

O SEGREDO BANCÁRIO NO PROCESSO PENAL

Felipe Hochsheit Kreutz

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate that the protection of banking secrecy is necessary for the preservation of privacy and, on this basis, analyzes the conditions under which the interest in the investigation of crimes can justify access to sensitive banking information. It analyzes the changes produced in Portugal by Law 36/2010 on the subject of banking secrecy, in particular the possibility of direct access by the public prosecutor to sensitive banking data, and whether the new legal regime is compatible with constitutional and international protection given to privacy.

SUMÁRIO: Introdução. I. Segredo bancário e direito à privacidade. 1. O direito à privacidade como fundamento para a proteção ao segredo bancário. 2. Vida privada e intimidade. 3. O objeto do segredo bancário na perspectiva de diferenciação entre vida privada e intimidade. II. Regime jurídico do segredo bancário. 1. A proteção do segredo bancário em face da investigação criminal. 2. O pacote anticorrupção – uma mudança de paradigma? III. Limites ao poder legislativo. 1. Limitações decorrentes da constituição. 2. Limitações decorrentes do direito internacional. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O segredo bancário, desde longa data, já foi reconhecido por diversos ordenamentos jurídicos como objeto de proteção. Pouco a pouco, a partir de uma origem costumeira, ditada sobretudo pelos interesses das instituições financeiras, que acabaram por incorporar aos seus estatutos regras de preservação da confiabilidade das informações bancárias¹, o segredo bancário ganhou corpo e importância, chegando-se, em tempos mais recentes, a uma mudança de perspectiva: os interesses do banco passaram a ser secundários na proteção

¹ Mencionando a origem costumeira do segredo bancário e a subseqüente incorporação dele nos estatutos dos bancos: Cordeiro, 2008: 255-256.

ao segredo bancário, já que a principal justificativa para sua inviolabilidade passou a residir no resguardo da vida privada dos indivíduos².

Na medida em que a preservação do segredo bancário passa a ser identificada como uma das facetas do direito à privacidade – e não se tem dúvida de que as informações bancárias de um indivíduo podem revelar aspectos patrimoniais relevantes de sua vida privada – ganha ela *status* de direito humano e, com grande frequência, de direito fundamental.

Se, por um lado, tal configuração dá outra dimensão ao segredo bancário – e, neste aspecto, favorece sua proteção –, por outro não se pode olvidar a tendência que se vivencia de compressão dos direitos de liberdade.

Efetivamente, nos tempos atuais, pressionados pela necessidade de combater a criminalidade organizada e transnacional, os ordenamentos jurídicos dos mais diversos lugares passaram a prever e aceitar cada vez mais restrições ao direito à privacidade, o que, naturalmente, produz uma alargamento do rol de exceções ao segredo bancário. O atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, ocorrido nos Estados Unidos, bem como os ocorridos na Europa em março de 2004 (Madri), julho de 2005 (Londres) e os fracassados ataques de 2006 na Alemanha serviram de especial combustível à compressão da privacidade³ e, por decorrência, do segredo bancário.

Sob outro aspecto, que se identifica muito com plano interno dos Estados, a bandeira do combate à corrupção tem sido utilizada para fazer a necessidade de preservação da segurança avançar sobre o direito à privacidade. Na medida em que a vida moderna tornou indispensável o uso do dinheiro eletrônico – por razões de praticidade, necessidade ou segurança –, as informações bancárias passaram a ser um importante aliado no combate ao enriquecimento ilícito de agentes públicos por meio da corrupção. Logo, a proteção ao segredo bancário deveria ser enfraquecida para permitir o efetivo enfrentamento mencionada criminalidade.

2 A propósito, ao escrever sobre o tema, Sousa (2002: 157-161) faz interessante apanhado do segredo bancário ao longo história; apresenta os regimes relativos ao segredo bancário em diversos países (classificando-os em três regimes-tipo: modelo anglo-saxônico, modelo de sistemas reforçados de sigilo profissional e regimes intermédios) e o tratamento do tema na União Européia; registra a evolução do instituto no direito português para concluir que atualmente o segredo bancário funda-se essencialmente na reserva da vida privada.

3 Os mencionados atentados são indicados por Bachmaier Winter (2010: 161-163) como potencializadores de restrições aos direitos fundamentais (em especial ao direito à privacidade) em sede de investigação criminal, na medida em que combinam os seguintes fatores: aumento do clima de *stress* emocional; incremento na atuação preventiva, mormente mediante uso de mecanismos de inteligência, e criação de uma ambiente de “guerra” contra a criminalidade.

Exemplo claro desta lógica, em Portugal, é a Lei n.º 36/2010, incluída no pacote de combate à corrupção que entrou em vigor em 1º março de 2011. Mencionado diploma legal, a par de criar uma base de dados com todas as contas bancárias portuguesas, alterou o art. 79.º, 2, *d*), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92 (RGICSF), pretendendo abolir o segredo bancário no âmbito do processo penal⁴.

Neste quadro de retrocesso do âmbito de proteção infraconstitucional do direito à privacidade, com significativas repercussões no segredo bancário, este trabalho pretende analisar quais as mudanças efetivamente produzidas pela lei antes mencionada, bem como, a partir da análise do direito à privacidade, avaliar os limites que a ordem constitucional e internacional impõem ao poder democrático na restrição ao segredo bancário.

Embora o trabalho esteja situado no ordenamento jurídico português – e, por isso, as principais referências legais e constitucionais têm em vista a situação de Portugal – pretende-se também pesquisar os limites que o Estado de Direito coloca aos poderes constituídos na busca de soluções para o combate à criminalidade em detrimento da preservação do segredo bancário, até mesmo para testar a validade da solução agora adotada e de outras que eventualmente possam ser pensadas para o futuro.

Para combater a criminalidade, é possível a completa abolição do segredo bancário? Ou, por outra parte, o direito à privacidade impõe limites aos poderes constituídos, de modo a impedi-los de adotarem tal solução extrema? Quais seriam, então, esses limites?

Pretendendo responder a essas perguntas, o presente trabalho analisará, sob a ótica acima delineada, o panorama jurídico português, tentando, à luz da doutrina, das decisões do Tribunal Constitucional Português e das posições do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, delinear os contornos de uma possível proteção constitucional e internacional ao segredo bancário.

4 Não se sabe, ainda, qual a interpretação que irá prevalecer acerca deste dispositivo, mas é certo que houve a intenção de abolir o segredo bancário no âmbito do processo penal. A propósito, Latas (2011) explica que o projeto de lei 218/XI, o qual deu origem a Lei n.º 36/2010, inicialmente pretendida afastar eventuais dúvidas levantadas a partir da Lei n.º 94/2009, no sentido de que as autoridades fazendárias teriam mais poderes que o juiz, daí que previa a alteração do art. 79.º, n.º 2, al. *d*) do RGICFS para autorizar que o segredo bancário pudesse ser afastado “pelos juízes de direito, no âmbito de suas atribuições”. Entretanto, durante sua tramitação, a expressão “juízes de direito” foi substituída por “autoridades judiciárias”, o acabou por alargar o alcance do dispositivo.

Ressalte-se, contudo, que a análise a ser feita está limitada à seara criminal, pois interessa-nos sobretudo estudar a tensão entre a necessidade de proteção à segurança pública e a obrigação de respeito à esfera individual de privacidade. Não será objeto de análise a questão da flexibilização do segredo bancário para fins tributários – matéria que gera inúmeros debates – tampouco a proteção ao segredo bancário no âmbito do direito civil.

I. SEGREDO BANCÁRIO E DIREITO À PRIVACIDADE

1. O direito à privacidade como fundamento para a proteção ao segredo bancário

A existência de um Estado de Direito baseado na dignidade da pessoa humana, tal como previsto no art. 1.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), exige, por parte dos poderes constituídos, o respeito às liberdades individuais, bem como à esfera de privacidade de cada pessoa.

A partir das concepções liberais-iluministas, expandiu-se pelo mundo ocidental a ideia de que os indivíduos são livres e, por conta desta liberdade, podem fazer tudo o que quiserem, desde que não interfiram na liberdade alheia. A liberdade individual seria, pois, anterior ao próprio Estado, que somente teria legitimidade para limitá-la na medida em que tal limitação fosse necessária ao convívio social (das diferentes liberdades individuais).

De outra parte, a vida em sociedade acaba por importar, necessariamente, em relacionamento intersubjetivo e, com isso, o necessário compartilhamento com outros de situações próprias de cada indivíduo. Contudo, há determinadas áreas em que a vida pessoal não diz respeito a terceiros e cuja exposição não é necessária ao bom êxito do convívio social, de modo que os indivíduos têm o direito de preservá-la do conhecimento alheio. Esta esfera, na qual está compreendido o direito à privacidade, deve ser respeitada⁵ pelo Estado, que não está legitimado a nela intervir sem necessidade.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana impõe, então, que o Estado não interfira na liberdade e na vida privada dos indivíduos para além daquilo que seja necessário ao convívio social⁶. Todos os indivíduos devem

5 Utiliza-se aqui a expressão respeito, pois o enfoque do presente trabalho é totalmente voltado ao mencionado dever, em sua dimensão negativa. Não se olvida, contudo, que o Estado tem também uma função de proteção (frente a terceiros) e de promoção no que se refere ao direito à privacidade.

6 Evidentemente, o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana não se esgota em tais preceitos.

ter a liberdade de escolher valores (morais, religiosos...) próprios, de pautar sua vida e desenvolver sua personalidade de acordo com eles, desde que seu comportamento não avance para a área de proteção dos demais, assim como têm o direito de manter fora do conhecimento alheio fatos que somente lhes dizem respeito. A privacidade, tal qual a liberdade, é condição necessária para o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Nessa lógica, o art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que ninguém sofrerá “intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência”, bem como que “contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”. A vida privada, condição necessária para o pleno desenvolvimento da personalidade, deve ser respeitada pelo Estado – e até protegida contra intervenções de terceiros –, somente admitindo-se intromissões que não sejam arbitrárias, ou seja, que se justifiquem plenamente como indispensáveis ao convívio social.

Vê-se, pois, o quão importante é, no Estado de Direito, o resguardo de uma esfera individual de cada pessoa. Não é difícil ver que a preservação do segredo bancário está fortemente ligada ao direito à privacidade, servindo como um instrumento necessário à plena realização deste. Não se trata de garantir um direito ao segredo, que exista de per si, mas o direito à privacidade, que somente se torna efetivo se lhe corresponder uma tutela jurídica ao segredo. Afinal, não há privacidade sem segredo⁷. O segredo bancário é, então, um meio indispensável para o resguardo da privacidade e, nessa condição, se trata de um instrumento próprio do Estado de Direito.

