

SPAM e danos provocados pelo envio de mensagens eletrônicas não autorizadas: apenas auto-regulamentação ou necessidade de lei?

**Flávio Alves Martins
Marcela da Silva Moreira e
Talita Alves Machado**

• Considerações iniciais

Ao completar gloriosos 25 anos de fundação, o Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, por meio de seu presidente, o prof. Francisco Amaral, formulou-me o convite para apresentar um artigo ao Conselho Editorial da sua Revista. Honrado com a empreitada que me foi proposta apresento este pequeno estudo que decorre do projeto de pesquisa por mim coordenador na UFRJ e integrado por alunos bolsistas do CNPq e que tem por objetivo tratar de um tema relevante em nossa prática social hodierna. Não pretende esgotar o assunto mas, apenas, provocar o debate acerca da função social do Direito que não pode deixar de refletir acerca de temas que a tecnologia nos apresenta diariamente em uma sociedade mundializada.

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 do dia e de qualquer parte do mundo, seja pelo envio de mensagens eletrônicas ou por meio de *chats* virtuais.

Outra área beneficiada com a popularização da *Internet* é a das atividades comerciais, com a abertura de um novo e extenso mercado consumidor. Atentos para isso, os principais empreendedores buscaram atender a essa demanda e encontram-

se disponíveis na *Internet* os mais diversos tipos de serviços e produtos.

Contudo, algumas pessoas fazem uso da *Internet* de forma a prejudicar o desempenho da rede e, principalmente, aos milhares de usuários que se conectam. Uma dessas práticas abusivas corresponde ao denominado *spam*, fenômeno cuja expansão vem crescendo e ganhando a atenção dos países onde o uso da *Internet* é realidade.

• A origem do *spam*

Existem diversas versões no que tange à origem da palavra *spam*. A mais aceita é aquela ratificada pela RFC 2635. RCF (na língua inglesa *Request for Comments*) é 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 de comediantes ingleses Monty Python na década de 70 decidiu fazer um quadro em seu programa de TV² onde uma garçonete descrevendo o cardápio para um casal, repetia a palavra *spam* várias vezes, pois todos os pratos vinham acompanhados deste. Um grupo de vikings da mesa ao lado começa a cantar “*SPAM*” “*SPAM*” “*SPAM*”. Então, ocorreu que usuários de fóruns de discussão ao receberem mensagens (repetidas e indesejadas) começaram a utilizar o termo.

¹Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/RFC>. Acesso aos 10/02/2006.

²O programa se chamava “Monty Python’s Flying Circus TV Show”. Disponível em: <http://www.antispam.br/historia/>. Acesso aos 16/03/2006.

Entretanto, este termo só ganhou amplitude em abril de 1994 quando dois advogados norte-americanos contrataram um programador para difundir a mensagem de que se propunha 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 desse momento, esta prática começou a ser difundida e assim todas as mensagens posteriores que apresentavam o mesmo perfil desta primeira foram chamadas de *spam*.

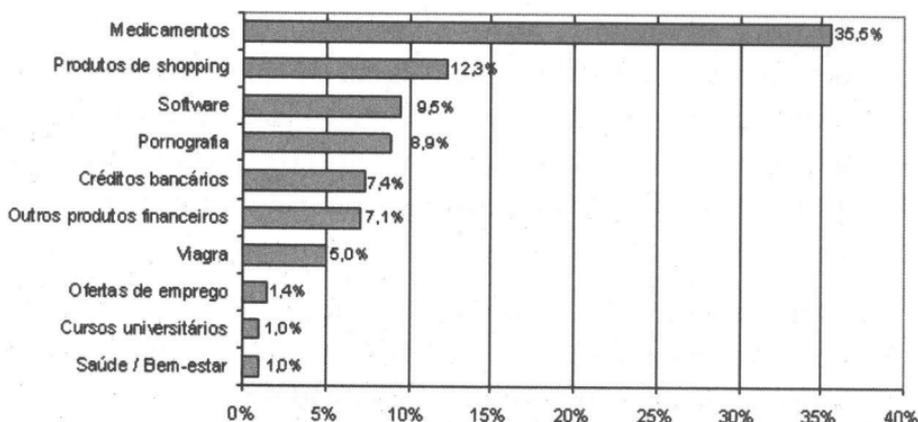
- O que é *spam*?

