

DELIBERAÇÃO/2022/1072

I. Relatório

1. A Comissão Nacional de Proteção de Dados (doravante “CNPD”) elaborou o Projeto de Deliberação/2021/22, em 19 de outubro de 2021, no qual foi imputada ao Arguido Instituto Nacional de Estatística, I.P. (doravante “INE”), a prática, em autoria material e na forma consumada, de dez contraordenações decorrentes da violação de diversas disposições do Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (doravante “RGPD”), referentes a atividades de tratamento de dados pessoais realizadas no contexto da operação censitária “Censos 2021”, a saber:

- a. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 5.º e da alínea a) do n.º 5 do artigo 83.º, ambos do RGPD, com coima até 20 000 000 € ou até 4% do volume de negócios anual, por **violação do princípio da responsabilidade**;
- b. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas da alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º e da alínea a) do n.º 5 do artigo 83.º, ambos do RGPD, com coima até 20 000 000 € ou até 4% do volume de negócios anual, por **violação do princípio da licitude, lealdade e transparência**;
- c. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 9.º e da alínea a) do n.º 5 do artigo 83.º, ambos do RGPD, com coima até 20 000 000 € ou até 4% do volume de negócios anual, por **violação da proibição de tratamento de categorias especiais de dados pessoais**;
- d. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º e da alínea a) do n.º 5 do artigo 83.º, ambos do RGPD, com coima até 20 000 000 € ou até 4% do volume de negócios anual, por **violação do princípio da minimização**;
- e. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 32.º e da alínea a) do n.º 4 do artigo 83.º, ambos do RGPD, com coima até 10 000 000 € ou até 2% do volume de negócios anual, por **violação da aplicação de medidas de segurança dos dados pessoais**;
- f. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas dos artigos 12.º e 13.º e da alínea b) do n.º 5 do artigo 83.º, ambos do RGPD, com coima até 20 000 000 € ou até 4% do volume de negócios anual, por **violação dos deveres de informação aos titulares dos dados**;
- g. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas dos n.ºs 1, 6 e 7 do artigo 28.º e da alínea a) do n.º 4 do artigo 83.º, ambos do RGPD, com coima até 10 000 000 € ou até 2% do

volume de negócios anual, por violação do cumprimento das regras aplicáveis à contratação de entidades subcontratantes;

- h. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas do artigo 44.^º, do n.^º 2 do artigo 46.^º e da alínea c) do n.^º 5 do artigo 83.^º, ambos do RGPD, com coima até 20 000 000 € ou até 4% do volume de negócios anual, por violação do regime das transferências;
- i. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas dos n.^ºs 1 e 2 e da alínea b) do n.^º 3, todos do artigo 35.^º, e da alínea a) do n.^º 4 do artigo 83.^º, todos do RGPD, com coima até 20 000 000 € ou até 4% do volume de negócios anual, por violação de realização de uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados pessoais;
- j. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas do n.^º 7 do artigo 37.^º e da alínea a) do n.^º 4 do artigo 83.^º, ambos do RGPD, com coima até 20 000 000 € ou até 4% do volume de negócios anual, por violação do dever de comunicação, à Autoridade de Controlo, da designação do Encarregado de Proteção de Dados (doravante "EPD").

2. O Arguido foi notificado do teor do referido Projeto de Deliberação e convidado, querendo, a apresentar defesa [cf. artigo 50.^º do Decreto-Lei n.^º 433/82, de 27 de outubro (Regime Geral das Contraordenações e Coimas, doravante "RGCO")].

3. Veio o Arguido, nessa sequência, alegar, em suma, que:

- i. A CNPD não tem competência para sindicar o INE, porque as suas competências têm de ser exercidas ex ante no quadro orgânico-institucional do Conselho Superior de Estatística;
- ii. O Projeto de Deliberação é nulo por falta da representação dos pressupostos da imputação ao Arguido das infrações praticadas;
- iii. O Projeto de Deliberação é inadmissível por falta de advertência prévia, nos termos do disposto no n.^º 3 do artigo 39.^º da Lei n.^º 58/2019, de 8 de agosto;
- iv. O Projeto de Deliberação viola a independência técnica do Arguido e como tal deve ser declarado nulo;
- v. O Arguido não pode ser punido duplamente pela prática do mesmo facto;
- vi. O tratamento de dados foi lícito;

- vii. O Arguido não violou o princípio da minimização, nas operações tidas como facultativas;
- viii. O Arguido cumpriu os deveres de informação aos titulares de dados pessoais;
- ix. O Arguido não violou os deveres de diligência na escolha do seu subcontratante;
- x. Não existiu qualquer transferência de dados para Estados terceiros, pelo que o Arguido não violou o regime de transferências de dados;
- xi. O Arguido não estava obrigado a realizar uma Avaliação de Impacto sobre os Dados Pessoais, uma vez que a avaliação já teria sido feita na Autorização n.º 2600/2011, emitida pela CNPD, a qual não foi objeto de qualquer alteração;
- xii. Os contactos do EPD foram comunicados à Autoridade de Controlo, em 22 de maio de 2018;
- xiii. O Arguido requer a dispensa da coima, nos termos do artigo 44.º, n.º 2, da Lei n.º 58/2019 de 8 de agosto.

4. Tendo a CNPD detetado que, da cópia do processo enviada através de correio eletrónico de 24 de janeiro de 2022, não constavam as provas recolhidas e anexadas à informação 2021/109, de 16 de setembro de 2021, foram as mesmas remetidas por despacho de 15 de setembro de 2022, concedendo-se novo prazo para defesa.

5. Em 29 de setembro de 2022 a mandatária respondeu informando que mantinha a defesa anterior.

II. Apreciação

6. A CNPD é competente nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º e do n.º 2 do artigo 58.º do Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), conjugado com o artigo 3.º, o n.º 2 do artigo 4.º, e a alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º, todos da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (LERGPD).

7. Mais se diga que, em tudo o que não esteja previsto na LERGPD, é aplicável subsidiariamente o RGCO (por força do disposto no seu artigo 45.º daquela lei).

8. Atenta a Defesa apresentada pelo Arguido, cumpre fazer a apreciação dos argumentos de facto e de direito ali expostos.

Assim:

i. Da incompetência da CNPD para sindicar o INE

9. O Arguido começa por alegar, nos pontos 7 a 16 da sua Defesa, argumento que depois desenvolve nos pontos 39 a 148, que a CNPD “[...] teve oportunidade de exercer as suas competências de controlo *ex ante*, num quadro orgânico-institucional especificamente conformado com o propósito de integrar os contributos da CNPD quanto às matérias relativas ao tratamento de dados pessoais no contexto da operação censitária, “mas optou por atuar fora do quadro institucional para o efeito estabelecido e ao arrepio das deliberações adotadas pelos órgãos em que está integrada – e às quais se deveria considerar vinculada –, imputando *ex post* a prática de um conjunto de infrações que – em se tendo verificado, o que não se concede –, a própria CNPD deveria oficiosamente ter contribuído para antecipar e prevenir.” (pontos 14 e 15 da Defesa).

10. Importa, antes do mais, esclarecer o equívoco em que labora o Arguido na Defesa, porventura fruto da sua deficiente compreensão do regime jurídico de proteção de dados pessoais a que está sujeito.

11. A participação, legalmente prevista, da CNPD no seio do Conselho Superior de Estatística (CSE) cinge-se às competências deste órgão, as quais estão previstas no artigo 13.º da Lei do Sistema Estatístico Nacional (Lei n.º 22/2008, de 13 de maio). Destaca o Arguido, no ponto 43 da sua Defesa, duas dessas competências, embora de forma incompleta, assim deturpando o seu real âmbito, razão por que aqui se deixa a redação integral dessas duas competências: “Definir e aprovar as linhas gerais da actividade estatística oficial e respectivas prioridades;” “Formular recomendações no âmbito da definição de metodologias, conceitos e nomenclaturas estatísticas para o aproveitamento de actos administrativos para a produção de estatísticas oficiais e zelar pela sua aplicação”.

12. Ora, uma interpretação daquele diploma legal que conduzisse à conclusão de que, quanto aos tratamentos de dados pessoais realizados pelo INE no âmbito da atividade estatística da entidade, a CNPD deve exercer as competências atribuídas pelo RGPD e pela LERGPD apenas no seio do Conselho Superior de Estatística, significaria a exclusão daqueles tratamentos dos poderes de supervisão sucessiva e corretiva que o RGPD explicitamente atribui a qualquer autoridade nacional de controlo – cf. n.ºs 1 e 2 do artigo 58.º do RGPD –, exclusão que o legislador nacional não previu e que, de resto, não seria admissível no ordenamento jurídico nacional face ao direito da União Europeia.

13. O que o Arguido persiste em ignorar é que a função da CNPD é, desde que se iniciou a aplicação do novo regime jurídico de proteção de dados, essencialmente de supervisão ou controlo sucessivo dos tratamentos de dados pessoais, centrando-se o controlo prévio em orientações genéricas quanto ao tratamento de dados pessoais.

14. É certo que a CNPD dispõe de algumas competências em sede de controlo prévio concreto (enunciadas no n.º 3 do artigo 58.º do RGPD), mas o essencial dessas competências pressupõe a iniciativa do responsável pelo tratamento, mediante a apresentação de requerimento junto da CNPD, em conformidade com o princípio da responsabilidade proactiva (*accountability*) consagrado no n.º 2 do artigo 5.º e no artigo 24.º do RGPD.

15. De todo o modo, no âmbito das reuniões do CSE e das suas secções, a função da CNPD não é, em rigor, de supervisão ou controlo prévio dos tratamentos de dados pessoais realizados pelo INE, mas apenas a de contribuir com os seus conhecimentos especializados e experiência na aplicação dos princípios e regras de proteção de dados pessoais para a definição das linhas gerais da atividade estatística, bem como de metodologias, conceitos e nomenclaturas estatísticas para o aproveitamento de atos administrativos para a produção de estatísticas oficiais. Em especial, no seio desse órgão, a CNPD contribuiu para que fosse estabelecido entre o INE e as entidades públicas pertinentes um procedimento de acesso a dados sobre os cidadãos que agilizasse a operação censitária 2021 e mitigasse o impacto sobre os direitos dos titulares dos dados, promovendo a pseudonimização dos dados, contributo que, afinal, não foi aproveitado.

16. Por esse motivo e também porque nem o RGPD nem a legislação nacional e europeia relativa à atividade estatística afastam o regime de proteção de dados pessoais das operações estatísticas – *rectius*, porque esta legislação expressamente salvaguarda o regime de proteção de dados pessoais –, mantêm-se intocadas as competências da CNPD, seja no contexto do controlo prévio, seja no contexto da supervisão sucessiva, máxime as de fiscalização e sancionamento.

17. De resto, e ao contrário do que o Arguido parece pretender, não existe qualquer contradição entre os diferentes contributos da CNPD no seio do CSE ou das suas secções e o projeto de deliberação, uma vez que a CNPD em ponto algum do projeto questionou ou censurou as variáveis definidas pelo INE, tão-pouco a opção de recolha de dados pela Internet. Aliás, a coerência da CNPD é evidente, tendo em conta que, no seio da Secção Eventual de Acompanhamento dos Censos 2021 (SEAC), advertiu para os riscos específicos decorrentes da recolha em linha das respostas aos inquéritos.

18. O que a CNPD averiguou e está a analisar não é se as variáveis são necessárias para a atividade censitária – sendo certo que o juízo de necessidade foi explicitamente atribuído ao INE pela lei nacional e que o nome dos respondentes não é uma variável, como resulta evidente do Anexo ao Regulamento (CE) 1201/2009, de 30 de novembro de 2009¹ –, tão-pouco a metodologia e o procedimento de recolha desses dados; o que a CNPD averiguou e está a analisar são as condições e os limites legalmente definidos para o tratamento dos

¹ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R1201&from=PT>

dados pessoais, em especial o respeito pelo princípio da lícitude do tratamento e da minimização dos dados e dos riscos para os direitos dos titulares dos dados, onde se compreendem, por exemplo, questões relacionadas com a identificação dos respondentes e dos seus familiares (nome completo) e a pseudonimização dos dados.

19. E a averiguação e o eventual sancionamento do desrespeito por tais condições e limites cabem nas atribuições e competências da CNPD, como decorre dos artigos 55.º e 58.º do RGPD e dos artigos 3.º e 6.º da LERGPD, pelo que não merece procedência o alegado nos pontos 7 a 16 e 39 a 148 da Defesa.

20. Ademais, nas operações censitárias anteriores, embora a CNPD já fosse membro do CSE, o INE nunca teve dúvidas sobre a necessidade de requerer as então necessárias autorizações para o tratamento de dados, nem questionou o papel da CNPD de fiscalização no âmbito dessas operações². Ou seja, apesar da participação da CNPD no CSE, sempre o INE considerou que a intervenção da CNPD como autoridade nacional de proteção de dados não se esgotava na participação naquele órgão.

21. Em suma, as decisões colegiais do CSE, no qual a CNPD é um entre mais de vinte membros, não podem condicionar o papel de autoridade de controlo quanto aos tratamentos de dados pessoais, sob pena de esvaziar o seu poder reconhecido pelo RGPD e pela legislação nacional.

22. Importa ainda clarificar que a definição das concretas medidas técnicas e organizativas que vão ser aplicadas na operação censitária com reflexo no tratamento nos dados pessoais não cabe nas competências do CSE, nem nunca nele foi suscitada.

ii. Da falta de representação dos pressupostos da imputação

23. Alega o Arguido ser inexistente, no Projeto de Deliberação, a indicação dos factos do ilícito, suportando-se no disposto no artigo 50.º do RGCO, no n.º 10 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”) e nos artigos 120.º, n.º 1, n.º 2, alínea d), e n.º 3, alínea c), do Código do Processo Penal, aplicável por remissão do disposto no artigo 41.º do RGCO.

24. Considera o Arguido, na Defesa apresentada, que o Projeto de Deliberação é omisso quanto a elementos relevantes para a imputação das infrações, sendo apenas feita uma indicação genérica das contraordenações que lhe são imputadas.

² Veja-se, a título de exemplo, a Autorização n.º 2600/2011, de 24 de março, relativa à operação censitária de 2011 e a Deliberação n.º 144/2012, de 27 de fevereiro de 2012, relativa à fiscalização do cumprimento das condições impostas naquela autorização.

25. No entendimento do Arguido, deveriam constar do Projeto de Deliberação a motivação com que atuou, as circunstâncias em que a infração foi cometida e a que título é feita a imputação ao Arguido (dolo ou negligência).

26. Em suma, o Arguido entende que não constam do Projeto de Deliberação os elementos objetivos e subjetivos que permitam imputar-lhe a prática de uma contraordenação.

27. Em resultado, alega que se encontra impossibilitado de exercer o seu direito de defesa de forma plena e eficaz, o que, no seu entender, deveria levar à nulidade do presente processo contraordenacional, após a prolação do Projeto de Deliberação.

28. Tal entendimento não merece acolhimento.

Vejamos,

29. Ao contrário do que argumenta o Arguido, no Projeto de Deliberação não foram omitidos quaisquer elementos que nele devessem constar, estando aí bem identificados os factos objetivos integradores da contraordenação. Mais se nota que, no Projeto de Deliberação, é feita a referência aos factos que traduzem a imputação subjetiva e os que podem ter influência na determinação concreta da sanção a aplicar.

30. Recorda-se, ainda, que um Projeto de Deliberação não corresponde a uma decisão final, pelo que a apresentação dos fundamentos pode – e deve, por simplificação do processo – ser feita de forma sucinta.

31. Ora, avaliando a Defesa apresentada, facilmente se constata que o Arguido conhece todos os fundamentos da decisão proposta, sendo inegável que está ciente do *iter cognoscitivo* e valorativo da decisão, e de todo o contexto que lhe é aplicável.

32. Nos termos do Assento n.º 1/2003, do Supremo Tribunal de Justiça, não se exige à autoridade administrativa que na “acusação” (ou, como determina a lei, na “contraordenação que [...] é imputada” ao arguido) se proceda, desde logo, a uma valoração da prova.

33. Dito de outra forma, não é exigível à autoridade administrativa que, logo na “acusação”, tenha de qualificar o específico grau de gravidade ou grau de culpa do agente.

34. O que se exige é que se proceda, em função dos factos apurados e imputados ao arguido, à qualificação jurídica da infração, isto é, da contraordenação, identificando o correspondente tipo legal aplicável (princípio da tipicidade).

35. Por exemplo, se uma norma estabelecer que uma determinada infração é punível a título de dolo, da “acusação” devem constar os factos integrativos deste tipo legal (os factos imputados ao arguido devem

permitir extrair esta qualificação jurídica contraordenacional). Já o apuramento do grau de gravidade da infração – e, portanto, do grau de culpa do agente – terá de decorrer de um juízo específico de valoração da prova a fazer na fase instrutória³.

36. Ora, no Projeto de Deliberação está claramente definido a que título subjetivo são imputadas as infrações ao agente, seja pela identificação dos elementos que o enquadram

37. Confiram-se, nomeadamente, os pontos 129, 130, 131, onde expressamente se diz que “o arguido não atuou com os cuidados a que estava vinculado e de que era capaz, representando como possível que estava a agir contra a lei”, descrição correspondente à imputação a título de negligência e os pontos 132, 133 e 134, onde se encontra expresso que “configurando uma atuação enquadrável na modalidade de dolo eventual”.

38. Nestes termos, improcede o argumento de que o Projeto de Deliberação está inquinado por qualquer vício processual.

iii. Da obrigatoriedade da advertência prévia do Arguido

39. O Arguido vem alegar que o n.º 3 do artigo 39.º da LERGPD consagra uma obrigação de a autoridade de controlo proceder a uma advertência prévia, antes de iniciar um processo contraordenacional.

40. No entendimento, postulado na Defesa escrita, o Arguido considera que tal advertência prévia é um pressuposto processual ou uma condição de procedibilidade.

41. A não verificação da mencionada advertência prévia, segundo o Arguido, acarreta a inadmissibilidade legal do processo contraordenacional.

42. Concluindo o Arguido que deverá ser declarada a nulidade do Projeto de Deliberação, por violação do princípio da legalidade.

Vejamos,

43. O n.º 3 do artigo 39.º da LERGPD estabelece que “(...) [e]xceto em caso de dolo, a instauração de processo de contraordenação depende de prévia advertência do agente, por parte da CNPD, para cumprimento da obrigação omitida ou reintegração da proibição violada em prazo razoável (...”).

44. Desde logo, esta disposição sempre estaria afastada nas situações em que se está perante infrações dolosas praticadas pelo responsável pelo tratamento, como sucede no caso de algumas infrações em apreço.

³ In Contraordenações nos Tribunais Administrativos, E-Book do CEJ, outubro 2019, p.113.

45. De todo o modo, quanto às infrações imputadas a título de negligência, aquela disposição legal faz depender a advertência prévia da possibilidade de “(...) cumprimento da obrigação omitida ou reintegração da proibição violada em prazo razoável (...”).

46. As violações que suportam o presente processo de contraordenação dizem respeito, grosso modo, à recolha de dados dos cidadãos portugueses, no âmbito da atividade censitária Censos 2021.

47. Que, como se depreende da nomenclatura, decorreu durante o ano de 2021, e estava já concluído aquando da notificação do Projeto de Deliberação.

48. Assim sendo, as obrigações do Arguido já foram incumpridas de forma irremediável, sendo que este incumprimento já se materializou – e esgotou – até à conclusão daquela atividade, no ano de 2021.

49. Não se alcança o efeito útil de uma advertência prévia para fazer corrigir ou cessar um tratamento quando este já não está em curso, por já se ter verificado a sua concretização.

50. A *ratio legis* desta disposição é assegurar a correção da infração, quando exista a possibilidade de o responsável pelo tratamento corrigir, ainda, a sua conduta, diminuindo assim os riscos para a esfera jurídica do titular dos dados pessoais.

