

REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Seis Meses Depois



MACEDO VITORINO & ASSOCIADOS
Sociedade de Advogados, RL

Seis meses após a aplicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), visitámos alguns sítios de Internet de grandes empresas e outras não tão grandes para verificar a sua conformidade com o RGPD.

Encontrámos vários exemplos de práticas ilegais ou, pelo menos, não recomendáveis face ao RGPD e ainda ao regulamento europeu relativo à privacidade e comunicações eletrónicas (regulamento «E-privacy»), ainda em fase de pré-aplicação.

Infelizmente, continuam a existir numerosos sítios de Internet com opções pré-preenchidas de consentimento, em particular para a utilização de «cookies» intrusivos, o que é expressamente proibido pelo RGPD.

Os «cookies» são pequenos ficheiros de texto que um sítio de Internet pede ao seu programa de navegação para instalar no computador ou dispositivo móvel do utilizador. De um modo geral, os «cookies» são utilizados para memorizar as preferências dos utilizadores e, desta forma, permitir melhorar o funcionamento do sítio de Internet. Os «cookies» podem ser não intrusivos ou intrusivos.

Os «cookies» não intrusivos, por exemplo os «cookies» de preferência, os «cookies» de sessão ou os «cookies» de equilíbrio de carga, não exigem consentimento prévio. Já os «cookies» intrusivos, por exemplo, os «cookies» de rastreamento da atividade nas redes sociais (utilizados na publicidade comportamental ou em análises ou pesquisa de mercado) e os «cookies» de terceiros também utilizados na publicidade comportamental, exigem um prévio consentimento.

Estes «cookies» podem deixar vestígios que, quando combinados com outros identificadores e informações recebidas pelos servidores, podem ser utilizados para a definição de perfis e identificação de indivíduos. Nestes casos, o consentimento para utilização de «cookies» tem de cumprir os requisitos do RGPD: ser um acto positivo de vontade, livre, específico, inequívoco e informado; o consentimento tácito ou opções pré-preenchidas não valem como consentimento.

No sítio de Internet de um jornal de referência, o utilizador tem de entrar numa segunda página e eliminar o consentimento para a utilização de «cookies», incluindo para «cookies» intrusivos.

Ao entrarmos nesse sítio surge um «pop-up», que nos informa que o sítio utiliza «cookies» para personalização de conteúdos e publicidade, funcionalidades das redes sociais e análise de tráfego. Para consentir na utilização de todos os «cookies», podemos clicar, num só gesto único, no botão «**Aceito**» e a utilização de todos os «cookies» é consentida.

Contudo, se quisermos aceitar apenas alguns «cookies» e recusar outros, temos de seguir um processo moroso e difícil: temos de clicar no «link» pouco óbvio «**Consultar detalhes**» que fica ao lado do botão «**Aceitar**», aparecendo, numa nova página «web», os diversos tipos de «cookies»

utilizados, uns deles obrigatórios e outros não. Ao lado dos tipos de «cookies» não obrigatórios, após a descrição da sua finalidade (entre eles, cookies de publicidade e a identificação de empresas terceiras que tratam esses cookies), cada um deles tem a opção de aceitação já pré-preenchida.

Caso o utilizador pretenda recusar o uso desses «cookies» terá de reverter o pré-preenchimento em cada um dos tipos de «cookies». Ou seja, o utilizador não tem de preencher cada opção para aceitar cada tipo de «cookies», antes terá de manifestar que não aceita aquele tipo de «cookies», retirando a respetiva opção pré-preenchida. Esta prática, quando estejam em causa «cookies» que permitam identificar pessoas (ainda que com recurso a outros identificadores), viola os requisitos de consentimento prévio do RGPD.

Num conhecido sítio de Internet de comércio de vestuário a retalho pode ler-se: *“Ao continuar a navegar no nosso site, aceita a utilização dos nossos cookies e tags para lhe propor ofertas personalizadas, funções de partilha para redes sociais, personalização do conteúdo do site e análise de audiências. Algumas informações podem ser partilhadas com parceiros da [...]. Para mais informações e parametrização dos cookies, clique aqui. Aceito.”*

Neste caso, à semelhança do sítio de Internet do periódico de referência mencionado, cada uma das opções de «cookies» também já se encontra pré-preenchida na parametrização dos «cookies», o que contraria as regras de consentimento do RGPD.

