

PARECER/2024/5

I. Pedido

1. O Ministério dos Negócios Estrangeiros (MNE), através da Direção-Geral de Política Externa, solicitou à Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) que se pronunciasse sobre a adequação do texto das Convenções para evitar a Dupla Tributação (a seguir «CDT»), que implicam a transferência internacional de dados, às disposições do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)¹.
2. Tendo em vista obter um modelo de clausulado, a inserir nas CDT que Portugal pretende celebrar bilateralmente com vários países, que respeite o novo quadro legal de proteção de dados, em particular em matéria de transferências internacionais de dados, o Ministério das Finanças apresentou uma proposta de redação inicial de clausulado de proteção de dados.
3. Essa proposta foi sendo posteriormente trabalhada pelo Ministério das Finanças (MF) com os contributos e perspetivas da CNPD, os quais tiveram igualmente em consideração que Portugal é signatário da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal do Conselho da Europa e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE). A CNPD pronuncia-se assim formalmente sobre o texto que resultou desse intercâmbio prévio entre o MF e a CNPD.
4. É, assim, objetivo comum fixar-se um clausulado conforme o RGPD, que venha a dotar as CDT das garantias apropriadas para a transferência internacional de dados pessoais. Tal permitirá ademais uma agilização na emissão de parecer por parte da CNPD quanto às futuras CDT que venham a ser negociadas por Portugal.
5. A CNPD emite parecer no âmbito das suas atribuições e competências, enquanto autoridade administrativa independente com poderes de autoridade para o controlo dos tratamentos de dados pessoais, conferidos pela alínea *c*) do n.º 1 do artigo 57.º, a alínea *b*) do n.º 3 do artigo 58.º e n.º 4 do artigo 36.º, todos do RGPD, em conjugação com o disposto no artigo 3.º, no n.º 2 do artigo 4.º e na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 6.º, todos da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que executa na ordem jurídica interna o RGPD.

¹ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

II. Análise

6. As Convenções para evitar a Dupla Tributação, quando celebradas com Estados terceiros, ou seja, fora do Espaço Económico Europeu, implicam a transferência internacional de dados pessoais e a sua utilização posterior. A transferência de dados pessoais, sendo uma operação de tratamento, constitui por si só um tratamento de dados pessoais, na aceção do artigo 4.º, alínea 2), do RGPD. Do mesmo modo, todas as operações de tratamento realizadas pelo Estado destinatário dos dados, incluindo qualquer transferência subsequente, constituem tratamentos de dados, ficando assim sujeitos às disposições do RGPD, tal como interpretadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ².

7. O RGPD prescreve, como princípio geral, que qualquer transferência de dados pessoais que sejam ou venham a ser objeto de tratamento após a transferência para um país terceiro só pode realizar-se se forem respeitadas as condições estabelecidas no Capítulo V do RGPD, as quais devem ser aplicadas de modo a não comprometer o nível de proteção das pessoas singulares que é garantido pelo regulamento. Isto sem prejuízo de outras disposições do RGPD aplicáveis (cf. artigo 44.º).

8. Em traços gerais, há uma diferença substancial entre transferências de dados para um país terceiro que goze de uma decisão de adequação emitida pela Comissão Europeia (CE) ao abrigo do artigo 45.º do RGPD, ou para um destino que não tenha sido objeto dessa decisão.

9. No primeiro caso, as transferências não carecem de nenhuma autorização específica nem da existência de condições especiais, devendo, contudo, dar-se particular atenção ao âmbito de aplicação da decisão de adequação da CE, a qual pode abranger apenas o setor público ou privado, algumas áreas de atividade ou uma determinada legislação, e não ser extensiva a todo o Estado terceiro³, o que prejudicaria o nível de proteção de dados, requerendo então outras salvaguardas.

