

A DERROGAÇÃO DO SEGREDO BANCÁRIO NO PROCESSO PENAL*

*Paulo de Sousa Mendes***

ABSTRACT: *We often speak of banking secrecy as an obstacle to criminal investigation, as if releasing information about bank account holders would, in itself, guarantee great advances in the investigation. This would be the case if the accounts used by the criminals were held in their own name. However, in highly organized crime, any relevant bank accounts are certainly held by figureheads. In this case, when following the money trail the investigator should direct the investigation towards discovering the ultimate beneficial owner. How does he get there? Obviously, this can only be with the cooperation of the banks, since there is no other way to do it. As they say, the banker – rather than the banking employee – always knows the identity of the ultimate beneficial owner. Therefore, he has a duty to reveal this information, considering the legal instruments that are currently in force.*

SUMÁRIO: Introdução. I. A proteção do segredo bancário. 1. O dever de segredo profissional. 2. O direito do cliente ao segredo bancário. 3. Restrições ao segredo bancário. II. O anterior regime do segredo bancário no processo penal. 1. O regime do Código de Processo Penal. 2. Regimes especiais do segredo bancário no processo penal. III. O novo regime do segredo bancário no processo penal. 1. Dúvidas interpretativas. 2. A derrogação do segredo bancário sem controlo judicial prévio. 3. A resposta devida dos bancos. 4. A jurisprudência posterior à alteração introduzida pela Lei n.º 36/2010. IV. A identificação dos beneficiários económicos finais. 1. O dever de revelar os beneficiários económicos finais. 2. A suspeita de controlo de bancos sediados *offshore*. Conclusão.

* Texto revisto e atualizado da conferência proferida na Caixa Geral de Depósitos (CGD), Lisboa, em 21.01.2011. Agradeço aos colegas João Gouveia de Caires, João Matos Viana, Jorge Miguel Lumiar Ferreira e Vânia Costa Ramos a leitura crítica que fizeram de uma versão preliminar deste texto e as suas importantes sugestões.

** Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Diretor do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência (AdC). As opiniões expressas não vinculam a AdC.

INTRODUÇÃO

Nos dias 2 e 3 de setembro de 2010 foram publicados os oito diplomas legais que integram o chamado “Pacote Anticorrupção”, que resultaram dos trabalhos da Comissão Parlamentar para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e para a análise integrada de soluções com vista ao seu combate¹.

De entre estes, faço tenção de analisar apenas a Lei n.º 36/2010, de 2 de setembro, que altera o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (doravante, RGICSF)². Essa lei entrou em vigor no dia 1 de março de 2011.

O diploma em apreço muda apenas um artigo do RGICSF, o art. 79.º, mas as alterações introduzidas são de grande alcance, como se verá de seguida:

- Por um lado, os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo passam a poder ser revelados “[à]s autoridades judiciais, no âmbito de um processo penal” (art. 79.º, n.º 2, alínea *d*));
- Por outro, “[é] criada no Banco de Portugal uma base de contas bancárias existentes no sistema bancário na qual constam os titulares de todas as contas” (art. 79.º, n.º 3).

Importa considerar ambas as alterações, o que farei de seguida.

De imediato, cabe perguntar se a nova redação da alínea *d*) do n.º 2 do art. 79.º do RGICSF afasta genericamente o segredo bancário no âmbito do processo penal. Dantes, a derrogação do segredo bancário no processo penal exigia a intervenção do Tribunal da Relação (TR), nos termos do art. 135.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (CPP). Ora, a alínea *d*) do n.º 2 do art. 79.º do RGICSF parece eliminar esse incidente processual, operando assim uma desjurisdicionalização da quebra do segredo bancário. Aliás, parece consagrar até uma desjudicialização do procedimento, na medida em que dispensa a intervenção do próprio juiz de instrução, enquanto “juiz das liberdades”, numa matéria em que suspeitos e arguidos ficam expostos à perseguição penal.

Quanto à base de dados do Banco de Portugal (BdP), o respetivo Regulamento consta da Instrução do BdP n.º 7/2011 e sabe-se que já está ple-

1 *Online*: <http://www.parlamento.pt/sites/com/xileg/ceapfcaisvc/Paginas/Default.aspx> (consultado em 25.11.2011).

2 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, e alterado pela última vez pelo Decreto-Lei n.º 140-A/2010, de 30 de dezembro.

namente operacional, desde os inícios de junho de 2011. A base é alimentada pelos reportes mensais das instituições de crédito e é gerida pelo BdP. Contém informações de todas as contas abertas ativas (*i.e.*, excluindo as encerradas) até 1 de março de 2011 e de todas as contas abertas, ativas ou encerradas, desde 1 de março de 2011 até ao presente³. Os dados relativos às contas encerradas são mantidos na base pelo período de 15 anos, contados a partir da data de encerramento da conta. A informação guardada na base contempla tão-somente a identificação das contas bancárias, dos respetivos titulares e das pessoas autorizadas a movimentá-las, incluindo procuradores. Não constam da base quaisquer informações relativas a saldos e movimentos. O BdP faculta o acesso à informação individual relativa a qualquer pessoa que a requeira. Por outra parte, o BdP faculta qualquer informação constante da base às autoridades judiciais que a requeiram, no âmbito de um processo penal. Ficam, pois, de fora os órgãos de polícia criminal (OPC), incluindo a Unidade de Informação Financeira (UIF) da Polícia Judiciária (PJ), ou, noutro plano, as autoridades reguladoras independentes. Também não podem ser satisfeitos os pedidos de informação no âmbito de processos sancionatórios de natureza não penal (*stricto sensu*). Importa notar que as autoridades judiciais não têm acesso direto à base. Apenas os técnicos do BdP podem proceder à consulta, respondendo às solicitações concretas daquelas autoridades. Apesar de darem tratamento urgente a tais solicitações, é possível, porém, que o tempo de resposta ainda não satisfaça inteiramente as expectativas dos titulares da investigação criminal. Em qualquer caso, o trabalho de investigação criminal ficará imensamente facilitado, por isso mesmo que as autoridades judiciais ganharam uma maneira segura de saber a quais das diversas instituições de crédito terão depois de formular os concretos pedidos de informação sobre contas bancárias⁴.

Nada se deve opor à existência da base de dados do BdP. Pela minha parte, não vejo nela qualquer afronta à Constituição, tanto mais que só contém informação relativa à esfera patrimonial das pessoas e, não obstante a proteção constitucionalmente dispensada ao património pessoal, tal esfera pode ser legitimamente comprimida em função de ponderações legais. Neste caso, o legislador ordinário foi sensível à necessidade de promover uma maior eficácia da investigação criminal.

3 Há cerca de 35 milhões de contas bancárias em Portugal.

4 Nota de atualização: o presente parágrafo do texto foi escrito em 25.10.2011.

Tentemos então perceber o que vai mudar em matéria de proteção e derrogação do segredo bancário.

I. A PROTEÇÃO DO SEGREDO BANCÁRIO

Os bancos resistem aos pedidos de colaboração que impliquem cedência de informações e entrega de documentos relacionados com contas de clientes. É natural que assim seja, já que a existência de um pedido de colaboração por parte das autoridades judiciais não constitui, sem mais, razão bastante para disponibilizarem a informação pretendida. A conformidade legal do pedido terá de ser analisada pelos juristas do banco em causa.

