

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

**COMPLIANCE DE DADOS E O DESAFIO DA CONFORMIDADE DO  
TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PARA O MARKETING DIRETO VIA  
EMAIL MARKETING**

**DATA COMPLIANCE AND THE CHALLENGE OF COMPLIANCE IN  
PROCESSING PERSONAL DATA FOR DIRECT MARKETING VIA EMAIL  
MARKETING**

*Caroline Stürmer Corrêa<sup>1</sup>*

**RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo analisar a adequação do processo de marketing direto nas Organizações, em especial através da ferramenta do E-mail marketing. A análise inicial abordará o conceito e as características de um Sistema de Gestão de *Compliance* como elemento indispensável à conformidade das empresas, ora reforçado por um novo componente oriundo da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados. O estudo trata, ainda, da evolução histórica do Marketing. Adentra-se, então, no foco principal desse artigo, o E-mail Marketing como estratégia de negócio das Organizações para manutenção e prospecção de clientes combinada com a LGPD e em *Compliance* de Dados, por meio de uma atuação baseada nos princípios. Por fim, a análise da base legal mais apropriada ao tratamento em foco é embasada na doutrina nacional e nas experiências do Direito comparado. A partir do tema proposto, busca-se a proposição da utilização das melhores práticas para o desenvolvimento da confiança e manutenção dos negócios.

**Palavras-chave:** *Compliance* de Dados. *E-mail marketing*.

**ABSTRACT**

The following article aims to analyze the adequacy of the direct marketing process in Organizations, mainly through the E-mail marketing tool. The initial analysis will address the concept and characteristics of a Compliance Management System as a fundamental element for companies' compliance, presently reinforced by a new component resulting from the entry into force of the General Data Protection Law. In addition, the study reviews the historical evolution of marketing. Subsequently, the main focus of this article is discussed: E-mail Marketing as Organizations' business strategy for maintaining and prospecting clients combined with the GDPR, and in Data Compliance through a practice based on the principles. Finally, the analysis of the most appropriate legal basis for the treatment in focus is based on national doctrine and the experiences of comparative law. According to the proposed theme, it aims at the proposition of the use of best practices for the development of trust and business maintenance.

---

<sup>1</sup> Analista de Privacidade e Proteção de dados, Privacy and Data Protection Essentials – EXIN, Information Security Foundation based on ISO/IEC 27001 – EXIN, Membro da Comissão Especial de Proteção de Dados e Privacidade da OAB/RS. E-mail [carolsturmercorrea@hotmail.com](mailto:carolsturmercorrea@hotmail.com), Advogada inscrita na OAB/RS 61264.

**Keywords:** *Data Compliance. E-mail marketing.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa traçar um caminho para o alcance da conformidade do tratamento de dados pessoais no processo de *marketing* via *e-mail* na realidade das organizações, após o advento da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD – Lei n. 13.709/18), por meio da análise da doutrina brasileira e de referências normativas no Direito comparado.

Toda nova introdução legislativa no ordenamento jurídico deve provocar nas organizações o interesse na exploração de sua necessidade, propósito e ponto de encaixe. No cenário nacional não havia mais tempo e espaço para a falta de maturidade em termos de legislação específica de proteção de dados. O fato social estava abraçado à globalização, ao constante desenvolvimento da tecnologia e aos interesses econômicos, responsáveis por impactos em todas as práticas sociais.

Nesse sentido, no escopo da conformidade, é indispensável às organizações a adoção de um sistema de gestão de *compliance*<sup>2</sup>, responsável por desenhar o melhor conjunto de estratégias e esforços para a empresa e seus membros, com objetivo de cumprir as normas legais e regulamentares (ARTESE, 2019, p. 477), mitigar riscos e buscar um ambiente de negócios sustentável. Dentre seus elementos, estão a análise de processos e a adoção de controles inerentes aos dados pessoais, na busca de evitar que os direitos e liberdades dos titulares sejam ameaçados ou sofram danos.

O processo de adequação à LGPD é um verdadeiro desafio a todas as organizações que adotam dados pessoais em seus modelos de negócios. Tal processo é composto por diversas fases, demandando o comprometimento de todas as áreas e níveis de hierarquia. No ambiente comercial, o tratamento de dados pessoais no processo de *marketing*, e o impacto da nova legislação nas estratégias de contato via *e-mail*, motivam a elaboração desse artigo, que foi conduzido sob a ótica do alcance às boas práticas em proteção de dados e da adoção de procedimentos que estejam em *compliance* de dados pessoais.

---

<sup>2</sup>Expressão trazida pela ISO 19600 e pacificada no âmbito internacional.

## 1. COMPLIANCE: NOÇÕES

O termo *compliance* remete o leitor à expressão "estar em conformidade". Essa conformidade, por sua vez, pode ser representada por um fato social com relevância jurídica, norma jurídica, contrato ou regulamento interno, entre outros parâmetros legais, éticos ou regulamentares, que norteiam a atuação preventiva e repressiva das organizações.

