

## DIRETRIZ/2022/1 DA COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS DE *MARKETING* DIRETO

### ENQUADRAMENTO

No passado dia 25 de janeiro de 2022, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (adiante “CNPD”) aprovou a sua primeira Diretriz no ano de 2022 (doravante “Diretriz”) a qual se foca no **tratamento de dados pessoais no âmbito de comunicações eletrónicas de *marketing* direto**.

De acordo com a Diretriz, a CNPD tem vindo a receber um número crescente de participações de cidadãos relacionadas com comunicações eletrónicas não solicitadas para fins de *marketing* direto, efetuadas por (ou por conta de) entidades diversas, participações essas que, na sua grande maioria, dizem respeito a ações de *marketing* levadas a cabo por entidades com quem os titulares dos dados pessoais não têm qualquer relação de clientela, ou em relação às quais não se recordam de ter concedido qualquer tipo de consentimento.

Sem prejuízo de entendermos que as considerações da CNPD não trazerem novidades face ao enquadramento legal aplicável ao tratamento de dados pessoais com a finalidade de *marketing* direto, **são realçados e clarificados alguns conceitos e princípios que devem reger esse tratamento e que devem ser objeto de reavaliação quer por responsáveis pelo tratamento** (entidade que determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais), **quer por subcontratantes** (entidade que trata os dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento). Abaixo destacamos os principais pontos a reter da Diretriz.

## LICITUDE, LEALDADE E TRANSPARÊNCIA

Um dos princípios fundamentais previstos no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (adiante “RGPD”) é o **princípio da licitude, lealdade e transparência**, nos termos do qual os dados pessoais devem ser objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular desses dados.

A CNPD realça que **qualquer ação de marketing direto deve ser desenhada, desde a sua conceção, de modo a garantir o cumprimento do referido princípio**. Em particular, qualquer entidade deverá, previamente ao envio de comunicações eletrónicas para a finalidade de *marketing*, **assegurar-se de que existe um fundamento de licitude válido para essa operação de tratamento**. O RGPD prevê 6 (seis) fundamentos de licitude que podem e devem ser ponderados no tratamento de dados pessoais, sendo que no caso em concreto, e por decorrência direta do disposto na **Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto (Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas – “LPCE”)**, apenas **2 (dois) desses fundamentos devem ser ponderados**: o **interesse legítimo do responsável pelo tratamento** e o **consentimento do titular dos dados pessoais**.

## PONDERAÇÃO ENTRE O INTERESSE LEGÍTIMO E O CONSENTIMENTO

A CNPD recorda que os 2 (dois) fundamentos de licitude indicados **não são alternativos ou dependentes da “escolha” arbitrária do responsável pelo tratamento**, especificando a LPCE os pressupostos de cada um deles, os quais devem ser respeitados. Assim, a ponderação a ser efetuada pelo responsável pelo tratamento deve ter por base a **existência de uma relação de clientela** e o **conteúdo da ação de marketing**:

## EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CLIENTELA

- a) Se já existe uma relação de clientela, o fundamento será um ou outro dependendo do conteúdo promocional da comunicação de marketing, ou seja, (i) se o **marketing respeitar a produtos ou serviços análogos aos adquiridos anteriormente pelo cliente, não**

## INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CLIENTELA

é **necessário o seu consentimento**, sendo o interesse legítimo o fundamento aplicável; (ii) se o **marketing respeitar a produtos ou serviços diferentes dos adquiridos anteriormente pelo cliente**, o único fundamento aplicável será o **consentimento prévio e expresso do cliente**;

- b) Se não existe uma relação jurídica prévia entre o responsável e o destinatário da comunicação de *marketing*, **o único fundamento aplicável será o consentimento prévio e expresso do cliente.**

## RATIO DA PONDERAÇÃO

A *ratio* subjacente a esta ponderação é de que tendo um cliente adquirido determinado produto ou serviço, será também do seu interesse conhecer as promoções ou novos produtos ou serviços similares ou, pelo menos, que tenha a expectativa razoável de receber promoções sobre tais bens ou serviços.

## DIREITO DE OPOSIÇÃO

Em todo o caso e **independentemente do fundamento a aplicar, nas comunicações deverá garantir-se o direito de oposição do titular dos dados**, permitindo que seja feito o *unsubscribe*.

## O CONSENTIMENTO

Na Diretriz, a CNPD salienta que, face à remissão da LPCE para o regime geral, **o consentimento a ter em consideração para o envio de comunicações de marketing deve preencher os requisitos previstos no RGPD** e, como tal, deverá o consentimento só ser válido se for prestado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular dos dados consente no respetivo tratamento.

Por outro lado, o **consentimento deverá ser prévio ao envio de qualquer comunicação** de *marketing* e **ser informado**, o que significa que antes da

## CONSENTIMENTOS AMBÍGUOS E POUCOS TRANSPARENTES

obtenção do consentimento o titular dos dados pessoais deverá obter todas as informações relevantes sobre o tratamento de dados, nomeadamente, a identidade e contactos do responsável pelo tratamento, identificação do envio de comunicações eletrónicas de *marketing* como finalidade do tratamento e o consentimento como respetivo fundamento de legitimidade, bem como a identificação do direito de retirar o consentimento em qualquer altura e do prazo de conservação dos dados pessoais.

