

COMO INIBIR O ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS NÃO AUTORIZADAS?

Flávio Alves Martins*

RESUMO

Este artigo é uma das análises decorrentes do Projeto de Pesquisa “Proteção e efeitos jurídicos das novas tecnologias” que desenvolvo na Linha de Pesquisa “Relações Privadas Contemporâneas”, na Faculdade de Direito de Campos/UNIFLU. Trata do impacto provocado pelo recebimento de mensagens eletrônicas indesejadas (*spam*) recebidas pela *Internet*, importante inovação tecnológica que provocou uma revolução na comunicação mundial. A prática de envio de *spam*, contudo, tem provocado diversos danos, causando prejuízos econômicos e sociais, além de representar uma clara violação da privacidade do usuário, embutindo um prejuízo patrimonial que nem sempre é notado pela pessoa comum. As grandes empresas e os provedores de *Internet*, entretanto, sofrem com o grande volume de mensagens que circulam na rede e que não possuem nenhum interesse, representando apenas um gasto de tempo e de espaço, além de prejudicar o seu funcionamento. Assim, este artigo apresenta algumas reflexões acerca do tema e soluções para inibir essa prática contemporânea visando, principalmente, a responsabilização dos *spammers*.

PALAVRAS-CHAVE

INTERNET; SPAM; RESPONSABILIDADE.

ABSTRACT

This article is an analysis of the project “Protection and juridical effects on new technologies” which I develop at the Research Line “Contemporary Private Relations”, in Faculdade de Direito de Campos/UNIFLU. Its deals with a research about the effect of

* Mestre em Direito e Doutor em Filosofia. Membro da Comissão de Direito da Comunicação e Informática do IAB. Prof. Adjunto de Direito Civil da FND/UFRJ e do Professor Permanente do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Campos/UNIFLU.

the impact of undesirable electronic messages (*spam*) received through the Internet, the important technological innovation that transformed the world communication. The practice of sending *spam* has caused several economical and social damages besides representing a clear violation of privacy. It also causes damages in properties that are not noticed by the public. The big companies and the Internet service Providers have been suffering with the large amount of irrelevant messages in the network that only represents time and space consuming. The article presents some reflections about the theme and gives solutions to inhibit this contemporary practice, pointing toward the *spammers* the responsibility for it.

KEYWORDS

INTERNET; *SPAM*; RESPONSABILITY.

1. INTRODUÇÃO

A *Internet* é umas das principais inovações tecnológicas das últimas décadas. Provocou uma verdadeira revolução, com destaque no ramo da comunicação, pois possibilita que milhares de pessoas conectadas, por meio de uma rede de computadores, comuniquem-se a qualquer hora e de qualquer parte do mundo pelo envio de mensagens eletrônicas ou por meio de comunicação *on line*.

Outra área beneficiada é a das atividades comerciais, com a abertura de um novo e extenso mercado consumidor. Atentos para isso, os principais empreendedores atendem a essa demanda ao disponibilizar os mais diversos serviços e produtos pela *Internet*.

Contudo, há pessoas que usam a Internet de forma a prejudicar o desempenho da rede e, principalmente, os usuários que se conectam. Uma dessas práticas abusivas é o denominado *spam*, fenômeno cuja expansão ganhou a atenção de vários países.

2. A ORIGEM DO *SPAM*

Das versões à origem da palavra *spam*. A mais aceita é aquela ratificada pela

Request for Comments - RFC 2635, um documento que descreve os padrões de cada protocolo da *Internet*¹. A história acerca do *spam* surge de um produto comercializado, desde 1937, pela empresa americana *Hormel Foods* e que consistia em um enlatado de carne suína cuja denominação era *spiced am*. O grupo *Monty Python*, decidiu fazer um quadro em seu programa de TV² em que uma garçonete descrevendo o cardápio repetia a palavra *spam* várias vezes, pois todos os pratos vinham acompanhados dele. Um grupo de *vikings* da mesa ao lado começa a cantar “*SPAM*” “*SPAM*”. Então, ocorreu que usuários de fóruns de discussão ao receberem mensagens (repetidas e indesejadas) começaram a utilizar o termo. Entretanto, esse termo só ganhou amplitude em 1994 quando dois advogados norte-americanos contrataram um programador para difundir a mensagem de que se propunham a ajudar imigrantes a conseguir o *Green Card* e divulgaram isto a milhares de usuários que participavam de um fórum de discussão. Foi a primeira mensagem enviada em massa. A partir daí, essa prática começou a ser difundida e assim todas as mensagens posteriores que apresentavam o mesmo perfil dessa primeira foram chamadas de *spam*.

3. O QUE É *SPAM*?

O *spam* é o envio de mensagens não-solicitadas realizado por correio eletrônico. Há vários tipos de *spam*. Porém, em sua maioria, essas mensagens são comerciais, de cunho publicitário. Nesse caso, também são chamadas de *Unsolicited Commercial Email* – *UCE* ou Mensagem Comercial Não-Solicitada.

