

PARECER N.º 43/2018

I – O pedido

O Diretor-Geral da Direção-Geral de Política Externa do Ministério dos Negócios Estrangeiros vem solicitar o parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados sobre o projeto de Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento entre a República Portuguesa e a República da Argentina.

A CNPD, enquanto entidade administrativa independente com poderes de autoridade para o controlo dos tratamentos de dados pessoais, nos termos do n.º 1 do artigo 21.º e n.º 1 do artigo 22.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, alterada pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, emite o presente parecer ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 3 do artigo 58.º do Regulamento (EU) 679/2016, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (doravante, RGPD), restringindo-se aos aspetos relativos à proteção de dados pessoais.

II – Contratação internacional e transferência de dados pessoais

Nos termos do artigo 46.º do RGPD, a República Portuguesa só pode realizar transferências de dados pessoais para um país terceiro situado fora da União Europeia, como a República da Argentina, se esse país apresentar garantias adequadas e na condição de os titulares dos dados gozarem de direitos oponíveis e de medidas jurídicas corretivas eficazes.

À luz da alínea 1) do artigo 4.º do RGPD, os dados tributários objeto de transferência constituem dados pessoais e por esse facto, antes de celebrarem um acordo bilateral com a República da Argentina, as autoridades portuguesas devem certificar-se de que este Estado está em condições de assegurar um nível de proteção adequado para os dados tributários cuja transferência esteja prevista no texto do projeto.

A adequação do nível de proteção dos dados deve ser apreciada em função de todas as circunstâncias que rodeiam a transferência ou o conjunto de transferências, tomando em consideração, designadamente, a natureza dos dados, a finalidade e a duração dos tratamentos projetados, o país de origem e o país de destino final, as regras de direito, gerais

ou sectoriais, em vigor no Estado em causa e, bem assim, as regras e as medidas de segurança que são adotadas na Argentina.

Atendendo a que a Comissão Europeia através da Decisão 2013/65/UE de 30 de janeiro, emitiu decisão favorável quanto ao nível de adequação garantido pela República da Argentina nas transferências de dados a partir da União Europeia, para efeitos do artigo 25.º, n.º 2, da Diretiva 95/46/CE¹, estamos perante um Estado que garante proteção adequada.

Cumpra agora apreciar se o Projeto de Acordo, regulador específico do intercâmbio de informações, oferece também as salvaguardas suficientes para a transferência internacional de dados.

III – Apreciação

O artigo 26.º da Convenção sob epígrafe “Troca de informações” regula as trocas de informações pelas Partes reproduzindo *expressis verbis* o artigo 26.º da Convenção Modelo da OCDE sobre Dupla Tributação do Rendimento e do Capital, na versão resumida de 2008, à exceção do n.º 6, que remete para a aplicação das diretivas sobre regulamentação de ficheiros de computador que contenham dados pessoais aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

a) Finalidades da troca de informações

O n.º 1 do artigo 26.º atribui à troca de informações duas finalidades cumuláveis: a) a aplicação da Convenção; b) a administração ou execução das leis internas sobre impostos, na medida em que a tributação nelas prevista não seja contrária ao acordo.

A este propósito, destaca-se que os dados pessoais recolhidos têm de visar finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratadas de forma incompatível com esses fins (cf. alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD). Como melhor se exporá adiante, *maxime* no ponto dedicado aos princípios gerais de proteção de dados pessoais (cf. infra, alínea d)), a especificação clara de finalidades dos tratamentos de dados pessoais é relevante no que respeita à tutela dos direitos dos titulares dos dados pessoais,

¹ Disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/DecCom%2030-6-03-Argentina.pdf>.

desde logo para se poder aferir da adequação e necessidade do tratamento dos dados para a sua prossecução.

Todavia, a parte final do n.º 1 do artigo 26.º, ao determinar que a troca de informações não fica restringida pelo disposto nos artigos 1.º e 2.º da mesma Convenção, põe em causa o princípio da finalidade, prejudicando ainda a verificação da aplicação dos restantes princípios em matéria de proteção dos dados pessoais

Na verdade, uma tal previsão abre o tratamento de dados a qualquer finalidade e para quaisquer sujeitos (categorias de titulares de dados), ultrapassando os limites decorrentes do objeto (e objetivo) da Convenção. Se se pretende estender este regime jurídico a outros sujeitos ou para outros fins impõe-se que os mesmos sejam especificados no texto da Convenção, sob pena de violação do princípio consagrado na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD.

b) O respeito pelo princípio da proporcionalidade

O mesmo n.º 1 do artigo em análise prevê que as autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as “informações previsivelmente relevantes” para aplicar a Convenção ou para a administração ou execução das leis internas.

