

DIRETRIZ/2022/1

sobre comunicações eletrónicas de marketing direto

1. A Comissão Nacional de Proteção de Dados (doravante, CNPD) tem vindo a receber um número crescente de participações¹ de cidadãos relacionadas com comunicações eletrónicas não solicitadas para fins de marketing direto, efetuadas por (ou por conta de) entidades diversas.
2. Na sua grande maioria, as participações 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. As ações de marketing em questão são frequentemente descritas pelos titulares dos dados como intrusivas pela frequência e insistência na sua realização.
3. As comunicações eletrónicas podem apresentar-se por diferentes canais e de diversas formas, designadamente, por correio eletrónico, por SMS/MMS ou por chamada telefónica, independentemente de esta ser realizada através de aparelhos de chamada automática ou através de intervenção humana, sem que isso releve para o regime jurídico aplicável.
4. O envio de comunicações eletrónicas de marketing direto para pessoas singulares é regulado pela Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas², que constitui lei especial em relação ao regime geral de proteção de dados. Assim, tudo o que não estiver regulado naquela lei, está sujeito à aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)^{3 4} e da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

1 Entre maio de 2019 e janeiro de 2022, a CNPD já recebeu cerca de quatro mil participações, relativas a comunicações eletrónicas não solicitadas, verificando-se uma tendência de crescimento: 528 até ao final de 2019; 1256 durante o ano de 2020; e 2075 participações em 2021.

2 Nesta diretriz, não é abordado o regime relativo ao envio de comunicações eletrónicas de marketing direto para pessoas coletivas, previsto nos artigos 13.º-A e 13.º-B da Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas – Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, alterada e republicada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto.

3 Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

4 Na verdade, a Diretiva 2002/58/CE, transposta em 2004 para a ordem jurídica portuguesa pela Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas, afirma, no n.º 2 do artigo 1.º, o seu caráter de especificação e complementaridade do regime de proteção de dados pessoais então vigente: a Diretiva 95/46/CE. Tendo em conta que a Diretiva 95/46/CE foi revogada pelo RGPD – cf. artigo 94.º do

5. Com efeito, o envio de uma comunicação eletrónica implica um tratamento de dados pessoais antecedente relativo, pelo menos, aos dados de contacto do destinatário, que são previamente recolhidos.

6. O regime jurídico de proteção de dados aplicável ao marketing direto procura conciliar o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, consagrado no artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa e no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE), com os direitos e interesses das organizações, em especial de empresas, no fomento e promoção da sua atividade, enquanto dimensão da livre iniciativa económica privada, conforme se dispõe no n.º 1 do artigo 60.º da Constituição, ou da liberdade de empresa, contemplada no artigo 16.º da CDFUE.

7. O regime especial da privacidade nas comunicações eletrónicas é igualmente fruto desse equilíbrio e da ponderação feita pelo legislador, no sentido de, por um lado, manter a articulação entre ambos os regimes e, por outro, introduzir salvaguardas específicas para evitar a intrusão na privacidade dos utilizadores, por via de comunicações eletrónicas não solicitadas para efeitos de marketing direto, ao mesmo tempo que se pretende acautelar a segurança das redes de comunicações e dos equipamentos da ação dos *spammers*⁵.

8. Sendo certo que, desde 2018, cabe, em primeira linha, ao responsável pelo tratamento de dados pessoais – portanto, à entidade que quer promover por via do marketing direto o objeto da sua atividade e, especificamente, os seus produtos ou serviços – fazer essa ponderação e, especialmente, assegurar o respeito pelos direitos e interesses dos titulares dos dados (máxime, clientes e potenciais clientes), sobre ele recaindo o dever de verificar, antes de realizar um tratamento (e de demonstrar depois), se cumpre todas as regras de proteção de dados e se os concretos tratamentos de dados que realiza estão em conformidade com os princípios elencados no n.º 1 do artigo 5.º do RGPD.

9. No quadro de uma evolução profunda da tecnologia e de uma economia cada vez mais digital, a realização desse objetivo depende de os responsáveis pelo tratamento adaptarem os seus modelos de negócio e respetivos meios técnicos e organizativos para assegurar o efetivo cumprimento da lei e a devida proteção dos dados pessoais e da esfera de interesses, direitos e liberdades dos titulares dos mesmos.

RGPD – aplicar-se-á este diploma em tudo o que não estiver especialmente regulado na Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas (cf. considerando 173 do RGPD). Neste sentido, ver o Parecer n.º 5/2019 sobre a interação entre a Diretiva Privacidade Eletrónica e o RGPD, particularmente em matéria de competência, atribuições e poderes das autoridades de proteção de dados, do Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD), pontos 37 a 49.

⁵ Ver Considerandos 65 e 67-69 da Diretiva 2009/136/CE, que alterou a Diretiva 2002/58/CE – Diretiva de proteção da privacidade nas comunicações eletrónicas (JO L 337, de 18.12.2009, págs.11-36).

10. Essa adaptação não deve ser meramente superficial e formal (burocrática), devendo os responsáveis pelo tratamento acompanhar as alterações de um tempo que é, em si mesmo, disruptivo, através da regular avaliação substantiva e profunda das operações de tratamento e do impacto que as tecnologias implicam no funcionamento das suas organizações e, no caso dos dados pessoais, dos riscos para os direitos e liberdades das pessoas singulares.

