

A PRAGA CHAMADA SPAM

Mário Antônio Lobato de Paiva ^(*)

Um dos temas mais intrigantes da atualidade a nível mundial no que concerne as relações perpetuadas no mundo virtual que é a que diz respeito ao chamado *spam*.

Temos certeza de que aqueles que utilizam o serviço de correio eletrônico já receberam este tipo de mensagem que vem tomando proporções assustadoras e preocupando usuários, provedores e o governo da maioria dos países. A reação ante a invasão da caixa de entrada por mensagens não desejadas vai desde a indiferença até a ira, passando quase sempre pelo aborrecimento.

Só para que tenhamos uma pequena idéia do malefício proporcionado pelo spam a um usuário comum tomemos como exemplo nosso próprio e-mail: malp@interconnect.com.br. Recebemos uma média de 30 (trinta) mensagens não desejadas por dia o que ocasiona perda de tempo e gastos com a limpeza da caixa de correio eletrônico além do que podem os mesmos conter vírus que em alguns casos são mais poderosos que o anti-vírus norton instalado em nosso computador ocasionando sérios danos patrimoniais como a inutilização de documentos importantes do escritório até a completa destruição do HD.

Poderíamos facilmente resolver tal situação de modo transversal pela simples troca do e-mail, porém referida mudança ocasionaria prejuízos incalculáveis para nós pois mais da metade de nossos trabalhos petições, artigos e livros divulgados no país e no exterior possuem nosso endereço eletrônico além do que fazem com que estabeleçamos diversos contatos acadêmicos importantes para a evolução do estudo do direito.

Assim, não podemos solucionar problemas advindos das relações virtuais de modo simplista e tradicional. O aplicador do direito deve ter em mente que estamos presenciando uma **REVOLUÇÃO DE CONCEITOS** totalmente novos e que precisam de todo um arcabouço jurídico que efetivamente impeça a lesão aos direitos dos cidadãos. Não basta simplesmente adequar a legislação vigente, temos que criar mecanismos a altura, contemporâneos aos fatos. O spam é uma das novidades perniciosas da era digital que precisa ser combatida com efetividade pela sociedade e governo com a criação de uma estrutura jurídica que viabilize a sanção coerente dessa prática que nunca antes foi sequer sonhada pelos legisladores de outrora.

Mas o que é spam ?

É uma das modalidades da chamada ACE (abuso no correio eletrônico) como são denominadas as diversas atividades que transcendem os objetivos habituais do serviços de

^(*) *Mário Antônio Lobato de Paiva* é advogado em Belém; sócio do escritório *Paiva & Borges Advogados Associados*; Professor (pós-graduação em Direito de Informática) da Universidade Estácio de Sá em Minas Gerais; Sócio-fundador do Instituto Brasileiro da Política e do Direito da Informática – IBDI; Presidente da Comissão de Estudos de Informática Jurídica da OAB-PA; Conferencista; e-mail: malp@interconnect.com.br.

correio e prejudicam direta ou indiretamente os usuários. Alguns dos termos habitualmente associados a internet a estes tipos de abuso são *spamming*, *mail bombing*, *unsolicited bulk email* (UBE), *unsolicited commercial email* (UCE), *junk mail*, etc., abraçando um amplo leque de formas de difusão.

Dos tipos de abuso englobados na ACE o que mais se destaca é o spam que é o termo aplicado a mensagens distribuídas a grande quantidade de destinatários de forma indiscriminada. O spam portanto é “o *correio eletrônico não solicitado ou não desejado encaminhado a um grande número de usuários com o objetivo de divulgar promoções comerciais ou a proposição das mais diversas idéias*”.

Geralmente, as mensagens spam veiculam publicidade, ofertas por assistência financeira ou para convidar o usuário a visitar determinada página na *home-page*. Estas mensagens são enviadas a milhares de usuários simultaneamente. É similar ao correio postal com publicidade endereçado a sua casa. Isto ocorre via uma lista legítima de *mailing*. A diferença do *spam* é que neles as mensagens não foram solicitadas.

