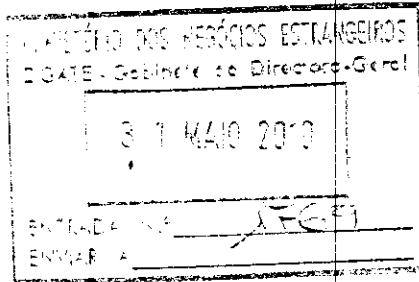


COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS



Di. R. em
01.06.2010

Exmª Senhora
Directora-Geral
Da Direcção-Geral dos Assuntos
Técnicos e Económicos
Palácio das Necessidades
Largo do Rilvas
1399 - 030 Lisboa

N/Ref.
02.06
Proc. n.º 2129/2010
Of. n.º 595/2009.05.18

908

Assunto: Parecer sobre a negociação de uma Convenção para evitar a Dupla Tributação
com o Panamá.

Com referência ao ofício dessa Direcção-Geral - DEC n.º559 de 10.04.2010
sobre o assunto em epígrafe, remete-se a V. Exª cópia do Parecer n.º 30/2010 emitido
pela CNPD em 17.05.2010, no âmbito do pedido formulado.

Com os melhores cumprimentos

Pil A Secretária da CNPD

(Isabel Cristina Cruz)

MM

*COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS*

Processo n.º 2129/2010

Parecer n.º 30 /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 a República do Panamá.

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, que corresponde à última versão que se encontra formalizada, dado ser aquela em que as negociações estão a ser realizadas – é o seguinte:

COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS

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 Resoluition 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 transpôs 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.

No que concerne à transferência de dados pessoais para terceiros países ou para organismos internacionais recebidos da outra parte contratante ao abrigo da Convenção, o texto proposto nada refere a este respeito. Esta transmissão, no entanto, não deve poder

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.

*COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS*

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.

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.

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 ao Panamá, esta Comissão não dispõe – através da Rede Iberoamericana de Protecção de Dados, a que Portugal pertence – de qualquer informação relativa a eventual legislação sobre protecção de dados. Apenas se obteve referência à Lei n.º 6 de 22 de Janeiro de 2002, relativa à transparência e acesso à informação pública que estabelece medidas “habeas data”, à Lei n.º 24 de 22 de Maio de 2002 que regula os serviços de informação sobre histórico de crédito e a Lei n.º 3 de 5 de Janeiro de 2000, que corresponde à Lei Geral de Doenças Sexualmente Transmissíveis.

No que concerne à Constituição do Panamá (artigos 29.º e 42.º a 44.º) consagra o direito à privacidade da correspondência e comunicações telefónicas e o acesso a informações e “habeas data”.

Não se instituiu, porém, a nível geral (mas sim apenas com âmbito sectorial - Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor), qualquer entidade incumbida de garantir e controlar a aplicação das normas jurídicas mencionadas.

A República do Panamá não ratificou a Convenção 108 do Conselho da Europa (aberta a países a este não pertencentes) sobre protecção de dados pessoais.

Parece, pois, de concluir que o Panamá não assegura 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) 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 não é inadmissível. Tudo residirá, enfim, em ponderar se os interesses públicos subjacentes à Convenção são de tal modo ponderosos que justifiquem tal medida.

E) 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*"

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 discricção 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 a República do Panamá 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

COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS

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.*

COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS

- 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).

COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS

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 rectificadoss;*
 - 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

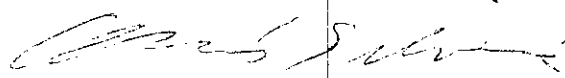
Em face das considerações antecedentes, concluímos que a Direcção-Geral dos Assuntos Técnicos e Económicos, do Ministério dos Negócios Estrangeiros, deve seguir as seguintes recomendações:

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, 17 Maio de 2010

Luís Barroso, Ana Roque, Carlos Campos Lobo (relator), Helena Delgado António, Vasco Almeida, Luís Paiva de Andrade



Luís Lingnau da Silveira (Presidente)