

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

VINICIUS REZENDE MARRA

DANO MORAL COLETIVO POR VAZAMENTO DE DADOS EM REDES SOCIAIS:

Aplicação da Teoria da Reparação Fluida

UBERLÂNDIA

2022

VINICIUS REZENDE MARRA

DANO MORAL COLETIVO POR VAZAMENTO DE DADOS EM REDES SOCIAIS:

Aplicação da Teoria da Reparação Fluida

Trabalho de Conclusão de curso apresentado ao curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, área de ciências sociais aplicadas, da Universidade Federal de Uberlândia, curso necessário para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Keila Pacheco.

UBERLÂNDIA

2022

MARRA, Vinicius Rezende, 1999-

Dano Moral Coletivo por Vazamento de Dados em Redes Sociais: aplicação da teoria da reparação fluida. Vinicius Rezende Marra. 2022.

n. de f.: 19 p.; altura das folhas: 29,7cm.

Orientadora: Professora Doutora Keila Pacheco.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal de Uberlândia, Curso de Bacharelado em Direito, 2022.

VINICIUS REZENDE MARRA

DANO MORAL COLETIVO POR VAZAMENTO DE DADOS EM REDES SOCIAIS:

Aplicação da Teoria da Reparação Fluida

Trabalho de Conclusão de curso apresentado ao curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, área de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal de Uberlândia, curso necessário para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Keila Pacheco.

Aprovado em:

(Professora Doutora Keila Pacheco)

(Data)

(Professor Doutor Almir Garcia Fernandes)

(Data)

(Mestrando Fernando José Resende Caetano)

(Data)

RESUMO

O presente trabalho irá analisar a idoneidade da Ação Civil Pública para promover a reparação coletiva de danos à personalidade em casos de vazamentos de dados em redes sociais, em detrimento das ações individuais, e a aplicabilidade da teoria da reparação fluida (fluid recovery) para aprimorar a operacionalização da fase de execução da ACP. O tema é de suma importância para um direcionamento mais proveitoso dos recursos auferidos em virtude do pagamento do quantum devido em virtude de condenação de empresas a reparação extrapatrimonial do consumidor que tiverem seus dados (não divulgados de forma espontânea) vazados em virtude de alguma violação de segurança dos bancos de dados das referidas companhias, verbas que muitas vezes não chegam a ser apropriadas pelos seus corretos destinatários. A proposta é que esse capital seja destinado a um fundo que sirva para promover o investimento em fortalecimento da fiscalização, prevenção de novos incidentes, bem como a implementação de políticas de conscientização do consumidor quanto ao comportamento adequado e seguro no ambiente digital e de capacitação de empresas para assegurar a inviolabilidade dos dados de seus consumidores.

Palavras-chave: Ação Civil Pública; Dano moral coletivo; Consumidor; Dados; Reparação; Dano extrapatrimonial; reparação fluida; Fiscalização; Prevenção.

ABSTRACT

The present work will analyze the suitability of the Public Civil Action to promote the collective reparation of damages to the personality in cases of data leaks in social networks, to the detriment of individual actions, and the applicability of the theory of fluid recovery to improve operationalization of the execution phase of the ACP. The subject is of paramount importance for a more fruitful targeting of the resources earned as a result of the payment of the quantum due to the conviction of companies to pay off-balance sheet damages to the consumer who had their data (not disclosed spontaneously) leaked due to some violation of security of the databases of the referred companies, funds that many times are not appropriated by their correct recipients. The proposal is that this capital is destined to a fund that serves to promote investment in strengthening inspection, prevention of new incidents, as well as the implementation of consumer awareness policies regarding appropriate and safe behavior in the digital environment and training of companies to ensure the inviolability of their consumers' data.

Keywords: Public Civil Action; Collective moral damage; Consumer; Data; Repair; off-balance sheet damage; fluid recovery; Oversight; Prevention.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	7
2.	PANORAMA NORMATIVO	8
3.	NATUREZA DOS INTERESSES TUTELADOS	10
4.	IDENTIDADE DIGITAL E A PERSONALIDADE NA COLETIVIDADE	12
5.	ANÁLISE DE CASO	14
6.	APLICAÇÃO DA TEORIA DA REPARAÇÃO FLUIDA (<i>FLUID RECOVERY</i>)	18
7.	REFERÊNCIAS.....	20

1. INTRODUÇÃO

Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, WhatsApp e inúmeros outros espaços virtuais compõem hoje a principal forma de interação de milhões de pessoas ao redor do mundo. A denominada sociedade da informação conectou de forma totalmente inovadora os indivíduos, transformando os paradigmas da comunicação pelo simples fato de torná-la mais direta, ágil e ininterrupta do que há poucos anos era possível. As redes sociais atraem multidões não só pelo fato de serem gratuitas para o usuário, mas por representarem o principal *lobby* de troca de informações em escala global da contemporaneidade. Desta forma, torna-se fundamental a adaptação do Direito para acompanhar as novas formas de relações sociais e garantir em todos os espaços a adequada tutela dos direitos aos cidadãos.

