

PARECER N.º 46 /2008

I) Introdução

A Direcção Geral dos Assuntos Técnicos e Económicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros solicita o parecer da CNPD acerca do texto dum projecto de acordo bilateral para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, em fase de negociação entre Portugal e o Uruguai.

Pede-se, especificamente, tomada de posição acerca do teor do respectivo artigo 26.º, directamente respeitante à troca de informações fiscais.

II) Norma a apreciar

Compulsado o texto do instrumento em causa, verifica-se que é o referido artigo 26.º que cabe na área de competência desta Comissão. O conteúdo desse preceito – em língua inglesa, que é a única em que se encontra formalizado, dado ser aquela em que as negociações estão a ser realizadas – é o seguinte:

“Article 26.º

Exchange of Information

- 1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is foreseeably for carrying out the provisions of this Convention or to the administration or enforcement of the domestic laws concerning taxes of every kind and description imposed on behalf of the Contracting States, or of their political or administrative subdivisions or local authorities, insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Convention. The exchange of information is not restricted by Articles 1 and 2.*

2. *Any information received under paragraph 1 by Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) concerned with the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, or the determination of appeals in relation to, the taxes referred to in paragraph 1, or the oversight of the above. Such persons or authorities shall use the information only for such purposes. They may disclose the information in public court proceedings or in judicial decisions.*
3. *In no case shall the provisions of paragraph 1 be construed so as to impose on a Contracting State the obligation:*
 - a) *to carry out administrative measures at variance with the laws and administrative practices of that or of the other Contracting State;*
 - b) *to supply information which is not obtainable under the laws or in the normal course of the administration of that or of the other Contracting State;*
 - c) *to supply information, which would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret or trade process, or information, the disclosure of which would be contrary to public policy (ordre public).*
4. *If information is requested by a Contracting State in accordance with this Article, the other Contracting State shall use its information gathering measures to obtain the requested information, even though that other State may not need such information for its own tax purposes. The obligation contained in the preceding sentence is subject to the limitations of paragraph 3 but in no case shall such limitations be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because it has no domestic interest in such information.*
5. *In no case shall the provisions of paragraph 3 be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because the information is held by a bank, other financial institution, nominee or person*

acting in an agency or fiduciary capacity or because it relates to ownership interests in a person.

Verifica-se, de todo o modo, que a versão portuguesa desta norma foi já utilizada no Acordo, com finalidades idênticas ao deste, celebrado com a República da Guiné – Bissau, e que consta do Proc. 440/08, no âmbito do qual foi proferido o Parecer desta Comissão nº 9/08, de 17 de Março de 2008.

É a seguinte a redacção não oficial, em língua portuguesa dessa regra:

“Artigo 26.º

Troca de informações

- 1. As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações que sejam previsivelmente relevantes para a aplicação das disposições da presente Convenção ou para a administração ou aplicação das leis internas dos Estados Contratantes relativas aos impostos de qualquer natureza ou denominação cobrados em benefício dos Estados Contratantes, ou das suas subdivisões políticas ou administrativas ou autarquias locais, na medida em que a tributação nelas prevista não seja contrária à presente Convenção. A troca de informações não é restringida pelo disposto no artigos 1.º e 2.º.*
- 2. As informações obtidas nos termos do nº 1 por um Estado Contratante serão consideradas secretas do mesmo modo que as informações obtidas com base na legislação interna desse Estado e só poderão ser comunicadas às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e autoridades administrativas) encarregadas da liquidação ou cobrança dos impostos referidos no primeiro período, ou dos procedimentos declarativos ou executivos, ou das decisões de recursos, relativos a esses impostos, ou do controlo do que precede. Essas pessoas ou autoridades utilizarão as informações assim obtidas apenas para os fins referidos. Essas informações poderão ser reveladas no decurso de audiências públicas de tribunais ou em decisões judiciais.*