Em pesquisa realizada pela companhia *Commtouch*³, especializada na produção de programas anti-*spam*, os produtos mais oferecidos, com maior incidência, são os medicamentos com cerca de 35,5%. Em seguida, produtos diversos com aproximadamente 12,3%; material informático com 9,5%; pornografia com 8,9%; anúncios oferecendo créditos com 7,4% e outros de produtos financeiros, com cerca de

¹Disponível em:< <http://pt.wikipedia.org/wiki/RFC>>. Acesso em: 10 fev. 2007.

² O programa se chamava *Monty Python's Flying Circus TV Show*. Disponível em: <<http://www.antispam.br/historia/>>. Acesso em: 16 mar. 2007.

³ Disponível em:<<http://Commtouch Reports February Spam Trends: The EU is Taking Over>>. Acesso em: 13 dez. 2005.

7,1%; Viagra, 5,0%; ofertas de emprego, 1,4%; cursos universitários, 1,0% e saúde/bem-estar, 1,0% do tráfego mundial de *spam*.

Outra modalidade de *spam* que vem crescendo em ritmo alarmante é o chamado *phishing*. Essa prática fraudulenta cujo nome deriva do verbo inglês *fish* (pescar) consiste em enganar, ludibriar os usuários a fim de redirecioná-los a *sites* falsos para que forneçam seus dados pessoais ou instalem *softwares* maliciosos. Geralmente, os golpistas reproduzem fielmente nos *e-mails* os *sites* de bancos, instituições financeiras, operadoras de cartão de crédito ou de comércio eletrônico. Segundo Reinaldo Filho uma vez de posse dessas informações, o fraudador as utiliza para fazer saques e movimentações bancárias ou outras operações (em nome da vítima).

Há também o *spam* não-comercial, ou seja, o que não possui conteúdo específico. Pode ser identificado pelas mensagens ditas correntes e os boatos na Internet (em inglês, *hoaxes*). Isso não quer dizer que não possa vir a causar prejuízos a alguém: há boatos que podem denegrir a imagem de um produto ou de um serviço como ocorreu, por exemplo, com a empresa Coca-Cola, em 2003, ao ter que desmentir que o guaraná Kuat não possuía, em sua composição, determinada substância⁴. Tudo porque foi repassado um boato pela *Internet*.

E, por último, existe o *spam* cuja única finalidade é a disseminação de vírus pela Internet. Os computadores, quando infectados, geram muitos prejuízos e incômodos aos usuários e aos provedores de serviços ligados à rede.

Devido ao crescimento dessa prática de *spam*, a figura do remetente acabou ganhando relevância, sendo denominada de *spammer*. Ele, geralmente, utiliza-se de meios escusos para que suas mensagens não sejam identificadas como *spam* e os filtros eletrônicos não as bloqueiem antes de chegar às caixas de mensagens dos internautas.

⁴Disponível em: <<http://informatica.terra.com.br/virusecia/spam/interna/0,,OI195557-EI2403,00.html>>. Acesso em: 23 jan. 2007.

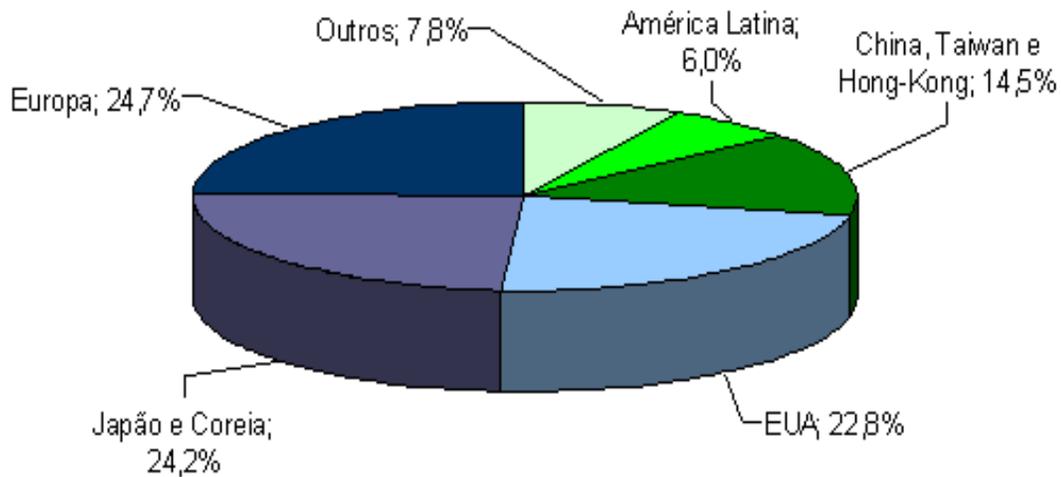
Uma das formas mais comuns de driblar os sistemas de proteção dos correios eletrônicos é colocar no assunto (*subject*) títulos comuns, tais quais “Oi”; “Tudo Bem”. Dessa maneira o *spam* passa despercebido pelos filtros e acaba por invadir as caixas de mensagens e enganam o usuário. Sendo assim, é importante a identificação do *spammer*, visto que, atualmente, o envio de mensagens não-solicitadas pode ser considerado, em muitos países cuja legislação está mais avançada, um ilícito civil e até um ilícito penal. Isto ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, líder mundial na geração de *spam* (com mais de 22%, em 2005). Nesse país, a lei dispõe que o envio de mensagens não-solicitadas, com conteúdo intencionalmente enganoso, pode culminar em multa ou pena prisional.