51. Algo que, *in casu*, já não seria, nem é, possível atingir.

52. Refira-se, ainda, que as normas devem ser interpretadas tendo em conta as regras de interpretação e aplicação das leis, que convidam a que se avalie, também, entre outros aspetos, a intenção do legislador (cf. artigos 1.º a 13.º do Código Civil).

53. A interpretação da lei não deve limitar-se a explorar, apenas, o sentido literal das disposições.

54. Ora, se a infração já se consolidou, não sendo possível impedir a sua ocorrência nem o dano que o incumprimento da obrigação do Arguido produziu na esfera do titular de dados pessoais, não faz qualquer sentido apelar à aplicação de uma advertência prévia.

55. Independentemente disso, ainda que fosse aplicável, a CNPD decide não aplicar o disposto no n.º 3 do artigo 39.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, no caso em apreço, por força do princípio do primado do Direito da União Europeia e com os fundamentos constantes da Deliberação/2019/494, de 3 de setembro⁴, uma vez que tal norma, ao impor à CNPD um passo prévio à decisão de abertura de um procedimento sancionatório, que se consubstancia numa advertência para a correção da ilicitude dentro de um prazo razoável, estabelece

⁴ Acessível em https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Delib/DEL_2019_494.pdf

um regime especial para as condutas ilícitas praticadas com negligência que não é compatível com o regime previsto no RGPD.

56. Na realidade, como decorre claramente do corpo do n.º 2 do artigo 83.º do RGPD, o legislador da União confere ao concreto decisor, em função das circunstâncias de cada caso, um poder discricionário de aplicar coimas para além ou em vez das medidas referidas nas alíneas a) a h) e j) do n.º 2 do artigo 58.º do RGPD.

57. Com efeito, ao determinar que «[c]onsoante as circunstâncias de cada caso, as coimas são aplicadas para além ou em vez das medidas referidas no artigo 58.º, n.º 2, alíneas a) a h) e j) [...]», o n.º 2 do artigo 83.º do RGPD reconhece às autoridades nacionais de controlo o poder de, casuisticamente, optar pela aplicação apenas de coima, aplicação de coima e medida corretiva, ou aplicação isolada de uma ou mais medidas corretivas previstas no n.º 2 do artigo 58.º. É esse poder discricionário que indiscutivelmente é atribuído às autoridades de controlo nacionais, que a norma insita no n.º 3 do artigo 39.º da Lei n.º 58/2019 está a restringir, impondo em abstrato à CNPD a adoção de uma específica medida, independentemente das circunstâncias de cada caso (uma vez que apenas atende à natureza negligente da infração) e sem permitir cumular imediatamente a aplicação de uma sanção.

58. Ora, uma tal imposição esvazia o poder discricionário reconhecido pelo RGPD à autoridade de controlo, retirando ou diminuindo consideravelmente o efeito útil da norma que o atribui⁵.

59. Acresce que o legislador nacional não pode impor à sua autoridade de controlo a adoção de uma medida corretiva, determinada na alínea a) do n.º 2 do artigo 58.º do RGPD para hipóteses em que está prevista uma operação de tratamento de dados (portanto ainda não concretizada) que é suscetível de violar as regras do Regulamento, nas situações em que os pressupostos dessa medida não estão preenchidos. Por outras palavras, se o RGPD define, na alínea a) do n.º 2 do artigo 58.º, os pressupostos da decisão de advertência, não pode a lei nacional impor a prática deste ato quando se verifique uma situação que não se subsume nesses pressupostos e preenche um outro tipo-legal para o qual o RGPD prevê uma decisão com a mesma designação.

⁵ Aliás, o legislador nacional parece pretender recuperar uma disposição prevista na primeira versão da proposta de regulamento da autoria da Comissão Europeia (o então artigo 76.º, n.º 3), a qual em fase ulterior do procedimento legislativo europeu foi eliminada, o que constitui mais um argumento em favor da interpretação de que o legislador da União recusou limitar ou esvaziar em abstrato os poderes de aplicação de sanções pecuniárias às infrações nele previstas, pelo que uma norma nacional que preveja um tal trâmite prévio para toda e qualquer infração negligente com o efeito de adiar ou impossibilitar o exercício de poder sancionatório reconhecido pelo RGPD esvazia o efeito útil da norma da União que prevê tais poderes, pondo em crise o princípio da efetividade do direito da União.

60. À luz de tais argumentos, a CNPD não aplica no caso em apreço o n.º 3 do artigo 39.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

61. De resto, não se acompanha o entendimento limitado do princípio da legalidade da atividade administrativa, revelado pelo Arguido no ponto 186 da Defesa, por não ser consentâneo com o quadro jurídico-constitucional atual.

62. O princípio da legalidade, consagrado no artigo 266.º da CRP, é hoje afirmado como princípio da juridicidade, no sentido de que a Administração Pública está vinculada às diferentes disposições normativas heterodeterminadas e, portanto, determinadas não apenas pelo legislador nacional como também pelo legislador da União Europeia; como, aliás, decorre do n.º 4 do artigo 8.º da CRP, que integra diretamente na ordem jurídica nacional o direito da União. E, na aplicação das normas jurídicas internas e da União, não pode deixar de se considerar o princípio do primado do direito da União, como tem vindo a ser interpretado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que obriga à desaplicação de normas legislativas internas sempre que as mesmas contradigam o direito da União ou esvaziem o seu efeito útil.

63. E não venha o Arguido invocar que a CNPD, por ser uma entidade administrativa, não tem competência para desaplicar a norma em apreço.

64. Pois importa recordar o entendimento do Tribunal Constitucional, expresso, recentemente, no acórdão n.º 268/2022, vulgarmente denominado Acórdão dos Metadados, onde se lê:

"Em consequência a eventual contrariedade das normas ora em crise com regras de direito da União Europeia que possam ser invocáveis no plano interno terá como resposta do sistema judicial nacional a desaplicação de normas internas – sem que estas sejam expurgadas do ordenamento jurídico ou que se gere, por esse efeito, a sua invalidade. Foi justamente o que decidiu a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD): considerando na sua deliberação n.º 641/2017, de 9 de maio de 2017, que o regime contido na Lei n.º 32/2008 contraria o Direito da União Europeia – por transgressão desproporcionada dos artigos 7.º e 8.º da CDFUE – deliberou desaplicar a Lei 32/2008, com fundamento no primado do direito da União Europeia (Deliberação n.º 1008/2017, de 18 de julho de 2017)." sublinhado nosso.

65. Vindo, posteriormente, aquele Tribunal a renovar este entendimento, no Acórdão n.º 382/2022, onde se lê:

"4. Em segundo lugar, sempre se dirá que os fundamentos invocados para a nulidade do Acórdão n.º 268/2022 são manifestamente improcedentes.

Por um lado, porque as normas que determinam uma obrigação indiferenciada de conservação de metadados não podiam já ser aplicadas por qualquer autoridade nacional desde 2014, momento em que se concluiu pela sua incompatibilidade com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland, proc. C-293/12 e C-594/12; e de 21 de dezembro de 2016, Tele2 Sverige e Watson, proc. C-203/15 e C-698/15) e surgiu a obrigação, para todas as autoridades nacionais (incluindo judiciárias) de recusar a sua aplicação, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 8.º da Constituição e tal como foi decidido pela Comissão Nacional de Proteção de Dados na Deliberação n.º 1008/2017, de 18 de julho de 2017." – sublinhado nosso.

66. Ou seja, a CNPD não só tem poderes para decidir sobre a desaplicação de normas que estejam em contradição com o Direito da União Europeia, como sobre ela recai a obrigação de o fazer pelo que, nestes termos não se verifica qualquer violação do princípio da legalidade.

67. Acrescenta ainda o Arguido, no ponto 182 da Defesa, que "[...] as normas contidas, nomeadamente, no artigo 83.º do RGPD, não podem ser interpretadas no sentido de visarem diretamente as competentes autoridades de controlo nacionais, na medida em que, conforme decorre do disposto no artigo 83.º, n.º 9, sanções previstas no RGPD são apenas aplicáveis 'quando o sistema jurídico dos Estados-membros não preveja coimas', que sejam 'efetivas, proporcionadas e dissuasivas' ".

68. Ora, a Defesa revela uma errada leitura do RGPD, e o desconhecimento do considerando 151 do mesmo diploma europeu. Na verdade, o n.º 9 do artigo 83.º do RGPD visa colmatar a não existência de coimas "tal como são previstas no [RGPD]" nos sistemas jurídicos da Dinamarca e da Estónia, conforme se explicita naquele considerando, o que só vem reforçar que o artigo 83.º tem como destinatários os concretos aplicadores das sanções, ou seja, as autoridades nacionais de controlo e os tribunais – como a CNPD refere na deliberação citada pelo Arguido (Deliberação 2019/494).

69. De resto, o afirmado no ponto 183 da Defesa não acrescenta nada à argumentação do Arguido, correspondendo à mera constatação de uma norma que explicita o princípio do Estado de Direito; ao contrário, revela uma contradição insanável na argumentação do Arguido, já que o n.º 8 do artigo 83.º do RGPD estatui especificamente que este artigo é dirigido às autoridades de controlo nacionais ("[o] exercício das competências que lhe são atribuídas pelo presente artigo por parte da autoridade de controlo [...]").

iv. Da nulidade do Projeto de Deliberação por violação da independência técnica do Arguido

70. Vem o Arguido alegar que a independência técnica constitui um princípio basilar da atividade estatística oficial, que se encontra estabelecido em legislação nacional e europeia.

71. Razão pela qual o Arguido, na prossecução da sua missão de interesse público, pode definir livremente os processos, métodos, normas e procedimentos estatísticos, sem que possa ser sujeito a qualquer ingerência externa, nomeadamente por parte de quaisquer outras autoridades administrativas.

72. Pelo que, segundo o entendimento do Arguido, a definição dos dados pessoais tratados no âmbito da atividade censitária Censos 2021, bem como o respetivo tratamento dos dados, é uma competência exclusiva sua, não sendo suscetível de ser sindicado por outras autoridades administrativas.

73. Com esta argumentação concluiu que a CNPD não dispõe de competência para sindicar a adequação, pertinência ou necessidade, nem tão pouco as metodologias e procedimentos de recolha e tratamento de dados para fins estatísticos.

74. Ao fazê-lo, considera o Arguido, que o Projeto de Deliberação terá de ser nulo.

75. Tal argumento não procede.

Vejamos,

76. Em primeiro lugar, em momento algum é colocado em causa, pelo Projeto de Deliberação – como alega o Arguido, diversas vezes ao longo da Defesa –, o enquadramento regulatório e institucional (nacional e europeu) ao abrigo do qual foi exercida a atividade censitária Censos 2021.

77. Nem a independência técnica do Arguido na execução daquela atividade censitária.

78. Na verdade, e como se explicou supra, em ponto algum do projeto a CNPD questiona ou censura as variáveis estatísticas definidas pelo INE, tão-pouco a opção de recolha de dados pela Internet.

79. O que a CNPD averiguou, e está a analisar, não é se aquelas variáveis são necessárias para a atividade censitária – sendo certo que o juízo de necessidade foi explicitamente atribuído ao INE pela lei nacional –, tão-pouco a metodologia e o procedimento de recolha desses dados.

80. Sobre esses aspectos da operação censitária, a CNPD pronunciou-se no seio do CSE, seja nas reuniões deste conselho, seja na SEAC, reconhecendo os limites legais ao cumprimento da sua missão nesta sede. Ainda assim, não deixou de afirmar o caráter intrusivo da recolha da informação relativa à religião e alertou para os específicos riscos decorrentes da recolha em linha das respostas aos inquéritos.

81. Especificamente quanto às variáveis que correspondem a categorias especiais de dados pessoais, a CNPD não questiona a competência e autonomia técnica do INE para a definição das mesmas e para o seu tratamento, nos termos reconhecidos pelo n.º 2 do artigo 18.º da Lei do Sistema Estatístico Nacional.

82. E, por isso, não se alcança por que se afadigou o INE em longa argumentação nos pontos 329 a 377 da sua Defesa.

83. Mas o facto de a lei reconhecer ao INE a autonomia técnica para definir as variáveis necessárias à prossecução do interesse público estatístico e de o legitimar a tratar os correspondentes dados pessoais, não significa que o INE possa exigir aos cidadãos o fornecimento de tais dados quando se subsumam na categoria de dados especiais ou sensíveis (dados pessoais sensíveis não apenas relativos aos respondentes como também aos membros do respetivo agregado familiar).

84. Na verdade, a mesma Lei do Sistema Estatístico Nacional, no n.º 3 do artigo 4.º, é clara a excluir categorias de dados pessoais sensíveis da informação cujo fornecimento pode ser exigido, como obrigatório, pelo INE.

85. É este aspeto do tratamento de dados pessoais que a CNPD analisa e destaca para efeito contraordenacional: o facto de dados pessoais sensíveis terem sido apresentados como sendo obrigatórios aos respondentes, quando a lei impõe o caráter facultativo da sua recolha e fixa um conjunto de obrigações de informação perante os respondentes (cf. os n.ºs 3 e 4 do artigo 4.º da Lei do Sistema Estatístico Nacional).

86. Em suma, quanto às variáveis que correspondem a categorias especiais de dados, apenas está em causa um aspeto do tratamento de dados pessoais que não é abrangido pela autonomia técnica do INE, antes se encontra definido vinculativamente por lei – pela própria Lei do Sistema Estatístico Nacional – e, portanto, a verificação do respeito por tal condição ou vínculo legal ao tratamento de dados pessoais compete, obviamente, à CNPD.

87. Paralelamente, o facto de os respondentes e dos membros do respetivo agregado familiar terem de estar identificados pelo nome completo extravasa a autonomia técnica que a lei reconhece ao INE, ao contrário do que afirma o Arguido no ponto 326 da Defesa.

88. Este é um aspeto do tratamento de dados pessoais que a legislação nacional e europeia não atribui especificamente ao INE, nem qualifica como integrando a sua autonomia técnica. E não o faz, porque, na realidade, é o regime de proteção de dados pessoais que aqui impõe a minimização dos dados pessoais e a mitigação dos riscos para os direitos dos titulares.

89. Na verdade, os dados de identificação dos respondentes não integram o conceito de variável estatística (cf. Anexo ao Regulamento (CE) 1201/2009, de 30 de novembro de 2009), não estando, por essa via, submetidos à autonomia técnica do INE, sendo, por isso, um aspeto do tratamento de dados, no contexto da operação censitária, que a CNPD pode fiscalizar e apreciar na perspetiva da sua conformidade com os princípios de proteção de dados.

90. Basta considerar o disposto no n.º 5 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 54/2019, onde, embora se reconheça ao INE a competência para avaliar a necessidade de dados pessoais na informação recolhida das bases de dados administrativas, se ressalvam as competências legalmente atribuídas à CNPD nesse contexto.

91. De resto, o facto de o INE gozar de autonomia e a independência técnica para a definição das soluções técnicas, no quadro regulatório e institucional – nacional e europeu –, não implica que os comportamentos do Arguido deixem de estar sujeitos ao respeito por outros diplomas do ordenamento jurídico português.

92. Autonomia e independência técnica não são sinónimos de ajuridicidade nem de atividade isenta de regulação, tendo por isso de ser enquadradas pelos regimes jurídicos aplicáveis à atividade censitária, como sucede com o regime jurídico de proteção de dados pessoais.

93. Dito de outra forma, não é por ser reconhecida ao Arguido a autonomia técnica, em matéria estatística, que este deixa de estar sujeito ao respeito e cumprimento das obrigações legais resultantes de inúmeros diplomas legais e, desde logo, da Constituição da República Portuguesa, da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais da União Europeia e, naturalmente, do RGPD.

94. Admitir que, por lhe ser reconhecida autonomia técnica, as condutas do Arguido não podiam ser sujeitas a qualquer controlo externo – como parece ser o entendimento postulado na Defesa – seria admitir que a atividade estatística estaria arredada dos vínculos do Estado de Direito.

95. Nomeadamente, e no limite, no âmbito da sua autonomia técnica o Arguido poderia desrespeitar os direitos dos cidadãos portugueses consagrados na CRP, desde que a sua atuação visasse a realização de uma operação censitária – o que não se pode conceber.

96. Pelo que se conclui que, não obstante a autonomia técnica, ao realizar atividades estatísticas, o Arguido está, ainda assim, sujeito ao respeito pelas normas legais aplicáveis e à sua fiscalização pelas entidades competentes.

97. Como já vimos, no caso, a CNPD é competente para assegurar o cumprimento e fiscalizar o respeito das normas constantes do RGPD.

98. Razão pela qual, não pode o Arguido, por via da sua autonomia técnica, frustrar as suas decisões e ações em matéria de tratamento de dados pessoais à sindicância pela CNPD.

99. Até porque, se tal fosse possível, a CNPD deixaria de ter poderes e competências perante qualquer entidade pública dotada de autonomia ou independência técnica.

100. Nesta matéria, cumpre chamar a atenção para o disposto no Regulamento (CE) 763/2008, de 9 de julho de 2008, relativo aos recenseamentos da população e habitação, que de forma taxativa estabelece no artigo 4.º, sobre a epígrafe “Fontes de dados”, o seguinte:

“1- Os Estados-Membros podem elaborar as suas estatísticas a partir de diferentes fontes de dados, designadamente:[...]

2- Os Estados-Membros tomam todas as medidas necessárias para cumprir os requisitos relativos à proteção de dados. O presente regulamento não afeta a legislação dos Estados-Membros relativa à proteção de dados.” – sublinhado nosso.

101. Acresce que a mesma obrigação de respeitar o RGPD, na execução da operação censitária Censos 2021, é expressamente consagrada no Decreto-Lei n.º 54/2019, de 18 de abril, onde se lê, no n.º 4 do artigo 4.º, o seguinte:

“4- As respostas aos questionários dos Censos 2021 são conservados pelo INE, I.P., em condições de absoluta segurança, só podendo ser utilizadas para fins exclusivamente estatísticos, em cumprimento do disposto na Lei n.º 22/2008, de 13 de maio, e no Regulamento (UE) n.º 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.”

102. Sendo consabido que a legislação nacional (Decreto-Lei n.º 54/2019, de 18 de abril) não pode contrariar o disposto no Regulamento 763/2008, da conjugação das duas normas mencionadas, fica clara a necessidade de o Arguido cumprir os princípios e as regras relativos à proteção de dados pessoais.

103. Razão pela qual, a atividade do Arguido jamais poderia frustrar-se à fiscalização da CNPD, no que tange ao respeito pelas normas do RGPD.

104. Ainda que o Arguido pretenda hiperbolizar o seu conceito de independência técnica, ao ponto de atuar sem qualquer necessidade de respeitar normas legais – o que, evidentemente, não pode proceder – a legislação, nacional e europeia, sujeitam a atuação do Arguido ao controlo e fiscalização da autoridade nacional de controlo (cf. artigo 55.º do RGPD), que, em Portugal, é a CNPD (cf. artigo 3.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto).

105. Por outro lado, a CNPD sempre considerou e defendeu que os dados deveriam ser recolhidos num formato que não assentasse na identificação dos respetivos titulares pelo nome completo, de modo a minimizar o risco para os direitos dos cidadãos.

106. Tal foi expressamente assumido pela CNPD a propósito do modelo de recolha de dados a partir das bases administrativas, na Deliberação n.º 929/2014, que o Arguido cita na sua Defesa, tendo a CNPD determinado que os dados pessoais estivessem codificados ou pseudonimizados – pelo que não é exato o afirmado no ponto 304 da Defesa. Naquela Deliberação, como bem retrata o Arguido nos pontos 314 a 317, determinou-se que os dados fossem recolhidos e integrados com base em identificadores numéricos, admitindo-se, no limite, o recurso a letras do primeiro e último nome (as três primeiras letras) – o que é bem diferente de se exigir e de se tratar o nome completo dos respondentes ou dos membros do respetivo agregado familiar.

