

PARECER N.º 20 /2014

I. O pedido

Sua Ex.^a a Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos da Secretaria-Geral do Ministério dos Negócios Estrangeiros, vem solicitar o parecer da Comissão Nacional de Protecção de Dados sobre o projeto de redação do Protocolo Modificativo da Convenção entre Portugal e a França para Evitar a Dupla Tributação e Estabelecer Regras de Assistência Administrativa recíproca em matéria de Impostos sobre o Rendimento de 1971.

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. Posicionamento da República da França em sede de protecção de dados pessoais

Fazendo parte da União Europeia desde a sua fundação em 1952, a França tem uma lei específica sobre proteção de dados pessoais que remonta a Janeiro de 1978 (Loi Informatique et Libertés)¹ com as alterações introduzidas desde então, com destaque para a que foi feita a 6 de Agosto de 2004.

Esta lei prevê a existência de uma entidade com funções de controlo e fiscalização da sua aplicação, a Commission Nationale de L'Informatique et des Libertés (CNIL), cuja independência é garantida pela sua composição, forma de designação dos seus membros, bem como o seu modo de funcionamento.

¹ Disponível em

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068624&dateTexte=2008060>



Não se suscitam, pois, quer na perspectiva legal, quer na institucional, quaisquer dúvidas acerca do respeito, por parte da República Francesa, das regras de protecção de dados consagradas a nível europeu.

III. As alterações à Convenção

1. O novo artigo 27.º relativo à troca de informações

O artigo 27.º da Convenção foi suprimido dando lugar a outro preceito cuja epígrafe não consta do documento em análise mas atento ao seu teor, a mesma poderia ser “Intercâmbio de informações”, uma vez que reproduz o artigo 26.º da Convenção Modelo da OCDE sobre Dupla Tributação do Rendimento e do Capital, na versão resumida de 2008.

É a seguinte a redacção proposta para o artigo 27.º, tal como nos foi transmitida em língua francesa:

Article 27

Échange de renseignements

- 1. Les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinent pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou pour l'administration ou application de la législation interne des États contractants relative aux impôts de toute nature ou dénomination perçus pour le compte des États contractants, de leurs collectivités locales dans la mesure où l'imposition qu'elle prévoit n'est pas contraire à la Convention. L'échange de renseignements n'est pas restreint par les articles 1 et 2.*
- 2. Les renseignements reçus en vertu du paragraphe 1 par un État contractant sont tenus secrets de la même manière que les renseignements obtenus en application de la législation interne de cet État et ne sont communiqués qu'aux personnes ou autorités (y compris les tribunaux et organes administratifs) concernées par l'établissement ou le recouvrement des impôts mentionnés au paragraphe 1, par les procédures ou poursuites concernant ces impôts, par les décisions sur les recours relatifs à ces impôts, ou par le contrôle de ce qui précède. Ces personnes ou autorités n'utilisent ces renseignements qu'à ces fins. Elles peuvent révéler ces renseignements ou cours d'audiences publiques de*

tribunaux au dans des jugements. Nonobstant ce qui précède, les renseignements reçus par un État contractant peuvent être utilisés à d'autres fins lorsque cette possibilité résulte des lois des deux États et lorsque l'autorité compétente de l'État qui fournit les renseignements autorise cette utilisation.

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne peuvent en aucun cas être interprétées comme imposant à un État contractant l'obligation:

(a) de prendre des mesures administratives dérogeant à sa législation et à sa pratique administrative ou à celles de l'autre État contractant;

(b) de fournir des renseignements qui ne pourraient être obtenus sur la base de sa législation ou dans le cadre de sa pratique administrative normale ou de celles de l'autre État contractant;

(c) de fournir des renseignements qui révéleraient un secret commercial, industriel, professionnel ou un procédé commercial ou des renseignements dont la communication serait contraire à l'ordre public.

