sociedade financeiras (RGICSF) aprovado pelo Dec-lei 298/92 de 31 de dezembro, com a redação que lhe foi dada pela Lei 36/10 de 2 de setembro, revoga tacitamente o disposto no art. 135º do CPP, na parte em que este refere os *membros de instituições de crédito*, permitindo o acesso a quaisquer informações abrangidas pelo segredo bancário

⁵ Cfr Larenz, Metodologia da ciência do direito, 5ª ed. FCG-2009 p. pp 372-379, em especial pp. 376-7

por decisão direta da autoridade judiciária titular da fase em que se encontre o processo penal;

- A nova al. d) do nº2 do art. 79º do regime geral das instituições de crédito e sociedade financeiras (RGICSF) aprovado pelo Dec-lei 298/92 de 31 de dezembro, com a redação que lhe foi dada pela Lei 36/10 de 2 de setembro, revoga tacitamente as disposições de legislação avulsa que, em processo penal, façam depender o acesso a quaisquer informações abrangidas pelo segredo bancário de especiais pressupostos de ordem formal ou material;

- A nova al. d) não derroga as normas previstas na legislação avulsa compatíveis com ela, como é o caso das que se referem a aspetos do regime de acesso ao segredo que não são diretamente objeto da nova disciplina legal contida na al. d) do nº2 do art. 79º, nem se mostram inconciliáveis com a regra geral ali consagrada.

II.

As conclusões ora enunciadas e o critério da *interpretação conforme à constituição*.

A amplitude da primeira daquelas conclusões, ou seja, grosso modo, que a nova al. d) veio permitir o acesso a todas as informações abrangidas pelo segredo bancário por decisão direta da autoridade judiciária titular da fase em que se encontre o processo penal, qualquer que seja o crime a que respeite, suscita dúvidas de ordem jurídico-constitucional, face ao direito à intimidade da vida privada consagrado no art. 26º nº1 da CRP e ao princípio da proporcionalidade, afirmado no seu art. 18º, enquanto pressuposto material para a restrição legítima de direitos, liberdades e garantias.

Porém, para as perguntas que alimentam a dúvida, não se arrisca uma resposta sem indagação e reflexão que não pode ter-se por concluída neste momento.

Em todo o caso, aqui fica a dúvida, acompanhada de algumas considerações sobre a natureza do segredo bancário entre nós e sobre a sua inclusão na intimidade da vida privada para efeitos da proteção concedida pelo art. 26º nº1 da CRP, considerações estas que sempre farão parte do caminho a percorrer na procura de uma resposta que abarque o problema na sua globalidade.

Vejamos então, sumariamente, o que nos oferece dizer sobre ambas as questões.

1. – A natureza do segredo bancário.

Para abertura da abordagem singela ao problema da natureza do segredo bancário, valem as palavras de síntese de Silva Sanchez⁶, para quem «O segredo bancário não é, na realidade, senão uma variante do segredo profissional, reconhecido como dever na maior parte dos ordenamentos penais do mundo. Nessa medida e independentemente de outras considerações de política económica e financeira, encontra-se ao serviço da proteção de uma esfera da vida privada dos cidadãos: a relativa às suas relações económicas. Daí que, por exemplo no direito suíço, se prefira falar de “segredo do cliente bancário” (BankKundengeheimnis), para sublinhar que é da proteção de um dos direitos dos clientes e não da entidade bancária de que realmente se trata.»

Assim parece dever entender-se igualmente no atual ordenamento jurídico-penal português, pelo menos no que respeita à sua qualificação como direito dos cidadãos.

Por um lado, a natureza essencialmente privada dos bens e valores que protege, explica que só o consentimento do cliente permita o acesso ao segredo bancário, conforme opção expressa no art. 79º nº1 do RGICSF desde a sua versão originária.