11. Com o sentido de promover a (re)avaliação dos tratamentos de dados pessoais no contexto do envio de comunicações eletrónicas para marketing direto, a CNPD, entende ser oportuno recordar o enquadramento legal da atividade de marketing direto, destacando os passos que qualquer organização deve dar antes de determinar ou realizar ações de marketing direto por via de comunicações eletrónicas.

12. Mantêm-se pertinentes e atuais as orientações fixadas pela CNPD, na Diretriz/2019/1, relativa ao tratamento de dados pessoais no contexto de campanhas eleitorais e marketing político, aprovada em 25 de março de 2019⁶.

13. Tendo em conta que, frequentemente, as ações de marketing não são realizadas diretamente pela entidade promotora ou beneficiária do marketing, mas por outras entidades por si contratadas para o concreto envio das comunicações eletrónicas de marketing direto (subcontratantes) ou por empresas contratadas em regime de subcontratação por estas últimas (subsubcontratantes)⁷, os principais destinatários da presente Diretriz são os responsáveis pelo tratamento de dados e os subcontratantes.

14. Assim, a CNPD, enquanto autoridade de controlo nacional com a atribuição definida na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 57.º do RGPD, em conjugação com o disposto no artigo 3.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, fixa as seguintes orientações:

I. Da “licitude, lealdade e transparência” dos tratamentos de dados pessoais

15. As operações de marketing direto devem ser desenhadas, desde a sua conceção, de modo a garantir que os dados pessoais sejam objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao respetivo titular dos

⁶ Acessível em <https://www.cnpd.pt/deciso/es/diretrizes/>

⁷ Cf. n.º 2 do artigo 28.º do RGPD.

dados. Esta tripla dimensão “licitude, lealdade e transparência” corresponde a um princípio fundacional que delimita o âmbito do tratamento de dados pessoais, reclamando a sua consideração em conjunto.

16. Com efeito, a licitude de um tratamento de dados pessoais advém antes de mais da existência de um fundamento de legitimidade específico em que o tratamento tem de assentar, mas não se esgota no preenchimento dessa condição formal, sendo indispensável avaliar o cumprimento das obrigações legais no domínio do direito de informação, nos termos do artigos 12.º a 14.º do RGPD, e, em particular se os requisitos de transparência são de facto concretizados com rigor e boa-fé ou se, sob a aparência de uma extensa prestação de informações, há de facto uma tentativa de manipulação e de logro das pessoas. Assim, para que o tratamento se possa considerar lícito, tem de ser simultaneamente leal e transparente em relação ao titular dos dados. Até porque a licitude pode ser posta em causa se não se verificarem as restantes duas condições constantes do princípio plasmado na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD.

17. Em primeiro lugar, o responsável pelo tratamento deve, antes de enviar as comunicações eletrónicas para a finalidade de marketing, assegurar-se de que existe um fundamento de licitude válido para essa operação de tratamento.

18. Não se ignora que, muitas vezes, os responsáveis pelo tratamento se limitam a contratualizar a ação ou campanha de marketing direto, definindo a sua finalidade e o seu objeto, ficando o subcontratante encarregado de definir os demais aspetos do tratamento. Ora, o (corpo ou prómio do) n.º 3 do artigo 28.º do RGPD é claro ao prever os elementos do tratamento de dados pessoais que têm de ser fixados no contrato de subcontratação, de que se destacam os tipos de dados e as categorias de titulares; pelo que não pode o responsável pretender desresponsabilizar-se em relação ao tratamento, com o argumento de que não foi ele quem determinou os meios a utilizar pelo subcontratante, quando, pelo menos, tais meios foram propostos pelo subcontratante e aceites pelo responsável.

19. No estrito âmbito do RGPD, entre os vários fundamentos de legitimidade para o tratamento de dados pessoais, destaca-se para a finalidade de marketing direto, o interesse legítimo do responsável pelo tratamento⁸. Na realidade, no RGPD expressamente se admite, e cita-se, poder “(...) considerar-se de interesse legítimo o tratamento de dados pessoais efetuado para efeitos de comercialização direta (...)”. Tal será tanto

⁸ Isto sem prejuízo da necessidade de se avaliar, no caso concreto, mesmo que para fins de marketing direto, a natureza do tratamento de dados pessoais em causa, em particular havendo definição de perfis, pois podem os direitos dos titulares prevalecerem sobre o interesse legítimo do responsável e, nessa medida, a condição de licitude teria de assentar no consentimento do titular.

mais válido quanto mais forte for a relação de clientela⁹ estabelecida entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento (cf. o disposto na alínea *f*) do n.º 1 do artigo 6.º, em conjunto com o considerando 47 do RGPD).

20. Todavia, importa aqui atender ao regime especial da Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas, que delimita as condições de licitude admissíveis para a operação de envio de comunicações eletrónicas de marketing direto.

i. Os fundamentos para o envio de comunicações eletrónicas: o interesse legítimo e o consentimento

21. Para simplificar a análise, antecipa-se que a Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas só admite dois fundamentos para o envio de comunicações eletrónicas de marketing direto: interesse legítimo do responsável pelo tratamento e consentimento do titular dos dados pessoais objeto de tratamento. Sublinha-se que os dois fundamentos não são alternativos ou dependentes da “escolha” arbitrária do responsável pelo tratamento, especificando a lei os pressupostos de cada um deles.