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

Em recente pesquisa realizada pela companhia especializada *CommTouch*³, 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%; depois propagandas de material informático com 9,5%; pornografia com 8,9%; anúncios oferecendo créditos (com 7,4%) e outros de produtos financeiros, com cerca de 7,1% do tráfego mundial de *spam*.

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

Principais categorias de mensagens de spam a nível mundial



Fonte: *Com & touch*, Fevereiro de 2005.

Outra modalidade de *spam* que vêm crescendo em ritmo alarmante é o chamado *phishing*. Esta prática fraudulenta cujo nome deriva do verbo inglês *fishing* (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 Demócrito Reinaldo Filho⁴ “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 os *spams* não comerciais, ou seja, aqueles que não possuem conteúdo específico. Podem ser facilmente identificados pelas mensagens ditas correntes e os boatos na *Internet* (em inglês, *hoaxes*). Isso não quer dizer que não possam

⁴ 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 aos 11/12/2005.

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 substância⁵. Tudo porque foi repassado um boato pela *Internet*.

E por último, existem ainda os *spams* 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.

Cabe salientar que 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.

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 os *spams* passam despercebidos pelos filtros e acabam por invadir as caixas de mensagens e enganam o usuário.

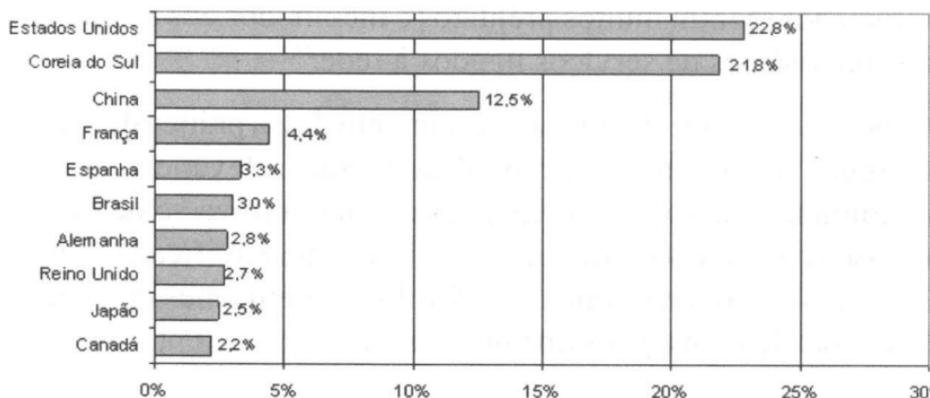
Sendo assim, é importante a identificação do *spammer*, visto que, atualmente, o envio de mensagens não-solicitadas pode ser considerado, em muitos países cuja legislação está mais avançada, um ilícito civil e até um ilícito penal. Isto ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, líder mundial na geração de *spam* (com mais de 22%). Nesse país, a lei dispõe que o envio de

⁵ Disponível em: <http://informatica.terra.com.br/virusecia/spam/interna/0..01195557-EI2403,00.html>. Acesso aos 13/12/2005.

mensagens não-solicitadas, com conteúdo intencionalmente enganoso, pode culminar em multa ou pena prisional.

O Brasil, apesar de ainda não possuir regulamentação sobre *spam*, representa cerca de 3% da produção mundial, evidenciando sua contribuição neste tipo de prática lesiva e a necessidade de se legislar sobre o assunto.

Origem do *spam*, por país

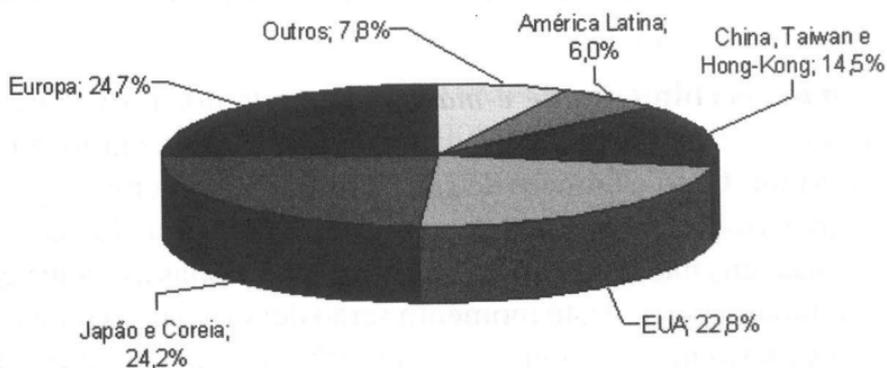


Fonte: Commtouch, Fevereiro de 2005.