Os que enviam spam constroem suas listas utilizando várias fontes. Alguns utilizam programas que reconhecem direções de e-mail. Outros reconhecem direções de outras listas de subscritores. Outros também utilizam buscadores web que buscam dentro do código HTML os tags “mailto:”. Também podem ser recolhidos por intermédio de diretórios de e-mail on line. Inclusive desde uma seção de chat. A lista de mailing spam também pode haver sido comprada de um vendedor legítimo ao qual você deu sua direção de e-mail ao comprar algum serviço ou ao registrar-se em algum cadastro.

O spam é, na verdade, um roubo de recursos. Enviar e-mails não custa quase nada a pessoa que os envia; o receptor da mensagem arca com todos os custos. Quando um usuário recebe uma dúzia de mensagens spam em uma semana, o custo não é tão óbvio, no entanto, quando volume de mensagens alcança alguns milhares como no caso de grandes corporações os spams trazem prejuízos consideráveis utilizando-se dos servidores SMTP para processar e distribuir mensagens, bem como tomando espaço no disco do servidor e no disco dos usuários finais (CPU). Además, a distribuição do spam pode multiplicar o risco de distribuição de ataques de vírus simultaneamente expondo o mesmo arquivo infectado a um número enorme de usuários.

Basicamente os usuários do correio eletrônico são afetados pelo ACE em dois aspectos: custos econômicos e sociais. Também se devem ser considerados a perda de tempo que supõem, e que pode ser intitulada como uma espécie de custo econômico indireto.

Podemos multiplicar o custo de uma mensagem a um receptor pelas milhares de mensagens distribuídas para se ter uma idéia da magnitude econômica e a porcentagem mínima da mesma que é assumida pelo emissor. Recentemente a Comissão Européia publicou um estudo em que valorou em 9 nove milhões de dólares o dinheiro roubado pelo spam dos usuários de correio eletrônico em todo o mundo (o dinheiro que pagam pelo tempo de conexão enquanto recebem, lêem e apagam o spam). Cada dia, segundo esse informe são enviados pela Red 500 milhões de mensagens que não são pedidas. Para os operadores de destino e encaminhamento isso acarreta custos com o tempo no processo, espaço do disco, e sobre todo o tempo adicional de pessoal dedicado a solucionar estes problemas em situações de saturação.

O que concerne aos custos sociais do ACE deve considerar-se, a parte da moléstia ou ofensa associada a determinados conteúdos, a inibição do direito a publicar a própria direção em meios como News ou Web com medo de que o e-mail divulgado seja alvo desta

praga..

Além disso o spam vem proliferando outra prática não menos abominável: a apropriação indevida e o uso indiscriminado de base de dados com direções de correio eletrônico do Ministério da Ciência e da Tecnologia. Diretiva 2000/31/CE de listas de direções de correio eletrônico a baixos preços. Ai o delito do spam se une a outro não menos complexo, que tem a ver com a violação da privacidade protegida pela Constituição Federal de 1988.

Artigo 19

Diante do exposto, no Brasil há necessidade urgente de legislação sobre a matéria para promoção do combate a esta praga moderna mesmo que para isso tenhamos que enfrentar diversas dificuldades com: a definição exata do spam- e sua clara diferenciação de técnicas de marketing, como o *e-mail marketing* ou *permission marketing*- a aplicação do disposto neste título se entende sem prejuízo ao estabelecido na Lei Orgânica 15/1999, de 13 de dezembro, de Proteção de Dados de Caráter Pessoal e em sua normativa de desenvolvimento, e a complicada imposição de penas e multas.

Os Estados Unidos é um claro exemplo de combate ao *spam*. Em junho de 2000, o Comitê de Comercio do Congresso aprovou a Lei de Comercio Eletrônico não solicitado

Artigo 20

para tentar frear a prática dos *spammers* e mesmo antes alguns estados já haviam aprovado informação exigida sobre as comunicações comerciais, ofertas promoções e concursos. As comunicações comerciais realizadas por via eletrônica deverão ser claramente de normatização e a da União Europeia que no texto do Anteprojeto de lei de serviços da identificadas como tais e deverão indicar a pessoa física ou jurídica e em nome de quem é realizada.