22. Assim, a Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas, no seu artigo 13.º-A, distingue o fundamento de licitude em função da relação com o destinatário da comunicação eletrónica de marketing direto:

a. Se já existe uma relação de clientela, o fundamento é diferente em função do conteúdo promocional; assim,

(i) Se o marketing respeita a produtos ou serviços análogos aos adquiridos anteriormente pelo cliente, não é necessário o seu consentimento;

(ii) Se o marketing respeita a produtos ou serviços diferentes dos adquiridos anteriormente pelo cliente, depende do consentimento prévio e expresso do cliente;

b. Se não existe uma relação jurídica prévia entre o responsável e o destinatário, apenas com o consentimento prévio e expresso do titular dos dados.

23. Assim, no contexto da relação de clientela, permite-se às entidades a utilização dos dados de contacto dos seus clientes (obtidos no contexto da transação de um produto ou serviço) para fins de marketing direto quando

⁹ “Clientela” deve, aqui, ser vista no seu sentido amplo, para abarcar as relações de conhecimento recíproco e confiança que permitem aos responsáveis pelo tratamento antecipar as expectativas do titular dos dados, sem pôr em causa, nas operações de tratamento, os seus interesses ou direitos e liberdades fundamentais.

diga respeito a produtos ou serviços análogos aos transacionados. Nesta hipótese, o fundamento do tratamento de dados pessoais é o interesse legítimo do responsável pelo tratamento.

24. Tendo o legislador da União Europeia ponderado em abstrato os diferentes interesses em presença, parece ter presumido que, quanto aos produtos e serviços iguais ou similares aos já adquiridos pelo cliente, é também do interesse do cliente conhecer as promoções ou novos produtos ou serviços similares ou, pelo menos, que ele terá a expectativa razoável de receber promoções sobre tais bens ou serviços.

25. Não obstante, deverá ser providenciada ao cliente a possibilidade de recusar, fácil e gratuitamente, a utilização dos seus dados para o efeito, quer no momento da respetiva recolha, quer por ocasião de cada mensagem enviada, devendo a identidade e o meio de contacto do fornecedor estar explícitos em cada mensagem. Em causa está o direito de oposição, previsto no n.º 3 do artigo 13.º-A da Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas e também regulado no artigo 21.º do RGPD.

26. Na ausência de uma relação jurídica entre responsável pelo tratamento e destinatário da comunicação, ou existindo esta, quando a ação promocional incida sobre produtos ou serviços diferentes dos transacionados com o cliente, as comunicações eletrónicas de marketing direto só poderão ter lugar mediante consentimento prévio do titular dos dados.

ii. As características do consentimento para o envio de comunicações eletrónicas de marketing

27. O consentimento para o envio de comunicações eletrónicas para fins de marketing direto, previsto na Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas, assume todas as características do consentimento previsto no RGPD, uma vez que a lei especial remete o conceito para a definição constante do regime geral, aplicando-se-lhe todos os requisitos legais daí decorrentes.

28. Para ser válido, esse consentimento tem de preencher os atributos definidos na alínea 11) do artigo 4.º do RGPD, respeitar os limites definidos no artigo 7.º do RGPD e também ser obtido num quadro de lealdade e transparência, conforme o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD.

29. Com efeito, o consentimento deve “ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos

dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrónico, ou uma declaração oral” – cf. alínea 11) do artigo 4.º e considerando 32, ambos do RGPD.

30. Além disso, a manifestação de vontade deve traduzir-se num ato positivo e expresso, não bastando a mera inação ou o silêncio, não sendo por isso admissíveis formulários ou outros formatos de recolha do consentimento em que esteja já previamente preenchido o campo destinado a confirmar o consentimento.

31. A manifestação de vontade inequívoca é reforçada na Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas pela exigência de o consentimento ser “expresso”, como resulta da redação do n.º 1 do artigo 13.º-A. Tal implicará sempre um comportamento ativo da pessoa em causa, não se admitindo a aceitação implícita do tratamento de dados¹⁰. Além disso, tem de ser obtido previamente ao envio da comunicação.

32. Outro dos elementos que caracterizam o consentimento é que este deve ser “informado”. Tal pressupõe que, antes de obter o consentimento, o responsável pelo tratamento presta todas as informações exigidas pelo artigo 13.º do RGPD, designadamente a identidade e contactos do responsável pelo tratamento, o envio de comunicações eletrónicas de marketing como finalidade do tratamento e o consentimento como respetivo fundamento de legitimidade, o direito de retirar o consentimento em qualquer altura, o prazo de conservação dos dados pessoais.

33. De extrema relevância é que a informação deve ser prestada nas condições exigidas pelo n.º 1 do artigo 12.º do RGPD, isto é, de forma concisa e inteligível, numa linguagem clara e simples, atendendo ao público visado, e de um modo acessível, atendendo também às particularidades do meio através do qual é fornecida a informação¹¹.