Por outro lado, é pacífico o entendimento que inclui o segredo bancário entre os segredos tutelados pelas incriminações dos arts. 195º e 197º, do C.Penal, na sua atual versão, os quais estão sistematicamente integrados no capítulo dos Crimes contra a reserva da vida privada, contrariamente ao que se verificava no domínio do Dec-lei 2/78 de 9 de janeiro e da versão originária do C.Penal de 1982. Na verdade, o Dec-lei 2/78 que regulou o segredo bancário até à sua revogação pelo Dec-lei 298/92 de 31 de dezembro, iniciava o respetivo preâmbulo ligando a preocupação de tutelar o segredo bancário à necessidade de estabelecer *um clima de confiança na banca que permita a captação e recuperação do dinheiro entesourado, implicado pela reconstrução do país*, apelando claramente à prossecução de interesses de natureza pública.

⁶ Jesus Maria Silva Sanchez, *Tiempos de derecho penal*, Edisofer, SL-Madrid B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2009 p. 173.

Por sua vez, o art. 184º da versão originária do C. Penal de 1982, não obstante encontrar-se arrumado entre os crimes contra a *reserva da vida privada*, tinha natureza pública, refletindo a maior relevância então dada à tutela dos interesses públicos prosseguidos com o segredo profissional em geral e o segredo bancário em particular, enquanto a legislação penal atual confere natureza semipública aos crimes previstos nos arts 193º e 197º, do C.Penal.

Por último, o art. 135º nº1 do CPP sempre incluiu o segredo dos membros de instituições de crédito ao lado das demais espécies do género segredo profissional, sendo certo que a presente alteração de regime nada tem que ver com modificações ao nível da natureza do segredo protegido, mas antes com o propósito de restringir drasticamente o segredo em função da sobrevalorização dos interesses prosseguidos pelo processo penal em geral.

A afirmação do primado ou prevalência da proteção do interesse individual visado pelas normas que direta ou indiretamente respeitam à tutela penal do segredo, incluindo as que se ligam ao seu regime processual, não significa, porém, que embora de forma reflexa ou mediata não seja igualmente visada a defesa de interesses públicos e institucionais, portanto supraindividuais, identificados com o prestígio e confiança do sistema bancário, pressuposto elementar e condicionante da organização económica⁷. O que se pretende realçar, é que o nosso ordenamento positivo configura o direito ao segredo essencialmente como um direito da pessoa e não da instituição bancária.

2. Em todo o caso, da prevalência da proteção de interesses privados, não resulta que os interesses protegidos pelo segredo bancário mereçam *ipso facto* a tutela constitucional dispensada pelo art. 26º nº 1 da CRP, ou seja, que o segredo bancário deva considerar-se abrangido pelo **direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar** consagrado no art. 26º nº1 da CRP, questão que é controvertida entre nós.

2.1. – Num primeiro sentido, de acordo com a doutrina das três esferas a que se refere, por todos, Costa Andrade⁸, a privacidade protegida pelo segredo profissional e

⁷ Cfr Costa Andrade, Comentário conimbricense ao código penal I, Coimbra Editora - p. 777.

⁸ A chamada *teoria dos três graus ou das três esferas* distingue, para além de uma extremada área da publicidade, entre uma esfera da intimidade e uma esfera da privacidade stricto sensu. A esfera da intimidade corresponde ao último reduto do *right to be alone* ou...” última e inviolável nuclear da liberdade pessoal” - cfr comentário I p. 730 (...) A esfera da privacidade inclui outros factos da vida

que constitui igualmente o bem jurídico-penal protegido pela incriminação da revelação de segredo (art. 195º do C.Penal), é a privacidade no seu círculo mais extenso (e como tal contraposta à intimidade).

Em segundo lugar, mas no mesmo sentido, o segredo bancário, respeitando a interesses de ordem patrimonial e económica, está entre os chamados *direitos ao segredo do ter*, como se lhes referem G. Canotilho e V. Moreira, que dificilmente podem considerar-se abrangidos pela proteção constitucional aos direitos de personalidade, nomeadamente pelo art. 26º nº1 da CRP.