Neste trabalho, a proposta é investigar, nessas plataformas de interação, movimentadas economicamente pelo comércio de dados dos usuários, a adequada resposta estatal para um possível extravio destes insumos, diante do posicionamento que aqui se sustentará de que é um prejuízo sofrido de forma coletiva pelos usuários, e, portanto, passível de uma ação de dano moral coletivo. Preliminarmente, para dar seguimento ao que será discutido, é necessário diferenciar dois termos que são comumente utilizados como sinônimos no vulgo, tendo em vista a recorrência com que aparecerão nas próximas páginas deste escrito. Segundo a conceituação brilhantemente colocada na obra de Bruno Ricardo Bioni, há uma distinção entre dados e informações, a despeito de serem tratados de forma sinônima em muitos casos, mesmo em sua própria obra.

De início, cabe destacar que dados e informação não se equivalem, ainda que sejam recorrentemente tratados na sinonímia e tenham sido utilizados de maneira intercambiável ao longo deste trabalho. O dado é o estado primitivo da informação, pois não é algo per se que acresce conhecimento. Dados são simplesmente fatos brutos que, quando processados e organizados, se convertem em algo inteligível, podendo deles ser extraída uma informação. (1)

Na captação, tratamento, venda, revenda e utilização das características de uma massa de pessoas que se encontram conectadas via internet, as redes sociais são apenas um nó de uma trama complexa e intrincada de atores de mercado (*players*), que trabalham diuturnamente para induzir os cidadãos ao consumo. A publicidade evoluiu a níveis antes impensáveis devido à exploração dos dados pessoais, e o que antes era um conteúdo composto de psicologia de

massas lançado em meio impresso ou televisivo na expectativa de que intensificasse o consumo de determinado produto, hoje é uma análise preditiva produzida a partir de um denso aglomerado de informações contextualizadas extraídas a todo momento e fornecidas de forma única para cada usuário das plataformas online. (2)

Desnecessário dizer que para que isso ocorra, a coleta de informações de cada indivíduo adquire um nível de intrusão colossal em todos os aspectos de sua intimidade. A publicidade tem como insumos dados sobre a saúde, desejos, emoções, sonhos, situação financeira, posicionamento político e uma infinidade de outras nuances da personalidade de cada um (3), que, ao ler, compreender e concordar com os termos de uso de uma rede social, vendem para os provedores de aplicação responsáveis por esta, recursos valiosos que movem um modelo de negócio altamente lucrativo baseado no comércio da informação.

Assim pode-se vislumbrar o objeto de estudo deste trabalho, tendo em vista a natureza claramente subjetiva, emocional e anímica que permeia a publicidade e as estratégias de mercado que a coleta de dados pessoais visa atender, compreende-se que o dano decorrente de um possível vazamento desses dados pode afetar, não exclusivamente, mas de forma mais primordial, a honra e a esfera extrapatrimonial como um todo, dentro do conjunto de direitos e interesses do cidadão.

Mas o foco deste escrito, dentro de tudo o que foi levantado até então, é produzir uma análise qualitativa de como o dano moral decorrente de vazamento de dados em redes sociais é tratado pela legislação pertinente, averiguando a natureza dos interesses tutelados nesse tipo de ocorrência (interesse individual homogêneo, coletivo ou difuso). A partir daí, será feita uma análise de caso na qual será relatada uma tentativa de aplicação do dano moral coletivo à problemática do vazamento de dados em rede social e ao fim, verificar-se-á a possibilidade de aplicação da *fluid recovery* (reparação fluida) como uma forma oportuna de reparação pelo dano proveniente desse tipo de ilícito, em virtude das dificuldades operacionais que hoje ainda se encontra na fase executória do processo.

2. PANORAMA NORMATIVO

Informações dos usuários de redes sociais são coletadas instantaneamente e a todo tempo para serem repassadas a uma rede de publicidade que permeia os domínios pelos quais

o internauta navega e permite o cruzamento entre o interesse do indivíduo e os produtos oferecidos pelos anunciantes, que são aqueles que contratam terceiros para realizar tal promoção através das aplicações e fazer que os produtos “persigam” o consumidor em potencial durante sua navegação. Por si só, essa abordagem já parece bastante invasiva, mas o que a torna preocupante de fato, é que o manejo dos dados coletados pode afetar o usuário de maneiras extremamente prejudiciais se não executado de maneira correta, observando o dever de cuidado previsto em lei e o princípio da boa-fé que se espera em relações consumeristas.

Para regular procedimentos como este, o Brasil conta com uma lei específica que disciplina o tratamento e proteção dos dados pessoais no território nacional. Tal diploma é a Lei 13.709, de agosto de 2018, que ainda se encontra em vacância até o ano de 2020. A partir de sua vigência, passam a vigorar dispositivos que preveem a responsabilidade civil direcionada a quem maneja os dados pessoais do consumidor. Previamente, é importante observar que o Marco Civil da internet já disciplinava a responsabilidade dos provedores de aplicação, citados em seu artigo 5, inciso VII, e descritos em seu artigo 15, que podem ser responsabilizados por eventuais falhas na prestação de seus serviços no bojo do artigo 14 do CDC. (4)