3. O disposto nos números 1 e 2 não poderá em caso algum ser interpretado no sentido de impor a um Estado Contratante a obrigação:
 - a) De tomar medidas administrativas contrárias à sua legislação e à sua prática administrativa ou às do outro Estado Contratante;
 - b) De fornecer informações que não possam ser obtidas com base na sua legislação ou no âmbito da sua prática administrativa normal ou nas do outro Estado Contratante;
 - c) De transmitir informações reveladoras de segredos ou processos comerciais, industriais ou profissionais, ou informações cuja comunicação seja contrária à ordem pública.
4. Se forem solicitadas informações por um Estado Contratante em conformidade com o disposto no presente Artigo, o outro Estado contratante utilizará os poderes de que dispõe a fim de obter as informações solicitadas, mesmo que esse outro Estado não necessite de tais informações para os seus próprios fins fiscais. A obrigação constante da frase anterior está sujeita às limitações previstas no n.º 3, mas tais limitações não devem, em caso algum, ser interpretadas no sentido de permitir que um Estado Contratante se recuse a prestar tais informações pelo simples facto de estas não se revestirem de interesse para si, no âmbito interno.
5. O disposto no n.º 3 não pode em caso algum ser interpretado no sentido de permitir que um Estado Contratante se recuse a prestar informações unicamente porque estas são detidas por um banco, outra instituição financeira, um mandatário ou por uma pessoa agindo na qualidade de agente ou fiduciário, ou porque essas informações são conexas com os direitos de propriedade de uma pessoa".

As divergências entre as duas versões são, como pode constatar-se, mínimas, e sem relevância para a definição do seu teor essencial.

As “*autoridades competentes*” mencionadas no n.º 1 deste artigo 26.º são, de acordo com o artigo 3.º, n.º 1, al h) precedente:

- No caso de Portugal, o Ministro das Finanças e da Administração Pública o Director-Geral dos Impostos, ou representantes de um ou outro, devidamente autorizados;
- Em relação ao Uruguai, desconhece-se uma vez que no artigo 3.º, n.º 1, al. h) e ii) não se encontra formulado no seu todo.

III) **Apreciação**

A) Regime jurídico aplicável ao intercâmbio de informações

O intercâmbio de informações a que este artigo 26.º se reporta integra, em relação a Portugal, uma transferência de dados pessoais para um país não pertencente à União Europeia nem ao Conselho da Europa.

Isto significa, que, para Portugal, tal transferência deverá obedecer, não só aos artigos 19.º e 20.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (que transpõe para a ordem interna a Directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995), como ainda os preceitos da Convenção n.º 108 do Conselho da Europa¹ (art 12.º) e do seu Protocolo Adicional² (art 2.º) – ambos instrumentos internacionais que, enquanto convenções devidamente ratificadas, constituem direito vigente em Portugal.

Sendo assim, dever-se-ia fazer menção, no preceito em análise, não apenas às legislações nacionais mas também aos instrumentos internacionais aplicáveis (pelo menos em Portugal é esse o caso) no concernente à transferência de dados pessoais.

¹ Referimo-nos à Convenção n.º 108 do Conselho da Europa de 28 de Janeiro de 1981 para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 23/93, de 9 de Julho de 1993 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 21/93, da mesma data.

² Referimo-nos ao Protocolo Adicional à Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, respeitante às autoridades de

No que respeita ao Uruguai, não tendo assinado a Convenção n.º 108, vigora a recentemente aprovada Ley 18.331 de Protección de Datos Personales y Acción de “Habeas Data” de 6 de Agosto de 2008³, aplicável especificamente a esta matéria, que adiante se aprecia.

B) A exigência do nível de protecção adequada

Tanto o artigo 19.º da Lei n.º 67/98 como o artigo 2.º do Protocolo Adicional à Convenção 108 exigem como regra, para que dados pessoais possam ser transferidos para países terceiros (respectivamente em relação à União Europeia e ao Conselho da Europa), que estes assegurem um “*nível de protecção adequado*” no tocante àqueles.