107. No mesmo sentido se manifestou a CNPD no Parecer n.º 28/2018, de 11 de junho, p. 4, documento que o Arguido não ignora, e que, de resto, cita na sua Defesa, onde se afirma:

"Deve sublinhar-se, no entanto, que fruto de um trabalho aturado e sucessivo, ao longo de vários anos, a CNPD e o INE têm alcançado entendimentos profícuos para esse desiderato. Um bom exemplo disso mesmo está narrado na deliberação n.º 129/2018, de 30 de janeiro, onde a CNPD se debruçou sobre um protocolo de troca de dados entre a Administração Tributária e o INE. Aí se elencaram os procedimentos já introduzidos no tratamento da informação em momento prévio ao do seu envio para o INE. Destes destaca-se o procedimento de pseudonimização, melhor detalhado na deliberação n.º 929/2014, que garante que o INE, podendo relacionar a informação recebida, não tem, ainda assim, acesso à identificação dos titulares dos dados.

É justamente nesse sentido que entendemos dever ser trilhado o caminho futuro do aproveitamento desta informação administrativa, conjugando, da forma mais harmoniosa possível, as finalidades estatísticas e o respeito pela proteção dados pessoais".

108. Na realidade, o Arguido persiste em pretender confundir dois conceitos distintos, equiparando os dados individualizados aos dados identificados pelo nome completo, quando é certo que há outros dados (desde logo numéricos) que permitem a associação da informação a um determinado cidadão e que, aliás, asseguram maior rigor no relacionamento dos dados pessoais (pois é sabido que a utilização do nome como chave de ligação entre os dados é geradora de erros, por causa da grafia – em especial, com respeito às partículas de ligação existentes nos nomes), portanto, garantindo o respeito pelo princípio da exatidão dos dados pessoais (princípio consagrado na alínea d) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD). Por outras palavras, é

possível individualizar a informação em termos que permitam o relacionamento com outra informação relativa ao mesmo sujeito, sem recorrer a dados de identificação direta do titular dos dados.

109. Como, aliás, confunde ou pretende confundir a identificabilidade dos respondentes (e membros do agregado familiar), através de determinados dados de identificação, com a sua identificação pelo nome completo (como sucede, novamente, no ponto 889 da Defesa).

110. O argumento da ausência de um número único do cidadão – invocado no ponto 309 da Defesa – não determina que os cidadãos se tenham de identificar pelo nome, para se conseguir agregar a informação existente nas bases de dados da Administração Pública. A constituição de uma base de dados individualizada a que se refere a alínea c) do artigo 3.º da Lei n.º 54/2019 não exige, ao contrário do que afirma o Arguido, a recolha do nome completo dos cidadãos – sendo por isso inexato o afirmado no ponto 312 da Defesa.

111. Aliás, o trabalho desenvolvido pela CNPD e pelo INE, no contexto do procedimento que deu origem à citada Deliberação 929/2014, teve por finalidade assegurar que a operação censitária não dependesse da recolha do nome completo, pelo que não pode o Arguido desconhecer a técnica de pseudonimização, nem os vários caminhos que a CNPD lhe tem apontado no sentido dessa pseudonimização.

112. Em suma, os argumentos do Arguido, nesta matéria, não podem, naturalmente, ser acolhidos.

v. *Violação do princípio do ne bis in idem*

113. Alega o Arguido que a imputação de quatro das contraordenações constantes do Projeto – e identificadas pelo Arguido no ponto 211 da Defesa – violam o princípio jurídico-constitucional estabelecido no n.º 5 do artigo 29.º da CRP e no artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que proíbe a punição dupla pelo mesmo facto.

114. De modo a procurar demonstrar tal dupla punição, o Arguido alega que lhe é imputada a prática de uma contraordenação por violação do estabelecido na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD e de mesma sorte lhe é imputada uma contraordenação por violação do estabelecido nos artigos 12.º e 13.º do RGPD.

115. Considera o Arguido que os artigos 12.º e 13.º do RGPD são uma mera especificação do princípio ínsito na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD, não podendo assim ser punido duplamente.

116. Segundo o Arguido, tanto assim é que o Projeto de Deliberação descreve a mesma factualidade relevante para considerar verificado o tipo objetivo de ilícito, ou seja, o não fornecimento de informação aos titulares de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso.

117. Acrescenta ainda que se terá de concluir que a condenação por qualquer das infrações imputadas exprime já o desvalor jurídico do comportamento.

Vejamos,

118. Concorda-se com o Arguido quando alega que o sancionamento de infração de obrigações delimitadas no RGPD e que correspondem à densificação de alguns dos princípios consagrados no n.º 1 do artigo 5.º do RGPD deve afastar o sancionamento da violação do próprio princípio.

119. Tal ocorre quanto à relação existente entre as alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD e o artigo 9.º do RGPD, que constavam da acusação como infrações autónomas, o que agora se revê.

120. Assim, a CNPD não sanciona, afinal, a violação do princípio da lealdade, nem o princípio da minimização dos dados pessoais, centrando-se na violação do n.º 1 do artigo 9.º do RGPD, por falta de fundamento de licitude para o tratamento dos dados especiais de recolha facultativa.

121. Mas mantém, por estar autonomamente recortado pelo legislador da União, nos artigos 12.º e 13.º e na alínea b) do n.º 5 do artigo 83.º do RGPD, a violação do direito de informação quanto ao conjunto do tratamento de dados pessoais realizado no contexto da operação censitária.

122. Razão pela qual o alegado pelo Arguido apenas procede parcialmente.

vi. Sobre a existência de fundamento de licitude para o tratamento de categorias especiais de dados

123. O Arguido entende que a imputação que lhe é dirigida, decorrente do tratamento ilícito de dados de categorias especiais, assenta numa compreensão desadequada da natureza dos dados a que os quesitos 29.3 a 29.6 e 30 dizem respeito.

124. Mais alega o Arguido que exerce funções de interesse público no domínio da atividade estatística oficial, pelo que existe um fundamento de licitude para o tratamento daqueles dados.

125. Quanto ao quesito relativo ao grau de dificuldade sentido na realização de atividades pelos respondentes, no entendimento do Arguido o mesmo não configura um dado especial de saúde, pois não se está a questionar que tipo de problemas ou doenças o titular dos dados tem ou de que padece.

126. Invoca ainda a Autorização n.º 2600/11, de 24 de março de 2011, para alegar que os quesitos 29.3 a 29.6 não constituem dados relativos à saúde.

127. Posteriormente, o Arguido alega que, enquanto autoridade estatística nacional, a sua atividade se comprehende no âmbito da alínea j) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD, pelo que, por visar finalidades estatísticas de interesse público, não carece de consentimento do titular de dados para aquele tratamento.

128. Invocando, para sustentar a sua posição, o Parecer da CNPD n.º 28/2018.

129. Considera o Arguido que a tal conclusão leva também o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Lei do Sistema Estatístico Nacional (Lei n.º 22/2008, de 13 de maio), embora com a ressalva de que no âmbito daquela Lei os dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica e dados pessoais relativos à saúde e vida sexual, não podem ter carácter obrigatório.

130. Porém, afirma que os dados pessoais contantes dos quesitos 29.3 a 29.6 e 30. foram tratados como de resposta facultativa.

131. Argumenta, igualmente, o Arguido, mais adiante na sua Defesa, que nas variáveis estatísticas compreendidas nos quesitos 29. e 30. figurava no cabeçalho um aviso, na forma de *banner* informando o carácter facultativo de todas as questões subsequentes.

132. Sendo essa informação fornecida ao titular de dados, quer no formulário impresso, quer no formulário em linha.

Vejamos,

133. À luz do RGPD, não se entende como pode o Arguido atualmente considerar que a recolha de dados pessoais que permitem identificar se alguém tem dificuldades de locomoção, de concentração, em vestir-se ou tomar banho, ou que indiciam expressamente uma dada religião, não configuram categorias especiais de dados, tal como especificadas no n.º 1 do artigo 9.º do RGPD (cf. ponto 244 da Defesa).

134. Com efeito, nos termos do RGPD, são categorias especiais os dados pessoais, e cita-se, “que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa” (cf. n.º 1 do artigo 9.º do RGPD).

135. Importa realçar que o Arguido, também naquilo que considera serem argumentos válidos para a sua defesa, vem exhibir as fragilidades de acompanhamento das mudanças normativas operadas com a entrada em vigor do RGPD, desde logo, considerando que o formulário individual dos Censos 2021 deverá ser tido

como válido por se encontrar o mesmo redigido em termos inteiramente congruentes com o formulário dos Censos 2011 (cf. pontos 240 e 241 da Defesa).

136. Na verdade, o artigo 7.º da Lei Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro) previa um regime para o tratamento de dados sensíveis que, pese embora algumas similitudes, não é idêntico ao consagrado no artigo 9.º do RGPD, sendo certo que o facto de o Arguido considerar um argumento favorável à sua defesa a congruência existente entre os formulários dos Censos 2011 e de 2021 evidencia um total desconhecimento e elevado desvalor pelo regime jurídico de proteção de dados vigente.

137. Se é exato que a CNPD, na Autorização n.º 2600/11, de 24 de março de 2011, não considerou que aquela informação se subsumia no conceito de dados de saúde, não é menos verdade que o RGPD veio explicitamente definir o conceito de "dados relativos à saúde" na alínea 15) do artigo 4.º do RGPD.

138. Face a tal definição legal, não pode deixar de se considerar que dados pessoais relativos a dificuldades de locomoção, de concentração, em vestir-se ou tomar banho correspondem a "*dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular*" (alínea 15) do artigo 4.º do RGPD) ou "[...] *dados relativos ao estado de saúde que revelem informações sobre a sua saúde física ou mental no passado, no presente ou no futuro. O que precede inclui informações sobre uma pessoa singular [...], por exemplo, uma doença, deficiência, um risco de doença [...] ou estado fisiológico ou biométrico do titular de dados, independentemente da sua fonte [...]*" (cf. considerando 35 do RGPD) e, portanto, são dados pessoais relativos à saúde.

139. Não colhe, pois, o argumento apresentado pelo Arguido que se suporta num entendimento da CNPD expresso em 2011, quando, entretanto, ocorreu uma reforma profunda do regime jurídico de proteção de dados pessoais, reforma que o Arguido não pode ignorar – em particular, depois de o Comité Europeu para a Proteção de Dados ter esclarecido esse conceito (cf. ponto 3.1 "Data concerning health" das "Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak"⁶).

140. Tanto mais que é o próprio Arguido que, no inquérito disponibilizado aos cidadãos na operação Censos 2021, se refere a tais dados como variáveis relativas a "problemas de saúde" (cf. imagem Q3.29.1. do anexo "Capturas dos ecrans do formulário dos Censos 2021, disponibilizado no endereço <https://censos2021.ine.pt>" ao relatório "Info UI AVG 2021 401 II v1.0.docx").

141. Assim, é hoje indiscutível que os dados previstos nos quesitos 29.3 a 29.6 e 30 do inquérito são dados pessoais especiais, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º do RGPD, pelo que a sua recolha não se basta com a

⁶ Vd. https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_en.pdf

necessidade desses dados pessoais para a prossecução do interesse público pelo INE (i.e., não bastando o preenchimento da condição prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD), dependendo ainda da verificação de uma das condições previstas no n.º 2 do artigo 9.º do RGPD.

142. Concorda-se com o alegado na Defesa que as operações de tratamento em causa se suportam, para efeitos de licitude, no interesse público. Só que, como atempadamente advertiu a CNPD no seu Parecer n.º 28/2018, de 11 de junho (p. 1v), não de modo irrestrito. É verdade que a prossecução de um interesse público legitima o tratamento de categorias especiais de dados para finalidades estatísticas “[a]inda que não irrestritamente, porquanto esse tratamento «deve ser proporcional ao objetivo visado, respeitar a essência do direito à proteção dos dados pessoais e prever medidas adequadas e específicas para a defesa dos direitos fundamentais e dos interesses do titular dos dados.»” - parecer, de resto, citado pela Arguida na sua Defesa.

143. Altera-se, por isso, a qualificação jurídica dos factos praticados pelo Arguido, aceitando-se que o fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais não é o consentimento nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD.

144. Mas não se ignora que a Lei do Sistema Estatístico Nacional (Lei n.º 22/2008, de 13 de maio), no n.º 1 do artigo 4.º, reconhece ao INE o poder de exigir o fornecimento, com caráter obrigatório, de dados pessoais, salvo se estes integrarem as categorias especiais de dados (cf. n.º 3 do mesmo artigo), caso em que esse fornecimento depende da vontade dos titulares dos dados.

145. Mais, impende sobre o INE a obrigação de informar os respondentes do caráter obrigatório ou facultativo da resposta às questões relativas a dados sensíveis (cf. n.º 4 do artigo 4.º da Lei do Sistema Estatístico Nacional).

146. Daqui resulta, portanto, que o legislador nacional, na ponderação entre o interesse público associado à atividade estatística, por um lado, e os direitos fundamentais à autodeterminação informativa e à reserva da vida privada, por outro lado, entendeu ser excessivo impor o fornecimento de dados pessoais sensíveis, fazendo assim depender a sua recolha da vontade dos respetivos titulares.

147. Deste modo, ainda que se afirme ser a alínea j) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD ou, porventura, a alínea g) do mesmo número, o fundamento de licitude da recolha dos dados pessoais nesta operação estatística, a verdade é que, perante a exigência – hoje refletida naquelas alíneas como também no artigo 89.º do RGPD – de que a previsão do tratamento seja acompanhado de medidas adequadas a garantir a proporcionalidade do tratamento face ao objetivo visado, a minimização dos dados pessoais e o respeito pelos direitos dos titulares dos dados, o legislador nacional fixou explicitamente, como medida adequada, a dependência de uma manifestação de vontade do titular quanto à recolha dos dados sensíveis.

148. Assim, a realização do interesse público fica condicionada à vontade do titular dos dados. E, portanto, o interesse público não é, manifestamente, suficiente para legitimar a recolha dos dados previstos no n.º 1 do artigo 9.º do RGPD, razão por que não é lícita a recolha desses dados que, por falta de informação, não permite a formação livre da vontade do respetivo titular.

149. E o ponto é que, ainda que o INE tivesse consciência de que os dados especiais relativos à saúde e à religião só podiam ser recolhidos com caráter facultativo, o facto de não ter fornecido informação clara e completa sobre o caráter facultativo do seu fornecimento pelos cidadãos, em desrespeito pela obrigação legal prevista no n.º 4 do artigo 4.º da Lei do Sistema Estatístico Nacional, prejudicou a compreensão pelos respondentes de que os quesitos 29.3. a 29.6. e 30. do questionário dos Censos 2021 eram de resposta facultativa.

150. Repare-se que relevante, para efeito da verificação do pressuposto legal de que a recolha destes dados pessoais especiais ou sensíveis é facultativa, não é a convicção do INE (ao contrário do que pretende o Arguido no ponto 259 da Defesa), mas antes a convicção dos respondentes: o pressuposto legal, definido no n.º 3 do artigo 4.º da Lei do Sistema Estatístico Nacional, é que os respondentes queiram fornecer tais dados ao INE. E querer depende de uma formação livre dessa vontade, não condicionada por omissão de informações ou por prestação de informações incompletas ou erróneas.

151. Nessa medida, a mera possibilidade de facto de a navegação no formulário em linha prosseguir na ausência de resposta a tais quesitos – o que não era permitido pelo sistema nos quesitos obrigatórios – e ainda de proceder à entrega do questionário sem preencher as respostas aos quesitos 29.3. a 29.6. e 30. do questionário dos Censos 2021 (cf. conforme invocado nos pontos 266 e 267 da Defesa) é irrelevante para efeito da formação da vontade dos respondentes, porquanto, na falta da informação sobre o caráter facultativo da resposta àqueles quesitos, não é sequer expectável, quanto mais exigível, que tentassem prosseguir na navegação no formulário ou na sua entrega sem preencher aquelas respostas.

152. Na realidade, conforme mencionado no Projeto de Deliberação e não contestado na Defesa, no questionário em linha:

"A questão 30 era de resposta facultativa. Porém, não apresentava qualquer informação sobre o carácter não obrigatório da resposta."

"O ponto 29 do questionário era composto por seis questões enquadradas em três páginas, constando duas questões em cada uma delas. Apenas na primeira dessas páginas se informava do caráter facultativo das respostas. Nas duas páginas seguintes, nenhuma informação desse teor era apresentada ao respondente". [...]" . (cf. imagens Q3.29.1 a Q3.30, do anexo "Capturas dos ecrans do

formulário dos Censos 2021, disponibilizado no endereço <https://censos2021.ine.pt>" ao relatório "Info UI AVG 2021 401 II v1.0.docx").

153. Sendo forçoso concluir que o facto de o sistema permitir navegar para a página seguinte sem selecionar uma resposta não garante ao titular dos dados a informação quanto ao carácter facultativo da questão apresentada.

154. Até porque, recorde-se, o titular dos dados encontra-se a responder ao questionário para evitar ser sancionado, o que à partida o leva a considerar todas as questões apresentadas no formulário como imperativas.

155. Ou seja, o titular dos dados dificilmente testa a possibilidade de passar ao quesito seguinte sem responder previamente ao anterior.

156. Sendo lógica a dificuldade de apreensão do carácter facultativo, se essa informação não constava no ecrã das questões 29.3. a 29.6. e 30.

157. A verdade é que a falta de informação sobre o carácter facultativo dos quesitos 29.3. a 29.6. e 30. do questionário dos Censos 2021 gerou ou, pelo menos, é suscetível de ter gerado a convicção de que a resposta aos mesmos era obrigatória, com o que a efetiva resposta àqueles quesitos pelos respondentes não pode corresponder a uma manifestação de vontade livre, já que a mesma assentou, ou pode ter assentado, em erro sobre o carácter obrigatório do fornecimento de tais dados.

158. Resulta das regras gerais do Direito que a vontade manifestada só é juridicamente relevante e válida se formada e manifestada livremente, e que o erro prejudica essa liberdade, sobretudo quanto incida sobre um elemento essencial da vontade: o carácter obrigatório da conduta dependente da manifestação de vontade.

159. Ora, no caso, o erro na formação da vontade dos respondentes é provocado pelo INE, ao não ter cumprido a exigência do n.º 3 do artigo 4.º da Lei do Sistema Estatístico Nacional.

160. Labora, por isso, em erro o Arguido quando, nos pontos 261 e 262 da Defesa, considera serem distintas estas duas questões, isto é, a falta de informação sobre o carácter facultativo das questões e o carácter facultativo das mesmas; ao contrário, neste contexto, não são autonomizáveis, porque assim o quis o legislador nacional, na Lei do Sistema Estatístico Nacional (cf. n.ºs 3 e 4 do artigo 4.º), quando fez depender a licitude da recolha de dados pessoais sensíveis do seu carácter facultativo e da prestação de informação sobre esse carácter facultativo.

161. Nestes termos, a recolha pelo INE dos dados pessoais especiais através da resposta aos quesitos 29.3. a 29.6. e 30. do questionário dos Censos 2021 foi ilícita, porque, nos termos da alínea j) (ou mesmo da g))

do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD, o legislador nacional, no artigo 4.º, n.ºs 3 e 4, da Lei do Sistema Estatístico Nacional, quando previu a recolha de dados especiais para a finalidade de interesse público estatístico fixou, como medida adequada e específica para a defesa dos direitos fundamentais e dos interesses do titular dos dados, o caráter facultativo da mesma, exigindo assim a manifestação de uma vontade concordante informada e livre, que, no caso, não se verificou por ausência de prestação de informação clara e completa sobre todos os quesitos que eram de resposta facultativa.

