

Processo n.º 2130/2010

Parecer n.º 18 /2010

I. O pedido

A Direcção-Geral dos Assuntos Técnicos e Económicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros solicita à Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd) a emissão de parecer sobre o artigo 26.º do Projecto de Convenção 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 a Nova Zelândia.

O pedido de parecer decorre das atribuições conferidas à Comissão Nacional de Protecção de Dados pelo n.º 2 do artigo 22.º da Lei n.º 67/98, de 26-10, e é emitido no uso da competência fixada na alínea a) do n.º 1 do artigo 23.º do mesmo diploma legal.

De referir, como ponto prévio, que o texto submetido a parecer se apresenta somente em língua inglesa, pelo que a versão portuguesa em apreço deve ser vista como versão de trabalho da CNPD, fixada em outros pareceres de teor similar.

II. Norma em análise

O texto que se propõe reproduz *expressis verbis* o artigo 26.º da Convenção Modelo da OCDE sobre Dupla Tributação do Rendimento e do Capital, na versão resumida de 2008. É o seguinte o teor da norma constante da proposta de Convenção em análise:

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 Convenção. A troca de informações não é restringida pelo disposto nos artigos 1.º e 2.º.*

2. *As informações obtidas nos termos do n.º 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 deverão, 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 respectivo 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 uma instituição bancária, um outro estabelecimento financeiro, 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.*
6. *Os Estados Contratantes respeitarão os Princípios Directores para a Regulamentação dos Ficheiros Informatizados que contenham dados de carácter pessoal previstos na Resolução 45/95, de 14 de Dezembro de 1990, da Assembleia Geral das Nações Unidas.*

À CNPD cabe apenas apreciar o regime previsto nas normas acima transcritas sob o ponto de vista do direito vigente sobre a protecção de dados pessoais e dos princípios gerais aplicáveis nesta matéria.

III. **Apreciação**

1. Regime jurídico aplicável ao intercâmbio de informações

O intercâmbio de informações a que o artigo 26.º do Projecto de Convenção se reporta integra, em relação a Portugal, uma transferência de dados pessoais para um país não pertencente à União Europeia.

Isto significa que tal transferência deverá obedecer, não só aos artigos 19.º e 20.º da Lei n.º 67/98, de 26.10 (que transpôs para a ordem interna a Directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995), como ainda aos preceitos da Convenção n.º 108 do Conselho da Europa (artigo 12.º) e do seu Protocolo Adicional (artigo 2.º) – ambos instrumentos internacionais que, enquanto convenções devidamente ratificadas, constituem direito vigente em Portugal.¹

No caso, embora no preceito em análise apenas seja feita menção às legislações nacionais, o n.º 2 do Protocolo à Convenção reporta-se ainda aos instrumentos internacionais aplicáveis no que concerne à transferência de dados pessoais.

No que concerne à transferência de dados pessoais para terceiros países ou para organismos internacionais recebidos da outra parte contratante ao abrigo da Convenção, o texto proposto nada refere a este respeito. Esta transmissão, no entanto, não deve poder ser efectuada sem o consentimento prévio da Parte que transmitiu os dados. Deve ser incluído na Convenção um preceito destinado a regular esta questão.

¹ A Convenção n.º 108, aprovada em 28 de Janeiro de 1981, foi aprovada para ratificação pela Resolução da AR n.º 23/93, de 9 de Julho de 1993 e ratificada pelo Decreto do PR n.º 21/93, da mesma data.

2. 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 n.º 108 exigem como regra, para que dados pessoais possam ser transferidos para países terceiros (respectivamente em relação à UE e ao CE), 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, como é o caso da Nova Zelândia onde a Privacy Commissioner's Office detém tais atribuições.

3. 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. Admitem-se derrogações, tanto na lei interna portuguesa como no Protocolo Adicional à Convenção n.º 108.

Assim é que, por um lado, o artigo 20.º da Lei n.º 67/98 estipula, no seu n.º 1, alínea 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*”.

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.