34. Um consentimento não pode ser tido como válido se, das informações prestadas pelo responsável aquando da obtenção do consentimento, o titular não conseguir antecipar, de forma razoável, as consequências mediatas que resultam do tratamento dos seus dados pessoais¹².

¹⁰ Ver Acórdão *Planet49* do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 1 de outubro de 2019, C-673/17, EU:C:2019:801, pontos 61 e 62.

¹¹ Ver [Orientações relativas à transparência na aceção do Regulamento 2016/679](#) do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, revistas e adotadas por último em 11 de abril de 2018, (WP260 rev01) e assumidas pelo CEPD em 25 de maio de 2018.

¹² Tal ocorre quando o consentimento é recolhido com a finalidade principal, ainda que dissimulada, de poder vir a incluir dados pessoais em bases de contactos para marketing direto, disponibilizadas por “brokers” de dados, sob a errada convicção de que, na alienação, estas bases de dados levam consigo “consentimentos válidos”.

35. Para que estejam reunidas as condições legais de um consentimento “específico”, é essencial que o âmbito do que se está a consentir esteja devidamente especificado, quer no que diz respeito às finalidades, quer quanto a terceiros (no caso de transmissão de dados).

36. Sempre que houver diferentes operações de tratamento com diferentes finalidades, a manifestação de vontade deve ser específica, ou seja, deve incidir sobre o tratamento de dados em causa e não pode ser deduzida de uma manifestação de vontade com um objeto distinto, pelo que tem de ser dada ao titular a possibilidade de consentir autonomamente cada uma das operações. Mesmo que exista uma ligação entre as finalidades do tratamento de dados, não será possível utilizar um consentimento para uma determinada finalidade quando esse consentimento foi prestado para outro fim.

37. Quanto ao consentimento constituir uma manifestação de vontade “livre”, entende-se que o consentimento não é livre se for obtido como contrapartida da prestação de um serviço que reclama o tratamento de dados pessoais não necessários à execução do contrato, conforme decorre do n.º 4 do artigo 7.º do RGPD.

38. Por outro lado, neste contexto, se o consentimento não for devidamente informado ou específico considera-se que o consentimento também não é livre e, conseqüentemente, não é válido.

39. Em suma, todas as características do consentimento atrás descritas têm de estar verificadas para que o consentimento constitua um fundamento de legitimidade válido para o envio de comunicações eletrónicas para fins de marketing direto. A falta de qualquer destas componentes do consentimento resulta, desde logo, na ilicitude do tratamento de dados, na sua vertente de ‘envio de comunicação’.

40. Além disso, o consentimento não deve ser utilizado para criar uma falsa sensação de conforto na esfera do responsável pelo tratamento, que o dispensaria de ponderar o equilíbrio e a proporcionalidade do tratamento dos dados, e a forma como este afeta os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados¹³. Pelo contrário, há que assinalar que o consentimento é o fundamento de licitude mais exigente, sobretudo quando vem suportar uma operação em que o legislador reconheceu não prevalecer o interesse legítimo do responsável pelo tratamento.

41. Em concreto, nas operações de marketing direto é fundamental aferir qual é a expectativa do titular dos dados em relação ao contacto estabelecido, sendo por isso essencial que apenas se estabeleçam as

¹³ Aliás, a existência de um consentimento, ainda que aparentemente válido no plano formal, não desresponsabiliza o responsável pelo tratamento de dados pessoais que, substantivamente, viole grosseiramente a lealdade e a transparência.

comunicações que sejam relevantes e valorizadas pelo titular, no contexto da relação existente com o responsável pelo tratamento. E tal deve-se ao facto de a conformidade de um tratamento de dados depender, não só de um fundamento de licitude válido, mas também de revelar lealdade e transparência na relação com o titular dos dados.

42. Ora, também a este nível, um dos critérios, para avaliar se, em concreto, uma determinada operação de tratamento fere ou não a lealdade e a transparência, é a expectativa do titular quanto à forma como os seus dados pessoais serão tratados, segundo um juízo de razoabilidade, de modo que não seja surpreendido pelo tratamento¹⁴.

43. O que obriga a retroceder a momento anterior ao envio da comunicação eletrónica, para destacar a operação de recolha dos dados de contacto do seu destinatário.

iii. O contexto da recolha de dados pessoais e da sua subsequente utilização

44. Os dados pessoais utilizados no âmbito de operações de envio de comunicações eletrónicas de marketing direto dizem respeito, sobretudo, ao número de telefone, que permite a realização de chamada telefónica e o envio de SMS ou MMS, e ao endereço de correio eletrónico, para o envio de *email*. Cada um destes dados, por si só, já tem a natureza de 'dado pessoal', na aceção da alínea 1) do artigo 4.º do RGPD, mesmo que a ele não esteja associado um nome. No entanto, poderão ter sido recolhidos mais dados pessoais.

45. Iremos abordar apenas, nesta parte, a recolha dos dados pessoais num contexto em que é exigível o consentimento para o envio de comunicações eletrónicas de marketing e não no quadro de uma relação de clientela já existente entre o responsável pelo tratamento e o destinatário da comunicação eletrónica, uma vez que esse envio assenta, como atrás explicado, na prossecução do interesse legítimo do responsável pelo tratamento¹⁵.