A forma como essa parametrização é apresentada visa ainda dissuadir os utilizadores finais de selecionar as predefinições de privacidade mais elevadas, o que acontece, aliás, na maioria dos sítios de Internet, que não incluem informações sobre os riscos associados à permissão do armazenamento de «cookies» de terceiros no computador, incluindo a compilação a longo prazo de registos do histórico de navegação e a utilização desses registos para enviar publicidade orientada.

Também encontrámos bons exemplos. Há sítios de Internet que informam corretamente sobre os tipos de «cookies» utilizados e onde o consentimento é solicitado de forma clara e precisa.

O sítio de Internet de um dos principais canais televisivos nacionais alerta na sua página inicial para o uso de «cookies» nas suas plataformas digitais. O botão que permite a aceitação é explícito.

É também clara a distinção entre o uso de «cookies» não intrusivos e que permitem assegurar as funcionalidades básicas e imprescindíveis da plataforma digital, já com a opção de consentimento pré-preenchida, e outras funcionalidades cuja ativação requer uma prévia validação pelo utilizador, o qual tem a opção de selecionar individualmente cada um dos «cookies», entre eles, «cookies» de consumo, «cookies» de personalização e «cookies» sociais.

Quando a utilização de determinados tipos de cookies permita identificar um indivíduo, traçar o seu perfil ou analisar o seu comportamento, o consentimento deve cumprir os requisitos do RGPD. Neste âmbito, o RGPD não é conflituante com a legislação de privacidade eletrónica e, nomeadamente, com o regulamento de «E -privacy», ainda em proposta e que se espera que seja aplicável a partir de 2019.

No sítio de Internet de uma instituição bancária, determinando-se logo os riscos associados à permissão de armazenamento de cookies, aparece o seguinte aviso: *“Este site utiliza cookies para lhe proporcionar uma melhor experiência de navegação. Para saber mais sobre cookies, quais as suas finalidades e como geri-los, consulte a nossa Política de Cookies. A [...] não utiliza no seu site em www.[...].pt cookies de publicidade nem partilha informação com sites de terceiros”*.

Este aviso é um bom exemplo pela sua simplicidade e clareza da mensagem. Note-se que este sítio não utiliza «cookies» intrusivos o que também é uma boa notícia para os utilizadores. Na sua Política de Cookies refere-se que a utilização de «cookies» nunca permite a identificação do utilizador e que os «cookies» apenas são utilizados para transmitir uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas e/ou para fornecer um serviço da sociedade de informação solicitado expressamente pelo utilizador. O consentimento não é, portanto, necessário, neste caso.

Uma outra área, que merece especial atenção após 25 de maio, e que também terá de ser conciliada com a legislação de «E-privacy» diz respeito às comunicações eletrónicas (emails, SMS, MMS, Bluetooth, etc.) para finalidades de marketing direto.

De acordo com o RGPD, essas comunicações (e o tratamento dos dados de contacto) podem ser justificados pelo interesse legítimo da empresa no contexto de uma relação existente com o cliente para a oferta de produtos ou serviços similares, não sendo necessário obter um consentimento prévio.

O interesse legítimo deve aplicar-se apenas à mesma empresa que obteve os dados de contacto eletrónicos, ficando essa empresa proibida de comunicar, sem consentimento prévio, os dados pessoais a terceiros, nomeadamente, a empresas, cujo negócio seja a compra de bases de dados. Atenção que o mesmo valerá para as mensagens enviadas por organizações sem fins lucrativos para apoiar os objetivos da organização, por exemplo, por associações e fundações sem fins lucrativos.

Disto decorre que, não só não seria necessário, em muitos casos, o envio de pedidos de consentimento, que constituiu uma prática massiva e pouco informada nos meses que antecederam a aplicação do RGPD, como, nos casos em que foi solicitado, quando não era necessário, obrigou as empresas a apagarem os dados de contactos dos destinatários, que não tenham dado ou

renovado o consentimento, ainda que o tratamento dos dados pudesse ser justificado pelo interesse legítimo. É que não vale mudar as «regras do jogo» a meio e decidir que, afinal, o fundamento para o tratamento dos dados é o interesse legítimo, em consequência de os titulares dos dados não terem manifestado o seu consentimento!

Quando não exista um interesse legítimo, terá de ser obtido um consentimento prévio, nos moldes já referidos. Contudo, continua também a ser muito frequente, mesmo após a febre de consentimentos, a receção de SMS e emails em massa em campanhas de marketing direto, sem que haja uma relação com a entidade remetente ou sem que um prévio consentimento tenha sido obtido.