10. Na ausência de uma decisão de adequação, o RGPD prevê que apenas podem ser efetuadas transferências se forem apresentadas pelos responsáveis pelo tratamento garantias adequadas, e na condição de os titulares gozarem de direitos oponíveis e terem vias de recurso eficazes disponíveis⁴ (cf. n.º 1 do artigo 46.º). Este artigo

² Vide a seguinte jurisprudência: Acórdão de 6 de outubro de 2015, Caso Schrems, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650; Acórdão de 16 de julho de 2020, Caso Schrems II, C-318/11, ECLI:EU:C:2020:559; Parecer 1/15 de 26 de julho de 2017 sobre o Projeto de acordo entre o Canadá e a União Europeia para a transferência dos dados dos registos de identificação dos passageiros aéreos da União para o Canadá (dados PNR).

³ É o caso, designadamente, do Canadá, cuja decisão de adequação se cinge à lei de proteção de dados canadiana que é aplicável apenas ao setor privado, o que poria em crise, por exemplo, a transferência de dados entre autoridades públicas competentes em matéria fiscal, se realizada ao abrigo dessa decisão.

⁴ Por uma questão de clareza e segurança jurídica, convém notar que a versão portuguesa do RGPD, que constitui uma das versões oficiais do Regulamento, numa tradução deficiente, utiliza o termo «medidas jurídicas corretivas», quando a versão em Inglês, que

elencar um conjunto de mecanismos nos quais podem ser previstas tais garantias adequadas para que as transferências de dados possam ocorrer, sendo que em todos os casos tal exige a existência de um instrumento juridicamente vinculativo.

11. Ora, no caso das CDT, estamos perante um acordo entre Estados, cujo conteúdo é vinculativo para as Partes, criando direitos e deveres, e produzindo efeitos como se de uma medida legislativa se tratasse. Isto é sobremaneira relevante, uma vez que o país terceiro tem de garantir um nível adequado de proteção essencialmente equivalente ao assegurado na União⁵. Este é sem dúvida um grau de exigência elevado, atentos os padrões europeus em matéria de proteção de dados e, como tal, poucos Estados reúnem condições para passar esse crivo.

12. No entanto, tal poderá ser sempre assegurado através de um acordo bilateral no qual constem essas garantias, evitando assim uma avaliação exaustiva prévia, caso-a-caso, sobre o nível de adequação do Estado terceiro com quem Portugal pretende assinar uma CDT, além da necessidade de identificar em que domínios poderá haver insuficiências na legislação e de as suprir no texto da convenção.

13. Por conseguinte, com exceção dos países que gozam de uma decisão de adequação, cujo objeto e extensão seja compatível com o objeto da CDT, será sempre preferível nos restantes casos adotar o modelo de clausulado aqui em causa, garantindo um nível de proteção de dados pessoais substancialmente equivalente ao existente na União, independentemente do regime dos países de destino apresentar mais ou menos insuficiências, evitando-se, por outro lado, uma apreciação casuística, morosa e mais falível.

14. Apesar de serem as autoridades competentes em matéria fiscal que, na prática, negociam este tipo de acordos, é evidente que não podem estas assumir compromissos que vão além das suas competências legais, como é o caso de não poderem garantir a existência de direitos oponíveis e vias de recurso independentes⁶. Essa é matéria para os acordos internacionais entre Estados, como é o caso das CDT. E é nesse contexto que as garantias adequadas de proteção de dados, a que se refere o n.º 1 do artigo 46.º do RGPD, devem estar previstas e reguladas.

serviu de base às discussões e às negociações entre os legisladores, utiliza o termo «legal remedies». Ora, a expressão inglesa é inequívoca quanto ao seu significado na Língua Portuguesa de exigência de serem disponibilizadas aos titulares dos dados vias de recurso. Esta questão é tanto mais relevante quanto as negociações entre Portugal e a sua contraparte decorrem frequentemente sobre textos em Inglês. Na versão francesa do RGPD, língua igualmente bastante utilizada nas negociações com Estados terceiros, o termo utilizado é «voies de droit», não restando, pois, qualquer dúvida quanto ao alcance do que se pretende.