46. Verifica-se, neste domínio, que os dados pessoais (de contacto) que são utilizados para o envio de comunicações eletrónicas de marketing são recolhidos de diferentes formas: ou pelo próprio responsável do tratamento que pretende promover os seus produtos ou serviços e em benefício de quem é realizada a ação

¹⁴ Neste particular, deve apreciar-se se, no desenho das operações de tratamento, o responsável pelo tratamento não recorreu a artifícios formais para, em substância, obter um resultado distinto daquele que é apresentado ao titular dos dados.

¹⁵ Desde que a ação de marketing diga respeito a produtos ou serviços análogos aos adquiridos.

de marketing através do envio da comunicação eletrónica, ou por um terceiro, no âmbito de uma relação comercial ou de outra natureza (*v.g.*, rede social, concursos, passatempos), a quem o promotor e beneficiário da ação de marketing vai adquirir os dados pessoais de contacto.

a. O papel dos subcontratantes

47. No primeiro caso, é frequente que o responsável pelo tratamento que deseja promover os seus produtos ou serviços através do envio de comunicações eletrónicas recorra a empresas subcontratantes para organizar em seu nome as campanhas de marketing, o que pode incluir a recolha de dados pessoais, a gestão dos meios e canais utilizados, os conteúdos, o envio efetivo das comunicações eletrónicas e a sua periodicidade.

48. Todavia, o facto de haver recurso a subcontratação não retira qualquer responsabilidade à empresa que pretende valorizar-se e promover os seus produtos ou serviços através de ações de marketing direto, isto é, dirigidas a pessoas singulares específicas. Os subcontratantes atuam apenas por conta do responsável, mediante as suas instruções e as operações de tratamento que realizarem (*v.g.*, recolha de dados pessoais e respetiva obtenção de consentimento para o seu tratamento ou envio de comunicações eletrónicas).

49. Apesar de ser reconhecida aos subcontratantes uma certa autonomia em razão dos conhecimentos específicos e experiência que detenham numa determinada área, já no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, impõe o RGPD que a sua atuação resulte estritamente do que lhes for prescrito pelo responsável pelo tratamento. Isto sem prejuízo de, caso o responsável pelo tratamento dê instruções que violem o RGPD ou outras disposições do direito da União ou dos Estados-Membros, o subcontratante dever informar imediatamente o responsável pelo tratamento (cf. artigo 28.º, n.º 3, alínea *h*), segundo parágrafo, do RGPD).

50. Com efeito, independentemente das propostas feitas pelos subcontratantes, a decisão última sobre as operações de tratamento de dados compete ao responsável pelo tratamento, que não pode eximir-se a desempenhar o seu papel e a cumprir as suas obrigações legais, eventualmente diferindo para subcontratantes responsabilidades que são apenas suas.

51. Neste sentido, o responsável pelo tratamento tem de garantir que, sendo o subcontratante a recolher dados pessoais com vista à realização das suas ações de marketing através de comunicações eletrónicas, o faz no estrito respeito pela lei, devendo para o efeito monitorizar a sua atuação.

52. Acresce que subcontratar uma empresa porque esta já detém dados pessoais que poderiam ser utilizados nas campanhas de marketing direto não é possível no atual quadro legal, uma vez que, mesmo que fosse alegado que esse subcontratante tinha obtido consentimento prévio para o tratamento de dados pessoais para fins de marketing, incluindo através de comunicações eletrónicas, tal consentimento não teria sido de certeza suficientemente específico que incluísse a identidade do responsável pelo tratamento que pretende fazer o envio da comunicação eletrónica, pois essa era ainda desconhecida no momento da recolha dos dados, o que tornaria o consentimento inválido.

53. Além disso, essa recolha de dados teria sido feita num contexto prévio ao da subcontratação pela empresa que pretende promover os seus produtos ou serviços, pelo que o agora subcontratante mais não era do que o responsável pelo tratamento desses dados recolhidos, não podendo obviamente utilizá-los para o envio de comunicações eletrónicas de marketing da empresa que agora o subcontrata.

54. O RGPD distingue bem o papel do responsável pelo tratamento e o papel do subcontratante e as respetivas obrigações. Estas não são, por conseguinte, transmutáveis.

b. O papel dos terceiros

55. Foquemo-nos agora nas circunstâncias, muito comuns, em que a recolha de dados pessoais se realiza através de um terceiro¹⁶, que comunica esses dados à entidade que pretende promover os seus produtos ou serviços, a qual se torna assim novo responsável pelo tratamento de, pelo menos, os dados de contacto que vão ser usados para o envio de comunicações eletrónicas de marketing. Estando em causa a recolha dos dados pessoais por uma entidade diferente do responsável pelo marketing direto através de comunicações eletrónicas, o fundamento de licitude dessa recolha inicial pode ser uma relação contratual (porque os dados são ou foram necessários para a execução do contrato), ou o interesse legítimo do responsável pelo tratamento, ou mesmo o consentimento do titular dos dados, nos termos do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD. Mas este fundamento não serve, *per se*, para legitimar a cedência ou transmissão dos dados pessoais a entidades terceiras para a finalidade de marketing direto, muito menos para o concreto envio subsequente de comunicações eletrónicas.

