

PARECER N.º 58 /2014

I. Pedido

A Direção-Geral de Política Externa do Ministério dos Negócios Estrangeiros solicitou a emissão de parecer sobre o Acordo entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América para reforçar o cumprimento fiscal e implementar a FATCA.

O pedido formulado decorre das atribuições conferidas à Comissão Nacional de Protecção de Dados (doravante, CNPD) nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 22.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, e é emitido no uso da competência prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 23.º do mesmo diploma legal.

II. Apreciação

1. Pretende-se com o presente acordo criar um mecanismo de assistência mútua em matéria fiscal entre os dois Estados Partes, assente numa infraestrutura de troca automática de informações. Tal troca tem por base o artigo 28.º da Convenção entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América para Evitar a Dupla Tributação e para Prevenir a Evasão Fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, de 1994. Para o efeito, o acordo faz recair sobre as instituições financeiras portuguesas a obrigação de proceder à transferência de dados para os Estados Unidos da América (doravante, EUA), obrigação criada, no ordenamento jurídico norte-americano, pelo *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) e que, por via deste acordo, se pretende que passe a ter força vinculativa no ordenamento jurídico português.

No essencial, o Acordo pretende criar fundamento legitimador da obrigação de instituições financeiras portuguesas transferirem dados pessoais para os EUA – obrigação que as normas vigentes no ordenamento jurídico português não suportam.

Cumpr em primeiro lugar notar que a transferência de dados pessoais para Estados terceiros (fluxos transfronteiriços) constitui um tratamento de dados pessoais, de

acordo com a definição constante da alínea b) do artigo 3.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Lei de Protecção de Dados Pessoais, doravante, LPD), e que, por o Estado de destino dos dados não pertencer à União Europeia, se rege também pelo disposto nos artigos 19.º e 20.º da LPD.

Em causa está informação pessoal relevante para efeitos fiscais, o que envolve dados de identificação de titulares de contas em instituições financeiras (ou clientes destas), bem como dados de natureza bancária (n.º de conta bancária, saldos bancários, etc.) – cf. Anexo I ao presente Acordo.

A informação em questão está, como se sabe, sujeita a sigilo, por revelar aspetos relevantes da vida privada dos cidadãos – por essa razão, a mesma integra a categoria de dados pessoais de natureza sensível, de acordo com o preceituado no n.º 1 do artigo 7.º da LPD. E nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, o tratamento destes dados só pode ser legitimado por lei ou autorização da CNPD, desde que para o efeito exista consentimento expresso do titular dos dados ou interesse público importante torne o tratamento indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável.

Acresce que, como se referiu, o fluxo transfronteiriço dos dados pessoais tem de obedecer ao estatuído no artigo 19.º da LPD, mas os EUA não asseguram um nível de proteção adequado dos dados pessoais. Por essa razão, esta transferência só pode ocorrer nos termos definidos na alínea c) do n.º 1 do artigo 21.º, pretendendo o Acordo, porque em execução de uma convenção, constituir o conjunto normativo que cria a obrigação de transferência.

Todavia, para poder funcionar com fundamento deste específico tratamento de dados pessoais, o Acordo teria de cumprir os requisitos impostos pela LPD, o que não sucede.

Em primeiro lugar, invoca-se no Acordo o disposto no artigo 28.º da Convenção entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América para Evitar a Dupla Tributação e para Prevenir a Evasão Fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento. Neste artigo prevê-se a troca de informações entre as competentes

autoridades dos dois Estados em execução do previsto na Convenção. Todavia, no artigo 28.º apenas se estipula a troca de informações entre as autoridades competentes dos Estados Contratantes necessárias para a aplicação da Convenção, não existindo qualquer previsão na Convenção de que a troca de informações se possa dar entre entidades privadas (designadamente, entidades financeiras) dos Estados Contratantes ou entre aquelas e a autoridade competente do outro Estado Contratante¹.