Nesse ranqueamento seguem-lhe a Coréia do Sul (21,8%), a China (12,5%) e França (4,4%). O Brasil, apesar de ainda não possuir regulamentação sobre *spam*, representa cerca de 3% da produção mundial, evidenciando sua presença nesse tipo de prática lesiva e a necessidade de se legislar sobre o assunto.

Contudo, um dado recente revelou que se verificar-se em qual região no mundo ocorre a maior produção de *spam*, identificar-se-á a Europa, principalmente, em sua parte ocidental. Países como França, Alemanha e Espanha têm aumentado esses índices. Vale dizer que a União Européia possui uma das legislações mais avançadas e rigorosas no combate ao *spam* mas os números impressionam, conforme se observa abaixo⁵:

⁵Disponível em: <<http://Commtouch Reports February Spam Trends: The EU is Taking Over>>. Acesso em: 13 dez. 2005.

Origem do Spam, por região



Fonte: *Comm touch*, Fevereiro de 2005.

4. DANOS CAUSADOS PELO ENVIO DE SPAM

Em pesquisa realizada pela empresa *Message Labs*⁶ constatou-se que por volta de 80% das mensagens enviadas pela *Internet* são *spam*. Transcrevendo esse dado em números, representa um prejuízo de 25 bilhões de dólares gastos anualmente.

No Brasil, de acordo com dados fornecidos pela Associação Brasileira dos Provedores de Acesso, Serviços e Informações da Rede *Internet* (ABRANET) esses gastos chegavam em 2003 a 90 milhões de Reais mensais.⁷

No que tange aos danos materiais, a Cartilha de Segurança para *Internet* (2005), regulamentada pelo Comitê Gestor da Internet – CGI no Brasil, demonstra, de forma clara e concisa, os principais prejuízos ao usuário da rede mundial de computadores. São eles:

⁶ FAULHABER *in* O combate à praga do *spam*. <http://modulo.com.br/commum/docs_iii_pv.jsp?catid=2&objid=4017idiom=o7pág>. Acesso em 20/04/07.

⁷ MARTINS, Flávio Alves. A defesa do consumidor na rede. *In* Revista da Faculdade de Direito de Campos, 2004.

Não-recebimento de e-mails. Boa parte dos provedores de *Internet* limita o tamanho da caixa postal do usuário no seu servidor. Conforme o número de *spams* recebidos o usuário corre o risco de ter sua caixa postal lotada com mensagens não solicitadas. Se isto ocorrer, todas as mensagens enviadas a partir desse momento serão devolvidas ao remetente e o usuário não receberá mais *e-mails* até que possa liberar espaço em sua caixa postal.

Gasto desnecessário de tempo. Para cada *spam* recebido, o usuário necessita gastar um determinado tempo para ler, identificar o *e-mail* como *spam* e removê-lo da caixa postal.

Aumento de custos. Independentemente do tipo de acesso à *Internet* utilizado, quem paga a conta pelo envio do *spam* é quem o recebe. Por exemplo, para um usuário que utiliza acesso discado à *Internet*, cada *spam* representa custo da ligação que ele pagará.

Perda de produtividade. Para quem utiliza o *e-mail* como ferramenta de trabalho, o recebimento de *spams* aumenta o tempo à leitura de *e-mails*, além de existir a chance de mensagens importantes não serem lidas, serem lidas com atraso ou apagadas por engano.

Os provedores de acesso, que são os transmissores de mensagens, também arcam com danos como, por exemplo:

Impacto na banda. Para as empresas e provedores o volume de tráfego gerado por causa de *spams* os obriga a aumentar a capacidade de seus *links* de conexão com a *Internet*. Como o custo dos *links* é alto, isto diminui os lucros do provedor e poderá refletir no aumento dos custos para o usuário.

Má utilização dos servidores. Os servidores de *e-mail* dedicam boa parte do seu tempo de processamento para tratar das mensagens não solicitadas. Além disso, o espaço em disco ocupado por mensagens não solicitadas enviadas para um grande número de usuários é considerável.

Perda de clientes. Os provedores muitas vezes perdem clientes que se sentem afetados pelos *spams* que recebem ou pelo fato de terem seus *e-mails* filtrados por causa de outros clientes que estão enviando *spam*.

Investimento em pessoal e equipamentos. Para lidar com os problemas gerados pelo *spam*, os provedores contratam mais técnicos especializados e acrescentam sistemas de filtragem de *spam*, que implicam compra de novos equipamentos, aumentando os custos do provedor.

Em relação aos danos morais, alguns autores⁸ dissertam que só o fato do *spammer* fazer uso do *e-mail*, que é uma informação pessoal, transmitindo uma mensagem indesejável e não-solicitada, estaria violando o direito à intimidade e à vida privada, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da boa-fé objetiva. E de forma mais contundente, o destinatário pode sofrer constrangimento quando, por exemplo, o *spam* traz conteúdo impróprio como, por exemplo, o pornográfico.