Boa parte de nossa vida encontra-se espelhada nas nossas contas bancárias. Nos tempos atuais, em que o “dinheiro de papel” cada vez mais perde espaço para o “dinheiro de plástico”, os bancos dispõem de informações que podem revelar não apenas a riqueza de uma pessoa, mas também detalhes próprios da vida privada dela, como viagens que a pessoa fez, restaurantes que frequentou, locais em que esteve, a escola dos filhos, a academia que pratica esporte.... Com base nos dados bancários é até mesmo possível descobrir se o indivíduo frequenta prostíbulos ou tem relacionamento extraconjugal. A análise sistemática no tempo e o cruzamento de tais informações com outras providas

7 Embora o contrário não seja verdadeiro, pois o segredo pode desempenhar outras funções não relacionadas à privacidade, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de segredo de Estado. Nesse sentido e demonstrando o caráter instrumental do segredo e as diferentes funções que ele pode desempenhar: Ferraz Jr., 2005: 22-24.

de fontes abertas pode ser ainda mais reveladora da vida privada, na medida em que permite traçar, com grande margem de credibilidade, um perfil do modo de vida da pessoa⁸.

Portanto, não há qualquer dúvida de que o direito à privacidade somente será verdadeiramente assegurado se for garantida a proteção jurídica contra intromissões arbitrárias no segredo bancário, quer se trate de intromissões feitas por particulares, quer sejam elas promovidas – e este o nosso interesse – pelo próprio Estado.

Aquela perspectiva inicial de proteção ao segredo bancário, que colocava a preservação do segredo como um direito do banco, necessário ao pleno desenvolvimento das atividades deste, já se encontra superada. O interesse na captação de recursos, justificativa inicial do segredo bancário e motivador do regime fortalecido de proteção adotado em Portugal no período imediatamente posterior à revolta dos cravos, não é fator relevante para fundamentar tal direito, já que sua importância é, no máximo, secundária⁹.

Claro que a dimensão objetiva do direito à privacidade, na medida em que serve de parâmetro valorativo do ordenamento jurídico e, assim, fator de conformação das normas infraconstitucionais, por via reflexa, acabará por coincidir com eventual interesse do banco de fortalecimento do segredo bancário como forma de favorecer a captação da clientela.

Aliás, o interesse do banco deve ser bem compreendido, pois liga-se apenas à captação da clientela. Assim, somente há interesse do banco na preservação do segredo porque, em verdade, há interesse por parte dos clientes de que suas informações privadas não sejam reveladas. Ou seja, o banco acaba por ser favorável à preservação do segredo de seus clientes apenas porque isto pode contribuir para o êxito econômico de suas atividades. Se aos clientes não interessasse o sigilo, por certo o banco não o invocaria como direito próprio a vedar a divulgação das informações bancárias. Note-se, não há um direito

8 Sobre a importância de proteger-se o sigilo bancário: Mendes, 2010: 203-204; Cordeiro, 2008: 264-266.

9 Não há qualquer óbice a que o segredo bancário cumpra diversas funções, mas não parece legítimo reconhecer que o interesse em captar clientes seja razão bastante para, sem outros apoios (como o direito à privacidade), justificar a proteção jurídica ao sigilo bancário. Seria como aceitar-se que os fins nobres de fortalecimento do sistema financeiro justificassem uma proteção a toda a forma de dinheiro, não interessando de onde ele proviesse (da sonegação fiscal, do tráfico ilícito de entorpecentes, do terrorismo...). Nesta lógica, qualquer exceção ao segredo bancário, ainda que visasse a capitais ilícitos, deveria ser vista *a priori* como ilícita porque afeta o direito do banco, e não porque atinge o direito à privacidade. Disso resultaria uma distorção no controle judicial das exceções ao sigilo bancário, já que estaria ele baseado em parâmetros de ponderação inadequados.

à captação da clientela, mas um direito individual do cliente à privacidade, que o banco defende porque a defesa coincide com seu interesse comercial. Naquilo que não coincide – *vide*, por exemplo, as trocas de informações interbancárias para a proteção ao crédito – o banco não tem maior interesse na preservação do segredo e é natural que tal ocorra.

Enfim, frente ao que foi exposto, não se tem dúvida de que, ainda que possa cumprir outros objetivos e justificar-se também por outras razões¹⁰, a tutela jurídica do segredo bancário é uma decorrência lógica, num Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa, do necessário reconhecimento do direito à privacidade. Daí porque, nesse tipo de Estado, assim como não se pode suprimir o direito à privacidade, não há como deixar de ser tutelado o segredo bancário. Compreende-se, então, porque as questões que motivam as mais acaloradas discussões nessa seara não versam sobre a existência do segredo em si, mas sobre a forma como ele pode – ou deve – ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Como o segredo bancário é instrumento de proteção do direito à privacidade, a análise deste é fundamental para nortear qualquer discussão sobre o assunto.

2. Vida privada e intimidade

Assentado o pressuposto de que o segredo bancário é um instrumento necessário para a garantia do direito à privacidade, mostra-se necessário avançar na análise deste, procurando identificar as diferentes dimensões que integram seu conteúdo. Nesse sentido, logo surgem os conceitos de vida privada e de intimidade como integrantes daquilo que compreende o direito à privacidade, embora com diferentes sentidos e campos de abrangência.

Conforme explica Ferraz Jr., “a intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum)”¹¹. Na esfera da intimidade incluem-se, por exemplo, “o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal,

10 Conforme Cordeiro (2008: 257-258), a proteção ao segredo bancário também decorre do dever de repetir os contratos (o segredo normalmente está previsto nos contratos e, quando não está, salvo expressa e válida previsão em contrário, é uma obrigação decorrente da boa-fé objetiva), o qual impede o Estado de neles intervir arbitrariamente.

11 Ferraz Jr., 2005: 20.

o segredo íntimo cuja mínima publicidade constringe”¹². Por outro lado, “a vida privada envolve proteção de formas exclusivas de convivência”¹³, dizendo respeito a situações “em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros”¹⁴.

A partir de tal distinção, o mencionado autor explica que, como a intimidade corresponde ao grau máximo da exclusividade, vez que contém “aqueles dados que a pessoa guarda para si e que dão consistência à sua personalidade - dados de foro íntimo, expressões de auto-estima, avaliações personalíssimas com respeito aos outros, pudores, enfim dados que, quando constantes em processos comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e alta confiança, e que, se devassados, desnudariam a personalidade, quebrariam a consistência psíquica, destruindo a integridade moral do sujeito”¹⁵, não podem terceiros (inclusive o Estado) exigir tais informações, “salvo nos casos especiais em que a intimidade de alguém venha a interferir na intimidade de outrem”¹⁶. A mesma conclusão, entretanto, não se aplica à esfera da vida privada, na qual encontram-se aqueles dados “referentes as opções de convivência, como a escolha de amigos, a frequência a lugares, os relacionamentos civis e comerciais, ou seja, dados que, embora digam respeito aos outros, não afetam, em princípio, direitos de terceiros (exclusividade de convivência)”¹⁷ e que somente são protegidos pelo segredo quando “associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem”¹⁸.

Essa diferença de grau de exclusividade entre a intimidade e a vida privada condiciona a interferência que o Estado, em nome de outros interesses – como, por exemplo, o de uma eficiente Justiça Criminal – está legitimado a fazer no campo da privacidade. Nas duas hipóteses, o sigilo aparece como instrumento necessário à preservação da privacidade. Contudo, enquanto os

12 *Idem*: 21

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

15 Ferraz Jr., 2005: 28

16 *Ibidem*.

17 *Ibidem*.

18 Ferraz Jr., 2005: 29

dados que compõem a vida privada de uma pessoa podem ser acessados pelo Estado quando tal justificar-se frente a necessidade de proteção de outros valores ou interesses de maior peso, os dados que integram a intimidade não podem ser exigidos pelo Poder Público, salvo, talvez, em circunstâncias muito excepcionais¹⁹.

Existe, pois, uma clara diferença conceitual entre intimidade e vida privada. Enquanto a intimidade diz respeito àqueles dados interiores da vida pessoal, que o indivíduo não compartilha com os demais ou, no máximo, compartilha com pessoas muito próximas, com as quais ele possui especial relação de confiança e cuja divulgação pode trazer constrangimentos, a vida privada abrange um aspecto mais amplo da vida pessoal, ou seja, aquelas informações relativas à vida de convivência, as quais, não sendo públicas, acabam sendo conhecidas, sem maiores prejuízos à personalidade, no círculo de relacionamentos do indivíduo.

Esta diferenciação entre a intimidade e a vida privada também está presente na Teoria dos Três Graus. Conforme explica Andrade, mencionada teoria parte da ideia de que a esfera da intimidade é a “*área nuclear, inviolável e intangível da vida privada*”, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares e, por isso, subtraída a todo o juízo de ponderação de bens ou interesses²⁰. Disso decorre que a intimidade estaria imune a agressões patrocinadas por uma maioria democrática, devendo ser sempre respeitada pelos poderes constituídos, os quais não poderiam invadi-la nem mesmo sob o argumento da proteção de outros interesses tão ou mais importantes. A ligação estreita que possui com o princípio da dignidade da pessoa humana torna a intimidade, como condição essencial ao desenvolvimento da personalidade, o “núcleo duro”, ou, para utilizar a expressão consagrada na constituição portuguesa, o “conteúdo essencial” da privacidade.

19 Ferraz Jr. (2005: 21) aponta ainda, como integrantes da privacidade, embora com uma conotação diversa, que envolveria necessariamente um “sentido comunicacional”, a honra e a imagem das pessoas. Na verdade, a classificação feita pelo autor tem em vista as diferentes categorias enumeradas no art. 5.º, inc. X, da Constituição Federal do Brasil (CF). A CF incluiu estes diferentes conceitos num mesmo dispositivo legal, deixando para o legislador e para o juiz, com apoio na doutrina, a tarefa de preencher o conteúdo dos mesmos de forma compatível com o texto constitucional. Daí porque, não obstante apresentada tendo em vista a CF, a distinção do autor entre intimidade e privacidade também pode ser aplicada em outros ordenamentos jurídicos. Aliás, segundo parece-nos e será adiante demonstrado, há grande semelhança entre ela e a Teoria das Três Esferas.

20 Andrade, 1991: 94.

Já a proteção à vida privada não teria a mesma intensidade jurídica. Não que a Teoria dos Três Graus excluísse do âmbito de proteção jurídica a área normal da vida privada, cujo resguardo também é importante para o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. Contudo, diferentemente do que ocorre com a intimidade, a preservação da vida privada deveria ficar submetida uma lógica de ponderação, pois se trata de “um bem jurídico que não pode perspectivar-se absolutamente isolado dos compromissos e vinculações comunitárias”²¹.

