

Processo n.º 5222/2010

Parecer n.º 53 /2010

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 o artigo 26.º do Projecto de Convenção 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 os Barbados.

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.

II. Norma em análise

Compulsado o texto do instrumento em causa, verifica-se que é o referido artigo 26.º que cabe na área de competência desta Comissão.

A norma em causa corresponde, ao artigo 26.º da Convenção Modelo da OCDE sobre dupla tributação do rendimento e do capital. Isso não obsta a que – apesar de a OCDE ter, já em 23/04/80, emanado Directivas sobre Protecção de Dados – tal norma não padeça de várias fragilidades do ponto de vista da protecção de dados pessoais.

Estas foram, aliás, já apresentadas no Parecer n.º 16/2010 desta Comissão.

O conteúdo do preceito em análise em língua inglesa é o seguinte:

Article 26

Exchange of information

- 1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is foreseeably relevant for carrying out the provisions of this Agreement or to the*

- administration or enforcement of the domestic laws concerning taxes of every kind and description imposed on behalf of the Contracting States, or of their political subdivisions or local authorities, insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Agreement. The exchange of information is not restricted by Articles 1 and 2.
2. Any information received under paragraph 1 by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) concerned with the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, the determination of appeals in relation to the taxes referred to in paragraph 1, or the oversight of the above. 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.
 3. In no case shall the provision of paragraphs 1 and 2 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 practice 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*).
 4. If information is requested by a Contracting State in accordance with the provisions of this Article, the other Contracting State shall use its information gathering measures to obtain the requested information, even though that other State may not need such information for its own tax purposes. The obligation contained in the preceding sentence is subject to the limitations of paragraph 3 of this Article but in no case shall such limitations be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because it has no domestic interest in such information.
 5. In no case shall the provisions of paragraph 3 be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because the information is held by a bank, other financial institution, nominee or person acting in a fiduciary capacity or because it relates to ownership interests in a person.
 6. The Contracting States shall comply with the guidelines for the regulation of computer files containing personal data as established by the United Nations General Assembly Resolution A/RES/45/95, adopted on the 14th December 1990.

À CNPD cabe apenas apreciar o regime previsto nas normas acima transcritas sob o ponto de vista do direito vigente sobre a protecção de dados pessoais e dos princípios gerais aplicáveis nesta matéria.

III. **Apreciação**

A) Transferência de dados para “países terceiros”

O intercâmbio de informações a que o artigo 26.º do Projecto de Convenção se reporta integra, em relação a Portugal, uma transferência de dados pessoais para um país terceiro, não pertencente à União Europeia.

Isto significa que tal transferência deverá obedecer, não só aos artigos 19.º e 20.º da Lei n.º 67/98, de 26.10 (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 aos preceitos da Convenção n.º 108 do Conselho da Europa (artigo 12.º) e do seu Protocolo Adicional (artigo 2.º) – estes últimos instrumentos internacionais que, enquanto convenções devidamente ratificadas, constituem direito vigente em Portugal.¹

No caso, embora no preceito em análise apenas seja feita menção às legislações nacionais, o n.º 2 do Protocolo à Convenção reporta-se ainda aos instrumentos internacionais aplicáveis no que concerne à transferência de dados pessoais.

B) Nível de protecção adequada

Tanto as regras nacionais como internacionais apontadas exigem que quaisquer eventuais transferências de dados pessoais para países terceiros só possam ocorrer se estes assegurarem para aqueles um nível de protecção adequado.

¹ A Convenção n.º 108, aprovada em 28 de Janeiro de 1981, foi aprovada para ratificação pela Resolução da AR n.º 23/93, de 9 de Julho de 1993 e ratificada pelo Decreto do PR n.º 21/93, da mesma data.

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.

Quanto aos Barbados, esta Comissão não dispõe de qualquer informação relativa a eventual legislação sobre protecção de dados.

Os Barbados não ratificaram a Convenção 108 do Conselho da Europa (aberta a países a este não pertencentes) sobre protecção de dados pessoais.

Parece, pois, de concluir que os Barbados não asseguram um nível de protecção de dados pessoais adequado.