Nessa medida, o referido artigo 28.º da Convenção não é suficiente para se ter por cumprido o disposto no n.º 2 do artigo 7.º da LPD, não existindo fundamento normativo para o tratamento de dados pessoais que o Acordo pretende impor às entidades financeiras portuguesas. Aliás, o n.º 2 do mesmo artigo 28.º não admite que os Estados se vinculem por acordo a fornecer informação que, nos termos da lei nacional, não possam obter². O que, como adiante se exporá melhor, é precisamente o que aqui acontece – o Estado português nos termos da lei nacional não pode obter parte dos dados pessoais a que a autoridade dos EUA pretende aceder.

A técnica de transpor a obrigação de transferência dos dados para as instituições financeiras portuguesas, libertando-as, deste modo, do dever de sigilo para este efeito, padecerá do mesmo vício, decorrente da falta de enquadramento convencional para tal transferência. Na verdade, se o Estado português, por via da sua autoridade tributária, não pode exigir a comunicação de certos dados às instituições financeiras,

¹ Atente-se na redação do n.º 1 do artigo 28.º da Convenção: «*As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações necessárias para a aplicar esta Convenção [...]*» [destacado nosso].

² Estabelece o n.º 2 do artigo 28.º da Convenção: «O disposto no n.º 1 nunca poderá ser interpretado no sentido de impor a um Estado Contratante a obrigação:

(a) De tomar medidas administrativas contrárias à sua legislação e à sua prática administrativa ou às do outro Estado Contratante;

(b) De fornecer informação que não possa ser obtida com base na sua legislação ou no âmbito da sua prática administrativa normal ou das do outro Estado Contratante;

[...]



por um argumento de igualdade de razão, não pode vincular essas instituições financeiras a comunicar tais dados a uma autoridade tributária estrangeira.

E o Acordo em apreço não serve, *per se*, de instrumento jurídico para fundamentar este tratamento de dados pessoais sensíveis, já que não existe no ordenamento jurídico português fundamento normativo que permita ao Estado vincular instituições portuguesas a observar uma obrigação apenas vigente no ordenamento jurídico dos EUA e que aquelas não têm perante o Estado português.

Assim, conclui-se não existir norma que fundamente a transferência de dados pessoais sensíveis, como exige o n.º 2 do artigo 7.º da LPD.

Em segundo lugar, importa notar que o artigo 2.º do Acordo cria a obrigação para o Estado português de *obter* as informações descritas no n.º 2 do mesmo artigo em relação a todas as contas sujeitas a comunicação. O que significa que o Estado português está a reconhecer transmitir a outro Estado informação a que, nos termos da sua legislação interna, não tem ou não pode ter acesso. Sucede que, porque em causa estão dados sujeitos a sigilo, o Estado português só pode vincular-se a violar o dever de sigilo se justificado pela cooperação com outros Estados, estipulada em convenções internacionais, e desde que prevista a reciprocidade (cf. alínea c) do n.º 2 do artigo 64.º da Lei Geral Tributária).

Todavia, porque o Estado Português, através da sua autoridade tributária, não pode ter acesso a alguns dos dados que, nos termos da FATCA, a autoridade tributária dos EUA pode conhecer, as condições de reciprocidade não estão preenchidas – o que vem espelhado no n.º 2 do artigo 2.º do Acordo, onde se estipulam os dados pessoais que podem ser transferidos de um Estado para o outro, onde se nota o claro desequilíbrio da informação trocada.

Em terceiro lugar, o Acordo assume uma linguagem demasiado imprecisa para poder servir de condição de legitimidade do tratamento de dados pessoais³, sendo ainda omissa quanto a elementos essenciais do tratamento – cf. artigo 30.º da LPD. Na verdade, nada se refere sobre a forma de exercício dos direitos do titular dos dados ao acesso e retificação – direitos constitucionalmente reconhecidos (cf. artigo 35.º, n.º 1, da CRP). Não se cumprindo ainda um dos princípios fundamentais nesta matéria que é o da limitação temporal de conservação dos dados pessoais, em função da necessidade do tratamento dos mesmos – alínea e) do n.º 1 do artigo 5.º da LPD.

Em suma, não existe fundamento legitimador da transferência de dados pessoais sensíveis que o Acordo pretende instituir, não se cumprindo, nessa medida, o disposto no n.º 2 do artigo 7.º nem no artigo 30.º da LPD.