Contudo, um dado recente revelou que se verificarmos qual região no mundo ocorre a maior produção de *spam* identificaremos a Europa, principalmente, em sua parte ocidental. Países como a França, a Alemanha, Espanha e Reino Unido têm aumentado esses índices. Vale dizer que a União Européia possui uma das legislações mais avançadas e rigorosas no combate ao *spam* e mesmo assim estes números só vêm crescendo, conforme se observa no gráfico abaixo⁶:

⁶ Disponível em: <http://Commtouch Reports February Spam Trends: The EU is Taking Over>. Acesso aos 13/12/2005.

Origem do Spam, por região



Fonte: *Com # touch*, Fevereiro de 2005.

· Danos causados pelo envio de SPAM

Em recente pesquisa realizada pela empresa Message Labs constatou-se que por volta de 80%⁷ das mensagens enviadas pela *Internet* são *spam*. Transcrevendo este dado em números, representa um prejuízo de 25 bilhões⁸ de dólares gastos anualmente.

No Brasil, de acordo com dados fornecidos pela ABRANET (Associação Brasileira dos Provedores de Acesso, Serviços e Informações da Rede *Internet*) estes gastos chegam, aproximadamente, a 90 milhões de Reais mensais.

No que tange aos danos materiais, a Cartilha de Segurança para *Internet*⁹, regulamentada pelo Comitê Gestor da *Internet* no

⁷ Faulhaber, Henrique. O combate à praga do spam. Disponível em: http://www.modulo.com.br/comum/docs_iii_pv.jsp?catid=2&objid=401&idiom=0&pág. Acesso aos 20/08/2005.

⁸ Faulhaber, Henrique. O combate à praga do spam. Disponível em: http://www.modulo.com.br/comum/docs_iii_pv.jsp?catid=2&objid=401&idiom=0&pág. Acesso aos 20/08/2005.

⁹ Cartilha de Segurança para Internet - Parte VI: SPAM. Disponível em: <http://www.htmlstaff.org/cartilhaseguranca/cartilha-06-spam.html>. Acesso aos 02/09/2005.

Brasil, demonstra de forma clara e concisa os principais prejuízos ao usuário da rede mundial de computadores. São eles:

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

o **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;

o **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 alguns segundos a mais de ligação que ele estará pagando;

o **perda de produtividade**. Para quem utiliza o e-mail como uma ferramenta de trabalho, o recebimento de *spams* aumenta o tempo dedicado à tarefa de 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:

o **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 muitas vezes pode refletir no aumento dos custos para o usuário;

o **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;

o **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*;

o **investimento em pessoal e equipamentos**. Para lidar com todos os problemas gerados pelo *spam* os provedores necessitam contratar mais técnicos especializados e acrescentar sistemas de filtragem de *spam*, que implicam na compra de novos equipamentos. Como consequência os custos do provedor aumentam.

Em relação aos danos morais, muitos autores¹⁰ dissertam que só o fato do *spammer* fazer uso do *e-mail*, que é uma informação pessoal, transmitindo uma mensagem indesejável e não-

¹⁰ Amadeus dos Anjos Vidonho Júnior. "O *spam* sob a ótica jurídica da dignidade". 3. O Direito e o Spam. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3798>. Acesso aos 21/03/2006. Amaro Moraes e Silva Neto. "Spam: abuso de direito ou ilícito civil?" – p. 3. Disponível

solicitada, estaria violando o direito à intimidade e à vida privada, ambos previstos na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, 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 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.

