



### MARKETING DIRETO: NOVAS DIRETRIZES DA CNPD

É amplamente conhecido que as **comunicações eletrónicas** de **marketing direto** podem ser realizadas através de diversos canais, incluindo correio eletrónico, SMS, MMS e chamadas telefónicas, com recurso a instrumentos automáticos ou com intervenção humana. Sem prejuízo desta multiplicidade prática, as comunicações eletrónicas estão sujeitas a um regime jurídico próprio.

Confirmando recorrentes incumprimentos de obrigações legais, entre maio de 2019 e janeiro de 2022, a **Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD)** recebeu cerca de quatro mil participações relativas a comunicações eletrónicas não solicitadas, com tendência crescente.

A CNPD emitiu assim recentemente a **Diretriz n.º 2022/1** sobre comunicações eletrónicas de **marketing** direto dirigidas a pessoas singulares, cujas implicações exploramos abaixo, sendo que os principais destinatários da Diretriz são os **responsáveis pelo tratamento de dados** e os **subcontratantes**.

#### > **Comunicações eletrónicas de marketing direto**

O **marketing** direto implica o **tratamento de dados pessoais** em momento prévio ao envio das referidas comunicações eletrónicas, nomeadamente no que respeita aos **dados de contacto** dos destinatários.

Envolvendo o tratamento de dados pessoais, o envio de comunicações eletrónicas de **marketing** direto para pessoas singulares é especificamente enquadrado pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto (**Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas**) e, subsidiariamente, pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) e a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

Importa realçar que não releva se as ações de **marketing** são realizadas por **subcontratantes** ou por empresas contratadas pelos subcontratantes. Em qualquer caso, mantém-se a responsabili-

dade também da empresa que, enquanto **responsável pelo tratamento** dos dados pessoais em causa, contratou essas empresas (sub)contratadas. Deste modo, todos os intervenientes devem cumprir os normativos legais e regulamentares aplicáveis.

#### > **Licitude do tratamento dos dados pessoais**

Desde a sua conceção à sua concretização, as operações de *marketing* direto devem garantir que os dados pessoais recolhidos são objeto de tratamento lícito, leal e transparente relativamente aos respetivos titulares dos dados.

O responsável pelo tratamento deve assim assegurar que existe **fundamento de licitude válido** para o tratamento em causa, com base em:

- a) **Interesse legítimo**; e/ou,
- b) **Consentimento**.

#### > **Interesse legítimo**

Os responsáveis pelo tratamento podem invocar interesse legítimo, prescindindo-se o consentimento dos titulares de dados pessoais, quando:

- a) Exista **relação prévia de clientela** com o destinatário da comunicação de *marketing* referente a **produtos ou serviços iguais ou similares aos transacionados entre as partes**;
- b) Os dados tenham sido **recolhidos** no contexto da transação de produtos ou serviços; e,
- c) O **direito de oposição** tenha sido facultado ao titular no momento da recolha dos dados.

Cada comunicação de *marketing* direto deve ainda conter a **possibilidade de o cliente titular recusar a utilização dos seus dados para esses fins**, devendo explicitar-se a identidade e o meio de contacto do responsável pelo tratamento.

De notar que, segundo a CNPD, o interesse legítimo do responsável pelo tratamento será tanto mais válido quanto mais forte for a relação de clientela estabelecida entre este e o titular dos dados. Se não for possível invocar interesse legítimo, apenas restará o consentimento, enquanto fundamento de licitude do tratamento dos dados pessoais.

#### > **Consentimento**

O **consentimento** do titular deve ser exposto mediante, por exemplo, declaração escrita, incluindo em formato eletrónico, ou declaração oral, e, de acordo com os requisitos derivados do RGPD e demais legislação aplicável, deve ser, nomeadamente:

- i) **Prévio e informado**, tendo por base informação clara, simples e concisa;
- ii) **Expresso e inequívoco**, sendo que consentimento pré-preenchido ou implícito é inválido;

- iii) **Específico**, pelo que o titular deve consentir autonomamente cada uma das finalidades e cada um dos destinatários;
- iv) **Livre**, pelo que o consentimento não deve ser obtido, por exemplo, como contrapartida da prestação de certo serviço em que o tratamento de dados pessoais não seja necessário à execução do correspondente contrato;
- v) **Leal e transparente**, sendo que o consentimento não deve ser utilizado para criar uma “falsa sensação de conforto” ao responsável, ponderando-se sempre a proporcionalidade do tratamento e considerando as legítimas expectativas dos titulares.