1. O dever de segredo profissional

O ponto de partida dessa análise é, necessariamente, o *dever de segredo profissional* que é imposto aos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das instituições de crédito, aos seus empregados, mandatários, comitidos e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional, nos termos do art. 78.º, n.º 1, RGICSF. Esclareça-se, desde já, que não há dúvidas de que o segredo bancário é tido como verdadeiro segredo profissional⁵.

Por sua vez, o CPP dispõe que os membros de instituições de crédito possam escusar-se a depor sobre os factos abrangidos pelo segredo profissional (art. 135.º, n.º 1), além de que podem recusar-se a entregar documentos se invocarem, por escrito, segredo profissional (art. 182.º, n.º 1). O art. 135.º, n.º 1, CPP até peca por defeito, ali onde diz que os membros de instituições de crédito “*podem escusar-se...*”. É mais do que isso: essas pessoas devem mesmo escusar-se a depor, pois têm um dever de segredo que lhes é imposto por lei, como vimos. Tal como devem recusar-se a entregar documentos.

Estes normativos estão em vigor e não foram revogados pela Lei n.º 36/2010.

A importância do segredo bancário é tal que a sua violação constitui um crime. O art. 84.º RGICSF prescreve que a violação do dever de segredo bancário é punível nos termos da lei penal, sem prejuízo de outras sanções aplicáveis. Trata-se do crime de *revelação de segredo*, p. e p. pelo art. 195.º do Código Penal (CP).

5 Neste sentido, Rodrigo Santiago, 1997: 32 e Valente, 2009: 969.

2. O direito do cliente ao segredo bancário

Vale a pena explicar brevemente o fundamento do segredo bancário. É verdade que, hoje em dia, é alvo de muita contestação, mas, apesar disso, não é difícil de perceber a sua importância. O segredo bancário protege a esfera de intimidade da vida privada dos clientes das instituições de crédito⁶. Repare-se que não serve apenas para resguardar a informação relativa à situação económica dos titulares das contas bancárias, mas tutela antes de mais os aspetos que respeitam à privacidade de cada um, incluindo, porventura, os detalhes íntimos da vida privada. Há quem diga: “*Conhecer a conta bancária é conhecer os traços fundamentais da vida privada de cada um; é ter o ponto de partida para conhecer o outro*”⁷. Na verdade, as operações económicas de cada cidadão são hoje efetuadas quase exclusivamente através da(s) sua(s) conta(s) bancária(s): “*O que cada um veste; o que oferece ao cônjuge e aos filhos; os restaurantes que frequenta; as viagens que realiza; como decora a casa; os estudos dos filhos; o volume da sua leitura; as próprias aventuras extraconjugais, tudo é revelável através de uma consulta perspicaz da sua conta bancária*”⁸. Daí que não seja nenhum exagero irmos buscar à própria Constituição os fundamentos do segredo bancário. Assim é que entronca no *direito à reserva da intimidade da vida privada*, que faz parte dos direitos, liberdades e garantias pessoais⁹. Esta afirmação é controversa, mas o Tribunal Constitucional (TC) já proferiu arestos nesse sentido. No Ac. n.º 278/95 (Alves Correia), o TC afirmou claramente que “*a situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações ativas e passivas nela registadas, faz parte do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, surgindo o segredo bancário como um instrumento de garantia deste direito*”¹⁰. O TC destacou – parafraseando o Ac. n.º 110/1984, de 26 de novembro, do TC espanhol – que, na sociedade moderna, “*uma conta-corrente pode constituir a ‘biografia pessoal em números’ do contribuinte*”¹¹. No mesmo sentido vai o importante Ac. n.º 442/2007 do TC (Sousa Ribeiro), em plenário, que concluiu “*que*

6 Cf. Menezes Cordeiro, 2010: 328 e 338-340.

7 Leite de Campos, 1997: 16.

8 Leite de Campos, 1997: 16.

9 Cf. Menezes Cordeiro, 2010: 338.

10 *Apud* Gomes, 2006: 89-90.

11 *Apud* Gomes, 2006: 89-90.

*o bem protegido pelo sigilo bancário cabe no âmbito de proteção do direito à reserva da vida privada consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República*¹².

Há perspectivas porventura menos radicais no tocante à fundamentação do segredo bancário, que lhe atribuem valor enquanto expressão da esfera patrimonial do indivíduo, mas reconhecendo-lhe, ainda assim, uma natureza patrimonial *pessoal*, no sentido da preservação do que na vida patrimonial reflete a organização da esfera da liberdade individual¹³. Só aparentemente há divergência, pois a jurisprudência constitucional anteriormente citada também não afirma que o segredo bancário proteja *diretamente* a reserva de intimidade da vida privada, mas só que o segredo bancário é um instrumento de garantia desse direito, na medida em que impede o acesso a informação eventualmente relevante para o conhecimento de aspetos da esfera íntima da vida privada.

Já não parecem ter razão, contudo, aqueles que defendem que o segredo bancário protege apenas os interesses ligados ao património e à liberdade de iniciativa económica do indivíduo¹⁴. Se assim fosse, não se perceberia a razão por que os investigadores criminais são tão sequiosos da consulta de extratos de contas bancárias como meio de prova de quaisquer crimes, que não têm de ser crimes patrimoniais.

Há muitos outros argumentos em prol do segredo bancário¹⁵, tais como a necessidade que os bancos têm de salvaguardar a relação de confiança que mantêm com os clientes, a qual é essencial para a atividade bancária¹⁶. Nada impede que um determinado instituto jurídico, como é o caso do segredo bancário, satisfaça diferentes interesses, desde que compatíveis.

3. Restrições ao segredo bancário

O direito ao segredo bancário não tem, no entanto, carácter absoluto. Quer dizer: a garantia efetiva do segredo bancário pode sofrer restrições em função

12 Outros acórdãos do Tribunal Constitucional que relevam em matéria de levantamento do segredo bancário são os seguintes: Ac. n.º 602/2005 (Bravo Serra), Ac. n.º 146/2006 (Gil Galvão), Ac. n.º 672/2006 (Paulo Mota Pinto), Ac. n.º 42/2007 (Maria Fernanda Palma), Ac. n.º 547/2008 (Ana Guerra Martins) e Ac. n.º 378/2008 (Mário Torres).

13 Cf. Palma, 2010: 189.

14 Neste sentido, Saldanha Sanches, 2005: 35-37.

15 O segredo bancário é velho como o mundo e não foi necessário esperar pela sua vinculação ao direito à reserva da vida privada para tal segredo surgir na prática bancária. Sobre a origem e a história do segredo bancário (cf. Capelo de Sousa, 2002: 157-161).

16 Cf. Azaustre Fernández, 2001: 152.

da ponderação de outros interesses constitucionalmente protegidos que conflituem com aquele direito. Em especial, a realização da justiça pode exigir intrusões na reserva da intimidade do cidadão, se isso for indispensável para a descoberta da verdade ou se a prova for impossível ou muito difícil de obter de outra forma, mas isso tem de ser verificado à luz dos estritos limites constantes do art. 18.º, n.ºs 2 e 3, CRP.

