

PARECER N.º 80 /2014

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 Proteção de Dados sobre o projeto de Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento entre a República Portuguesa e a República Socialista do Vietname.

O pedido de parecer decorre das atribuições conferidas à Comissão Nacional de Proteção de Dados pelo n.º 2 do artigo 22.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Lei de Proteção de Dados – LPD), e é emitido no uso da competência fixada na alínea a) do n.º 1 do artigo 23.º do mesmo diploma legal.

II – Contratação internacional e transferência de dados pessoais

Nos termos do artigo 25.º, n.º 1, da Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, bem como do artigo 19.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, que transpõe a Diretiva, a República Portuguesa só pode realizar transferências de dados pessoais para um país terceiro situado fora da União Europeia, como a República Socialista do Vietname, se esse país assegurar um nível adequado de proteção dos dados.

À luz do artigo 3.º, alínea a), da Lei n.º 67/98 (Lei de Proteção de Dados Pessoais), os dados tributários objeto de transferência constituem dados pessoais e podem, inclusivamente ser qualificados como dados sensíveis sempre que se referirem à reserva da vida privada dos seus titulares. Deste modo, antes de celebrarem um acordo bilateral com a República do Vietname, as autoridades portuguesas devem certificar-se de que este país

está em condições de assegurar um nível de proteção adequado para os dados tributários cuja transferência esteja prevista no texto do projeto¹.

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 profissionais e as medidas de segurança que são respeitadas no Vietname.

Importa referir que no domínio dos instrumentos jurídicos de proteção de dados, a República Socialista do Vietname não aderiu à Convenção n.º 108/1981, do Conselho da Europa², aberta a países não pertencentes ao Conselho da Europa.

O Vietname não tem uma lei de proteção de dados, encontrando-se em vigor neste Estado algumas leis que versam matérias relativas à proteção de dados pessoais como o Código Civil, a lei de informação tecnológica e a lei de proteção dos direitos dos consumidores.

Verifica-se que não existe no Vietname uma entidade independente com funções de fiscalizar o cumprimento das normas previstas em matéria de proteção de dados, não se encontrando em vigor no país uma Lei de Proteção de Dados que possa garantir a proteção dos dados pessoais que sejam transmitidos por força da celebração do presente Acordo.

Por todo o exposto, não é possível afirmar que a República Socialista do Vietname, nos termos da lei, tenha um nível adequado de proteção de dados quanto às matérias que ora se analisam.

¹ Note-se que nos termos do n.º 3 do artigo 19.º da Lei de Proteção de Dados Pessoais, cabe à CNPD decidir se um Estado que não pertença à União Europeia assegura um nível de proteção adequado.

² 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 AR n.º 23/93, de 9 de Julho de 1993 e ratificada pelo Decreto do PR n.º 21/93, da mesma data.

Cumpra agora apreciar se o Projeto de Acordo, regulador específico do intercâmbio de informações, oferece também as salvaguardas suficientes para a transferência internacional de dados.

No caso português, embora a transferência de dados não resulte de disposição expressa prevista na legislação tributária, considera-se que o artigo 81.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, sobre eliminação da dupla tributação internacional, 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.

III – Apreciação

O artigo 25.º da Convenção sob epígrafe “Troca de informações” 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, à exceção do n.º 6, que remete para a aplicação das diretivas sobre regulamentação de ficheiros de computador que contenham dados pessoais aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

a) Finalidades da troca de informações

O n.º 1 do artigo 25.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. Na verdade, a finalidade é só uma, coincidente com o objeto 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 proteção 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 claramente duas 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.

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 25.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 proteção 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.

b) 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 “*previsivelmente relevantes*” para aplicar a Convenção ou para a administração ou execução das leis internas.

O juízo de prognose 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 alteração 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 Diretiva 95/46/CE, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção 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 Diretiva 95/46/CE para a transferências de dados para países terceiros.

Recomenda-se, por isso, que, no n.º 1 do artigo 25.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 matéria³ é utilizada a expressão “informações necessárias”, a qual é suficientemente elástica para cobrir até casos relevantes de criminalidade fiscal. 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.

c) O acesso a dados sob sigilo bancário

Num preceito que reproduz o artigo 26.º, n.º 5, da Convenção Modelo, o artigo 25.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

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.

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 25.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 25.º, deve entender-se que a aplicação do n.º 5 não afasta 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.

d) Princípios gerais de proteção de dados pessoais

O n.º 6 deste artigo 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, 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 estas diretivas 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.

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 tal como já se referia no Parecer n.º 21/2010 de 19 de Abril desta CNPD, admitindo-se a opção por uma de duas soluções, em alternativa.

A mais exaustiva corresponde à adoção 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 retificação 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 proteção adequada por parte do último país destinatário).
- substituir a menção feita na alínea a) à "relevância previsível" dos dados pela menção "necessidade" de transmissão dos mesmos.

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 exatos e, se necessário, atualizados, devendo ser tomadas todas as medidas razoáveis para assegurar que os dados inexatos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados, posteriormente, sejam apagados ou retificados;*
 - 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 objeto de transmissão, requerer acesso aos mesmos, a parte requerida deverá fornecer, diretamente, o acesso a esses dados, bem como à sua correção, exceto 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 adoção de medidas de segurança, assegurando que os ficheiros tratados estejam protegidos por medidas adequadas destinadas a protegê-los de riscos naturais ou humanos de perda, destruição, acesso ou uso não autorizado e de contaminação dos dados.

- a previsão da hipótese da transferência de dados para outros países por parte do Estado requerente, sujeita à concordância do Estado requerido e à proteção adequada por parte do país destinatário.
- A previsão em cada país de formas adequadas de controlo e de sanção para o incumprimento destas regras.

e) *Os direitos dos titulares dos dados*

Como foi dito no ponto anterior, 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.

Propomos, assim, que seja aditado ao artigo 25.º um novo número onde seja feita esta coordenação. Este número deve observar as seguintes linhas gerais:

- 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.

- 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 proteção de dados pessoais.

A terminar, alerta-se para a circunstância de não se prever na proposta atual a transmissão para terceiros Estados ou para organismos internacionais de dados pessoais recebidos da outra Parte Contratante ao abrigo da Convenção.

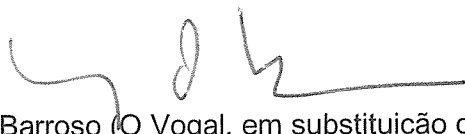
IV – Conclusões

Em face das observações feitas, considera-se que o texto do Acordo de cooperação bilateral entre a República Portuguesa e a República Socialista do Vietname 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 proteção de dados.

A Comissão Nacional de Proteção de Dados recomenda que venham a ser acolhidas as observações acima formuladas.

É este o sentido do nosso parecer.

Lisboa, 9 de dezembro de 2014



Luís Barroso (O Vogal, em substituição da Presidente)