4. Si des renseignements sont demandés par un État contractant conformément à cet article, l'autre État contractant utilise les pouvoirs dont il dispose pour obtenir les renseignements demandés, même s'il n'en a pas besoin à ses propres fins fiscales. L'obligation qui figure dans la phrase précédente est soumise aux limitations prévues au paragraphe 3 sauf si ces limitations sont susceptibles d'empêcher un État contractant de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci ne présentent d'intérêt pour lui dans le cadre national.

5. En aucun cas les dispositions du paragraphe 3 ne peuvent être interprétées comme permettant à un État contractant de refuser de communiquer des renseignements sur demande uniquement parce que ceux-ci sont détenus par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne.

2. Consagração do princípio da qualidade dos dados

O Protocolo Modificativo em apreciação propõe a inserção de um novo preceito referente à qualidade dos dados que se prevê que seja inserido na sequência do artigo 27.º. Trata-se

que uma questão fundamental no regime de proteção de dados já que os mesmos devem ser exatos e atuais, bem como adequados, relevantes e não excessivos em relação à finalidade para que são tratados (cf. artigo 5.º n.º 1 alínea d) da Lei de Proteção de Dados Pessoais (LPD) – Lei n.º 67/98, de 26 de outubro).

É o seguinte o teor do artigo:

"1. Les données utilisées et transférées au sein du cadre de la présente Convention, conformément aux lois applicables, seront:

- a) obtenues pour les finalités mentionnées dans la présente Convention, conformément aux lois applicables, seront;*
- b) adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées, transférées et traitées ultérieurement;*
- c) exactes et, si nécessaire, mises à jour; toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données inexactes ou incomplètes, au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, soient effacées ou rectifiées;*
- d) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, les données doivent être effacées après cette période.*

2. Si une personne dont les données sont transférées demande l'accès à ceux données, l'État contractant requis accordera à cette personne accès direct à ceux données et leur rectification, sauf si cette demande peut être refusée en vertu de la législation applicable.

3. Les données reçues par les autorités compétentes des États contractants dans le cadre de la présente Convention ne peuvent pas être transférées à des tiers sans le consentement préalable de l'État contractant requis et les garanties juridiques appropriées pour la protection des données personnelles, en vertu de la législation applicable."

III – Apreciação

1) Finalidades da troca de informações

O n.º 1 do artigo 27.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. Bem vistas as coisas, a finalidade é só uma, coincidente com o objecto da Convenção, embora possa ser prosseguida tanto no plano da aplicação da legislação tributária como no da própria convenção sobre dupla tributação.

No que toca à protecção dos dados pessoais, exige-se que as informações sejam recolhidas para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratadas de forma incompatível com esses fins. Por esta razão, seria conveniente que fosse feita uma distinção mais fina das finalidades. Recomendamos, assim, que este artigo distinga três espécies de finalidades para a troca de informações:

- a relativa à aplicação da Convenção e à administração e execução das leis internas sobre impostos das Partes Contratantes, no que toca à tributação dos rendimentos, às isenções e a outros mecanismos de eliminação da dupla tributação internacional;
- a destinada a evitar ou a combater a evasão e a fraude fiscais;
- a que tenha por objectivo investigar e reprimir os crimes e infracções tributárias conexos com as operações internacionais dos contribuintes.

Como indicaremos adiante, esta distinção deverá produzir consequências no que toca ao regime dos direitos dos titulares dos dados e das obrigações dos responsáveis pelo tratamento.

O n.º 1 do artigo 27.º prevê, *in fine*, que a troca de informações não fica restringida pelo disposto nos artigos 1.º e 2.º. Ora, uma tal previsão não é admissível à luz dos princípios vigentes em matéria de protecção de dados pessoais e, especificamente, do princípio da finalidade.

A aparente abertura da finalidade do tratamento viola o princípio da finalidade, consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro – só assim se conseguindo depois avaliar a proporcionalidade da informação trocada ou a trocar. O mesmo vale para a delimitação da categoria dos titulares de dados pessoais abrangidos por este tratamento. Quando o artigo 1.º define o âmbito subjetivo de aplicação da



Convenção, define também os sujeitos cujos dados podem ser trocados. 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.