No entanto, tornou-se imperiosa a adaptação da legislação brasileira na tentativa de aproximação dos parâmetros internacionais de proteção de dados pessoais, que se tornou uma matéria específica na esfera de abrangência do Direito Digital. Desta forma, bebendo da fonte da GDPR (*General Data Protection Regulation*) é que o legislador brasileiro concebeu a Lei Geral de Proteção de Dados. O que torna o novo regulamento específico mais adequado na tutela da proteção do consumidor pelos danos decorrentes do extravio de seus dados pessoais é a abordagem mais completa e atualizada em relação à responsabilização civil para esta relação jurídica em específico – o tratamento dos dados pessoais, e quem quais são os sujeitos nela envolvidos que devem sofrer a sanção em caso de falha na sua execução. O artigo 42 da lei 13.709/2018 é incisivo nesse ponto, destacando a figura do controlador e do operador de dados enquanto responsáveis pela reparação de “dano patrimonial, **moral**, individual ou **coletivo**, em violação à legislação de proteção de dados pessoais”.

É visível que o dispositivo espelha o que já era previsto no artigo 6º do Código de Defesa do consumidor em seu inciso VI. Isto possibilita, portanto, tratar do que se tem como foco neste artigo, a tutela coletiva dos interesses transindividuais em redes sociais, ante o tratamento displicente por parte dos responsáveis pela segurança dos dados pessoais dos usuários, que pode gerar danos os mais variados aos consumidores deste tipo de serviço. Sendo assim, o que se

pretende, é investigar se é possível a aplicação de danos morais coletivos ao vazamento de dados em redes sociais, e para isso, é imperioso aferir os requisitos para tal ação para então verificar a possibilidade de sua aplicação.

Mais recentemente, a proteção dos dados pessoais dos cidadãos entrou também para a égide de resguardo da Constituição Federal Brasileira através da Emenda Constitucional nº 115, de 2022, que adicionou ao rol dos direitos fundamentais do art. 5º o inciso LXXIX: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, **inclusive nos meios digitais**”. Além disso, a maior parte dos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados entrou em vigor no ano de 2019, regulamentando de maneira específica a proteção dos dados pessoais no território nacional, com exceção das sanções administrativas, que passaram a vigor a partir do ano seguinte.

3. NATUREZA DOS INTERESSES TUTELADOS

O microsistema da tutela coletiva é composto por diversos diplomas, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), a Lei do Mandado de Segurança Coletivo (Lei n.12.016/09) e a Lei do Mandado de Injunção Coletivo (Lei n. 13.300/16). Como pressuposto fático para a requisição do dano moral coletivo, é necessário considerar a categoria dos interesses subjetivos os quais se solicita tutela judicial, podendo ser: a) coletivos em sentido estrito, b) difusos ou c) individuais homogêneos.

Neste intuito, observa-se a seguinte diferenciação: os primeiros, interesses coletivos *strictu sensu*, são aqueles transindividuais e de caráter indivisível, mas cujos titulares são indicáveis pelo fato de pertencerem a um grupo delimitável, ligado por uma relação jurídica estabelecida dentre seus membros. Já nos direitos difusos, isto não se torna possível, visto que os interesses em questão pertencem a todos os indivíduos de um grupo indelimitável, tornando-os não identificáveis e ligados por circunstâncias de fato. (5) Por último, os individuais homogêneos, definidos pelo CDC em seu artigo 81 assim como os demais citados, são os que apesar de serem passíveis de individualização em seu exercício, possuem uma origem comum para os titulares.

Os interesses coletivos são passíveis da tutela coletiva por parte do Estado no bojo da ação civil pública, diploma popularmente chamado de forma homônima (Lei nº 7.347 – Lei da Ação Civil Pública) e vencida está a dissidência jurisprudencial a respeito do cabimento da Ação Civil Pública para a defesa de interesses individuais homogêneos, ficando assente que é um meio idôneo para pleitear a tutela coletiva. Neste sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do manejo da ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos, de modo a afastar a exclusividade da ação civil coletiva prevista no artigo 91 do diploma consumerista (ARE 675945 AGR/SP). O fundamento é a cisão cognitiva que se tem entre o conhecimento da ação e na liquidação da sentença: primeiro se estabelece uma tese jurídica geral que possa estabelecer uma solução homogênea para o litígio, sem margem de distinção entre os casos particulares dos substituídos, e, posteriormente, uma execução onde os direitos são divisíveis e disponíveis, sendo possível tanto a execução coletiva como a individual a ser promovida pelas vítimas, com base nos arts. 91 a 100 do CDC. (6)

É visível, assim, que o interesse na segurança dos dados pessoais dos usuários de redes sociais advém de uma relação entre os titulares individualmente considerados de tal direito subjetivo, que produz uma coesão do grupo formado por tais consumidores que se consolida por estar sob o liame de um mesmo contrato que contém os termos de uso e a política de proteção de dados de qualquer rede social em questão, nos quais os membros leram, compreenderam e **consentiram** com o tratamento de seus dados pessoais. Passam então a figurar como uma coletividade, um núcleo que consome os mesmos serviços de forma gratuita, fornecendo dados pessoais à guisa de remuneração para os provedores de aplicação. Caracteriza-se, por conseguinte, interesse individual homogêneo a segurança e o tratamento responsável dos dados pessoais dos usuários, devendo ser observadas todas as regras técnicas para prevenir vazamentos e consequentes utilizações indevidas por parte de terceiros mal-intencionados.