A este propósito, muito ganharíamos se aplicássemos a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) à questão do levantamento do segredo bancário no âmbito do processo penal. Importa considerar os *standards* que foram sendo paulatinamente estabelecidos pelo TEDH quanto ao conteúdo e às restrições do direito à vida privada, nos termos do art. 8.º, n.ºs 1 e 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

O TEDH faz depender a legitimidade de qualquer restrição ao respeito devido pela vida privada dos indivíduos da verificação de que essa restrição está coberta por uma *previsão legal*, por um lado, e de que a mesma é *necessária e proporcional* num Estado de Direito¹⁷, por outro lado. Tais requisitos mereceram aturada densificação na jurisprudência do TEDH.

A diligência é necessária em sentido lato quando satisfaz uma *necessidade social imperiosa*, ou seja: fins de proteção da segurança pública, de defesa da ordem e prevenção do crime ou de proteção dos direitos e liberdades de terceiros, que são os fins elencados no art. 8.º, n.º 2, CEDH. Mas isso não basta: a diligência tem de ser proporcional em sentido lato. Tal significa *idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*¹⁸. O critério da idoneidade refere-se à adequação da medida para o fim visado. O critério da necessidade, neste contexto, atende à consideração de que não havia outra medida menos gravosa para satisfazer os mesmos fins. Por fim, o critério da proporcionalidade em sentido estrito funciona como um importante fator de correção dos abusos, implicando a ponderação de diversos elementos, tais como a gravidade do delito investigado, a força da suspeita, a natureza dos indícios disponíveis e as expectativas de sucesso da investigação criminal em curso, em

17 Esclareça-se que se trata do Estado de Direito material, em vez do mero Estado de Direito formal do positivismo jurídico. Na definição de Jorge Miranda: “[u]m Estado de direitos fundamentais e orientado para a justiça, em que avultam [...] a consideração dos direitos fundamentais nos termos da Constituição e não nos termos da lei, o carácter restritivo das restrições a direitos fundamentais, os princípios da confiança, da proporcionalidade e da tutela jurisdicional efetiva [...]” (Miranda, 2008: 219).

18 Sobre estes três subprincípios, máximas ou elementos do princípio da proporcionalidade em sentido lato, cf. Miranda, 2008: 284-285. Igualmente, Reis Novais, 2003: 731.

confronto com a intensidade da lesão da vida privada do visado pela diligência investigatória, a ponderar de acordo com fórmulas abertas¹⁹.

Além de que têm de existir instrumentos jurídicos que permitam ao visado pela medida impugnar a sua legitimidade ou regularidade no caso concreto.

O TC português coincide nessa interpretação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo como critério da ponderação de interesses conflitantes²⁰.

II. O ANTERIOR REGIME DO SEGREDO BANCÁRIO NO PROCESSO PENAL

Em função do que ficou dito, o legislador pode, pois, estabelecer exceções ao dever de segredo bancário. Só que a liberdade de conformação do legislador ordinário fica sujeita aos estritos limites constantes do art. 18.º, n.ºs 2 e 3, CRP.

Começemos por recordar o anterior regime do segredo bancário no processo penal.

1. O regime do Código de Processo Penal

Se deparasse com uma recusa por parte da instituição bancária interpelada, o MP tinha de promover junto do juiz de instrução a resolução do impasse. O juiz de instrução teria depois de averiguar se havia *ilegitimidade* da escusa, conforme previsto na 1.ª parte do art. 135.º, n.º 2, CPP. De facto, a recusa até podia ser ilegítima, se o facto ou elemento solicitado não estivesse compreendido no âmbito do segredo bancário (art. 78.º, n.º 2, RGICSF), o que é raro mas pode acontecer, ou se tivesse havido consentimento por parte do titular da conta, o que é possível e até frequentemente acontece, pois basta uma autorização genérica que conste do contrato de abertura de conta. A decisão sobre a ilegitimidade da recusa deveria basear-se em consulta ao organismo representativo da profissão do interpelado, o qual devia ser notificado para se pronunciar, nos termos do art. 135.º, n.º 4, CPP, devendo a sua opinião, segundo alguns AA., ser levada em conta como definitiva²¹. Esta é uma posição que faz todo o sentido, se não quisermos impor aos visados comportamentos contrários à sua deontologia profissional. Se concluísse que a recusa era ilegítima, o juiz de instrução ordenava, por despacho, a prestação da informação

19 Cf. Bachmaier Winter, 2010: 171-175.

20 Para desenvolvimentos, Valente, 2009: 971-972.

21 Cf. Rodrigo Santiago, 1997: 64.

requerida, nos termos da 2.^a parte do n.º 2 do art. 135.º CPP. Enfim, a questão não morreria necessariamente por aí, pois era bem possível que a instituição bancária interpusse recurso desse despacho do juiz de instrução. O mais que se seguiria era da lógica dos recursos. No limite das possibilidades, a instituição bancária poderia recalcitrar de recurso em recurso, até chegar, se fosse possível (e aconteceu de facto), a um recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, nos termos do art. 437.º, n.º 2, CPP (embora este último já não tenha efeito suspensivo da decisão recorrida).

Se o juiz de instrução, pelo contrário, concluisse que era *legítima* a recusa, já que o facto estava abrangido pelo segredo bancário, então a solução era outra. Neste caso, o juiz de instrução deveria suscitar o *incidente de quebra de segredo* junto do tribunal superior. De facto, a quebra do segredo era aqui necessariamente da competência de um tribunal superior (Tribunal da Relação ou Supremo Tribunal de Justiça, conforme os casos), por imposição do art. 135.º, n.º 3, CPP. Este teria depois de decidir segundo apertados critérios de ponderação dos interesses em conflito²², dado que, como vimos, o direito ao segredo beneficia da superlativa resiliência que é própria do regime dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrado (por exemplo, o segredo não pode ser afastado para permitir a investigação de crimes contra o património, nem sequer contra as pessoas, mas de pouca gravidade²³). Se concluisse pela quebra do sigilo, tal decisão não admitia recurso (art. 400.º, n.º 1, alínea *c*), CPP)²⁴. Notificada dessa decisão judicial, a instituição bancária poderia ainda, quem sabe, entrar com um pedido de esclarecimento do acórdão. Mas, no final de contas, não podia deixar de cumprir a decisão.

Ainda se podia colocar a questão de saber se uma eventual recusa do banco em cumprir uma decisão judicial constituiria, ou não, *crime de desobediência*. Assim seria só se o tribunal, na decisão, cominasse a própria punição da desobediência simples (art. 348.º, n.º 1, alínea *b*), CP)²⁵. Mas então cabia ao MP o ónus de requerer ao juiz de instrução que não deixasse de pedir essa cominação. Seja como for, a questão era meramente académica, pois nenhuma instituição bancária deixava de cumprir uma determinação judicial num processo em que ela mesma, ou os seus membros, não eram arguidos.

22 Nos termos da alteração ao CPP introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29-ago.

23 Cf. Leite de Campos, 1997: 17.

24 Neste sentido, Ac. do STJ (Souto Moura), de 6-dez.-2007.

25 Cf. Líbano Monteiro, 2001: 355-356.

O regime do segredo bancário no CPP era assaz complexo e suscitou diferentes interpretações doutrinárias, mas a explicação dada agora mesmo apresenta a vantagem de traduzir a jurisprudência que, entretanto, se consolidou entre nós. De facto, fiz questão de me basear, quase integralmente, no Ac. do STJ (Maia Costa), de 13-fev.-2008, de fixação de jurisprudência sobre o segredo bancário, que foi provocado pela CGD, por via de recurso extraordinário²⁶.