O *compliance* significa, assim, a "*observância das normas legais e regulamentares aplicáveis, bem como dos valores éticos gerais, dos códigos de conduta específicos de determinado ramo de atividade e das expectativas legítimas da sociedade. O termo também abarca os programas de incentivos a tais condutas*".<sup>1</sup>

Nos últimos anos, o tema *compliance* tem figurado como prioridade nas empresas, muito embora a efetiva transformação social provocada por esse sistema de gestão ainda não seja visível em todas as organizações (ainda menos naquelas que possuem "programas de fachada"). Certo é que, para iniciar a implementação de tal sistema, é importante o mapeamento da cultura organizacional, focado na checagem e no engajamento empresarial direcionado às mudanças que certamente serão provocadas pelas adequações dos processos.

Para entender o *compliance*, é preciso compreender que seu objeto não está (ou pelo menos, não limitado) nas normas, mas no conceito de risco, isto é: o caminho para as adequações será mapeado por meio de contínuas avaliações dos riscos às quais se submetem a organização. Esses procedimentos devem ser realizados com muita cautela e detalhes, pois serão responsáveis por desenhar a matriz dos pontos de vulnerabilidade da empresa que, por sua vez, resultarão em políticas e procedimentos para controle interno da organização.

É extremamente necessária a mobilização de todos os integrantes da organização, que deverão firmar o compromisso de afastar a ocorrência dos riscos mapeados. Se antes o *compliance* parecia apenas uma expressão em inglês que sequer buscava-se conhecer o significado, hoje, evitar o "estrangeirismo" pode significar a perda de negócios e até mesmo custar a sobrevivência da empresa. Já a organização que compreender que a atuação amarrada a preceitos éticos refletirá na sociedade a imagem de confiança pública, obterá resultados positivos decorrentes da fidelização e crédito reputacional.

O sistema de gestão de *compliance*, como já referido, não deve ser limitado ao cumprimento de normas jurídicas. Os cenários são, em realidade, construídos com base na

## Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

escolha de alternativas para a tomada de decisões, pelas mais diversas razões, como a publicação de uma norma ou fato social que merece a atenção corporativa. No aspecto em estudo, a soma de inovação e evolução tecnológica acarreta a maior circulação de dados pessoais, resultando na busca pela adoção de melhores práticas com o fluxo das informações.

Nesse sentido:

O alcance do Compliance ampliou-se recentemente em virtude da aprovação das leis e dos regulamentos gerais de proteção de dados pelo mundo. Na Europa o GDPR, General Data Protection Regulation (Regulamento Geral de Proteção de Dados), publicado em 2016, que entrou em vigor em 2018 impulsionou discussões em vários países, inclusive no Brasil, que criou a LGPD, Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018). Consequentemente, o Compliance passou a ter, entre suas funções, a garantia do cumprimento com a lei geral de proteção de dados. Após a grande invasão de transações comerciais que negociam dados, de algoritmos que medem acessos, mapeiam interesses e dirigem informações, os dados passaram a ser mais, razão pela qual chegaram as leis de proteção de dados. (SAAVEDRA, 2020).

Assim, a entrada em vigor de uma regulação específica como a Lei Geral de Proteção de Dados – o ordenamento jurídico nacional contava apenas com leis esparsas, como o Marco Civil da Internet, a Lei do Cadastro Positivo e mesmo o Código de Defesa do Consumidor, mas não havia a segurança jurídica necessária à procedimentalização – originou nas empresas a necessidade da realização de uma nova análise de riscos, para a devida adequação do sistema de gestão de *compliance* aos processos que envolvem tratamentos com dados pessoais.

### 1.1. *Compliance* de dados

Diante das constantes evoluções tecnológicas e da utilização massiva de dados pessoais pelas organizações, o conceito de privacidade apresentou alterações que o carregaram de uma sistemática negativa do direito do resguardo (a salvo de interferências alheias), para a liberdade positiva, fora da ideia de restrição da informação, mas ligada à salvaguarda dos dados colocados em circulação.

Os dados pessoais passaram, ao longo dos anos, a serem utilizados como modelos de negócio. As informações já não respeitam fronteiras, aumentando os riscos de violação à autonomia dos indivíduos. Todavia, não é possível retroceder nos avanços provocados pelas inovações, e a chegada da Lei Geral de Proteção de Dados tornou indispensável às organizações

## Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

a adaptação aos preceitos legais e o conhecimento do que as legitima nos tratamentos que envolvam o fluxo de informações.

O *compliance* de dados é parte integrante do sistema de gestão de *compliance*. Na LGPD, o artigo 46 contém texto sobre segurança e sigilo de dados, enquanto o artigo 50 incentiva a adoção de regras de boas práticas e governança. A partir do momento em que as empresas perceberem o benefício de sua adoção, certamente a conformidade será aplicada naturalmente, desde o início de qualquer projeto, através do conceito do *privacy by design*, ou “proteção desde a concepção”, com foco em medidas organizacionais preventivas (OLIVA, 2018, p.47).

Nesse momento é que caberá às organizações incorporar um novo elemento ao sistema de gestão de *compliance*, por meio de um *data assessment* apto a agregar os riscos de privacidade e de dados a que estão sujeitos seus processos, assim como nas operações que envolvam dados pessoais, ainda que indiretamente. São modelos de *assessment*: Análise de riscos, *Data mapping*, *Privacy Impact Assessment (PIA)* e *Data Protection Impact Assessment (DPIA)* (SAAVEDRA, 2021, p. 734).

Independente do procedimento adotado, o intuito é conhecer os riscos relacionados aos tratamentos realizados com dados na organização, com o objetivo de promover a estruturação de mecanismos (técnicos e organizacionais) robustos, direcionados a assegurar o respeito à legalidade e aos direitos e liberdades fundamentais.