Verifica-se a incidência do dano social pouco citado pela doutrina, mas que também está presente, principalmente em países como o Brasil, onde o acesso à informação não é tão simples. Nota-se que grande parte dos custos utilizados para combater o envio de *spam* é repassado aos usuários. Destarte, aumenta a distância para a classe menos favorecida fazer parte do mundo digital, hoje, tão valorizado, principalmente, pelo mercado de trabalho.

Atualmente, segundo o CGI, o Brasil recebe por mês uma média de cem a duzentas mil reclamações sobre *spams*, procedentes de usuários e provedores de acesso. Por conta disso, o Comitê criou um modelo para analisar o tráfego de *spams* nas redes do país⁹. O modelo será baseado em pontos de prova instalados nas redes e o sistema prevê a implantação de dispositivos de observação de tráfego na *Internet*, com a intenção de medir os pontos de ocorrência de *spam*. Dessa forma, o Brasil pode ter uma estatística própria para avaliar a circulação de *spams*. A iniciativa é a primeira elaborada no Brasil a levar em consideração ocorrências reais de mensagens indesejadas pois, até então, todas as estatísticas eram baseadas em números internacionais ou registradas em reclamações de usuários.

⁸ Vidonho Junior; Silva Neto e Martins.

⁹ Informação disponível em: < www.modulo.com.br >. Acesso em: 14 jul. 2007.

5. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO SPAM

O Congresso Nacional ainda não aprovou lei para regulamentar e punir os danos provocados ao consumidor pelo envio de *spam*, porém existem dispositivos legais que podem ser aplicados ao problema em questão.

No âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil – CF, em seu art. 5º, inciso X, que prevê o direito à privacidade quando diz “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Observa-se que nossa Carta Magna, de forma explícita, assegura ao lesado o direito de ser ressarcido por eventuais danos, sejam eles materiais ou morais.

José Afonso da Silva¹⁰ define privacidade como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”. E relembra do juiz americano Cooly que, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranqüilo, em paz, de estar só: *Right to be alone*.

A doutrina entende que o fato de o *e-mail* pessoal ser utilizado de forma não autorizada, recebendo material que não fora solicitado, representa uma invasão da intimidade e privacidade da pessoa vítima de tal prática. Essa violação torna-se evidente, principalmente com relação ao endereço de *e-mail* que será objeto de *spam*. Para obterem os endereços de correio eletrônico, os *spammers* utilizam-se de técnicas invasivas, como a utilização de *cookies*, que são pequenos arquivos que ficam armazenados no disco rígido do computador do usuário, coletando informações a seu respeito como, por exemplo, o seu endereço eletrônico. Esses explícitos coletores de informações pessoais operam, usualmente, sem o consentimento do usuário. Outras

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Malheiros, 2004, p. 205.

técnicas são a utilização de *softwares* que contenham endereços eletrônicos e de programas de computador chamados *spiders* que vasculham a rede captando endereços de *e-mail*.

Vindonho Júnior destaca no art. 5º CF, os incisos X, XII e XIV, que representam, conjuntamente, o princípio da autodeterminação informativa, que está previsto expressamente na Constituição Portuguesa no seu artigo 35:

- [...] 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.
- 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente.
- 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.
- 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei.
- 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.
- 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.
- 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.

Quer esse princípio que todos tenham sua intimidade respeitada, bem como que possuam livre acesso às informações, principalmente aos seus dados pessoais, no meio eletrônico. Ao contrário disso, o *spam* revela a inobservância desses direitos fundamentais e ainda coloca os indivíduos como alvos de suas próprias informações (principalmente de seus *e-mails*). Diante disso, continua o autor, não se pode negar que a

dignidade humana, tendo como pressuposto a observância dos direitos fundamentais do indivíduo, vem sendo desrespeitada.

A Lei nº 8.078/90 que dispõe acerca da proteção do consumidor é considerada uma das mais modernas sobre o assunto. Logicamente ela será levada em consideração quando o assunto é *Internet*, tendo em vista que o comércio eletrônico está em ascensão, o que aumenta as relações de consumo celebradas por esse meio.

Em relação ao *spam* existem alguns artigos no Código de Defesa do Consumidor (CDC) para os quais devemos atentar. O art. 39, III, dispõe que “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço, considerando tal prática abusiva”¹¹. Por meio desse dispositivo, pode-se configurar o *spam* como um ato abusivo praticado contra o consumidor, uma vez que o *spammer* acaba impondo sua propaganda por meio de um *e-mail* que não foi solicitado. Da mesma forma, podemos caracterizar também uma violação à liberdade individual, principalmente a de contratar, traduzida no princípio da autonomia da vontade. Nesse sentido Lúcia Helena Blum, compara o *spam* publicitário ao envio de cartões de crédito à residência de pessoas que nunca o solicitaram. Com essa prática, as empresas intimidam e compelem o consumidor a contratar o serviço oferecido ou comprar o bem ofertado. O direito fundamental à liberdade individual, portanto, não é observado, sendo necessária a aplicação do art. 5º, II, da CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Ainda sobre a liberdade individual, ressalta-se o art. 6º, II, do CDC que assegura a liberdade de escolha, contemplando, portanto, a autonomia da vontade e constituindo um artifício de proteção ao consumidor, uma vez que lhe assegura a faculdade de receber ou não as mensagens que lhe aprouverem, o que claramente não é respeitado na atualidade, ante o envio de mensagem eletrônica sequer cogitado pelo titular da conta de *e-mail*. O CDC ainda traz a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva no seu art.