Deu para perceber que a quebra do segredo bancário era um procedimento complicado, que levava, por certo, dias, senão mesmo alguns meses a decidir, mas era eficaz e estava rotinado ao nível do TR. E não podemos esquecer-nos de que a informação procurada não desaparece, pois não há, em princípio, perigo de descaminho dos meios de prova conservados nos bancos. A menos que a instituição bancária tenha contabilidades paralelas, mas nesse caso a informação também nunca seria prestada.

Por muito que se queira, a investigação tinha de esperar pela quebra do sigilo bancário para prosseguir. Não se podia fazer o *by-pass* à quebra do segredo bancário empregando outros meios de obtenção de prova. É claro que o MP e os OPC que o auxiliam não podem proceder a buscas na instituição bancária que recusou a entrega de documentos ou cujos membros se escusaram a depor acerca de factos abrangidos pelo dever de segredo²⁷. O visado pelas buscas não tem de ser o suspeito ou arguido no processo em curso, mas tem de ser uma pessoa que utiliza o lugar em causa para um fim que a autoridade suspeita ser ilícito, o que não é o caso do próprio banco, que tem o dever de guardar e proteger os dados das contas bancárias²⁸. Com efeito, o banco e os seus empregados não são suspeitos da prática de nenhum ilícito, pois apenas recusaram colaborar com a investigação em curso, invocando o seu dever de segredo profissional. Nessas circunstâncias, a própria busca redundaria na prática de um crime de *abuso de autoridade*, nos termos p. e p. no art. 378.º CP (violação de domicílio profissional por funcionário), mesmo que fosse feita na presença de juiz de instrução, conforme previsto no art. 181.º, n.º 1, CPP.

Não se diga, por fim, que o compasso de espera imposto pela suscitação do incidente de quebra do sigilo junto do TR comprometia a possibilidade

26 DR I Série, n.º 63, de 31-mar.-2008.

27 Cf. Pinto de Albuquerque, 2011: 377, n.º m. 3.

28 Cf. Pinto de Albuquerque, 2011: 493, n.º m. 1.

de confisco dos bens patrimoniais obtidos através da prática dos crimes em investigação. Nada impedia o MP de requerer logo o *arresto preventivo* até determinado valor dos fundos e recursos financeiros do suspeito (ou arguido), nos termos do art. 228.º, n.º 1, CPP. Para o decretamento do *arresto preventivo* não é necessário que o banco ceda a informação pedida²⁹. De resto, é um procedimento análogo, só para invocar um lugar paralelo, à apreensão feita por juiz em bancos de títulos, valores, quantias e quaisquer outros objetos, mesmo que em cofres individuais, quando tiver razões para crer que estão relacionados com um crime, mesmo que não pertençam ao arguido ou não estejam depositados em seu nome (art. 181.º, n.º 1, CPP)³⁰. Em ambos os casos, o juiz de instrução é, de facto, chamado a atuar preventivamente um pouco às cegas.

2. Regimes especiais do segredo bancário no processo penal

Entretanto, foram surgindo novas possibilidades legais de acesso a informações protegidas pelo segredo bancário, disseminadas por inúmeros diplomas avulsos. Neste tocante, o legislador limitou-se, algumas vezes, a dar cumprimento às obrigações internacionais do Estado português. Outras vezes, o legislador terá ido mais além do que lhe era imposto pelos instrumentos internacionais vinculativos.

Tentarei ser exaustivo se não na análise, pelo menos na indicação dos regimes especiais dispersos pelas leis avulsas (em vigor), que são os seguintes:

- Art. 13.º-A do Decreto-Lei 454/91, de 28-dez., com a redação dada pelo Decreto-Lei 316/97, de 19-nov. (*Regime jurídico do cheque sem provisão*);
- Art. 60.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22-jan. (*Combate à droga*);
- Art. 63.º-B, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 398/98, de 17-dez., com a redação dada pela Lei n.º 37/2010, de 2-set. (*Lei Geral Tributária*);
- Art. 385.º, n.º 1, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 486/99, de 13-nov. (*Código dos Valores Mobiliários*);
- Art. 2.º da Lei n.º 5/2002, de 11-jan. (*Combate à criminalidade organizada*);
- Art. 18.º da Lei n.º 25/2008, de 5-jun. (*Combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo*).

29 Neste sentido, Ac. TRC (Vasques Osório), 28-out.-2008, Proc. 302/08.8YRCBR.

30 A propósito, veja-se o Ac. n.º 294/2008 TC (Carlos Fernandes Cadilha).

Toda essa legislação avulsa consagra não só a eliminação do incidente processual, como também a retirada do juiz de instrução da quebra do segredo bancário. O TC teve ocasião de considerar que não havia inconstitucionalidade material na dispensa da intervenção judicial para a quebra do segredo bancário, desde que fosse assegurada a ponderação e o enquadramento de interesses públicos considerados dominantes³¹. Enfim, poderemos admitir, nessa base, a conformidade constitucional dos diplomas legais citados, por isso mesmo que exprimem a necessidade de um duplo grau de ponderação dos interesses públicos, na medida em que, em primeiro lugar, os regimes especiais só se aplicam a determinados tipos de crime e, em segundo lugar, não dispensam a necessidade de o MP realizar uma adequada ponderação da proporcionalidade *lato sensu* da diligência no caso concreto.

E, mesmo assim, esses regimes excepcionais não garantem que os bancos não recusem a colaboração.

O legislador quis simplificar o acesso a informações protegidas pelo segredo bancário, mas a simplificação conseguida através da desjurisdicalização e desjudicialização não podia deixar de acarretar, como reverso da medalha, o enfraquecimento do dever de obediência³². Senão, vejamos: a obediência não justifica a violação do dever de segredo se o pedido for formulado fora das condições legais que autorizariam a derrogação do segredo bancário. Por outras palavras, não há dever de obediência a ordens ilegítimas que conduzam à prática de um ilícito penal³³. Deve dizer-se que “[a] *única exceção a esta regra é constituída pelas ordens judiciais executáveis que, apesar da sua eventual ilegitimidade material, reúnem os pressupostos formais necessários à sua execução, dado o monopólio da função jurisdicional constitucionalmente atribuído aos tribunais*”³⁴. Na própria Constituição se consagra que “[a]s *decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem*

31 Veja-se o Ac. n.º 42/2007 TC (Maria Fernanda Palma).

32 Neste caso, trata-se da chamada *obediência política* à autoridade pública, já que a designação *obediência devida* está reservada para a justificação dos factos praticados por funcionários em cumprimento de ordens superiores (cf. Brandão, 2006: 17 e 27).

33 Quando a doutrina faz depender a responsabilização do agente que cumpre a ordem que conduz à prática de um crime da circunstância de ser manifesta a ilegalidade da ordem, tal não deve ser interpretado como querendo dizer que essa responsabilidade só pode ocorrer em contextos anómalos, tais como no caso em que um oficial enlouquece e ordena ao soldado que mate outro oficial. A manifesta ilegalidade da ordem pode surgir também no contexto em que os serviços jurídicos do banco estão cientes dos graves problemas jurídicos associados à violação do dever de salvaguardar o segredo bancário.

