



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

HELOÍSA COUTO DE ANDRADE

RELAÇÃO DE CONSUMO E PROTEÇÃO DE DADOS: o uso do consentimento como base legal para o tratamento de dados pessoais em farmácias e drogarias.

**BRASÍLIA
2023**

HELOÍSA COUTO DE ANDRADE

RELAÇÃO DE CONSUMO E PROTEÇÃO DE DADOS: o uso do consentimento como base legal para o tratamento de dados pessoais em farmácias e drogarias.

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Leonardo Gomes de Aquino

BRASÍLIA
2023

HELOÍSA COUTO DE ANDRADE

RELAÇÃO DE CONSUMO E PROTEÇÃO DE DADOS: o uso do consentimento como base legal para o tratamento de dados pessoais em farmácias e drogarias.

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Leonardo Gomes de Aquino

BRASÍLIA, DIA MÊS ANO

BANCA AVALIADORA

**Leonardo Gomes de Aquino
Professor Orientador**

Professor(a) Avaliador(a)

RELAÇÃO DE CONSUMO E PROTEÇÃO DE DADOS: a impossibilidade de farmácias utilizarem o consentimento como base legal para o tratamento de dados pessoais.

Heloísa Couto de Andrade

RESUMO

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/2018, em vigor desde setembro de 2020, é um marco regulatório quanto ao tratamento de dados pessoais no Brasil. Antes, havia previsões esparsas no ordenamento, como no Código de Defesa do Consumidor no caso de . A LGPD surge para ditar as diretrizes da coleta e do tratamento de dados pessoais, destinando-se à proteção desses para efetivar o direito à privacidade em uma sociedade da informação. Os dados pessoais são de grande importância para a atividade comercial, sendo o acesso e a utilização desses um ativo econômico capaz de impulsionar a própria atividade comercial. Portanto, a LGPD protege os dados utilizados para fins econômicos, aplicando-se a todas às relações de consumo. Diante disso, o presente artigo objetiva analisar a aplicação da LGPD às compras realizadas em farmácias e drogarias do Distrito Federal, partindo da pergunta: é legal o tratamento realizado por esses estabelecimentos? Por meio de revisão bibliográfica e documental foi possível analisar a existência de vícios impeditivos da prática realizada pelo setor inerentes à própria prática.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados. Consentimento. Farmácias. Política de Privacidade. Livre. Dados sensíveis.

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - O significado de consentimento para o CDC e para a LGPD. 2.1 - O uso do consentimento em farmácias e drogarias. 3 - A liberdade como elemento essencial para o consentimento. 3.1 - A personalização de preços como condicionante da escolha. 4 - Natureza dos dados tratados pela LGPD. 4.1 - Da natureza dos dados tratados por farmácias e drogarias. 5 - Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A proteção de dados pessoais passou a ser pauta de diversas discussões nos últimos anos ao redor do mundo. No Brasil, especialmente após a criação da LGPD que trouxe para os diversos setores a necessidade de adequação.

É prática recorrente de farmácias e drogarias a coleta de dados pessoais. A coleta vai desde a requisição do CPF ao pagar uma compra, até a formação do perfil de compras do cliente.

A prática, antes livre e irrestrita, passou a encontrar encaixos a partir da implementação da Lei Geral de Proteção de Dados, publicada em 15/08/2018. A Lei trouxe novos elementos para regular a coleta e o tratamento de dados pessoais que afetam diretamente a prática desses estabelecimentos comerciais.

Em especial, destaca-se a necessidade de se utilizar uma base legal prevista na Lei para tornar o ato válido. A prática deve atender a todos os requisitos previstos na norma para que seja efetiva a proteção que a exigência de uma base legal visa alcançar. Mas, apesar disso, verifica-se que a praxe de recolhimento dos dados pessoais por farmácias e drogarias não sofreu mudanças significativas¹.

Uma mudança que teve que ocorrer foi a criação das Políticas de Privacidade. É o documento que apresenta as informações necessárias para possibilitar o tratamento de dados pessoais por parte dos controladores e operadores e o exercício de direitos por parte dos titulares. É, assim, o elo que liga o tratamento à lei e o tratamento ao titular.

Para ligar o tratamento à lei é necessário que haja a previsão das bases legais. A base legal pilar da LGPD é o consentimento. Por isso, ele é o objeto de análise deste artigo.

A análise parte do significado de consentimento para o Código de Defesa do Consumidor e para a Lei Geral de Proteção de Dados para entender como é tutelado o consentimento do consumidor-titular. Em seguida, analisa as Políticas de Privacidade das principais redes de farmácia do Distrito Federal em busca das bases legais utilizadas por essas. A partir desse resultado, busca apontar como é insuficiente a base legal em razão dos vícios apontados acima.