162. Face ao exposto, o entendimento do Arguido não poderá ter acolhimento, mantendo-se que a recolha de tais dados pessoais violou a proibição contida no n.º 1 do artigo 9.º do RGPD, por não se verificar qualquer das condições de licitude previstas no n.º 2 do mesmo artigo.

vii. Violation ao princípio da minimização dos dados pessoais

163. O Arguido alega não depreender do Projeto de Deliberação se a imputação formulada concerne à delimitação da informação a prestar obrigatoriamente ao titular dos dados – matéria que, segundo o mesmo, caberia enquadrar, tão-somente, no quadro jurídico atinente ao princípio da transparência e ao cumprimento dos deveres de informação – ou se lhe é imputada também uma infração decorrente do tratamento de dados de categorias especiais.

164. Ainda assim, defende que uma eventual falha na informação acerca do carácter facultativo das respostas aos quesitos 29.3 a 29.6 e 30. constituiria uma infração apenas suscetível de ser enquadrada no quadro do respetivo dever de informação, porquanto os quesitos foram tratados como sendo facultativos.

165. Ou seja, o Arguido procura justificar que os dados recolhidos em resposta aos quesitos 29.3 a 29.6 e 30. não envolveram uma violação do princípio da minimização dos dados, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD, por serem imprescindíveis e justificáveis à luz das necessidades estatísticas e de inúmeras recomendações internacionais produzidas pelas entidades de referência, em matéria censitária (cf. pontos 329 a 377 da Defesa).

166. E quanto a esse ponto, a CNPD concede que tal facto não corresponde à violação daquele princípio. O que não exclui a sua relevância para efeito da verificação do não preenchimento da condição de licitude nos termos do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD, nos termos acima expostos.

viii.O Arguido cumpriu os deveres de informação perante os titulares de dados pessoais

167. Alega o Arguido ter prestado aos titulares de dados toda a informação necessária e exigível, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º, em conjugação com o disposto nos artigos 12.º e 13.º todos do RGPD.

168. Entende ainda assim o Arguido que cumpriu todos os deveres de informação, quer na versão impressa, quer na versão digital.

169. Alega que, para o efeito disponibilizou na sua página da Internet, a sua Política de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, nos termos da qual constam os contactos do INE e do EPD, a partir dos quais o titular poderia obter mais esclarecimentos.

170. Argumenta, igualmente, o Arguido que nas variáveis estatísticas compreendidas nos quesitos 29. e 30. figurava no cabeçalho um aviso, na forma de *banner* informando o carácter facultativo e todas as questões subsequentes.

171. Sendo essa informação fornecida ao titular de dados, quer no formulário impresso, quer no formulário em linha.

172. Para mais, considera o Arguido que o próprio sistema em linha levava à conclusão do carácter facultativo dos quesitos, uma vez que permitia navegar para a página seguinte sem selecionar qualquer resposta, o que não era permitido pelo sistema nos quesitos obrigatórios.

Vejamos,

173. Quanto ao dever de informação sobre o carácter facultativo dos dados especiais, já acima se rebateram os argumentos apresentados, concedendo-se agora, apenas, que o seu incumprimento está consumido pela falta de fundamento de licitude da recolha de tais dados, porquanto aquele é um requisito específico da norma do RGPD que o INE invoca para legitimar o seu tratamento.

174. Mas diferente é a questão de saber se houve cumprimento do dever de prestar informações ao abrigo do artigo 13.º do RGPD.

175. Importa clarificar que o dever de informação previsto nos artigos 13.º e 14.º do RGPD visa realizar os princípios da transparência e da lealdade, consagrados na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD.

176. Os artigos 12.º e 13.º do RGPD são claros em exigir que o responsável pelo tratamento forneça ao titular de dados as informações de forma “concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples[...]”.

177. Ao arreio destes comandos legais, o Arguido optou por informar os titulares de dados através de um documento disponível no seu sítio na Internet.

178. Todavia, tal documento reporta-se a todos os tratamentos de dados pessoais da responsabilidade do INE e não especificamente ao tratamento decorrente da operação censitária, sendo omissa quanto a este – aliás, basta ver que a denominada Política de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais tem data de 2019, mais de dois anos antes da realização da referida operação.

179. Acresce que a localização no sítio institucional do INE da referida política de privacidade torna-a, na prática, inacessível.

180. Senão, vejamos: para a encontrar é preciso chegar ao fundo da página, e selecionar “Sobre o INE” – sendo certo que, para o comum cidadão, não é expectável que a política de privacidade aí esteja guardada; mesmo depois de aceder ao link “Sobre o INE” tem de se abrir o separador “Ética e Políticas”, para, depois de selecionar a sétima de onze opções, navegar-se para uma outra página onde surge um pequeno texto, que, por sua vez, remete para um documento PDF onde consta, finalmente, a denominada Política de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais.

181. É evidente a falta de transparência dos tratamentos de dados pessoais realizados pelo INE e, especificamente, sobre o tratamento de dados dos Censos 2021, em face do complexo e labiríntico percurso que o cidadão tem de fazer, quase lhe sendo exigidas qualidades divinatórias, para encontrar a informação exigida por lei.

182. Até porque, no caso da operação censitária Censos 2021, o que o titular de dados pretendia era aceder a um formulário, de modo a responder e evitar ser sancionado pela falta de resposta, insuficiência ou inexatidão da mesma.

183. E é o próprio Arguido a mencionar que nesse mesmo formulário não constavam as informações a que estava legalmente obrigado, por força do disposto nos artigos 12.º e 13.º do RGPD.

184. Ora, estando em causa a recolha direta de dados pessoais, o n.º 1 do artigo 13.º do RGPD exige que o responsável pelo tratamento no momento da recolha forneça as informações aí elencadas, o que manifestamente não ocorreu.

185. Como também não foi cumprida a exigência de fornecimento das informações de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, nos termos do n.º 1 do artigo 12.º do RGPD.

186. De todo o exposto é forçoso concluir que o Arguido não cumpriu os deveres de informação a que estava obrigado, violando assim a obrigação decorrente dos artigos 12.º e 13.º do RGPD.

ix. Violação dos deveres de diligência na escolha do subcontratante

187. Considera o Arguido, na sua Defesa, que os serviços subcontratados à Cloudflare, Inc., respeitam todos os requisitos de segurança da informação e proteção de dados pessoais, como disposto no RGPD e restante legislação sobre proteção de dados.

188. E constituíram, por isso, a melhor opção para o sucesso da operação censitária Censos 2021 em tempo útil e com a maior segurança e melhor desempenho dos serviços e infraestruturas tecnológicos, face às ameaças globais expectáveis.

189. A relação contratual estabelecida entre o Arguido e a subcontratante regeu-se por um contrato entre as partes, que engloba cláusulas que contêm toda a informação e obrigações legalmente exigidas nos termos do n.º 3 do artigo 28.º do RGPD.

190. Alega, para mais, o Arguido que não existem inúmeras soluções alternativas disponíveis no mercado que prestem serviços de desempenho e segurança com o nível de excelência, rigor e preocupação com a segurança e privacidade dos dados pessoais, como a subcontratante.

191. E conclui o Arguido que a solução contratualizada entre si e a subcontratante não só permitiu o aumento de segurança da informação recolhida e um melhor desempenho do website Censos 2021, através do recurso a serviços de excelência reconhecidos como tal no mercado, como não se afigura a existência, e consequente necessidade, de quaisquer outras soluções disponíveis no mercado que poderiam ter sido contratadas.

Vejamos,

192. Na sua Defesa, o Arguido nada conseguiu acrescentar ao que foi constatado durante o processo inspetivo, e que levou, aliás, à ordem de suspensão do envio de dados pessoais da operação censitária Censos 2021 para os Estados Unidos da América (doravante EUA) e para outros Estados Terceiros sem um nível de proteção adequado, fosse através da Cloudflare, Inc., fosse através de qualquer outra empresa, no prazo máximo de 12 horas (cf. ponto 42 da Deliberação 2021/533, de 27 de abril, da CNPD, emitida ao abrigo dos poderes que lhe são conferidos pela alínea j) do n.º 2 do artigo 58.º do RGPD).

193. Como já esclareceu a CNPD, no ponto 76 da Diretriz n.º 2022/1, se é verdade que a relação entre responsável pelo tratamento e subcontratante e entre este e outros subcontratantes tem de ser regulada por escrito (cf. n.ºs 3 e 4 do artigo 28.º do RGPD), a verificação dos requisitos constantes do artigo 28.º do RGPD deve ser substantiva e não apenas formal, não se limitando à escolha de um qualquer clausulado-padrão.

194. Por essa razão, aquando da seleção do subcontratante e dos meios que este disponibiliza para o tratamento de dados (por exemplo, serviços, produtos, ferramentas, tecnologias), o responsável pelo

tratamento tinha de aplicar ou exigir ao contraente que fossem adotadas medidas adequadas de proteção dos dados pessoais e que atenuassem os riscos daquele decorrentes.

195. E da defesa do Arguido fica provado que este não fez a *due diligence* necessária a assegurar a adoção das medidas aptas a garantir o respeito pelos princípios e regras do RGPD.

196. Bastará para tanto verificar os pontos 457 e seguintes da Defesa para o concluir. Nesses pontos o Arguido justifica a escolha das soluções da Cloudflare, Inc., por esta empresa ser quase a única referência no mercado.

197. Ora, tal facto não é verdadeiro, existindo várias empresas europeias que fornecem serviços de *Content Delivery Network* (CDN) que cumprem as exigências do RGPD.

198. Tão pouco se pode considerar abonatório do Arguido fundar a sua escolha pelo serviço da Cloudflare, Inc., no facto de ter escritório em Lisboa (cf. pontos 642 e seguintes da Defesa), quando o contrato foi celebrado com a empresa sediada nos EUA e, nos termos contratualizado, o foro para dirimir conflitos entre o INE e a Cloudflare, Inc. é o Tribunal da Califórnia.

199. Para mais, o serviço de latência subscrito pelo INE, no contrato, deixa bem claro que, como se demonstrou no Projeto de Deliberação, o mesmo será suportado em inúmeros servidores localizados em várias geografias, a maioria delas situadas fora da União Europeia e em jurisdições que não são compatíveis com a legislação europeia.

200. Para maior clareza dos fundamentos da presente deliberação, a CNPD recorda aqui que no contrato celebrado, na modalidade de pacote "Business", regido pelo "Self-Serve Subscription Agreement" e pela adenda relativa ao tratamento de dados (Data Processing Addendum versão 3.0, datada de 1 de outubro de 2020), que integra o contrato (que estava disponível no website da Cloudflare, Inc., em abril de 2021, e que corresponde à prova n.º 66 apresentada na Defesa), afirma-se "(...) [e]m conexão com o Serviço, as partes antecipam que a Cloudflare, Inc., (e os seus subcontratantes) pode tratar, fora da Zona Económica Europeia (EEA) (...) certos dados pessoais protegidos por legislação europeia de proteção de dados relativamente aos quais o cliente ou membro do Grupo Cliente seja considerado como responsável pelo tratamento (...)" – cf. ponto 6.1 da *Data Processing Addendum* versão 3.0 (numa tradução livre a partir do original, escrito em língua inglesa).

201. Ou seja, o contrato celebrado pelo INE e a Cloudflare, Inc., admite o trânsito dos dados pessoais para qualquer um dos 200 servidores por esta utilizados, bem como a transferência de dados pessoais para os EUA, e o INE, ao celebrar tal contrato, aceitou tal tratamento de dados pessoais.

202. Com efeito, nos termos da *Data Processing Addendum* versão 3.0, que, recorda-se, integra o contrato, são transferidos dados pessoais do cliente (exportador de dados) para a Cloudflare, Inc., (importador de dados), nos EUA, utilizando como mecanismo de transferência internacional as cláusulas contratuais-tipo baseadas na Decisão da Comissão 2010/87/UE, de 5 de fevereiro de 2010, aplicáveis às transferências de dados pessoais para subcontratantes estabelecidos em países terceiros⁷, as quais fazem parte integrante da adenda e são, nessa medida, subscritas pelo cliente (cf. alínea m) da cláusula 1.1 da *Data Processing Addendum* versão 3.0)⁸.

203. Assim, ao (sub)contratar os serviços da Cloudflare, Inc., o INE, na sua qualidade de responsável pelo tratamento e simultaneamente de cliente da Cloudflare, Inc. aceitou as condições de utilização do serviço, incluindo a adenda aos termos de tratamento de dados pessoais, a qual regula também a transferência de dados pessoais para os EUA.

204. Ainda de acordo com os termos da *Data Processing Addendum* versão 3.0, o INE concedeu uma autorização geral à Cloudflare, Inc., para que esta possa recorrer a outros (sub-)subcontratantes, sejam empresas dentro ou fora do Grupo (cláusula 4.2)⁹, reconhecendo e aceitando que pudesse ser necessário para a prestação do serviço o recurso a (sub)subcontratantes estabelecidos em países terceiros (cláusula 6.4)¹⁰.

205. Se as cláusulas contratuais-tipo são, em geral, um instrumento legal para a transferência de dados pessoais para países terceiros, ao abrigo das disposições conjugadas do artigo 46.º, n.º 2, alínea c), e n.º 5, do RGPD, é necessário verificar, todavia, se a legislação do Estado terceiro, que se sobrepõe obviamente a um instrumento de natureza contratual, não diminui ou esvazia as garantias oferecidas por essas cláusulas,

⁷ Conforme consta do website da Cloudflare, Inc., a política de privacidade foi revista em 27 de outubro de 2020, para «refletir» uma alteração do instrumento legal em que assenta a transferência de dados pessoais da União Europeia (UE) para os Estados Unidos da América (EUA), que deixou de ser a decisão de adequação do Escudo de Proteção da Privacidade (*Privacy Shield*), invalidada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em julho de 2020, no caso *Schrems II*, para passarem a ser as cláusulas contratuais-tipo.

⁸ "SCCs" mean the Standard Contractual Clauses, available here, which are the standard data protection clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries as described in Art. 46 of the GDPR as from time to time varied, amended or substituted by the European Commission."

⁹ "The Customer grants a general authorization: (a) to Cloudflare to appoint other members of the Cloudflare Group as sub-processors, and (b) to Cloudflare and other members of the Cloudflare Group to appoint third party data center operators, and outsourced marketing, business, engineering and customer support providers as sub-processors to support the performance of the Service."

¹⁰ "The Customer acknowledges and accepts that the provision of the Service under the Main Agreement may require the processing of Personal Data by sub-processors in countries outside the EEA, Switzerland, or UK."

¹⁰ "The Customer acknowledges and accepts that the provision of the Service under the Main Agreement may require the processing of Personal Data by sub-processors in countries outside the EEA, Switzerland, or UK."

as quais têm precisamente como objetivo compensar a falta de um nível de proteção adequado no país de destino dos dados (cf. artigos 44.º e 46.º do RGPD)¹¹.

206. De acordo com o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), é ao exportador de dados (INE) que compete, caso-a-caso, com a colaboração do importador de dados (Cloudflare, Inc.), verificar se o país de destino em concreto assegura um nível de proteção de dados essencialmente equivalente ao garantido pela UE, devendo, se possível, adotar salvaguardas adicionais que permitam ultrapassar os obstáculos e garantir que a proteção dos dados se mantém¹². Esta obrigação decorre igualmente do cumprimento do princípio da responsabilidade, consagrado no artigo 5.º, n.º 2, do RGPD.

207. De acordo com a análise do TJUE no caso *Schrems II*, a legislação dos EUA – que é o país de destino das transferências internacionais da Cloudflare, Inc., ao abrigo das cláusulas contratuais-tipo – possibilita ingerências nos direitos fundamentais das pessoas, baseadas em requisitos relativos à segurança nacional e ao interesse público, que podem resultar no acesso a dados pessoais transferidos da UE para os EUA e da utilização desses dados no âmbito de programas de vigilância, com base na Secção 702 da FISA (*Foreign Intelligence Surveillance Act*) e no Decreto Executivo 12333¹³.

208. O TJUE concluiu que tais ingerências não são proporcionais, à luz do direito da União, na medida em que não é definido o alcance das limitações aos direitos das pessoas, não existem regras claras e precisas quanto à aplicação dessas medidas nem requisitos mínimos para proteção contra riscos de abuso, não se verifica um juízo de necessidade, e não são conferidos direitos oponíveis aos titulares dos dados nem vias de recurso jurisdicional, pelo que as limitações à proteção de dados que decorrem da legislação dos EUA não satisfazem os requisitos exigidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da UE¹⁴ (cf. artigos 7.º, 8.º, 47.º e 52.º, n.º 1).

209. Por conseguinte, só seria possível realizar uma transferência de dados pessoais para os EUA se a legislação aqui em causa, e expressamente referida pelo TJUE, não fosse direta ou indiretamente aplicável à Cloudflare, Inc., ou aos seus (sub-)subcontratantes, e mesmo assim apenas mediante a adoção de medidas suplementares que pudesse demonstradamente comprovar que esta legislação não seria aplicável ou não teria efeito prático nas transferências de dados pessoais.

¹¹ Ver n.ºs 92 e 93 do Acórdão *Schrems II*, em que o Tribunal salientou que a avaliação da existência de um nível de proteção essencialmente equivalente ao garantido na UE no país de destino dos dados deve ser feita independentemente de ser utilizado um mecanismo de transferência previsto no Capítulo V do RGPD.

¹² Ver n.º 134 do Acórdão *Schrems II*.

¹³ Ver n.º 165 do acórdão citado, em que são citados os programas PRISM e UPSTREAM.

¹⁴ Ver n.ºs 175-176, 180-185, 191 e 194 do acórdão citado.

210. Contudo, os serviços prestados pela Cloudflare, Inc., designadamente aqueles contratados pelo INE quando subscreveu o *Business Plan*, colocam a empresa diretamente sob a alçada da legislação dos EUA que lhe impõe a obrigação de conceder acesso em massa aos dados pessoais por si tratados, desde logo enquanto prestador de serviços de comunicações eletrónicas¹⁵, sem prejuízo de outro tipo de serviços ser abrangido igualmente por outras disposições da legislação norte-americana de vigilância.

211. A Cloudflare, Inc., reconhece no ponto 7 da *Data Processing Addendum* versão 3.0 que, no seu papel de subcontratante, poderá ser objeto de pedidos de acesso a dados pessoais, por parte de terceiros no âmbito de procedimentos legais, que possam ser «inconsistentes» com a lei aplicável ao seu cliente, ou seja, o RGPD. Nesse caso, existindo conflito de leis, a Cloudflare, Inc., declara que informará de imediato o cliente, «a menos que tal notificação seja legalmente proibida» (cf. alínea a) cláusula 7.1)¹⁶.

212. Ora é precisamente o caso desta legislação dos EUA que impede as empresas norte-americanas de informarem os seus clientes do acesso realizado pelas autoridades norte-americanas para fins de recolha de informação sobre estrangeiros, no contexto da atividade de segurança nacional.

213. Verifica-se, pois, que não há qualquer garantia no contrato de que os dados pessoais dos cidadãos residentes em Portugal, recolhidos pelo INE através do seu website, no âmbito do Censos 2021, não sejam acedidos pelas autoridades dos EUA, por intermédio da Cloudflare, Inc., devido aos serviços por esta prestados ao INE e que implicam, conforme contrato firmado, a transferência desses dados pessoais para os EUA.

214. Assim, é irrelevante o afirmado nos pontos 668 e seguintes da Defesa, uma vez que o que aqui está em causa é a circunstância de a Cloudflare, Inc., estar vinculada a cumprir a legislação dos EUA, que, inclusive, a impede de informar o responsável do tratamento sobre o pedido de acesso por certas autoridades norte-americanas.