Na verdade, como referem aqueles autores⁹ em comentário introduzido na 4ª e última versão da CRP anotada, «A teleologia intrínseca dos direitos de personalidade justifica fundamentalmente o «direito ao segredo do ser» (direito à imagem, direito à voz, Direito á intimidade da vida privada, ...)...É problemática a inclusão nestes direitos de personalidade do pretense «direito ao segredo do ter» (segredo bancário, segredo dos recursos financeiros e patrimoniais, ...sigilo fiscal). Além de não haver qualquer princípio ou regra constitucional a dar guarida normativa a um «segredo do ter» (o que obriga alguns autores a recorrerem forçada e esforçadamente a «direitos fundamentais implícitos», sempre haverá que ter em conta a necessidade de concordância prática com outros interesses (ex. combate à criminalidade organizada, combate à corrupção e tráfico de influências, etc)»

Também Saldanha Sanches entendia que ao falar-se do segredo bancário, *“...não estamos perante aquilo a que a constituição tutela como «reserva da intimidade da vida privada e familiar». Aquele núcleo central de características e comportamentos de natureza pessoal (maxime sexual e familiar) que a lei deverá proteger para proporcionar ” garantias efetivas contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana»¹⁰.*

peçoal, mas a sua exata dimensão depende do estatuto social da pessoa, sendo maior no caso de pessoas comuns e e menor no caso de pessoas com notoriedade social..., admitindo esta esgera, por isso, uma compressão de cordo com um interesse público relevante “ – cfr P. Albuquerque, Comentário do C.Penal-2007 p. 521.-

9 Cfr G. Canotilho e V. Moreira CRP anotada, I, 4ª ed- 2007 pp. 468-9

10 - Cfr Saldanha Sanches, Segredo Bancário, segredo fiscal: uma perspetiva funcional, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, Centro de Estudos Judiciários, 25 anos, 2004, 57 e seguintes.

2.2. – Em sentido diverso, fundamentando-se parcialmente num outro comentário da 3^a edição da CRP anotada (1993), entendeu o Ac do TC n° 278/95 de 31.05¹¹, estar o Tribunal Constitucional «... em condições de afirmar que a situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações ativas e passivas nela registadas, faz parte do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no artigo 26º, n° 1, da Constituição, surgindo o segredo bancário como um instrumento de garantia deste direito. De facto, numa época histórica caracterizada pela generalização das relações bancárias, em que grande parte dos cidadãos adquire o estatuto de cliente bancário, os elementos em poder dos estabelecimentos bancários, respeitantes designadamente às contas de depósito e seus movimentos e às operações bancárias, cambiais e financeiras, constituem uma dimensão essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada constitucionalmente garantido.»

Também o Ac TC 242/2007 (em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade) pronunciou-se, de forma particularmente fundamentada (embora com algumas declarações de voto em sentido contrário) no sentido da inclusão dos dados abrangidos pelo sigilo bancário na matéria relativa à intimidade da vida privada. Entre um conjunto de argumentos pertinentes à resposta que procuramos, destaca-se naquele acórdão, o seguinte trecho que, pese embora a sua extensão, parece justificar-se pela sua oportunidade: «No caso particular dos dados e documentos na posse de instituições bancárias, concernentes às suas relações com os clientes, há um argumento suplementar, que cremos decisivo, nesse sentido [i.e. no sentido de admitir “uma esfera privada de ordem económica, também merecedora de tutela”, (citando ALBERTO LUÍS, Direito bancário, Coimbra, 1985, 88), como componente da mais geral esfera da privacidade]. Mormente no que respeita às operações passivas de movimentação da conta, não é apenas, nem é tanto, o conhecimento da situação patrimonial, em si mesma, que pode ser intrusivo da privacidade. O que sobremaneira importa é o facto de esse conhecimento, numa época em que se vulgarizou e massificou a realização de transações através dos movimentos em conta, designadamente pela utilização de

¹¹ Os acórdãos do Tribunal Constitucional foram consultados no respetivo site www.tribunalconstitucional.pt

cartões de crédito e de débito – o chamado “dinheiro de plástico” – propiciar um retrato fiel e acabado da forma de condução de vida, na esfera privada, do respetivo titular.