Esta pesquisa possui natureza aplicada, com método empírico quantitativo e qualitativo, por meio de pesquisa documental, bibliográfica e com análise de conteúdo. Quanto aos objetivos, é uma pesquisa exploratória, que busca entender como farmácias e drogarias fundamentam suas políticas de privacidade, com intuito de buscar soluções jurídicas para a situação.

2 O SIGNIFICADO DE CONSENTIMENTO PARA O CDC E PARA A LGPD

¹ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. **Nota Técnica nº 6/2023/CGTP/ANPD**. Brasília, 11 mai. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/nota-tecnica-no-4-2022-cgtp-anpd-farmacia.pdf>. Acesso em: 13. set. 2023

O consentimento é elemento essencial no mundo jurídico já que dele dependem diversos institutos. É elemento essencial para a proteção de dados pessoais, possibilitando ao sujeito exercer o controle sobre os dados que compõem a sua esfera pessoal; bem como é elemento essencial para as relações de consumo uma vez que só há contrato mediante a vontade das partes. Dessa forma deve-se analisar o consentimento para ambos os campos.

De modo geral, o consentimento pode ser entendido como a expressão da vontade genuína do indivíduo. Essa expressão se materializa através de uma escolha que visa satisfazer a vontade. Para realizar uma escolha é necessário entender as opções disponíveis, por isso, a informação surge como elemento essencial para o consentimento.

O termo “consentimento informado” surgiu nos anos de 1950, no campo da Medicina e, em 1970, se estendeu para o campo do Direito e da Filosofia. Quando surgiu o termo, diretamente ligado às pesquisas clínicas, a principal preocupação na coleta do consentimento dizia respeito à divulgação de informações sobre procedimentos que poderiam causar algum dano ou constrangimento ao paciente.

Na década seguinte, a jurisprudência norte-americana passou a se preocupar com a qualidade das informações fornecidas aos pacientes e sua suficiência para a tomada de decisão². O foco passou a ser não somente no consentimento como o fim, mas o caminho para o seu fornecimento. Desse modo, o consentimento pode ser sintetizado como a autorização autônoma, fornecida pelo titular apenas quando esse possui o necessário conhecimento e liberdade e assim, intencionalmente fornece autorização para determinado fim³.

O Código de Defesa do Consumidor não traz a palavra “consentimento” expressa em nenhum dos seus artigos. Mas, isso não significa que o consentimento não seja parte essencial da Lei. O legislador, apesar de não ter expressamente apresentado o termo, trouxe no art. 6º, que trata sobre os direitos do consumidor, o direito à “livre escolha” e a “informação adequada e clara”, nos incisos II e III, respectivamente⁴. Ora, o consentimento é justamente a escolha feita de forma livre mediante as informações adequadas e claras.

O consentimento dentro da relação de consumo é expresso pelo consumidor no momento em que este realiza a compra de um bem ou de um serviço. É parte essencial da relação de consumo visto que aqui verifica-se a existência de um contrato entre o consumidor e o fornecedor.

² R.FADEN, Ruth; L. BEAUCHAMP, Tom. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986. p. 31.

³ BIONI, Bruno. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro : Grupo GEN, 2020. p. 163.

⁴ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Mesmo que se trate de um contrato de adesão, onde não é possível que haja negociação sobre as cláusulas do contrato, o consentimento está presente visto que é elemento essencial dos contratos e deve existir para que também exista a formação do negócio⁵.

Já na LGPD, diferentemente do que ocorreu no CDC, o legislador expressou claramente a importância do consentimento, sendo esse um dos três pilares fundamentais da Lei⁶. No art. 5º, inciso XII, há o conceito considerado pela legislação: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada⁷.

A liberdade de manifestação da vontade e a informação, como já visto, são elementos essenciais para que o consentimento seja válido. É através desses dois fundamentos que o consentimento pode ser inequívoco.

Ao apresentar o rol de requisitos para o tratamento de dados pessoais - art. 7º - o consentimento está elencado no primeiro inciso. Os requisitos são essenciais para o tratamento de dados pessoais, haja vista que só será legítimo o tratamento que se enquadrar dentro de uma das hipóteses previstas na Lei⁸.

Para dispor dos dados pessoais, o consentimento deve ser dado de forma expressa, seja por escrito ou por qualquer outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. Deve ser expresso mediante as informações fornecidas pelo controlador. As informações foram elencadas no art. 9º, são elas:

Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

- I - finalidade específica do tratamento;
- II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- III - identificação do controlador;
- IV - informações de contato do controlador;
- V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;
- VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e
- VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

⁵ MARIMPIETRI, F. O Sistema de nulidades das cláusulas abusivas no CDC e a revisão de contratos. **Revista do CEPEJ**, [S. l.], n. 8, 2020.