Apenas para constar, atualmente, o CGI Brasil recebe por mês uma média de 100 mil a 200 mil reclamações sobre *spams*, procedentes de usuários e provedores de acesso. Por conta disso, o Comitê Gestor da Internet criou um modelo para analisar o tráfego de *spams* nas redes do país¹¹. 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 terá, até o fim do ano, 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, já que até então

em: <http://www.advogado.com/fas/doutrina/spamabusododireitoouilicitocivil.doc>. Acesso aos 21/03/2006.

Renata de Freitas Martins. "Aspectos jurídicos do spam" – p. 4. Disponível em: <http://www.advogado.com/fas/doutrina/aspectosjuridicosdosпам.doc>. Acesso aos 21/03/2006.

¹¹ Informação disponível em: www.modulo.com.br. Acesso aos 14/07/2006.

todas as estatísticas eram baseadas em números internacionais ou registradas em reclamações de usuários.

· Legislação aplicável ao Spam

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

o Constituição Federal Brasileira

No âmbito constitucional há o art. 5º, inciso X, que prevê do direito à privacidade¹². 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 Silva 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”¹³. O autor ainda lembra 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 do *e-mail* pessoal ser utilizado de forma não autorizada, recebendo material que não fora

¹² Art. 5º, CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - 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;”

¹³ José Afonso da Silva. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 23ª edição, p. 205.

solicitado, representa uma invasão na intimidade e privacidade da pessoa vítima de tal prática. Esta 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 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*.

Para Amadeus dos Anjos Júnior¹⁴ os incisos X, XII e XIV¹⁵ do art. 5º da CF representariam, conjuntamente, o princípio da autodeterminação informativa, que está previsto expressamente na Constituição Portuguesa no seu artigo 35¹⁶. Quer este princípio que todos tenham sua intimidade respeitada, bem como que possuam livre acesso às informações, principalmente aos

¹⁴ Amadeus dos Anjos Vidonho Júnior. "O *spam* sob a ótica jurídica da dignidade". Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3798>. Acesso aos 21/03/2006.

¹⁵ Art. 5ºCF: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

X - 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: (...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;".

¹⁶ Art. 35º (Utilização da Informática), Constituição da República Portuguesa:

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.

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 seu e-mail). 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.

o Código de Defesa do Consumidor

Em 11 de março de 1991 entrou em vigor no Brasil a Lei nº 8.078/90 que dispõe sobre a proteção do consumidor e que é considerada uma das mais modernas no assunto. Logicamente ela será levada em consideração quando o assunto é *Internet*, tendo em vista que o comércio eletrônico está em ascensão, aumentando as relações de consumo celebradas por este meio.

Em relação ao *spam* existem alguns artigos para os quais devemos atentar. Primeiramente, o artigo 39, inciso III¹⁷,

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 proteção, 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 proteção 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 proteção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.

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. Por meio deste dispositivo já podemos 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. Neste sentido salienta Lúcia Helena Blum, quando 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, inciso II, da CF¹⁸.

Ainda sobre a liberdade individual, podemos ressaltar o art. 6º, II¹⁹, 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*.

¹⁷ Art. 39, CDC: "É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)

III – enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;"

¹⁸ Art. 5º, CF: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"

¹⁹ Art. 6º, CDC: "São direitos básicos do consumidor: (...)

O CDC ainda traz a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva no seu art. 6º, IV, promovendo inclusive pena para quem a promove, nos termos do art. 67.

Não podemos deixar de mencionar o art. 43, parágrafo 2º, que afirma que o consumidor deverá 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 se utilizam de 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?”). Isto 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 de 2002 que pode ser invocado para punir “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência

ou imprudência, violar direito e causar dando a outrem, ainda que exclusivamente moral”.

o Lei de Contravenções Penais

Conforme Amaro Moraes da Silva Neto, pode-se invocar a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688/41) para a defesa contra o *spam*. Nesta lei encontramos dentro do capítulo VII, que trata das contravenções penais relativas à polícia de costumes, o art. 65 que tipifica a contravenção denominada de perturbação da tranqüilidade: “Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranqüilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.”