215. De resto, não serão de considerar as explicações apresentadas pela Cloudflare, Inc., e pelo Arguido, que dão ao serviço “Business” uma expressão que não tem acolhimento no próprio contrato de adesão que o suporta.

¹⁵ Cf. Secção 702 da FISA alterada pelo 50 USC § 1881^a.

¹⁶ “[...] If Cloudflare becomes aware of any third party legal process requesting Personal Data that Cloudflare processes on behalf of Customer in its role as data processor or sub-processor (as applicable) then, to the extent that Cloudflare is able to identify that such third party legal process requesting Personal Data raises a conflict of law, Cloudflare will: (a) immediately notify Customer of the request unless such notification is legally prohibited; [...]”

216. Quando se afirma (cf. ponto 475 da Defesa) que cada utilizador é encaminhado para o servidor mais próximo da sua localização, para com isso justificar que os utilizadores “portugueses” serão encaminhados, com elevada probabilidade (na expressão apresentada, “would likely be directed”), para servidores em Lisboa, parece querer ignorar-se que tal nunca ocorrerá se houver uma saturação do servidor, num dado momento, em Lisboa.

217. Algo que, em operações de tratamento massivas, como é o caso de uma operação censitária, ocorre em inúmeras situações.

218. Mas tão pouco é correto afirmar que todo o tráfego gerado no acesso ao website “censos2021.ine.pt”, utilizando o serviço CDN da Cloudflare, Inc., seria sempre conectado ao servidor mais próximo: o de Lisboa (cf. ponto 476 da Defesa).

219. Já a afirmação de que o plano “Business” não permite o roteamento para outros servidores com menor “carga” que não o de Lisboa (cf. ponto 477 da Defesa), está em completa dissonância com o conteúdo do “Self-Serve Subscription Agreement” e da respetiva adenda relativa ao tratamento de dados (*Data Processing Addendum* versão 3.0. – cf. prova n.º 66 da Defesa).

220. A alegação, do ponto 658 da Defesa, de que “[f]oi com base na informação disponibilizada pela Cloudflare, Inc., nomeadamente na sua Política de Privacidade (cf. Política junta como documento n.º 68), no Transparency Report (cf. Transparency Report que se junta como documento n.º 73) e no seu Cloudflare’s commitment to GDPR compliance [...], que o INE retirou as suas conclusões acerca da legislação e práticas dos EUA eventualmente aplicáveis à Cloudflare, Inc. no contexto dos serviços contratados” poderia ser considerada não fora o facto de o INE ter celebrado o contrato em “fevereiro/março de 2020” (cf. ponto 617 da Defesa) e os dois documentos aqui invocados serem posteriores, enquanto o *Cloudflare’s commitment to GDPR compliance* não afasta, como se demonstrou, a aplicação da legislação norte-americana.

221. E, por isso, face ao teor do contrato subscrito pelo INE, é incompreensível que venha agora alegar, no ponto 682 da Defesa, que, “[...] segundo foi sempre o seu entendimento com base na informação que lhe foi disponibilizada, estes dados nunca estiveram em território americano, nem na posse da subcontratante”. Com efeito, nesse ponto da Defesa apenas se invoca uma convicção do INE, não suportada em factos, como demonstrado.

222. Quanto à invocação pela Defesa daquilo que denomina como *Guidelines* do Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD) – e que correspondem à Recomendação 01/2020 –, nada neste documento contradiz a interpretação que a CNPD faz do RGPD, que segue, à risca, o acórdão do TJUE *Schrems II*, de 16

de julho de 2020, sendo certo que a CNPD nunca afirmou não poder haver fluxos de dados pessoais para os EUA; apenas reafirmou que os mesmos dependem da adoção de medidas complementares.

223. De resto, o documento do CEPD tem natureza meramente orientadora, no sentido de apoiar os responsáveis na aplicação do RGPD, pelo que a ausência destas orientações não pode justificar o incumprimento das obrigações decorrentes daquele Regulamento – aliás, essas orientações não existem em relação a outras obrigações que recaem sobre o responsável, e nem por isso este fica desvinculado de as cumprir.

224. Independentemente da data da aprovação final da referida Recomendação 01/2020 do CEPD, a verdade é que as mesmas foram aprovadas e disponibilizadas para consulta pública a 10 de novembro de 2020, pelo que, logo aí, o INE teve oportunidade de conhecer as recomendações do CEPD sobre esta matéria, muito antes da realização da operação censitária.

225. A prolongada alegação na Defesa de que, ao tempo da celebração dos serviços da Cloudflare, Inc., estava a transferência de dados pessoais salvaguardada pela decisão de adequação da Comissão Europeia (*Privacy Shield*), a qual só veio a ser declarada inválida pelo acórdão *Schrems II*, de 16 de julho de 2020, não afasta a obrigação que recai sobre todo e qualquer responsável pelo tratamento de dados pessoais de verificar se os tratamentos que realiza cumprem as condições e limites previstos no RGPD, sendo exigível a uma entidade como o INE, que trata dados pessoais com especial sensibilidade e em larga escala, a permanente atenção ao enquadramento jurídico dos seus tratamentos.

226. De todo o modo, o acórdão *Schrems II* foi publicado muito antes da realização da operação Censos 2021 (em 16 de julho de 2020), tendo, entretanto, o Arguido a obrigação de conformar o tratamento de dados pessoais projetado com o referido acórdão, e tido tempo suficiente para o efeito.

227. Aliás, o contrato com a Cloudflare, Inc., que se alega ter sido celebrado em fevereiro/março de 2020 (cf. ponto 617 da Defesa) foi celebrado apenas por 11 (onze) meses, portanto, vigorando, na melhor das hipóteses até ao final de fevereiro de 2021. Na data da eventual renovação do contrato, o acórdão do TJUE a declarar inválida a adequação da Comissão Europeia (*Privacy Shield*) já tinha sido proferido há mais de sete meses, não podendo, por isso, ambas as partes desconhecer o teor do mesmo.

228. Alega ainda o Arguido que o serviço contratado assegurava um conjunto de medidas técnicas aptas a garantir o cumprimento do RGPD (cf. ponto 677), a saber: pseudonimização dos dados pessoais e encriptação da informação.

229. Desde logo, o Arguido remete para o anexo 2 da *Data Processing Addendum*, não juntando o referido anexo, onde constam as medidas de segurança técnicas e organizativas a adotar pela Cloudflare, Inc., não demonstrando assim que as mesmas foram relevantes para a formação da vontade de contratar por parte do INE.

230. Independentemente disso, nenhuma das medidas invocadas foi efetivamente aplicada no contrato celebrado pelo INE, nem o poderia ser pela natureza do serviço contratado (de CDN).

231. Por um lado, não houve pseudonimização dos dados pessoais.

232. Por outro lado, quanto à encriptação, como melhor se demonstrará no ponto seguinte, o serviço contratado pelo INE implicava que a Cloudflare, Inc., tivesse a chave da encriptação e desencriptasse os pacotes de dados.

233. As pretensas ponderações sobre proteção de dados na contratação da Cloudflare, Inc., não ficaram, assim, demonstradas; ao contrário, o que os factos demonstram é uma falta de cuidado, para não dizer desprezo, pelo regime de proteção de dados pessoais e pela jurisprudência relevante nesta matéria.

234. Face ao exposto, o Arguido recorreu a um subcontratante que não apresenta garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizativas adequadas a cumprir o RGPD, máxime o seu capítulo V, o que está claramente demonstrado pelo próprio clausulado do contrato, em violação da obrigação prevista no artigo 28º do RGPD.

x. Não existiram quaisquer transferências de dados para Estados terceiros

235. Na sequência do explanado acima, o Arguido sustenta, em vários pontos da Defesa (por exemplo, pontos 531 e seguintes), que os dados dos titulares nunca passariam por servidores que não os de Lisboa, sendo este o servidor que se encontraria geograficamente mais próximo do titular.

236. Pelo que considera impossível e impraticável, de um ponto de vista técnico que dados provenientes da operação censitária Censos 2021 possam ter transitado por servidores localizados fora da União Europeia (cf. ponto 591 da Defesa).

237. Por último, defende o Arguido que a CNPD não conseguiu produzir prova de nenhuma transferência de dados para países terceiros.

Analisando,

238. Em primeiro lugar, resulta evidente, da Defesa apresentada, que o Arguido desconhece se os dados pessoais dos titulares, em resposta à operação censitária Censos 2021, transitaram ou não por servidores de países terceiros.

239. Com base em meras presunções, o Arguido defende que essa probabilidade é muito reduzida, na medida em que existe um servidor da Cloudflare, Inc., em Lisboa e, dado o critério da proximidade geográfica, seria esse a ser utilizado.

240. Assume ainda o Arguido a hipótese de os dados pessoais, em caso de "carga" do servidor, poderem ter estado em "mero trânsito" – expressão utilizada na Defesa – em servidores localizados em países terceiros.

241. O Arguido não apresentou prova de que adotou as garantias adequadas, no âmbito da operação censitária Censos 2021, em conformidade com o Capítulo V do RGPD, como lhe era exigível, tendo, por isso, violado o artigo 44.º do RGPD.

Senão, vejamos,

242. Em primeiro lugar, esclarece-se que a CNPD nunca questionou que "os dados pessoais e restantes informações recolhidas no âmbito da resposta ao Censos 2021 via internet [...] sempre estiveram [...] alojados nos sistemas e na infraestrutura do próprio INE [...]" (cf. pontos 527 e 528 da Defesa). O que esteve sempre em causa foi o trânsito dos dados pessoais.

243. A utilização de uma CDN visa diminuir a latência das invocações aos websites, reduzindo o tempo de carregamento. Uma página web pode ser composta por um conjunto de recursos que são solicitados pelo cliente ao servidor aquando do render¹⁷ da página no ecrã do browser (ou de outro tipo de aplicação usada para aceder às páginas HTML disponibilizadas em linha). Quantos mais recursos forem necessários (e.g., imagens, ficheiros de estilos, ficheiros de código, ficheiros de vídeo e/ou áudio), e quanto maior o tempo para os descarregar para a máquina do cliente, maior será o tempo que a apresentação gráfica da página levará a estar concluída.

244. Considerando a generalidade dos sites, o tempo de apresentação da página ao visitante/utilizador depende, em larga medida, da demora da entrega desses recursos ao serem solicitados (do lado do browser–navegador de Internet) ao servidor, e depois enviados de volta do servidor para o browser. Uma vez que as comunicações na Internet são materializadas por circuitos elétricos com componentes eletrónicos como "encaminhadores" (*routers*) ao longo do caminho, o tempo de trânsito está muito dependente do número de

17 Processo de interpretar o código HTML, CSS e javascript, juntamente com a inclusão de conteúdos como imagens, vídeos, ou áudio, na produção das páginas web na aplicação do cliente (browser).

saltos (*hops*¹⁸) que os pacotes de informação têm de passar ao serem “roteados”¹⁹ de um ponto para o outro. Quanto maior a distância geográfica entre os nós, maior é a probabilidade de o número de encaminhadores aumentar, e assim maior também o tempo que o pacote demora a ir da origem ao destino.

245. O uso das CDNs pretende diminuir o tempo de carregamento das páginas, atuando precisamente sobre esse tempo de transmissão, como de seguida se explica.

246. Os recursos ou conteúdos podem ser divididos em dois tipos: estáticos e dinâmicos. Os conteúdos estáticos (e.g., imagens, áudio, vídeo, ficheiros de estilos CSS, ficheiros com código *javascript*) não variam e são sempre iguais, mantendo-se imutáveis para qualquer das invocações. Os conteúdos dinâmicos (e.g., páginas HTML, no caso, os formulários) são processados em cada solicitação, podendo produzir um resultado distinto de cada vez; podem variar, por exemplo, consoante os parâmetros enviados no pedido ao servidor (e.g., *querystring*, parâmetros *POST*, *cookies*).

247. Deste modo, os conteúdos estáticos podem ser guardados em *cache* e reutilizados uma e outra vez sem ficarem desatualizados, não causando qualquer prejuízo à experiência do utilizador. O mesmo não acontece com os conteúdos dinâmicos, que têm de ser processados a cada invocação.

248. As CDNs pretendem diminuir o tempo de carregamento e para isso disponibilizam os conteúdos estáticos de maneira mais célere, mantendo-os em *cache*. Uma vez que estes conteúdos não mudam, após o primeiro pedido ter sido servido, os restantes pedidos podem reutilizar o conteúdo que ficou armazenado localmente, sem haver necessidade de o solicitar novamente ao servidor onde reside o *website*.

249. Para que isto aconteça, o tráfego do cliente (*browser*) para o servidor é dirigido para uma rede de disponibilização de conteúdos (no caso, a CDN), composta por várias máquinas ligadas entre si. Se o pedido que chega a uma dessas máquinas, eventualmente a mais próxima geograficamente do cliente, for relativo a um conteúdo estático, e se o mesmo tiver antes sido guardado na *cache* dessa máquina, a CDN já não encaminha o pedido para o servidor e serve o recurso diretamente ao cliente (*browser*), reduzindo sensivelmente o tempo de resposta.

250. Já para o caso dos pedidos de conteúdos dinâmicos, isso não pode ser feito. Chegado o pedido a uma dessas máquinas, o mesmo é encaminhado para o servidor de quem adjudicou o serviço CDN (no caso, o

18 A medida lógica da dimensão de uma rede pode-se contar em número de *hops*, ou seja, número de encaminhadores que um pacote tem de passar para ir da origem ao destino.

19 Roteamento é o processo de encaminhamento dos pacotes de informação nas redes IP, orientando o tráfego de *router* em *router* da origem até ao destino.

INE) e processado a cada invocação, não podendo ser, assim, pela sua natureza, armazenado e reaproveitado para solicitações futuras.

251. Como se entende, as máquinas das CDNs apenas mantêm armazenados os conteúdos estáticos, uma vez que os dinâmicos de nada lhes serviriam porque não podem ser reaproveitados.

252. No citado ponto 469 da Defesa, reafirmado depois no ponto 479, o Arguido alega que "os conteúdos dinâmicos do website dos Censos 2021 – mais concretamente, o formulário eletrónico específico para recolha do questionário [...] que continha dados pessoais dos cidadãos [...] nunca estiveram alojados na cache da Cloudflare, nem ficou demonstrado que o seu tráfego foi efetuado por meio da CDN da Cloudflare [...]" .

253. A primeira parte da alegação está correta, sendo certo que a CNPD nunca afirmou que os conteúdos dinâmicos ficavam em *cache*. De facto, para tornar uma CDN útil, apenas os recursos estáticos necessitam de ser mantidos em *cache*.

254. A segunda parte da afirmação acima citada, que refere que o trânsito dos pedidos dos conteúdos dinâmicos, e respetivas respostas, pela CDN da Cloudflare, Inc., não foi demonstrado, não é verdadeira, como o demonstram as provas recolhidas pela CNPD, relativas ao tráfego dos pedidos dos conteúdos dinâmicos, com as respostas ao Formulário Eletrónico Específico (FEE), pelos servidores da Cloudflare, Inc.

255. Para a verificação deste facto, a CNPD realizou várias perícias, as quais se focaram no funcionamento do formulário disponível em censos2021.ine.pt. Testou-se o formulário e gravaram-se as respetivas sessões, extraíndo imagens que demonstram o contrário do afirmado pelo Arguido na Defesa (cf. Anexos ao documento Info UI AVG 2021 401 II v1.0.docx, "Capturas de ecrã onde se mostram os pacotes de dados trocados entre o cliente e os servidores (*.ine.pt), durante o preenchimento do formulário dos Censos 2021", fls. 29 e 30).

256. Com efeito, accedendo ao questionário dos Censos 2021 em linha, disponível em censos2021.ine.pt, o utilizador era levado a introduzir o código e a *password* constantes da carta que recebeu na sua residência. A submissão do formulário remeteria esses dados novamente para o endereço censos2021.ine.pt, como consta nas imagens da sessão mantida entre o *browser* e o servidor (cf. Anexos ao documento Info UI AVG 2021 401 II v1.0.docx, "Capturas de ecrã onde se mostram os pacotes de dados trocados entre o cliente e os servidores (*.ine.pt), durante o preenchimento do formulário dos Censos 2021", fls. 29 e 30).

257. Após o preenchimento, no formulário em linha, das respostas às questões que compunham o questionário Censos 2021, que recolhia dados pessoais, o envio dos dados era feito para um outro servidor *web* no endereço fee.ine.pt, como também se pode ver nas imagens da sessão (cf. Anexos ao documento

Info UI AVG 2021 401 II v1.0.docx, "Capturas de ecrã onde se mostram os pacotes de dados trocados entre o cliente e os servidores (*.ine.pt), durante o preenchimento do formulário dos Censos 2021", fls 29 e 30). Esse servidor implementava o FEE que tinha como finalidade a recolha dos dados dos respondentes.

258. Quer o sítio web censos2021.ine.pt quer o fee.ine.pt estavam a ser, até ao dia 26 de abril de 2021, resolvidos para IPs atribuídos à Cloudflare, Inc., como atestam as consultas *DNS20 lookup* realizadas durante as perícias, algumas das quais recolhidas como prova (cf. Anexos ao documento Info UI AVG 2021 401 II v1.0.docx, "Resolução de nomes de domínio, IP lookup, reverse DNS, routing", fls 22 a 28).

259. Fica assim provado que os pedidos dos recursos tanto estáticos como dinâmicos (estes últimos contendo dados pessoais dos respondentes dos censos) estavam a ser encaminhados para as máquinas sob responsabilidade da Cloudflare, Inc.

260. Pelo que o afirmado no ponto 470 da Defesa, de que os dados pessoais não estariam a ser encaminhados para servidores da Cloudflare, Inc., não é verdadeiro.

261. Acrescente-se, para melhor clarificação, que o que a CNPD apresenta, na informação datada de 16 de setembro de 2021, é um cenário de conformidade do uso da CDN, que passava pela submissão dos pedidos de conteúdos dinâmicos ser feita diretamente para o servidor do INE em Lisboa; simplesmente, no caso concreto, esse cenário não se verificou.

262. Portanto, também a conclusão avançada no ponto 482 da Defesa não tem fundamento. Em termos técnicos, como a CNPD bem explicou naquela informação, nunca esteve em crise o recurso a CDNs, mas sim o modo como a recolha em linha dos dados dos Censos 2021 foi executada. É tecnicamente possível, e ainda assim vantajoso em termos de *performance* e segurança, manter o uso da CDN para armazenamento e disponibilização dos recursos estáticos, sendo que a submissão dos dados pode e deve ser diretamente feita para o servidor final do responsável pelo tratamento.

263. E é também inexato o afirmado no ponto 552 da Defesa, onde se diz "[...] pelo contrário, os dados pessoais e restantes informações recolhidas no âmbito da resposta ao Censos 2021 via internet [...] eram diretamente direcionadas para o centro de dados do INE".

264. No "Comunicado da Cloudflare de 04-05-2021" (conforme ponto 537 da Defesa), a empresa assume que "[...] Portuguese citizens seeking to provide information to INE for the census would have been directed to

²⁰ Domain Name Server é a designação para os servidores que têm como função "traduzir" um "nome" como www.cnpd.pt num endereço IP. Para que a comunicação entre duas máquinas seja possível, os pacotes de informação necessitam de carregar os endereços IP das duas.

INE's website through the Cloudflare data center closest to the user, scanned for malicious code or activity as directed by INE, and sent directly to INE's hosting servers [...].

265. Esta afirmação vem ao encontro da análise e conclusões da CNPD sobre o processo de encaminhamento da informação desde o cliente até ao servidor e contradiz a argumentação da Defesa de que os pedidos dos conteúdos dinâmicos do *site*, que incluem as respostas dos participantes ao questionário, não estariam a ser encaminhados pela CDN da Cloudflare, Inc.

