

PARECER N.º 55/2018

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 Protecção de Dados sobre o Projeto de Protocolo que altera a Convenção entre a República Portuguesa e a República do Uzbequistão para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento celebrada no dia 23 de junho de 2000 e publicada no Diário da República n.º 177, I série-A - de 2 de agosto de 2003.

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 (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 – Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados (doravante, RGPD), restringindo-se aos aspetos relativos à protecção 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 do Uzbequistão, 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 do Uzbequistão, as autoridades portuguesas devem certificar-se de que este Estado está em condições de assegurar um nível de protecção 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 no Uzbequistão.

Importa referir que no domínio dos instrumentos jurídicos de proteção de dados, a República do Uzbequistão não aderiu à Convenção n.º 108 do Conselho da Europa¹, aberta a países não pertencentes ao Conselho da Europa. Não se encontra em vigor nesse país uma lei de proteção de dados nem existe uma autoridade com atribuições nesta matéria. Por essa razão, é imprescindível que o texto do Projeto de Convenção, enquanto instrumento jurídico específico de regulação do intercâmbio dos dados pessoais, contenha as salvaguardas necessárias para a transferência internacional de dados.

Assinala-se que, no caso português, embora a transferência de dados não resulte expressamente de disposição legal, se reconduz ainda à lei a licitude deste tratamento, já que que o artigo 81.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, sobre eliminação da dupla tributação internacional (como também o artigo 51.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, no tocante aos lucros e reservas distribuídos, relativo às pessoas coletivas, mas com reflexos em pessoas singulares), tem como pressuposto lógico a troca de informações entre os Estados interessados como um meio adequado para garantir a eficácia das normas que contém e que o faz, além disso, em benefício dos interesses específicos dos contribuintes afetados.

Analisa-se em seguida o texto do projeto para verificar se o mesmo oferece as garantias suficientes de um nível adequado de proteção dos dados pessoais que sejam transferidos, com esta finalidade, para o território paquistanês, em respeito pelo princípio consagrado no artigo 44.º do RGPD.

¹ Convenção para Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal aprovada em 28 de Janeiro de 1981, foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 23/93, de 9 de julho, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 21/93, da mesma data.

III – Apreciação

O artigo 26.º que se pretende aditar ao texto da Convenção através da aprovação do Protocolo em apreciação, 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.

a) Finalidades da troca de informações

O n.º 1 do artigo 26.º atribui à troca de informações duas finalidades: a) a aplicação da Convenção, portanto a eliminação da dupla tributação em matéria de impostos sobre o rendimento e a prevenção da fraude e evasão fiscal; 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, 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 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.

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.

h

c) O acesso a dados sob sigilo bancário

Num preceito que, como se referiu supra, se reproduz o artigo 26.º, n.º 5, da Convenção Modelo, o n.º 5 do artigo 26.º do Projeto 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 condições estabelecidas na lei interna para o levantamento do sigilo 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 que as Partes neste acordo optaram por incluir um artigo sob epígrafe “Use and transfer of personal data” – artigo 27.º - sobre os direitos dos titulares dos dados.

A respeito desta questão, importa aqui referir ainda o n.º 6 do artigo 27.º, que sujeita os Estados Contratantes à observância das diretivas para a regulação dos ficheiros de computador que contenham dados pessoais aprovadas pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/45/95, de 14 de Dezembro de 1990.

Em nosso entender, e reiterando o que se dizia no Parecer n.º 12/2012, mais do que remeter em globo para estas diretivas, é preferível enunciar diretamente os princípios que devem



vincular as Partes na troca recíproca de informações. De facto, a remissão pura e simples para as diretivas, cujo teor regulatório é pouco preciso, corre o risco de não produzir qualquer efeito útil quanto à proteção dos dados pessoais transferidos, uma vez que pretende tornar obrigatório um quadro normativo demasiado indeterminado, quadro esse onde, a par de princípios, se encontram também amplas exceções e normas não imediatamente exequíveis na ordem interna.

Efetivamente, a remissão para as diretivas da Assembleia Geral das Nações Unidas obriga os Estados Partes a respeitarem os direitos de informação e de retificação dos contribuintes afetados. Não são estes, no entanto, os únicos direitos dos titulares dos dados que devem ser salvaguardados. Por outro lado, o exercício destes direitos deve ser coordenado com as diversas finalidades da troca de informações.

Sugerimos, assim, que seja aditado ao artigo 27.º um novo número onde seja feita esta coordenação. Este número deve observar as linhas gerais que a seguir se expõem:

- a) No caso de troca de informações com o objetivo de aplicar as leis internas ou a Convenção, no que toca à tributação dos rendimentos, às isenções e a outros mecanismos de eliminação da dupla tributação internacional, a autoridade competente deve notificar os contribuintes afetados informando-os sobre a comunicação que vai ser feita, os seus destinatários, a sua finalidade e o modo como podem exercer os direitos de acesso e de retificação dos dados.

Só desta forma a Convenção se encontrará em conformidade com os direitos e liberdades do titular dos dados garantidos pelo artigo 35.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

- b) Nos casos de trocas de informações destinadas a evitar ou a combater a evasão e a fraude fiscais, o direito de informação dos titulares dos dados não pode ser garantido sem prejudicar a própria prossecução deste interesse público. Uma boa ponderação dos interesses em presença impõe a sua dispensa nos tratamentos efetuados com esta finalidade. O direito de acesso e retificação também não deverá ser concedido se for previsível que o seu exercício poderá afetar o sucesso da investigação.
- c) Em caso de troca de informação com o objetivo de investigar e reprimir os crimes e infrações tributárias conexos com as operações internacionais dos contribuintes, poderá também justificar-se a dispensa da obrigação de informação por parte da

autoridade responsável pelo tratamento. No entanto, os Estados Partes devem garantir que o titular dos dados possa exercer o seu direito de acesso aos mesmos através das autoridades independentes a quem o direito interno atribua a verificação do cumprimento da legislação de protecção de dados pessoais e não exatamente como se prevê no n.º 2 do artigo 27.º.


A terminar, alerta-se para a circunstância de não se prever – e, portanto, não estar regulado em conformidade com o nosso ordenamento jurídico – na proposta atual a transmissão para terceiros Estados ou para organismos internacionais de dados pessoais recebidos da outra Parte Contratante ao abrigo da Convenção.

IV – Conclusão

Em face das observações feitas, a CNPD recomenda a revisão do texto do projeto de Protocolo adicional à Convenção de cooperação bilateral entre a República Portuguesa e a República do Uzbequistão 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 protecção 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*;
- c) Introduzir ao artigo 27.º um novo número onde seja feita a coordenação entre as diversas finalidades da troca de informações no que toca ao exercício do direito de acesso por parte dos titulares.

Lisboa, 20 de novembro de 2018



Filipa Calvão (Presidente)