Não obstante o enquadramento dos interesses subjetivos, conforme foi observado, o entendimento é que o instrumental da tutela coletiva é meio adequado para o pleito dos direitos dos jurisdicionados através do instituto da substituição processual. Nessa linha, a perspectiva que se pretende abordar a seguir é a pretensão de reparação por ação coletiva de danos morais tendo no polo ativo uma comunidade virtual, que segundo se sustentará, é passível de ter seus direitos violados pela negligência dos profissionais de tratamento de dados.

4. IDENTIDADE DIGITAL E A PERSONALIDADE NA COLETIVIDADE

O dano moral não trata, contemporaneamente, da reparação pela dor e sofrimento sofridos pelo titular de direito subjetivo, conforme pregava a doutrina tradicional, mas sim da devida compensação pela violação dos direitos à personalidade, que hoje não encontram como titulares apenas indivíduos, mas também coletividades e mesmo os cidadãos de forma geral. Desta forma de pensar o dano moral é que resulta sua tutela coletiva, tendo em vista que a coletividade apresenta uma personalidade própria que não equivale à soma de valores individuais de seus integrantes, mas forma um feixe único de interesses convergentes, transformando-os no interesse da comunidade. Sendo assim é possível identificar que a segurança dos dados pessoais é um amálgama que protege inúmeros outros interesses coletivos.

Comunidade, na definição encontrada em Bittar Filho, é

uma sociedade localizada no espaço, cujos membros cooperam entre si (com divisão de trabalho), seja utilitaristicamente (para obter melhores, mais eficientes resultados práticos, reais), seja eticamente (tendo em vista valores humanos - familiares, sociais, jurídicos, religiosos etc.). (7)

No âmbito da rede social, pode-se identificar, aliás, não apenas uma comunidade unida por uma relação jurídica com o provedor de aplicação, mas coletividades também unidas por relações de direito e situações de fato que tem seus dados levantados incessantemente.

Exemplos claros de criações de comunidades está em grupos com as mais variadas finalidades no Facebook, muitas vezes representando associações ou mesmo comunidades construídas com base em uma *hashtag* que simboliza seu propósito comum. Grupos no Whatsapp entre familiares, amigos, colegas de trabalho, etc. são de certa forma comunidades que compõem talvez uma das acepções mais contemporâneas do termo, dotadas de simpatia parcial, a qual Rogério da Costa (PUC-SP) faz referência em sua leitura de Hume na análise das redes sociais enquanto formadoras de coletividades, clãs formados através de filtros inteligentes, papel desempenhado pelas mídias sociais. (8)

Pode-se citar ainda como exemplo os fóruns formados no *Reddit* para discussões acerca de quaisquer temas, que reúnem os interessados em torno de comunidades formadas para discussões e para solucionar problemas de forma conjunta. O que se pretende visualizar, com essa exemplificação, é de que forma os usuários dessas plataformas compõem uma comunidade como um todo, mas não apenas isso, que pela própria natureza dos vínculos desenvolvidos dentro desses espaços de interação, os indivíduos passam a integrar comunidades.

Isto é importante para o desenvolvimento do presente trabalho, uma vez que, ainda segundo Bittar Filho, tais comunidades são compostas por valores, que são os fatores culturais que mantêm a coesão destas células da sociedade e que determinam que seus interesses não sejam apenas a colisão das vontades e preferências dos indivíduos, mas parte integrante de uma personalidade própria e que são passíveis da tutela estatal coletiva em uma ação de dano moral coletivo.

Resultam eles, em última instância, da amplificação, por assim dizer, dos valores dos indivíduos componentes da coletividade. Assim como cada indivíduo tem sua carga de valores, também a comunidade, por ser um conjunto de indivíduos, tem uma dimensão ética. Mas é essencial que se assevere que a citada amplificação desatrela os valores coletivos das pessoas integrantes da comunidade quando individualmente consideradas. Os valores coletivos, pois, dizem respeito à comunidade como um todo, independentemente de suas partes. Trata-se, destarte, de valores do corpo, valores esses que não se confundem com os de cada pessoa, de cada célula, de cada elemento da coletividade. (9)

Assim, entram em questão os direitos já reconhecidamente coletivos, como a honra de um grupo em seu aspecto subjetivo ou objetivo, que pode ser alvo de pleitos nocivos em uma época permeada por *fake news* e outras formas de disseminação de conteúdo duvidoso e por muitas vezes malicioso. O vazamento dos dados coletados, como comunicação interna, preferências dos membros, geolocalização, imagens de câmera, gravações de voz, podem produzir efeitos danosos se disponibilizadas de forma inadequada. A publicidade abusiva voltada para estes grupos em virtude de suas particularidades socioculturais é outro exemplo de danos que podem ser produzidos pela tutela inadequada das informações auferidas. Assim, torna-se adequada a extrapolação do *quantum* indenizatório, originalmente aplicado para a reparação individual de dano devidamente comprovado em seu nexos causal, a fim de propor uma reparação para o grupo lesado devido à ingerência no tratamento dos dados pelos provedores de redes sociais, visto como o prejuízo decorrente da ingerência não é somente individual para aqueles que tiveram suas informações extraviadas, mas para a comunidade como um todo.