2. Sem prejuízo do que se acaba de concluir, analisam-se em seguida algumas das disposições específicas do Acordo que, na perspetiva da CNPD, merecem reparo por não se coadunarem com os princípios e regras de proteção de dados previstos na LPD, em transposição da Diretiva 95/46/CE⁴.

³ Quanto aos termos vagos e imprecisos do Acordo, atente-se, a título exemplificativo, no disposto no artigo 7.º («jurisdições parceiras», «quaisquer disposições mais favoráveis»), e no Anexo I, a referência a “Contas de menor valor”, conceito que não vem definido no anexo e que não é certo que corresponda às contas não abrangidas pela categoria de “Contas de elevado valor”, ou ainda o recurso a informações de que se «tenha conhecimento, ou motivos para conhecer».

⁴ Logo nos considerandos iniciais, se faz referência as dificuldades que o FATCA suscitou devido a «obstáculos jurídicos internos». Toma-se aqui a liberdade de notar que uma outra formulação será preferível. É que esta fórmula traduz um juízo valorativo exclusivo da contraparte (os EUA), por não ser admissível que o Estado Português reconheça que a Constituição e os direitos fundamentais nela (e na lei nacional) consagrados são «obstáculos jurídicos internos» à execução de legislação de outro Estado. Melhor seria, porventura, falar-se em *exigências jurídicas internas* ou *regras jurídicas internas*.

Atente-se, desde logo, no disposto no artigo 1.º, n.º 2, do Acordo. Não pode deixar de estranhar-se que num acordo internacional que tem por objeto a troca de informações de dados pessoais sujeitos a sigilo se considere que o padrão interpretativo das normas seja a legislação fiscal, que prevalecerá sobre o significado dado ao termo ou expressão pela restante legislação do Estado. Se isso poderá fazer sentido em relação a boa parte dos termos utilizados no acordo, por dizerem diretamente respeito a controlo fiscal, é por demais evidente que todos os outros conceitos jurídicos têm significados próprios, consolidados pela jurisprudência e pela doutrina, e assumidos pelo legislador em diferentes diplomas legais, que não podem ser esquecidos seja qual for o contexto normativo em que vêm empregues. A matéria de proteção de dados pessoais é disso um bom exemplo.

Nem se vê que o Estado português se possa vincular por acordo internacional a fazer prevalecer a legislação fiscal interna sobre a restante legislação nacional, definindo, mesmo que somente para efeito de interpretação, uma hierarquia normativa diferente da que está consagrada na CRP.

A CNPD entende, por isso, ser esta disposição inadmissível tal como se encontra redigida, e sugere que se elimine o último período deste número.

A mesma crítica, agora reforçada dada a epígrafe e objeto do artigo, merece o disposto no n.º 1 do artigo 3.º do Acordo.

Na verdade, as transferências de dados pessoais – ou a troca de informações entre Estados – não podem deixar de se pautar pela legislação nacional que rege essas transferências e que, no caso português, corresponde à LPD. Por essa razão, o montante e a caracterização dos pagamentos em relação a uma Conta dos EUA sujeita a comunicação não podem ser determinados (apenas) em conformidade com os princípios da legislação fiscal portuguesa, mas antes com os princípios da legislação portuguesa relevantes neste contexto – e que não podem deixar de ser também os princípios da proteção de dados pessoais, máxime os princípios da necessidade e da proporcionalidade.

A CNPD entende por essa razão que esta norma deve ser alterada, no sentido de aí figurar a referência aos *princípios da legislação portuguesa*.

Ainda no âmbito do mesmo artigo 3.º, importa sublinhar que, uma vez que o acordo é omissivo quanto aos termos em que se vai processar a troca automática de informações, o novo acordo que sobre este aspeto incida tem de ser sujeito a apreciação prévia da CNPD.

Paralelamente, também não se encontram descritas no Acordo as condições que garantem a observância da obrigação de sigilo e confidencialidade, o que suscita muitas reservas sobretudo quando se atenta que o n.º 3 do artigo 5.º prevê o recurso a prestadores de serviços externos para a realização da troca de informações. Uma tal abertura de previsão, sem outras condicionantes e garantias, importa um risco considerável para os dados pessoais sensíveis que aqui estão em causa.