11

6º, IV, promovendo, inclusive, pena para quem a promove, nos termos do art. 67. Não se pode deixar de mencionar o art. 43, § 2º, que afirma a obrigatoriedade de o consumidor ser informado por escrito quando da abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo, quando por ele não-solicitada. Assim, podemos concluir ser ilegal a prática dos *spammers* que utilizam cadastros de consumidores, sem realizar nenhuma comunicação de que esse cadastro foi efetuado e, conseqüentemente, sem a anuência de quem recebe o *spam*.

Ademais, o consumidor tem o direito de, ao receber uma mensagem publicitária, poder identificá-la como tal de forma fácil e imediata, conforme o art. 36 do CDC. Porém isso não é o que ocorre no meio eletrônico, onde o usuário se vê atraído por um título de *e-mail*, geralmente vinculado a seus gostos ou a quaisquer outras informações pessoais, ou ainda, por um título disfarçado, como se fosse uma mensagem pessoal (por exemplo, quando no assunto do *e-mail* vem descrito “Olá, lembra de mim?”). Isso são mecanismos que visam impedir que o usuário perceba o caráter publicitário da mensagem, não passando, na verdade, de uma estratégia para garanti-lo como cliente de empresas que abusam do seu direito de promover publicidade.

Vale lembrar que o usuário também se encontra respaldado pelo art. 186 do Código Civil, que pode ser invocado para punir “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”.

6. PROJETOS DE LEI

O primeiro Projeto de Lei dedicado exclusivamente ao problema do *spam* foi o Projeto de Lei n. 6.210/2002, de autoria do então Deputado Ivan Paixão. Esse projeto traz a definição de *spam* como mensagem não-solicitada e estabelece que tais mensagens deverão preencher certas condições como: serem enviadas uma única vez, serem identificadas como tal, conterem a identificação e um endereço eletrônico válido do remetente e oferecerem ao destinatário um procedimento simples de opção pelo não recebimento. Nota-se que o Deputado adotou o sistema *opt-out*, que não traz muitos

benefícios ao usuário uma vez que permite que a mensagem não-solicitada seja enviada pelo menos uma vez. O sistema *opt-out* determina que o *spammer*, ao enviar a mensagem solicitada, deve apresentar ao destinatário um mecanismo que permita que este se retire de tal lista de e-mail, caso ele não deseje mais receber tal tipo de mensagens. Por outro lado, no sistema *opt-in* o usuário opta por entrar num banco de dados para receber determinadas informações, em vez de optar por não recebê-las. Como se pode notar, no sistema *opt-in*, o usuário autoriza o *spammer* a enviar a mensagem, que deixa de ser não-solicitada. Enquanto no *opt-out* o usuário recebe a mensagem e deve notificar ao *spammer* que não deseja mais recebê-la. A doutrina repudia esse sistema, pois considera que o simples envio de uma única mensagem que não foi autorizada pelo destinatário configura o *spam*.

As palavras de Amaro Moraes Silva Neto interpretando o art. 21 do CC¹²:

[...] ao defender nossa privacidade, nossa intimidade, não diz que ela só é inviolável ao depois de uma segunda vez. E é evidente, afinal se nossa privacidade pudesse ser violada uma única vez, como, então, se falar em inviolabilidade? Confesso que não conheço nenhum ilícito (civil, contravencional ou penal) que só seja punido a partir da segunda vez..

Cinco meses depois o mesmo Deputado apresentou outro Projeto de Lei, o nº 7.093/2002, que apresenta algumas disposições que estabelecem que o Poder Público deverá designar uma autoridade à qual caberá a fiscalização e a repressão ao envio indevido de mensagens eletrônicas comerciais bem como à comercialização de listas eletrônicas e a montagem de um banco de dados para cadastrar os usuários que não desejam receber nenhum tipo de mensagem eletrônica comercial.

O Projeto de Lei nº 21/2004, de autoria do Senador Duciomar Costa, inovou no sentido de que foi o primeiro no Brasil a adotar o sistema *opt-in*. Nesse sistema, o usuário opta por entrar em um banco de dados para receber determinadas informações, ou seja, ele autoriza o envio de mensagens. Para Demócrito Reinaldo Filho, esse é o

¹² SILVA NETO, Amaro Moraes. *Spam: abuso de direito ou ilícito civil?*
In: <<http://www.advogado.com/fas/doutrina.html>>. Acesso em: 21 mar. 2006.

melhor sistema para o usuário, uma vez que ele não tem de desperdiçar tempo preenchendo uma resposta ao remetente da mensagem original. O tempo que transcorre entre a resposta negativa do destinatário e o seu efetivo desligamento do banco de dados do remetente, pode ser suficiente para o recebimento de inúmeras outras mensagens indesejadas.