Ressalta-se, ainda, que o dano moral coletivo não requer uma comprovação de dano por parte do lesado, ônus probatório que se tornaria inviável devido à titularidade dos direitos violados ser de um grupo de pessoas.

Por isso mesmo, a adequada compreensão do *dano moral coletivo* não se conjuga diretamente com a ideia de demonstração de elementos, como perturbação, aflição, constrangimento ou transtorno no plano coletivo. Estabelece-se, sim, a sua concepção, de maneira objetiva, concernindo ao fato que reflete uma violação intolerável do ordenamento jurídico, a atingir direitos coletivos e difusos, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial. (10)

Além disso, o intuito deste tipo de tutela, além da óbvia reparação pelos danos é a da dissuasão quanto à reincidência, e nisto também serve como exemplo da resposta estatal para tal conduta ilícita, e da punição pela atitude reprovável e culposa em sentido amplo (compreendendo dolo e culpa). (11) Feitas essas observações, passa-se então para a análise de caso concreto, no intuito de averiguar como a jurisprudência tem tratado o assunto de vultosa importância para a efetiva garantia dos direitos da personalidade em seu viés coletivo.

5. ANÁLISE DE CASO

Diante das considerações feitas até este ponto, será tomado um caso concreto para ilustrar a gravidade do assunto discutido. No dia 17 de março de 2018, houve um vazamento massivo de dados de usuários do Facebook em diversas localidades do mundo. Segundo dados da Forbes, foram cerca de 50 milhões de pessoas no total (12) e de acordo com a associação brasileira SOS Consumidor, foram 443 mil usuários brasileiros que tiveram seus dados vazados na ocasião.

O Facebook em virtude das proporções globais do alcance de sua plataforma e do vulto de dados que são coletados diariamente de seus membros é muito visada por terceiros que pretendem utilizar-se indevidamente e para diversas finalidades ilícitas das informações que podem ser obtidas através dos insumos que a rede social reúne. No caso deste vazamento mais recente, um dos piores da história da empresa, segundo Kaminsky, serviu para o uso impróprio da empresa de publicidade política, (13) que através de *hackers*, obteve acesso aos *tokens* (chaves de acesso) das contas que tiveram seus dados extraviados (14).

As informações foram utilizadas para fins políticos e influenciaram, segundo informante de dentro da própria empresa, na eleição de Donald Trump no ano de 2016. Assim, foram produzidos anúncios com as hoje conhecidas como *fake news*, de caráter duvidoso e propensas a influenciar pessoas com personalidade mais forte a propagarem esse conteúdo em seus próprios perfis nas redes sociais. (15) Desta forma, emitindo opiniões exaltadas e promovendo debates acalorados acerca dos posicionamentos e atitudes dos candidatos e dando lugar de destaque a eles nas mídias sociais mesmo que despercebidamente. As notícias eram personalizadas de acordo com os usuários e seu perfil levantado de acordo com seus dados nas

redes sociais, e com isto a empresa podia mapear para quais internautas encaminhar os conteúdos aos quais somente estes teriam acesso devido ao seu teor que era feito para provocar reações em cada *persona* (termo utilizado por publicitários de conteúdo para definir um perfil detalhado dos destinatários). (16)

Este tipo de publicidade é cada vez mais comum nos últimos anos e não é considerado ilícito produzir conteúdo propagandístico a partir de dados. No entanto, o que viola flagrantemente o direito do usuário é a forma indébita de obtenção destes insumos. Em solo brasileiro, o ocorrido deu origem a uma ação coletiva que, ao tempo deste escrito, ainda não obteve sentença. A pedido da associação civil citada no início desta seção, os advogados Marcos N.F. Velloza (OAB/SP 117.536) e Mirella C. Fadel (OAB/SP 138.703), sócios da Velloza Advogados, propuseram uma ação coletiva pleiteando danos morais em reparação pelo vazamento de dados pessoais de usuários brasileiros da rede social Facebook que foram disponibilizados de maneira ilícita devido a falha no sistema de proteção do banco de dados da plataforma. As informações a seguir perscrutadas são extraídas da petição inicial feita pelos defensores jurídicos da SOS Consumidor. O relato dos fatos será omitido por já se encontrar exposto acima.

Em sua petição, os advogados iniciam explicitando o cabimento da Ação Civil Pública com base nos dispositivos 81, parágrafo único, I e II, e 82, IV, abrangendo, portanto, interesses difusos e coletivos. Logo a seguir, inicia a fundamentação fática, na qual expõem os números escandalizantes envolvendo o vazamento de dados e reforçam que são informações de conhecimento notório em escala global, de forma que no Brasil haveria milhares de pessoas afetadas de forma prejudicial à sua privacidade. Velloza ressalta, ainda, que o próprio Mark Zuckerberg, CEO da empresa Facebook, teria confessado o ocorrido e assumido responsabilidade pela imprudência em relação à segurança dos dados dos usuários da plataforma, diante do Congresso dos Estados Unidos em outubro de 2018, ficando configurada uma confissão do ilícito em mídia internacional.