¹⁶ Seja através do meio mais frequente de aquisição, mediante pagamento, de "bases de dados" para marketing, com destaque para a atividade dos "brokers", seja através de parcerias comerciais em que existe partilha transversal de dados pessoais.

56. A transmissão de dados pessoais a terceiros tem sempre de obedecer a um fundamento de legitimidade autónomo. *No caso de transmissão de dados para a finalidade de marketing direto em geral*, a condição de licitude pode ser o consentimento do titular, respeitando os respetivos requisitos legais, ou a prossecução do interesse legítimo do responsável ou de terceiro (a quem os dados sejam transmitidos), desde que não prevaleçam os interesses, direitos e garantias dos titulares dos dados, o que tem de ser aferido e devidamente justificado antes dessa transmissão dos dados.

57. Neste último caso, se os dados pessoais tiverem sido recolhidos para uma finalidade diferente da de marketing direto, o responsável pelo tratamento tem sempre de realizar um teste de compatibilidade entre a finalidade inicial e a finalidade para que se pretende (re)utilizar os dados, aplicando nomeadamente os critérios do artigo 6.º, n.º 4, do RGPD, em particular o contexto em que os dados foram recolhidos e a relação entre os titulares dos dados e o (novo) responsável pelo tratamento, a natureza dos dados e eventuais consequências para os titulares do tratamento posterior pretendido.

58. Na reutilização desses dados para finalidade ou finalidades diferentes das que justificaram a sua recolha inicial, é essencial retomar a relevância do princípio da lealdade, consagrado na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD quanto ao tratamento de dados pessoais, porque aqui assumem um papel preponderante as expectativas que o titular dos dados teve no momento do fornecimento dos seus dados pessoais.

59. Insiste-se que o tratamento de dados pessoais para marketing direto deve assentar numa relação transparente, onde o titular de dados é sujeito de interesses, direitos e liberdades no contexto de tratamentos de dados que se regem pela lealdade e a boa-fé. Tratamento esse que, como se referiu supra, pode ser feito, ora no quadro dos interesses legítimos dos responsáveis pelo tratamento, ora suportados no consentimento dos destinatários, mas não sob uma teia formal que, em aparente conformidade face à lei, defrauda as expectativas dos titulares dos dados, para os conduzir a resultados que dificilmente conseguiriam antever ou que autorizariam, se lhes tivessem sido apresentados com a devida transparência.

60. Pelo que não serão de admitir, no plano da lealdade e da transparência, abordagens sofisticadas que visam diminuir a perceção pelo titular, no momento da concordância com a cedência dos seus dados pessoais, das reais finalidades que motivam as operações de tratamento dos seus dados¹⁷.

¹⁷ Nestas abordagens incluem-se as operações de tratamento que, sob a aparência de concursos ou passatempos, mais não visam do que agilizar a construção de bases de dados, prontas a serem comercializadas para darem lugar a operações massivas de

61. Considere-se então um cenário em que os dados de contacto de pessoas singulares são transmitidos a uma empresa que pretende realizar ações de marketing dos seus produtos ou serviços, tornando-se assim responsável pelo tratamento desses dados.

62. Mesmo que a transmissão desses dados tenha sido realizada em conformidade com o RGPD, a verdade é que *esses dados só poderão ser usados no marketing direto através de correio postal, mas já não através de comunicações eletrónicas.*

63. Com efeito, a *operação de tratamento de dados que representa o 'envio da comunicação eletrónica' para fins de marketing direto carece do consentimento prévio e expresso do destinatário*, o que não acontece com uma recolha de dados feita por terceiros, eventualmente intermediada a sua transmissão por *brokers*.

c. Responsabilidade conjunta

64. Questão distinta é a situação em que duas ou mais entidades parceiras determinam conjuntamente os fins e meios de um tratamento de dados para fins de envio de comunicações eletrónicas de marketing direto, sendo, nesse caso, *responsáveis conjuntos pelo tratamento*, nos termos do artigo 26.º do RGPD. Deste modo, o acordo entre os corresponsáveis deve estabelecer o âmbito das tarefas e responsabilidades de cada um, pelo que será indiferente qual deles (ou se ambos) recolhe os dados pessoais e obtém o respetivo consentimento do titular.

65. Neste quadro, o titular será sempre à partida informado da identificação de cada um dos responsáveis pelo tratamento e da específica finalidade para que os dados são recolhidos, entre as demais informações que lhe devem ser prestadas.

d. Transparência e lealdade

66. Como se assinalou supra, o consentimento, para ser válido, tem de corresponder a uma manifestação de vontade livre, específica, informada, inequívoca e expressa, sendo certo que essa vontade só é informada e específica se o titular dos dados conseguir antecipar, de forma razoável, as consequências imediatas e mediatas que resultam do fornecimento dos seus dados pessoais.

marketing direto. Ou a inscrição numa rede social que, posteriormente, transaciona os dados pessoais a terceiros para realizar operações de marketing direto.