4. Princípios universais imposteráveis

Ainda que a Nova Zelândia não garantisse protecção adequada (o que não é o caso como atrás se referiu), os mencionados interesses públicos importantes poderiam justificar a celebração do Acordo em negociação. No entanto, mesmo nessa hipótese, nem por isso se restringiriam 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.

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.

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.

Note-se que no projecto de Convenção em análise encontra-se expresso no seu n.º 6 que as partes contratantes respeitarão, no tocante à protecção de dados pessoais, os princípios constantes da Resolução 45/95 da ONU.

5. Redacção da norma propriamente dita

5.1 O n.º 1 do artigo 26.º refere que as autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações que sejam *previsivelmente relevantes* para a aplicação das disposições da Convenção, sendo este um requisito de difícil determinação.

O juízo prognóstico sobre quais os dados pessoais previsivelmente relevantes para combater a dupla tributação e a evasão fiscal, pela antecipação que implica de situações futuras relativamente indeterminadas, afigura-se demasiado aleatório face a cada situação concreta e, em todo o caso, alheio ao ditame da proporcionalidade, que impõe que só possam ser intercambiadas informações adequadas, pertinentes e não excessivas relativamente à finalidade para que são recolhidas e posteriormente tratadas.

Neste sentido, somos de opinião que uma redacção com semelhante teor contraria o princípio geral constante do artigo 5.º da Convenção 108 do Conselho da Europa, de 28 de Janeiro de 1981, relativa ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal, e do artigo 6.º, n.º 1, alínea c) da Directiva 95/46/CE, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e não é coerente com o regime assumido como desejável pelos artigos 2.º do Protocolo Adicional à Convenção 108 e 25.º e 26.º da Directiva 95/46/CE para a transferências destes dados para países terceiros.

Assim, deve ser alterada a redacção proposta no artigo 26.º, n.º 1, substituindo-se o requisito das informações serem *previsivelmente relevantes*, por *informações necessárias* para aplicação das disposições da presente Convenção.

5.2 O artigo 26.º, n.º 1, na sua parte final menciona que “a troca de informações não é restringida pelo disposto nos artigos 1.º e 2.º”, o que, de acordo com o seu sentido natural, este aditamento deveria destinar-se a clarificar que a troca de informações pode incidir também sobre a tributação do *rendimento* de não residentes (já que o âmbito do artigo 1.º se restringe aos residentes) e alargar-se a outras espécies de *imposto sobre o rendimento* para além das indicadas no artigo 2.º, prevenindo assim futuras mudanças no sistema fiscal de qualquer das Partes Contratantes.

No entanto, os comentários oficiais ao artigo 26.º da Convenção Modelo da OCDE pretendem que este preceito visa permitir uma troca indiscriminada de informações sobre quaisquer pessoas, residentes ou não residentes, e sobre quaisquer impostos, de rendimento, de património, de capital ou de consumo.

Em nossa opinião, esta segunda interpretação não deve ser perfilhada uma vez que alargaria o objecto e o fim da Convenção de modo indefinido, à discrição das Partes contratantes, sem qualquer possibilidade de controlo pelas autoridades independentes ou pelos tribunais que vierem a aplicar este instrumento. Por outro lado, do ponto de vista de regime de protecção dos dados pessoais regulados pela Convenção, este entendimento põe em causa o respeito pelos princípios da finalidade e da proporcionalidade no tratamento dos dados.

Sendo assim, para evitar ambiguidades, é preferível que as partes *declarem positivamente e não por simples remissão* que a troca de informações prevista no artigo 26.º pode incidir também sobre os *rendimentos dos não residentes e compreender todas as espécies de impostos sobre o rendimento*, quer existam já ou venham a ser criadas no futuro.

Se, para além disto, Portugal e a Nova Zelândia pretenderem instituir um quadro geral para regular a troca de informações relativas a todos os sujeitos passivos e à generalidade dos impostos existentes nos respectivos sistemas fiscais, resta-lhes sempre a possibilidade de o fazerem através de um instrumento adequado, aderindo à Convenção da OCDE/Conselho da Europa sobre a assistência mútua em matérias fiscais, de 25 de Janeiro de 1988, que entrou em vigor em 1995 e se encontra aberta à ratificação de qualquer destes Estados.