⁶ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p. 20.

⁷ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

⁸ BIONI, Bruno et al (Coords.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p. 131.

As informações são parte essencial do consentimento, tanto que o legislador expressou no parágrafo 1º, do referido artigo, que se as informações não forem fornecidas previamente e com transparência, o consentimento não será válido.

Assim, apesar do consentimento ter sido apresentado de maneira diferente pelo legislador nas duas Leis, ele é essencial para a ultimação da relação de consumo e para o fornecimento de dados pessoais. Tanto para o CDC quanto para a LGPD o consentimento é a manifestação livre da vontade do consumidor/titular expressa mediante as informações claras e necessárias exigidas pelos dois textos legais.

As informações para que se concretize a compra e venda são dadas no estabelecimento em que se firma o contrato. Em geral, as informações essenciais são quanto ao preço e a forma de pagamento.

Já as informações necessárias para o consentimento quanto aos dados pessoais são fornecidas por meio dos documentos de Política de Privacidade de cada uma das redes de farmácias e drogarias que podem ser encontradas *online* em seus sites. É a partir desse documento que o consumidor-titular pode entender o uso de seus dados e as formas de exercer controle sobre esses.

2.1 O uso do consentimento em farmácias e drogarias

Destarte, o consentimento é parte integrante do contrato de compra e venda. É essencial que exista para que possa existir também o negócio jurídico. Portanto, quanto a relação de consumo, ele se verifica presente.

Para o tratamento de dados pessoais, ele pode ou não existir. Mesmo que o consentimento seja um dos pilares da LGPD, ele é uma dentre dez opções de bases legais trazidas pela Lei 13.709/2018 para que seja lícito o tratamento de dados pessoais não sensíveis.

Vale destacar que as dez bases apresentadas no rol do art. 7º são:

1. Consentimento
2. Cumprimento de obrigação legal ou regulatória
3. Execução de políticas públicas, pela administração pública
4. Realização de estudos, por órgãos de pesquisa
5. Execução de contrato ou de procedimentos preliminares
6. Exercício regular de direitos em processos
7. Proteção da vida ou da incolumidade física

8. Tutela da saúde
9. Interesses legítimos do controlador ou de terceiro
10. Proteção do crédito

Logo, por não ser requisito essencial, é necessário verificar se o consentimento é a base legal utilizada pelos estabelecimentos comerciais em análise antes de adentrar no mérito do estudo.

Para tanto, foi realizado exame das políticas de privacidade das principais redes de drogarias e farmácias do Distrito Federal para entender como essas fundamentam o tratamento de dados, já que esse é o documento informativo que possibilita o tratamento de dados pessoais.

A escolha das redes foi feita a partir de um ranking divulgado pela IBEVAR-FIA (Instituto Brasileiro de Executivos do Varejo e a Fundação Instituto de Administração), para o ano de 2020⁹. Dentro da categoria “drogaria e perfumaria”, foram escolhidas as três primeiras redes, são elas: Raia Drogasil, Drogarias DPSP, Farmácias Pague Menos.

Para verificar a relevância das três redes no Distrito Federal, foi realizada pesquisa para levantar o número de lojas. A rede Raia Drogasil possui 98 lojas¹⁰, a rede Drogarias DPSP possui 29 lojas¹¹, e a rede Pague Menos possui 18 lojas¹². Diante do elevado número de lojas dessas redes, justifica-se a relevância dessas no mercado de serviços farmacêuticos no DF.

Quanto ao uso de bases legais para o tratamento de dados pessoais, foi realizado exame das políticas de privacidade das redes supracitadas. Verificou-se que o consentimento - do art. 7º, I - é a base legal utilizada por todas elas.

A rede Raia Drogasil, em atualização recente, incluiu outras bases legais, mas não especificou qual base é utilizada para os diferentes dados¹³. Já as redes Drogaria DPSP¹⁴ e a

⁹ FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO. **Ranking 2020 IBEVAR-FIA**. 2020. Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/192099/1601302814Ranking_2020_-_propagandas_fia.pdf Acesso em: 16 jun. 2022.

¹⁰ DROGASIL. **Nossas lojas**. Disponível em:

<https://www.drogasil.com.br/nossas-lojas?search=distrito%20federal>. Acesso em: 16 jun. 2022.

¹¹ DROGARIAS PACHECO. **Nossas lojas**. Disponível em:

<https://www.drogariaspacheco.com.br/institucional/nossas-lojas>; DROGARIAS SÃO PAULO. **Nossas lojas**. Disponível em: <https://www.drogariasapaulo.com.br/institucional/nossas-lojas>. Acesso em: 16 jun. 2022.