O *spam* encaixaria-se nesta tipificação legal, uma vez que o *spammer* possui o *animus* doloso, pois quando envia as suas mensagens não solicitadas, sabe, de antemão, que as despesas da correspondência eletrônica serão rateadas pelos destinatários de tal mensagem que nem sequer desejam recebê-la. Evidencia-se que a tranqüilidade pessoal aqui tutelada, que implica em paz, sossego e ausência de incômodos, é ofendida pelo *spammer*, tendo em vista que o envio destas mensagens incomoda quem as recebe, lotando suas caixas de *e-mail*, e tirando a tranqüilidade e o bom andamento das atividades corriqueiras.

Segundo esse autor “a tutela legal da tranqüilidade pessoal não guarda limites. Se a princípio protegia de barulhos e fumaça, hoje nos protege de outras intrusões à nossa privacidade, inclusive na *Internet*, uma vez que o meio para a consumação da contravenção pode ser qualquer um”. Para este autor a conduta do *spammer* encontra-se resplandecentemente enquadrada na figura capitulada pelo artigo 65 da LCP.

o Projetos de Lei

O primeiro Projeto de Lei dedicado exclusivamente ao problema do *spam* foi o PL n° 6.210/2002 de autoria do então Deputado Ivan Paixão. Este PL 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*²⁰ que não traz muitos benefícios ao usuário uma vez que permite que a mensagem não solicitada seja enviada pelo menos uma vez. A doutrina repudia este sistema, pois considera que o simples envio de uma única mensagem que não foi autorizada pelo destinatário já configura o *spam*. Nas palavras de Amaro Moraes e Silva Neto:

“O Código Civil (no seu art. 21), 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 que recebeu o n° 7.093/2002. Trata-se de uma redação muito semelhante à da primeira proposta. Entretanto algumas

²⁰ 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

disposições foram acrescentadas como aquela que estabelece que o Poder Público deverá designar uma autoridade à qual caberá a fiscalização e a repressão ao envio indevido de mensagens eletrônicas comerciais e 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 PL nº 21 de 02 de março de 2004 de autoria do Senador Duciomar Costa, inovou no sentido de que foi o primeiro Projeto de Lei no Brasil a adotar o sistema *opt-in*. Neste sistema o usuário opta por entrar em um bancos de dados para receber determinadas informações, ou seja, ele autoriza o envio de mensagens. Para Demócrito Reinaldo Filho este é o melhor sistema para o usuário, uma vez que este não tem que 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.

Entretanto este Projeto apresenta inúmeras falhas. A mais grave talvez, encontra-se nos incisos II e III do art. 2º, ao 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 este Projeto de Lei. Assim, torna-se questionável a eficiência do sistema *opt-in* nestes termos, pois aquele que utilizar um provedor no exterior poderá enviar inúmeras

o *spammer* a enviar a mensagem , que deixa de ser não solicitada. Enquanto que no *opt-out* o usuário recebe a mensagem e deve notificar ao *spammer* que não deseje mais recebê-la.

mensagens mesmo que para isso não tenha sido convidado ou autorizado.

Apesar de ainda não existir uma legislação específica sobre o *spam* no Brasil, os usuários nacionais podem fazer valer seus direitos por meio de legislação existente, visto que esta conduta delituosa transgride diversas normas legais. Pode ser enquadrada como um ilícito civil, pois fere o art. 186 do CC; 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 CDC. Além destes, viola o direito à privacidade assegurado no art. 5º, X, da Carta Magna, 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.

· **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 DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL – TJ ACAO CAUTELAR INOMINADA. PROIBICAO DE ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS. SPAM MAIL. NAO HAVENDO PROVA NOS AUTOS DO AGRAVO QUE PERMITA CONCLUIR NO SENTIDO DA PRESENCA DO FUMUS BONI JURIS, OU SEJA, DE QUE AS MENSAGENS ELETRONICAS NAO CARACTERIZAM SPAM MAIL, RAZAO POR QUE NAO PODEM SER COIBIDAS, A LIMINAR CAUTELAR PRETENDIDA, PARA VE-LAS LIBERADAS, MOSTRA-SE INVIAVEL. 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 N° 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 sendo 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 Código de Defesa do Consumidor 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 (Artigo 37, parágrafo 2º, do CDC). Conseqüentemente, inaplicável *in casu* é a regra do Artigo 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 doutrina²¹ que defende que o simples fato do *spammer*

²¹Amadeus dos Anjos Vidonho Júnior. “O *spam* sob a ótica jurídica da dignidade”. 3. O Direito e o Spam. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3798>. Acesso aos 21/03/2006.