34 Brandão, 2006: 324.

sobre as de quaisquer outras autoridades” (art. 205.º, n.º 2, CRP). Temendo ser responsabilizados criminalmente por aquilo que indevidamente cumprirem, é, pois, natural que os membros das instituições de crédito tenham continuado a invocar o dever de segredo, escudando-se no RGICSF, por um lado, e nos CP e CPP, por outro. Além de que têm o dever de exame da legalidade dos pedidos de colaboração, por isso mesmo que estão adstritos a um especial dever de proteção terceiros, que são os clientes visados. Só depois de feita essa análise é que os bancos podem revelar os factos ou elementos das relações do cliente com a instituição, nos termos da justificação prevista no art. 79.º, n.º 2, alínea *d*), do RGICSF.

O próprio MP não pode deixar de considerar, no momento da escolha de um desses regimes excepcionais de derrogação do sigilo bancário, que uma escolha mal feita poderá fazer com que toda a prova reunida ao abrigo de um regime excepcional acabe sendo declarada nula, não podendo ser valorada, nem repetida. De facto, cairíamos no domínio das *proibições de prova* (art. 126.º, n.º 3, CPP).

III. O NOVO REGIME DO SEGREDO BANCÁRIO NO PROCESSO PENAL

Perante o ficou dito, o que veio trazer a Lei n.º 36/2010?

1. Dúvidas interpretativas

Tem feito algum caminho a interpretação segundo a qual a nova redação do art. 79.º, n.º 2, alínea *d*), do RGICSF não teria implicado, em última análise, nenhuma alteração ao regime da derrogação do segredo bancário no processo penal. Onde dantes se lia que os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo só podem ser revelados “*nos termos previstos na lei penal e de processo penal*”, passa a ler-se que os mesmos podem ser revelados “[à]s autoridades judiciárias, no âmbito de um processo penal”. Ora, a alteração teria visado somente adequar a redação do normativo à estrutura das outras alíneas, tais como a alínea *a*), onde já se dizia “[a]o Banco de Portugal, no âmbito das suas atribuições”, ou a alínea *b*), onde também se dizia “[à] Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, no âmbito das suas atribuições”. Assim, a nova redação da alínea *d*) também teria passado a definir claramente os destinatários legítimos da informação coberta pelo segredo bancário, no âmbito do processo penal, ou seja: as autoridades judiciárias (*i.e.*, o juiz, o juiz de instrução e o MP, nos termos do art. 1.º, alínea *b*), do CPP). Quanto ao fundo da questão, nada teria mudado.

Não concordo, porém, com esta interpretação, pois, para além de assumir que o legislador teria promovido uma alteração legislativa por razões de pura cosmética, despreza o facto de a lei agora mencionar “*um* [leia-se: um qualquer] *processo penal*”, em vez de “*lei penal e de processo penal*”. Só nesta última redação se podia dantes entender que a norma em apreço reenviava o intérprete para o regime de derrogação do segredo bancário estabelecido no CPP e na demais legislação processual penal. Agora, a norma estabelece diretamente a derrogação do segredo bancário em todo e qualquer processo-crime, seja qual for o ilícito típico em apreço.

2. A derrogação do segredo bancário sem controlo judicial prévio

A legislação agora editada elimina a necessidade de *controlo judicial prévio* na derrogação do segredo bancário no caso concreto. Na verdade, a nova redação do art. 79.º, n.º 2, alínea *d*), do RGICSF atribui ao MP, enquanto autoridade judiciária e titular do inquérito, a decisão sobre a quebra do dever de segredo bancário, em função do interesse para a investigação. Na sequência, cabe ao MP dirigir o pedido diretamente aos bancos, sem necessidade de controlo judicial nos termos do art. 135.º CPP.

Obviamente, o MP não fica dispensado de fundamentar a decisão de quebra do segredo bancário, em função de critérios de proporcionalidade em sentido lato. Tal fundamentação deverá constar do despacho do MP, que fica nos autos. Alguma fundamentação mínima terá de integrar também o próprio ofício que é enviado aos bancos, ainda que o processo se encontre sujeito a segredo de justiça, pois não pode admitir-se que haja ordens desprovidas de fundamentação, ficando, porém, o destinatário do pedido adstrito ao dever de segredo de justiça, nos termos do art. 86.º, n.º 8, CPP.

A eliminação do controlo judicial prévio não afasta a possibilidade de esse controlo se vir a fazer adiante, durante a instrução ou já na fase de julgamento. Senão, vejamos: *primo*, o acesso aos dados das contas bancárias (*e.g.*, nomes de clientes, números de contas, movimentos e outras operações bancárias) constitui uma intromissão na vida privada; *secundo*, se for realizada à margem das ponderações impostas pela Constituição (art. 18.º, n.ºs 2 e 3, CRP), essa intromissão viola uma proibição de prova (art. 126.º, n.º 3, CPP); *tertio*, as proibições de prova são de conhecimento oficioso; *quarto*, a violação de proibições de prova leva à declaração de nulidade das provas assim obtidas e ao seu desentranhamento dos autos; *quinto et ultimo*, o próprio arguido pode suscitar a questão da nulidade das provas, quer no requerimento para abertura

de instrução (art. 287.º, n.º 1, alínea *a*), n.º 2, CPP), quer na contestação (art. 315.º, n.º 1, CPP).

Daí não se pode, porém, retirar a conclusão de que o novo regime se assemelha ao anterior no que tange ao cumprimento das exigências de ponderação de interesses impostas pelo art. 18.º, n.ºs 2 e 3, CRP. Pelo contrário, o novo regime deixa muito a desejar, por isso mesmo que 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, por muito que o seu estatuto lhe imponha a sujeição a critérios de estrita objetividade (art. 53.º, n.º 1, CPP). 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. Ora, o que acontece aqui é precisamente o contrário, porquanto o MP acaba tendo, na prática, um interesse direto na obtenção da informação protegida pelo segredo bancário. Dantes o sistema era muito diferente porque o MP tinha de fundamentar o pedido perante um decisor judicial, ficando a autorização dependente do rigor posto nessa fundamentação. Acresce que o regime anterior impunha sempre a necessidade de controlo judicial prévio, se excetuarmos os regimes avulsos para crimes de catálogo, ao passo que o regime atual, na prática, só garante um controlo judicial sucessivo se for suscitada a questão da nulidade da prova assim obtida, o que enfraquece substancialmente os instrumentos de salvaguarda do segredo bancário no processo penal. Ora, o apelo à maior eficácia da perseguição penal que esteve por trás da nova lei não deveria, todavia, servir de pretexto para se esquecer que estão em causa direitos fundamentais de liberdade.

Em suma, o novo regime do segredo bancário no processo penal constitui uma rutura com a nossa tradição legislativa. Tal só é defeito, porém, porque, do mesmo passo, o novo regime representa uma negação de toda a jurisprudência constitucional relativa à defesa do direito do cliente ao segredo bancário.

3. A resposta devida dos bancos

Será que a nova redação da alínea *d*) do n.º 2 do art. 79.º do RGICSF acarreta como consequência que os bancos doravante estão desobrigados de analisar os pedidos de informação sobre contas bancárias que lhes forem dirigidos pelo MP, no âmbito de um processo penal?

Não creio que a resposta seja simples, nem que deixe de haver o dever de questionar o pedido.