Importa ainda referir que a CNPD não pôde verificar quais são as obrigações de registo impostas pelo FATCA (porque alegadamente o formulário U-8IMY se encontra em revisão), a que se refere a alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º do Acordo, não tendo conseguido por isso avaliar se outros dados pessoais são exigidos para além daqueles a que o Acordo faz referência.

Considere-se agora o Anexo I do Acordo, onde se prevê um conjunto de obrigações de diligência para as instituições financeiras portuguesas para efeito de identificação e comunicação das contas dos EUA, as quais implicam o tratamento de dados pessoais para efeito de assinalar os casos de vinculação dos titulares das contas aos EUA, ou seja para assinalar as contas de «Pessoas específicas dos EUA» (grosso modo, nacionais dos EUA ou residentes nos EUA).

Para o efeito, o Anexo prevê um conjunto de indícios de vinculação aos EUA, sendo suficiente a verificação de um deles para fazer nascer a presunção de que tal vinculação existe, fazendo recair sobre o titular da conta o ónus de afastar a presunção.

Embora se tenha dúvidas quanto à justiça da inversão do ónus da prova que tal presunção implica, e que corresponde ao ónus de provar um novo estatuto, «o estatuto do Titular da conta como não sendo dos Estados Unidos» – a que se refere o II.B. 4.3b (2) do Anexo I –, admite-se ter sido o facto de ser mais fácil a prova deste estatuto para o titular da conta que esteve na base desta solução.

Recorde-se que parte dessas informações, porque abrangida pelo sigilo bancário, cabe na categoria de dados pessoais sensíveis recolhidos para determinada finalidade e que só em determinadas circunstâncias podem ser utilizados para finalidade distinta. Assim, para que as instituições financeiras possam utilizar para finalidade distinta tal informação constante do registo/ficha do seu cliente, é imprescindível que cada um dos dados pessoais tenha efetivo relevo, à luz do princípio da finalidade e do princípio da proporcionalidade, nos termos do artigo 5.º, n.º1, alíneas b) e c), da LPD.

Tendo isto presente, conclui-se não ser admissível assumir como indício da referida vinculação dados pessoais que não sejam adequados ou sejam desnecessários e excessivos em relação à finalidade visada. É o que sucede com os indícios indicados nas alíneas e), f) e g) da Secção II.B.1. do Anexo I.

Com efeito, quer as instruções permanentes para a transferência de fundos para uma conta mantida nos EUA, quer o endereço «ao cuidado de» ou «de retenção de correspondência» (como único endereço) não apontam de forma clara a conexão que permite afirmar a presunção, constituindo informação desadequada ou, pelo menos, excessiva, para o efeito de identificar residentes ou nacionais dos EUA. Na verdade, a primeira hipótese pode corresponder a uma transferência para apoiar algum familiar próximo, ou até para uma instituição de fins sociais, enquanto a segunda hipótese não revela a menor conexão aos EUA. Em relação à procuração ou autorização de assinatura atualmente válida concedida a uma pessoa com morada nos EUA, não se alcança que tal facto, *per se*, revele a cidadania norte-americana ou a residência naquele Estado.

Assim, entende a CNPD que a atribuição de relevância jurídica a tais dados pessoais para efeito de presumir a vinculação aos EUA não cumpre os princípios consagrados no artigo 5.º, n.º1, alíneas b) e c), da LPD.

Uma outra disposição suscita reservas. Referimo-nos ao estatuído em II.D.4. do Anexo I.

Aí se dá relevo ao conhecimento de facto dos gestores de conta de que um titular da conta seja um nacional ou residente dos EUA – tal disposição faz recair sobre a instituição financeira um dever de consulta do gestor de conta para determinar a existência deste conhecimento de facto. Afigura-se que a falta de densidade desta disposição, não concretizada em factos com relevo jurídico, importa um risco considerável de qualificação como «Pessoa específica dos EUA», qualificação que importa, por força da presunção atrás referida, um ónus de demonstração do “estatuto do Titular da conta como não sendo dos Estados Unidos”, sob pena de se verificar a transferência de dados pessoais sensíveis para um Estado terceiro que não garante uma proteção adequada dos dados pessoais.