O Tribunal Constitucional (TC), na ocasião em que analisou a admissibilidade de valoração como prova dos diários pessoais do arguido, se bem que não se comprometendo com o acolhimento da Teoria das Três Esferas²², aceitou haver diferenças na intensidade e na extensão da intromissão que o Estado estaria autorizado a fazer, para fins de persecução criminal, na privacidade dos indivíduos. Na decisão, acabou por seguir a diferenciação feita na jurisprudência do BVerfG, entendendo que naqueles casos em que o conteúdo do diário fosse a expressão da intimidade da pessoa, ou seja, de seus pensamentos e reflexões, não poderia ser valorado como prova. “Todavia, fora desses casos, quando as descrições constantes dos diários toquem a esfera dos outros ou da comunidade, não refletindo exclusivamente impressões internas, sentimentos e emoções, e contenham já indicações sobre os actos imputados ao arguido [cf. Bundesverfassungsgerichts (BverfGE), decisão 14.09.89, in NJW, 1990, p. 565], há de admitir-se uma ponderação que, em concreto, pode conduzir a que, nestas circunstâncias, se deva admitir a valoração processual probatória das descrições em causa”²³.

Ora, a posição do TC²⁴, ao menos no que pertine a uma graduação no âmbito da privacidade e a identificação de um núcleo essencial ligado à dig-

21 Andrade, 1991: 95. Segundo esta concepção, haveria ainda uma esfera, abrangendo a “extensa e periférica área da vida normal de relação em que, apesar de subtraída ao domínio da publicidade, sobrepõe de todo o modo a funcionalidade sistémico-comunitária da própria interacção” (*idem*, p. 96).

22 O TC, embora mencione a Teoria das Três Esferas, não chegou a comprometer-se com sua aceitação, tendo assentado conclusão de que havia áreas nas quais o Estado não poderia ingressar, nem mesmo quando estiverem interesses mais relevantes, no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, “enquanto último reduto ético da sua imanente personalidade, afirma um limite a qualquer ponderação...” (Acórdão n.º 607/2003, de 05.12.2003, 2.ª Secção do Tribunal Constitucional, processo n.º 594/03, Rel. Cons. Benjamim Rodrigues, p. 38).

23 *Ibidem*.

24 Palma explica que a jurisprudência do TC por vezes inclui o segredo bancário na reserva da vida privada, por vezes relativiza tal inclusão, fazendo, com base na doutrina, distinções “entre várias esferas

nidade da pessoa humana, coaduna-se com os preceitos da Teoria das Três esferas e com a posição sustentada por Ferraz Jr., acima explicitadas, vez que estas três vertentes apontam uma distinção fundamental no que concerne a privacidade, para conferir uma proteção mais extensa quanto aos fatos que estiverem ligados a aspectos interiores da vida humana (em relação aos quais o segredo seria absoluto ou quase), diversamente do que ocorreria com aqueles decorrentes da vida de relação (em que o segredo poderia ser afastado por critérios de ponderação).

Em Portugal, o art. 26.º, n.º 1, da CRP reconhece, dentre os direitos pessoais fundamentais do indivíduo, o da reserva da intimidade da vida privada e familiar. Como não se supõe que a constituição contenha palavras inúteis, conclui-se que a reserva a que alude mencionado dispositivo não é a da vida privada e familiar em geral, mas apenas aquela que toca com a intimidade. Aliás, diferentemente do que ocorreu com outros direitos pessoais protegidos no mesmo artigo, como a cidadania e a capacidade civil, o constituinte não estabeleceu hipóteses expressas de restrição ao mencionado direito²⁵.

A mesma constituição, ao tratar das garantias do processo criminal, considera nulas todas as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada (art. 32.º, n.º 8, da CRP). Aqui não é feita alusão à intimidade, de modo que qualquer intromissão abusiva na vida privada, diga respeito ou não à intimidade, é inconstitucional, gerando como consequência a nulidade da prova. Aliás, contrário senso, mencionado dispositivo dá a ideia de que, não sendo abusiva, é possível uma intromissão na vida privada para fins de perseguição criminal.

Percebe-se, pois, a existência de uma distinção dogmática e constitucional entre intimidade e privacidade²⁶, a qual não tem mero valor acadêmico, pois reflete-se no nível de proteção jurídica conferido a uma e outra categoria. Tudo aquilo que for incluído na esfera da intimidade, não está sujeito à restrição ou ponderação, salvo, talvez, em circunstâncias muito

na vida privada, desde uma esfera íntima e personalíssima a outra relacional ou social ou até mesmo ao reconhecimento de uma 'reseva de uma parte do acervo patrimonial' [...]” (Palma, 2010: 197-198).

25 Sabe-se que a ausência de previsão constitucional não impede restrições aos direitos fundamentais por conta de critérios de ponderação (sobre o assunto, consulte-se: Novais, 2010). Contudo, a ausência de autorização expressa para restrição poderia ser encarada como uma pista do alcance do dispositivo constitucional.

26 No Brasil, a CF, no art. 5.º, inc. X, estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”, deixando transparecer que, embora ambas sejam protegidas, há uma diferença de conteúdo entre intimidade e vida privada (do contrário, seria redundante citar ambas).

excepcionais. Já a parte do conteúdo da privacidade que diz respeito à vida privada pode sofrer restrições, desde que justificadas por outros bens de importância superior.

Em decorrência, eventuais interferências do Estado na esfera da intimidade não podem ser tratadas da mesma forma que as na esfera da privacidade, pois atingem valores diferentes, sendo que apenas no primeiro caso afetam aquela área intangível da dignidade da pessoa humana²⁷.

3. O objeto do segredo bancário na perspectiva de diferenciação entre vida privada e intimidade

Feita a distinção entre vida privada e intimidade, mostra-se necessário analisar o objeto do segredo bancário e verificar em que compartimento do direito à privacidade ele se enquadra, na medida em que, como antes assinalado, as conclusões obtidas poderão interferir no alcance e na intensidade da sua proteção jurídica.

O Decreto-Lei n.º 298/92, que estabelece o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, é o diploma legal atualmente em vigor em Portugal que concretiza a tutela de proteção ao segredo bancário. No art. 78.º, mencionado diploma legal define o dever de segredo e estabelece o objeto do mesmo: o nome dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações bancárias.

O objeto sobre o qual recai o dever de segredo foi definido pelo legislador de forma descritiva e exemplificativa, sendo que, neste aspecto, o diploma atualmente em vigor preferiu recuar na enumeração em relação ao Decreto-Lei n.º 2/78²⁸. De qualquer modo, pelo texto legal compreende-se facilmente que ele abrange todas as relações comerciais mantidas pelo cliente com o banco, ou seja, depósitos, saques, aplicações financeiras, gastos com cartões de crédito, operações de crédito, compra de moeda estrangeira..... e, mais ainda, a própria existência de uma relação com a instituição financeira.

27 Nesse sentido, Palma explica que “a vida patrimonial não integra a mesma esfera de valores da vida íntima”, de modo que “a invasão da vida privada patrimonial não pode ter exactamente o mesmo desvalor da invasão da vida íntima, porque não estará em causa a esfera absolutamente intocável da dignidade da pessoa humana, mas apenas aspectos da relação com os outros relevantes para o desenvolvimento de actividade patrimonial e negocial” (Palma, 2010: 195).

28 Nesse sentido, Catarino, 1998: 68.

Tomando-se por base a diferença entre intimidade e privacidade antes formulada, é possível concluir que nenhum dos dados cobertos pelo segredo bancário diz respeito à esfera da intimidade.

Não se tem dúvidas de que os locais em que o cliente do banco esteve, os restaurantes que frequentou, as lojas em que fez compras, a escola que o filho estuda, dentre outras informações similares que poderiam ser reveladas pelos dados bancários dizem respeito à vida privada do indivíduo. Porém, estão elas longe de compor aquilo que se define por intimidade. Aliás, todas estas informações, que a doutrina muitas vezes utiliza para enquadrar a proteção ao segredo bancário como inerente à intimidade da vida privada, reportam relações que não precisam ser realizadas de forma encoberta para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, tanto que, de fato, na vida social, são realizadas abertamente. Diferentemente do que ocorre com os dados íntimos – que, via de regra, somente são conhecidos pelo indivíduo ou, no máximo, por pessoas de sua confiança extrema – os dados da vida privada são de conhecimento dos vizinhos, amigos e até, por vezes, de desconhecidos, sem que isso cause qualquer embaraço ou constrangimento ao pleno desenvolvimento da personalidade humana. As informações mais sensíveis, mais restritas e, por isso, mais próximas da intimidade, embora longe de identificarem-se com esta, são justamente as de caráter patrimonial, ou seja, o quanto cada um recebe, gasta e tem economizado. Mas estas, de forma até contraditória, acabam por não serem as mais importantes para a doutrina caracterizar o segredo bancário como parte integrante da intimidade da vida privada.

Assiste inteira razão a Saldanha Sanches quando diz que os dados cobertos pelo segredo bancário não fazem parte “daquele 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’ (n.º 1 e n.º 2 do art. 26.º da CRP)”²⁹, de modo que, embora referidas informações componham a esfera da privacidade – e, por isso, devem ser protegidas –, não devem gozar da mesma proteção conferida à intimidade.

Nessa mesma linha, Palma explica que a importância constitucional do segredo bancário está ligada a uma esfera patrimonial da pessoa, a qual, ainda

29 Sanches, 2005: 35.

que por vezes adquira uma conotação pessoal³⁰, não “não integra a mesma esfera de valores da vida íntima”³¹.

A jurisprudência do TC, aparentemente, não teria seguido este caminho, na medida em que considerou que “a situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações activas e passivas nela registradas, faz parte do âmbito de protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no art. 26.º, n.º 1, da Constituição”³². Nesse mesmo sentido, a doutrina portuguesa majoritária vem entendendo que o segredo bancário está incluído no direito à reserva da intimidade da vida privada, previsto no art. 26.º, n.º 1, da CRP³³.

Apesar disso, flagra-se na jurisprudência do TC e na doutrina uma contradição que acaba por reconduzir os dados bancários ao seu setor próprio, qual seja, o da privacidade. Efetivamente, a Corte Constitucional faz uma diferenciação entre a quebra de segredo bancário e outras medidas investigatórias mais intrusivas da privacidade, como é o caso das escutas telefônicas ou da apreensão de diários íntimos³⁴, reconhecendo que a protecção constitucional não se opera da mesma forma nestes casos, sendo menos intensa no que pertine ao segredo bancário.

