

Parecer n.º 33 /2011

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 as Ilhas Marshall.

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 3.º da Lei n.º 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 os 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 inglesa disponibilizada pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros no Processo n.º 7086/2009 da mesma natureza.

"Article 5

EXCHANGE OF INFORMATION UPON REQUEST

1. *The competent authority of the requested Party shall provide upon request by the requesting Party information for the purposes referred to in Article 1. Such information shall be provided without regard to whether the requested Party needs such information for its own tax purposes or the conduct being investigated would constitute a crime under the laws of the requested Party if it had occurred in the territory of the requested Party. The competent authority of the requesting Party shall only make a request for information pursuant to this Article when it is unable to obtain the requested information by other means in its own territory, except where recourse to such means would give rise to disproportionate difficulty.*

2. *If the information in the possession of the competent authority of the requested Party is not sufficient to enable it to comply with the request for information, that Party shall use at its own discretion all applicable information gathering measures necessary to provide the requesting Party with the information requested, notwithstanding that the requested Party may not, at that time, need such information for its own tax purposes.*

3. *If specifically requested by the competent authority of the requesting Party, the competent authority of the requested Party shall provide information under this Article, to the extent allowable under its laws, in the form of depositions of witnesses and authenticated copies of original records.*

4. *Each Party shall ensure that its competent authorities, in accordance with the terms of this Agreement have the authority to obtain and provide upon request:*

a) Information held by banks, other financial institutions, and any person, including nominees and trustees, acting in an agency or fiduciary capacity; and

c) Information regarding the beneficial ownership of companies, partnerships and other persons, including in the case of collective investment funds and schemes, information on shares, units and other interests; in the case of trusts, information on settlors, trustees, protectors and beneficiaries; and in the case of foundations, information on founders, members of the foundation council and beneficiaries,

provided that this Agreement does not create an obligation on the Parties to obtain or provide ownership information with respect to publicly traded companies or public collective investment funds or schemes unless such information can be obtained without giving rise to disproportionate difficulties.

5. Any request for information, shall be formulated with the greatest detail possible and shall specify in writing:

- a) The identity of the person under examination or investigation;
- b) The period for which the information is requested;
- c) The nature of the information sought and the form in which the requesting Party would prefer to receive it;
- d) The tax purpose for which the information is sought;
- e) The reasons for believing that the information requested is foreseeably relevant to the tax administration and enforcement of the tax law of the requesting Party, with respect to the person identified in subparagraph a) of this paragraph;
- f) Grounds for believing that the information requested is held in the requested Party or is in the possession of or obtainable by a person within the jurisdiction of the requested Party,
- g) To the extent known, the name and address of any person believed to be in possession of the requested information;
- h) A statement that the request is in conformity with the laws and administrative practices of the requesting Party, that if the requested information was within the jurisdiction of the requesting Party then the competent authority of the requesting Party would be able to obtain the information under the laws of the requesting Party or in the normal course of administrative practice and that it is in conformity with this Agreement;
- i) A statement that the requesting Party has pursued all means available in its own territory to obtain the information except those that would give rise to disproportionate difficulties.

6. The competent authority of the requested Party shall acknowledge receipt of the request to the competent authority of the requesting Party and shall use its best endeavours to forward the requested information to the requesting Party with the least reasonable delay."

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 das Ilhas Marshall 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 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.

- 2- 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 e no momento da efectiva celebração do acordo, se intente verificar se as Ilhas Marshall preenchem 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 n.º 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, no caso das Ilhas Marshall que não garante um nível de protecção adequada, há que fazer apelo¹ 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

¹ Como aliás as partes o expressam no texto proposto no n.º 6 do artigo 8.º que adiante se fará referência

independente para assegurar o respeito por tais regras, da existência de sanções para o desrespeito das mesmas.

Tais directivas não têm valor vinculativo, mas apenas recomendatório. A sua inserção nos acordos pode, de algum modo, justificar o entendimento de que, no respectivo âmbito e entre as partes, estas aceitam respeitá-las.

- 3- No caso do Estado português decidir celebrar a Convenção de troca de informações fiscais, mesmo verificando a falta de um nível adequado de protecção das Ilhas Cook (fazendo-se valer de algumas das três situações de derrogação previstas no artigo 2.º do Protocolo Adicional), deverá também, adaptar o quadro geral desse preceito aos casos de transferência de informações fiscais para terceiros Estados ou organismos internacionais por parte de algum dos Estados partes da convenção bilateral .