Essa estrutura demonstra a importância da revisão dos processos há anos realizados no mesmo formato, muitas vezes pelas mesmas pessoas, resistentes na aceitação de mudanças e apegados ao discurso de que “a lei não vai pegar”.

Os dados pessoais são valiosos recursos das empresas, mas não há mais tempo para o apego ao discurso desencontrado da proteção das informações dos titulares. É evidente o papel de destaque que as boas práticas e a governança ocupam na LGPD. Certamente as organizações que levarem a privacidade e a proteção de dados a sério, com a plena conscientização de todos os envolvidos, contarão com uma probabilidade muito mais elevada de sucesso e manutenção da reputação.

No contexto da adequação das organizações à Lei Geral de Proteção de Dados, um dos processos seguramente encontrados para alavancar os negócios é a estratégia do *marketing* por

## Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

*e-mail*. Por conseguinte, indispensável ao time responsável por essa ferramenta, está o trabalho de conformação com os preceitos da LGPD.

### **2. MARKETING DIRETO**

Inicialmente, o *marketing*, de um modo geral, possuía distribuição e comunicação massificadas e, ainda recentemente, trabalhava em uma lógica diferente da atual, com locais e ambientes selecionados para a realização da propaganda do negócio de maneira abrangente, por exemplo, em televisão, rádio e *outdoor*.

O surgimento da internet comercial nos anos 1990 deu início à atuação global das empresas e, principalmente, os avanços da tecnologia permitiram a transformação do *marketing* de massa em publicidade/segmentação contextual, mediante a prática de exibição de anúncios, utilizando como referência o contexto do *site*. Ou seja, o sucesso da oferta dependia da efetividade do sistema quanto à capacidade de entender o conteúdo real de um *site*.

As evoluções tecnológicas e o capitalismo de vigilância, “Uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas” (ZUBOFF, 2020, p. 7), acarretaram a automatização das práticas de comunicação, dando início à era da publicidade comportamental, cuja premissa é o intercâmbio do titular de dados com o conteúdo navegado, o histórico de pesquisas e as interações do titular com os temas relacionados ao seu perfil de consumo (CRESPO, 2021, p. 100). A partir disso, foi possível às organizações selecionar com precisão o público a ser atingido e direcionar o *marketing* para um determinado perfil, alcançando o melhor resultado com o menor custo possível. Esse é o conceito do *Data-Driven Marketing*, ou *marketing* orientado a dados, embasado em decisões e ações sob a perspectiva de números e dados pessoais<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Para ilustrar com um exemplo essa evolução, a empresa Bibi Calçados passou a se utilizar da estratégia do uso da inteligência dos dados com objetivo de atrair clientes e aumentar as vendas. Na prática, toda vez que um calçado é comprado, automaticamente essa informação vai para a base de dados da empresa, que passa a usar da tecnologia para calcular quando será hora de comprar novos sapatos, de acordo com a idade e sexo da criança. Em determinado momento precisamente calculado, a Bibi passa a enviar uma mensagem para os pais, com uma recomendação individual, sugerindo uma nova compra, convidando o cliente a visitar a nova coleção no site ou a passar na loja física onde foi realizada a última compra. Como resultado, a empresa aumentou as vendas do e-commerce em 70%, acresceu o faturamento global em 5% e reduziu em 64% seu investimento em mídias tradicionais, além de receber o prêmio Markie Awards, da Oracle Marketing Cloud, que consagra as principais

## Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

A evolução do *marketing* digital proporcionou o surgimento de novas ferramentas como as AdTechs (*Advertising + Technology*), que são tecnologias que proporcionam maior eficiência nas campanhas digitais mediante a análise, gestão e entrega de anúncios de acordo com requisitos preestabelecidos de campanhas de publicidade, visando atrair o público certo e oferecer soluções para as necessidades dos clientes. Todas as informações utilizadas nesse processo vêm de uma coleta contínua de dados sobre usuários na rede e dentro de plataformas, como o Facebook, Instagram, Google e YouTube (TRANSFORMAÇÃO DIGITAL, 2021).

O contexto de utilização latente dos dados pessoais, como no *marketing*, é que mereceu, no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados que, entre outros objetivos, fundamentalmente buscou trazer o titular de dados pessoais para o papel de protagonista de suas informações. A LGPD é uma lei transversal e multissetorial, que engloba todos os setores sociais e tutela tratamentos realizados com dados relativos a pessoas físicas.

É evidente o impacto trazido pela regulação em diversos setores e, de forma destacada, naqueles que dependem do *marketing* para a manutenção das atividades. O objetivo da LGPD, no entanto, não é exterminar práticas operacionais ou causar o insucesso dos negócios, mas permitir que os tratamentos com dados pessoais sejam melhor realizados e permitam melhores resultados para as empresas.

O *marketing* direto pode caminhar nesse sentido, concedendo direitos aos titulares, viabilizando melhores decisões econômicas, estimulando a demanda e a concorrência a partir da adequação dos processos empresariais, qualificando produtos e serviços, desde que com o cumprimento de novas obrigações trazidas pela LGPD.