266. Como a própria Cloudflare, Inc., admite, as respostas dos participantes seriam encaminhadas para o centro de dados mais próximo do utilizador (que para cidadãos a preencher o questionário em Portugal alegadamente seria o centro de dados de Lisboa) e analisados para detetar atividades ou código maliciosos [através do serviço de WAF (*Web Application Firewall*), subscrito pelo INE à Cloudflare, Inc.], e só depois enviados para os servidores do INE, segundo as instruções do próprio INE, que, por isso, não podia desconhecer tal facto – ao contrário do que, agora, vem alegar.

267. A comunicação da Cloudflare, Inc., contradiz a alegação de que o envio dos dados pessoais recolhidos no questionário em linha não passaria pelos servidores da Cloudflare, Inc., sendo encaminhados diretamente para o servidor do INE.

268. Importa esclarecer que qualquer dos serviços prestados, CDN ou WAF, obrigam as máquinas da Cloudflare, Inc., que recebem os pedidos, a ter acesso aos dados do pacote de informação para saberem o destino que lhes vão dar. Se no caso da CDN o pacote é aberto para determinar se o recurso solicitado é estático e se está em *cache*, no caso da WAF o pacote é aberto para averiguar a possibilidade de ataque, como por exemplo, injeção de código malicioso.

269. Assim como também não é verdade o escrito no ponto 553 da Defesa. As provas retiradas nas perícias realizadas sustentam que do início da operação de recolha de questionário em linha até ao fim do dia da inspeção da CNPD ao INE, quer o endereço censos2021.ine.pt, onde o utilizador é levado a introduzir dados pessoais como o código atribuído à sua habitação e respetiva palavra-passe, quer o endereço fee.ine.pt, para onde seriam submetidos os dados das respostas do questionário Censos 2021, estavam a ser resolvidos para endereços IPs atribuídos à Cloudflare, Inc., o que levaria a que o tráfego para esses endereços fosse encaminhado para máquinas sob o controlo daquela empresa.

270. Nos pontos 558 a 561 da Defesa, admite-se que o serviço de WAF, subscrito pelo INE à Cloudflare, Inc., sujeita os pacotes de informação à análise de "elementos específicos associados à informação comunicada". Para que possa ser feita a recolha da informação dos respondentes, estes [...] inserem as suas respostas na aplicação FEE [...] disponibilizada nesse mesmo sítio Internet [censos2021.ine.pt e fee.ine.pt]", e depois "os

dados (pessoais e não pessoais) que constam dessas respostas têm de ser transmitidos ao centro de dados do INE.”. Mais se adianta que “é nesta transmissão que podem ocorrer ataques [...]. De modo a impedir estes ataques [...] a WAF atua como [...] [um] escudo colocado entre o utilizador e o servidor, de tal modo que o tráfego da rede (designadamente, as respostas inseridas pelos cidadãos no FEE) tem de passar primeiramente por esta firewall antes de poder chegar ao servidor do INE.”.

271. Daqui resulta que os pacotes de informação com dados pessoais são abertos e inspecionados pelo serviço de WAF da Cloudflare, Inc., o que acaba por ser reconhecido pela Defesa, em manifesta contradição com o anteriormente por si alegado.

272. Com efeito, no ponto 562 da Defesa o Arguido afirma que essa operação é feita “sem aceder ao conteúdo da informação transmitida”, o que seria um contrassenso e obviamente não corresponde à verdade. De facto, todos os pacotes são abertos e para que a análise do conteúdo seja feita, “de forma automática”, a WAF irá focar-se nos elementos que constam no corpo do pedido. Esses elementos incluem os campos de entrada de dados constantes nas páginas do questionário com os valores preenchidos pelos respondentes. Ao analisar o corpo do pedido, a WAF tem acesso a toda a informação inserida pelo respondente nos campos que tem à sua disposição.

273. Novamente, o ponto 564 da Defesa não é verdadeiro. Aqui é dito que “a WAF não acede ao conteúdo da informação em tráfego, não existindo [...] qualquer possibilidade de acesso ou consulta aos dados pessoais constantes das respostas transmitidas ao servidor do INE.”. Esta afirmação entra inclusivamente em contradição com outras alegações da Defesa, em concreto no ponto 561, onde se diz que “a firewall da Cloudflare analisa elementos específicos associados à comunicação que possam indicar ataques [...]”.

274. Paralelamente, o ponto 569 da Defesa é, pelos mesmos motivos, falso. Aqui se diz que “[na] utilização dos três serviços da Cloudflare [WAF, CDN, Rate Limit], não ocorreu em qualquer momento o acesso ou transmissão, à Cloudflare, das respostas inseridas pelos respondentes, designadamente das respostas inseridas pelos mesmos no FEE disponível no website «CENSOS2021.INE.PT»”, sendo redundante refutar esta afirmação, face à exaustiva explicação já aqui deixada.

275. Quanto à alegada impossibilidade e impraticabilidade, de um ponto de vista técnico, de os dados provenientes da operação censitária Censos 2021 terem transitado por servidores localizados fora da União Europeia (cf. ponto 591 da Defesa), importa comparar o teor do comunicado da Cloudflare, Inc., com as alegações da Defesa, para chegar à conclusão oposta.

276. Embora a Cloudflare, Inc., tenha IPs registados na União Europeia, os IPs para o qual o endereço censos2021.ine.pt resolia estão registados nos EUA – 104.22.20.250 e 104.22.21.250 (cf. <https://bgpview.io/asn/13335#prefixes-v4>).

277. O facto de os servidores estarem a utilizar IPs da Cloudflare, Inc., registados nos EUA, quando a empresa possui IPs registados no território da União Europeia, é só por si demonstrativo de que não houve o cuidado de garantir que os dados pessoais só circulariam no território da União.

278. Aliás, a prova de que a Cloudflare, Inc., transmitia e transmitiu dados pessoais para os EUA mesmo nos contratos que garantiam aos clientes o serviço de acesso restrito por zona geográfica (*Cloudflare Data Localization Suite*) pode ser, facilmente, encontrada no sítio Internet da empresa, nas informações disponibilizadas. Aí, à data dos factos, informava-se que:

“**Regional Services.** Cloudflare has data centers in over 200 cities across 100+ countries. Regional Services together with our Geo Key Manager solution allows Customers to pick the data center locations where TLS keys are stored and TLS termination takes place. Traffic is ingested globally, applying L3/L4 DDoS mitigations, while security, performance, and reliability functions (such as, WAF, CDN, DDoS mitigation, etc.) are serviced at designated Cloudflare data centers only. With Regional Services, **some metadata will still be transmitted to our core data center in Portland, Oregon. However, the only Personal Data we collect in these logs are IP addresses. [...]”** (destacado nosso) – cf. <https://web.archive.org/web/20210426141842/https://www.cloudflare.com/gdpr/introduction/>²¹

279. Ou seja, os metadados, em que se inclui o dado pessoal IP²² dos respondentes, recolhidos pela Cloudflare, Inc. nos registos de auditoria, foram transmitidos para os EUA.

280. Também é significativo que, entretanto, a informação disponibilizada naquele site tenha sido alterada, deixando de se afirmar que os metadados são transmitidos para os EUA (cf. <https://www.cloudflare.com/gdpr/introduction/>), o que ocorreu, porventura, na sequência do projeto de deliberação da CNPD e também de outros projetos de decisão de outras autoridades de controlo de Estados-Membros da União Europeia.

281. Certo é também que os serviços prestados pela Cloudflare, Inc., designadamente aqueles contratados pelo INE quando subscreveu o *Business Plan*, colocam a empresa diretamente sob a alcada da legislação dos EUA, que lhe impõe a obrigação de conceder acesso em massa aos dados pessoais por si tratados, desde

²¹ Para aceder à informação que constava no site da Cloudflare, Inc., a 26 de abril de 2021 utilizou-se, na data da aprovação da presente deliberação, o histórico de páginas da Internet da *WayBack Machine*.

²² Cf. Acórdão do TJUE no Processo C-582/14, 19 de agosto de 2016,

logo enquanto prestador de serviços de comunicações eletrónicas²³, sem prejuízo de outro tipo de serviços ser abrangido igualmente por outras disposições da legislação norte-americana de vigilância e segurança nacional.

282. A Cloudflare, Inc., reconhece no ponto 7 da *Data Processing Addendum* versão 3.0 que, no seu papel de subcontratante, poderá ser objeto de pedidos de acesso a dados pessoais, por parte de terceiros no âmbito de procedimentos legais, que possam ser «inconsistentes» com a lei aplicável ao seu cliente, ou seja, o RGPD. Nesse caso, existindo conflito de leis, a Cloudflare, Inc., declara que informará de imediato o cliente, «a menos que tal notificação seja legalmente proibida» (cf. alínea a) cláusula 7.1)²⁴.

283. Ora, é precisamente o caso desta legislação dos EUA que impede as empresas norte-americanas de informarem os seus clientes do acesso realizado pelas autoridades norte-americanas para fins de recolha de informação sobre estrangeiros, no contexto da atividade de segurança nacional.

284. Perante estes factos, não foi o responsável capaz de demonstrar, como exigido pelo n.º 2 do artigo 5.º e pelo n.º 1 do artigo 24.º do RGPD, que aplicou as medidas adequadas a assegurar e poder comprovar que o tratamento de dados pessoais se realizou em conformidade com o RGPD, em especial, com o artigo 44.º do RGPD.

285. Importa ainda realçar que o Arguido, também naquilo que considera serem argumentos válidos para a sua Defesa, vem novamente exibir as fragilidades de acompanhamento das mudanças normativas operadas com a entrada em vigor do RGPD, desde logo, quando insiste que o mero trânsito de dados pessoais por países terceiros não é hoje juridicamente relevante.

286. Na verdade, a alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º da Diretiva CE/95/46, de 24 de outubro de 1995, bem como a alínea c) do n.º 3 do artigo 4.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, que transpôs a Diretiva, excluía do âmbito de aplicação da legislação de proteção de dados, caso o responsável não estivesse estabelecido no território nacional, os tratamentos de dados pessoais quando os meios fossem utilizados para trânsito.

²³ Secção 702 da FISA alterada pelo 50 USC § 1881^a.

²⁴ [...] If Cloudflare becomes aware of any third party legal process requesting Personal Data that Cloudflare processes on behalf of Customer in its role as data processor or sub-processor (as applicable) then, to the extent that Cloudflare is able to identify that such third party legal process requesting Personal Data raises a conflict of law, Cloudflare will: (a) immediately notify Customer of the request unless such notification is legally prohibited; [...]"

287. Ora, esta disposição não foi acolhida no RGPD, não tendo, portanto, o trânsito de dados pessoais sido excluído do seu âmbito objetivo de aplicação, sendo certo que corresponde a uma operação sobre dados pessoais, nos termos da alínea 2) do artigo 4.º do RGPD.

288. Aliás, nos pontos 602 e seguintes da Defesa, a invocação de jurisprudência do TJUE para fundamentar que a operação de transmissão de dados pessoais para países terceiros não se enquadraria no âmbito de aplicação objetivo do atual regime jurídico de proteção de dados é, estranhamente, reduzida a um acórdão de 2003, que se identifica como “[...] um dos únicos casos decididos pelo TJUE acerca das restrições a transferências de dados para países terceiros [...]” (cf. ponto 602 e seguintes da Defesa), quando é certo que existe jurisprudência numerosa deste Tribunal sobre a transmissão de dados pessoais para países terceiros, parte da qual já considerando o RGPD – Acórdão *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner (Schrems I)*, proc. C-362/14, de 6 de outubro de 2015, o acórdão *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Ltd e Maximillian Schrems (Schrems II)*, proc. C- 311/18, de 16 de julho de 2020, e ainda do TJUE o Parecer 1/15, de 26 de julho de 2017, sobre o acordo PNR entre o Canadá e a UE.

289. Sendo também certo que não existe qualquer paralelismo, nem base para analogia, entre o caso apreciado naquele acórdão referido pela Defesa e o caso aqui analisado.

290. Por outro lado, o afirmado nos pontos 610 e seguintes da Defesa não tem pertinência para o caso em apreço, uma vez que a citada posição da autoridade de controlo do Reino Unido assenta no pressuposto, explicitado na referida citação, de que não haja acesso ou manipulação dos dados pessoais quando os mesmos chegam ao servidor situado no território de país terceiro. Ora, a CNPD já demonstrou que os serviços da Cloudflare, Inc., contratados pelo Arguido obrigam à abertura e verificação dos pacotes de informação, pelo que aquela posição é, neste contexto, irrelevante.

291. Quanto à invocação do documento do Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD) que o Arguido identifica por “Guidelines 1/2020” – *rectius, as Recomendações 1/2020 relativas às medidas complementares aos instrumentos de transferência para assegurar o cumprimento do nível de proteção dos dados pessoais da EU* –, nada neste documento contradiz a interpretação que a CNPD faz do RGPD, que segue, à risca, o acórdão do TJUE *Schrems II*, de 16 de julho de 2020, sendo certo que a CNPD nunca afirmou não poder haver fluxos de dados pessoais para os EUA; apenas reafirmou que os mesmos dependem da adoção de medidas complementares.

292. De resto, o documento do CEPD tem natureza meramente orientadora, não estando o responsável dispensado de cumprir as obrigações decorrentes do RGPD enquanto não houver orientações ou recomendações daquele organismo.



293. Independentemente da data da aprovação final das referidas Recomendações 1/2020 do CEPD, a verdade é que as mesmas foram aprovadas e disponibilizadas para consulta pública a 10 de novembro de 2020, pelo que, logo aí, o INE teve oportunidade de conhecer as recomendações do CEPD sobre esta matéria, convocando-se, nesta sede, o que ficou dito supra, nos pontos 223 a 225 da presente Deliberação.

294. Em síntese, o Arguido não aplicou as medidas adequadas a assegurar e a poder comprovar que o tratamento de dados pessoais se realizou em conformidade com o RGPD, em especial, com o artigo 44.º e o n.º 2 do artigo 46.º do RGPD, mas a CNPD considera consumida nesta infração o incumprimento da obrigação de adoção de medidas de segurança adequadas prevista no artigo 32.º do RGPD.

xi. Sobre a obrigatoriedade da Avaliação de Impacto sobre os Dados Pessoais

295. Alega o Arguido que na operação estatística Censos 2021 a Avaliação de Impacto sobre os Dados Pessoais (AIPD) pode ser dispensada.

296. Nomeadamente quando pré-existe uma AIPD já realizada para uma anterior operação estatística idêntica.

297. No entender do Arguido é o que acontece, *in casu*, na medida em que dispõe de uma autorização emitida pela CNPD nos termos da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, concretamente a Autorização n.º 2600/2011, que se refere precisamente à operação de Recenseamento Geral da População e da Habitação.

298. A Autorização n.º 2600/2011 nunca foi objeto de alteração, substituição ou revogação.

299. Pelo que, no entender do Arguido, estava dispensado de elaborar uma AIPD prévia à operação de tratamento de dados pessoais.

300. Até porque, em seu entender, a única alteração verificada, da operação censitária Censos 2011 para a operação censitária Censos 2021, passou por adotar medidas de mitigação dos riscos.

301. Argumenta o Arguido que o próprio conceito de uma AIPD não pode significar, necessariamente, que esta esteja definitivamente formalizada e reduzida a escrito antes mesmo do início da operação de tratamento.

302. O Arguido não adiou, nem deixou de realizar uma AIPD em momento prévio ao início da operação censitária.

303. Apenas procedeu de forma diligente, ao procurar garantir o seu melhoramento e atualização ao longo do processo Censos 2021.

304. Defende, ainda, o Arguido que, antes de a realização de uma AIPD poder ser definitivamente dada por concluída, esta deve ser progressivamente atualizada – o que o Arguido fez, apesar de tal AIPD não lhe ser exigível.

305. Pelo que, não pode considerar-se que o Arguido realizou a AIPD em momento tardio, mas antes terá de se considerar que o Arguido cumpriu de forma diligente uma obrigação que não lhe era tão pouco aplicável.

306. Só no contexto da operação censitária principal Censos 2021 foi possível, devido ao contexto pandémico e de emergência sanitária, decidir definitivamente os processos de recolha e as funcionalidades aplicacionais utilizadas, pelo que, só nesse momento se justificou realizar a AIPD.

307. Tal não justifica qualquer insuficiência da AIPD, sendo apenas o resultado do contexto de incerteza constante vivido por força da pandemia Covid-19.

308. Alega ainda o Arguido que o facto de a operação censitária principal Censos 2021 englobar, em si mesma, diferentes operações de tratamento de dados pessoais, não significa que todas estas operações impliquem tal risco e que todas exijam a realização de uma AIPD.

309. À exceção da operação de recolha e tratamento de dados dos respondentes ao questionário "Censos 2021" – devidamente refletida na AIPD realizada – não se afigura qualquer outra operação de dados realizada que constitua qualquer risco, para os titulares de dados pessoais.

310. Pelo que, a AIPD realizada não é insuficiente.

311. Acrescenta ainda sobre a AIPD que cumpriu pontualmente o conteúdo mínimo a que estava obrigado nos termos do n.º 7 do artigo 35.º do RGPD.

Ora vejamos,

312. Importa, desde logo, referir que a Autorização n.º 2600/2011 da CNPD teve por objeto o tratamento de dados pessoais realizado numa operação censitária temporalmente delimitada – ano de 2011 –, razão por que aquela autorização esgotou os seus efeitos, ou se se preferir, caducou, *ipso iure*, com o termo da referida operação.

313. Demais, a autorização era válida especificamente para a operação censitária de 2011 e de acordo com os elementos à data notificados pelo INE à CNPD, pelo que, por força das alterações produzidas na operação censitária de 2021 por comparação com a de 2011, sempre teria de se concluir pela caducidade daquela autorização.

314. Designadamente, aquela autorização não inclui qualquer referência à recolha das respostas aos inquéritos através da Internet, nem às transferências de dados pessoais para países terceiros – que como visto supra deviam ser analisadas e mitigadas –, como nem sequer menciona a existência de qualquer subcontratante, muito menos com sede num país terceiro, tudo novidades introduzidas no tratamento de dados pessoais realizado na operação censitária de 2021, que potenciam os riscos para os direitos dos titulares.

315. Mais, o próprio Arguido reconhece, a propósito da operação Censos 2021, a necessidade de adotar “(...) um novo modelo censitário em 2021”, modelo esse “(...) assente, total ou parcialmente, na utilização de informação administrativa”. (cf. pontos 56 e 57 da Defesa).

316. Com efeito, “[a] transição para um modelo censitário de base administrativa teria, pois, em vista (...) o reforço da integração dos dados de natureza censitária no sistema de informação estatística do INE sobre as famílias (...)” (cf. ponto 58 da Defesa).

317. De onde se retira que, manifestamente, as condições em que se verificou a operação censitária de 2011 não são idênticas às operações censitárias de 2021, pelo que sempre se teria de considerar caducada a autorização.

318. E um ato administrativo caducado não produz efeitos jurídicos para futuro, não podendo por isso ser objeto de revogação ou substituição, como resulta do n.º 2 do artigo 166.º e n.º 1 do artigo 173.º do Código do Procedimento Administrativo, pelo que nunca o Arguido poderia ter a expectativa de que a não revisão da autorização pela CNPD significaria a confirmação ou extensão do seu conteúdo para a operação censitária de 2021.

319. Aliás, o facto de cada operação censitária ser regulada específica e autonomamente por um diploma legal próprio – veja-se o Decreto-Lei n.º 226/2009, de 14 de setembro, e o Decreto-Lei n.º 54/2019, de 18 de abril –, demonstra que cada operação censitária implica um tratamento de dados pessoais autónomo e distinto, tendo por isso um enquadramento legislativo específico.