¹² PAGUE MENOS. **Nossas lojas**. Disponível em: <https://www.paguemenos.com.br/nossas-lojas>. Acesso em: 16 jun. 2022.

¹³ RAIÁ DROGASIL. **Política de privacidade**. 2021. Disponível em:

<https://rd.com.br/wp-content/uploads/2021/08/Politica-de-Privacidade.pdf>, Acesso em: 16 jun. 2022.

¹⁴ DROGARIAS PACHECO. **Política de privacidade**. 2020. Disponível em:

<https://www.drogariaspacheco.com.br/privacidade/politica-de-privacidade>; DROGARIAS SÃO PAULO. **Política de privacidade**. Disponível em:

<https://www.drogariasapaulo.com.br/privacidade/politica-de-privacidade>. Acesso em: 16 jun. 2022.

rede Farmácias Pague Menos¹⁵, utilizam o consentimento de forma única para o tratamento de todos os dados pessoais de seus clientes¹⁶.

Desse modo, verifica-se que o consentimento é a principal - quando não a única - base legal utilizada por farmácias e drogarias para o tratamento de dados pessoais. Assim, é imprescindível que esse seja concedido sem vício para que o tratamento seja legítimo. Para tanto, ele deve seguir os requisitos que a Lei exige.

3 A LIBERDADE COMO ELEMENTO ESSENCIAL PARA O CONSENTIMENTO

Um dos requisitos, como já mencionado, é a necessidade de que o consentimento seja livre. Para ser livre, é basilar que não exista uma situação que possa condicionar o consentimento¹⁷.

Portanto, a liberdade é o não condicionamento da escolha a qualquer outra variante além da vontade do indivíduo. Aquele que está consentindo só terá liberdade para tanto se puder escolher entre fornecer ou não os seus dados, e isso não gerar uma situação que possa viciar seu consentimento.

Assim conceituou Mario Viola e Chiara Spadaccini de Teffé¹⁸:

Livre significa que o titular pode escolher entre aceitar ou recusar a utilização de seu bem, sem intervenções ou situações que viciem o seu consentimento. Nessa linha, estabeleceu-se de forma expressa a vedação ao tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento. A respeito dessa característica, mostra-se relevante que se analise a assimetria entre as partes e eventual vulnerabilidade de algum contratante, para se garantir a efetiva validade do consentimento dado.

Desse modo, é importante analisar a assimetria entre as partes que compõem a relação de consumo. A própria Lei 8.078/1990 reconhece tal assimetria, tendo a vulnerabilidade do consumidor como um dos seus princípios. Diz:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

¹⁵ PAGUE MENOS; EXTRA FARMA. **Política de privacidade e-commerce**. Disponível em: https://dpo.privacytools.com.br/policy-view/aZJPqew0x/1/poli%CC%81tica-de-privacidade---e-commerce/pt_B. Acesso em: 16 jun. 2022.

¹⁶ Apesar de estar escrito “e-commerce” nas políticas de privacidade das redes Drograria DPDS e Farmácias Pague Menos, por e-mail, as redes informaram que aplica-se a mesma política para as lojas físicas.

¹⁷ BIONI, Bruno et al (Coords.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p. 132.

¹⁸ *Ibid.*, p. 133.

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

O Código de Defesa do Consumidor reconhece que o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo, o que justifica a sua proteção especial frente ao fornecedor.

Tal vulnerabilidade possui presunção legal absoluta, “não se pode pensar em proteção e defesa ao consumidor sem colocá-lo nesta posição de inferioridade perante os fornecedores de modo geral”¹⁹. Assim, a vulnerabilidade é, em regra, um elemento posto e não um elemento pressuposto²⁰.

Essa vulnerabilidade se estende para o titular visto que, no momento em que esse fornece seus dados pessoais para consumir uma compra, é parte vulnerável diante do controlador que possui poder de barganha maior que o seu.

Tal poder de barganha se assenta na personalização de preços realizada pelo fornecedor dentro dos programas de fidelidade empreendidos por todas as redes de drogarias e farmácias aqui em análise que possuem como pressuposto para a concessão dos benefícios a entrega dos dados pessoais.

3.1 A personalização de preços como condicionante da escolha

Da análise das políticas de privacidade das redes Raia Drogasil, Drogarias DPSP e Farmácias Pague Menos, verificou-se que em todas está expresso o uso dos dados pessoais de seus clientes com a finalidade de utilizá-los em programas de fidelidade. Foram pontuadas como algumas das finalidades:

1. Fornecimento de produtos e serviços de acordo com as preferências de cada cliente.
2. Disponibilização de descontos personalizados de acordo com o perfil de consumo de cada cliente.
3. Disponibilização de descontos especiais vinculados aos programas de fidelidade.