Do ponto de vista da doutrina, aqueles que sustentam a inclusão dos dados bancários na esfera da intimidade da vida privada, muitas vezes acabam por aceitar as derrogações feitas pelo legislador – tal qual o Tribunal Constitucional –, exceto, talvez, em matéria tributária. Fossem verdadeiramente integrantes da esfera da intimidade (tal como acima definida), somente em

30 Essa conotação patrimonial pessoal, para a autora, não se identifica com a intimidade, mas diz respeito à “preservação do que na vida patrimonial, tal como no direito de propriedade, reflecte a organização pessoal de nossa esfera de liberdade” (Palma, 2010: 189)

31 Palma, 2010: 195. A propósito, *vide* nota de rodapé n.º 27.

32 Acórdão n.º 278/95, de 31.05.1995, 2.ª Secção do Tribunal Constitucional, processo n.º 510/91, Rel. Cons. Alves Correia. No processo que gerou mencionado acórdão, debatia-se a situação de um arguido que havia sido processado com base em informações bancárias obtidas pela Inspeção-Geral de Finanças com base no Decreto-Lei n.º 513-Z/79. Segundo sustentou a defesa e foi acolhido pelo Tribunal, o mencionado Decreto-Lei era organicamente inconstitucional, vez que, ao tratar do segredo bancário, versou sobre direitos fundamentais, matéria reservada à competência da Assembleia da República. No caso, tal conclusão por parte do TC foi obtida com a inclusão do segredo bancário na protecção constitucional conferida à intimidade da vida privada.

33 *Vide*, dentre outros: Mendes, 2010: 203; Cordeiro, 2008: 279; Sousa, 2002: 216-217.

34 *Vide* acórdão n.º 607/2003, de 05.12.2003, 2.ª Secção do Tribunal Constitucional, processo n.º 594/03, Rel. Cons. Benjamim Rodrigues e acórdão n.º 42/2007, de 23.01.2007, 2.ª Secção do Tribunal Constitucional, processo n.º 950/06, Rel. Cons. Fernanda Palma.

situações excepcionalíssimas é que se aceitaria o acesso a tais dados, sempre com o crivo judicial, e não nas amplas hipóteses legalmente previstas. Mais ainda, não se percebe em muitos destes autores uma diferença de tratamento quanto aos diferentes itens que compõem o objeto do segredo bancário³⁵, pois neste certamente há informações que apenas espelham a situação patrimonial do cliente da instituição, como é o caso dos saldos da contas de depósito, dos valores aplicados em operações financeiras... ou nem isso, se pensarmos que o nome dos clientes também é coberto pelo segredo bancário.

Em verdade, percebe-se que o TC e significativa parcela da doutrina portuguesa enquadram os dados bancários no art. 26.º, n.º 1, da CRP, inserindo-o na proteção à esfera da intimidade da vida privada, mas, no fundo, não os tratam como tal. Com isso, o dispositivo constitucional acaba sendo lido como se versasse sobre a vida privada ou direito à privacidade, e não sobre a intimidade, como nele está expressamente escrito.

No Brasil, Tavares inclui o segredo bancário naquela parte da privacidade que, segundo classificação acima exposta, diz respeito à intimidade³⁶. Contudo, admite seu afastamento por ordem do Poder Judiciário e por decisão do Poder Legislativo ou de Comissão Parlamentar de Inquérito³⁷, nos termos da Lei n.º 4595/64. Logo, vê-se que admite a derrogação do sigilo mediante amplos juízos de ponderação (ainda que feitos por membros do legislativo ou pelo juiz).

35 Sousa, embora integre o segredo bancário no direito à reserva da intimidade da vida privada, faz essa diferença a partir do que seria o conteúdo essencial do mencionado direito. Para o autor, apenas comporia o conteúdo essencial do direito “as *sequências* de movimentos, e respectiva documentação, das contas das pessoas singulares e os documentos de outras operações bancárias, cambiais e financeiros, protagonizados pelas mesmas pessoas que contenham ou reflectam fatos pessoais significativamente relevantes de tal intimidade. Nestas hipóteses só a colisão de direitos e as causas de justificação da ilicitude poderão permitir a quebra do segredo bancário, mediante ponderação e decisão judicial [...] Mas, quanto ao conteúdo *não essencial* [...] (*maxime* a identificação e o saldo de uma conta bancária e a apreciação da licitude de um determinado movimento dessa conta), as restrições têm que preencher os pressupostos do art. 18.º, n.ºs 2 e 3, Const.” (Sousa, 2002: 218-219).

36 Tavares baseia-se nos conceitos trazidos ao Brasil por Paulo José da Costa Jr., o qual, baseado nas lições de Henkel, sustenta a existência de três círculos (um inserido dentro do outro) no que tange a proteção da privacidade. Para o autor, o primeiro círculo, mais amplo, seria o da vida privada *stricto sensu* (*privatsphäre*), englobando aqueles fatos não públicos. O segundo, seria o da intimidade (*vertraulichkeitssphäre*), no qual estão inseridas aquelas informações compartilhadas com pessoas mais próximas. E o terceiro, o do segredo, abrange aqueles dados somente compartilhado com muito poucas pessoas. Com base nesta distinção feita por Costa Jr., Tavares inclui o segredo bancário no círculo mais restrito, o do segredo (Tavares, 1993: 106-107). Registre que, na conceituação de Costa Jr., o que chamamos de intimidade é denominado segredo e o que chamamos de vida privada, de intimidade.

37 Registre-se que, no Brasil, a Constituição Federal confere às Comissões Parlamentares de Inquérito “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” (art. 58, parágrafo 3.º).

Não que exista maiores problemas nestas abordagens. Poder-se-ia chamar de intimidade o que denominamos de vida privada³⁸, embora seja sempre melhor para a discussão científica a uniformidade de conceitos. O que não se pode aceitar é, pela simples alteração de nomenclatura, conferir à “vida privada” a proteção que somente a “intimidade” possui. A alteração no nome dos conceitos, por óbvio, não importa na alteração do conteúdo destes.

II. REGIME JURÍDICO DO SEGREDO BANCÁRIO

1. A proteção do segredo bancário em face da investigação criminal

A regra geral protetiva do segredo bancário, como já mencionado, está estabelecida no art. 78.º do RGICSF, em face dos qual “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 não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”.

O segredo bancário não é absoluto. Todos os autores admitem isto, até mesmo aqueles que o inserem na intimidade da vida privada. O próprio Tribunal Constitucional aceita as exceções que o legislador estabeleceu ao segredo bancário no art. 79.º do RGICSF, em face de uma lógica de ponderação de interesses. No acórdão n.º 278/95, antes citado, o TC declarou expressamente que “o segredo bancário não é um direito absoluto, antes pode sofrer restrições impostas pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, desde que as restrições observem os requisitos impostos pelo art. 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP.

No direito português, as exceções estão contempladas no art. 79.º, n.º 2, do RGICSF, que, dentre outras hipóteses, autorizava a derrogação do segredo “nos termos previstos na lei penal e de processo penal”³⁹, remetendo, desta forma, para mencionadas legislações a regulamentação das situações específicas em que estaria autorizada a derrogação do segredo, bem como os procedimentos a serem adotados para tal finalidade. Ou seja, o RGICSF autorizava a

38 Tal como faz Costa Jr., conforme apontado na nota de rodapé n.º 36.

39 Essa era a redação da alínea d) do n.º 2 do art. 79.º do RGICSF antes da alteração produzida pela Lei n.º 36/2010, que integrava o pacote anticorrupção.

derrogação do segredo bancário quando houvesse um interesse de realização da Justiça Criminal, mas deixava os detalhes da regulamentação para as leis que tratavam do fenômeno da criminalidade.

A regulamentação geral da derrogação do segredo bancário para fins criminais estava disciplinada no Código de Processo Penal (CPP), juntamente com as situações de afastamento do segredo profissional. De acordo com a sistemática estabelecida nos arts. 135.º e 182.º do CPP, a quebra do segredo bancário deveria ser deliberada sempre pela instância superior àquela em que o incidente foi suscitado (ou seja, pela instância superior ao juízo competente para apreciar o processo criminal), ou pelo pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, se neste houver sido suscitado o incidente. A decisão – e é esta a peculiaridade que merece destaque – deveria ser tomada tendo em vista um juízo de ponderação, ficando autorizada a quebra do segredo profissional “sempre que esta se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse determinante, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento (*dados bancários*) para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos”⁴⁰.

Da redação do art. 135.º do CPP depreende-se que, do ponto de vista material, o legislador não impôs qualquer barreira limitadora ao Poder Judiciário no levantamento do segredo bancário, uma vez que o juízo de ponderação exigido pelo dispositivo em análise decorre da própria constituição. Com efeito, um exame dos critérios de ponderação explicitados no dispositivo legal deixa evidente tal conclusão. A imprescindibilidade dos dados bancários para a descoberta da verdade – primeiro critério – é uma exigência imposta pela própria lógica de restrição dos direitos fundamentais, vez que esta somente é possível quando não houver outro modo de salvaguardar o outro interesse (de peso superior). A gravidade do crime – segundo critério – é uma clausula demasiadamente aberta para limitar o julgador, pois, aqui, não se preocupou o legislador em estabelecer um catálogo de infrações penais em que era cabível a medida, tampouco definiu as penas mínimas que deveriam ser cominadas ao crime para que houvesse possibilidade de quebra do segredo. A solução é aberta e deixa ao juiz uma grande margem de apreciação para decidir quais são os crimes que possuem a gravidade exigida para autorizar a medida. Por fim, ao aludir a necessidade de proteção de bens jurídicos – terceiro critério –, o legislador apenas enuncia outro requisito inerente a lógica da ponderação,

40 Art. 135.º, n.º 3, CPP.

qual seja, o fato de que o sacrifício do direito à privacidade, protegido pelo segredo, somente será possível no interesse de proteção de outros bens tutelados pelo ordenamento jurídico.

Na verdade, as grandes limitações impostas pela sistemática estabelecida no código de processo penal português são de ordem procedimental, na medida em que, para o levantamento dos segredos profissionais, de um lado, está prevista a consulta ao órgão de classe representativo da profissão relacionada com o segredo em causa – formando uma espécie de contraditório em que a entidade de classe pode apresentar as razões pelas quais a manutenção do segredo no caso é necessária para o exercício da profissão – e, de outro, que o julgamento será feito pela instância superior àquela competente para o processo, o que, ao afastar a decisão do juízo local, poderá teoricamente conferir maior objetividade ao julgamento.

A par desta regra geral de derrogação do segredo bancário, existem outras legislações especiais, nas quais o legislador facilitou o acesso aos dados protegidos pelo segredo bancário. São os chamados regimes especiais de derrogação do segredo bancário, previstos em legislação esparsa, que, segundo levantamento feito por Mendes (2010: 209), incluem os seguintes dispositivos: art. 13.º-A do Decreto-Lei n.º 459/91 (regime jurídico do cheque sem provisão de fundos); art. 60.º do Decreto-Lei n.º 15/93 (referente ao combate à droga); art. 63.º-B, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 398/98 (Lei Geral Tributária); art. 385.º, n.º 1, al. *a*), do Decreto-Lei n.º 486/99 (Código de Valores Mobiliários), art. 2.º da Lei n.º 5/2002 (combate à criminalidade organizada) e art. 18.º da Lei n.º 25/2008 (combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo).