320. De resto, esta conclusão é reforçada pelo facto de o Decreto-Lei n.º 54/2019 não ter sequer de revogar o Decreto-Lei n.º 226/2009, tal como este diploma não revogou o decreto-lei relativo aos Censos 2001.

321. Não se pode, por isso, pretender que o tratamento de dados pessoais decorrente da operação censitária de 2021 é o mesmo tratamento, sequer equivalente, do realizado no contexto dos Censos 2011.

322. Motivos pelos quais improcedem os argumentos do Arguido, constantes dos pontos 710 a 745 da Defesa, sobre o aproveitamento do conteúdo da Autorização n.º 2600/2011 no contexto da operação

censitária 2021 para pretender estar dispensado de uma obrigação prevista no RGPD e a ele aplicável desde 25 de maio de 2018.

323. No mais, estava o Arguido obrigado a realizar a AIPD, nos termos explicitados no n.º 1 e na alínea b) do n.º 3 do artigo 35.º do RGPD, sendo manifesto que a operação censitária de 2021 implicou a recolha e subsequente tratamento em grande escala (a totalidade da população residente em território nacional) dos dados pessoais especiais, mais especificamente, os dados relativos à religião e à saúde.

324. Importa ainda recordar que a AIPD corresponde a uma avaliação conjunta do tratamento de dados pessoais, pelo que não deve restringir-se apenas às condições de tratamento dos dados especiais, deixando de fora o tratamento dos demais dados pessoais.

325. Aliás, o Regulamento n.º 798/2018, de 14 de novembro, relativo à lista de tratamentos de dados pessoais sujeitos a Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados, aprovado pela CNPD ao abrigo do n.º 4 do artigo 35.º e da alínea k) do n.º 1 do artigo 57.º ambos do RGPD, prevê no n.º 2 a obrigatoriedade de realização de uma AIPD quando em causa esteja um «[...] tratamento que relate dados pessoais previstos no n.º 1 do artigo 9.º ou no artigo 10.º do RGPD ou dados de natureza altamente pessoal», como manifestamente sucede nos Censos 2021.

326. Com efeito, além de o Arguido recolher dados pessoais que se inserem na categoria dos dados especiais, previstos no n.º 1 do artigo 9.º do RGPD, recolhe ainda dados pessoais que revelam a vida privada e familiar, no seu reduto mais íntimo de vivência quotidiana, correspondendo à categoria de dados de natureza altamente pessoal que o Grupo de Trabalho do Artigo 29 destaca para os considerar um critério enquadrável no n.º 1 do artigo 35.º do RGPD (cf. ponto 4. das *Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados* e que determinam se o tratamento é «susceptível de resultar num elevado risco» para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679 – WP248 rev.01, revistas e adotadas em 4 de outubro de 2017), o que foi assumido pelo CEPD em 25 de maio de 2018.

327. Critério que se encontra, também, fixado no n.º 2 do Regulamento n.º 798/2018, de 30 de novembro, relativo à lista de tratamentos de dados pessoais sujeitos a Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados.

328. Pelo que a obrigação de realizar a AIPD não se restringe aos dados pessoais formalmente especiais ou sensíveis, devendo estender-se a todos os dados pessoais objeto de tratamento na operação Censos 2021, também porque o tratamento de dados pessoais, tal como definido na alínea 2) do artigo 4.º do RGPD, comprehende a integralidade das operações realizadas sobre os dados pessoais no contexto de uma determinada atividade ou operação.

329. Quanto ao momento relevante para a realização de uma AIPD, é manifesto que tem de ser prévio ao início do tratamento dos dados pessoais, como é explicitamente estatuído no n.º 1 do artigo 35.º do RGPD («[...] o responsável pelo tratamento procede, antes de iniciar o tratamento, a uma avaliação do impacto sobre a proteção de dados pessoais. [...]» (sublinhado nosso), e, bem assim, no considerando 90 do RGPD, independentemente de poder ser, ulteriormente, revista em função das necessidades.

330. Ora, em 26 de abril de 2021, durante a inspeção, a CNPD solicitou ao Arguido a AIPD, o correspondente parecer do encarregado de proteção de dados (EPD), cópia do contrato celebrado com a empresa contratada para, no plano técnico, desenvolver o formulário de recolha e tratamento posterior dos dados pessoais associados aos Censos 2021 (AGAP2IP) e cópia do Relatório da Auditoria efetuada pelo Gabinete Nacional de Segurança.

331. Nesse mesmo dia, pelas 21h12m, o Arguido enviou à CNPD, por correio eletrónico, os elementos mencionados, à exceção da AIPD e do Parecer do EPD.

332. A 27 de maio de 2021, a CNPD fez uma insistência para o envio dos elementos em falta, os quais foram recebidos apenas em 28 de junho de 2021.

333. O documento designado AIPD não está datado, indicando apenas o ano.

334. Mas, é o próprio INE que assume não ter formalizado a AIPD, embora afirme ter recolhido os “elementos materialmente caracterizadores de uma AIPD, como é o caso da avaliação do risco dos ativos envolvidos nos vários tratamentos realizados, que se encontra integrada na presente AIPD e que foi revista em 2020 e em 2021 (antes do início da operação censitária)”.

335. Assim, não foi entregue à CNPD documentação que demonstre ter sido realizada uma AIPD prévia e completa ao início do tratamento de dados a realizar no âmbito da operação censitária Censos 2021.

336. Ademais, o documento enviado à CNPD sob designação “Parecer sobre a Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados da operação estatística Censos 2021” do EPD, está datado de 12 de maio de 2021, isto é, de data posterior à do início da realização da operação censitária e posterior à inspeção da CNPD.

337. O anexo 20 à AIPD, sem identificação, mas gravado como “Tratamento dos riscos”, indica, como data da última atualização, 3 de maio de 2021. Estranhamente, não foi apresentada nenhuma versão do documento com data anterior, tão pouco com data anterior ao início da operação censitária. Ademais, é inexplicável que se faça uma versão atualizada dos riscos em maio de 2021 mantendo os riscos de proteção de dados relacionados com a operação de tratamento de dados que já tinha sido suspensa em 26 de abril de

2021 pelo INE, na sequência da fiscalização da CNPD e antes do conhecimento formal da ordem de suspensão.

338. Sem prejuízo de o referido anexo não cumprir a regra do artigo 54.º do Código do Procedimento Administrativo, de acordo com a qual “a língua do procedimento é a língua portuguesa”, regra que o INE não segue quanto a um documento elaborado, aparentemente, pelos seus próprios serviços e assinalado no topo como “Uso interno - Internal use”, este documento não comprova uma análise dos riscos prévia ao início do tratamento.

339. Nem as parcias referências ao documento, na denominada AIPD, em três curtos parágrafos, nas páginas 46 e 47, demonstram a efetiva avaliação desses riscos ou a adequação de medidas mitigadoras dos mesmos.

340. Ora, é evidente que uma AIPD tem de estar documentada, de nada valendo, quando seja obrigatória a sua realização, uma AIPD que esteja somente “na cabeça” do responsável pelo tratamento.

341. Isso mesmo decorre de várias disposições do artigo 35.º do RGPD, as quais pressupõem essa documentação. A título de exemplo, considere-se o conteúdo mínimo de uma AIPD, especificado no n.º 7 do referido artigo – desde logo, a exigência de uma descrição sistemática das operações de tratamento previstas –; ou ainda a solicitação do parecer do encarregado de proteção de dados imposta pelo n.º 2 do mesmo artigo.

342. E decorre também da leitura conjunta do artigo 35.º do RGPD com o princípio da responsabilidade, consagrado no n.º 2 do artigo 5.º do mesmo diploma, que determina que o responsável tem de poder comprovar que cumpre os princípios de proteção de dados, aqui relevando diretamente os princípios da licitude, lealdade e transparência, minimização dos dados e da integridade e confidencialidade, quer com o n.º 1 do artigo 24.º, todos do RGPD, onde se prevê o dever de adotar «[...] as medidas técnicas e organizativas que forem adequadas para assegurar e poder comprovar que o tratamento é realizado em conformidade com o presente regulamento».

343. A comprovação do respeito pelo RGPD, seja de obrigações específicas, seja dos princípios de proteção de dados, implica que o responsável disponha de elementos que demonstrem tal cumprimento, o que no caso da obrigação de realização de uma AIPD depende de um qualquer processo documentado, qualquer que seja o seu suporte (v.g., papel, digital). Não se trata, pois, de exigir a “formalização” da AIPD, mas antes de a obrigação prevista no artigo 35.º do RGPD supor uma qualquer materialização da mesma, que permita demonstrar a sua realização, o que o Arguido manifestamente não foi capaz de fazer, nem quando a CNPD a solicitou, nem em sede de audiência prévia neste procedimento. Tão pouco se discute que uma AIPD representa um processo contínuo (cf. ponto 767 da Defesa). Não se vislumbra é qualquer base legal para o

Arguido considerar que, à data do início da operação censitária, a existência de documentação comprehensiva e completa sobre a AIPD, com os elementos disponíveis, não lhe fosse exigível.

344. De resto, o argumento de que a AIPD deve ser dinâmica, estando sujeita a revisões e atualizações sempre que necessário, não prejudica, obviamente, o dever de documentar a avaliação já realizada antes do momento dessa revisão ou atualização.

345. Mais, na sua Defesa, o Arguido não demonstra ter efetivamente realizado qualquer AIPD antes do início da operação, nem tão pouco uma avaliação cabal do risco de transferência de dados pessoais para países terceiros.

346. De resto, o documento denominado AIPD não é cabal, uma vez que apenas é referente a quatro tratamentos de dados, a saber: "Tratamento 1(T1) Dados necessários ao contacto com o representante do agregado (dados retirados do Ficheiro Nacional de Alojamentos)"; "Tratamento 2 (T2) Dados do respondente (dados estatísticos fornecidos pelos inquiridos no preenchimento do formulário do Censos, independentemente do meio de transmissão da informação)"; "Tratamento 3 (T3) Dados de subcontratados envolvidos nas atividades do Censo"; "Tratamento 4 (T4) Base da População Residente (BPR) – Apenas como reforço da qualidade dos resultados censitários, na fase do tratamento estatístico, e, no âmbito do plano de contingência decorrente da pandemia COVID 19, permitir imputações para o caso de não resposta;

347. Cumpre, ainda, considerar e frisar que o período pandémico vivido não suspendeu as obrigações resultantes do RGPD para os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais e, em particular, não suspendeu os deveres e obrigações que impendem sobre entidades administrativas.

348. Assim sendo, apenas se pode considerar que o Arguido vem confirmar, com a sua Defesa, a falta de realização de uma AIPD, confirmando o incumprimento do estabelecido no artigo 35.º do RGPD.

xii. Falta de comunicação do EPD

349. Alega o Arguido que comunicou à CNPD os dados de contacto do seu EPD.

350. No dia 22.05.2018, o Secretariado do Conselho Diretivo do INE enviou, para o endereço eletrónico geral@cnpd.pt, uma comunicação a informar que a licenciada em Direito Ana Dulce Pinto, Técnica Superior Especialista em Estatística do INE, fora designada encarregada de proteção de dados do INE, a partir de 25 de maio de 2018.

351. No dia 19.05.2021, o Conselho Diretivo do INE deliberou renovar o mandato da Dra. Ana Dulce Pinto no cargo de EPD do INE, para o triénio 2021/2023.

Vejamos,

352. Cumpre notar que o Arguido fez prova bastante da prática das obrigações resultantes do disposto no n.º 1 e n.º 7 do artigo 37.º do RGPD.

353. Nomeadamente através da junção de um e-mail aos presentes autos.

354. Razão pela qual a CNPD entende que não se verifica a infração que lhe era imputada.

xiii. Dispensa de coima, nos termos do 44.º n.º 2 da Lei 58/2019

355. Considera o Arguido que a especificidade do tratamento de dados pessoais realizado no contexto da operação censitária Censos 2021 não suscita particulares necessidades de prevenção geral ou especial, que se oponham à dispensa de coima, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 44.º da LERGPD.

Vejamos se tal regime pode ser aplicado ao Arguido,

356. O mecanismo previsto no n.º 2 do artigo 44.º, requerido agora pelo Arguido, não configura qualquer princípio-regra de dispensa de aplicação de coimas a entidades públicas.

357. Nem poderia sê-lo, sob pena de contrariar gravemente o disposto no n.º 1 do mesmo artigo 44.º.

358. Na verdade, o legislador nacional, por via do n.º 2 do artigo 44.º, criou um mecanismo que pode ser utilizado apenas e tão só pelas entidades públicas.

359. Este mecanismo não é a regra-geral, pois essa consta do n.º 1 do artigo 44.º, que prevê a aplicação de coimas a entidades públicas e privadas de igual modo.

360. Representando o n.º 2 desse artigo apenas um regime excepcional para as entidades públicas.

361. Que ainda assim está dependente de um “pedido devidamente fundamentado” à Autoridade de Controlo.

362. O que, aliás, foi clarificado na Deliberação/2019/945 emitida pela CNPD, aí se explicitando que a dispensa de aplicação de coima a entidades públicas depende, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 44.º da LERGPD, de uma apreciação discricionária (ou autónoma, no sentido de não predeterminada por lei) pela CNPD dos fundamentos invocados pelo requerente.

363. Ora, no caso do Arguido cumpre frisar que estamos perante um número elevado de contraordenações, praticadas no âmbito da mesma operação censitária Censos 2021.

364. Por outro lado, estamos perante uma operação de tratamento de dados em massa, ou seja, o universo de titulares de dados pessoais afetados é muito amplo (a totalidade da população em Portugal quanto à generalidade do tratamento de dados, e mais de 6 milhões de pessoas quanto às transferências internacionais dos dados).

365. Acresce que algumas das infrações dizem respeito ao tratamento de dados especialmente protegidos pelo RGPD.

366. Cumpre igualmente frisar que foram imputadas ao Arguido várias infrações ao disposto no RGPD, que são classificadas como graves e puníveis com a maior sanção, prevista no RGPD.

367. Tudo somado, conclui-se que existem razões ponderosas para a aplicação de coima ao Arguido, não se vislumbrando qualquer circunstância excepcional que mereça ponderação para efeito da sua não aplicação.

368. Em face da falta ou insuficiência de fundamentação do requerimento e considerando a natureza e extensão do tratamento de dados pessoais, bem como a gravidade das infrações, a CNPD indefere o pedido de dispensa de coima formulado pelo Arguido.

III. Factos

369. Dos elementos constantes dos autos, com interesse para a decisão, dá-se por parcialmente reproduzida a factualidade constante do Projeto de Deliberação.

370. Cumpre, ainda assim, mencionar que se considera provado, ao contrário do constante no Projeto de Deliberação, que o Arguido publicou os dados do seu EPD e comunicou-os via e-mail à CNPD.

371. Dão-se, portanto, como provados e com interesse para a presente Deliberação os seguintes factos:

- i. Entre os dias 19 de abril e 31 de maio de 2021, teve lugar a operação censitária “Censos 2021”;
- ii. A mesma visou obter informação sobre a toda a população residente em Portugal, as famílias e o parque habitacional português;
- iii. A resposta aos Censos 2021 pelos titulares de dados pessoais era obrigatória e a não prestação de informação ou a prestação de informação inexata punível com coima entre 500 € e 25.000 €;

- iv. Até ao dia 26 de abril de 2021, data em que a CNPD iniciou diligências de investigação, tinham sido submetidos em linha cerca de 2,5 milhões de formulários;
- v. Os quais cobriam operações tratamento de dados pessoais de mais de 6 milhões de pessoas;
- vi. O INE, enquanto autoridade estatística nacional e responsável pelo tratamento de dados pessoais, organizou todo o procedimento censitário;
- vii. Por opção do INE foi privilegiado o tratamento da informação por via digital, em detrimento do preenchimento e entrega de formulários físicos;
- viii. Entre os dias 17 de abril e 7 de maio de 2021 deu entrada na CNPD um elevado número de queixas relacionadas com a operação censitária Censos 2021;
- ix. As queixas apresentadas dizem respeito a quatro aspetos:
 - a. A legalidade do tratamento de dados pessoais que explicitamente identificavam os seus titulares pelos nomes;
 - b. A licitude da recolha de categorias especiais de dados, como os relativos à religião, sublinhando-se o carácter aparentemente obrigatório da resposta;
 - c. A segurança da informação tratada; e
 - d. A existência de fluxos internacionais para países que poderão não assegurar um nível adequado de proteção de dados pessoais tratados, compatível com a legislação europeia;
- x. No quadro dos poderes que a lei lhe confere, a CNPD procedeu a diligência de fiscalização, tendo-se deslocado, no dia 26 de abril, às instalações da sede do INE, para esse efeito.

E ainda

i. **Falta de fundamento de licitude para o tratamento de categorias especiais de dados pessoais**

372. Nos formulários apresentados aos titulares de dados, para cumprimento da obrigação de resposta aos Censos 2021 (quesitos 29.1 a 30) eram requeridos dados pessoais de categorias especiais.

373. Nomeadamente, dados relativos a problemas de saúde e religião dos respondentes.

374. Os respondentes foram questionados sobre categorias especiais de dados nos quesitos do bloco 3 “Individual” (cf. impressão do formulário em linha dos censos junto ao processo):

- a. 20 (“Não trabalhou do dia 12 ao dia 18 de abril porque: (...) É incapacitado permanente para o trabalho”);
- b. 29 (relativas às dificuldades físicas dos respondentes); e
- c. 30 (“Indique qual a sua religião”).

375. Os formulários não eram claros na delimitação da informação a prestar obrigatoriamente face à informação facultativa.

376. Não existia informação de que a resposta aos quesitos 29.3 a 29.6 e 30 fosse facultativa.

377. Os quesitos do grupo 29. eram compostos por 6 questões, enquadradas em 3 páginas, constando duas questões em cada uma delas.

378. Apenas a primeira página tinha informação sobre o carácter facultativo.

379. Nas duas páginas seguintes (quesitos 29.3 a 29.6), não era informada a natureza facultativa da resposta.

380. Também o quesito 30., apesar de facultativo, não apresentava qualquer informação.

ii. Da violação dos deveres de informação aos titulares de dados

381. O INE não disponibilizou na página do Censos, nem nos formulários, uma óbvia, destacada e facilmente acessível informação onde o titular dos dados pudesse conhecer, com o detalhe necessário, as circunstâncias em que ocorreria o tratamento dos seus dados pessoais, ou sequer hiperligação sobre esse tópico que remetesse para outra página, onde tais informações fossem prestadas.

382. Tão-pouco essa informação sobre este tratamento de dados pessoais estava disponível no sítio institucional do INE.

iii. Violação das regras aplicáveis à contratação da Cloudflare, Inc.

383. A contratação da Cloudflare, Inc., não mereceu qualquer negociação ou “due diligence” prévia do INE.

384. O INE limitou-se a subscrever em linha os serviços disponibilizados, em pacote, pela Cloudflare, Inc.

385. O INE optou por subscrever o pacote “Business”, com a Cloudflare, Inc., com sede nos EUA.

386. O pacote “Business” era, à data, regido pelo “Self-Serve Subscription Agreement”, e pela adenda relativa ao tratamento de dados pessoais (*Data Processing Addendum* versão 3.0, datada de 1 de outubro de 2020) que faz parte integrante do contrato.

387. No âmbito deste contrato, o INE autorizou a Cloudflare, Inc. a tratar dados pessoais fora da Zona Económica Europeia, para qualquer um dos 200 servidores por esta utilizados, bem como a transferência dos dados pessoais para os EUA.

388. O Arguido tinha ao seu dispor o "Cloudflare Data Localization Suite", que lhe permitia contratualmente circunscrever geograficamente os servidores a utilizar.