### **3. ADEQUANDO O E-MAIL MARKETING À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

Uma das ferramentas mais disseminadas nas organizações é o *E-mail Marketing*, que pode ser definido como toda comunicação entre uma empresa e seus contatos (ou clientes) que acontece via correspondência eletrônica. Esse mecanismo é bastante utilizado como estratégia

---

estratégias de data driven marketing e marketing automatizado do mundo, na categoria “Melhor uso de dados” em 2017.

## Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

de negócio por permitir interação, direcionamento e personalização de contatos, além de possibilitar a apresentação dos produtos e serviços em tempo real.

Assim como na LGPD, na comunicação via *e-mail marketing* o titular de dados pessoais é o protagonista. Isso se verifica já do primeiro artigo da Lei em comento, ao definir que o objetivo da LGPD é proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Já para o *marketing* via e-mail, a sentença se justifica em razão do direcionamento da publicidade de acordo com a especificidade de perfil do titular (FRAZÃO, 2020, p. 600).

Esse papel principal, atribuído ao titular de dados pessoais, a quem a Lei concede diversos direitos e que permite a decisão sobre o uso das informações, é chamado de “autodeterminação informativa”. Já as organizações, que utilizam os dados pessoais coletados com objetivo de obtenção de lucro ou vantagem com repercussão econômica, devem guiar suas condutas conforme a boa-fé e demais princípios previstos no artigo 6º da LGPD.

O apego aos princípios que regem a Lei de Proteção de Dados nas atividades de *marketing* via *e-mail* é indispensável para a conformidade dos tratamentos, em especial, o princípio da qualidade, cuja relação é imediata com o princípio da transparência<sup>4</sup>, que aparece ainda nos artigos 9º, 10, parágrafo 2, 18, I, II, VII e VIII e no artigo 20, pois ela deve estar presente em todo o processo de tratamento de dados. Os demais princípios presentes no artigo 6º da LGPD não são menos importantes. É imprescindível o atendimento à finalidade informada ao titular no processamento dos dados, sem deixar de empregar o tratamento adequado ao contexto, mediante a utilização dos dados mínimos necessários para o alcance dos objetivos da organização.

As empresas devem ainda evitar a ocorrência de situações ilícitas, adotando o que prega o princípio da segurança, ou mesmo da prevenção, por meio de medidas acautelatórias de dados decorrentes de tratamentos com dados pessoais. É possível a análise da segurança e da prevenção em conjunto com o inciso X, pois não basta à organização fazer, devendo possuir meios de demonstrar, como reza o princípio da responsabilização, em que são adotadas medidas

---

<sup>4</sup> Artigo 6º, VI, LGPD - garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial.



## Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e a eficácia dos processos adotados para tanto.

Para adequação do tratamento com dados pessoais, além do atendimento aos princípios, é indispensável o enquadramento em uma das dez bases legais enumeradas pela LGPD, sendo duas as mais importantes para o processamento voltado ao *marketing* via *e-mail*: o consentimento e o legítimo interesse.

Temos então o referencial teórico, porém, os entraves vêm ocorrendo com a aplicação prática das hipóteses legais nos processos de adequação das organizações que utilizam a ferramenta do *E-mail Marketing*. Na Lei Geral de Proteção de Dados, o consentimento é composto dos adjetivos livre, inequívoco, informado, específico, devendo ser concedido por escrito ou por um meio que represente a manifestação de vontade do titular para uma finalidade determinada. A Lei prevê ainda, como um dos direitos do titular, a possibilidade de revogação do consentimento a qualquer momento, de forma gratuita e acessível, conforme o artigo 8º, §5 e artigo 18, inciso IX, da referida Lei.

Será livre, a manifestação do titular que, dentro do seu contexto, concordar ativamente com o tratamento dos seus dados pessoais e, a respeito dessa característica, mostra-se relevante a análise da provável assimetria entre as partes e a vulnerabilidade do aceitante. A especificidade se desenha também no contexto do tratamento, na finalidade e quais dados serão utilizados no tratamento. O adjetivo informado vem da ideia de que o titular possua todos os subsídios para a tomada de decisão. Por fim, será inequívoco o consentimento que deixe dúvidas sobre a manifestação de vontade do titular.

Pertence à organização uma série de esforços para reduzir a assimetria técnica e informacional entre as partes (BIONI, 2021, p. 54), assim como a ela caberão os deveres para estar em *compliance* com os requisitos da LGPD, principalmente em face do princípio da transparência (BIONI, 2021, p. 153), na busca da ação afirmativa do aceite. A abordagem deve ser explícita, granular e com ação positiva do titular, mas ainda não possuímos casos práticos nacionais para nos auxiliar na adequação.

Nesse aspecto, indispensável se valer do que o Direito comparado vem produzindo acerca de uma legislação protetiva em relação à privacidade e aos dados pessoais, como normativas e orientações redigidas para auxiliar todos os envolvidos com os tratamentos, para atingimento da conformidade com as leis de proteção de dados. Enquanto não contamos com

## Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

orientações específicas da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Brasileira, nos resta “beber da fonte” de países que há anos experimentam o assunto.