¹⁹ PINTO, Henrique Alves. A vulnerabilidade do consumidor deformada pela ótica subjetiva do intérprete. **Revista de Direito Comercial, empresarial, concorrencial e do consumidor**, v. 13, out-nov/2016, p. 90.

²⁰ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 2. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 33.

A política de preço de cada empresa é feita com base em dois limites: o preço mínimo, sendo este o preço de fábrica, e o preço máximo, sendo esse o definido pela CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos) desde 2003²¹.

A grande diferença entre o mínimo e o máximo estabelecidos permite que as farmácias e drogarias possam personalizar os preços de acordo com o perfil dos seus clientes.

A política de personalização de preços não é uma prática nova. Sobre o assunto expõe Gábor Reketye e Goran Pranjić²²:

The theory and practice of price discrimination have already more than a century old history; it is enough to refer to the book of Pigou in 1920 or Philips in 1981. Many companies have used price discrimination to capture more of the customer's surplus and increase their profit. The simple definition of price discrimination is that it occurs when the seller charges different prices for the same product to a different customer, and the price differences are not backed by cost differences.²³

O advento da sociedade da informação aprimorou a personalização de preços já realizada há mais de um século. Agora, ao coletar os dados pessoais de seus clientes, as empresas podem criar um perfil de consumo e assim, tornar a personalização ainda mais pessoal. Tal técnica, denominada *profiling*, é um registro sobre determinada pessoa que expressa uma imagem completa e abrangente sobre a sua personalidade, como conceitua Laura Schertel Mendes²⁴.

Desse modo, ao fornecer os seus dados, o cliente possibilita a criação do seu próprio perfil de consumo para que assim, seja possível a personalização e a disponibilização de descontos.

Tal disponibilização de descontos, como pode se extrair das políticas de privacidade, só é concedida se o cliente, no momento em que realizar a compra, informar seus dados. Desse modo, a vontade do cliente não é de propriamente fornecer seus dados pessoais, mas de obter o desconto.

²¹ SOUZA, C. M. A. DE.; PARANHOS, J.; HASENCLEVER, L.. Comparativo entre preço máximo ao consumidor de medicamentos e preços praticados na internet no Brasil: desalinhamentos e distorções regulatórias. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 26, n. 11, p. 5463–5480, nov. 2021.

²² REKETYE, G.; PRANJIC, G. Price personalization in the Big Data and GDPR context. **Marketing & Menedzsmen**, [s. l.], v. 54, n. 3, p. 5–14, 2020. DOI 10.15170/MM.2020.54.03.01. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bsu&AN=148898964&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 17 jun. 2022.

²³ Em tradução livre: A teoria e a prática da discriminação de preços já possui mais de um século de história; basta consultar o livro de Pigou em 1920 ou Philips em 1981. Muitas empresas tem usado a discriminação de preços para capturar mais excedentes dos clientes e aumentar seus lucros. A definição simples de discriminação de preços é que essa ocorre quando o vendedor cobra preços diferentes pelo mesmo produto para diferentes clientes, e as diferenças de preço não são respaldadas por diferenças de custo.

²⁴ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor - Linhas gerais de um novo direito fundamental**. Saraiva Educação SA, 2017. p. 55.

O desconto aqui funciona como condicionante do consentimento. Não é possível que o consumidor possa consentir de forma livre em fornecer seus dados se, no momento em que esse se negar a fornecê-los, gerará uma situação em que o prejudicará economicamente.

O consumidor fornece seus dados como um ato-reflexo influenciado pelo preço mais atrativo que, naquele momento, é a alternativa que oferece benefícios imediatos. E é natural que assim ocorra:

Diante de situações nas quais o custo de uma decisão exata é elevado em relação aos benefícios imediatos esperados, as pessoas costumam fazer uma “avaliação subjetiva de probabilidade” usando atalhos mentais para decidir por aproximação. Estes atalhos mentais são denominados na doutrina econômica como heurísticas. Esta forma de agir pode denotar uma conduta racional de simplificação, como exposto acima, ou pode ter como causa o fato de que as pessoas não possuem a informação ou o treinamento necessário para decidir da forma correta.²⁵

De modo consequente, há um vício relativo ao próprio sujeito titular-consumidor impossibilitando o uso do consentimento livre como base legal para o tratamento de dados pessoais coletados pelos estabelecimentos comerciais em análise.

Há vício por não haver liberdade no consentimento ante a própria fragilidade do titular-consumidor perante o fornecedor que possui um espaço de discricionariedade para definir o preço do produto ofertado.

Sendo a real vontade do titular-consumidor a obtenção do desconto, o consentimento para a entrega dos dados, que deveria ser o consentimento posto em primeiro plano, é preterido.