67. Face ao exposto, não devem ser vistos como válidos “consentimentos” ambíguos e pouco transparentes na sua redação, 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, as quais dificilmente seriam concedidas se fossem solicitadas diretamente pelo verdadeiro responsável pelo tratamento com indicação expressa de tal finalidade. A forma dissimulada como são obtidos estes consentimentos levam a que dificilmente os titulares consigam antecipar que estão, na prática, a conceder autorizações para serem contactados para fins de marketing direto por entidades distintas daquelas que promovem o concurso ou passatempo *online*, num contexto onde não é razoável exigir-lhes que sejam capazes de projetar as consequências de tal cedência de dados.

68. Tão pouco serão válidos os 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.

69. Ainda que o titular dos dados tenha facultado os seus dados pessoais através de um qualquer formulário, tendo a recolha sido efetuada por uma entidade que celebre contratos para a divulgação de dados com diversas entidades e que o titular dos dados assinale uma opção de consentimento para os fins ali definidos (nomeadamente partilha de dados com “patrocinadores” ou “parceiros”, ou ainda “empresas do Grupo”), tal consentimento não pode considerar-se válido. O consentimento tem que poder ser prestado especificamente, entidade a entidade, pois o titular dos dados pode não estar interessado em dar a conhecer os seus dados e ser contactado por todas as entidades que compoñham o universo das entidades destinatárias, nomeadamente se apenas se referem os conceitos vagos de “patrocinadores”, de “parceiros comerciais” ou “entidades terceiras a quem são comunicados os dados”¹⁸.

70. É ainda prática corrente que ao titular dos dados não seja permitido consultar os *websites* ou participar em atividades (*v.g.*, passatempos, visionamento de conteúdos) sem, concomitantemente, consentir na utilização dos seus dados para efeitos de comunicações de marketing direto. O titular dos dados é forçado a aceitar

¹⁸ O consentimento deve identificar com clareza quem é a entidade que irá tratar os dados pessoais, algo que não ocorre quando as empresas são apresentadas, de forma genérica e diluída, na categoria de “patrocinadores” ou outros supramencionados. Até porque, para que um consentimento seja dado com pleno conhecimento de causa, as informações devem ser claras e completas, e permitir ao utilizador determinar facilmente as consequências do mesmo (cf. Acórdão *Planet 49* do Tribunal de Justiça da União Europeia, já citado).

todas as operações de tratamento e apenas após a consulta ou participação pode demonstrar não querer ser alvo de tais comunicações, cancelando a sua subscrição. O mesmo é dizer que o acesso à página *web*, ao passatempo ou conteúdo, está sempre dependente da subscrição e aceitação de todas as operações de tratamento de dados pessoais em bloco, algo que não será de admitir pelo condicionamento da vontade e porque a cedência de dados pessoais (e o consentimento quanto ao seu tratamento) para receber ações de marketing direto não poderá ser a “moeda de troca” e condição de acesso aos conteúdos¹⁹.

II. Do princípio da responsabilidade

71. Ainda no contexto dos tratamentos de dados pessoais para o envio de marketing direto, importa destacar que obrigações específicas recaem sobre o responsável pelo tratamento, de acordo com o princípio da responsabilidade (cf. n.º 2 do artigo 5.º do RGPD).

72. No essencial, dele decorre a obrigação de as entidades adotarem medidas técnicas e organizativas adequadas à proteção dos dados pessoais (cf. artigos 24.º e 32.º do RGPD), e pensarem, desenharem e executarem as operações de tratamento assegurando a proteção dos dados pessoais desde a conceção e por defeito (cf. artigo 25.º do RGPD).

73. A CNPD reconhece que boa parte do ciclo de vida dos dados tratados em matéria de operações de marketing direto se desenrola fora da esfera das entidades beneficiárias ou promotoras das respetivas campanhas, por recurso a subcontratantes. Mas, nesses casos, o responsável pelo tratamento deve ter bem presente que o cumprimento das suas obrigações em matéria de proteção de dados passa, neste contexto, pela escolha criteriosa de subcontratantes que deem garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizativas adequadas para cumprimento do RGPD, em particular que assegurem a defesa dos direitos do titular dos dados (cf. n.º 1 do artigo 28.º do RGPD).

74. Em segundo lugar, compete ao responsável pelo tratamento dar instruções precisas e documentadas aos subcontratantes no que diz respeito a todas as vertentes do tratamento de dados pessoais em causa, não podendo por isso aquele isentar-se de responsabilidade por inércia ou omissão de decisão.

¹⁹ Considerando que a proteção de dados é um direito fundamental garantido pelo artigo 8.º da CDFUE, e tendo em conta que uma das principais finalidades do RGPD é facultar aos titulares dos dados o controlo das informações que lhes dizem respeito, entende o CEPD que os dados pessoais não podem ser considerados mercadoria transacionável (cf. ponto 53 das [Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea b\), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados](#), de 8 de outubro de 2019).

75. Assume ainda particular importância que o responsável pelo tratamento exerça um efetivo controlo sobre subcontratações subsequentes, devendo conhecê-las ou autorizá-las previamente, de modo a garantir que as escolhas do subcontratante são conformes as exigências legais. Com efeito, o responsável pelo tratamento não pode vir alegar desconhecimento sobre as operações de tratamento de dados pessoais que são feitas em seu nome e por sua conta.

