ISSN:2594-6153

Dados pessoais sensíveis de saúde e farmácias: desvio de finalidade e os limites da tutela penal

Bruno Nazih Nehme Nassar, Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Santos-SP, Brasil

E-mail: bnnnassar@gmail.com

Resumo: O tratamento de dados pessoais deve observar o princípio da finalidade, vedada sua coleta genérica ou uso incompatível com o propósito informado ao titular. Farmácias brasileiras coletam rotineiramente o CPF de consumidores sob justificativas vagas, dado que, associado à aquisição de medicamentos, revela-se sensível por indicar seu estado de saúde. A pesquisa analisa os riscos dessa prática e a insuficiência da tutela penal brasileira diante do desvio de finalidade, tornando premente o debate a respeito da criminalização específica de condutas violadoras da LGPD.

Palavras-chave: Dados pessoais sensíveis de saúde; Farmácias; Compliance; Responsabilidade penal; Proteção penal insuficiente.

Sensitive personal health data and pharmacies: purpose deviation and the limits of criminal law protection

Abstract: The processing of personal data must comply with the purpose limitation principle, precluding its generic collection or use incompatible with the purpose disclosed to the data subject. Brazilian pharmacies routinely collect consumers national taxpayer ID (CPF) under vague justifications, data which, when linked to medication purchases, proves sensitive by indicating the data subject's health status. This study examines the risks of this practice and the insufficiency of Brazilian criminal law protection in the face of purpose deviation, underscoring the pressing need for debate on the specific criminalization of conduct that violates the LGPD.

Keywords: Sensitive personal health data; Pharmacies; Compliance; Criminal liability; Insufficient criminal law protection.

Introdução

De acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados pessoais (LGPD), todo tratamento de dados pessoais deve estar adstrito a uma finalidade legítima, específica, explícita e informada ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades. É vedado o tratamento de dados de maneira genérica, aleatória e inespecífica. O titular deve saber exatamente o que será feito com seus dados. Trata-se do princípio da finalidade (art. 6, I, LGPD).

É bem sabido que agentes de tratamento comumente utilizam justificativas genéricas para a coleta de quantidade excessiva de dados, especialmente a alegação de que são dados

necessários para “melhorar a qualidade do serviço” [1]. Essa vagueza serve como ensejo para propósitos ocultos na coleta e utilização indevida dos dados.

A prática se tornou comum no contexto de farmácias no Brasil, que solicitam dados pessoais como CPF do consumidor no ato da compra em troca de descontos e personalização de ofertas. Ocorre que, em se tratando de aquisição de medicamentos, o CPF se torna um dado sensível, capaz de identificar o titular e traçar perfil comportamental minucioso quanto a seu estado de saúde.

Apesar da repressão administrativa de diferentes atores sociais, como ANPD, MPF e Procons, percebe-se uma lacuna no que diz respeito à responsabilidade criminal, que poderia inclusive atingir a cúpula empresarial responsável pela tomada de decisão que resulta na violação sistemática da proteção de dados pessoais no Brasil.

Objetivos

Obtemperar quanto aos riscos, consequências e mecanismos de prevenção relacionados ao tratamento de dados pessoais por farmácias sem a estrita observância da base principiológica da LGPD, e como seria possível adaptar a normativa penal para uma proteção penal suficiente quanto ao bem-jurídico tutelado.

Material e Métodos

A metodologia foi eminentemente dedutiva, pautada na análise documental e revisão bibliográfica, incluindo livros, artigos científicos e normas (nacionais e internacionais) atinentes ao tema.

Resultados

O propósito declarado na coleta de dados sensíveis por farmácias é a formação de um perfil de consumo de cada consumidor e alimentar mecanismos de publicidade direcionada. Mas é corriqueiro que essa intenção não seja suficientemente clara para o titular dos dados, que não compreende a exposição que sofre ao ter todo o seu histórico de saúde à disposição de uma farmácia.

A ilicitude na coleta vem comumente acompanhada pela ilicitude na circulação dos dados. Se tornou prática corriqueira o compartilhamento dos perfis de consumidores formados por farmácias com outras empresas, mediante verdadeira comercialização do estado de saúde de um indivíduo. Esse compartilhamento encontra óbice direta no art. 11, §4º, LGPD, que veda

a "comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica", exceto se em benefício do titular e em hipóteses taxativas. Remanesce dúvida quanto à interpretação adequada do dispositivo, que carece de regulamentação pela ANPD.

O potencial compartilhamento atinge grau de ilicitude ainda mais profundo quando ocorre com operadoras de plano de saúde, haja vista que o art. 11, §5º, LGPD, veda a conhecida seleção de riscos (*risk selection*) na contratação. A conduta configura discriminação ilícita.

Na elaboração da Nota Técnica nº 4/2023/CGTP/ANPD, consubstanciada em estudo exploratório e de monitoramento de mercado sobre o tratamento de dados pessoais e sensíveis no varejo farmacêutico e sua adequação à LGPD, a agência mapeou uma baixa maturidade em proteção de dados pessoais nesse setor e uma arquitetura informacional complexa (com múltiplos fluxos e atores envolvidos, nem sempre pertencentes ao mesmo grupo econômico da drogaria) [2].

Discussão

Apesar da existência de programas de *compliance* robustos nas grandes farmacêuticas, a sanção administrativa aparenta ser insuficiente para coibir as condutas ilícitas. A prática se tornou sistêmica e extremamente rentável, compatível com o fenômeno que Zuboff identificou como um "capitalismo de vigilância", no qual a nova matéria-prima da economia se torna a experiência humana em si, traduzida em forma de dados a fim de que um algoritmo possa deles extrair vantagem econômica [3].