Ainda ao nível da conciliação entre o RGPD e a legislação de privacidade eletrónica, os utilizadores, que recebam comunicações não solicitadas para fins de marketing direto, devem poder, a qualquer momento, recusar a receção dessas comunicações.

No sítio de Internet da referida empresa retalhista de vestuário, pode ler-se, a respeito do direito de oposição, o seguinte: *“Em caso do exercício do direito à oposição na definição de perfis, o utilizador é informado que continuará a receber comunicações de marketing mas estas serão menos pertinentes e não serão fruto da segmentação dos centros de interesse da pessoa”*.

Quando o utilizador exerça o seu direito de oposição, o que poderá fazê-lo para recusa quanto à definição de perfis, terá de exercer um segundo direito de oposição se não quiser continuar a receber comunicações para fins de marketing, ainda que essas comunicações permitam, entre outros aspetos, a definição de perfis. Não resulta, assim, de forma clara, quais serão, na realidade, as consequências de uma tal recusa, uma vez que o utilizador continuará, a final, a receber comunicações de marketing, ainda que não permitam a definição de perfis, o que não será visível ou fácil de perceber para um utilizador normal. A opção mais correta seria estabelecer uma possibilidade de recusa inequívoca quanto à receção de mensagens de marketing direto.

Talvez por isso, para além de outros motivos, continuem a ser enviados SMS e emails em massa em campanhas de marketing direto, mesmo após a manifestação de recusa em continuar a receber novas mensagens comerciais («opt-out»).

Dos casos que analisámos, é frequente, principalmente quando as mensagens comerciais sejam enviadas por SMS, a falta da informação necessária no SMS para o exercício do direito de oposição, bem como é frequente a ocultação da identidade do remetente, incluindo a utilização de falsas identidades e números de contacto.

Para evitar estas situações, as comunicações comerciais não solicitadas devem passar a ser claramente identificáveis como tal e indicar a identidade do remetente da comunicação, ou por conta de quem a comunicação é transmitida, e fornecer as informações necessárias para que os destinatários exerçam o direito de se oporem à receção de novas mensagens comerciais.

Em resumo, há ainda um longo caminho a percorrer no âmbito da implementação do RGPD, que terá de ser necessariamente articulado com a legislação de privacidade eletrónica em vigor e com o futuro regulamento «E-privacy».

Embora muitas empresas tenham formalmente implementado o RGPD, existem procedimentos que precisam de uma análise e revisão mais rigorosa, sob pena de as empresas poderem ficar sujeitas a multas pesadas.

© 2018 | Macedo Vitorino & Associados

Sobre nós

A Macedo Vitorino & Associados é um dos principais escritórios de advocacia portugueses. Aconselhamos clientes nacionais e estrangeiros num amplo leque de setores de atividade, nomeadamente no setor financeiro, distribuição, indústria e projetos.

Desde a constituição da sociedade em 1996, temos estado envolvidos em várias transações de elevada complexidade em todas as nossas áreas de prática, nomeadamente em operações de financiamento, operações de mercado de capitais, fusões e aquisições, reestruturações de empresas e contencioso.

A nossa prática é multifacetada. Assessoramos algumas das maiores empresas nacionais e internacionais em diversos sectores de atividade comercial e industrial, assumindo especial relevância, a banca, a indústria, as telecomunicações, capital de risco e a tecnologia.

A Macedo Vitorino & Associados representa:

- Empresas nacionais e multinacionais
- Bancos e instituições financeiras
- Fundos de investimento
- Sociedades de investimento e fundos de *private equity*
- Associações empresariais, científicas e académicas
- Embaixadas e governos
- Empresários individuais e empreendedores
- Clientes privados

Somos citados na maioria das áreas de trabalho analisadas pelo diretório internacional, Legal 500, nomeadamente em «Banking and Finance», «Capital Markets», «Public Law», «Corporate», «Tax», «Telecoms» e «Dispute Resolution». A atuação da Macedo Vitorino & Associados é ainda destacada pela IFLR1000 em «Project Finance», «Corporate Finance» e «M&A» e pela Chambers and Partners em «Banking & Finance», «Corporate and M&A», «Tax» e «TMT».

Se quiser saber mais sobre a Macedo Vitorino & Associados por favor visite o nosso website www.macedovitorino.com



Rua do Alecrim 26E – 1200-018 Lisboa – Portugal
Tel.: (351) 213 241 900 – Fax: (351) 213 241 929
www.macedovitorino.com