A Lei Geral de Proteção de Dados nasceu sob forte inspiração da Diretiva 95/46/CE e da GDPR, todavia, as regulações sobre *marketing* de forma macro não são originárias dessas normatividades. Desde o ano de 2002, a União Europeia conta com a Diretiva de Privacidade e Comunicações Eletrônicas 2002/58/EC, que traz em seu texto a necessidade de implementação de medidas de proteção contra a invasão de privacidade, diante da facilidade, baixo custo e volume de comunicações diretas. A opção da normativa foi pela indicação da implementação do sistema *opt-in*<sup>5</sup>, ou seja, a imprescindibilidade do consentimento livre, específico e informado do titular que será destinatário da comunicação comercial via *e-mail*. Norte contrário, atuou pela invalidade do consentimento tipo *opt-out*, que ocorre quando aparece uma caixa previamente selecionada para o recebimento de contato nos termos de uso de determinado serviço.

O artigo 7<sup>o</sup> do GDPR é bastante rígido nesse aspecto, trazendo uma série de requisitos para validade do consentimento e, em conjunto com uma interpretação do artigo 13 da Diretiva 2002/58, fala-se em "*double opt-in*" para a comprovação e segurança jurídica da empresa, procedimento que engloba uma caixa de seleção a ser preenchida pelo titular, seguida do envio de um *e-mail* contendo um *link* para a confirmação do consentimento para o contato.

---

<sup>5</sup> Considerando 40 (...) Para tais formas de comunicações não solicitadas para marketing direto, justifica-se exigir que o consentimento prévio e explícito dos destinatários seja obtido antes de tais comunicações serem endereçadas a eles. (...) Artigo 13 (que sofreu alterações em 2009) Comunicações não solicitadas: 1 - A utilização de sistemas de chamada e de comunicação automatizados sem intervenção humana (aparelhos de chamada automáticos), de aparelhos de fax ou de correio eletrônico para fins de comercialização direta apenas pode ser autorizada em relação a assinantes que recebem dado o seu consentimento prévio.

<sup>6</sup> Artigo 7.º Condições aplicáveis ao consentimento:

1. Quando o tratamento for realizado com base no consentimento, o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais.
2. Se o consentimento do titular dos dados for dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos, o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que o distinga claramente desses outros assuntos de modo inteligível e de fácil acesso e numa linguagem clara e simples. Não é vinculativa qualquer parte dessa declaração que constitua violação do presente regulamento.
3. O titular dos dados tem o direito de retirar o seu consentimento a qualquer momento. A retirada do consentimento não compromete a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento previamente dado. Antes de dar o seu consentimento, o titular dos dados é informado desse facto. O consentimento deve ser tão fácil de retirar quanto de dar.
4. Ao avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato.

## Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

A Diretiva 2002/58, contudo, foi em parte flexível, ao permitir a comunicação sem prévio consentimento, nos casos em que (1) existente relação comercial anterior entre o destinatário e o anunciante (por exemplo, detalhes de contato coletados em negociações ou vendas); (2) desde que fosse possível ao titular recusar a utilização dos seus dados pessoais para contato, de forma gratuita e clara (oportunidade concedida no momento da coleta e em todas as comunicações subsequentes); (3) além da limitação do conteúdo enviado aos próprios produtos e serviços semelhantes, modalidade que ficou conhecida como “*soft opt-in*”.

O Reino Unido conta com o Regulamento de Privacidade e Comunicações Eletrônicas de 2003 – PECR, cujo conteúdo pode auxiliar na conformidade das organizações com as melhores práticas de *E-mail Marketing*. Segundo dispõe o documento, derivado da Diretiva 2002/58/EU, as regras sobre consentimento e *soft opt-in* não se aplicam a “assinantes corporativos”, ou seja, assinaturas de *e-mail’s* em nome de uma organização (exemplo: [contato@empresa.com.br](mailto:contato@empresa.com.br)). No entanto, em atenção às melhores práticas, deverá ser oferecido ao destinatário um meio válido de cancelamento de assinatura.

Assim como foi pioneira em regulamentações que visam proteger a privacidade e os dados pessoais, a União Europeia permanece encabeçando o pódio da inquietação a novas tecnologias, emitindo normativas para abarcar a defesa dos titulares. Atualmente, pende de aprovação o Regulamento de Privacidade Eletrônica, que irá substituir a Diretiva 2002/58/CE como normatividade complementar ao GDPR em matéria de garantias adicionais de confidencialidade e proteção de todos os tipos de comunicação eletrônica. A regulação será nova, no entanto, no que se refere ao *marketing por e-mail* é velha conhecida, isto é, persiste a necessidade de obter o consentimento prévio e expresso do titular para a realização do tratamento.

No Brasil, em 2009, um grupo de entidades<sup>7</sup> elaborou o CAPEM – Código de Autorregulamentação para a prática do *e-mail marketing*, com anuência do Comitê Gestor da

---

<sup>7</sup> ABA (Associação Brasileira de Anunciantes), ABEMD (Associação Brasileira de Marketing Direto), ABRADI (Associação Brasileira das Agências Digitais), ABRANET (Associação Brasileira dos Provedores de Internet), ABRAREC (Associação Brasileira das Relações Empresa Cliente), AGADI (Associação Gaúcha das Agências Digitais), APADI (Associação Paulista das Agências Digitais), FECOMÉRCIO-RS (Federação do Comércio do Estado do Rio Grande do Sul), FECOMÉRCIO-SP (Federação do Comércio do Estado de São Paulo), FEDERASUL (Federação das Associações Comerciais e de Serviços do Rio Grande do Sul), IAB (Interactive Advertising Bureau do Brasil), INTERNETSUL (Associação dos Provedores de Acesso, Serviços e Informações da Rede Internet), PRO TESTE (Associação Brasileira de Defesa do Consumidor), SEPRORGS (Sindicato das Empresas de Informática do Rio Grande do Sul).

## Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Internet no Brasil (CGI-br), que segundo o artigo 3º, considera eticamente correto o *e-mail marketing* diretamente enviado para destinatários tipo *opt-in* ou *soft-opt-in*, assim como prevê a Diretiva 2002/58. O artigo 6º, por sua vez, exige que do corpo da mensagem, além da identificação do remetente, haja recurso que possibilite o descadastramento (*opt-out*) do destinatário<sup>8</sup>.

Uma das entidades que elaborou o CAPEM é a Associação Brasileira de Marketing de Dados (ABEMD), que participou ativamente das discussões do Projeto de Lei que originou a LGPD e que garante, por meio de documento nominado Carta de Princípios, o comprometimento das entidades signatárias com a realização de toda e qualquer atividade de tratamento de dados pessoais com respeito à lealdade e à boa-fé objetiva.

Ainda que plenamente adotada pela experiência europeia, há que se considerar o diferente nível de amadurecimento em que se encontra o cenário de proteção de dados, somado ao grande número de Autoridades Fiscalizadoras atuantes em termos de diretrizes práticas e de normativas específicas sobre o tema, como a já mencionada Diretiva 2002/58, que não abre espaço para outra base legal.

O CNIL afirma que, em 2018, 21% das reclamações recebidas de titulares foram relacionadas ao *marketing* direto. A Autoridade de Dados Francesa tem como princípio que nenhuma mensagem comercial seja recebida sem o consentimento prévio do destinatário, mas abriu duas exceções: se o destinatário do *e-mail marketing* já for cliente da empresa e se a prospecção diz respeito a produtos ou serviços semelhantes aos já prestados pela empresa ou ainda, se o *e-mail* a ser enviado não for de natureza comercial (caridade, por exemplo). Nestes dois casos, o titular deve, no momento da coleta, ser informado de que o *e-mail* será usado para

---

<sup>8</sup> É fundamental usar uma plataforma de envios de *e-mail marketing*, pois essas oferecem uma forma automática – um *link* na própria *interface* – para o destinatário se descadastrar. *E-mails* meramente comerciais que não têm esse método de cadastro, muito frequentemente, são considerados como *spam* pelo Gmail e Outlook.com. A Office of the Data Protection Ombudsman, Autoridade finlandesa de proteção de dados, multou uma empresa devido à realização de *marketing* direto eletrônico sem consentimento prévio. Segundo o Boletim 22 do Data Privacy Brasil (<https://www.observatorioprivacidade.com.br/boletim/boletim-22/>), nas reclamações, os titulares dos dados relataram ter recebido mensagens de *marketing* direto da empresa sem consentimento. De acordo com a lei finlandesa, o *marketing* direto só pode ser direcionado a pessoas físicas que tenham dado seu consentimento prévio. De acordo com o artigo 4.º da GDPR, o consentimento deve ser uma indicação livre, específica, informada e inequívoca dos desejos do titular dos dados. Alguns dos titulares dos dados responderam à mensagem de *marketing* enviada como SMS, conforme solicitado pelo controlador, a fim de proibir o *marketing* direto. Apesar da proibição, os titulares dos dados ainda receberam novas mensagens de *marketing* direto. Portanto, o controlador não conseguiu implementar o direito de retirada do consentimento de acordo com o GDPR.

## Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

fins de prospecção e ser capaz de se opor a este uso de uma maneira simples e gratuita (CNIL, 2021).

O *European Data Protection Board* (EDPB), que substituiu o Grupo de Trabalho do artigo 29, publicou o *Guidelines 8/2020 on targeting on social media users* que pode auxiliar as organizações no momento dos tratamentos envolvendo o *marketing* direto, em especial, via *E-mail marketing*. Trata-se da seção 5.2.2 do documento, que reza sobre “dados fornecidos pelo usuário da plataforma de mídia social ao destinatário” e que dá como um dos exemplos o caso de interessado em um produto (não-cliente) que contata determinada Instituição Bancária para agendar uma reunião. O encontro acontece e o interessado opta por não se tornar cliente do Banco. A Instituição, contudo, insere o *e-mail* na lista de contatos. Segundo o entendimento do EDPB, o contato inicial do interessado foi realizado com a finalidade exclusiva e a utilização dos dados pessoais para novo contato desvirtuaria a finalidade da coleta. Constata-se do documento publicado, que haveria flagrante violação ao princípio da finalidade e que outra base legal senão o consentimento poderia ser utilizado para fundamentar o tratamento.

A hipótese legal do consentimento é, em razão de todos esses pressupostos para uma válida declaração de vontade, o grande receio das organizações e de suas estratégias de prospecção e manutenção de bases para o *e-mail marketing*. Diante dessa pluralidade de requisitos legais, uma empresa com uma extensa base de dados tende a perder a maior parte dela se optar por solicitar o consentimento para manutenção e prospecção de relações<sup>9</sup>.

No Brasil, ainda não há uma atuação ativa da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD – para emitir orientações sobre temas relevantes ao desenvolvimento econômico e à manutenção das atividades empresariais. Sabe-se que, para além do consentimento, e diante do fato de que não há preponderância de uma base legal sobre a outra, o legítimo interesse desponta como alternativa, mas que a hipótese não deve ser vista como desprovida de requisitos, pois possui fortes ônus comprobatórios para sua utilização como fiel aliada das organizações.