É precisamente nessa conjuntura, na qual outros mecanismos de controle do direito se revelam insuficientes, que o direito penal demonstraria seu valor, como *ultima ratio*. Ocorre que inexiste norma penal específica para o vazamento ou compartilhamento ilícito de dados pessoais.

No retrato atual, a conduta se adequaria, no máximo, em tipificações como divulgação de segredo (art. 153, CP), violação de segredo profissional (art. 154, CP) ou mesmo furto, ao equiparar "dado" a um bem com valor econômico (art. 155, §3º, CP). Todos esses enquadramentos, no entanto, representam tentativa de adaptar um ordenamento anacrônico a novas formas de violar bens-jurídicos no plano digital.

A questão também pode ser eventualmente considerada sob a ótica de crimes contra as relações de consumo. O art. 66, CDC, tipifica a conduta de deduzir afirmação falsa ou enganosa sobre produto ou serviço, como o desvio da finalidade proposta ao consumidor quanto ao

tratamento de seus dados. Outrossim, o art. 72, CDC, tipifica impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações sobre ele que constem em bases de dados.

Fato é que inexiste atualmente uma norma penal esculpida especificamente para coibir riscos associados à má-gestão de dados pessoais.

Portugal, comparativamente, ao regulamentar o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) em seu território, por meio da Lei nº 58/2019, tipificou criminalmente a "utilização de dados de forma incompatível com a finalidade da recolha" (art. 46), com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias e penas dobradas se o dado for sensível. Até o art. 54, tipifica diversas outras condutas, incluindo o compartilhamento indevido de dados, a título oneroso ou gratuito (art. 48).

E vai além, responsabilizando criminalmente pessoas jurídicas pelos crimes previstos na seção (art. 54). Outros países do bloco europeu seguem a mesma linha.

Já no Brasil, é bem sabido que a responsabilidade penal de pessoas jurídicas é restrita a crimes ambientais, por opção do constituinte originário (art. 225, 3º, CR) [4].

O direito administrativo sancionador serve, portanto, como a principal via jurídica para atingir a pessoa jurídica na responsabilização por violações à LGPD. A responsabilidade criminal, por sua vez, apenas pode atingir as pessoas físicas que lotam a empresa e foram responsáveis pelo tratamento indevido dos dados.

E não bastassem as lacunas e dúvidas relevantes quanto ao formato dessa responsabilização, a responsabilização em si enfrenta seus desafios. Vazamentos e compartilhamentos ilícitos de dados em massa são condutas que, no mais das vezes, decorrem de falhas estruturais nas políticas da empresa, sob ordem de algum dos dirigentes ou omissão relevante na sua prevenção.

É penalmente relevante a omissão daquele que "tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância" (art. 13, §2º, "a", CP). O reconhecimento de dirigentes de empresas como garantidores apenas reforça a importância de um programa de compliance criminal que delimite papéis, atribuições e mecanismos de prevenção no organograma [5]. O próprio Código define que a responsabilidade por omissão apenas é possível quando o garante "devia e podia agir para evitar o resultado". Se demonstrado que agiu para evitar o resultado ou que a competência estava totalmente fora de sua esfera de atribuição, há aptidão para mitigar sua responsabilidade ou mesmo excluí-la [6].

Conclusões

A pesquisa evidencia que o tratamento de dados pessoais sensíveis por farmácias brasileiras, sob o pretexto de personalização e fidelização, viola reiteradamente o princípio da finalidade e o regime protetivo reforçado destinado aos dados de saúde. A resposta do ordenamento jurídico brasileiro a essas violações tem se concentrado quase exclusivamente na esfera administrativo-sancionadora, no entanto, a gravidade das violações apuradas desde a edição da LGPD sinaliza uma proteção penal insuficiente, com um arranjo normativo calcado em tipos penais anacrônicos e não vocacionados à proteção do dado pessoal enquanto bem jurídico autônomo. Essa opção contrasta com modelos como o português e de outros países do bloco europeu.

Nesse cenário, a responsabilização penal das pessoas físicas dirigentes de farmácias e redes varejistas desponta como via subsidiária, porém relevante, fundada na posição de garante decorrente do dever de cuidado, proteção ou vigilância sobre a política de dados da empresa, o que reforça a necessidade de programas de compliance criminal que atribuam com clareza papéis e responsabilidades quanto ao tratamento de dados sensíveis.

A ausência de tipos penais específicos não deve ser suprida por analogias rasas, sob pena de violação ao princípio da legalidade estrita, o que evidencia a urgência de debate legislativo sobre a criminalização do desvio de finalidade no tratamento de dados de saúde.

Agradecimentos: O primeiro autor gostaria de agradecer ao apoio da CAPES, por viabilizar o estudo e pesquisa através do programa de Mestrado em Direito da Saúde da UNISANTA.

Referências

1. DANTAS, Eduardo; et. al (coords.). Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Sob a Perspectiva do Direito Médico e da Saúde. 1ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.
2. BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Coordenação-Geral de Tecnologia e Pesquisa. Nota Técnica nº 4/2023/CGTP/ANPD: alinhamento de conformidade com a LGPD e sua aplicação no varejo farmacêutico (versão pública da Nota Técnica nº 4/2022/CGTP/ANPD). Brasília, DF: ANPD, 2023. Processo SEI nº 00261.000988/2021-79.
3. ZUBOFF, Soshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. 1ª ed. São Paulo: Editora Intrínseca, 2021.
4. PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em defesa do princípio da imputação subjetiva, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
5. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime. 1ª ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016.

6. SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.