389. Foi também autorizada a subcontratação sucessiva por recurso a entidades estabelecidas em países terceiros.

390. Nos termos do contrato, o foro para dirimir conflitos entre o INE e a Cloudflare, Inc. é o Tribunal da Califórnia.

iv. Violação do regime de transferências

391. O Arguido contratualizou os serviços de "Content Delivery Network" (CDN) com a entidade Cloudflare, Inc., a qual estava obrigada a cumprir legislação que afasta a proteção conferida pelo RGPD.

392. Serviços esses que não cumprem os requisitos exigidos por lei em matéria de transferências de dados pessoais para países terceiros.

393. A 27 de abril de 2021, a CNPD, através da Deliberação/2021/533, ordenou a suspensão no prazo máximo de 12 horas, do envio de dados pessoais da operação Censos 2021 para os EUA e para outros países terceiros sem nível de proteção de dados pessoais adequado.

394. A 28 de abril de 2021, o Arguido informou a CNPD da rescisão, no dia anterior, do contrato celebrado com a Cloudflare, Inc.

395. O pacote "Business" da Cloudflare, Inc., disponibiliza a sua própria rede de servidores, muitos deles situados em países que não asseguram uma proteção adequada dos dados pessoais.

396. O INE autorizou a Cloudflare, Inc., a tratar dados pessoais fora da Zona Económica Europeia, para qualquer um dos 200 servidores por esta utilizados, bem como a transferência dos dados pessoais para os EUA.

397. A decisão sobre qual o servidor utilizado pelo cidadão que acedeu ao formulário censos é feita por um algoritmo, tendo presente dois critérios: a maior proximidade dos servidores em relação ao local da origem do acesso ao formulário e a disponibilidade existente em cada momento.

398. A partir do momento em que os dados entraram na rede da Cloudflare, Inc., não era possível ao Arguido saber e controlar por onde os dados pessoais dos respondentes circularam.

399. O domínio "censos2021.ine.pt" era resolvido para o IP 172.67.41.182, atribuído à Cloudflare, Inc., com sede em São Francisco, nos EUA.

400. A legislação dos EUA não consagra um nível de proteção dos dados pessoais pelo menos equivalente ao assegurado pelo RGPD.

v. Violação da realização de uma avaliação de impacto sobre os dados pessoais

401. O INE não realizou uma AIPD prévia ao início do tratamento de dados.

402. O documento denominado AIPD remetido pelo Arguido apresentava um âmbito circunscrito e insuficiente, por não abranger a totalidade do tratamento, nem sequer dimensões relevantes das operações de tratamento de dados pessoais.

403. Esse documento apenas referia quatro operações de tratamento de dados pessoais: Tratamento 1 (T1) Dados necessários ao contacto com o representante do agregado; Tratamento 2 (T2) Dados do respondente (dados estatísticos fornecidos pelos inquiridos no preenchimento do formulário do Censo, independentemente do meio de transmissão da informação); Tratamento 3 (T3) Dados de subcontratados envolvidos nas atividades do Censo; Tratamento 4 (T4) Base da População Residente.

IV. Motivação da decisão

404. Os factos dados como provados resultaram das participações da atividade inspetiva da CNPD, e da Defesa constante dos autos.

405. Analisados os elementos de prova produzidos nos autos, conjugada e criticamente, formou-se convicção, assente nos factos que se deram como provados.

406. Assim, é entendimento que a atuação do Arguido configura a prática de 5 contraordenações previstas e punidas pelo RGPD.

407. Consequência disso, e em face da factualidade apurada, mostra-se suficientemente indiciada a prática pelo Arguido, em autoria material, na forma consumada e com dolo eventual das seguintes contraordenações:

- i. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 9.º e da alínea a) do n.º 5 do artigo 83.º, ambos do RGPD, com coima até 20 000 000 €, por violação da proibição de tratamento de categorias especiais de dados pessoais;

- ii. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas dos artigos 12.º e 13.º e da alínea b) do n.º 5 do artigo 83.º, ambos do RGPD, com coima até 20 000 000 €, por violação dos deveres de informação aos titulares dos dados;
- iii. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas dos n.ºs 1, 6 e 7 do artigo 28.º e da alínea a) do n.º 4 do artigo 83.º, ambos do RGPD, com coima até 10 000 000 €, por violação do cumprimento das regras aplicáveis à contratação de entidades subcontratantes;
- iv. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas do artigo 44.º, do n.º 2 do artigo 46.º e da alínea c) do n.º 5 do artigo 83.º, ambos do RGPD, com coima até 20 000 000 €, por violação do regime das transferências;
- v. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas dos n.ºs 1 e 2 e da alínea b) do n.º 3, todos do artigo 35.º e da alínea a) do n.º 4 do artigo 83.º, todos do RGPD, com coima até 20 000 000 €, por violação da obrigação de realização de uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados pessoais.

V. Determinação da medida da coima

408. De acordo com o disposto no artigo 83.º, n.º 1, alíneas a) a k), do RGPD, a determinação da medida da coima é feita em função dos seguintes critérios:

- i. A natureza, a gravidade e a duração da infração tendo em conta a natureza, o âmbito e o objetivo do tratamento de dados em causa, bem como o número de titulares de dados afetados e o nível de danos por eles sofridos – Considera-se que as violações cometidas pelo arguido assumem um grau de gravidade significativo, atento o número de titulares de dados em causa (a totalidade da população em Portugal quanto à generalidade do tratamento de dados, e mais de 6 milhões de pessoas quanto às transferências internacionais dos dados), o contexto em que as mesmas foram praticadas, em especial, a obrigatoriedade de resposta aos Censos 2021 e a convicção de que eram de resposta obrigatória os quesitos 29.3 a 29.6 e 30 gerada pela conduta do INE. Considera-se ainda o facto de apenas duas das contraordenações por que vem acusado o Arguido não serem puníveis pela moldura mais gravosa prevista no RGPD

(no caso, a violação do cumprimento das regras aplicáveis à contratação de entidades subcontratantes e a falta de realização de uma avaliação de impacto prévia e cabal sobre a proteção de dados pessoais);.

- ii. Caráter intencional ou negligente das infrações e grau da culpa:
 - a. No caso das alíneas i. e ii. do ponto 407, como fruto de uma atuação negligente, por não permitir a livre formação da vontade nas respostas aos quesitos 29.3 a 29.6 e 30, e por ter violado o dever de transparência consubstanciado na falta de informação aos titulares dos dados sobre a operação censitária, atuando com violação do dever de cuidado a que segundo as circunstâncias estava obrigado e de que era capaz, atuando com consciência da ilicitude do facto;
 - b. No caso das infrações indicadas nas alíneas iii., iv. e v. do ponto 407, atuou o Arguido dolosamente, na medida em que não procedeu com a exigida "*due diligence*" na escolha do subcontratante e do contrato subscrito, não cuidou de garantir que os dados pessoais apenas eram transferidos para países terceiros com proteção adequada, nem adotou medidas para assegurar que os dados sempre seriam tratados com um nível de proteção adequado num país terceiro, além de não ter realizado a AIPD cabal e prévia ao início do tratamento de dados; o INE conhecia, e não podia deixar de conhecer, o caráter vinculativo das suas obrigações e conformou-se com a possibilidade da realização dos factos de que vem acusado, pelo que se imputam ao Arguido a título de dolo eventual;
- iii. A iniciativa tomada pelo responsável pelo tratamento ou pelo subcontratante para atenuar os danos sofridos pelos titulares – Antes de ser notificado formalmente pela CNPD da deliberação a ordenar a suspensão da transferência de dados pessoais, o Arguido, conhecendo o sentido da Deliberação, suspendeu o contrato com a Cloudflare, Inc;
- iv. O grau de responsabilidade do responsável pelo tratamento ou do subcontratante tendo em conta as medidas técnicas ou organizativas por ele implementadas nos termos dos artigos 25.^º e 32.^º - considera-se ser elevada a responsabilidade do arguido ao não ter

- definido medidas técnicas e organizativas minimamente suficientes e idóneas à proteção da informação pessoal tratada;
- v. Quaisquer infrações pertinentes anteriormente cometidas pelo responsável pelo tratamento ou pelo subcontratante – que não se verificam;
 - vi. O grau de cooperação com a autoridade de controlo, a fim de sanar a infração e atenuar os seus eventuais efeitos negativos – que não se pode reputar de adequado, na medida em que foi necessário insistir para a entrega dos elementos solicitados aquando da inspeção;
 - vii. As categorias específicas de dados pessoais afetadas pela infração – todos os dados pessoais recolhidos através dos formulários dos Censos 2021 relativos à vida privada dos titulares, entre os quais se encontravam dados qualificados como especiais (n.º 1 do artigo 9.º do RGPD) e dados de natureza altamente pessoal²⁵;
 - viii. A forma como a autoridade de controlo tomou conhecimento da infração, em especial se o responsável pelo tratamento ou o subcontratante a notificaram, e em caso afirmativo, em que medida o fizeram que, no caso, resultou de queixas apresentadas por cidadãos;
 - ix. Cumprimento das medidas previstas no artigo 58.º, n.º 2, do RGPD – Na sequência da fiscalização, e antes do conhecimento formal da deliberação da CNPD, o arguido suspendeu o envio de dados pessoais dos Censos 2021 para os Estados Unidos e para outros países sem nível de proteção adequado e suspendeu a subcontratação com a Cloudflare, Inc., a qual estava obrigada a cumprir legislação que afasta a proteção conferida pelo RGPD. O cumprimento de códigos de conduta aprovados nos termos do artigo 40.º ou de procedimento de certificação aprovados nos termos do artigo 42.º - critério que também não se aplica, por inexistir qualquer código de conduta ou procedimento de certificação, nos termos apontados; e
 - x. Qualquer outro fator agravante ou atenuante aplicável às circunstâncias do caso, à luz da alínea k) do n.º 2 do artigo 83.º do RGPD, como os benefícios financeiros obtidos ou as perdas evitadas, direta ou indiretamente, por intermédio da infração – Com a prática das contraordenações que lhe são imputadas, desconhece-se o valor da vantagem

25 Vd. Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD). Disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=47711.

económica obtido pelo Arguido através das infrações, mas apurou-se que no ano de 2021, o total das receitas orçamentadas do INE foi de 68.830.999 € (sessenta e oito milhões, oitocentos e trinta mil, novecentos e noventa e nove euros); considerou-se ainda, como agravante, o comportamento do Arguido, ao longo da preparação da operação censitária, que revelou um desvalor pelos princípios e obrigações previstos no RGPD, ao contar com uma intervenção da autoridade supervisora, ao invés de tomar a iniciativa de assegurar que a operação censitária cumprisse aquele regime e de criar procedimentos para esse efeito, bem como para o efeito de o comprovar.

409. No caso concreto, estamos na presença da prática de cinco contraordenações, em autoria material e na forma consumada, sendo duas contraordenações praticadas com negligência e três com dolo, em concurso efetivo.

410. Atentos os critérios supramencionados, a CNPD entende como necessária a aplicação, no caso concreto, de cinco coimas ao Arguido, considerando ser esta a medida efetiva, proporcionada e dissuasiva que se impõe dadas as concretas circunstâncias em que ocorreram as infrações.

411. A moldura das coimas abstratamente aplicáveis ao Arguido é a seguinte:

- i. Das disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 9.º e da alínea a) do n.º 5 do artigo 83.º ambos do RGPD;
- ii. Das disposições conjugadas dos artigos 12.º e 13.º e da alínea b) do n.º 5 do artigo 83.º ambos do RGPD;
- iii. Das disposições conjugadas do artigo 44.º, do n.º 2 do artigo 46.º e da alínea c) do n.º 5 do artigo 83.º ambos do RGPD;

Tem como limite máximo 20.000.000,00 €

412. Enquanto a moldura da coima abstratamente aplicável às seguintes infrações é a seguinte:

- i. Das disposições conjugadas dos n.ºs 1, 6 e 7 do artigo 28.º e da alínea a) do n.º 4 do artigo 83.º ambos do RGPD;
- ii. Das disposições conjugadas dos n.ºs 1 e 2 e alínea b) do n.º 3 do artigo 35.º e da alínea c) do n.º 4 do artigo 83.º ambos do RGPD;

Tem como limite máximo 10.000.000,00 €.

413. Valorando a factualidade apurada à luz dos critérios acima enunciados, a CNPD, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 58.º do RGPD, considera ajustada a aplicação ao Arguido de:

- i. Uma coima de gravidade elevada, por falta de fundamento de licitude para a recolha de dados especiais, cuja infração foi praticada com negligência, no valor de 1.600.000 € (um milhão e seiscentos mil euros);
- ii. Uma coima de gravidade elevada, por violação dos deveres de informação aos titulares dos dados pessoais, cuja infração foi praticada com negligência, no valor de 1.600.000 € (um milhão e seiscentos mil euros);
- iii. Uma coima por violação das regras aplicáveis à contratação de entidades subcontratantes, cuja infração foi praticada com dolo no valor de 200.000 € (duzentos mil euros).
- iv. Uma coima de gravidade elevada, por violação do regime de transferências de dados pessoais, cuja infração foi praticada com dolo, valor de 2.400.000 € (dois milhões e quatrocentos mil euros);
- v. Uma coima por violação da obrigação de realização de uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados pessoais, cuja infração foi praticada com dolo, no valor de 400.000 € (quatrocentos mil euros);

414. Somadas as 5 coimas parcelares, resulta um valor de 6.500.000 € (seis milhões e quinhentos mil euros).

415. Feito o enquadramento das sanções parcelares, verifica-se, de acordo com o n.º 3 do artigo 83.º do RGPD, que “[s]e o responsável pelo tratamento ou o subcontratante violar, intencionalmente ou por negligência, no âmbito das mesmas operações de tratamento ou de operações ligadas entre si, várias disposições do presente regulamento, o montante total da coima não pode exceder o montante especificado para a violação mais grave”.

416. No presente caso, o montante especificado para a violação mais grave é de 20.000.000 € (vinte milhões de euros), constituindo esse o limite máximo abstratamente aplicável.

417. Dispõe, ainda, o n.º 3 do artigo 19.º do RGCO, aplicável subsidiariamente, *ex vi* artigo 45.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que «A coima a aplicar não pode ser inferior à mais elevada das coimas concretamente aplicadas às várias contra-ordenações», ou seja 2.400.000 € (dois milhões e quatrocentos mil euros).

418. Temos, então, que a moldura abstrata da coima única a aplicar se situa entre o mínimo de 2.400.000 € (dois milhões e quatrocentos mil euros) e o máximo de 20.000.000 € (vinte milhões de euros).

VI. Fundamentação da aplicação da coima única

419. O pressuposto essencial para a efetuação do cúmulo jurídico de coimas parcelares é a prática de diversas infrações pelo mesmo Arguido antes de transitar em julgado a condenação por qualquer delas.

420. Nesse sentido, para se proceder ao cúmulo jurídico é necessária a verificação dos seguintes requisitos, de natureza processual e material, (i) que se trate de sanções relativas a contraordenações praticadas antes do trânsito em julgado da condenação por qualquer delas, (ii) que tenham sido cometidas pelo mesmo Arguido e que as sanções se reconduzam à mesma espécie.

421. O que se verifica cumulativamente nos presentes autos, mercê da existência do concurso efetivo ou puro, quer na vertente de concurso real, quer na vertente de concurso ideal.

422. Atendendo à conduta expressa pelo vasto e gravoso conjunto de contraordenações praticadas, pelo vasto e alargado número de potenciais titulares de dados pessoais afetados e muito concretamente pela falta de liberdade dos cidadãos no fornecimento dos seus dados especiais ou sensíveis – na medida em que a resposta aos censos é obrigatória e o fornecimento de tais dados aparentava sê-lo – entende-se ser devida uma sanção que traduza a alta censurabilidade desse comportamento, o que se traduzirá numa coima concreta cujo valor servirá de efeito dissuasivo de comportamentos idênticos na próxima operação censitária.

423. Na ponderação efetuada para decidir da coima única a aplicar, e sem prejuízo do elevado grau de censurabilidade das condutas do Arguido, traduzido na indiferença do novo quadro normativo aplicável, a CNPD considera relevante o facto de o Arguido não possuir antecedentes de aplicação de contraordenações por violação de normas de proteção de dados.

424. Ora, atendendo, ainda aos bens jurídicos protegidos pelas contraordenações em causa, que o mesmo cometeu, afigura-se efetiva, proporcional e dissuasiva, a aplicação ao Arguido:

- i. Em cúmulo jurídico, nos termos das disposições conjugadas do n.º 3 do artigo 83.º do RGPD e o n.º 3 do artigo 19.º do Regime Geral das Contraordenações, uma coima única de 4.300.000,00 € (quatro milhões e trezentos mil euros).

VII. Conclusão

425. Face ao exposto a CNPD delibera:

- i. Não sancionar o Arguido pela prática das seguintes contraordenações:
 - a. Uma contraordenação prevista e punível pelas disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 5.º e da alínea a) do n.º 5 do artigo 83.º ambos do RGPD, com coima até 20.000.000 €, por violação do princípio da responsabilidade;
 - b. Uma contraordenação prevista e punível pelas disposições conjugadas da alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º e da alínea a) do n.º 5 do artigo 83.º ambos do RGPD, com coima até 20.000.000 €, por violação do princípio da licitude, lealdade e transparência;
 - c. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas do n.º 7 do artigo 37.º e da alínea a) do n.º 4 do artigo 83.º ambos do RGPD, com coima até 10.000.000 €, por violação do dever de comunicação, à Autoridade de Controlo, da designação do Encarregado da Proteção de Dados;
 - d. Uma contraordenação prevista e punível pelas disposições conjugadas da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º e da alínea a) do n.º 5 do artigo 83.º ambos do RGPD, com coima até 20.000.000 €, por violação do princípio da minimização dos dados;
 - e. Uma contraordenação prevista e punida pelas disposições conjugadas do artigo 37.º e da alínea a) do n.º 4 do artigo 83.º ambos do RGPD, com coima até 10.000.000 €, por violação do dever;

- ii. Aplicar ao Arguido Instituto Nacional de Estatística:

- a. Uma coima única, no valor de 4.300.000 € (quatro milhões e trezentos mil euros);

426. Nos termos preceituados nos n.ºs 2 e 3 do artigo 58.º do Regime Geral das Contraordenações, informar o Arguido que a condenação se torna definitiva e exequível se não for judicialmente impugnada nos termos do artigo 59.º do mesmo diploma, no prazo de 20 dias úteis após a notificação.

427. Deverá o Arguido proceder ao pagamento da coima, no prazo máximo de 10 dias, após o seu carácter definitivo, remetendo à CNPD a respetiva guia de pagamento. No caso de impossibilidade do pagamento tempestivo deve o Arguido comunicar tal facto, por escrito, à CNPD.

Aprovado na reunião de 2 de novembro de 2022



Ana Paula Lourenço (Relatora)



Luís Barroso

Maria Cândida Guedes de Oliveira



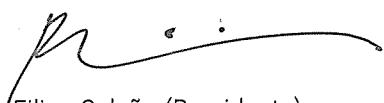
José Grazina Machado



Joaquim Correia Gomes



Conceição Diniz



Filipa Calvão

(Presidente)

Processo AVG/2021/401

Conc: Em 2.11.2022 

*

Nos termos da alínea h) do n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto, e pelos fundamentos constantes da Deliberação/2022/1072 desta Comissão, de 2 de novembro, homologo a referida Deliberação e, consequentemente aplico, ao arguido, Instituto Nacional de Estatística, I.P. pela prática de cinco contraordenações, em cúmulo jurídico, nos termos das disposições conjugadas do n.º 3 do artigo 83.º do RGPD e o n.º 3 do artigo 19.º do Regime Geral das Contraordenações, a coima única de 4.300.000,00 € (quatro milhões e trezentos mil euros).

Notifique

d.s.

A Presidente,



(Filipa Calvão)