

Processo n.º 2662/2010

Parecer n.º 22 /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 um texto de projecto de Acordo Bilateral para Troca de Informações em Matéria Fiscal a celebrar entre Portugal e Santa Lúcia.

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.

No caso em apreço, o pedido formulado respeita à análise e ponderação dos normativos constantes nos artigos 5.º e 8.º do texto em presença, os quais retratam a matéria da troca de informações fiscais e a confidencialidade.

Refira-se ainda que o complexo em presença, pretende abranger não só as pessoas singulares como também as colectivas – cfr. arts.º 4.º, n.º 1 al. e) e 5.º, n.º 4 al. b) - , pelo que por força do plasmado no artigo 3º da Lei 67/98 de 26 de Outubro (LPDP), toda a apreciação a elaborar neste momento e nesta sede, abrange apenas as pessoas singulares.

II. Apreciação

a) Geral

Num primeiro momento cabe referir que oportunamente e em sede própria esta CNPD teve oportunidade de emitir Parecer sobre Projectos de Acordos Bilaterais de conteúdo semelhante, seguindo este a mesma linha de argumentação.

Compulsado o texto apresentado, surge manifesto que o preceitos a reclamarem ponderação directa em matéria de protecção de dados pessoais são os invocados artigos 5.º e 8.º.

b) Particular

- 1- Para melhor compreensão transcreve-se na íntegra o texto do artigo 5.º na versão em língua portuguesa disponibilizada pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros no Processo n.º 7086/2009 da mesma natureza.

ARTIGO 5.º

TROCA DE INFORMAÇÕES A PEDIDO

1. *A autoridade competente da Parte requerida prestará informações, mediante pedido, para os fins visados no Artigo 1.º. As referidas informações devem ser trocadas independentemente de o comportamento objecto de investigação constituir ou não uma infracção penal segundo o direito da Parte requerida, se tal comportamento ocorresse na Parte requerida.*
2. *Se as informações na posse da autoridade competente da Parte requerida não forem suficientes de modo a permitir-lhe satisfazer o pedido de informações, a referida Parte tomará todas as medidas adequadas para a recolha de informações necessárias a fim de prestar à Parte requerente as informações solicitadas, mesmo que a Parte requerida não necessite dessas informações para os seus próprios fins fiscais.*
3. *Mediante pedido específico da autoridade competente de uma Parte requerente, a autoridade competente da Parte requerida prestar as informações visadas no presente Artigo, na medida em que o seu direito interno o permita, sob a forma de depoimentos de testemunhas e de cópias autenticadas de documentos originais.*
4. *Cada Parte Contratante providenciara no sentido de que as respectivas autoridades competentes, para os fins visados no Artigo 1.º, tenham o direito de obter e de fornecer, a pedido:*
 - a) *as informações detidas por um Banco, por outra instituição financeira, representante legal ou por qualquer pessoa que aja na qualidade de mandatário ou de fiduciário, incluindo nomeados e trustees;*
 - b) *as informações relativas à propriedade de sociedades, sociedades de pessoas, trusts, fundações, instituições e outras pessoas, incluindo, dentro dos limites do Artigo 2º, informações relativas à titularidade dessas pessoas numa cadeia de títulos de propriedade; no caso de trusts, informações relativas a settlors, a trustees e a beneficiários; e, no caso de fundações, informações relativas a fundadores, membros do conselho da fundação e*

beneficiários. Todavia, o presente Acordo não impõe às Partes Contratantes a obrigatoriedade de obterem ou de facultarem informações em matéria de titularidade no que respeita a sociedades cotadas ou a fundos ou planos de investimento público colectivo, salvo se as referidas informações poderem ser obtidas sem gerarem dificuldades desproporcionadas.

5. A autoridade competente da Parte requerente prestará as informações seguintes autoridade competente da Parte requerida, sempre que apresente um pedido de informações ao abrigo do Acordo, em que demonstre a previsível relevância das informações solicitadas:

- a) a identidade da pessoa objecto de controlo ou de investigação;
- b) a indicação das informações pretendidas, designadamente a natureza das mesmas e a forma como a Parte requerente deseja receber as informações da Parte requerida;
- c) a finalidade fiscal com que as informações são solicitadas;
- d) as razões que levam a supor que as informações solicitadas são detidas na Parte requerida ou estão na posse ou sob o controlo de uma pessoa sujeita a jurisdição da Parte requerida;
- e) na medida em que sejam conhecidos, o nome e morada de qualquer pessoa em relação a qual haja a convicção de estar na posse das informações solicitadas;
- f) Uma declaração precisando que o pedido está em conformidade com as disposições legislativas e com as práticas administrativas da Parte requerente, que, se as informações solicitadas relevassem da competência da Parte requerente, a autoridade competente dessa Parte poderia obter as informações ao abrigo da sua legislação ou no quadro normal da sua prática administrativa e que o pedido está em conformidade com o presente Acordo;
- g) uma declaração precisando que a Parte requerente utilizou para a obtenção das informações todos os meios disponíveis no seu próprio território, salvo aqueles susceptíveis de suscitar dificuldades desproporcionadas.