Estes regimes especiais têm em comum o fato de permitirem o afastamento do segredo bancário sem a necessidade de formação do incidente processual, nem de decisão judicial, *desjurisdicionalizando* e *desjudicializando*⁴¹ a quebra do segredo bancário. Enfim, os regimes especiais afastam as garantias procedimentais previstas na regra geral, as quais, aliás, foram as únicas verdadeiramente impostas pelo legislador, vez que as garantias materiais podem ser retiradas da própria constituição.

41 Os termos foram construídos a partir dos empregados por Mendes (2010: 209), que menciona a *desjurisdicionalização* (para referir a dispensa do incidente) e *desjudicialização* (para referir a dispensa do juiz de instrução) da quebra do sigilo em tais hipóteses.

Com o advento do pacote anticorrupção, parece ter havido uma profunda alteração no que pertence a proteção do segredo bancário no âmbito do combate à criminalidade. Com a anunciada intenção de facilitar a investigação criminal, o legislador alterou o art. 79.º, n.º 2, al. *d*), do Decreto-Lei n.º 298/92, passando a autorizar que os elementos cobertos pelo dever de segredo bancário sejam revelados “as autoridades judiciárias, no âmbito de um processo penal”.

2. O pacote anticorrupção – uma mudança de paradigma?

Cabe, então, uma pergunta: a pequena mudança na redação do art. 79, n.º 2, al. *d*), do RGICSF, levada a efeito pela Lei n.º 36/10, que entrou em vigor no dia 1.º de março de 2011, provocou uma mudança profunda no sistema de proteção ao segredo bancário, ao menos no âmbito da persecução criminal?

Como já mencionado, o segredo bancário, no direito português, está tutelado pelo RGICSF. No art. 78.º, está previsto o dever de segredo, enquadrado como dever profissional, e no art. 79.º, n.º 2 estão elencadas as hipóteses em que pode ser autorizado seu afastamento. No que pertence ao combate à criminalidade, a derrogação está prevista na al. *d*), que autorizava a revelação do segredo bancário “nos termos previstos na lei penal e de processo penal”.

A partir da entrada em vigor da Lei n.º 36/2010, mencionado dispositivo legal teve sua redação alterada, passando a constar que o segredo bancário podia ser revelado “às autoridades judiciárias, no âmbito de um processo penal”.

Embora a recenticidade da alteração ainda não tenha permitido uma maior discussão doutrinária e jurisprudencial da Lei n.º 36/2010, é possível vislumbrar que as interpretações sobre a alteração legal estão a direcionar-se para dois caminhos: 1) não houve qualquer alteração quanto a quebra do segredo bancário para fins criminais; 2) estamos diante de um novo sistema, não havendo mais segredo bancário no âmbito do processo penal⁴².

A primeira interpretação apoia-se na ideia de que, em verdade, a lei veio apenas sistematizar as derrogações ao segredo bancário, tornando a redação da al. *d*) semelhante a das demais. Com efeito, tal como estava redigida, a al. *d*) destoava esteticamente das outras alíneas, de modo que a alteração teria a

42 As posições são apresentadas com base na exposição feita pelo Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes na disciplina de direito processual penal do mestrado científico da FDUL, no mês de maio de 2011, bem como nas discussões que a ela se seguiram. As diferentes possibilidades de interpretação do dispositivo também constam em: Mendes, 2011: 15-16.

finalidade de uniformização de linguagem. Como nas alíneas *a)*, *b)*, *c)* e *e)* já estava prevista a derrogação do segredo bancário para alguns entes (Banco de Portugal, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, Fundo de Garantia de Depósitos e ao Sistema de Indemnização aos Investidores e Administração Tributária) “no âmbito de suas atribuições”, nada mais natural adaptar a alínea *d)* substituindo a expressão “nos termos previstos na lei penal e de processo penal” por uma uniforme com as demais. Por isso, as autoridades judiciárias teriam sido incluídas no rol de entes com atribuições para ter acesso aos dados protegidos pelo segredo, “no âmbito de um processo penal” (ou seja, não em qualquer processo, mas apenas nas atribuições criminais).

A corroborar esta interpretação, tem-se o fato de que não houve qualquer alteração expressa no código de processo penal – de modo que a regra geral estabelecida por mencionado diploma para afastamento do segredo continuaria válida –, tampouco revogação expressa das normas com contemplavam os regimes especiais de derrogação do segredo bancário. Em matéria tão sensível como esta, se o legislador fosse criar um novo regime jurídico de derrogação do segredo bancário, seria natural que tudo ficasse bem claro, de modo que a ausência de dispositivo exposto alterando o código de processo penal e revogando as leis especiais seria um sintoma de que tudo continuou como antes.

Por outro lado, a segunda interpretação, no sentido de que o segredo bancário não mais existe no processo penal, apega-se nos próprios termos em que o dispositivo legal ficou agora redigido, de modo a permitir que todas as autoridades judiciárias possam afastar o segredo bancário no âmbito de um processo penal, ou seja, desde que tal se justifique para fins de persecução criminal repressiva.

Tal interpretação, aliás, estaria em consonância com a sistemática das alterações produzidas pelas demais leis incluídas no pacote anticorrupção, que visavam facilitar a persecução criminal. Aliás, num pacote como este, não faria sentido uma alteração legislativa com mero sentido estético, mormente em matéria tão sensível e sobre a qual, apesar da complexidade do sistema de quebra de segredo estabelecido pelo legislador, as interpretações já estavam estabilizadas.

De resto, a não alteração do código de processo penal é perfeitamente compreensível, já que a regra geral, antes mencionada, aplicava-se não apenas ao segredo bancário, mas a todas as hipóteses enquadradas como segredo profissional, razão pela qual, não havendo interesse de alteração da sistemática de derrogação dos demais segredos, o código de processo penal permaneceu

como estava. E, note-se, eventual esquecimento do legislador, neste caso, não teria o condão de alterar a vigência das normas, já que o sistema jurídico português aceita também a revogação tácita.

Por fim, no que tange aos regimes especiais, também se compreende a não revogação expressa, já que, em verdade, a nova sistemática estabelecida pela Lei n.º 36/2010 apenas tratou de expandir para os demais campos a *desjudicialização* e *desjurisdicalização* que já estavam previstas em alguns casos específicos. Qual a razão de revogar expressamente os dispositivos constantes em leis especiais – com o risco de esquecer algum e até de gerar alguma controvérsia – se, na verdade, a opção legislativa foi a de manter em vigor a sistemática por eles prevista, ampliando-a para as demais hipóteses de persecução criminal?

Em verdade, por todos os argumentos acima expostos, a segunda interpretação é, aparentemente, a que melhor revela o sentido da lei. Mas, diferentemente do que possa parecer em uma primeira análise, segundo pensamos não foi abolido por completo o segredo bancário do âmbito do processo penal.

Conforme antes exposto, o RGICSF havia incumbido a legislação processual penal de disciplinar as hipóteses e procedimentos cabíveis para a derrogação do segredo bancário em matéria criminal. Ao assim proceder, o código de processo penal apenas impôs limitações de ordem procedimental, já que aqueles requisitos de carácter material nele explicitados – ou seja, a necessidade de ponderação – decorrem da própria constituição.

Com efeito, como a proteção ao segredo bancário é uma exigência do direito à privacidade⁴³ – ou do direito à intimidade da vida privada, como decidiu o TC – qualquer limitação a tal direito deve obedecer os critérios de ponderação. Logo, aqueles critérios estabelecidos no código de processo penal continuam válidos para nortear, materialmente, as hipóteses em que é admissível a quebra de segredo bancário, pois a restrição ao direito à privacidade somente será cabível quando “se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante”, tendo em conta a imprescindibilidade do acesso à informação bancária “para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos”⁴⁴.

43 O direito à privacidade, embora não esteja expresso na constituição portuguesa, decorre não apenas da noção de dignidade da pessoa humana, como também da cláusula de abertura constante no art. 16.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, que dá força constitucional as normas da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e da CEDH.

44 Expressões utilizadas no art. 135.º, n.º 3, do CPP.

Logo, do ponto de vista material, nada mudou. A mudança efetiva trazida pela lei diz respeito ao procedimento, na medida em que eliminou-se a necessidade de intervenção prévia do Poder Judiciário, bem como de consulta ao órgão de profissional. Estendeu-se, para todo o processo penal, o regime especial antes previsto apenas para alguns crimes.

Tal significa dizer que a fiscalização judicial continua a existir, embora ela seja diferida para um momento posterior, qual seja, aquele da avaliação da admissibilidade da prova. A quebra do segredo determinada pelo Ministério Público ao arrepio do princípio da ponderação é prova cuja produção é proibida, pois se trata de uma interferência indevida na esfera da vida privada, e que não pode ser valorada para fins criminais [art. 126.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (CPP)]⁴⁵.

Mais ainda, continua presente a hipótese de responsabilização do agente do Ministério Público pelo crime de quebra de segredo profissional se utilizar seus poderes de forma abusiva, com intenções que extravasam os interesses legitimadores de sua atuação criminal. Com efeito, apesar das críticas que se possa fazer a tal opção, em Portugal o segredo bancário é considerado segredo profissional, o que, aliás, é expressamente declarado no capítulo III do título VI do RGICSF, disso resultando que sua violação (revelação) configura o tipo penal previsto no art. 195.º do Código Penal (CP) e o agente do Ministério Público que dolosamente concorrer para o fato incide nas penas a ele cominadas⁴⁶.

45 Conforme explica Mendes, dentre as proibições de produção de prova encontram-se os métodos proibidos de obtenção de prova, no qual estão inseridos aqueles procedimento contrários aos direitos de liberdade. Neste aspecto, haveria proibições absolutas, que não seriam afastadas nem com o consentimento do titular, como é o caso das previstas no art. 126.º, n.ºs 1 e 2, do CPP, e proibições relativas, as quais podem ser afastadas em face do consentimento do titular, como ocorre nas hipóteses previstas no n.º 3 do mesmo dispositivo. Ainda, explica o autor que nem todas as proibições de produção de prova ensejam a proibição de valoração da prova (por exemplo, uma revista feita por um homem numa mulher, apesar de proibida, não invalida a prova obtida) e que existem casos em que a proibição de valoração da prova produzidas sem qualquer vício (como ocorre em relação a alguns conhecimentos fortuitos obtidos em interceptação telefónica validamente feita) [Mendes, 2004: 133-154]. No caso, a derrogação do segredo bancário feita sem observância ao juízo de ponderação, por enquadrar-se no art. 126, n.º 3, CPP, trata-se de proibição de produção de prova que tem por consequência também a proibição de valoração. Nesse sentido, também enquadrando a hipótese no art. 126.º, n.º 3, CPP, é a posição de Mendes (2011: 17).