*É sobretudo como instrumento de garantia de dados referentes à vida pessoal, de natureza não patrimonial, que, de outra forma, seriam indiretamente revelados, que o sigilo bancário deve ser constitucionalmente tutelado. Na verdade, como se disse no processo decidido pelo Tribunal Constitucional espanhol, pelo acórdão 110/1984, de 26 de novembro, «uma conta-corrente pode constituir ‘a biografia pessoal em números’ do contribuinte» (apud PISÓN CAVERO, *El derecho a la intimidade en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1993, 179).*

Através da análise do destino das importâncias pagas na aquisição de bens ou serviços, pode facilmente ter-se uma perceção clara das escolhas e do estilo de vida do titular da conta, dos seus gostos e propensões, numa palavra, do seu perfil concreto enquanto ser humano. O conhecimento de dados económicos permite, afinal, a invasão da esfera pessoal do sujeito, com revelação de facetas da sua individualidade própria – daquilo que ele é e não apenas daquilo que ele tem. »

De igual modo afirma Menezes Cordeiro¹², que «O segredo bancário começa por se apoiar na própria constituição e, designadamente, nos arts 26º nº1 e 25º, considerando que, « O banqueiro pode, através da análise dos movimentos das contas de depósitos ou dos movimentos com cartões, seguir a vida dos cidadãos...» e que, «...o desrespeito pelo segredo bancário põe ainda em causa a integridade moral das pessoas atingidas. A revelação de depósitos, movimentos e despesas pode ser fonte de pressão, de troça ou de suspeição.».

2.3. - Ora, a entender-se que o *segredo bancário*, ou seja, a proibição do acesso aos dados em poder dos estabelecimentos bancários respeitantes às relações bancárias com os seus clientes, ou pelo menos, alguns desses dados, maxime os aspetos estritamente pessoais cujo conhecimento pode resultar de uma informação patrimonial e financeira, constitui uma *dimensão* do direito à reserva da intimidade da vida privada e

¹² Direito Bancário, Almedina-4ª ed. (2010) p. 338

familiar consagrado no artigo 26º nº 1, da Constituição¹³, **a legitimidade da sua restrição depende do respeito pelo aludido princípio da proporcionalidade**, aqui convocado sobretudo nas suas dimensões ou sub princípios *da necessidade ou exigibilidade* e da *proporcionalidade em sentido restrito*, significando este último como dizem, por todos G. Canotilho e V. Moreira (ob. cit. p. 393), *que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa «justa medida», impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas (in casu do direito ao segredo bancário) desproporcionadas, excessivas, em relação àqueles fins.*

É verdade que em matéria de *justiça penal*, a faculdade atribuída às autoridades judiciais, incluindo o MP, de aceder diretamente aos dados em segredo (maxime na Lei 5/2002, como vimos), não tem suscitado especiais reservas mesmo para quem inclua os dados protegidos pelo segredo bancário entre os direitos respeitantes à intimidade da vida privada. Por exemplo, o Ac do TC 42/2007 decidiu *não julgar inconstitucional a norma do artigo 2º, nº 2, da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, na medida em que permite ao Ministério Público, na fase de inquérito, determinar o levantamento de sigilo bancário.*

Por um lado, por entender que o segredo bancário não é abrangido pela tutela constitucional da reserva da intimidade da vida privada de forma tão intensa como outras áreas da vida pessoal. Por outro, por considerar que o levantamento do sigilo bancário é instrumento especialmente relevante em matéria de criminalidade organizada, nomeadamente em matéria de criminalidade económico financeira.

2.4. – Todavia, as dúvidas aludidas inicialmente não se reportam a estas formas de criminalidade ou mesmo a casos graves de criminalidade comum¹⁴, atenta a sua

¹³ Ainda que suscite maiores reservas a sua inclusão no direito à integridade moral protegida pelo art. 25º da CRP, desde logo em função da *especial intensidade da tutela constitucional da integridade pessoal*, conforme expressão retirada de J. Miranda-Rui Medeiros, CRP anotada I, Coimbra Editora, que falam na consagração de uma «... tutela constitucional firme, quer contra quaisquer ofensas à integridade física ..., quer contra violações do direito à integridade moral, consubstanciadas, designadamente, em quaisquer formas de denegrir a imagem ou o nome de uma pessoa ou de intromissão na sua intimidade, seja com fundamento em razões de ordem económica, condição social, nível de instrução seja ainda por razões raciais, profissionais, sexuais, religiosas, políticas ou outras.»-cfr ob. cit pp. 268-269.