4 NATUREZA DOS DADOS TRATADOS PELA LGPD

A LGPD diferencia duas espécies de dados: dado pessoal e dado pessoal sensível. Ambos estão conceituados no art. 5º, incisos I e II, respectivamente, e a cada um deles é dada a proteção jurídica necessária.

Quanto ao dado pessoal sensível, esse é todo dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Verifica-se, então, quatro grandes categorias de dados pessoais sensíveis: a) dados de origem; b) dados de crença; c) dados corporais - referentes à saúde; d) dados sexuais.

²⁵ FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; RIBEIRO, Rita de Cássia. Racionalidade limitada do consumidor e assimetria de informação. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, n. 1. p. 109-121, jan./jun. 2012. p. 110

A diferença entre as duas categorias de dados pessoais destacadas pelo legislador não é apenas conceitual. A Lei atribui normas distintas para cada uma das categorias com requisitos diversos para atingir a proteção que cada categoria exige.

Dessa forma, as bases para o tratamento de dados pessoais sensíveis é diferente da base de tratamento de dados pessoais. Essa está prevista no art. 11, da Lei 13.709/2018:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
- c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
- d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;
- e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou
- g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

O consentimento ainda figura como base legal, sendo intrínseca à validade do ato, porém aqui recebe outro delineado. O legislador ao exigir que o consentimento do titular deve ser específico e destacado deu maior rigidez em comparação ao consentimento exigido para o tratamento de dados pessoais não sensíveis.

De acordo com a doutrina, o termo “específico” diz respeito à manifestação de vontade em relação aos propósitos determinados pelo controlador previamente. Já o termo “destacado” é relativo a manifestação de vontade dever estar em destaque no instrumento que autoriza o tratamento dos dados.²⁶

²⁶ TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Do Tratamento de Dados Pessoais Sensíveis. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coordenadores). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Indaiatuba, SP: Foco, 2022, p. 126-148

Portanto, tratando-se de dados pessoais sensíveis não basta o consentimento expresso de forma simples como é o caso do tratamento de dados pessoais. O tratamento jurídico diferenciado justifica-se pela potencialidade dos dados. Enquanto os dados pessoais identificam o titular, dados pessoais sensíveis o identificam em uma esfera íntima e particular, e seu conteúdo oferece vulnerabilidade que pode culminar em discriminação.

Há previsão de situações em que o consentimento é relativizado, podendo ser dispensado. São situações relacionadas ao cumprimento de obrigações legais por parte do controlador, garantia da segurança do titular dos dados, prevenção à fraude, execução de políticas públicas, proteção da vida e da segurança física, tutela à saúde.

Mesmo nas situações em que o consentimento é relativizado, é dever do controlador dar publicidade a essas situações para que o titular possa saber com exatidão a finalidade do tratamento de seus dados e poder exercer o controle devido sobre esses²⁷.

4.1 A natureza dos dados tratados por farmácias e drogarias

Um primeiro olhar sobre o dado coletado por farmácias não indica um dado sensível. A entrega do CPF pelo titular não configura um dado sensível por ser esse um dado pessoal simples. Porém, em um segundo momento, verifica-se que o *profiling* formado com base no dado pessoal resulta em um dado pessoal sensível.

O perfil de consumo formado a partir do cadastro de consumidores-titulares apresenta a relação de todos os bens adquiridos no estabelecimento. É sabido que farmácias e drogarias possuem uma vasta gama de produtos. Esses vão de balas e barras de cereais a remédios controlados.

Do *profiling* formam-se dois perfis de dados em razão das suas naturezas distintas. Aqueles referentes ao consumo mas que não incluem medicação - como produtos de bem-estar e beleza - e esses não fornecem dados pessoais sensíveis já que não estão relacionados a qualquer dos 4 grandes grupos previstos em lei para o tipo. Já os dados relacionados ao histórico de compra de medicamentos formam um conjunto de dados sensíveis.

²⁷ GARRIDO, Patricia P. **Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599480/>. Acesso em: 05 set. 2023.

Quanto à origem dos dados pessoais sensíveis relacionados à saúde, Mulder e Tudorica escreveram²⁸:

Personal data are health data when (1) the data are clearly medical data, (2) the data are raw sensor data that can be used in itself or in combination with other data to draw a conclusion about the actual health status or health risk of a person or (3) conclusions are drawn about a person's health status or health risk. This means that, most of the time, data are only health data when they are used or can be used to draw conclusions about a person's health²⁹.

O histórico de medicamentos é um dado que por si só, ou em combinação com outros dados, demonstra o estado de saúde do consumidor-titular. É possível verificar por meio da medicação utilizada quais são as patologias que o indivíduo possui e está tratando. Também é possível tirar conclusões a partir do histórico, como a frequência em que determinada patologia não crônica acomete o titular e as predisposições.