46 Art. 26.º do CP.

III. LIMITES AO PODER LEGISLATIVO

1. Limitações decorrentes da constituição

Os direitos fundamentais – e nisso reside sua importância – impõem barreiras ao Poder Legislativo⁴⁷, de modo a limitar as possibilidades de atuação que a legitimação democrática lhe confere. Sempre que estivermos diante de um direito fundamental, a liberdade de conformação política do legislador se reduz, na medida em que ele não pode, mesmo legitimado por uma maioria democrática, afetar aquela esfera de proteção que emerge da própria constituição.

No que pertine ao objeto do trabalho, já ficou assentado que o segredo bancário encontra seu fundamento de proteção no direito à privacidade. No caso português, segundo a jurisprudência consolidada do TC, no direito à intimidade da vida privada, ou seja, no direito fundamental consagrado no art. 26.º, n.º 1, da CRP. Mostra-se oportuno, então, saber se a forma como o legislador decidiu regulamentar o segredo bancário pela Lei n.º 36/2010 obedeceu às regras consagradas na constituição no que tange às restrições aos direitos fundamentais, ou seja, se, na forma prevista pelo art. 18.º, n.ºs 2 e 3, a restrição operada pelo legislador é constitucional.

Na resposta a este questionamento, é fundamental analisar o texto constitucional e a jurisprudência do TC, vez que, no âmbito nacional, se trata do órgão com poderes últimos em matéria de interpretação das normas constitucionais.

A primeira conclusão que se pode abstrair da jurisprudência constitucional portuguesa é a de que, ainda que o segredo bancário faça parte do direito à reserva da intimidade da vida privada, consagrado no art. 26.º, n.º 1, da CRP, e mesmo não havendo expressa previsão de restrição a mencionado direito, o legislador ordinário pode autorizar, em determinadas situações, o levantamento do segredo bancário. Tanto é assim que exceções ao segredo bancário contempladas no art. 79.º, n.º 2, do RGICSF são aceites como conformes à constituição.

Como a Lei n.º 36/2010 não inovou, do ponto de vista material, na regulamentação do segredo bancário, vez que, segundo interpretação que preconizamos, o levantamento deste continua a ser possível apenas nas mesmas

47 Também, por óbvio, limitam os demais poderes constituídos. Aliás, por força do dever de proteção que criam para o Estado, acabam também por produzir efeitos perante terceiros. A propósito deste último aspecto, confira-se, por todos: Canaris, 2009.

hipótese em que anteriormente era cabível, neste aspecto não há que se cogitar de qualquer incompatibilidade com a constituição.

O problema, na verdade, coloca-se em outros termos. Não se trata de saber se a lei em questão é inconstitucional por ter alargado demasiadamente as hipóteses em que o segredo bancário é permitido – até porque isto sequer ocorreu –, mas de verificar se, ao *desjurisdicionalizar* e *desjudicializar* a quebra do segredo bancário no âmbito do processo penal, o legislador não teria avançado sobre uma área proibida, violando a cláusula constitucional de separação dos poderes.

Conforme escreveu Cordeiro, “a defesa dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais requer, sempre, lei expressa e *via jurisdicional*, como modo de limitar certos direitos, entre os quais o segredo bancário e o que ele representa.” (grifei)⁴⁸. Embora se trate de uma crítica à autorização conferida à administração fazendária para acesso aos dados bancários sem ordem judicial, a afirmação, como feita, também serviria para atacar a possibilidade de acesso ao segredo bancário diretamente pelo Ministério Público.

Sousa, ao defender a inconstitucionalidade material da autorização legal conferida ao fisco para quebra do segredo bancário, sustenta que se trata de uma restrição inconstitucional ao direito à reserva da vida privada, vez que não preenche o requisito da parte final do art. 18.º, n.º 2, da CRP. Segundo explica, o conflito de interesses entre o fisco e o contribuinte deve ser resolvido pelo Poder Judiciário, em face da separação de poderes, conforme art. 202.º, parte final, da CRP.⁴⁹ Também aqui as considerações poderiam ser transpostas para o plano criminal.

Tavares, por sua vez, menciona o princípio do devido processo legal como fundamento para a reserva jurisdicional em tema de segredo bancário. Para o autor, a quebra do segredo bancário, por importar em ataque a direito fundamental, exige o devido processo legal, o qual não se satisfaz com simples ato do Ministério Público, exigindo intervenção judicial⁵⁰.

Em Portugal, a discussão ganha especial relevo no que diz respeito à investigação criminal, pois a CRP, no art. 32.º, n.º 4, dentre as garantias do processo

48 Cordeiro, 2008: 279.

49 Sousa, 2002: 219.

50 Nas palavras do autor, “como violação do sigilo bancário implica, evidentemente, em ameaça ou lesão à própria liberdade individual, sua determinação somente deve ser efetuada, sob as garantias do devido processo legal, por ordem judicial (...). Se é necessário devido processo legal, evidentemente, não basta para tal efeito o simples ato do MP, mas a ordem judicial fundamentada (art. 93, IX, CF)” (Tavares, 1993: 108).

criminal, consagra a regra de que “toda a instrução é de competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática de actos instrutórios que não se prendam diretamente com os direitos fundamentais”. Tal norma não impediria que o legislador autorizasse o Ministério Público a promover diretamente a quebra dos segredo bancário no processo penal?

O assunto já foi levado ao TC a propósito da norma contida no art. 2.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, que autoriza o Ministério Público a, no âmbito do combate à criminalidade organizada, em fase de inquérito, determinar o levantamento do segredo bancário. Naquela ocasião, o TC decidiu (neste ponto por unanimidade), que a norma em questão é constitucional, uma vez, que, o segredo bancário, a par de importante para investigação de crimes económicos, “abrange uma dimensão da vida do investigado diversa daquela que reclama necessariamente do ponto de vista constitucional a intervenção do juiz”⁵¹.

Percebe-se que, na decisão, há uma clara diferenciação entre os diversos âmbitos do direito à privacidade, bem como a constatação de que “o segredo bancário não é abrangido pela tutela constitucional da reserva da intimidade nos mesmos termos de outras áreas da vida pessoal”, uma vez que “o âmbito da privacidade atingido pelo levantamento do segredo bancário não é equiparável (...) ao núcleo da reserva da privacidade que é afetado com uma escuta telefónica ou com uma busca domiciliária”⁵².

Deste modo, ao abordar a possibilidade legal de o Ministério Público obter acesso direto aos dados protegidos pelo segredo bancário, o Tribunal acabou por reconhecer que o segredo bancário, embora integre o conteúdo do direito à privacidade, não diz respeito àquela parte mais reservada da vida privada, a intimidade, comprovando o acerto da posição sustentada por Saldanha Sanches.

Qualquer que seja o enquadramento dogmático que se dê ao assunto, o certo é que o TC decidiu que o legislador pode delegar ao Ministério Público a possibilidade de quebra direta do segredo bancário, ressalvado o controle jurisdicional posterior, vez que os dados privados protegidos pelo mesmo não constituem o núcleo essencial da privacidade, que exigiria uma prévia intervenção judicial.

51 Acórdão n.º 42/2007, de 23.01.2007, 2.ª Secção do Tribunal Constitucional, processo n.º 950/06, Rel. Cons. Fernanda Palma.

52 *Idem*.

Mendes aponta que esta possibilidade ampla conferida pela lei de o Ministério Público acessar diretamente os dados protegidos pelo segredo bancário em qualquer processo penal atinge o sistema de tutela de direitos fundamentais, na medida em que, enquanto titular da ação penal, o Ministério Público está interessado na prova e, por isso, não possuiria imparcialidade suficiente para fazer o juízo de ponderação, não podendo, assim, atender as exigências do art. 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP⁵³.

Parece-nos, entretanto, que a argumentação não procede. Não há uma afronta aos mencionados dispositivos constitucionais na opção feita pelo legislador português, porque, em última análise, a decisão sobre a ponderação e a validade da prova ficará a cargo do juiz, o qual, na condição de garante dos direitos fundamentais, tem o dever de reconhecer a existência da proibição de prova, se for o caso.

Poder-se-ia argumentar que, quando o juiz faz tal análise, o segredo já foi levantado e, assim, o direito fundamental já teria sido atingido. Tal alegação, contudo, não tem importância em sede de processo penal, pois, como este desenvolve-se necessariamente perante o juiz, nada impede que o juízo sobre a admissibilidade da prova seja feito depois de ela já colhida. O argumento poderia ser importante para dizer que haveria uma indevida restrição à privacidade. Contudo, não nos parece indevida tal restrição, até porque o Ministério Público, quando solicita informações relativas ao segredo bancário, não está verdadeiramente “acabando” com o segredo, pois os dados não se tornam públicos. Na verdade, o segredo transfere-se para o Ministério Público, que passa a ser obrigado, nos mesmos termos que o banco, a proteger as informações em relação a terceiros. Ou seja, apenas aumenta o círculo de pessoas que tem acesso a informação protegida. E, note-se, não é mais ofensivo à privacidade do indivíduo que o Ministério Público tenha conhecimento dos dados bancários, quando necessário para suas funções, do que o Fisco, o Banco de Portugal ou outras entidades autorizadas pela lei a obter tais informações.

53 Conforme escreveu o autor: “o MP, enquanto titular da ação penal, não oferece garantias de imparcialidade na formulação do juízo de ponderação de interesses que justificaria *in casu* o pedido de elementos (...) Qualquer sistema de tutela de direitos fundamentais falha se não estiver concebido de maneira a evitar que a entidade que decide seja a mesma que tem interesse direto no resultado da ponderação de interesses (...) a violação da proibição de prova resulta, no meu entendimento, da circunstância de o MP, enquanto titular da ação penal, não oferecer garantias de imparcialidade na realização do juízo de proporcionalidade em sentido lato que justificaria *in casu* o pedido de elementos. Não pode a intromissão na vida privada ser feita à margem das exigências impostas pelo art. 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP, exigências essas que o MP não está em condições de respeitar” (Mendes, 2011: 17 e 20).

Assim, não há óbice a que, nos processos criminais, o legislador autorize o Ministério Público a determinar o levantamento do segredo bancário, pois, como dito pelo TC, tal espécie de segredo está a proteger uma dimensão da vida privada diversa daquela para a qual a constituição exige obrigatória intervenção judicial na coleta da prova em investigações criminais.

Aliás, não é só o Ministério Público que pode acessar os dados protegidos pelo segredo bancário sem prévia intervenção judicial. O art. 79.º, n.º 2, do RGICSF permite que, no âmbito das respectivas atribuições, os dados cobertos pelo dever de segredo sejam revelados ao Banco de Portugal, à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, ao Fundo de Garantia de Depósitos e ao Sistema de Indemnização aos Investidores e à Administração Tributária.

Vê-se, então, que não há nenhum excesso legislativo em se permitir que o Ministério Público, para a investigação de infrações criminais, possa ter acesso aos dados cobertos pelo segredo bancário, os quais são igualmente acessíveis por outros Órgãos para o desempenho de funções de natureza econômica, as quais, por óbvio, em um Estado de Direito, deveriam ter menor poder de restrição ao direito à privacidade.