Essa adequação deve ser aferida em função de todas as circunstâncias que rodeiam a transferência ou transferências em questão – nomeadamente a natureza dos dados, a finalidade e duração dos tratamentos projectados, os países de origem e de destino final, as regras de direito em vigor no país da recepção e as regras profissionais e medidas de segurança respeitadas nesse Estado.

A prática das instâncias competentes tem incluído, como elemento essencial do regime legal de protecção de dados, a existência de entidade independente incumbida de garantir a aplicação de tais normas.

Importa, pois, que, no âmbito das negociações em curso, se intente verificar se o Uruguai preenche estes requisitos – nomeadamente se possui legislação específica sobre protecção de dados pessoais e se nele existe autoridade independente encarregada de assegurar o respeito de tais normas.

A atenção a prestar a este aspecto é particularmente relevante pelo facto de estarem em jogo dados de especial melindre, muitos deles abrangidos pelo sigilo fiscal.

controlo e aos fluxos transfronteiriços de dados aprovado para ratificação pela Resolução Da Assembleia da República n.º 4572006, de 20 de Junho, em 20 de Abril de 2006.

³ Publicada no D.O. de 18 de Agosto de 2008, n.º 27549

C) Eventual derrogação à exigência do “*nível de protecção adequado*”

A exigência de “*nível de protecção adequado*” não se apresenta, de todo o modo, como absoluta. Ela admite derrogações, tanto na lei interna portuguesa como no Protocolo Adicional à Convenção 108.

Assim é que, por um lado, o artigo 20º da Lei nº 67/98 estipula, no seu nº 1, al c), que a transferência de dados para país que não garanta tal nível de protecção é permitida (de acordo com deliberação interpretativa da CNPD, convergente com a adoptada nos demais países da UE, sem necessidade de controlo prévio) se for necessária “*para a protecção dum interesse público importante*”.

Fórmula similar é, por seu turno, utilizada no Parágrafo 2.º do artigo 2.º do Protocolo Adicional. De todo o modo, e tal como se explicita no Relatório Explicativo deste Protocolo, derrogações deste tipo devem ser configuradas restritivamente, evitando-se, em especial, que se transformem afinal na regra.

O propósito de evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal, que o presente Acordo tem em vista prosseguir, pode assumir a aludida natureza de “*interesse público importante*”. Esse juízo terá, como se apontou, de ser feito com rigor, dada a relevância dos interesses privados em jogo.

D) Princípios universais imposteráveis

Se se entender que não é evidente que o Uruguai garanta protecção adequada, mas que os mencionados interesses públicos importantes justificam a celebração do Acordo em negociação, nem por isso se restringirão ao conteúdo do artigo 26.º os critérios de protecção de dados que ambos os Estados contratantes devem respeitar.

Na verdade, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 14 de Dezembro de 1990, a Resolução 45/95, estabelecendo directivas para o tratamento de dados pessoais por via informática. Não se trata, é certo, de instrumento vinculativo, mas

apenas com valor de recomendação. De todo o modo, é decerto o instrumento de mais amplo campo de aplicação nesta matéria, que todos os Estados-membros da ONU devem considerar na sua actuação.

Os princípios indicados nessas Directivas são, designadamente: o da recolha de dados de acordo com a lei e a boa fé; da exactidão; do respeito pela finalidade; do acesso pelo titular dos dados; de não discriminação; da segurança; da existência de autoridade imparcial e independente para assegurar o respeito por tais regras; da existência de sanções para o desrespeito das mesmas.

E) A protecção prevista pela Lei Uruguia

Com data de 6 de Agosto de 2008, a Ley de Protección de Datos Personales y Acción de “Habeas Data” prevê no seu artigo 23.º a proibição da transferência de dados pessoais com países que não proporcionem níveis de protecção adequados de acordo com as normas de direito internacional sobre a matéria. Essa proibição poderá ceder, dependendo das circunstâncias, quando se trate de situação de cooperação judicial internacional ou acordos internacionais nos quais a Republica Oriental do Uruguai seja parte. Prevê-se ainda outras situações em que pode haver transferência internacional de dados designadamente quando o titular tenha prestado inequivocamente o seu consentimento ou no caso da transferência seja necessária para a salvaguarda de um interesse público importante, reconhecimento, exercício ou defesa de um direito em processo judicial.