6. A autoridade competente da Parte requerida comunicará tão diligentemente quanto possível à Parte requerente as informações solicitadas. A fim de assegurar uma resposta expedita, a autoridade competente da Parte requerida deverá:

- a) acusar, por escrito, a recepção do pedido a autoridade competente da Parte requerente a notificar a autoridade competente da Parte requerente de quaisquer eventuais lacunas no pedido, no prazo de 60 dias a contar da recepção do pedido;
- b) se a autoridade competente da Parte requerida não tiver conseguido obter e fornecer as informações no prazo de 90 dias a contar da recepção do pedido, incluindo o caso de deparar com obstáculos para a prestação das informações ou se se recusar a prestar as informações, deverá informar imediatamente à Parte requerente, indicando as razões dessa incapacidade, a natureza dos obstáculos encontrados ou os motivos da recusa.

- 2- Surge desde logo claro que o dispositivo legal em questão consagra uma transferência de dados pessoais para a finalidade apontada no Acordo, pelo menos em relação a Portugal (desconhece-se a situação de Santa Lúcia quanto à existência de legislação interna e/ou internacional definindo de que modo estas operações se realizam).

Estando em causa um território não pertencente à União Europeia nem ao Conselho da Europa, esta transferência deve obedecer aos mecanismos que integram os 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) e, bem assim, aos preceitos da Convenção 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.

Nesta medida, deve fazer-se menção, não apenas às legislações nacionais/internas mas também a todos os instrumentos internacionais aplicáveis (pelo menos em Portugal é esse o caso) no que concerne à transferência de dados pessoais.

- 3- Outro aspecto a notar de pertinência significativa nesta matéria, prende-se com as garantias de que a transferência para países terceiros é feita, com a segurança de que estes oferecem um nível de protecção adequado.

Essa adequação deve ser aferida em função de todas as circunstâncias que rodeiam tal operação – nomeadamente a natureza/tipo dos dados, a finalidade, tempo de conservação dos dados, a possibilidade de acesso pelos titulares e consequente direito de correcção e/ou eliminação, 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.

Tem-se entendido e exigido, como elementos essenciais do regime legal de protecção de dados, a existência de legislação específica e de entidade independente incumbida de garantir a aplicação de tais normas.

Importa, pois, que, no âmbito das negociações em curso, se intente verificar se Santa Lúcia preenche estes requisitos.

A atenção a prestar a este aspecto é particularmente relevante pelo facto de estarem em jogo dados entendidos pela lei portuguesa de especial melindre e sensibilidade, muitos deles abrangidos pelo sigilo fiscal e profissional – atente-se na previsão do artigo 5.º.

Convém no entanto referir nesta sede que, em determinadas situações e, ainda que o país envolvido não garanta um nível de protecção adequada, esta exigência pode ser ultrapassada, sempre e desde que esteja em causa a “protecção dum interesse público importante” – artigo 20.º, n.º 1 al. c) da Lei 67/98 de 26 de Outubro e ainda Parte 2.ª do artigo 2.º do Protocolo Adicional à Convenção n.º 108.

Visando este Acordo matérias relacionadas com informação fiscal, cobrança de impostos e procedimentos em matéria fiscal, crê-se que se poderá entender, desde que suportado em juízos de rigor, exigência e análise concreta caso a caso, existirem situações que integram a dita noção de interesse público importante.

Adiante-se no entanto que, para recurso a esta alternativa, dever-se-á sempre ponderar caso a caso, recorrendo a critérios de rigor e equidade, de molde a ser justificável o sacrifício de interesses privados do cidadão.

Cabe ainda exprimir que justificando a celebração do presente Acordo, razões de interesse público importante e se Santa Lúcia não garantir um nível de protecção adequada, há que fazer apelo às recomendações insertas na Resolução 45/95 de 14 de Dezembro de 1990, tomada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (esta consagra diversas directivas para o tratamento de dados pessoais por via informática).

Aqui apontam-se princípios norteadores, designadamente os 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.

- 4- O artigo 8.º, sob a epígrafe de “Confidencialidade”, dispõe de um conjunto de normas específicas, obrigando as autoridades competentes das partes a um regime de confidencialidade sobre as informações trocadas (n.º 1 do artigo 8.º), bem como excluindo a comunicação de dados a terceiros, com excepção da utilização das informações no âmbito de processos judiciais.