O referido projeto, no entanto, apresenta inúmeras falhas e o destaque fica por conta dos incisos II e III do art. 2º, por considerar como mensagem eletrônica toda aquela que é enviada a partir de computadores instalados no país. Portanto, o *spammer* que não está sediado em território brasileiro ou que se utilizar de um servidor estrangeiro para enviar as suas mensagens não é abarcado por esse projeto. Assim, torna-se questionável a eficiência do sistema *opt-in* nesses termos, pois aquele que utilizar um provedor no exterior poderá enviar inúmeras mensagens mesmo que, para isso, não tenha sido convidado ou autorizado.

Mesmo não havendo uma legislação específica sobre o *spam* no Brasil, os usuários nacionais podem fazer valer seus direitos por meio de legislação existente, visto que essa conduta delituosa transgride diversas normas legais. Pode ser enquadrada como um ilícito civil, pois fere o art. 186 do Código Civil; uma contravenção penal, na medida em que viola o art. 65 da Lei de Contravenções Penais e, ainda, uma prática abusiva contra o consumidor, retratada nos artigos 6º e 39 do Código de Defesa do Consumidor. Além dos citados dispositivos legais, viola também o direito à privacidade, representando, portanto, uma afronta ao documento de maior relevância dentro do nosso ordenamento jurídico. Mesmo não sendo ideais, uma vez que são o reflexo de uma época distinta da dos dias atuais, esses dispositivos fornecem uma proteção ao usuário/cidadão contra essa praga virtual.

7. JURISPRUDÊNCIA

No sistema judiciário brasileiro ainda existem poucas ações decorrentes do envio de mensagens não solicitadas. Conseqüentemente, ainda não se definiu uma linha de decisão dos Tribunais.

Um dos casos notórios relativo ao problema do *spam* foi o julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul. Tratava-se de um agravo de instrumento no qual o agravante buscava a concessão de liminar que lhe foi negada no juízo *a quo*, no sentido de que lhe fosse restabelecida a possibilidade de enviar sua *newsletter* aos seus mais de 15.000 leitores. Eis a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL – TJ AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PROIBIÇÃO DE ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS. *SPAM MAIL*. NAO HAVENDO PROVA NOS AUTOS DO AGRAVO QUE PERMITA CONCLUIR NO SENTIDO DA PRESENÇA DO *FUMUS BONI JURIS*, OU SEJA, DE QUE AS MENSAGENS ELETRÔNICAS NÃO CARACTERIZAM *SPAM MAIL*, RAZÃO POR QUE NAO PODEM SER COIBIDAS, A LIMINAR CAUTELAR PRETENDIDA, PARA VÊ-LAS LIBERADAS, MOSTRA-SE INVIÁVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70003519782, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 19/06/2002).

O relator salientou que o provedor de acesso gaúcho (réu da ação cautelar) também mantinha com os destinatários das *newsletters* relações de consumo e como provedor-fornecedor era seu dever preservá-los contra práticas abusivas, dentre as quais está a de receberem, sem solicitação prévia, qualquer produto ou fornecimento de serviço, de acordo com o art. 39 do CDC.

Afirmando que não havia prova nos autos de que os 15.000 leitores tivessem manifestado interesse em receber tais mensagens eletrônicas, o relator concluiu, em razão disso, que toda mensagem eletrônica, enviada de forma indiscriminada, sem a autorização de seus destinatários, caracterizaria *spam mail*, negando assim, provimento ao agravo.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios há um precedente não muito favorável ao problema do *spam*:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MENSAGENS ELETRÔNICAS INDESEJADAS OU NÃO-

SOLICITADAS. SPAM, ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. INCIDÊNCIA DO CDC AOS NEGÓCIOS ELETRÔNICOS (E-COMMERCE). APRECIÇÃO. PROPAGANDA ABUSIVA OU ENGANOSA. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE CULPA OU DOLO. EXIGÊNCIA. INTANGIBILIDADE DA VIDA PRIVADA, DA INTIMIDADE, DA HONRA E DA IMAGEM. VIOLAÇÃO NÃO DEMONSTRADA.

1. O simples envio de *e-mails* não-solicitados, ainda que dotados de conotação comercial, não configura propaganda enganosa ou abusiva, a fazer incidir as regras próprias do CDC.
2. A eventual responsabilidade pelo envio das mensagens indesejadas rege-se pela teoria da responsabilidade subjetiva.
3. Não há falar em dano moral quando não demonstrada a violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

4. Apelo provido. Sentença reformada.

(Apelação Cível Nº 2004011115154-2, Quarta Turma Cível, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Relator: Desembargador Cruz Macedo, Julgado em 22/08/2005.).

De acordo com os autos, na decisão de primeiro grau a apelante, uma casa noturna, tinha sido condenada a se abster de remeter as mensagens eletrônicas indesejadas, com multa diária no valor de R\$100,00 em caso de descumprimento, e à indenização por danos morais no valor de R\$5.000,00.

