COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS

Processo n.º 6500/2010

Parecer n.º 56 /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 um texto de projecto de Acordo Bilateral para Troca de Informações em Matéria Fiscal a celebrar entre Portugal e a República da Colômbia.

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.

No caso em apreço, o pedido formulado respeita à análise e ponderação do corpo do artigo 25.º do referido projecto de Acordo Bilateral, que acolhe a matéria da troca de informações fiscais e a confidencialidade.

Refira-se ainda que o complexo em presença, pretende abranger não só as pessoas singulares como também as colectivas – cfr. art. 4.º, n.º 1 al. e) e 5.º, n.º 4 al. b) - pelo que, por força do plasmado no artigo 3.º da Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro (LPDP), toda a apreciação a elaborar neste momento e nesta sede abrange apenas as pessoas singulares.

II. Norma em análise

Num primeiro momento cabe referir que esta CNPD já emitiu oportunamente e em sede própria o Parecer n.º 12/2010, de 19 de Março de 2010 sobre Projectos de Acordos Bilaterais de conteúdo semelhante, seguindo este a mesma linha de argumentação.

Compulsado o texto apresentado, surge manifesto que o preceito a reclamar ponderação directa em matéria de protecção de dados pessoais é o invocado artigo 25.º.

Para melhor compreensão transcreve-se na íntegra o texto do artigo 25.º na versão disponibilizada pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros.

"Artigo 25.º

Troca de Informações

1. As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações que sejam previsivelmente relevantes para a aplicação das disposições da presente Convenção ou para a administração ou a aplicação das leis internas relativas aos impostos de qualquer natureza ou denominação cobrados em benefício dos Estados Contratantes ou das suas subdivisões políticas ou administrativas ou autarquias locais, na medida em que a tributação nelas prevista não seja contrária à presente Convenção. A troca de informações não é restringida pelo disposto nos Artigos 1.º e 2.º.

2. As informações obtidas nos termos do n.º 1 por um Estado Contratante serão consideradas confidenciais do mesmo modo que as informações obtidas com base na legislação interna desse Estado e só poderão ser comunicadas às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e autoridades administrativas) encarregadas da liquidação ou cobrança dos impostos referidos no n.º 1, ou dos procedimentos declarativos ou executivos, ou das decisões de recursos, relativos a esses impostos, ou do seu controlo. Essas pessoas ou autoridades utilizarão as informações assim obtidas apenas para os fins referidos. Essas informações poderão ser reveladas no decurso de audiências públicas de tribunais ou em decisões judiciais.

3. O disposto nos números 1 e 2 não poderá em caso algum 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 informações que não possam ser obtidas com base na sua legislação ou no âmbito da sua prática administrativa normal ou nas do outro Estado Contratante;

   c. de transmitir informações reveladoras de segredos ou processos comerciais, industriais ou profissionais, ou informações cuja comunicação seja contrária à ordem pública.

4. Se forem solicitadas informações por um Estado Contratante em 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 esse outro Estado não necessite de tais informações para os seus próprios fins fiscais. A obrigação constante da frase anterior está sujeita às limitações previstas no n.º 3, mas tais limitações não devem, em caso algum, ser interpretadas no sentido de permitir que um Estado Contratante se recuse a prestar tais informações pelo simples facto de estas não se revestirem de interesse para si, no âmbito interno.

5. *O disposto no n.º 3 não pode em caso algum ser interpretado no sentido de permitir que um Estado Contratante se recuse a prestar informações unicamente porque estas são detidas 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".*

III. Apreciação

A) Transferência de dados para "países terceiros"

O intercâmbio de informações a que o artigo 25.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]

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 nº 108, aprovada em 28 de Janeiro de 1981, foi aprovada para ratificação pela Resolução da AR nº 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.

No que concerne à Colômbia, a respectiva Constituição (artigo 15.º) consagra os direitos à privacidade e ao acesso a dados pessoais, bem como a actualizá-los e rectificá-los.

Em sua execução, vigora a Lei n.º 1266, de 31 de Dezembro de 2008, que regula, em geral, o chamado "*habeas data*" e o tratamento de dados pessoais.

O regime definido por esta lei é análogo aos das leis europeias de protecção de dados.

Não se institui, porém, a nível geral (mas sim apenas com âmbito sectorial – Superintendência de Indústria e Comércio e Superintendência financeira), qualquer entidade incumbida de garantir e controlar a aplicação desta lei.

Enfim, a Lei n.º 1273, de 2009, aditou várias disposições ao Código Penal, uma das quais incrimina as violações de dados pessoais.

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

Parece, pois, de concluir que a Colômbia não assegura um nível de protecção de dados pessoais adequado.

C) Eventual "*protecção de interesse público importante*"

Tanto a Lei n.º 67/98 (al. c) do n.º 1 do artigo 20.º) como o Protocolo Adicional à Convenção n.º 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*".

Admite-se que, no caso, se verifique o "interesse público importante" quando se pretenda evitar situações de dupla tributação. Caberá realçar que, de acordo com as regras nacionais e internacionais citadas, esta derrogação só deve ser acolhida em termos restritos e excepcionais.

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 25.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 25.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 (n.º 3 do artigo 35.º) quer pela Lei n.º 67/98 (artigo 7.º).

Na concepção vigente na nossa sociedade, os dados bancários são protegidos pelo segredo, porque considerados atinentes à vida privada.

A verdade, porém, é que o n.º 3 do artigo 35.º 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 n.º 1 do artigo 25.º refere: "*As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações que sejam* ***previsivelmente relevantes*** *para a aplicação das disposições da presente Convenção ou para a administração ou alicação das leis internas relativas aos impostos de qualquer natureza ou denominação …*".

A expressão "*previsivelmente relevantes*", de tão ampla e vaga, apresenta-se, a nosso ver, desproporcionada. A mesma não respeita, nomeadamente, o artigo 5.º, al c) da Convenção n.º 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 (artigo 8.º).

Note-te que em diversas convenções sobre a mesma matéria[2] 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 n.º 1 do artigo 25.º, substituindo-se o requisito das informações serem *previsivelmente relevantes*, por *informações necessárias* para aplicação das disposições da presente Convenção.

[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.

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 do n.º 4 do artigo 25.º seja corrigido e se consagre na sua primeira frase *"Se forem solicitadas informações por um Estado Contratante em 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*".

2.2 *O n.º 1 do artigo 25.º* na sua parte final menciona que *"A troca de informações não é restringida pelo disposto nos Artigos 1.º e 2.º"*, devendo - de acordo com o seu sentido natural - este aditamento 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, não se deve entender que este preceito vise 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 25.º possa 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, paralelamente, Portugal e a Colômbia 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. <u>Cláusula sobre protecção de dados pessoais</u>

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 obriguem a respeitar.

A solução 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:

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 purspose 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.º e 20.º) 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).

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 na Secção III, A) deste parecer sobre a transferência de dados pessoais para terceiros países ou para organismos internacionais.

2. Seja alterada a redacção proposta no n.º 1 do artigo 25.º, substituindo-se o requisito das informações serem *previsivelmente relevantes*, por *informações necessárias* para aplicação das disposições da presente Convenção.

3. O texto do n.º 4 do artigo 25.º 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, F), ponto 2.1.

4. As partes *declarem positivamente e não por simples remissão* que a troca de informações prevista no artigo 25.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 da opção apresentada na Secção III, F), ponto 3.

É este o sentido do nosso parecer.

Lisboa, 25 Agosto de 2010

Carlos de Campos Lobo (Relator)