C) Eventual “protecção de interesse público importante”

Tanto a Lei n.º 67/98 (artigo 20.º, n.º 1, al. c) como o Protocolo Adicional à Convenção 108 (artigo 2.º, parte 2) admitem, todavia, excepcionalmente, a transferência de dados pessoais para “países terceiros” que não assegurem protecção adequada se estiver em causa a “protecção de interesse público importante”.

Não competindo à CNPD ajuizar este aspecto, admite-se no entanto que este se verifique quando se pretenda evitar situações de dupla tributação. Apenas caberá realçar que, de acordo com as regras nacionais e internacionais citadas, esta derrogação só deve admitir-se em termos restritos e excepcionais.

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.

D) Transmissão dos dados para outros Estados ou organismos internacionais

No que concerne à transmissão para outros países ou para organismos internacionais dos dados pessoais recebidos da outra parte contratante ao abrigo da Convenção, o texto proposto nada refere a este respeito. Esta transmissão, no entanto, não deve poder ser efectuada sem o consentimento prévio da Parte que transmitiu os dados. Deve ser incluído na Convenção um preceito destinado a regular esta questão.

Caberá, igualmente, deixar expresso, no artigo 26.º em análise, que o intercâmbio de informações por ele abrangido deveria respeitar as normas internas e internacionais vigentes em matéria de transferência de dados pessoais para países terceiros.

E) Respeito pelo sigilo bancário

O n.º 5 do artigo 26.º permite, “*a contrario*” transmissão de informações cobertas pelo sigilo bancário, apresentando-se tal procedimento, à primeira vista, contrário ao respeito pela “*vida privada*”, considerada dado sensível, quer pela Constituição (artigo 35.º, n.º 3) quer pela Lei n.º 67/98 (artigo 7.º).

Na concepção vigente na nossa sociedade (noutras, como se sabe, não é assim, nomeadamente nas escandinavas – conquanto pareça vir a esboçar-se certo recuo recentemente na Suécia), os dados bancários são protegidos pelo segredo, porque considerados atinentes à vida privada.

A verdade, porém, é que o artigo 35.º, n.º 3 da Constituição permite o tratamento de dados sensíveis, com base em lei (parlamentar).

E corresponde a posição comum da nossa doutrina, ao interpretar o artigo 8.º da Constituição (Alexandre Pinheiro e outro, “*Comentário à IV Revisão Constitucional*”, pág. 65-68; Jorge Miranda e outro, “*Constituição Portuguesa Anotada*” II, págs 88-90), que as convenções internacionais regularmente ratificadas fazem parte da ordem jurídica portuguesa e gozam, nela, de proeminência sobre a legislação ordinária, mesmo que oriunda da Assembleia da República.

Assim, cabe apontar que se estará, aqui, a abrir uma derrogação ao sistema geral de sigilo bancário vigente no nosso país, o que do ponto de vista jurídico-legal, não é um procedimento inadmissível. Tudo residirá, enfim, em ponderar se os interesses públicos subjacentes à Convenção são de tal modo ponderosos que justifiquem tal medida.

F) Redacção da norma propriamente dita

1. Qualificação das informações

O artigo 27.º, n.º 1 refere: “*The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is **foreseeably relevant** for carrying out the provisions of this Agreement*”.

Na redacção proposta, optou-se, ao caracterizar as informações a trocar, pelo qualificativo de “*is foreseeably relevant*” ou na versão em língua espanhola junta aos autos “*previsiblemente pertinente*”. Esta expressão não parece completamente ajustada à do texto francês (“*vraisemblablement pertinents*”).

A expressão “*foreseeably relevant*”, de tão ampla e vaga, apresenta-se, a nosso ver, desproporcionada. A mesma não respeita, nomeadamente, o artigo 5.º, al c) da Convenção 108 do Conselho da Europa, que dispõe que os dados pessoais devem ser adequados, relevantes e não excessivos em relação às finalidades a prosseguir, exigências estas, de relevância e necessidade também expressas nas próprias Directivas da OCDE acima referidas (artigo 8.º).

Note-te que em diversas convenções sobre a mesma matéria² é utilizada a expressão “informações necessárias”, a qual é suficientemente elástica para cobrir até casos relevantes de criminalidade fiscal e se encontra perfeitamente sintonizada, por exemplo, com instrumentos internacionais como a Recomendação R (87) 15 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, que regula a utilização de dados pessoais no sector policial.