O CPP não admite recurso dos despachos do MP. Assim, não parece que um banco, se for confrontado com um ofício do MP a solicitar a entrega de elementos ao abrigo do novo regime legal, possa reagir contra o despacho que ordenou tal entrega. Tal significa que não restará ao banco senão a obrigação de satisfazer o pedido? Não. Na verdade, o banco continua vinculado ao dever de segredo profissional e a violação do segredo bancário continua, nos termos da lei penal, se for injustificada, a constituir um crime, já para não falar de que essa violação pode ainda ser geradora de responsabilidade civil perante o cliente. Acresce que o banco não deve obediência acrítica às ordens do MP, muito menos quando não conhece, nem tem maneira de conhecer (se o processo estiver em segredo de justiça, nos termos do art. 86.º CPP), o despacho através do qual foi decidido ordenar a prestação da informação coberta pelo segredo bancário. Já tive ocasião de notar, mais acima, que o destinatário de uma ordem só tem o dever de cumpri-la, sem fazer a análise do seu conteúdo, no caso de se tratar de uma decisão judicial. Tratando-se de uma ordem do MP, vigora, pelo contrário, o princípio de que qualquer ordem que conduza à prática de um crime não deve ser cumprida e não exime aquele que a cumprir da responsabilidade pela prática desse crime. O que significa, portanto, que os representantes e empregados do banco não deixarão de responder criminalmente se alegarem, simplesmente, que cumpriram a ordem do MP, nos termos do art. 79.º, n.º 2, alínea *d*), RGICSF. Percebo as preocupações dos bancos, em geral, quanto a não ser viável, nem, muito menos, exigível que os juristas dos próprios bancos tenham de proceder a uma análise material de cada uma das situações em que forem confrontados com ofícios do MP a solicitar informações relativas a contas bancárias de clientes. Não acho, porém, que os serviços jurídicos tenham de interpretar as linhas e as entrelinhas dos ofícios do MP. Pura e simplesmente, digo que os serviços jurídicos não devem autorizar que se satisfaça qualquer pedido de elementos feito pelo MP exclusivamente com base no art. 79.º, n.º 2, alínea *d*), RGICSF.

Em alternativa à simples recusa de envio dos dados, os serviços jurídicos poderão suscitar aquilo que, na praxis, muitas vezes se chama a “reclamação judicial”, que é uma figura processualmente inexistente, na medida em que o CPP não a prevê³⁵. Mas muitas vezes os advogados suscitam a interven-

35 Neste tocante, é defensável a integração da lacuna por aplicação analógica do art. 178.º, n.º 6, CPP, que prevê a possibilidade de se requerer ao juiz de instrução a modificação ou revogação de medida (apreensão de objetos) decretada pelo MP.

ção do juiz de instrução através de uma reclamação dita judicial. Como? Por exemplo, arguindo uma nulidade (art. 120.º, n.º 3, alínea *c*), CPP) ou uma irregularidade (art. 123.º, n.º 1, CPP)³⁶. Neste caso, a intervenção do juiz de instrução seria tanto mais justificada por se estar perante uma nulidade de prova, que é muito mais grave do que uma mera nulidade processual, atento o disposto nos artigos 118.º, n.º 3, e 126.º, n.º 3, CPP. 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, CRP, exigências essas que o MP não está em condições de respeitar. Ora, o pedido do MP feito com base no art. 79.º, n.º 2, alínea *d*), RGICSF, se este normativo for interpretado no sentido de dispensar a intervenção da magistratura judicial para a derrogação do segredo bancário, é desconforme com a Constituição, pelas razões acabadas de invocar. Assim, tratando-se de matéria que afeta direitos fundamentais de liberdade dos visados, a apreciação da questão não pode deixar de ser da competência do juiz de instrução, nos termos do art. 268.º, n.º 1, alínea *f*), CPP, uma vez que a Constituição reserva expressamente os atos que contêm com direitos, liberdades e garantias ao juiz de instrução.

Trata-se, assim, de provocar a intervenção do juiz de instrução nesta matéria. Daí para a frente, tudo pode acontecer: o MP pode reter a “reclamação judicial”, mas nada ganhará com isso, dado que não obteve os dados solicitados, nem os obterá recalcitrando no pedido; o juiz de instrução pode recusar pronunciar-se sobre a “reclamação judicial”, por falta de previsão legal, mas não evitará que o MP tenha de solicitar a sua intervenção, considerando a

36 Na prática, a reclamação judicial já tem sido acolhida por vários juizes de instrução. Acresce que há jurisprudência do STJ favorável a este entendimento. Neste sentido, veja-se o Ac. do STJ (Pereira Madeira), de 23-out.-2003, onde se declara o seguinte: “*Dos actos do Ministério Público levados a cabo no decurso do inquérito não cabe recurso, já que é uma modalidade de impugnação própria dos actos judiciais. Isto não significa, porém, que a legalidade de tais actos seja insindicação, pois os actos do inquérito são susceptíveis de reclamação hierárquica e (ou) sindicados, quanto à sua legalidade, pelo juiz de instrução, quando para tal seja solicitado.*”

Manda a verdade que se diga que também há jurisprudência de tribunais superiores de sentido contrário. Agora neste sentido, veja-se o Ac. do TRG (Teresa Baltazar), de 20-set.-2010, onde se afirma o seguinte: “*No âmbito do inquérito, o M. P. tem competência para decidir sobre os pressupostos processuais, isto é, e a título exemplificativo, sobre a legitimidade e tempestividade da denúncia, prescrição ou ocorrência de factos impeditivos do procedimento criminal como a amnistia, competência em razão da matéria ou do território. E, naturalmente, tem também competência para conhecer de nulidades e irregularidades processuais cometidas no âmbito do inquérito.*”

recusa do banco; o juiz de instrução, por fim, pode aceitar a “reclamação judicial”, o que seria o mais defensável, pois a mais ninguém teria podido o banco requerer a revogação do despacho do MP. Nesta última hipótese, o juiz de instrução pode revogar o despacho do MP, se considerar que a sua fundamentação não colhe, como pode ordenar ao banco a prestação das informações solicitadas.

Muitos ficariam já satisfeitos com este resultado. Pelo menos, a “reclamação judicial” teria valido a pena para arrancar a ferros a (re)judicialização do incidente da quebra do segredo bancário no processo penal. Enfim, não se teria conquistado uma (re)jurisdicionalização desse incidente, na medida em que a intervenção do TR deixara, entretanto, de ser necessária. Mas, por outro lado, não deixa de ser verdade que já havia quem criticasse o modelo de quebra do segredo bancário imposto pelo art. 135.º, n.º 3, CPP (na interpretação vinculativa do Ac. do STJ, de 13-fev.-2008), considerando o regime aí previsto como excessivamente garantista, sobretudo tendo em conta que o mesmo não tem paralelo nas demais intromissões na esfera dos direitos fundamentais de liberdade para cuja justificação basta a ordem ou autorização do juiz de instrução (*e.g.*, busca domiciliária, art. 177.º, n.º 1, CPP; escutas telefónicas, art. 187.º, n.º 1, CPP). Devo dizer, porém, que o juiz de instrução, no sistema processual português, está muito próximo da investigação, por isso se chama “de instrução”, em vez de ser um verdadeiro juiz das liberdades ou das garantias, ainda que também tenha essa função de garantir as liberdades, não obstante ter poderes autónomos de investigação, designadamente na fase de instrução. Ora, a intervenção do TR, enquanto tribunal distanciado da investigação, assegura, muito mais objetivamente, o juízo de ponderação de interesses em concreto que nestas situações se exige. Dir-se-á que estou a fazer uma crítica à configuração do juiz de instrução e à sua atuação, o que é verdade. Então que se mude a figura do juiz de instrução, como já tantos reclamam, e se crie um autêntico juiz das liberdades, que não corra o risco de se transformar em aliado do MP na investigação criminal.