Mas também em VI.C.3. do Anexo I, quando se definem as regras para a agregação de saldos de conta, se torna a dar relevo ao conhecimento que o gestor de contas tenha da nacionalidade ou residência dos titulares de contas, sendo que agora se abre ainda espaço a, em alternativa ao conhecimento de facto, «ter motivos para conhecer». O mesmo tipo de fórmula é ainda utilizado em VI.E., para os beneficiários de «contratos de seguro monetizáveis».

Ora, assumir como base para presunções jurídicas «o conhecimento de facto, ou motivos para conhecer» é por demais excessivo em relação à finalidade visada. Seja pelo teor vago da fórmula, que contribui para a incerteza na aplicação do direito, não tendo densidade normativa suficiente para servir de base a um tratamento de dados pessoais, seja, sobretudo, pela dimensão das consequências de uma tal presunção. Fazer recair sobre os titulares dos dados pessoais o ónus de afastar uma presunção desta natureza, assente em suposições ou aparentes deveres de supor, cuja consequência em primeira linha é a transferência de dados pessoais sensíveis para autoridades de um Estado terceiro que não garante uma proteção adequada dos dados pessoais, não assegura minimamente as garantias de não discriminação que o n.º 2 do artigo 7.º da LPD impõe nesta matéria.

Acresce que em VI.C.1. do Anexo I, para efeitos de aplicação dos requisitos de agregação, se considera que o saldo ou valor total de uma Conta financeira conjunta será atribuído a cada titular da Conta. Uma tal disposição contraria as regras vigentes nesta matéria no ordenamento jurídico português, não sendo por isso admissível a sua consagração em acordo internacional.

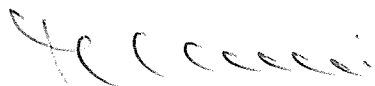
III. Conclusões

1. Nem a Convenção entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América para Evitar a Dupla Tributação e para Prevenir a Evasão Fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, nem o presente Acordo constituem fundamento legitimador da transferência de dados pessoais sensíveis que o Acordo pretende instituir, não se cumprindo, nessa medida, o disposto no n.º 2 do artigo 7.º da LPD, nem as exigências do artigo 30.º da LPD.
2. A CNPD entende dever alterar-se o disposto no n.º 2 do artigo 1.º e no n.º 1 do artigo 3.º do Acordo, de modo que o Acordo seja interpretado em conformidade com a legislação nacional (e não apenas com a legislação fiscal) e que os dados pessoais relevantes para a transferência sejam determinados em função da legislação nacional relevante (que não se pode restringir à legislação fiscal).
3. O Acordo é omissivo quanto às concretas garantias de sigilo e confidencialidade, nessa medida suscitando sérias reservas a previsão no n.º 3 do artigo 5.º de que a troca de informações pode ser feita por recurso a prestadores de serviços externos;
4. Uma vez que o Acordo é omissivo quanto aos termos em que se vai processar a troca automática de informações, a definição, em futuro acordo, de tais aspetos está sujeita a apreciação prévia da CNPD;
5. As obrigações de diligência das instituições financeiras portuguesas para efeito de identificação e comunicação das contas dos EUA previstas no Anexo I implicam o tratamento de dados pessoais para efeito de assinalar os casos de vinculação dos titulares das contas aos EUA, ou seja para assinalar as contas de «Pessoas específicas dos EUA» (grosso modo, nacionais dos EUA ou

- residentes nos EUA); todavia, os indícios de vinculação indicados nas alíneas e), f) e g) do II.B.1. do Anexo I, não são adequados, nem proporcionais, contrariando o disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 5.º da LPD;
6. O disposto em II.D.4., VI.C.3 e VI.E do Anexo I viola também as alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 5.º e o n.º 2 do artigo 7.º da LPD, por ser excessivo em relação à finalidade visada e não garantir a não discriminação dos indivíduos.
7. Em VI.C.1. do Anexo I consagra-se um critério que contraria as regras vigentes nesta matéria no ordenamento jurídico português.

É este o Parecer da CNPD.

Lisboa, 8 de agosto de 2014



Maria Cândida Guedes de Oliveira (Relatora)