Dispõe igualmente o artigo 8.º que os dados não podem ser utilizados para finalidades diferentes das previstas no Acordo, sem a autorização expressa por escrito da autoridade competente da parte requerida.

Deverá fazer-se menção expressa ao princípio da necessidade, tendo em conta que a transmissão de dados pessoais pode ser efectuada na medida necessária à execução das disposições do acordo em causa e com ressalva da legislação da parte requerida.

Tendo em conta que o regime de protecção de dados é bem mais abrangente do que meras normas reguladoras de confidencialidade, sugere-se que a epígrafe do artigo seja alterada para “Protecção de Dados”, designação mais condicente com o próprio alcance e redacção do artigo.

Por outro lado, considera a CNPD que não é aceitável a previsão da parte final do n.º 1 do artigo 8.º, segundo a qual as informações trocadas podem ser utilizadas para outras finalidades, não especificadas, desde que a autoridade competente da parte requerida dê a sua autorização.

Com efeito, o princípio da finalidade é um princípio basilar em protecção de dados pessoais, devendo os dados pessoais ser tratados para «*finalidades determinadas, explícitas e legítimas*» (cf. Alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º da LPD). Nessa medida, os dados recolhidos e posteriormente tratados ao abrigo dos fins explicitados no presente acordo não deverão ser utilizados para outras finalidades, fora do âmbito do acordo, as quais não estão sequer descritas, de forma a se poder sequer apurar se são ou não incompatíveis com a finalidade que determinou o seu tratamento.

- 5- O n.º 2 do artigo 8.º prevê que em caso de troca de informações relativas a pessoas singulares identificadas ou identificáveis, devem aplicar-se as disposições do Capítulo 6, em especial do artigo n.º 199 do Economic Partnership Agreement (EPA) celebrado entre os estados membros do Cariforum¹ e a União Europeia em 15 de Outubro de 2008.

No mencionado capítulo 6, os estados membros reconhecem a importância da protecção dos dados pessoais como um direito fundamental, apresentando um elenco exaustivo de princípios a observar e medidas os em matéria de protecção de dados pessoais bem como os mecanismos existentes para assegurar o cumprimento das normas aí previstas. O EPA celebrado entre os estados da Cariforum e a União Europeia² traduz no essencial o que está previsto na Directiva de Protecção de Dados.

Acresce que em anotação ao artigo n.º 197 faz-se referência expressa à necessidade dos estados garantirem um nível de protecção adequado na linha do que está previsto nas normas internacionais de protecção de dados da Assembleia Geral das Nações Unidas de 14 de Novembro de 1990 (sobre o tratamento de dados pessoais por via informática) e nas recomendações da OCDE sobre a protecção da privacidade nos fluxos transfronteiriços de dados pessoais com data de 23 de Setembro de 1980.

- 6- A respeito da redacção propriamente dita do n.º 1 do artigo 8.º do texto de Convenção proposto, refira-se que o mesmo é confuso permitindo leituras fora do seu espírito, pelo que, para melhor se compreender o seu sentido e conteúdo, o corpo no n.º 1 deve ser separado por diversas alíneas.

¹ Santa Lúcia é parte do Cariforum juntamente com outros 14 países: Antigua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, República Dominicana, Granada, Guyana, Haiti, Jamaica, São Vicente e Granadinas, São Cristóvão-Nevis, Suriname e Trinidad e Tobago

² Este Acordo de Parceria Económica encontra-se disponível em língua portuguesa em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:289:0003:1955:PT:PDF>

III. Conclusões

1. O Projecto de Acordo entre Portugal e Santa Lúcia sobre a Troca de Informações em Matéria Fiscal por conter dispositivos legais susceptíveis de interferir com dados da natureza pessoal e sensível, permite que esta CNPD emita parecer.
2. O Projecto contempla de uma maneira geral as garantias suficientes de protecção de dados pessoais, devendo ser introduzidas as alterações sugeridas pela CNPD, quanto à epígrafe do artigo 8.º, e quanto à eliminação da possibilidade de os dados serem utilizados para outras finalidades fora do âmbito do acordo.
3. Com vista a salvaguardar o facto de Santa Lúcia não apresentar garantias de protecção adequada em matéria de dados pessoais, salienta-se positivamente a obrigatoriedade de as partes justificarem os seus pedidos de informação e atestarem a sua legalidade nos termos do seu direito interno, tal como consta do artigo 5.º, bem como do compromisso de assegurar um nível de protecção de dados equivalente ao disposto pela Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995 por referência ao EPA – Cariforum e União Europeia (al. a) ponto vi) do artigo n.º 199.

É este o sentido do nosso parecer.

Lisboa, 26 Abril de 2010

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



Luís Lingnau da Silveira (Presidente)