De acordo com a CNPD, cumprindo-se estes requisitos, materializa-se a licitude do tratamento dos dados pessoais em causa, no domínio de “envio de comunicação”.

#### > Recolha dos dados pessoais

Os dados pessoais, como o endereço de correio eletrónico, telefone, entre outros, são recolhidos para fins de *marketing* direto através das seguintes formas:

- a) Pela **própria empresa** que pretende promover os seus produtos ou serviços;
- b) Por **terceiros**, no âmbito de relação comercial ou outra, com recurso a dados armazenados em redes sociais, concursos, passatempos (que são adquiridos pela empresa promotora ou beneficiária da ação de *marketing*).

Alertamos que, tanto na recolha direta, como na aquisição de dados a terceiros, o responsável pelo tratamento deve cumprir as normas legais aplicáveis, evitando a prática de contraordenações puníveis com elevadas coimas.

#### > Subcontratantes

O **responsável pelo tratamento** tem o dever de emitir **instruções** ao subcontratante e **monitorizar** a realização de ações de *marketing* através de meios eletrónicos, de forma a assegurar que o subcontratante atua licitamente.

Por sua vez, os **subcontratantes** (e subsubcontratantes) devem atuar, individualmente, em cumprimento dessas instruções e demais legislação, dentro de concretos parâmetros de licitude correspondentemente aplicáveis.

#### > Terceiros

É comum a recolha de dados pessoais através da aquisição, mediante pagamento, de bases de dados para *marketing*, nomeadamente derivada da atividade de *brokers*, com base, por exemplo, em parcerias comerciais em que existe partilha transversal de dados pessoais para tais fins.

Sem prejuízo, a CNPD considera inadmissíveis as operações de tratamento que, sob a aparência de concursos ou passatempos, visem principalmente agilizar a configuração de bases de dados, a comercializar, com vista a possibilitar operações massivas de *marketing* direto. Ou a inscrição em redes sociais que, posteriormente, transacionam os dados pessoais a terceiros.

Também não é tido como válido o consentimento obtido para *marketing* direto como condição para se conseguir consultar websites ou participar em atividades como sorteios ou concursos, nem o consentimento genérico habitualmente prestado para partilha de dados com parceiros, patrocinadores ou empresas do grupo.

#### > Responsável pelo tratamento

A CNPD clarifica que as **empresas responsáveis pelo tratamento de dados pessoais** no âmbito das comunicações eletrónicas de *marketing* direto **devem** providenciar por:

- a) Adotar **medidas técnicas e organizativas** adequadas à proteção dos dados pessoais;
- b) Conceber, configurar e executar as operações de tratamento e **assegurar a proteção dos dados pessoais** desde a conceção e por defeito;
- c) Escolher **critériosamente subcontratantes** que demonstrem garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizativas adequadas para cumprimento do RGPD;
- d) Celebrar **contrato escrito** com prestadores de serviços subcontratados sempre que estes tratem dados por conta do responsável pelo tratamento;
- e) Avaliar os **riscos associados ao tratamento** e aplicar ou exigir a aplicação de **medidas** que os atenuem;
- f) Emitir **instruções precisas e documentadas** aos subcontratantes no quanto ao tratamento dos dados pessoais em causa;
- g) Controlar as **subcontratações subsequentes**, devendo conhecê-las ou autorizá-las previamente;
- h) Realizar **avaliação de impacto sobre a proteção de dados**, quando obrigatório, dado que a generalidade das ações de *marketing* direto implica tratamentos de dados em larga escala, com recurso frequente a tecnologias inovadoras;
- i) Fazer constar as operações de tratamento de dados pessoais associadas a ações de *marketing* no **registo de atividades de tratamento**;
- j) Manter uma lista atualizada das pessoas que manifestaram o seu consentimento para receber comunicações eletrónicas de *marketing* direto, bem como dos clientes que não se opuseram;

- k) Manter prova documental dos consentimentos expressos pelos titulares e da informação sobre a possibilidade e condições em que se pode revogar o consentimento e exercer o direito de oposição.

Considerando as implicações da recente Diretriz da CNPD, podem ser necessárias alterações no âmbito da proteção de dados nas empresas para adequar a conformidade de documentos e procedimentos relacionados com *marketing* direto ●

*Artigo redigido de acordo com a legislação vigente em 13 de abril de 2022.*