Nestes termos, deve ser alterada a redacção proposta no artigo 26.º, n.º 1, substituindo-se o requisito das informações serem *previsivelmente relevantes*, por *informações necessárias* para aplicação das disposições da presente Convenção.

2. Finalidades da utilização das informações

2.1 O n.º 4 do preceito em análise corresponde ao n.º 4 do artigo 26.º da Convenção Modelo.

Reitera-se, a propósito, o que a seu respeito se ponderou no Parecer nº 16/2010 desta Comissão sobre a proposta revisão para alteração da Convenção para evitar a dupla tributação com Singapura:

*“Note-se, no entanto, que um dos seus trechos em inglês “even though that other state (...)”, em vez de “even though **this** other state (...)” e a mesma passagem nos textos correspondentes em português a que a CNPD teve acesso “mesmo que esse outro Estado (...)”, em vez de “mesmo que **este** outro Estado (...)” dá a entender, erradamente, que o Estado requerente tem direito a obter as informações em causa mesmo quando elas não sejam necessárias para prevenir a dupla tributação e combater a evasão fiscal, quando, afinal, o que se quer dizer é o contrário, a saber, que o Estado requisitado não pode recusar o pedido com o argumento de não precisar de tais informações para os seus próprios fins tributários.*

Recomenda-se, por isso, que o texto em inglês e português do artigo 26.º, n.º 4 seja corrigido de acordo com a versão francesa do mesmo acordo e se passe a dizer, na sua primeira frase, “Se forem solicitadas informações por um Estado Contratante em

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

conformidade com o disposto no presente artigo, o outro Estado Contratante utilizará os poderes de que dispõe a fim de obter as informações solicitadas, mesmo que não necessite de tais informações para os seus próprios fins fiscais”

Recomenda-se, por isso, que o texto do artigo 26.º, n.º 4 seja corrigido de acordo com o exposto.

2.2 O artigo 26.º, n.º 1, na sua parte final menciona que *“The exchange of information is not restricted by Articles 1 and 2”*, o que, de acordo com o seu sentido natural, este aditamento deveria destinar-se a clarificar que a troca de informações pode incidir também sobre a tributação do *rendimento* de não residentes (já que o âmbito do artigo 1.º se restringe aos residentes) e alargar-se a outras espécies de *imposto sobre o rendimento* para além das indicadas no artigo 2.º, prevenindo assim futuras mudanças no sistema fiscal de qualquer das Partes Contratantes.

No entanto, os comentários oficiais ao artigo 26.º da Convenção Modelo da OCDE pretendem que este preceito visa permitir uma troca indiscriminada de informações sobre quaisquer pessoas, residentes ou não residentes, e sobre quaisquer impostos, de rendimento, de património, de capital ou de consumo.

Em nossa opinião, esta segunda interpretação não deve ser perfilhada uma vez que alargaria o objecto e o fim da Convenção de modo indefinido, à discrição das Partes contratantes, sem qualquer possibilidade de controlo pelas autoridades independentes ou pelos tribunais que vierem a aplicar este instrumento. Por outro lado, do ponto de vista de regime de protecção dos dados pessoais regulados pela Convenção, este entendimento põe em causa o respeito pelos princípios da finalidade e da proporcionalidade no tratamento dos dados.

Sendo assim, para evitar ambiguidades, é preferível que as partes *declarem positivamente e não por simples remissão* que a troca de informações prevista no artigo 26.º pode incidir também sobre os *rendimentos dos não residentes e compreender todas as espécies de impostos sobre o rendimento*, quer existam já ou venham a ser criadas no futuro.

Se, para além disto, Portugal e os Barbados pretenderem instituir um quadro geral para regular a troca de informações relativas a todos os sujeitos passivos e à generalidade dos impostos existentes nos respectivos sistemas fiscais, resta-lhes sempre a possibilidade de o fazerem através de um instrumento adequado, aderindo à Convenção da OCDE/Conselho da Europa sobre a assistência mútua em matérias fiscais, de 25 de Janeiro de 1988, que entrou em vigor em 1995 e se encontra aberta à ratificação de qualquer destes Estados.

2.3 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.