Nas supostas ofertas promocionais, como as que incluem descontos, prêmios e regalias, e de concursos ou jogos promocionais, deverão assegurar, además o cumprimento dos requisitos estabelecidos no capítulo anterior e na legislação específica, que serão claramente identificados como tais e quais as condições de acesso e, nesse caso, desde que a participação seja expressada de forma clara e inequívoca.

Artigo 21

Proibição de comunicações realizadas através de correio eletrônico ou meio de comunicações eletrônica equivalente.

É proibido o envio de comunicações publicitárias e proporcionais por correio eletrônico ou outro meio de comunicação eletrônica equivalente que previamente não houver sido solicitado ou expressamente autorizado pelos destinatários das mesmas.

As comunicações comerciais realizadas através de correio eletrônico ou outro meio de comunicação eletrônica equivalente, de conformidade com o disposto no artigo anterior, incluirão no começo da mensagem a palavra “publicidade”.

Artigo 22

Direitos aos destinatários de comunicações comerciais

Se o destinatário de serviços forneceu sua direção de correio eletrônico durante o processo de contratação e de subscrição a algum serviço e o prestador pretender utilizar posteriormente para o envio de comunicações comerciais, deverão dar conhecimento de seu cliente dessa intenção e solicitar o consentimento para a recepção de ditas comunicações, antes de finalizar o procedimento de contratação.

O destinatário poderá revogar a qualquer momento o consentimento prestado para a recepção de comunicações comerciais com a simples notificação da vontade ao remetente.

Com efeito, os prestadores de serviços deverão habilitar procedimentos gratuitos para que os destinatários de serviços possam revogar o consentimento que tiverem prestado.

Assim mesmo, deverão facilitar informação acessível por meio eletrônicos sobre ditos procedimentos.

Tecnologia, Diretiva 2000/31/CE ⁽¹⁾, Capítulo III- “Comunicações Comerciais por via eletrônica” estabelece regras de conduta no que diz respeito ao envio de *e-mail*'s. No Brasil

Art. 1º Esta lei dispõe sobre as infrações ao envio de mensagens eletrônicas não solicitadas ("spam"), por meio da Internet, originadas ou destinadas a computadores instalados no País.

Art. 2º Considera-se mensagem eletrônica não solicitada ("spam"), para os efeitos desta lei, a mensagem eletrônica recebida por meio de rede de computadores, sem consentimento prévio do destinatário, e que objetive a divulgação de produtos, marcas, empresas ou endereços eletrônicos, ou a oferta de mercadorias ou serviços, gratuitamente ou mediante remuneração.

Art. 3º Toda mensagem eletrônica não solicitada deverá atender aos seguintes princípios:

I - a mensagem poderá ser enviada uma única vez, vedada a repetição a qualquer título sem o prévio consentimento do destinatário;

II - a mensagem deverá conter, no cabeçalho e no primeiro parágrafo, uma identificação clara de que se trata de mensagem não solicitada;

III - o texto da mensagem conterá a identificação do remetente e um endereço eletrônico válido; e

IV - será oferecido um procedimento simples para que o destinatário opte pelo não recebimento de outras mensagens do mesmo remetente.

Parágrafo único. É vedado o envio de mensagem eletrônica não solicitada a quem tiver se manifestado ao remetente contra seu recebimento.

Art. 4º Todo usuário de rede de computadores que utilizar serviço de correio eletrônico tem o direito de identificar, bloquear e optar por não receber mensagens eletrônicas não solicitadas.

§ 1º O destinatário pode exigir do seu provedor de acesso ou de correio eletrônico, ou do provedor do remetente, o bloqueio de mensagens não solicitadas, desde que informado o endereço eletrônico do remetente.

§ 2º É obrigação do provedor atender às solicitações de que trata o parágrafo anterior em prazo não superior a vinte e quatro horas, vedada a cobrança de taxas de qualquer natureza.

§ 3º Não será responsabilizado pelo recebimento indevido de mensagem eletrônica não solicitada o provedor de acesso ou de serviço de correio eletrônico que tenha se utilizado, de boa fé, de todos os meios a seu alcance para bloquear a transmissão ou recepção da mensagem.

Art. 5º As infrações aos preceitos desta lei sujeitarão o infrator à pena de multa de até oitocentos reais por mensagem enviada, acrescida de um terço na reincidência.