Se, para o desempenho de suas funções, os entes acima mencionados podem ter acesso direto aos dados protegidos pelo segredo bancário, já que se trata de informação essencial para que cumpram seu mister, não se vê motivo para que o Ministério Público também não possa ter acesso direto a tais dados, quando eles forem imprescindíveis para a investigação criminal.

Poder-se-ia argumentar que a lógica do processo penal é totalmente diversa daquela que, por exemplo, autoriza a fiscalização pelo Banco de Portugal e pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, dado o dever de colaboração em relação a estas instituições. Contudo, do ponto de vista do indivíduo que tem o segredo bancário afastado, a restrição à sua privacidade não se torna menor porque a lei estabeleceu, nestes casos, um dever de colaboração. Logo, como se está a tratar aqui de uma restrição a um direito fundamental do indivíduo, que acontece da mesma forma em ambas as hipóteses, a comparação antes feita continua a ser válida.

Ainda, tais situações servem para demonstrar o equívoco da posição dos que sustentam a necessidade de ordem judicial para a quebra do segredo bancário. Ora, se o afastamento do segredo bancário, por referir-se a um direito fundamental, exige sempre a via jurisdicional, então seriam inconstitucionais todos estes regimes especiais de derrogação. Mas uma interpretação de tal espécie, a par de não possuir amparo no direito positivo, acabaria por ser

derrotada pela própria realidade, já que é impossível a fiscalização de alguns setores se o acesso aos dados bancário for condicionado à via jurisdicional.

De resto, estas situações também demonstram que não há como se retirar da cláusula do devido processo legal ou do art. 202.º, parte final, da CRP⁵⁴, a necessidade de ordem judicial para o afastamento do segredo bancário.

A CRP estabelece regras específicas para a restrição a direitos fundamentais (art. 18.º, n.ºs 2 e 3), condicionando-as à elaboração de lei, mas não ao acesso à via jurisdicional. Aliás, caso a CRP exigisse a via jurisdicional, a margem de atuação do poder político (legislativo) seria bastante reduzida, ficando restrita a questões menos importantes, já que, diante do amplo rol de direitos fundamentais, quase todos os assuntos acabam por dizer respeito a eles. E, note-se, esta realidade não se coaduna com o princípio da democracia, segundo o qual deve existir uma margem de decisão política – inclusive no que tange aos direitos fundamentais – que, segundo o princípio da separação dos poderes, não pode ser preenchida por decisão judicial.

De tais considerações, resulta que a alteração procedimental promovida pela Lei n.º 36/2010, pela qual o Ministério Público ficou autorizado a ter acesso direto aos dados protegidos pelo segredo bancário, é compatível com o sistema constitucional português, não violando a reserva da intimidade da vida privada, tutelada pelo art. 26.º, n.º 1, da CRP.

2. Limitações decorrentes do direito internacional

Resta-nos, ainda, analisar se as alterações produzidas pela Lei n.º 36/2010 seriam compatíveis com a proteção conferida à privacidade pelo direito internacional. Neste campo, dedicaremos nossa atenção ao art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)⁵⁵, o qual, a par de assegurar o direito à privacidade, apenas admite interferências do Estado nesta área quando a medida estiver prevista em lei e for necessária, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, segurança pública, bem-estar econômico do país, defesa da ordem e prevenção de delitos, proteção da saúde e da moral ou proteção de direitos e liberdades de outros indivíduos.

54 O dispositivo está assim redigido: “artigo 202.º (Função jurisdicional) (...) 2. Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e *dirimir os conflitos de interesses públicos e privados*” (grifei).

55 Optamos por concentrar nossa atenção neste dispositivo e não no art. 12.º da DUDH, pois, apesar de serem semelhantes, o art. 8.º da CEDH é mais detalhado e, assim, por isso, possibilita uma proteção mais avançada no que pertine à privacidade.

Em um exame superficial, não haveria qualquer incompatibilidade entre a Lei n.º 36/2010 e art. 8.º da CEDH. Isso porque, embora represente uma interferência no direito à privacidade, a derrogação do segredo bancário para fins criminais está prevista em lei formal e é necessária, em muitos casos, para segurança pública e defesa da ordem.

Com efeito, a apuração dos delitos representa um fim público, necessário à manutenção da segurança e da ordem interna, de modo que, se for necessário para atingir tal objetivo, o Estado está autorizado pela CEDH a interferir na vida privada.

Ocorre que a análise não pode ser tão simplista como a acima feita, sob pena de as garantias consagradas na CEDH não cumprirem com seu real objetivo, tornando-se mera retórica, sem conteúdo material. Mostra-se, portanto, imprescindível avançar na análise do significado do dispositivo antes mencionado para delimitar exatamente o seu conteúdo.

Neste aspecto, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem trazido contributos importantes relativamente ao direito à privacidade consagrado na CEDH, os quais podemos utilizar como parâmetros para nossa análise⁵⁶.

Conforme aponta Bachmaier Winter, a jurisprudência do TEDH exige para a intervenção do Estado na privacidade não apenas a simples existência de uma lei (o que, nos países da *common law*, não significa lei escrita), mas que se trate de uma lei clara e detalhada, de modo que o cidadão saiba em quais casos o Estado está autorizado a interferir na sua privacidade e, assim, possa controlar e impugnar eventuais arbitrariedades⁵⁷.

Mencionado critério estabelecido pelo TEDH parece-nos perfeitamente compatível com o texto do art. 8.º da CEDH e com o sentido de garantia que ele possui. Se bastasse a elaboração de lei, então seria fácil aos Estados contornarem o dispositivo, editando uma lei genérica, que permitiria a interferência na privacidade em qualquer caso.

Portanto, a exigência de previsão legal para qualquer medida invasiva da privacidade, a par de uma garantia formal, também incorpora uma necessidade material, de que fiquem claras e determinadas as hipóteses em que o

56 Conforme explica Mendes (2011: 7-8), para a proteção da privacidade, mostra-se importante considerar, relativamente à quebra de segredo bancário no processo penal, os parâmetros que a jurisprudência do TEDH estabeleceu para aceitar restrições ao mencionado direito.

57 Bachmaier Winter, 2010: 166-171.

Estado esta autorizado a interferir na vida privada, com o que se torna possível um controle dos abusos praticados pelo poder público. A necessidade de clareza e determinação, além de permitir uma crítica quanto às hipóteses em que se admite a inteferência no direito à privacidade, possibilita que se fiscalize se a medida concretamente levada a efeito pelo Estado ficou adstrita às hipóteses em que ela é autorizada.

Embora em alguns casos a jurisprudência do TEDH tenha avançado bastante neste aspecto pertinente à clareza e determinação da lei, chegando até a estabelecer um conteúdo mínimo que ela deveria contemplar⁵⁸, especificamente quanto ao segredo bancário não se localizou nenhuma decisão, o que, contudo, não nos impede de verificar se a lei que ampara a derrogação do segredo bancário para fins criminais em Portugal satisfaz as exigências de clareza e determinação acima mencionadas.

Para tal exame, devemos lembrar que o regime do segredo bancário está previsto no RGICSF, sendo que a Lei n.º 36/2010 apenas se refere a uma das hipóteses de derrogação. Como já aludido anteriormente, ao tratar da exceção do segredo bancário relativamente ao direito penal, mencionada lei utilizou terminologia semelhante à empregada nas demais hipóteses de derrogação.

Assim, se a forma como foi autorizada a derrogação do segredo bancário para fins de investigação criminal é demasiadamente ampla e, por isso, incompatível com o art. 8.º, n.º 2, da CEDH, tal defeito também atinge as demais hipóteses de derrogação e, por isso, comprometeria por inteiro as derrogações previstas na lei.

Ademais, também deve ser lembrado que a Lei n.º 36/2010 não inovou relativamente às hipóteses em que o segredo bancário pode ser afastado, de modo que eventual defeito de indeterminação que ela possua também atingiria a redação anterior do art. 79.º, n.º 2, al. *d*) do RGICSF.

Na verdade, o regime de proteção ao segredo bancário, em Portugal, é claro e determinado, estando especificadas as hipóteses em que o Estado está autorizado a afastá-lo, interferindo na privacidade. A forma como foi autorizada a derrogação do segredo bancário no RGICSF serve de limite à atuação do Estado, na medida em que não confere a este amplos e ilimitados poderes para tomar conhecimento de tais informações.

58 É o que ocorre, por exemplo, com a medida de interceptação telefônica, em relação a qual o TEDH definiu o conteúdo mínimo que deve constar na lei, conforme aponta Bachmaier Winter (2010: 170).

Não há incompatibilidade da Lei n.º 36/2010 com a exigência feita pelo TEDH de clareza e determinação na lei que permite interferência do Estado na privacidade dos indivíduos. Mencionado diploma legal autoriza derrogação do segredo bancário “no âmbito do processo penal”, o que, portanto, remete a necessidade de existir um fato criminoso específico em investigação.

Embora não tenham sido especificados os crimes em relação aos quais é permitido o acesso aos dados protegidos pelo segredo bancário, não nos parece que tal detalhamento seja necessário. Conforme já ficou demonstrado ao longo do presente texto, a interferência que mencionada medida provoca no direito à privacidade é muito menor que outras, como é o caso das interceptações telefônicas. Logo, os requisitos para sua aceitação podem ser alargados, não havendo problema em que seja ela autorizada de forma ampla para fins de investigação criminal, de modo a que, em cada caso, se faça um juízo de proporcionalidade. Era assim que ocorria antes da Lei n.º 36/2010 entrar em vigor, sem impugnação por parte da doutrina.

Ademais, não é a gravidade do delito que irá determinar o interesse na medida. Tanto que o art. 13.º-A do Decreto-Lei n.º 459/91 já previa um regime especial para derrogação do segredo bancário no que tange ao cheque sem provisão de fundos, enquanto delitos mais graves, como o homicídio, não gozavam do mesmo tratamento. Logo, não seria adequado fixar-se um patamar de pena mínima cominada ao delito como condição para autorização da medida.

Tampouco seria adequado estabelecer-se um rol de delitos em que a medida seria autorizada, já que não há como se definir aprioristicamente as hipóteses em que ela se apresenta como adequada e proporcional. Tomemos como exemplo o crime de furto. Neste caso, o levantamento do segredo bancário pode não se justificar para investigação de um pequeno furto praticado em um supermercado, mas poderá ser cabível para apurar a subtração de milhões de euros de um banco.