¹⁴ Diz, a este propósito, Germano M. Silva, « Não me repugna nada que certos segredos, nomeadamente os atinentes ao exercício da função pública, v.g. fiscais e à atividade bancária, cedam perante as necessidades de combate à criminalidade organizada, como não me repugna que cedam, em geral, relativamente ao combate a quaisquer tipos de crime, desde que a sua gravidade o justifique (orincípio da

especial danosidade e a particular adequação do acesso a dados abrangidos pelo segredo bancário para a investigação e julgamento de muitos desses crimes.

A raiz da dúvida está em saber se é conforme à constituição, a interpretação, segundo a qual a nova disposição da al. d) permite o acesso por parte de qualquer das autoridades judiciárias, a **todos** os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo bancário, independentemente da sua maior ou menor ligação a aspetos estritamente pessoais da vida do cliente, da gravidade do crime a que respeite o processo penal concreto, da maior ou menor necessidade e adequação dos elementos pretendidos pela autoridade judiciária para os fins intraprocessuais que os mesmos visam satisfazer e, ainda, independentemente da natureza destes mesmos fins. – Isto é, sejam eles a descoberta da verdade sobre a realidade e autoria do crime, a decisão de uma qualquer questão incidental, a decisão sobre perda de quaisquer bens e valores, a determinação da sanção, nomeadamente não privativa da liberdade, ou a decisão de pedido cível enxertado em processo penal.

No meu ver, esta conformidade, aferida em função do aludido princípio da proporcionalidade, é tanto mais problemática quanto são aqui particularmente relevantes as seguintes circunstâncias

- Em primeiro lugar, a decisão que permite o acesso ao objeto do segredo bancário na fase de Inquérito pode ser agora tomada, em todos os casos, unicamente pelo MP, titular do inquérito e especialmente comprometido no resultado da investigação, apesar de o código de processo penal sujeitar a prática dos atos que representam restrições a direitos, liberdades e garantias, a ordem ou autorização do JI, de forma razoavelmente expedita;

- Em segundo lugar, a lei de processo não prevê forma específica de o arguido participar na decisão de acesso ao segredo nem de reagir autonomamente contra aquela mesma decisão quando tomada pelo MP;

- Por último, contrariamente ao que sucede com o acesso ao segredo bancário por parte da administração fiscal, os elementos incorporados no processo penal tornar-se-ão públicos, em regra, com o risco desproporcionado de exposição pública de

proporcionalidade).- *cfr Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?). in Lusíada, série II nº 3 (2005) – Direito, Universidade ou fins Lusíada.Lisboa.2005 p. 78*

aspectos patrimoniais e estritamente pessoais da vida privada do terceiro ou mesmo de outros intervenientes processuais.

É tempo de concluir e fazemo-lo sem certezas ou repostas acabadas, como advertido no início, mas com a inquietação de quem pensa que a opção do legislador por uma ampla desconsideração do segredo bancário no âmbito do processo penal, pode não ter acautelado direitos constitucionalmente garantidos em toda a sua extensão, acabando por proceder como se o conflito entre os interesses subjacentes à proteção do segredo bancário e os interesses ou fins prosseguidos pelo processo penal, deixasse de existir, subitamente, com a nova lei.

Ocorre-me, ao terminar, uma afirmação de Larenz (ob. cit. p. 494) a propósito da perda de autoridade do legislador atual que, conforme diz, «...só raras vezes se ocupa o tempo necessário e faz o esforço de voltar a examinar cuidadosamente as suas formulações e não raro omite em absoluto uma regulação, quando esta pode e deve esperar-se dele».

Certamente que não foi o caso, mas sempre será avisado atentar na conclusão do mesmo autor (ob. e loc. cit) , para quem «O Estado de direito não pode renunciar, sobretudo nas relações complexas do nosso tempo, nem às leis bem pensadas, nem a uma magistratura que tome a sério a sua vinculação à lei e ao direito».

Lisboa, 4 de março de 2011

António João Latas