Amaro Moraes e Silva Neto. “Spam: abuso de direito ou ilícito civil?” – p. 3 Disponível em: <http://www.advogado.com/fas/doutrina/spamabusodeditoouillicitocivil.doc>. Acesso aos 21/03/2006

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 a infrigência à intimidade do autor deve ser analisada 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.

• 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 seu funcionamento.

Por este 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, desta 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 deste fenômeno, de modo que sua conduta não venha a estimular ou facilitar esta prática abusiva.

A conscientização deve ser, não só dos usuários, mas também do próprio Judiciário. Segundo Amaro Moraes e Silva Neto “uma nova tecnologia não demanda um novo ordenamento jurídico, mas uma nova avaliação tecnológica. A solução jurídica existe. Porém ela 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 Sul²²; 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 tem 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, 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

²² Processo nº 2001.1660812-9. Disponível em: <http://www.tj.ms.gov.br>

interrompida, não se completando. O objetivo aqui não é estabelecer uma comunicação com o destinatário da ligação, mas apenas fazer com que esta 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 este 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 este 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, isto 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 este tipo de prática, não estão adequados à realidade da sociedade de massa do século XXI, que é muito diferente daquela das décadas de 80 e 90. 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 esta 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 este 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 deste tipo de prática.

• Referências Bibliográficas

- ANDRADE, R.A. *Contrato eletrônico*. São Paulo: Manole, 2004.
- BLUM, Lúcia Helena. *O spam à luz do Código de Defesa do Consumidor*. Jus Navigandi, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2314>
- BLUM, Renato M. S. Opice. *A Internet e os tribunais*. Jus Navigandi, disponível: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1766>
- BRASIL, Angela Bittencourt. Congresso sobre *spam*: a verdade. Jus Navigandi, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1790>
- COLARES, Rodrigo Guimarães. *Corrente de e-mail, fraude, spam e privacidade na Internet*. Jus Navigandi, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4265>
- DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. *Verdades e mentiras sobre o e-mail e o spam*. Jus Navigandi, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2633>
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LEMONS, R., WAISBERG, I. (org.). *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet*. São Paulo: RT, 2003.
- MARTINS, Flávio Alves, MACEDO, Humberto Paim. *Internet e Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- MARTINS, Renata de Freitas. *Aspectos jurídicos do spam*. Advogado.com, disponível em: <http://www.advogado.com/fas/doutrina.html>
- MATOS, Tiago Farina. *Comércio de dados pessoais, privacidade e Internet*. Jus Navigandi, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5667>
- REINALDO FILHO, Demócrito. *O Can Spam Act: em vigor a lei federal dos EUA que combate o spam*. Jus Navigandi, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5255>

ROCHA, Luis Fernando. *Spam: como anda nossa legislação*. Fonte- Módulo Security Magazine, disponível em: http://www.modulo.com.br/comum/docs_iii_pv.jsp?catid=7&objid=2291&idiom=0&pa...

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

__ *O Spam e nossas casas de Justiça*. Advogado.com, disponível em: <http://www.advogado.com/fas/doutrina.html>

__ *O Spam e o Direito Brasileiro*. Rev. CEJ: Brasília, nº19, pp.46-61, out./dez. 2002.

__ *O Spam e o Princípio da Insignificância*. Advogado.com, disponível em: <http://www.advogado.com/fas/doutrinaospameoprincipiodainsignificancia.doc>

__ *Legismania Pátria*. Advogado.com, disponível em: <http://www.advogado.com/fas/doutrina/legismaniapatria.doc>

__ *Os fins não justificam os e-mails*. Advogado.com, disponível em: <http://www.advogado.com/fas/doutrina.html>

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2005

TAVARES, Walkyria Menezes Leitão. *Legislação Anti-spam*. Advogado.com, disponível em: <http://www.advogado.com/fas/doutrinal/legislacaoantispam.doc>

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

VIEIRA, João Luiz Pianovski. *Direito à privacidade na contemporaneidade: desafios em face do advento do correio eletrônico*. Jus Navigandi, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrinal/texto.asp?id=4155>