Na verdade, como a medida de levantamento do segredo bancário interfere pouco no direito à privacidade, não há problemas, em princípio, em que ela seja prevista como cabível na apuração de ilícitos criminais (e até para outras finalidades, como previsto no RGICSF), sem especificar quais. Claro que, em alguns casos, conforme juízo de proporcionalidade específico, tendo em vista o delito a ser investigado, ela pode ser excessiva. Porém, à partida a medida é aceitável quando estiver em jogo o interesse na apuração de ilícitos criminais, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a interceptação telefônica,

a qual, por atingir mais intensamente a privacidade, está sujeita a exigências muito mais restritas, dentre elas a definição dos delitos em que ela é cabível.

Logo, a Lei n.º 36/2010 cumpre as exigências de clareza e determinação, necessárias para restrição ao direito à privacidade.

Ainda, a jurisprudência do TEDH tem avaliado a necessidade e a proporcionalidade da medida que interfere na privacidade, o que remete a presente abordagem para a avaliação sobre se a derrogação do segredo é imprescindível (ou existe outra medida menos lesiva aos direitos do indivíduo) e idonea para alcançar o objetivo a que ela se propõe (que deve ser um dos previstos no art. 8.º, n.º 2, da CEDH), bem como para um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, resultante da comparação entre o fim almejado com a medida e a intensidade de interferência provocada por ela na privacidade (para o objetivo almejado, justifica-se a interferência provocada pela medida?).⁵⁹

Ora, como acima mencionado, a apuração dos delitos, indispensável para a ordem e segurança públicas, enquadra-se nas exigências feitas pela CEDH para que seja legítima a interferência do Estado no direito à privacidade. A avaliação da existência de outros meios menos invasivos para atingir o mesmo objetivo, bem como da idoneidade e da proporcionalidade em sentido estrito da medida dependerá de cada caso, não tendo como ser afastada em geral.

Diante de tais considerações, é possível concluir que, seguindo-se a interpretação que entendemos como a mais adequada da Lei n.º 36/2010, ela não é incompatível com o art. 8.º, n.º 2, da CEDH.

CONCLUSÕES

1. Ainda que possa cumprir outros objetivos e justificar-se também por outras razões, a tutela jurídica do segredo bancário é uma decorrência lógica, num Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa, do necessário reconhecimento do direito à privacidade. Daí porque, nesse tipo de Estado, assim como não se pode suprimir o direito à privacidade, não há como deixar de ser tutelado o segredo bancário (capítulo I.1);

2. No âmbito do direito à privacidade, é possível diferenciar duas categorias: a intimidade e a vida privada. Enquanto a intimidade diz respeito àqueles dados interiores da vida pessoal, que o indivíduo não compartilha

59 Ao examinar a jurisprudência do TEDH, Bachmaier Winter (2010: 171-175) explica que o tribunal faz este exame da necessidade e proporcionalidade, integrando no primeiro a análise da idoneidade da medida e da existência de alternativa que interfira menos com o direito individual.

com os demais ou, no máximo, compartilha com pessoas muito próximas, com as quais ele possui especial relação de confiança e cuja divulgação pode trazer constrangimentos, a vida privada abrange um aspecto mais amplo da vida pessoal, ou seja, aquelas informações relativas a vida de convivência, as quais, não sendo públicas, acabam sendo conhecidas, sem maiores prejuízos à personalidade, no círculo de relacionamentos do indivíduo (capítulo I.2);

3. Esta distinção entre intimidade e privacidade tem repercussão no nível de proteção jurídica conferido a uma e outra categoria. Tudo aquilo que for incluído na esfera da intimidade, não está sujeito a restrição ou ponderação, salvo, talvez, em circunstâncias muito excepcionais. Já a parte do conteúdo da privacidade que diz respeito à vida privada pode sofrer restrições, desde que justificadas por outros bens de importância superior (capítulo I.2);

4. Tomando-se por base a diferença entre intimidade e privacidade, é possível ver que os dados cobertos pelo segredo bancário, quais sejam, o nome dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos, assim como outras operações bancárias, não dizem respeito à esfera da intimidade (capítulo I.3);

5. Embora o TC tenha considerado que “a situação econômica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações ativas e passivas nela registradas, faz parte do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no art. 26.º, n.º 1, da Constituição”, em verdade não trata os dados protegidos pelo segredo bancário como integrantes da esfera da intimidade, pois admite as derrogações feitas na legislação e, mais ainda, faz uma diferenciação entre a quebra de segredo bancário e outras medidas investigatórias mais intrusivas da privacidade, como é o caso das escutas telefônicas ou da apreensão de diários íntimos, reconhecendo que a proteção constitucional não se opera da mesma forma nestes casos, sendo menos intensa no que pertence ao segredo bancário (capítulo I.3);

6. Antes da entrada em vigor da Lei n.º 36/2010, o art. 79.º, n.º 2, al. *d*), do RGICSF autorizava a derrogação do segredo “nos termos previstos na lei penal e de processo penal”. Na ocasião, não sendo o caso de aplicação de algum dos regimes especiais nos quais o legislador dispensou a existência de um incidente e de decisão judicial, como ocorria, por exemplo, relativamente ao combate à droga (art. 60.º do Decreto-Lei n.º 15/93) e ao branqueamento de capitais (art. 18.º da Lei n.º 25/2008), o pedido seguia o regime geral do Código de Processo Penal para a derrogação dos segredos profissionais (arts. 135.º e 182.º), o qual estabelecia um procedimento para tramitação do pedido, com decisão pela instância judicial superior àquela em que o inci-

dente foi suscitado (ou pelo pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, se o pedido lá for formulado), bem como que a quebra do segredo seria deferida mediante um juízo de ponderação (capítulo II.1);

7. No regime geral do Código de Processo Penal, as únicas barreiras impostas pelo legislador para proteger o segredo bancário foram de ordem procedimental. A barreira material, que remete à necessidade de um juízo de ponderação, é uma exigência que decorre da própria constituição, pois o segredo busca proteger a privacidade (capítulo II.1);

8. A Lei n.º 36/2010 alterou a redação do art. 79.º, n.º 2, al. d) do RGICSF, passando a determinar que o segredo bancário possa ser revelado “às autoridades judiciárias, no âmbito de um processo penal”. Com isso, foram afastadas as barreiras procedimentais estabelecidas no Código de Processo Penal, podendo a quebra do segredo bancário ser feita sem necessidade de um incidente e de decisão judicial. Contudo, a exigência material de um juízo de ponderação continua presente, pois ela decorre da própria constituição (capítulo II.2);

9. Mesmo após a alteração produzida pela Lei n.º 36/2010, a fiscalização judicial da quebra de segredo bancário continua a existir, embora ela seja diferida para um momento posterior, qual seja, aquele da avaliação da admissibilidade da prova. A quebra do segredo determinada pelo Ministério Público ao arrepio do princípio da ponderação é prova cuja produção é proibida, pois se trata de uma interferência indevida na esfera da vida privada, e que não pode ser valorada para fins criminais (art. 126.º, n.º 3, CPP) (capítulo II.2);

10. No sistema constitucional português, considerando as normas definidas para restrição de direitos fundamentais (art. 18.º, n.ºs 2 e 3, CRP), nas quais não há exigência da via jurisdicional, o legislador pode autorizar o Ministério Público a, para fins de investigação criminal, quebrar diretamente o segredo bancário, tal como fez em relação a outras entidades no âmbito de suas respectivas atribuições (Banco de Portugal e Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, por exemplo), vez que, como o próprio TC reconheceu, os dados privados protegidos pelo mesmo não constituem o núcleo essencial da privacidade, que exigiria uma prévia intervenção judicial. Ademais, em última análise, a decisão sobre a ponderação e a validade da prova ficará a cargo do juiz, o qual, na condição de garante dos direitos fundamentais, tem o dever de reconhecer a existência da proibição de prova decorrente de uma intervenção indevida na vida privada (capítulo III.1);

11. A Lei n.º 36/2010 é compatível com o art. 8.º da CEDH, pois, embora represente uma interferência no direito à privacidade, a derrogação do segredo bancário para fins criminais está prevista em lei formal e é necessária para segurança pública e defesa da ordem. Mencionada lei atende as exigências de clareza e detalhamento feitas pelo TEDH, permitindo que o cidadão saiba em quais casos o Estado está autorizado a interferir na sua privacidade e, assim, possa controlar e impugnar eventuais arbitrariedades. De resto, na linha da jurisprudência do TEDH, a medida somente estará autorizada se for imprescindível (não existir medida menos lesiva aos direitos do indivíduo) e idonea para a apuração dos fatos, bem como deve representar uma vantagem maior que a interferência que ela produz na privacidade (capítulo III.2).

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa

1991 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, reimpressão (2006), Coimbra: Coimbra Editora.

BACHMAIER WINTER, Lorena

2010 “Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa Mendes (coord.), *2.º Congresso de Investigação Criminal – ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Coimbra: Almedina, pp. 161-185.

CANARIS, Claus-Wilhelm

2009 *Direitos Fundamentais e Direito Privado* (trad.: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto), Coimbra: Almedina.

CATARINO, Luís Guilherme

1998 “Segredo bancário e revelação jurisdicional”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 74, pp. 61-101.

CORDEIRO, António Menezes

2008 *Manual de Direito Bancário*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio

2005 “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”, in Reinaldo Pizolio & Jayr Viégas Gavalvão Jr. (coords.), *Sigilo fiscal e bancário*, São Paulo: Quartier Latin, pp. 15-40.

LATAS, António João

- 2011 *Sigilo bancário – sentido e alcance da alteração introduzida pela Lei 36/10 de 2 de setembro à al. d) do n.º 2 do art. 79 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras aprovado pelo Dec-lei 298/92, de 31 de dezembro, com as alterações posteriores*, disponível em http://www.tre.pt/docs/Sigilo_bancario.pdf [consultado em 17-07-2011].

MENDES, Paulo de Sousa

- 2011 “A derrogação do segredo bancário no processo penal” (artigo ainda não publicado, escrito com base na conferência proferida pelo autor na Caixa Geral de Depósitos, Lisboa, em 21-01-2011), 28 pp.
- 2010 “A orientação da investigação para a descoberta dos beneficiários económicos e o sigilo bancário”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa (coords.), *2.º Congresso de Investigação Criminal – ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Coimbra: Almedina, pp. 201-213.
- 2004 “As proibições de prova no processo penal”, in Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra, pp. 133-154.

NOVAIS, Jorge Reis

- 2010 *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

PALMA, Maria Fernanda

- 2010 “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa (coord.), *2.º Congresso de Investigação Criminal – ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Coimbra: Almedina, pp. 189-199.

SANCHES, J. L. Saldanha

- 2005 “Segredo bancário, segredo fiscal – uma perspectiva funcional”, in *Fiscalidade*, n.º 21, pp. 33-42.

SOUSA, Rabindranath Capelo de

- 2002 “O segredo bancário”, in António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão & Januário da Costa Gomes (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. II, Coimbra: Almedina, pp. 157-223.

TAVARES, Juarez

- 1993 “A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 1, pp.105-111.