Mas a questão não tem de morrer por aqui. Desta feita, o banco pode recorrer do despacho do juiz de instrução, nos termos gerais do art. 399.º CPP. Com que argumentos? Na verdade, o argumento da inconstitucionalidade material do novo regime do segredo bancário no processo penal é fundamento bastante do recurso ordinário para o TR, nos termos do art. 412.º, n.ºs 1 e 2, alínea *b*), CPP.

Tendo já suscitado a questão da inconstitucionalidade na interpretação do art. 79.º, fica, ademais, aberta a porta para se provocar uma pronúncia do TC quanto a esta matéria. Ninguém pode adivinhar se o TC se disporá, ou não, a romper com a sua própria jurisprudência consolidada, mas é facto, isso sim, que não há razões para se considerar desatualizada essa jurisprudência. A minha sugestão prática é, pois, que se provoque a pronúncia do TC.

Uma última palavra sobre este tópico: percebo que a banca não seja, nem queira ser guardiã da Constituição, como também percebo que a banca defenda apenas a necessidade de leis claras e consistentes. Não lhe interessa, seguramente, alimentar litígios com as autoridades judiciais, os quais só serviriam para prejudicar o seu negócio. Mas digo que os bancos têm o dever de guardar o segredo bancário, cuja violação injustificada constitui um crime e gera responsabilidade civil perante o cliente. Portanto, queiram ou não, os bancos estão no fio da navalha quando o MP lhes ordena a prestação de informações e o envio de documentos, não tendo outra hipótese a não ser recusar a satisfação do pedido, pelas razões atrás invocadas.

4. A jurisprudência posterior à alteração introduzida pela Lei n.º 36/2010³⁷

O primeiro acórdão de um tribunal superior (*in casu*: TRL) sobre a questão da derrogação do segredo bancário no processo penal ao abrigo do regime legal introduzido pela Lei n.º 36/2010 foi provocado por via de um recurso interposto pela CGD de despacho do juiz de instrução que lhe ordenara que prestasse as informações solicitadas pelo MP. Ora, o TRL negou provimento ao recurso por considerar ilegítima a recusa do banco relativamente a fornecer os elementos solicitados³⁸. O TRL fundamentou desenvolvidamente a sua decisão, considerando, entre outros argumentos, que o segredo bancário “[...] *deve ceder sempre que estiver em causa a realização de um interesse manifestamente superior como é o caso do interesse do Estado e seus cidadãos na administração e na realização da Justiça bem como na segurança da comunidade*”³⁹. Mais concretamente: “*No conflito entre o respeito pelo segredo bancário e o acatamento das ordens das autoridades judiciais competentes, visando a obtenção de informações úteis para uma investigação criminal que se encontre a decorrer deverá sempre prevalecer este*

37 Nota de atualização: o presente ponto do texto foi escrito em 25.10.2011.

38 Veja-se o Ac. TRL (Fernando Estrela), 14-Set.-2011, Proc. 1214/10.OPBSNT-A.L1.

39 *Idem*, fls. 11.

*último, de valor superior*⁴⁰. E ainda: “*In casu, os autos encontram-se em fase de inquérito, pelo que cabe necessariamente ao Ministério Público, enquanto autoridade judiciária, titular da direcção do inquérito, solicitar as informações bancárias, não podendo a CGD escusar-se a prestá-las a pretexto de estarem a coberto de sigilo bancário, sob pena de a sua recusa ser considerada ilegítima e desobedecer a uma ordem dada por Autoridade Judiciária*”⁴¹. Por fim: “*O que a Lei 36/2010, ao dar nova redacção à al. d), do n.º 2, do art. 79, consagrou, foi reconhecer que o interesse da investigação criminal é preponderante face ao direito de reserva da vida privada do titular de uma conta bancária, no que à mesma diz respeito e, por isso, o dever de segredo quanto aos elementos dessa conta cai perante a solicitação, no âmbito de um processo penal, da autoridade judiciária*”⁴².

Outros tribunais superiores (e.g.: TRC) já tiveram, entretanto, ocasião de se pronunciar também sobre a mesma questão, aliás na mesma linha do acórdão do TRL, citando-o expressamente⁴³.

Afirma-se, portanto, uma tendência na jurisprudência dos tribunais superiores comuns no sentido de admitir a derrogação do segredo bancário no processo penal por via de simples ofício do MP a solicitar a qualquer banco a entrega de elementos ao abrigo do novo regime legal. Acresce que tal jurisprudência se satisfaz com a eventualidade de a fundamentação do despacho do MP se limitar a uma invocação formal dos normativos legais aplicáveis⁴⁴. Finalmente, a referida jurisprudência dispensa qualquer juízo de ponderação de interesses em concreto, uma vez que assume que uma investigação criminal que se encontre a decorrer deverá sempre prevalecer sobre o segredo bancário, por ser supostamente de valor superior⁴⁵. Inclusivamente, o TRC aceitou a prevalência do interesse da justiça num caso concreto em que a investigação tinha por objeto a prática de um crime de furto qualificado, p. e

40 *Ibidem*.

41 *Idem*, fls. 12.

42 *Idem*, fls. 13.

43 Veja-se os Ac. TRC (Jorge Dias), 19-out.-2011, Proc. 1688/09.2PBVIS-A.C1; Ac. TRC (Isabel Valongo), 02-nov.-2011, Proc. 262/10.5JACBR-A.C1 e Ac. TRC (Belmiro Andrade), 02-nov.2011, Proc. 614/09.3GAALB-A.C1.

44 Neste sentido, veja-se o teor do despacho do MP reproduzido no Ac. TRC (Jorge Dias), 19-out.-2011, Proc. 1688/09.2PBVIS-A.C1.

45 Neste sentido, veja-se o Ac. TRL de 14-set.-2011, como na n. 40.

p. pelos artigos 203.º, n.º 1, e 204.º, n.º 1, alínea *b*), CP⁴⁶, ou seja, um crime que não ultrapassava a média gravidade, considerando a pena máxima aplicável (prisão até 5 anos ou pena de multa até 600 dias).

Defronte desta tendência em afirmação nos tribunais superiores comuns, creio que é urgente provocar uma pronúncia do TC nesta matéria.

IV. A IDENTIFICAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS ECONÓMICOS FINAIS

Sendo desbloqueado o acesso à informação sobre contas bancárias, ainda agora começam os verdadeiros obstáculos à investigação. Na sequência, darei apenas alguns exemplos das dificuldades que podem surgir.