76. Recorda-se também que a relação entre responsável pelo tratamento e subcontratante e entre este e outros subcontratantes tem de ser regulada por contrato escrito (cf. n.ºs 3 e 4 do artigo 28.º do RGPD). Ainda assim, a verificação dos requisitos constantes no artigo 28.º do RGPD deve ser substantiva, e não apenas formal, não se limitando à escolha de um qualquer clausulado-padrão. Por essa razão, aquando da seleção do subcontratante e dos meios que este disponibiliza para o tratamento dos dados (*v.g.*, serviços, produtos, ferramentas e tecnologias), o responsável pelo tratamento deverá levar a cabo uma avaliação dos riscos associados ao tratamento, e aplicar ou exigir a aplicação de medidas que os atenuem (cf. considerando 83 do RGPD).

77. Tendo em atenção que a generalidade das ações de marketing direto implica tratamentos de dados em larga escala, e a utilização frequente de tecnologias inovadoras, esta avaliação dos riscos poderá ter de se expressar numa Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (“AIPD”), para determinação, nomeadamente, da origem, natureza, particularidade e gravidade desse risco (cf. n.º 1 e alíneas *a*) e *b*) do n.º 3 do artigo 35.º e do considerando 84, todos do RGPD). Ao efetuar uma AIPD, o responsável pelo tratamento solicita o parecer do encarregado da proteção de dados, quando este tenha sido designado (cf. n.º 2 do artigo 35.º do RGPD).

78. No mais, recorda-se ainda que as operações de tratamento de dados associadas a ações de marketing direto devem constar do registo de atividades de tratamento (cf. artigo 30.º do RGPD²⁰).

79. O responsável deve ainda 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 (cf. n.º 1 do artigo 13.º-B da Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas). Sublinha-se que, de acordo com o RGPD, recai sobre o responsável pelo tratamento demonstrar que garantiu o direito de oposição de um seu cliente, assim como que o titular dos dados deu o consentimento. Obviamente,

²⁰ Ver, ainda, as recomendações da CNPD a este propósito, [aqui](#).

a existência destes registos não permite ao responsável discriminar os clientes que não consentiram ou que se opuseram à receção das comunicações eletrónicas de marketing direto.

80. O responsável pelo tratamento tem assim que fazer prova do consentimento que lhe foi dado pelo titular dos dados para o envio de comunicações eletrónicas de marketing direto, bem como do contexto concreto em que aquele foi obtido, de modo que seja possível determinar a validade desse consentimento (*v.g.*, qual foi a informação que prestou ao titular dos dados no momento da obtenção do consentimento).

81. Para verificação do cumprimento do n.º 3 do artigo 7.º do RGPD, o responsável pelo tratamento também tem de poder comprovar quais as condições de que os titulares dos dados dispõem para revogar o seu consentimento.

82. Tendo em conta que para o envio de comunicações eletrónicas de marketing direto se recorre com frequência a serviços disponibilizados por terceiros localizados fora do território da União Europeia, chama-se em especial a atenção para a necessidade de cumprimento do RGPD quanto às transferências de dados pessoais (cf. capítulo V do RGPD).

III. Conclusões

83. Em suma, o envio de comunicações eletrónicas para marketing direto pode fazer-se nas seguintes condições:

a. Se já existe uma relação de clientela e:

- (i) Se o marketing respeita a produtos ou serviços análogos aos adquiridos anteriormente pelo cliente, não é necessário o seu consentimento; mas tem de ser garantido o direito de oposição, no momento da recolha dos dados e em cada mensagem enviada;
- (ii) Se o marketing respeita a produtos ou serviços diferentes dos adquiridos anteriormente pelo cliente, apenas com o consentimento prévio e expresso do cliente.

b. Se não existe uma relação jurídica prévia entre o responsável e o destinatário, apenas com o consentimento prévio e expresso do titular dos dados.

84. O responsável deve ainda 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.

85. O ónus da prova de que foi prestado consentimento e em que condições, bem como de que foi garantido o direito de oposição, recai sobre o responsável pelo tratamento dos dados.

86. O consentimento do titular tem sempre de ser informado, específico, livre, inequívoco e expresso, o que significa que o titular tem de consentir que uma determinada entidade, devidamente identificada, lhe envie comunicações eletrónicas de marketing direto dos seus produtos e serviços.

87. Assim, não se têm por válidos os “consentimentos” para a utilização dos dados pessoais para a finalidade de envio de comunicações eletrónicas de marketing direto:

- a. ambíguos e pouco transparentes na forma como se explica o tratamento e como está redigida a declaração de consentimento, recolhidos a reboque da participação em passatempos ou concursos *online*, que procuram por esta via obter autorizações para a cedência de dados a terceiros ou para desenvolver campanhas de marketing direto por conta de terceiros;
- b. recolhidos por determinada entidade, pedindo autorização ao titular dos dados para o tratamento dos mesmos por terceiro, sem que estejam identificados 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;
- c. exigidos como condição de acesso a *websites* ou de participação em determinadas atividades (*v.g.*, passatempos, visionamento de conteúdos), que assim fica dependente da subscrição e aceitação de todas as operações de tratamento de dados pessoais em bloco, tanto as efetivamente necessárias para a concretização desse acesso ou participação como outras, entre as quais consta o marketing direto.

Aprovada na reunião da CNPD de 25 de janeiro de 2022