Dando sequência, os postulantes tratam de configurar a relação dos brasileiros afetados com a rede social como sendo de natureza consumerista. Refutam, em primeiro lugar, a dúvida existente sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação do Facebook com os usuários, visto que estes utilizam a plataforma de maneira gratuita – e, de fato, no que toca à remuneração em dinheiro, esta inexistente por parte dos membros da rede social. Velloza sustenta, então, que o formato não remunerado de rede social, inicialmente utilizado, fora há

muito, extinto por não ser lucrativo. A partir do momento em que o Facebook se consolida como empresa, seu serviço gratuito ao usuário passa a ser permeado por publicidade, a qual se utiliza de dados que são fornecidos pelos membros da rede e vendidos pela pelos provedores a terceiros anunciantes que desejam ter seus produtos promovidos.

4.4. No entanto, Exa., **o formato foi abandonado**, por não gerar lucros a seu provedor. Posteriormente, com o incremento de usuários, os espaços **foram invadidos pela publicidade** e os provedores passaram a **vender dados, informações e perfis comportamentais dos usuários**.

4.5. No caso da Ré, **sua remuneração ocorre por duas vias principais: a) pela publicidade e b) pela venda de dados, informações e perfis de seus usuários-consumidores**.

4.6. Em função desse evidente faturamento financeiro feito pela Ré a partir de seus usuários, não há mais, atualmente, nenhuma dúvida da incidência do CDC à relação existente entre e Ré e seus usuários. (17, grifo nosso)

São citados ainda, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o REsp 1398985/MG e REsp 1308830/RS, nos quais o Tribunal reconhece a relação provedor-usuário como sendo de consumo, no caso da rede social, sem prejuízo de sua gratuidade, reafirmando a aplicação do CDC aos casos citados e no relatado pelos advogados na petição da ação coletiva. Parte então, Velloza, para a demonstração da ilicitude da conduta do Facebook em sua relação com os consumidores brasileiros. Isto é feito através da invocação da tutela constitucional da dignidade humana e dos direitos da personalidade, alegando que o vazamento dos dados foi uma clara violação da “privacidade, intimidade, honra e imagem” dos cerca de 443.000 brasileiros afetados. Como exposto no presente trabalho, o atentado contra os direitos da personalidade é requisito para a incidência do dano moral coletivo.

Logo após, o que se tem é uma fundamentação ancorada no artigo 14 do CDC para caracterizar o defeito na prestação de serviços por parte do provedor de aplicação que não se atentou para a devida segurança esperada pelo consumidor em relação a seus dados pessoais, causando vício de qualidade por insegurança. Mais adiante, o relato aqui feito será um pouco mais sucinto, visto que o que foi feito consiste em fundamentar legalmente o dano moral coletivo e sua tutela na Ação Civil Pública, além da obrigação civil do causador do dano de repará-lo.

Em seguida, o patrono sustenta a finalidade do pedido de dano moral coletivo, que já se encontra doutrinariamente assente. Reforça, assim, a natureza punitiva do instituto a ser aplicado em tutela judicial e seu caráter dissuasório para o lesante e exemplaridade para a sociedade no geral. Por fim, após fazer citações a respeito da tutela de direitos coletivos e difusos, faz menção ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos, para o qual seria

destinado o *quantum* indenizatório a que seria condenado a parte Ré, salientando que não haveria enriquecimento sem causa das vítimas.

Na fixação da quantia, adiante, observa-se que fica esta função a cargo do juiz, mas os advogados sugerem, com base em critérios objetivamente definidos, um *quantum debeat* que acreditam ser o ideal para a parte que representam, diante das particularidades do caso concreto. Desta forma, através do cálculo feito com base em dados de divulgação aberta na mídia, aferiram que o lucro líquido obtido pela empresa com os usuários brasileiros anualmente seria de 1,5 bilhões de reais, e que o valor da indenização deveria ser tal que pudesse sancionar punitivamente o lesante, conforme preceituado em casos de dano moral coletivo. Cabe dizer que a sentença nesses casos tem eficácia jurídica *ultra partes* em uma ação desse gênero, ou seja, que extrapola as partes litigantes para produzir efeitos para pessoas que podem nem sequer ter conhecimento do processo.

Em primeiro grau de jurisdição, o feito foi julgado improcedente devido ao julgador considerar que não houve conduta comissiva ou omissiva por parte do Facebook que possibilitasse firmar o nexo de causalidade ao evento danoso. O juiz considerou que o extravio dos dados se deu devido a um fato de terceiro: a conduta do cientista de dados Aleksandr Kogan, desenvolvedor do aplicativo externo “This Is Your Digital Life”, que violou os termos da política de privacidade do Facebook ao fornecer os dados coletados para a empresa publicitária Cambridge Analytica, dados estes que foram coletados de forma consentida dos usuários pelo Facebook e compartilhada com o *app* externo através da ferramenta “*facebook login*”. Além do mais, considerou que “o vazamento de dados não adveio de invasão de sistema ou de quebra de sigilo por parte do Facebook nem comportou a transmissão de dados confidenciais ou relativos a operações bancárias das pessoas que mantêm seu perfil cadastrado”, mas que foram dados fornecidos de maneira voluntária e consentida, o que mitigaria seu caráter de privacidade, não implicando o seu vazamento em dano concreto para o usuário (apenas abstrato e hipotético), de modo que a parte autora também não faria jus à indenização por dano moral. (18)

A demanda ainda não foi julgada em caráter definitivo e se encontra em trâmite no Tribunal de Justiça de São Paulo, que decidiu pela anulação da sentença prolatada em julgamento antecipado da lide, considerando necessária dilação probatória devido à sua complexidade, e reconheceu a conexão entre esta e outra ACP proposta pelo Ministério Público no Distrito Federal. Sendo assim, ainda não é possível analisar em concreto o resultado dessa

ação para aplicar a teoria da reparação fluida, mas podemos fazê-lo ainda que em abstrato, considerando que o resultado seja uma sentença de procedência do pedido de danos morais.