3. Cláusula sobre protecção de dados pessoais

Estando em causa a auscultação desta Comissão Nacional de Protecção de Dados sobre a posição a assumir num acordo em fase de negociação com um país terceiro que não proporciona protecção adequada, tem-se optado por não sugerir a inclusão de normas especificamente reguladoras de matéria da protecção de dados pessoais, para não afectar o normal desenvolvimento dessas negociações. No entanto, tal como já se referia no Parecer n.º 21/2010 desta CNPD, considera-se que deve preconizar-se a solução que se apresente mais explícita e segura.

Caberá, assim, se tal ainda for oportuno no âmbito das negociações em curso, integrar no acordo disposições autónomas e expressas relativas às regras de protecção de dados pessoais e que as partes declaradamente se obrigam a respeitar.

Admite-se a opção por uma de duas soluções, em alternativa.

A mais exaustiva corresponde à adopção dum preceito do tipo do artigo 5.º do Protocolo anexo à Convenção sobre dupla tributação entre Portugal e a República Federal da Alemanha, a seguir transcrito (onde a menção de artigo 25.º deve entender-se feita ao artigo 26.º):

- a) *"The receiving agency may use such data in compliance with paragraph 2 of Article 25 only for the purpose stated by the supplying agency and shall be subject to the conditions prescribed by the supplying agency.*
- b) *The supplying agency shall be obliged to ensure that data to be supplied are accurate and their foreseeable relevance within the meaning of the sentence of paragraph 1 of Article 25 and that they are proportionate to the purpose for which they are supplied. Data are foreseeably relevant if in the concrete case at hand there is the serious possibility that the other Contracting State has a right to tax and there is nothing to indicate that the data are already known to the competent authority of the other Contracting State or that the competent authority of the other Contracting State would learn of the taxable object without the information. If it emerge that inaccurate data or data which should not have been supplied have been supplied, the receiving agency shall be informed of this without delay. That agency shall be obliged to correct or erase such data without delay. If data have been supplied spontaneously, the receiving agency shall check without delay whether the data are needed for the purpose for which they were supplied; that agency shall immediately erase any data which is not needed.*
- c) *The receiving agency shall on request inform the supplying agency on a case-by-case basis for the purpose of informing the person concerned about the use of the supplied data and the results achieved thereby.*
- d) *The receiving agency shall inform the person concerned of the data collection by the supplying agency, unless the data were supplied spontaneously. The person concerned need not be informed if and as long as on balance it is considered that the public interest in not informing him outweighs his right to be informed.*
- e) *Upon application the person concerned shall be informed of the supplied data relating to him and of the use to which such data are to be put. The second sentence of paragraph d) shall apply accordingly.*
- f) *The receiving agency shall bear liability under its domestic laws in relation to any person suffering unlawful damage in connection with the supply of data under the exchange of data pursuant to this Convention. In relation to the damaged person, the receiving agency may not plead to its discharge that the damage had been caused by the supplying agency.*
- g) *The supplying and the receiving agencies shall be obliged to keep official records of the supply and receipt of personal data.*
- h) *If the domestic law of the supplying agency contains special provisions for the deletion of the personal data supplied, that agency shall inform the receiving agency accordingly. In any case, supplied personal data shall be erased once they are no longer required for the purpose for which they were supplied.*

- i) *The supplying and the receiving agencies shall be obliged to take effective measures to protect the personal data supplied against unauthorised access, unauthorised alteration and unauthorised disclosure.*
- j) *Use for other purposes without the prior approval of the supplying State is permissible only if it is needed to avert in the individual case at hand an imminent threat to a person of loss of life, bodily harm or loss of liberty, or to protect significant assets and there is danger inherent in any delay. In such a case the competent authority of the supplying State must be asked without delay for retroactive authorisation of the change in use. If authorisation is refused, the information may no longer be used for the other purpose; any damage which has been caused by the change in use of the information must be compensated."*

Relativamente a este texto, sugerir-se-ia:

- começar por precisar que a transferência de dados pessoais se fará de acordo com as normas internacionais e internas aplicáveis. Esta regra significará, designadamente, em relação a Portugal, o respeito da Convenção 108 e seu Protocolo Adicional, da Lei n.º 67/98 (artigos 19 e 20) e, na parte respeitante a informações com incidências judiciais e policiais, da Decisão Quadro 2008/977/JHA, de 27/11/08;
- consagrar expressamente o direito de rectificação dos titulares;
- regular ainda a eventual transferência de dados para outros Estados (sujeita à concordância do país que transmite os dados no âmbito do acordo e à protecção adequada por parte do último país destinatário).