⁵ Cf. Acórdão de 16 de julho de 2020, Caso Schrems II, C-318/11, ECLI:EU:C:2020:559, n.ºs 104-105.

⁶ Ibidem, n.º 186.

15. O modelo de clausulado aqui em apreciação prevê a inclusão de um artigo na CDT com a epígrafe “Proteção de dados pessoais”. A utilização desta terminologia, indubitavelmente reconhecida neste momento em todo o mundo, situa de imediato o que se pretende regular e evita equívocos com outro tipo de informações. Apesar de não estar prevista uma definição de ‘dados pessoais’, o que poderá sempre ser aditado num rol de definições, entende-se que as referências existentes no artigo a dados de pessoas singulares, bem como o tipo de dados tratados e o contexto em que são tratados, não parecem suscitar dúvidas quanto ao seu significado.

16. O n.º 1 do artigo aplica-se expressamente aos dados transferidos e posteriormente tratados, cobrindo assim todas as operações de tratamento, e estabelece o respeito pelo princípio da limitação da finalidade, pelo princípio da minimização dos dados, pelo princípio da exatidão e pelo princípio da limitação da conservação em moldes adequados e conformes o RGPD, que não merecem observações por parte da CNPD.

17. O n.º 2 do artigo prevê a situação em que tenham sido transmitidos dados inexatos ou que não deveriam ter sido fornecidos, estabelecendo-se a obrigação de informar de imediato a autoridade do Estado requerente, que deve proceder imediatamente à sua retificação ou apagamento. Esta disposição é importante e não merece comentários.

18. O n.º 3 do artigo estabelece a obrigação de as Partes adotarem medidas de segurança adequadas e necessárias para proteger os tratamentos de dados pessoais, garantindo designadamente a sua confidencialidade, e de se informarem mutuamente em caso de incidente de segurança que afete os dados pessoais transferidos, fornecendo uma descrição do incidente, as suas consequências prováveis e as medidas adotadas para mitigar os riscos. Esta norma transcreve o sentido da aplicação do princípio da integridade e confidencialidade, com uma redação muito aproximada do RGPD, além de incluir uma referência a violações de dados pessoais e de inserir uma obrigação de reporte à outra Parte dessa violação de segurança, o que lhe dá uma redação bastante atual e pertinente.

19. O n.º 4 do artigo regula as transferências ulteriores de dados para outros Estados terceiros, fazendo-as depender de duas condições cumulativas: de que a legislação do Estado de destino o preveja e de que haja uma autorização prévia do Estado de origem dos dados. Apesar de esta disposição não contemplar expressamente uma exigência do RGPD, no sentido de o Estado destinatário dos dados, numa situação de transferência subsequente, ter de assegurar um nível adequado que não comprometa a proteção das pessoas singulares, considera-se que ela contém as salvaguardas necessárias. Por um lado, exige-se a existência de uma obrigação legal no Estado terceiro que é contraparte; por outro lado, faz recair sobre Portugal, quando é o Estado de origem dos dados, a decisão de avaliar o nível de adequação do Estado destinatário da transferência ulterior, uma vez que depende da sua autorização prévia essa transferência. Nesse âmbito, compete-lhe o

escrupuloso cumprimento do RGPD na sua apreciação. Se for dada autorização pelas autoridades portuguesas, essa decisão terá de ser devidamente justificada, ao abrigo do princípio da responsabilidade reconhecido no n.º 2 do artigo 5.º do RGPD, e está sujeita ao escrutínio da CNPD.