A liquidação de sentença, por considerar individualmente os direitos subjetivos dos substituídos processuais, sofreria com dificuldades operacionais. Uma vez definido o valor da reparação para o grupo em nome de qual se pediu a tutela de direito subjetivo, o que se questiona é qual o destino adequado do montante a que foi condenado o réu. Em ações individuais, a parte lesada é o destinatário legítimo e recebe sem maiores problemas o *quantum* indenizatório na fase de execução, mas quando se trata de uma coletividade, muitas das vezes a solução não é tão simples, já que, como suscitado, não está ao alcance, ou mesmo não é sabido por todos os membros do grupo a respeito da ação proposta pelo legitimado, sendo geralmente insuficiente o número de vítimas reconhecidas na sentença de liquidação para esgotar o montante arrecadado a título de condenação. E sobre a garantia da adequada destinação do valor a ser indenizado é que se tratará a seguir.

6. APLICAÇÃO DA TEORIA DA REPARAÇÃO FLUIDA (*FLUID RECOVERY*)

Como forma de conclusão deste trabalho, será abordada aquela aqui se considera a via reparatória mais adequada para a parte lesada em uma ação de dano moral coletivo, e, por conseguinte, também à aplicação específica que se deu a este tema diante do problema do vazamento de dados em redes sociais - a reparação fluida, *fluid recovery* ou *cy-près*. Coloca-se aqui como sendo a alternativa mais desejável porque no Brasil ela não é a única que se apresenta e tampouco a que a legislação dá prioridade no momento da execução de sentença das tutelas coletivas, sendo feita, em um primeiro momento, a individualização daquelas vítimas que têm direito ao crédito, podendo este ser executado individualmente ou coletivamente, e depois, se houver saldo remanescente, esse será destinado ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos (FDD), segundo o que preceitua o Código de Defesa do Consumidor

O assunto é elucidado por João Victor Rozatti Longhi e José Faleiros de Moura Filho, que colocam como tradicionalmente é feita a liquidação e execução em ações coletivas: “ (i) já abordado artigo 97 do CDC, que gera liquidações e execuções individuais; (ii) o artigo 98 do CDC, que suscita liquidações individuais e execução coletiva; (iii) o art. 100 do CDC, que propicia liquidação e execução subsidiárias difusas”. (19)

Esta solução, no entanto, é digna de críticas, visto que restringe o rol de legitimados, anteriormente ampliado para permitir a tutela coletiva, além disso, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, pode até mesmo ser uma violação da proteção do consumidor pretendida pelo Código, uma vez que a individualização dos danos apenas pode ser feita pelas vítimas diretamente, e não pelos legitimados processuais. (20) Isto é um fato recorrente ao se tratar de danos provocados por agentes econômicos de grande porte, como é o ocorrido com o Facebook no caso concreto relatado. No que toca às vítimas brasileiras, o número de lesados pelo evento já chega à casa dos milhares em decorrência da vasta popularidade da rede social no país. Sendo assim, fica evidente que não é provável um número de habilitações individuais suficientes para liquidar de maneira justa os danos para aqueles que sofreram com o vazamento de dados, e mesmo que o fosse, esse volume de casos a serem individualmente considerados provocaria um abarrotamento do judiciário ao ponto de prejudicar a duração razoável do processo, criando a necessidade de uma solução hábil a garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

Nos Estados Unidos, existem outras formas coletivas de compensação, como a redução de preços dos produtos para compensar a comunidade pelos danos causados até que se chegue ao limite do saldo não reclamado, o chamado *disgorgement*, que de fato possui resultados práticos interessantes, mas mesmo no Direito norte-americano não é sempre a primeira *ratio* devido à forte legislação concorrencial que existe no país, protegendo o mercado dos possíveis desequilíbrios decorrentes dessa redução. (21) Também não seria adequada a aplicação do referido *prices rollback* ao tema analisado neste trabalho tendo em vista a gratuidade das redes sociais ao consumidor, o que já descarta a hipóteses de corte de preços.