O autor (apelado) sustenta que recebia *e-mails* não solicitados contendo propaganda da atividade comercial da ré (apelante). Tais propagandas continham fotos de mulheres com vestimentas vulgares, ou mesmo nuas, em poses sugestivas e sensuais, o que lhe causava embaraços, quando se reunia com seus clientes utilizando seu computador portátil com acesso à *Internet* e até com sua esposa, razão pela qual evitava que ela usasse seu computador pessoal. O autor ainda sustenta que solicitou a retirada de sua caixa de mensagens da lista da empresa, não tendo sido, no entanto, atendido.

Nas razões recursais, a apelante sustentou que os transtornos alegados pelo autor não passam de mero aborrecimento próprio da vida em sociedade, não cabendo, portanto, danos morais. O relator da apelação reformou a sentença monocrática. Apesar de reconhecer a plena aplicabilidade do CDC aos negócios jurídicos entabulados via

Internet, ele não entendeu o caso concreto como uma hipótese de propaganda enganosa ou abusiva, nas suas palavras:

[...] não se pode reconhecer que a propaganda seja abusiva, pois não se apresenta discriminatória de qualquer natureza, não incita à violência, não explora o medo ou a superstição, nem se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, nem desrespeita valores ambientais, nem se mostra apta a induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (art. 37, § 2º, do CDC). Conseqüentemente, inaplicável *in casu* é a regra do art. 39, inciso III, do CDC.

Com relação à indenização por danos morais o relator afirma que o simples recebimento das mensagens indesejadas não evidenciou qualquer dano à imagem do autor. Como o conteúdo das mensagens não dizia respeito ao próprio autor nem a divulgação dizia respeito à sua própria personalidade, não há a configuração da violação dos valores honra e imagem. A mesma conclusão chega o relator ao examinar os valores constitucionais da intimidade e da vida privada, uma vez que não se demonstrou que o recebimento dos *e-mails* indevidos tenha ultrapassado a esfera da estrita intimidade do requerente.

Nota-se que o relator não acompanha o entendimento de certa parte da doutrina que defende que o simples fato do *spammer* fazer uso do endereço de *e-mail*, que é uma informação pessoal, transmitindo uma mensagem indesejável e não-solicitada, constituiria uma violação ao direito à intimidade e à vida privada.

O relator termina seu voto afirmando que o desrespeito à intimidade do autor deve ser analisado sob o enfoque objetivo da inteligência média do ser humano, caso contrário o Judiciário estaria sujeito às mais sensíveis suscetibilidades, próprias de pessoas que destoam completamente no nível médio da sociedade brasileira.

8. CONCLUSÃO

O *spam* provoca diversos danos, causando prejuízos econômicos e sociais, além de representar uma clara violação da privacidade do usuário. Na prática de envio de

mensagens não solicitadas está embutido um prejuízo patrimonial que nem sempre é notado pela pessoa comum, mas o é por grandes empresas e pelos provedores de *Internet* que sofrem com o grande volume de mensagens que circulam na rede e que não possuem nenhum interesse representando apenas um gasto de tempo e de espaço, além de prejudicar o funcionamento de equipamentos.

Por esse motivo, ressaltamos a necessidade e a importância da conscientização sobre o problema do *spam*. Os usuários devem passar a buscar o ressarcimento por seus danos e a responsabilização dos *spammers*, contribuindo, dessa forma, para uma possível inibição do envio de *spam*. Eles também devem ser instruídos a não repassar boatos ou correntes, a evitar fazer cadastros em *sites* que não prometam divulgar os seus dados e a não responder a mensagens de remetentes de *spam*. Tais medidas simples, entre outras, são uma forma de educar o usuário a como se comportar diante desse fenômeno, de modo que sua conduta não venha a estimular ou facilitar essa prática abusiva.

A conscientização deve ser, não só dos usuários, mas também do próprio Poder Judiciário. Uma nova tecnologia não demanda um novo ordenamento, mas uma nova avaliação tecnológica. A solução jurídica existe. Contudo, só poderá ser alcançada se o operador de direito que a colocar em discussão tiver noção da tecnologia de que estiver tratando. Com esse trabalho de conscientização evitaríamos a repetição de julgados que considerem o *spam* uma prática saudável, como ocorreu em Campo Grande no Mato Grosso do Sul¹³; o juízo sentenciou que o *spamming* se compararia à mala direta.

O usuário da *Internet* deve estar atento, pois o *spam* não se limita apenas ao envio de mensagens por *e-mail*; novas formas de *spam* estão surgindo, como por exemplo, o *spam* por celular ou por telefone, que ainda não ganhou força no Brasil, mas que em outros países é bastante expressivo. Nos países desenvolvidos têm se detectado uma forma de envio de mensagens não-solicitadas, que se denominou: *one ring call*. Aqui, computadores utilizam sistemas de discagem automatizados que permitem fazer,

¹³ Processo nº 2001.1660812-9. Disponível em: <http://www.tj.ms.gov.br>

ao mesmo tempo, inúmeras ligações para números aleatórios. O telefone que deu origem à chamada é desconectado logo após a confirmação do primeiro sinal sonoro no aparelho do telefone discado, sem qualquer custo, portanto, para quem faz a ligação, já que ela é interrompida, não se completando. O objetivo aqui não é estabelecer uma comunicação com o destinatário da ligação, mas apenas fazer com que essa fique registrada no histórico do aparelho discado. Assim, o dono do aparelho, ao ver o registro da chamada no seu histórico de chamadas não atendidas, fica tentado a retornar a ligação e quando o faz, acaba ligando para um serviço pago ou para um anunciante comercial qualquer. É fácil imaginar a variedade de problemas e prejuízos que esse tipo de envio de mensagens não-solicitadas provocará caso se equipare ao volume que hoje é enviado por *e-mail*.