5.3 O n.º 4 do artigo 26.º proposto refere que *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*. E acrescenta que *a obrigação constante da frase anterior está sujeita às limitações previstas no n.º 3, mas tais limitações não deverão, 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 respectivo âmbito interno.

Este número reproduz o artigo 26.º, n.º 4 da Convenção Modelo da OCDE sobre Dupla Tributação do Rendimento e do Capital.

Note-se, no entanto, que um dos seus trechos [*“mesmo que esse outro Estado (...)”*, em vez de *“mesmo que **este** outro Estado (...)”*] poderá suscitar a dúvida de que o Estado requerente tem direito a obter as informações em causa mesmo quando elas não sejam necessárias para prevenir a dupla tributação e combater a evasão fiscal, quando, afinal, o que se quer dizer é o contrário, a saber, que o Estado requisitado não pode recusar o pedido com o argumento de não precisar de tais informações para os seus próprios fins tributários.

Recomenda-se, por isso, que o texto do artigo 26.º, n.º 4 seja corrigido de acordo com o exposto.

5.4 O n.º 5 do artigo 26.º tal como o anterior reproduz o artigo 26.º, n.º 5 da Convenção Modelo da OCDE sobre Dupla Tributação do Rendimento e do Capital.

Este preceito pretende deixar bem claro que os dados pessoais sob sigilo bancário também estão sujeitos ao regime instituído pela Convenção para a troca de informações entre as Partes Contratantes. O facto de constituírem dados sob a vida privada dos sujeitos passivos dos impostos sobre o rendimento não é razão suficiente para excepcionar este tipo de informações. De facto, esta ordem de razões, levada ao extremo, tornaria inexecutável o artigo 26.º da Convenção, pois o que está em causa é sempre a troca de informações sobre a situação pessoal e económica dos sujeitos passivos dos impostos sobre o rendimento, informações que constituem, em qualquer caso, dados sobre a vida privada dos seus titulares.

Ou seja, do ponto de vista da protecção de dados pessoais, o regime da troca de dados sujeitos a sigilo bancário não deverá ser muito diferente do regime aplicável aos restantes

dados referentes à vida privada dos seus titulares. Portanto, como se faz na Convenção em análise, na qual se permite o intercâmbio de dados sujeitos a sigilo fiscal, dificilmente se poderá defender que o mesmo tipo de razões ou de regulamentação não é aplicável aos dados pessoais sob segredo bancário.

IV. Conclusões

Em face das considerações antecedentes, concluímos que a Direcção-Geral dos Assuntos Técnicos e Económicos, do Ministério dos Negócios Estrangeiros, recomenda-se que:

1. Se atendam às recomendações formuladas nos números 1 do ponto III deste parecer sobre a transferência de dados pessoais para terceiros países ou para organismos internacionais.
2. Seja alterada a redacção proposta no artigo 26.º, n.º 1, substituindo-se o requisito das informações serem *previsivelmente relevantes*, por *informações necessárias* para aplicação das disposições da presente Convenção.
3. As partes *declarem positivamente e não por simples remissão* que a troca de informações prevista no artigo 26.º pode incidir também sobre os *rendimentos dos não residentes e compreender todas as espécies de impostos sobre o rendimento*, quer existam já ou venham a ser criadas no futuro.
4. O texto do artigo 26.º, n.º 4 seja corrigido devendo o trecho [*mesmo que esse outro Estado (...)*] ser substituído por [*mesmo que **este** outro Estado (...)*], de acordo com o exposto no número 5.3 do ponto III.

É este o sentido do nosso parecer.

Lisboa, 12 Abril de 2010

Luís Barroso, Ana Roque (relatora), Carlos Campos Lobo, Helena Delgado António, Vasco Almeida, Luís Paiva de Andrade



Luís Lingnau da Silveira (Presidente)