A hipótese prevista no artigo 7º, IX, em conjunto com o artigo 10 da LGPD, traz as ferramentas para operacionalizar uma solução trazida da experiência europeia. Na busca por

---

<sup>9</sup> Na Europa muitas empresas optaram por renovar o consentimento devido à GDPR, buscando convencer seus clientes a continuarem recebendo as comunicações. Esta ação resultou para algumas empresas, de acordo com a pesquisa GDPR and Marketing: One Year On da Yieldify, uma perda média de 30% da lista de *e-mails*.

## Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

concretizar o conceito e parametrizar a interpretação da base legal, o antigo Grupo de Trabalho do Artigo 29 emitiu o Parecer 06/2014 sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados na acepção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE, sugerindo a utilização de um teste: o *legitimate interest assessment* (LIA), ou teste da ponderação, que vai considerar a transparência com o titular, dentro de suas legítimas expectativas.

O artigo 10 deve ser lido como uma relação de incisos e parágrafos cumulativos e não alternativos, para promover o equilíbrio dos interesses comerciais com os valores e direitos de privacidade dos titulares e originar o questionamento: O tratamento é necessário e atende as expectativas do titular? Segundo Bruno Bioni, “tão importante quanto aferir se há um interesse legítimo é verificar se as legítimas expectativas e os direitos fundamentais do cidadão serão respeitados” (BIONI, 2020, p. 250).

A proposição é limitar a utilização do interesse legítimo apenas para situações concretas ou pré-existentes entre organização e titular e para finalidades legítimas, que não contrariem outros regramentos (artigo 10, *caput* e I). Quanto ao *marketing* direto, esclarece Bruno Bioni, em texto que pode ser aplicado ao *E-mail Marketing*, que:

Há situações nas quais o titular do dado já mantém uma relação com o controlador, como no caso de ele já ter adquirido seus produtos e serviços. A partir desse histórico de compras, é possível lhe direcionar anúncios publicitários condizentes com o seu padrão de consumo. Por exemplo, é o que uma loja de vinhos faria com consumidores que gostassem mais de uma determinada uva, o que livrarias fariam com clientes que gostassem mais de um determinado autor e assim por diante (BIONI, 2020, p. 250).

Esse aspecto deve ser visto como uma vantagem à organização ao realizar a análise dos demais requisitos de validação da base, como o atendimento ao princípio da necessidade, segundo o qual o tratamento deve ser realizado com os dados mínimos necessários para atingimento da finalidade (artigo 10, §1) e se o uso do dado atende a legítima expectativa do titular.

A partir de então, salvaguardas devem ser proporcionadas ao titular e, conforme referido, a homenagem maior deve ser dada ao princípio da transparência, de maneira ativa, como medida de *accountability*, endereçando explicitamente o que a organização está fazendo com os dados pessoais e quais os controles disponíveis sobre eles. A base legal do interesse legítimo somente poderá ser utilizada para o tratamento de dados pessoais se a empresa tiver

## Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

concedido ao titular as informações apropriadas, indicando em textos simples, claros e atrativos ao olhar do titular, como tratar os dados pessoais, sem deixar de possibilitar, a qualquer momento, o exercício dos direitos, como o descadastramento da base de dados para envio de *marketing* direto.

Na realização do teste de proporcionalidade para a utilização do legítimo interesse como hipótese legal, as organizações devem considerar fatores como a expectativa do titular quanto à utilização dos dados para o envio daquele conteúdo via *e-mail marketing*, a potencialidade de incômodo da mensagem enviada e, principalmente, a possibilidade de atingimento a vulneráveis diante do método e da frequência escolhidos, como em repetidas correspondências eletrônicas de Instituições Financeiras ofertando empréstimos a endividados, por exemplo.

No aspecto do atendimento às boas práticas, o desenvolvimento de políticas de privacidade atrativas, com vídeos e imagens, ou até mesmo um conteúdo interativo, além da criação de um canal de atendimento disponível para dúvidas de titulares, são medidas de boas práticas que atrairão confiança diante da conduta proativa da organização em reduzir os riscos à privacidade. É possível também investir em campanhas de sensibilização, para que titulares percebam a importância de confiar em organizações que estão priorizando os tratamentos adequados à LGPD.

O legítimo interesse aparece como novidade na LGPD com o objetivo de ampliar o rol de bases legais antes extremamente focado no consentimento. Sinale-se que nenhuma hipótese legal se sobrepõe à outra para legitimar uma atividade de tratamento de dados pessoais. O ônus argumentativo para sua utilização é pesado, mas percorridas com sucesso todas as etapas, é provável o uso do legítimo interesse como medida de apoio e promoção das atividades de *marketing* via *e-mail*.

Certo é que, independentemente da escolha da base legal, o foco deve estar na busca do estabelecimento da confiança entre organizações e destinatários, a partir de condutas transparentes, sob pena de esvaziamento das relações comerciais e sanções públicas aptas a prejudicar a reputação empresarial.

## CONCLUSÃO

Após a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados foi preciso que as organizações engendrassem um novo esforço na busca da adequação de seus processos aos preceitos protetivos dos dados pessoais, atividade realizada com o mapeamento dos riscos de privacidade e proteção de dados, por meio da inserção desse novo elemento ao sistema de gestão de *compliance* da organização.