20. O n.º 5 do artigo prevê o direito de acesso aos dados por parte dos seus titulares, incluindo a confirmação de serem ou não tratados dados pessoais, enquanto o n.º 6 do artigo prevê as situações em que pode haver derrogação parcial ou total quanto à satisfação do direito de acesso, em termos considerados adequados e proporcionais que não põem em crise o exercício do direito em si. Com efeito, as situações em que é possível limitar o direito de acesso assentam grandemente nos critérios constantes do artigo 23.º do RGPD. Além disso, ao fazer depender a aplicação das derrogações de um juízo de necessidade e de proporcionalidade exige uma ponderação e que a decisão final seja igualmente justificada.

21. O n.º 7 do artigo prevê o direito dos titulares à retificação e ao apagamento dos seus dados pessoais, e à limitação do tratamento, em termos muito equivalentes aos previstos no RGPD, afigurando-se ser robusta e equilibrada a redação proposta.

22. Por fim, o n.º 8 do artigo estabelece que os *Estados Contratantes garantem que as pessoas singulares titulares dos dados gozam de direitos efetivos e oponíveis e vias efetivas de recurso administrativo e/ou judicial, caso considerem que os seus direitos foram violados em resultado do tratamento dos seus dados pessoais em incumprimento das condições previstas na presente Convenção*. Esta disposição legal, ao garantir aos titulares dos dados direitos oponíveis e vias de recurso efetivas está em conformidade com as exigências do n.º 1 do artigo 46.º do RGPD. Salienta-se, no entanto, que é necessário assegurar que seja qual for a via de recurso que os titulares dos dados tenham à sua disposição, os titulares dos dados têm sempre a garantia de poder recorrer para um órgão independente, tal como decorre da jurisprudência constante do TJUE.

23. Em suma, entende a CNPD que o modelo de clausulado proposto para inserir nas CDT é conforme o RGPD, apresentando as garantias adequadas exigíveis pelas disposições conjugadas do artigo 44.º e do n.º 1 do artigo 46.º do RGPD.

24. A CNPD considera que, independentemente do nível de proteção de dados existente no Estado terceiro que venha a ser contraparte de Portugal na CDT, a inserção deste clausulado acautela todas as situações. Se um Estado terceiro já detém legislação de proteção de dados equivalente ao RGPD e aplicável aos dados pessoais tratados no âmbito da Convenção, se reconhece os direitos dos titulares ou se detém legislação que preveja o recurso aos tribunais por parte de estrangeiros, não terá qualquer dificuldade em aceitar este clausulado, na medida em que não criará direitos e deveres que não constem já do seu regime.

25. Acresce que ao inserir este clausulado na sua totalidade na CDT, Portugal acautela que as garantias adequadas de proteção de dados se mantêm, mesmo que a legislação do Estado terceiro sofra alterações que ponham em causa a equivalência do nível de proteção das pessoas singulares ao existente na União.

26. Também por esse motivo, é essencial que não sejam feitas remissões genéricas para a legislação dos Estados Parte na Convenção, além do que já está atualmente previsto neste artigo, sob pena de retirar eficácia ao que se pretende consagrar na Convenção, esvaziando-a na prática do quadro das garantias adequadas que se pretende criar.

III. Conclusões

27. Atendendo ao acima exposto, a CNPD considera que o modelo de clausulado de proteção de dados a inserir de futuro nas Convenções para evitar a Dupla Tributação, na sua integralidade e nos termos propostos, está conforme as disposições do RGPD, tal como interpretadas pelo Tribunal de Justiça.

28. A CNPD entende que as disposições ali contidas oferecem as garantias adequadas para que as transferências de dados pessoais para Estados terceiros se possam realizar, na medida em que fica assegurado um nível de proteção das pessoas singulares essencialmente equivalente ao existente na União.

Lisboa, 5 de março de 2024

Paula Meira Lourenço (Presidente)

Assinado por: **PAULA CRISTINA MEIRA LOURENÇO**
Data: 2024.03.05 18:58:52+00'00'
Certificado por: **Diário da República**
Atributos certificados: **Presidente - Comissão Nacional de Proteção de Dados**