O texto em apreciação nada refere sobre a transmissão para terceiros Estados ou para organismos internacionais de dados pessoais recebidos da outra Parte Contratante ao abrigo da Convenção. Esta transmissão, no entanto, não deve poder ser efectuada sem o consentimento prévio da Parte que transmitiu os dados e desde que, em qualquer dos casos, seja indicada a finalidade da transferência e esteja garantido o direito de informação do titular dos dados, se a finalidade do tratamento assim o justificar. Para além disso, o Estado que retransmite os dados deve verificar se o terceiro Estado ou o organismo internacional garantem um nível adequado de protecção dos dados. Recomenda-se, por isso, que o artigo 5.º inclua um novo preceito destinado a regular a questão nos termos indicados.

- 4- O artigo 8.º, sob a epígrafe de "Confidentiality and data protection", dispõe o seguinte:

1. *All information provided and' received by the competent authorities of the Parties shall be kept confidential.*
2. *Such information shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) concerned with the purposes specified in Article 1, and used by such persons or*

authorities only for such purposes, including the determination of any appeal. For these purposes information may be disclosed in public court proceedings or in judicial decisions.

- 3. Such information may not be used for any purpose other than] for the purposes stated in Article 1 without the expressed written consent of the competent authority of the requested Party.*
- 4. The information provided to a requesting Party under this Agreement may not be disclosed to any other jurisdiction.*
- 5. Personal data may be transmitted to the extent necessary for carrying out the provisions of this Agreement and subject to the provisions of the law of the supplying Party.*
- 6. The Parties shall ensure the protection of personal data at a level that is equivalent to that of Directive 95/46/EC of The European Parliament and of the Council of 24 October 1995 and shall comply with the guidelines established by the United Nations General Assembly Resolution 45/95, adopted on the 14 December 1990.*

Trata-se 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.

Faz-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.

A CNPD aprecia positivamente a previsão do n.º 5 do artigo 8.º, segundo a qual as informações trocadas podem não serem utilizadas para outras finalidades, não especificadas no acordo, 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 6 do artigo 8.º faz menção expressa às Directrizes da ONU de 1990 sobre protecção de dados informáticos que no caso em apreço se mostra indispensável.

Esta Comissão tem preconizado a expressa referência a tais Directrizes em Acordos ou Convenções deste tipo quando eles são celebrados com países como as Ilhas Marshall que não possuem leis e instituições que assegurem protecção adequada em matéria de protecção de dados pessoais.

A optar-se pela celebração da Convenção projectada, deve reconhecer-se que a aplicação das Directrizes da ONU de 1990, prevista no n.º 6 do preceito em análise, sempre atenuará os eventuais riscos da falta de protecção adequada, já que, conquanto não vinculativo, esse instrumento aponta para os mais fundamentais princípios da protecção de dados pessoais.

- 6- Recomenda-se também que fique expressamente previsto no texto da Convenção em negociação, que os dados pessoais trocados ao abrigo do presente acordo não poderão ser comunicados a Estados terceiros sem a autorização prévia do Estado que forneceu a informação, devendo ser garantido o respeito pelo princípio da finalidade.

III. Conclusões

1. O Projecto de Acordo entre Portugal e as Ilhas Marshall 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.

3. Com vista a salvaguardar o facto das Ilhas Marshall 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 e da Resolução 45/95 tomada pela Assembleia Geral da ONU.
4. Deverá ficar expressamente previsto no texto da Convenção em negociação, que os dados pessoais trocados ao abrigo do presente acordo não poderão ser comunicados a Estados terceiros sem a autorização prévia do Estado que forneceu a informação.
5. As partes devem incluir na Convenção um preceito específico que acautele a transferência de dados recebidos da outra Parte Contratante ao abrigo da Convenção bilateral para terceiros Estados ou para organismos internacionais. Essa transferência não deve poder ser efectuada sem o consentimento prévio da Parte que transmitiu os dados e desde que, em qualquer dos casos, seja indicada a finalidade da transferência e esteja garantido o direito de informação do titular dos dados, se a finalidade do tratamento assim o justificar. O Estado que retransmite os dados deve, além disso, verificar se o terceiro Estado ou o organismo internacional garantem um nível adequado de protecção dos dados.

É este o sentido do nosso parecer.

Lisboa, 14 Abril de 2011

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



Luís Lingnau da Silveira (Presidente)