A opção mais concisa poderia corresponder ao teor dos artigos 13.º dos Acordos elaborados com a Itália e a Eslovénia, para efeitos de luta contra a criminalidade organizada, terrorismo e tráfico de pessoas e estupefacientes:

"Transferência e utilização de dados pessoais

1. *Nos termos do Direito internacional e do Direito interno aplicável, os dados utilizados e transferidos no âmbito do presente Acordo devem:*
 - a) *Alcançar as finalidades explícitas e legítimas do presente Acordo, não podendo em caso algum serem tratados de forma incompatível com essas finalidades em momento posterior;*
 - b) *Ser adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos, transferidos e posteriormente tratados;*

- c) *Estar exactos e, se necessário, actualizados, devendo ser tomadas todas as medidas razoáveis para assegurar que os dados inexactos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados, posteriormente, sejam apagados ou rectificados;*
 - d) *Serem conservados de forma a permitir a identificação das pessoas em causa apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente, sendo eliminados posteriormente a esse período.*
2. *Se qualquer pessoa cujos dados são objecto de transmissão, requerer acesso aos mesmos, a parte requerida deverá fornecer, directamente, o acesso a esses dados, bem como à sua correcção, excepto quando esse pedido possa ser recusado nos termos do Direito internacional e do Direito interno aplicável."*

Optando-se por este critério, convirá ter em atenção:

- a desejável não referência expressa ao Direito Internacional e Direito Interno aplicáveis, menções pouco ajustadas às situações em vista;
- a necessidade de acrescentar uma regra relativa à adopção de medidas de segurança;
- a previsão da hipótese da transferência de dados para outros países por parte do Estado requerente, sujeita à concordância do Estado requerido e à protecção adequada por parte do país destinatário.

IV. Conclusões

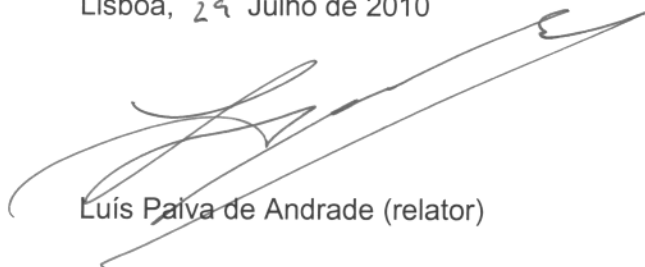
Em face das considerações antecedentes, concluímos que a Direcção-Geral dos Assuntos Técnicos e Económicos, do Ministério dos Negócios Estrangeiros, deve seguir as seguintes recomendações:

- 1. Se atendam às recomendações formuladas nos números 1 do ponto III deste parecer sobre a transferência de dados pessoais para terceiros países ou para organismos internacionais.
- 2. Seja alterada a redacção proposta no artigo 26.º, n.º 1, substituindo-se o requisito das informações serem *previsivelmente relevantes*, por *informações necessárias* para aplicação das disposições da presente Convenção.

3. O texto do artigo 26.º, n.º 4 seja corrigido devendo o trecho [*“mesmo que esse outro Estado (...)”*] ser substituído por *“mesmo que este outro Estado (...)”*, de acordo com o exposto na Secção III, E), ponto 2.1.
4. As partes *declarem positivamente e não por simples remissão* que a troca de informações prevista no artigo 26.º pode incidir também sobre os *rendimentos dos não residentes e compreender todas as espécies de impostos sobre o rendimento*, quer existam já ou venham a ser criadas no futuro.
5. Integrar no acordo disposições autónomas e expressas relativas às regras de protecção de dados pessoais e que as partes declaradamente se obrigam a respeitar, através da adopção de umas das duas opções apresentadas na Secção III, E), ponto 3.

É este o sentido do nosso parecer.

Lisboa, 29 Julho de 2010



Luís Paiva de Andrade (relator)