Uma das principais engrenagens dos modelos de negócios das organizações é o *marketing*, que tem como uma de suas ferramentas o contato via *e-mail* para a prospecção e manutenção da base de clientes. A atividade certamente apresenta riscos à privacidade e à proteção de dados e, por conseguinte, é indispensável às empresas atentarem para novas condutas, ajustadas aos preceitos da Lei que tratam sobre princípios e bases legais, sempre em respeito aos direitos dos titulares.

A tarefa não é fácil, pois, apesar de presente no ordenamento jurídico uma série de legislações correlatas ao tema, somente a atuação ativa da Autoridade Nacional de Proteção de Dados poderá orientar as organizações para as melhores práticas envolvendo dados pessoais. Hoje, somente as experiências e os normativos de Autoridades de outros países conseguem cumprir esse papel.

A LGPD impôs às organizações a diminuição da liberdade de comunicação com os titulares de dados e o acréscimo de complexos requisitos nas atividades de *marketing* digital, entre elas o *E-mail Marketing*, com a atuação baseada em princípios e a imposição de uma base legal para a realização do tratamento. O consentimento pode ser visto como hipótese de difícil gestão diante da pluralidade de adjetivos para sua legalidade. O legítimo interesse, contudo, parece mais ajustado à realidade do marketing e de menor impacto às organizações e, se aplicada após realizada a validação através do teste de proporcionalidade no fluxo específico, com investimento em transparência ativa e possibilidade de descadastramento, certamente contribuirá com benefícios aos negócios e à sociedade.



Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

## REFERÊNCIAS

ARTESE, Gustavo. *Compliance digital: proteção de dados pessoais*. In: CARVALHO, André Castro et. al. Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MARKETING DE DADOS (Brasil). *Código de Regulamentação para a prática de e-mail marketing*. Disponível em: <https://abemd.org.br/codigo-de-autorregulamentacao-para-pratica-de-e-mail-marketing>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. *Legítimo Interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional*. In: Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Coordenadores Danilo Doneda... (et al.) – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. LUCIANO, Maria. *O consentimento como processo: em busca do consentimento válido*. In Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Coordenadores Danilo Doneda... (et al.) – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas, coordenação. *Compliance no direito digital (livro eletrônico)*. 1ª. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (Inglaterra). *GUIDELINES 8/2020 on targeting on social media users of European Data Protection Board*. 2020. Disponível em: <[https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2020/guidelines-082020-targeting-social-media-users\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2020/guidelines-082020-targeting-social-media-users_en)>. Acesso em: 10 abr. 2021.

FRAZÃO, Ana. OLIVA, Milena Donato. ABILIO, Vivianne da Silveira. *Compliance de dados pessoais*. In: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo. 2ed. Thomson Reuters Brasil, 2020.

INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE (Inglaterra). *Diretrizes ICO PECR*. Disponível em: <<https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-pecr-2-3.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO (Rio de Janeiro) (comp.). *Big Data no projeto sul global*. 2016. Disponível em: <[https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/03/ITS\\_Relatorio\\_Big-Data\\_PT-BR\\_v2.pdf](https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/03/ITS_Relatorio_Big-Data_PT-BR_v2.pdf)>. Acesso em: 07 mar. 2021.

JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Portugal). *DIRECTIVA 2002/58/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 12 de Julho de 2002: relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (directiva relativa à privacidade e às comunicações*

Volume 10 – Número 2 (2021) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

electrónicas. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Lisboa, p. 37-47. 31 jul. 2002. Disponível em: <[https://www.uc.pt/protecao-dedados/legis/20020712\\_diretiva\\_2002\\_58\\_ce\\_do\\_parlamento\\_europeu\\_e\\_do\\_conselho](https://www.uc.pt/protecao-dedados/legis/20020712_diretiva_2002_58_ce_do_parlamento_europeu_e_do_conselho)>. Acesso em: 10 mar. 2021.

KEMP, Simon. *Data Reportal Digital: Brasil*. Disponível em: <<https://datareportal.com/reports/digital-2020-brazil>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

KOTLER, Philip. *Marketing 4.0 (recurso eletrônico)*. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

LIMA, Ana Paula Moraes Canto. *LGPD Aplicada*. Coordenação Ana Paula Moraes Canto de Lima, Marcelo Crespo, Patrícia Peck Pinheiro. São Paulo: Atlas, 2021.

OLIVA, Milena Donato; SILVA, Rodrigo da Guia. *Origem e evolução histórica do compliance no direito brasileiro*. In. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Ricardo. COTS, Márcio. *O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil: 2020.

RAMOS, Pedro H.. *A regulação de proteção de dados e seu impacto para a publicidade online: um guia para a LGPD*. 2019. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/a-regulacao-de-protecao-de-dados-e-seu-impacto-para-a-publicidade-online-um-guia-para-a-lgpd/>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SAAVEDRA, Giovanni. *Compliance de Dados*. In. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 734.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini e CRESPO, Liana I. A. Cunha. *COMPLIANCE NO DIREITO DIGITAL (livro eletrônico)*. Marcelo Xavier de Freitas Crespo, coordenação, 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini. VIOLA, Mario. *Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais*. In *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. 1ª. Ed. – rio de Janeiro: Instrínseca, 2020.