A Ley de Protección de Datos Personales y Acción de “Habeas Data” de 6 de Agosto de 2008 foi preparada no seio da Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), com missão de dar forte impulso para o avanço da sociedade de informação e do conhecimento, promovendo que as pessoas, empresas e governo façam um melhor uso das tecnologias da informação e da comunicação. A importância das questões relativas à protecção de dados levou à criação de um grupo de trabalho com atribuições especialmente nessa área, tendo prestado o seu valioso contributo na elaboração do

anteprojecto que culminou com a aprovação da Ley de Protección de Datos n.º 18.331⁴.

A lei uruguaia prevê no seu artigo 31.º a criação de um órgão de controlo e supervisão independente da AGESIC, dotado de larga autonomia técnica com competência para fazer cumprir as disposições previstas na lei. Esse órgão a que se chamará Unidade Reguladora e Controlo de Dados Pessoais será dirigido por um Conselho Executivo composto por 3 elementos designados entre individualidades que pelos seus antecedentes pessoais, profissionais e conhecimento sobre a matéria assegurem com critérios de independência, eficiência, objectividade e imparcialidade o desempenho dos seus cargos. Determina-se que os elementos do Conselho durante o seu mandato não recebam ordens ou instruções no plano técnico.

A Lei prevê que a Unidade de Controlo a ser criada disponha de poderes sancionatórios em relação aos responsáveis de bases de dados ou responsáveis por tratamentos de dados pessoais em caso de violação das normas contidas naquele dispositivo legal, que podem ir até à suspensão de funcionamento de uma base de dados⁵.

É do conhecimento desta CNPD que a Unidade Reguladora e Controlo de Dados Pessoais prevista na lei ainda não foi criada, pelo que a celebração da presente Convenção deverá ter em conta esta realidade que a qualquer momento se pode alterar, uma vez que a Lei é muito recente.

Atendendo à actualidade da temática relativa à protecção de dados no Uruguai somos levados a considerar que enquanto decorrem as negociações relativas à presente Convenção, estão ao mesmo tempo em preparação alterações legislativas como seja a aprovação da criação da Unidade Reguladora e Controlo de Dados Pessoais. O facto de existir uma Lei de Protecção de Dados não confere por si só um nível de

⁴ Como se poderá constatar através dos objectivos e balanço do trabalho realizado do grupo de trabalho disponíveis em www.agesic.gub.uy/Sitio/descargas/ProteccionDatosPersonales.pdf

⁵ O texto da Lei encontra-se disponível na página do parlamento da República Oriental do Uruguai em www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18331&Anchor=

protecção adequado, deverá existir uma autoridade independente encarregada de assegurar o respeito de tais normas.

F) Conclusões

1) Cabe, assim, verificar se **no momento da assinatura da Convenção**, o Uruguai proporciona nível adequado de protecção de dados – e, na negativa, se ocorre interesse público importante que justifique a celebração do presente Acordo;

2) Vindo a celebrar-se o Acordo, cumprirá, no seu artigo 26.º, a propósito da transferência de dados (ou intercâmbio de informações), fazer referência, não apenas à legislação interna de cada um dos Estados contratantes.

3) Na eventualidade de se concluir que **no momento da assinatura da Convenção** o Uruguai não garante protecção adequada em matéria de dados pessoais, tem sentido acrescentar – como número aditado a esse artigo 26.º, ou mediante preceito autónomo – que as partes contratantes respeitarão, no tocante à protecção de dados pessoais, os princípios directores para a regulamentação dos ficheiros Informatizados que contenham dados de carácter pessoal contidos na Resolução 45/95 de 14 de Dezembro de 1990, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Lisboa, 09 de Dezembro de 2008

Ana Roque, Carlos Campos Lobo, Eduardo Campos, Luís Barroso (Relator), Vasco Almeida, Helena Delgado António



Luís Lingnau da Silveira (Presidente)