1. O dever de revelar os beneficiários económicos finais

Se as contas bancárias relevantes forem tituladas por um testa-de-ferro, mas não houver provas dessa qualidade, só vagas suspeitas, o que é que se pode fazer? Adianta perguntar ao banco a identidade do beneficiário económico final? A ordem jurídica portuguesa não aceita a figura do *trust*⁴⁷, que existe nos sistemas anglo-saxónicos para proteger a identidade dos beneficiários económicos finais. Mas nesses Países a legislação já impõe, em muitas circunstâncias, obrigação de *revelar a identidade do beneficiário económico final* (*to disclose the ultimate beneficial owner*), com maior ou menor sucesso na prática. Na nossa ordem jurídica, o que temos são *mandatos sem representação*, baseados em acordos privados. Portanto, é bem possível que o mandatário nunca se assuma com essa qualidade. De resto, o BdP, se calhar porque a nossa lei não reconhece *trustees*, não obriga à identificação dos beneficiários económicos no momento da abertura de contas (Aviso do BdP n.º 2/2007, de 8-fev.)⁴⁸. Felizmente, a legislação de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo impõe a revelação dos *beneficiários efetivos* (art. 2.º, n.º 5, e art. 7.º, n.º 4)⁴⁹. Além de que os bancos, na decorrência das indicações comunitárias (Diretiva n.º 2004/39/CE, de 21-abr.-2004, mais conhecida por Diretiva dos Mercados de Instrumentos Financeiros – DMIF), devidamente transpostas, têm o dever de implementar modelos organizacionais e práticas de *conheci-*

46 Neste sentido, veja-se o Ac. TRC (Belmiro Andrade), 02-nov.2011, Proc. 614/09.3GAALB-A.C1.

47 Exceto na Zona Franca da Madeira.

48 Sobre o contrato de abertura de conta, cf. Menezes Cordeiro, 2010: 259-264 e 505-511.

49 Mas tal exigência não consta, porém, do primeiro travessão do n.º 3.2 da Instrução do BdP n.º 26/2005, alterada pela Instrução do BdP n.º 3/2007.

mento do cliente (know your client). Assim, os bancos têm a obrigação, já hoje, de procurar saber quem são os beneficiários económicos finais. Portanto, têm também o dever de responder a essa pergunta, se souberem.

2. A suspeita de controlo de bancos sediados *offshore*

Se a pista do dinheiro aponta para que as contas e os valores estejam *offshore*, o que é que se pode fazer? O primeiro impulso do investigador será expedir uma carta rogatória e ficar à espera da resposta, que, já se sabe, nunca virá. Na melhor das hipóteses, há de chegar uma resposta simpática e protocolar, sem nenhuma informação relevante. No entanto, o investigador até já sabe que as contas do suspeito ou dos *veículos societários (corporate vehicles)* que ele utiliza estão localizadas em bancos sediados *offshore*, mas que são detidos na totalidade por bancos portugueses. De facto, os bancos portugueses têm filiais e sucursais em paraísos fiscais: por exemplo, nas Ilhas Caimão.

Então por que razão não se há de poder solicitar diretamente aos bancos portugueses a informação pretendida? Mesmo que um banco negue a relação de domínio que mantém com um determinado banco sediado *offshore*, a verdade é que o investigador poderá atuar simplesmente com base na sua suspeita de domínio pelo banco português. No mínimo, o banco solicitado tem o dever de fornecer a informação pedida, se a tiver na sua posse.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, deixo um apelo ao legislador e também aos operadores de justiça para que concedam mais atenção à questão da identificação dos beneficiários económicos finais. Muitas vezes falamos do segredo bancário como obstáculo à investigação criminal, como se o desbloqueamento da informação sobre os titulares das contas bancárias, só por si, assegurasse grandes avanços na investigação. Assim será, se as contas usadas pelos criminosos forem tituladas em nome próprio. Mas, na criminalidade altamente organizada, as contas bancárias relevantes são seguramente tituladas por testas-de-ferro. O investigador, neste caso, seguindo a pista do dinheiro, deve orientar a investigação para a descoberta dos beneficiários económicos efetivos. Como lá chegar? Obviamente, só com a colaboração dos bancos, já que não se consegue de outra forma. Como se costuma dizer, o banqueiro – e não o bancário – conhece sempre a identidade do beneficiário económico final. Logo, tem o dever de divulgar essa informação, considerando os instrumentos jurídicos atualmente em vigor.

Por outro lado, vejo, muitas vezes, a investigação criminal deixar-se enredar nos mecanismos de proteção das contas bancárias que resultam da utilização de contas sediadas *offshore*, não dirigindo aos bancos, enquanto casas-mãe, os pedidos de informação relativos às suas filiais ou sucursais sediadas *offshore*. A partir do momento em que a solução do investigador passa por dirigir cartas rogatórias para jurisdições não cooperantes, o resultado de uma investigação criminal fica altamente comprometido.

Se não tivermos em atenção estes problemas, a facilitação do acesso à informação sobre contas bancárias vai, pura e simplesmente, contribuir para a devassa da vida privada do comum dos cidadãos, mas raras vezes servirá para a perseguição da criminalidade altamente organizada. Ou seja, aquele tipo de criminalidade que, em última análise, terá justificado estas medidas de exceção, de carácter securitário, e que têm levado de vencida praticamente todas as resistências do Estado de Direito liberal e democrático.

Espero ter contribuído de alguma forma para a reflexão necessária sobre a melhor maneira de superar algumas das dificuldades postas à investigação criminal. Mas não existem respostas milagrosas para estes problemas, como todos sabemos. Sobretudo não é solução reclamar a criação de instrumentos jurídicos de investigação contrários aos direitos, liberdades e garantias pessoais.

BIBLIOGRAFIA:

AA.VV.

1997 *Sigilo bancário* (org.: Banco de Portugal/Instituto de Direito Bancário), Lisboa: Cosmos.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

2011 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora (1.^a ed., 2008).

AZAUSTRE FERNÁNDEZ, Maria José

2001 *El secreto bancario*, Barcelona: Bosch.

BACHMAIER WINTER, Lorena

2010 “Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, in AA.VV., 2.^o *Congresso de Investigação Criminal – ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL* (coord. científica: M.

- Fernanda Palma, A. Silva Dias e P. de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, pp. 161-184.
- BRANDÃO, Nuno
2006 *Justificação e desculpa por obediência em Direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- CATARINO, Luís Guilherme
1998 “Segredo bancário e revelação jurisdicional”, *RMP* 74 (abr.-jun.), pp. 61-101.
- CORDEIRO, António Menezes
2010 *Manual de Direito bancário*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.
- GOMES, Noel
2006 *Segredo bancário e Direito fiscal*, Coimbra: Almedina.
- MIRANDA, Jorge
2008 *Manual de Direito constitucional*, t. IV (Direitos fundamentais), 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTEIRO, Cristina Líbano
2001 “Anotação ao artigo 348.º CP – Desobediência”, in AA.VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), t. III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 349-359.
- NOVAIS, Jorge Reis
2003 *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.
- PALMA, Maria Fernanda
2010 “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, in AA.VV., *2.º Congresso de Investigação Criminal – ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL* (coord. científica: M. Fernanda Palma, A. Silva Dias e P. de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, pp. 189-199.
- SANCHES, J. L. Saldanha
2005 “Segredo bancário, segredo fiscal – Uma perspectiva funcional”, *Fiscalidade* 21 (jan.-mar.), pp. 33-42.
- SANTIAGO, Rodrigo
1997 “Sobre o segredo bancário – Uma perspectiva jurídico-criminal e processual penal”, *RB* 42, pp. 23-76.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de
2002 “O segredo bancário”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles* (org.: António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes), vol. II (Direito bancário), Coimbra: Almedina, pp. 157-223.

VALENTE, Maria Silvina

- 2009 “Da licitude da intervenção do Estado na limitação ao exercício do direito ao segredo bancário”, in AA.VV., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário – Estudos de Direito e Filosofia* (org.: A. Silva Dias, J. A. Raposo, J. Lopes Alves, L. Duarte d’Almeida e P. de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, pp. 965-988.