2) *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 *“vraisemblablement pertinents”* para aplicar a Convenção ou para a administração ou execução das leis internas.

O juízo de prognóstico sobre quais os dados pessoais previsivelmente relevantes para combater a dupla tributação e a evasão fiscal, pela antecipação que implica de situações futuras relativamente indeterminadas, afigura-se demasiado aleatório face a cada situação concreta e, em todo o caso, alheio ao ditame da proporcionalidade, que impõe que só possam ser intercambiadas as informações necessárias, 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 6.º, nº 1, alínea c) da Directiva 95/46/CE, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e não é coerente com o regime assumido como desejável pelos artigos 2.º do Protocolo Adicional à Convenção 108.º e 25.º e 26.º da Directiva 95/46/CE para a transferências de dados para países terceiros.

Recomenda-se, por isso, que, no n.º 1 do artigo 27.º, em vez de “previsivelmente relevantes” se empregue a expressão “necessárias”, a qual, remete globalmente para o princípio da proporcionalidade (usando a parte pelo todo). Refira-se a este propósito que em diversas convenções sobre a mesma matéria² é utilizada a expressão “informações necessárias”.

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.

Note-te que em diversas convenções sobre a mesma temática³ 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.

3) *O acesso a dados sob sigilo bancário*

Num preceito que reproduz o artigo 26.º, n.º 5 da Convenção Modelo, o artigo 27.º, n.º 5 da proposta determina que um Estado Contratante não pode recusar-se a prestar informações unicamente porque possuídas por um banco, 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 efetuada na Convenção Modelo da OCDE se deu prevalência ao interesse público dos Estados Partes na tributação efetiva dos rendimentos abrangidos sobre o interesse 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.

O artigo 27.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 27.º, deve entender-se que a aplicação do n.º 5 não suspende a aplicação daquele número, isto é, que o acesso às informações dos bancos não pode contrariar as condições estabelecidas na lei interna para o levantamento do segredo bancário. E é esta, de resto, a interpretação sugerida pelos comentários oficiais ao n.º 5 do artigo 26.º da Convenção Modelo da OCDE.

Assim, sem prejuízo de uma discussão mais aturada dos requisitos da proporcionalidade da restrição, cremos que, neste momento, não haverá motivo para recusar a ponderação

³ 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 respetivamente.



de bens efetuada pelos artigos 63.º-B e 63.º-C da Lei Geral Tributária no que toca ao levantamento do segredo bancário a pedido da Administração, se for possível sustentar que ela se encontra em conformidade com as exigências da Constituição relativamente à proteção da reserva da vida privada dos contribuintes. Ora, em nosso entender, é isso que se extrai da jurisprudência do Tribunal Constitucional que ultimamente se tem pronunciado sobre as alterações da Lei Geral Tributária relativas ao levantamento do sigilo bancário.

IV – Conclusões

1. O projeto de Protocolo Modificativo da Convenção entre Portugal e a França para Evitar a Dupla Tributação e Estabelecer Regras de Assistência Administrativa recíproca em matéria de Impostos sobre o Rendimento de 1971 contempla de uma maneira geral as garantias suficientes de proteção de dados pessoais, devendo ser introduzidas as alterações sugeridas pela CNPD, quanto à diferenciação das finalidades, bem como à eliminação da possibilidade de os dados serem utilizados para outras finalidades fora do âmbito do acordo como decore da parte final do n.º 1 do artigo 27.º.
2. No n.º 1 do artigo 27.º deve substituir-se a locução “informações previsivelmente relevantes” pela expressão “informações necessárias” para aplicar a Convenção ou para a administração ou execução das leis internas.
3. A CNPD aprecia positivamente o facto das principais alterações à Convenção se destinarem a acautelar a proteção de dados pessoais dos cidadãos, em consonância do que têm sido as mais recentes recomendações nesta matéria.

É este o nosso parecer.

Lisboa, 4 de abril de 2014

Helena Delgado António (Relatora), Ana Roque, Luís Paiva de Andrade, Maria Cândida Guedes de Oliveira

Luís Barroso (O Vogal, em substituição da Presidente)