Em razão dessa natureza de dados tratados, farmácias e drogarias deveriam utilizar como base para o tratamento de dados pessoais não somente o consentimento previsto em Lei para os dados pessoais (art. 7º, I, Lei 13.709/2018) mas também o consentimento relativo aos dados pessoais sensíveis do art. 11.

As Políticas de Privacidade das redes aqui em análise não citam o art. 11 e quaisquer dos seus artigos ou incisos. Há menção à existência de dados sensíveis entre os dados tratados, mas não há detalhamento de quais sejam ou aos propósitos concretos do controlador.

O vácuo de informação macula o próprio consentimento que pela norma deve ser informado. A própria ausência de menção ao art. 11 como uma base para o tratamento de dados pessoais sensíveis faz com que os requisitos do consentimento do referido artigo sejam impossíveis de serem concedidos.

Não há especificidade uma vez que não há expresso os objetivos concretos e determinados definidos previamente pelo controlador para o tratamento de tais dados pessoais. Também não há destaque já que o termo que autoriza o tratamento está calcado apenas no art. 7º, da LGPD, que não prevê esse requisito.

²⁸ MULDER, T.; TUDORICA, M. Privacy policies, cross-border health data and the GDPR. **Information & Communications Technology Law**, [s. l.], v. 28, n. 3, p. 261–274, 2019. DOI 10.1080/13600834.2019.1644068. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ufh&AN=138887127&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 5 set. 2023.

²⁹ Em tradução livre: Dados pessoais são dados de saúde quando (1) os dados são claramente dados médicos, (2) os dados são dados brutos de sensores que podem ser usados por si só ou em combinação com outros dados para tirar uma conclusão sobre o estado de saúde real ou risco de saúde de uma pessoa, ou (3) conclusões são tiradas sobre o estado de saúde ou risco de saúde de uma pessoa. Isso significa que, na maioria das vezes, os dados são considerados dados de saúde apenas quando são usados ou podem ser usados para tirar conclusões sobre o estado de saúde de uma pessoa.

Ainda que o tratamento realizado pudesse ter o consentimento relativizado, a previsão da base legal deveria estar expressa em todas as Políticas de Privacidade. Não há tratamento legal sem que haja uma base legal para o seu tratamento. A base deve estar expressa no documento que possibilita tal conduta já que é ele a principal fonte de informação para o titular. A própria ausência de informação macula o consentimento para ambos os tipos de dados previstos na Lei.

Assim, o vício de consentimento quanto aos dados pessoais sensíveis é de ordem objetiva. A ausência de previsão nos termos de Política de Privacidade quanto à base legal do art. 11, da LGPD, causa um vício frontal à Lei e torna o próprio tratamento ilegal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção de dados pessoais tem estreita relação com o direito do consumidor. Ambas as leis possuem caráter econômico e possuem mecanismos de proteção à parte vulnerável da relação jurídica que se estabelece com o tratamento de dados pessoais e nas relações consumeristas.

Como explanado, ambas as situações jurídicas se entrelaçam quando ocorre a entrega de um dado pessoal em um estabelecimento comercial ao se realizar um contrato de compra e venda. “Qual é o seu CPF?” é uma pergunta simples, feita de forma recorrente por farmácias e drogarias, em um primeiro momento parece não implicar em reflexos além dos efeitos produzidos na própria compra.

A LGPD, em vigor desde 2021, iniciou desde a sua promulgação uma corrida das empresas em busca da adequação do tratamento de dados pessoais realizado à Lei.

Assim, farmácias e drogarias criaram suas Políticas de Privacidade a fim de tornar lícito o tratamento realizado. Ocorre que tais políticas são insuficientes para o fim a que se destinam.

Ao escolher como base legal para o tratamento de dados pessoais apenas o consentimento livre, informado e inequívoco, cria-se um duplo impedimento para o tratamento desses dados.

Um impedimento relativo contido na dimensão subjetiva do consumidor que naquele momento se torna o titular tutelado pela LGPD ao ter a entrega do seu CPF como

condicionante para a obtenção de desconto. Essa condicionante macula o requisito da liberdade expresso na própria lei como uma característica essencial do consentimento.

Não há liberdade quando a recusa da entrega do dado gera para o consumidor-titular uma situação onerosa.

Outro impedimento é de ordem objetiva relativa à própria natureza dos dados que são processados a partir do perfil de consumo do titular. Por meio do CPF, cria-se o perfil de consumo que contém informações sobre a medicação utilizada adquirida naquela rede. Essas informações geram um banco de dados de natureza sensível por estarem relacionados à saúde de cada consumidor.

Por essa razão, não é lícito o tratamento de dados que utiliza apenas o consentimento do art. 7º, I, da LGPD, como base legal já que a Lei possibilita o uso dessa base apenas para os dados que não possuem natureza sensível.