Na Diretriz, a CNPD identifica alguns casos de **consentimentos ambíguos e pouco transparentes que têm sido utilizados no tratamento de dados com finalidade de *marketing* direto, que devem ser evitados**, na medida em que violam o princípio do princípio da licitude, lealdade e transparência, a saber:

- a) Consentimentos **recolhidos a reboque da participação em passatempos ou concursos online**, que procuram por esta via obter autorizações para a transmissão de dados a terceiros ou para desenvolver campanhas de *marketing* direto por conta de terceiros;
- b) Consentimentos recolhidos por determinada entidade, pedindo autorização ao titular dos dados para o **tratamento dos mesmos por terceiro, que não identifiquem expressamente, de forma clara e transparente, a identidade do terceiro e o contexto específico** em que a subsequente operação de tratamento de dados terá lugar; e
- c) **Consentimentos forçados**, ou seja, que tenham sido obtidos por serem uma exigência para que o titular dos dados pudesse consultar determinado *website* ou participar em determinadas atividades (v.g., passatempos, visionamento de conteúdos).

## SUBCONTRATANTES

Ciente das práticas comerciais em vigor, a CNPD realça que o facto de o responsável pelo tratamento **recorrer a empresas subcontratadas** para organizar/promover em seu nome as campanhas de *marketing*, praticando tais subcontratadas atos como a recolha de dados pessoais até ao envio efetivo das comunicações de *marketing*, **não retira qualquer responsabilidade ao responsável pelo tratamento**, devendo esta entidade garantir que qualquer entidade subcontratada atuará no estrito cumprimento das leis aplicáveis e que qualquer relação de subcontratação seja objeto da devida formalização através de contrato escrito vinculativo que cumpra com os requisitos mínimos previstos no RGPD.

## BASES DE DADOS OBTIDAS A

### SUBCONTRATANTES OU TERCEIROS

Uma vez mais, tendo por base uma prática comercial existente no mercado, a CNPD nota que **caso uma entidade obtenha/adquira**, junto de um subcontratante ou de um terceiro, **uma base de dados na qual os titulares dos dados pessoais já tenham prestado o seu consentimento para finalidades de *marketing*, não poderá legitimar o envio de comunicações de *marketing* que pretenda vir a fazer no consentimento anteriormente obtido**, já que:

- i) é altamente improvável que o consentimento anterior fosse de tal modo específico que já identificasse a nova entidade que iria enviar as comunicações de *marketing*; e
- ii) tendo em consideração o princípio da licitude, lealdade e transparência tal poderia ser encarado como uma teia formal que, em aparente conformidade face à lei, defrauda as expectativas dos titulares dos dados, de forma a conduzi-los a resultados que dificilmente conseguiriam antever ou que autorizariam, se lhes tivessem sido apresentados com a devida transparência (o facto de um titular dos dados consentir em determinada altura, no envio de comunicações de *marketing* da empresa X, não significa que tenha

## PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE

consentido no envio de comunicações de *marketing* da empresa Y, mesmo que em dado momento tenha consentido no envio dos seus dados pela empresa X para a empresa Y).

Por fim a CNPD destaca algumas das **obrigações específicas que recaem sobre o responsável pelo tratamento**, de acordo com o princípio da responsabilidade, a saber:

- a) **Adotar de medidas técnicas e organizativas** adequadas à proteção dos dados pessoais;
- b) Assegurar a **proteção dos dados pessoais desde a conceção e por defeito**;
- c) **Escolher criteriosamente subcontratantes** que deem garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizativas adequadas para cumprimento do RGPD, regulando a relação de subcontratação através de contrato escrito;
- d) **Fornecer instruções precisas e documentadas aos subcontratantes** no que diz respeito a todas as vertentes do tratamento de dados pessoais em causa
- e) Exercer um **controlo efetivo sobre subcontratações subsequentes**;
- f) **Avaliar os riscos associados a cada ação de marketing** a implementar, elaborando, quando aplicável, uma Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados;
- g) **Manter o registo de atividades de tratamento atualizado**;
- h) **Manter uma lista atualizada de pessoas que manifestaram expressamente e de forma gratuita o consentimento para a receção deste tipo de comunicações, bem como dos clientes que não se opuseram à sua receção**;

## CONCLUSÃO

- i) Assegurar o **cumprimento do RGPD quanto existam transferências de dados pessoais para países fora da União Europeia** no âmbito da ação de *marketing* em causa.

Conforme se indicou acima, a Diretriz decorre das disposições aplicáveis ao tratamento de dados pessoais previstas, em particular, no RGPD e na LPCE. Sem prejuízo, a Diretriz é importante para gerar *awareness* sobre a matéria, sendo **fundamental que tanto responsáveis pelo tratamento, como subcontratantes, envolvidos em ações de marketing em Portugal, reavaliem os tratamentos de dados pessoais em tais ações** e, em concreto:

- a) Verifiquem, com base nos critérios indicados, se a ponderação do fundamento de licitude para o tratamento foi corretamente efetuada, tendo por base a relação de clientela e ação promocional em concreto;
- b) Avaliem os termos em que os consentimentos prestados foram obtidos; e
- c) Auditem e formalizem, caso assim não o tenham feito, as relações com os respetivos subcontratantes.

Este documento contém informação genérica e não configura a prestação de assessoria jurídica que deve ser obtida para a resolução de casos concretos e não pode ser divulgado, copiado ou distribuído sem autorização prévia da Vasconcelos, Arruda & Associados.

Todas as nossas Briefings podem ser consultadas em [www.vaassociados.com](http://www.vaassociados.com).

Para informação adicional, por favor contacte:

Duarte Vasconcelos – Sócio responsável pelo Departamento de Direito Comercial, Societário e Financeiro

[duarte.vasconcelos@vaassociados.com](mailto:duarte.vasconcelos@vaassociados.com)

João Peixe – Advogado Associado do Departamento de Direito Comercial, Societário e Financeiro

[joao.peixe@vaassociados.com](mailto:joao.peixe@vaassociados.com)