Em relação à questão da regulamentação sobre o *spam* a doutrina não é pacífica. Alguns defendem que o caminho certo é a auto-regulamentação, tendo em vista que existem dispositivos na legislação vigente que podem ser aplicados a esse fenômeno e que as legislações específicas dos países que regularam a matéria ainda não foram capazes de deter a expansão do volume de mensagens não-solicitadas na rede mundial de computadores.

Outra parte da doutrina, sendo também esse o nosso entendimento, defende a criação de uma regulamentação que possa disciplinar as peculiaridades do *spam*. Uma vez que a aplicação das normas legais vigentes ao *spamming* está excessivamente condicionada à produção jurídica, seja na forma doutrinária, seja na forma jurisprudencial. Trata-se, portanto, de um exercício interpretativo que vem sendo feito pelos juristas, por meio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito. Assim, se são consideradas aplicáveis tais previsões legais, isso advém de uma discussão, ainda incipiente, da qual acaba dependendo a proteção dos particulares suscetíveis ao recebimento das mensagens indesejadas.

Embora a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil sirvam como aparatos para punir os responsáveis por esse tipo de prática, não estão

adequados à realidade da sociedade de massa do século XXI, que é muito diferente daquela das décadas de 1980 e 1990. Os meios pelos quais são assegurados os direitos violados pelo *spam* não são compatíveis com o nível tecnológico a que chegou o mundo globalizado, sendo necessárias novas garantias para que a privacidade e a liberdade dos particulares sejam respeitadas.

Não devemos esquecer também que, de acordo com nossa tradição jurídica, temos a lei como primeira fonte de Direito, trazendo-nos uma segurança jurídica que atualmente não encontramos quando a matéria é *spam*, pois dependemos exclusivamente da interpretação dos juristas e dos seus conhecimentos sobre a matéria, que é um assunto bastante técnico. A criação de uma lei específica irá contribuir para a difusão do processo de conscientização dos operadores do Direito e também da sociedade, melhorando a eficácia das medidas realizadas para combater esse crescente problema contemporâneo.

Vale ressaltar que é absolutamente necessária a existência de uma cooperação internacional para solucionar a questão do *spam*. Devido a inexistência de fronteiras no âmbito da Internet, nenhuma medida será completamente eficaz se não for realizada em nível internacional. A atuação conjunta de diversos países, especialmente aqueles que mais sofrem prejuízos com o envio de mensagens não-solicitadas, mostra-se essencial para que haja o aprimoramento das formas de combate ao *spam* e para que possamos ter efetivamente uma redução e uma futura inibição desse tipo de prática.

REFERÊNCIAS

CARTILHA de Segurança para Internet parte VI: *SPAM*. Disponível em: <http://www.htmlstaff.org/cartilhaseguranca/cartilha-06-spam.html>>. Acesso em: 2 set. 2005.

FAULHABER, Henrique. O combate à praga do *spam*. Disponível em: <http://.modulo.com.br/commum/docs_iii_pv.jsp?catid=2&objid=4017idiom=o7pág>. Acesso em: 20/04/2007.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/RFC>. Acesso em: 10/02/2007.

<http://www.antispam.br/historia/>>. Acesso em: 16/03/2007.

<http://CommTouch Reports February Spam Trends: The EU is Taking Over>>. Acesso em: 13/12/2005.

<http://informatica.terra.com.br/virusecia/spam/interna/0,,OI195557-EI2403,00.html>>.

Acesso em: 23/01/2007.

www.modulo.com.br

MARTINS, Flávio Alves. A defesa do consumidor na rede. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Anos IV e V. Pp. 141-166. 2003-2004.

MARTINS, Renata de Freitas. Aspectos jurídicos do *spam*. **Advogado.com**, disponível em: <<http://www.advogado.com/fas/doutrina.html>>. Acesso em: 21 mar. 2006.

REINALDO FILHO, Demócrito. A infecção do sistema DNS: a nova modalidade de phishing e a responsabilidade do provedor. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6978>>. Acesso em: 11 dez. 2005.

SILVA NETO, Amaro Moraes. *Spam*: abuso de direito ou ilícito civil? **Advogado.com**, disponível em: <<http://www.advogado.com/fas/doutrina.html>> Acesso em: 21 mar. 2006a.

_____. O *spam* e nossas casas de Justiça. **Advogado.com**, disponível em: <<http://www.advogado.com/fas/doutrina.html>>. Acesso em: 21 mar. 2006b.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VIDONHO JÚNIOR, Amadeu dos Anjos. O *spam* sob a ótica jurídica da dignidade. **Jus Navigandi**, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3798>>. Acesso em 21 mar. 2006.