O impedimento relativo ao sujeito não é passível de ratificação realizando-se ajustes na política que fundamenta o tratamento de dados pessoais. Sempre que houver a entrega do dado pessoal em razão do desconto, haverá o vício de consentimento.

Caso as farmácias e drogarias passem a oferecer o preço real do medicamento ao invés de ofertarem primeiramente próximo ao teto estabelecido pela CMED para somente ofertarem o preço real após a entrega do CPF, caso ainda haja a entrega do dado, o consumidor o fará sem o impedimento criado pela condicionante.

Quanto ao impedimento objetivo, é possível que o tratamento se torne legal com um ajuste que aprimore os documentos de Política de Privacidade dessas redes para haver a inclusão de base legal adequada prevista no art. 11, da LGPD.

REFERÊNCIAS

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. **Nota Técnica nº 6/2023/CGTP/ANPD**. Brasília, 11 maio 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/nota-tecnica-no-4-2022-cgtp-anpd-farmacia.pdf>. Acesso em: 13. set. 2023.

BIONI, Bruno. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 13. set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13. set. 2023.

DROGARIAS PACHECO. **Política de privacidade**. 2020. Disponível em:

<https://www.drogariaspacheco.com.br/privacidade/politica-de-privacidade>. Acesso em: 16 jun. 2022.

DROGARIAS PACHECO. **Nossas lojas**. Disponível em:

<https://www.drogariaspacheco.com.br/institucional/nossas-lojas>. Acesso em: 16 jun. 2022.

DROGARIAS SÃO PAULO. **Política de privacidade**. 2020.

<https://www.drogariasao paulo.com.br/privacidade/politica-de-privacidade>. Acesso em: 16 jun. 2022.

DROGARIAS SÃO PAULO. **Nossas lojas**.

<https://www.drogariasao paulo.com.br/institucional/nossas-lojas>. Acesso em: 16 jun. 2022.

DROGASIL. **Nossas lojas**. Disponível em:

<https://www.drogasil.com.br/nossas-lojas?search=distrito%20federal>. Acesso em: 16 jun. 2022.

FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986.

FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; RIBEIRO, Rita de Cássia. Racionalidade limitada do consumidor e assimetria de informação. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3, n. 1. p. 109-121, jan./jun. 2012.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO. **Ranking 2020 IBEVAR-FIA**. 2020.

Disponível em:

https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/192099/1601302814Ranking_2020_-_propagandas_fia.pdf Acesso em: 16 jun. 2022.

GARRIDO, Patricia P. **Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva, 2023.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

MARIMPIETRI, F. O Sistema de nulidades das cláusulas abusivas no CDC e a revisão de contratos. **Revista do CEPEJ**, n. 8, 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor - Linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

MULDER, T.; TUDORICA, M. Privacy policies, cross-border health data and the GDPR. **Information & Communications Technology Law**, v. 28, n. 3, p. 261–274, 2019. DOI: 10.1080/13600834.2019.1644068. Disponível em:

<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ufh&AN=138887127&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 5 set. 2023.

PAGUE MENOS; EXTRA FARMA. **Política de privacidade e-commerce**. Disponível em: https://dpo.privacytools.com.br/policy-view/aZJPqew0x/1/poli%CC%81tica-de-privacidade--e-commerce/pt_BR. Acesso em: 16 jun. 2022.

PAGUE MENOS. **Nossas lojas**. Disponível em:

<https://www.paguemenos.com.br/nossas-lojas>. Acesso em: 16 jun. 2022.

PINTO, Henrique Alves. A vulnerabilidade do consumidor deformada pela ótica subjetiva do intérprete. **Revista de Direito Comercial, Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, v. 13, out./nov. 2016.

RAIA DROGASIL. **Política de privacidade**. 2021. Disponível em:

<https://rd.com.br/wp-content/uploads/2021/08/Politica-de-Privacidade.pdf>, Acesso em: 16 jun. 2022.

REKETTYYE, G.; PRANJIC, G. Price personalization in the Big Data and GDPR context.

Marketing & Menedzsmnt, v. 54, n. 3, p. 5–14, 2020. DOI: 10.15170/MM.2020.54.03.01.

Disponível em:

<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bsu&AN=148898964&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 17 jun. 2022.

SOUZA, C. M. A. de; PARANHOS, J.; HASENCLEVER, L.. Comparativo entre preço máximo ao consumidor de medicamentos e preços praticados na internet no Brasil: desalinhamentos e distorções regulatórias. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 26, n. 11, p. 5463–5480, nov. 2021.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Do Tratamento de Dados Pessoais Sensíveis. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Indaiatuba, SP: Foco, 2022. p. 126-148.