Assim é que se tem em destaque como sendo fundamental a aplicação da reparação fluida como forma de destinação adequada na indenização coletiva. Baseando-se, em suma, na conversão do montante indenizatório em prol de um fundo para proteção dos interesses lesados em decorrência da culpa do réu, esta solução serve ao seu propósito ao garantir uma aplicação eficaz e justa de um instituto já existente, não possibilitando o enriquecimento sem causa das vítimas, o que pode dar uma maior liberdade para o julgador em estipular um *quantum* mais elevado, extrapolando assim, o que seria destinado individualmente aos cidadãos habilitados a receber a quantia e reforçando de forma contundente a finalidade punitiva do dano moral coletivo. Sob esse argumento é que este autor acredita que a reparação fluida deveria ser privilegiada pela legislação em relação às execuções individuais ou promovidas de forma coletiva para os indivíduos já determinados. Inclusive, na ação coletiva brasileira que se relatou,

os patronos pedem que a indenização seja destinada ao Fundo de Defesa dos Interesses Difusos, o que transparece uma certa imprecisão técnica, tendo em vista que a lei já estabelece uma ordem de prioridade para a destinação do produto da execução (art. 100, parágrafo único, CDC), mas uma atualidade e aprofundamento científico no tema, considerando a intenção de priorizar a reparação fluida em seus pedidos.

O Código de Defesa do Consumidor incorpora a teoria da reparação fluida em seu art. 99 e 100 e em seus respectivos parágrafos, no capítulo em que trata das ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos, o que já denota grande zelo da legislação brasileira no âmbito das ações coletivas na seara consumerista. Neste sentido, este autor acredita que a lei específica (Lei Geral de Proteção de Dados) foi assertiva, destinando também o produto das multas administrativas aplicadas pela ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) ao FDD (art. 52, XI, §5º, Lei 13.709/2018). Devido à relevância do tema e às dimensões que a economia de dados tem tomado no país e no mundo, deveria ser imperativa uma afetação de verbas do Fundo para fortalecer a proteção de dados pessoais a nível nacional, possibilitando o investimento no aparato de fiscalização, na conscientização do consumidor quanto aos seus direitos e quanto ao adequado comportamento em relação ao fornecimento de seus dados pessoais, bem como a capacitação de empresas para salvaguardar os dados de seus consumidores.

7. REFERÊNCIAS

- (1) BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 36
- (2) ANALYTICS, Sas. **Análises Preditivas: o que são e qual sua importância?** Disponível em: https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/predictive-analytics.html. Acesso em: 21 set. 2018.
- (3) BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 29
- (4) CUNHA, Sérgio Luiz Rodrigues da. **A responsabilidade civil sob a ótica do Marco Civil da Internet: o ambiente corporativo**. 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15088&revista_caderno=17. Acesso em: 27 dez. 2018
- (5) DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: Editora Foco, 2018. p. 248.

- (6) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agr Are nº 675945**, Sp. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 12 de março de 2019. Dje. Brasília. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768173738/quinto-agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-quinto-are-675945-sp-sao-paulo>
- (7) Carlos Alberto Bittar Filho. **Dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6183/do-dano-moral-coletivo-no-atual-contexto-juridico-brasileiro>
- (8) COSTA, Rodrigo da. **Por um novo conceito de comunidade: redes sociais, comunidades pessoais, inteligência coletiva**. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-32832005000200003>
- (9) FILHO, Carlos Alberto Bittar. op. cit., 1992. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6183/do-dano-moral-coletivo-no-atual-contexto-juridico-brasileiro>
- (10) FILHO, Carlos Alberto Bittar. op. cit., 1992. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6183/do-dano-moral-coletivo-no-atual-contexto-juridico-brasileiro>
- (11) NETO, Xisto Thiago de Medeiros. **Dano moral coletivo e o valor de sua reparação**. Rev. TST, Brasília, vol. 78, nº 4, out/dez 2012.
- (12) KAMINSKY, Michelle. **Facebook Faces Class Action Over Security Breach That Affected 50 Million Users**. Forbes. 30 de setembro de 2018. <https://www.forbes.com/sites/michellefabio/2018/09/30/facebook-faces-class-action-over-security-breach-that-affected-50-million-users/#45c187ea7b6c>
- (13) KAMINSKY, Michelle. **Facebook Faces Class Action Over Security Breach That Affected 50 Million Users**. Forbes. 30 de setembro de 2018. <https://www.forbes.com/sites/michellefabio/2018/09/30/facebook-faces-class-action-over-security-breach-that-affected-50-million-users/#45c187ea7b6c>
- (14) COLOMÉ, Jordi Pérez. SANDOVAL, Pablo Ximenes de. **Facebook revela que deixou desprotegidos os dados de 50 milhões de clientes**. El País. 28 de setembro de 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/28/tecnologia/1538153776_573711.html
- (15) COLOMÉ, Jordi Pérez. **O pior ano do Facebook**. El País. 2 de dezembro de 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/29/tecnologia/1543505016_151963.html.
- (16) RABELO, Agnes. **Persona: aprenda o que são Buyer Personas e como criá-las**. Rock Content. 5 de maio de 2018. Disponível em: <https://rockcontent.com/blog/personas/>
- (17) MIGALHAS, Redação do. Associação processa Facebook por vazamento de dados de usuários brasileiros: ação pede indenização por danos morais coletivos. Ação pede indenização por danos morais coletivos. 2018. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180420-05.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018.

- (18) LONGHI, João Victor Rozatti. FILHO, José Faleiros de Moura. Dano Moral Coletivo. São Paulo: Editora Foco, 2018. p. 382
- (19) LONGHI, João Victor Rozatti. FILHO, José Faleiros de Moura. op. cit., p. 381
- (20) LONGHI, João Victor Rozatti. FILHO, José Faleiros de Moura. Dano Moral Coletivo. op. cit., p. 384