

PARECER Nº 22 /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 Kuwait.

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

II) Norma a apreciar

Na verdade, compulsado o texto do instrumento em causa, verifica-se que é o referido artigo 26º 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 26º

Exchange of Information

1. *The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is necessary for carrying out the provisions of this Convention or of the domestic laws of the Contracting States concerning taxes covered by this Convention insofar as the taxation thereunder is not contrary to this Convention.*

Any information received by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that Contracting State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) involved in the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, or the determination of appeals in relation to, the taxes covered by this Convention. 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.

2. *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)."

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 portuguesa dessa regra:

"Artigo 26º

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 1º e 2º.
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.*"

Note-se que o texto ora em análise não integra os n.ºs 3 e 4 da versão portuguesa acabada de transcrever.

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

Acresce que as "autoridades competentes" mencionadas no n.º 1 deste artigo 26º são, de acordo com o artigo 3º, n.º 1, al j) precedente:

- no caso do Kuwait, o Ministro das Finanças ou um representante dele, devidamente autorizado;
- em relação a Portugal, o Ministro das Finanças e da Administração Pública o Director-Geral dos Impostos, ou representantes de um ou outro, devidamente autorizados.

III) Apreciação

A) Regime jurídico aplicável ao intercâmbio de informações

O intercâmbio de informações a que este artigo 26º 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.¹

Isto significa, pois, que tal transferência deverá obedecer, não só aos artigos 19º e 20º da Lei nº 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 108 do Conselho da Europa (art 12º) e do seu Protocolo Adicional (art 2º) – ambos instrumentos internacionais que, enquanto convenções devidamente ratificadas, constituem direito vigente em Portugal.²

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.

B) A exigência do nível de protecção adequada

Tanto o artigo 19º da Lei nº 67/98 como o artigo 2º do Protocolo Adicional à Convenção 108 exigem como regra, para que dados pessoais possam ser transferidos

¹ No concernente ao Kuwait, desconhece-se se existem legislação interna ou instrumentos internacionais aplicáveis especificamente a esta matéria.

² A Convenção nº 108, aprovada em 28 de Janeiro de 1981, foi aprovada para ratificação pela Resolução da AR nº 23/93, de 9 de Julho de 1993 e ratificada pelo Decreto do PR nº 21/93, da mesma data.

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.

Importa, pois, que, no âmbito das negociações em curso, se intente verificar se o Kuwait 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.

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

A exigência de “*nível de protecção adequada*” 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 Par. 2.a do artigo 2º 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 Kuwait 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 26º 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.

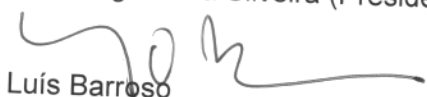
E) Conclusões

- 1) Cabe, assim, verificar se o Kuwait 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 26º, a propósito da transferência de dados (ou intercâmbio de informações), fazer referência, não apenas à legislação interna de cada um dos Estados contratantes, mas também aos instrumentos internacionais por que estejam vinculados nessa matéria;
- 3) Na eventualidade de se concluir que o Kuwait não garante protecção adequada em matéria de dados pessoais, tem sentido acrescentar – como número aditado a esse artigo 26º, ou mediante preceito autónomo – que as partes contratantes respeitarão, no tocante à protecção de dados pessoais, os princípios constantes das Directivas da ONU de 1990.

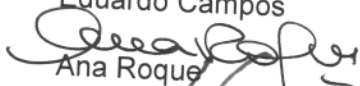
Lisboa, 9 de Junho de 2008



Luís Lingnau da Silveira (Presidente e relator)


Luís Barroso

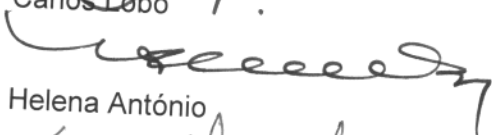
Eduardo Campos



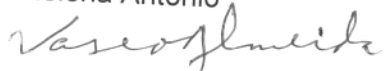
Ana Roque



Carlos Lobo



Helena António



Vasco Almeida

Vasco Almeida

amm