Remeter a determinação dos dados pessoais sujeitos a comunicação e troca entre os dois Estados para um juízo de prognose sobre quais sejam os *previsivelmente relevantes* para combater a dupla tributação e a evasão fiscal, importa um grau de incerteza jurídica que, só por si, é inadmissível no contexto da regulação de direitos fundamentais como são o da proteção de dados pessoais e o da reserva da intimidade da vida privada e familiar – aqui, em matéria fiscal, também em causa dada a extensão da informação pessoal que a autoridade tributária recolhe à luz da legislação vigente no nosso ordenamento jurídico. O apelo ao juízo de prognose dificulta ainda a apreciação do cumprimento do princípio da proporcionalidade quanto aos dados tratados, de acordo com o determinado na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD, que impõe que só possam ser objeto de intercâmbio as informações adequadas, pertinentes e não excessivas relativamente à finalidade do tratamento.

Neste sentido, somos de opinião que uma previsão com semelhante teor contraria o princípio geral constante do artigo 5.º da Convenção 108 do Conselho da Europa e do artigo 5.º, n.º 1,

alínea c), do RGPD, não sendo coerente com o regime assumido como indispensável pelo artigo 2.º do Protocolo Adicional à Convenção 108.º e pelos artigos 44.º e 46.º do RGPD para as transferências de dados para países terceiros.

Recomenda-se, por isso, que pelo menos, no n.º 1 do artigo 26.º, em vez de “informações previsivelmente relevantes” se empregue a expressão “informações necessárias”, a qual, faz apelo ao princípio da proporcionalidade. Refira-se a este propósito que em diversas convenções sobre a mesma matéria² é utilizada a expressão “informações necessárias”. De resto, os próprios comentários oficiais à Convenção Modelo da OCDE admitem que qualquer uma destas expressões seja empregue, em alternativa, com um significado equivalente, pelo que, sendo o conceito de necessidade mais preciso e rigoroso do ponto de vista de proteção de dados pessoais, não parece haver motivo para não o introduzir no texto do Projeto.

c) O acesso a dados sob sigilo bancário

Num preceito que reproduz o artigo 26.º, n.º 5, da Convenção Modelo, o artigo 26.º, n.º 5, da proposta determina que um Estado Contratante não pode recusar-se a prestar informações unicamente porque possuídas por uma instituição de crédito, 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.

Este preceito torna evidente que, na ponderação de bens jurídicos ou interesses efetuada na Convenção Modelo da OCDE, se deu prevalência ao interesse público dos Estados Partes na tributação efetiva dos rendimentos abrangidos sobre o direito fundamental dos particulares em ver salvaguardada a reserva da sua vida privada, ainda que este sacrifício venha acompanhado de garantias adequadas quanto à confidencialidade da informação transmitida.

A este propósito, a CNPD permite-se notar que o artigo 26.º, n.º 5, deve, no entanto, ser interpretado no seu devido contexto. Deste modo, apesar dos termos literais da primeira parte do n.º 3 do artigo 26.º, deve entender-se que a aplicação do n.º 5 não afasta a aplicação daquela disposição, isto é, que o acesso às informações dos bancos não pode contrariar as

² Veja-se a título meramente exemplificativo as Convenções celebradas com a mesma finalidade com Israel, Paquistão, Singapura, Chile, Argélia, Holanda, aprovadas pelas Resoluções da Assembleia da República n.º 2/2008, 66/2003, 85/2000, 28/2006, 22/2006 e 62/2000 respetivamente.



condições estabelecidas na lei interna para o levantamento do segredo bancário. É esta, de resto, a interpretação sugerida pelos comentários oficiais ao n.º 5 do artigo 26.º da Convenção Modelo da OCDE.

d) Os direitos dos titulares dos dados

Constata-se positivamente que as Partes neste acordo optaram por incluir um artigo sob epígrafe “*Use and transfer of personal data*” – artigo 27.º - sobre os princípios de proteção de dados (maxime, finalidade e minimização dos dados) e os direitos dos titulares dos dados, designadamente o direito de acesso e o direito de retificação dos dados. Não está regulado na proposta atual a transmissão para terceiros Estados ou para organismos internacionais de dados pessoais recebidos da outra Parte Contratante ao abrigo da Convenção. Porém, estando reconhecida pela Comissão Europeia a adequação do regime de proteção de dados na Argentina, admite-se que as partes possam realizar tais transferências nos termos da legislação nacional.

IV – Conclusão

Em face das observações feitas, considera-se que o texto do Acordo de cooperação bilateral entre a República Portuguesa e a República da Argentina para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento, carece de algumas reformulações, em cumprimento do quadro legal português e europeu de proteção de dados, no sentido de introduzir as seguintes alterações:

- a) Eliminar a parte final do n.º 1 do artigo 26.º (último período);
- b) Substituir, no n.º 1 do artigo 26.º, a expressão «informações que sejam previsivelmente relevantes» por *informações que sejam necessárias*.

Lisboa, 18 de setembro de 2018

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Filipa Calvão', is written over a horizontal line.

Filipa Calvão (A Presidente)