Art. 6º Esta lei entra em vigor em sessenta dias, contados da sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A Internet, nos últimos anos, revelou-se um poderoso veículo para a divulgação de produtos e serviços, em vista do grande número de usuários de elevado poder aquisitivo e do baixo custo de veiculação de propaganda na rede.

No entanto, o recurso mais explorado pela propaganda na rede tem sido o "spam", ou seja, o envio de mensagens não solicitadas de divulgação ou de ofertas de bens e serviços. Esse recurso superlota as caixas postais dos usuários, criando desconforto no uso dos recursos de Internet. Estatísticas sugerem que cerca de dois terços das mensagens que trafegam na Internet sejam "spam".

O texto ora oferecido regula a matéria, estabelecendo limites ao envio de mensagens não solicitadas e critérios para que o destinatário possa identificar a sua origem e bloquear o seu recebimento. Vários países já dispõem de lei similar, focada na proteção ao usuário da Internet.

Hoje, no Brasil, contamos com cerca de oito milhões de usuários da rede, que demandam essa proteção legal. Pedimos, pois, em vista dessa demanda da comunidade, que os nobres Pares prestem à matéria o apoio indispensável à sua aprovação.

Sala das Sessões, em 05 de março de 2002.

Deputado **IVAN PAIXÃO**

intenção do legislativo em coibir esta prática através da aplicação de multas de até oitocentos reais por mensagem enviada, acrescida de um terço na reincidência.

Juiz do RS condena jornalista por envio de spam
Nos deparamos aqui no Brasil recentemente com uma decisão de um juiz Martin
26/06 11:45 Fonte: Infoguerra.com.br

A primeira decisão da Justiça brasileira condenando a prática de spam (envio de e-mails sem a autorização expressa dos destinatários) foi proferida pelo juiz Martin Schulze, da 3ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública de Porto Alegre. Ele condenou o jornalista Diego Casagrande, que havia interposto duas ações contra a Procergs (Companhia de Processamento de Dados do Rio Grande do Sul).

Casagrande é responsável por uma "newsletter" enviada para cerca de 11 mil pessoas diariamente. O boletim informativo, cuja distribuição deverá ser interrompida quando a decisão judicial for publicada nos próximos dias, chega aos destinatários utilizando-se do correio eletrônico do provedor Via-RS, controlado pela Procergs, empresa ligada ao governo do Estado.

Segundo a assessoria de imprensa da Procergs, em outubro do ano passado a empresa decidiu restringir o envio indiscriminado de e-mails, atendendo a reclamações de usuários do provedor contra o recebimento de mensagens indesejadas, tendo, antes da implementação da medida, notificado os clientes do Via-RS. Em novembro, Casagrande, inconformado com a iniciativa, obteve liminar que determinava à Procergs o restabelecimento do envio da sua "newsletter", o que foi feito.

Em sentença redigida no último dia 17, o juiz Schulze revogou a liminar e julgou improcedentes duas outras ações de Casagrande, que ainda foi condenado a pagar custas e honorários advocatícios no valor de R\$ 400,00.

O juiz disse que "não foi ilegal, à luz do direito, a conduta de coibir a remessa do jornal eletrônico, porque o serviço por ele prestado não pode ser considerado de caráter público, eis que de interesse exclusivamente privado. Houve violação do dever contratual no caso concreto, pois a correspondência eletrônica constituía, à luz da definição do Movimento Anti-Spam, spam mail, pois eram enviadas indiscriminadamente 11.000 mensagens diariamente e não ficou provado que o agir da requerida (Procergs), ao cancelar o envio de mensagens, constituiu censura à atividade jornalística do autor (conforme Casagrande também alegara)".

No processo, o jornalista pedia que a Justiça declarasse que sua correspondência não se caracterizava como spam. O juiz disse que o pedido carecia de possibilidade jurídica, uma vez que ainda não há definição legal sobre o assunto no Brasil, ao contrário de países como Estados Unidos e França, por exemplo, onde a prática tem recebido condenações.

Ainda de acordo com a decisão da 3ª Vara da Fazenda Pública, Casagrande não conseguiu provar que tenha sofrido danos morais. O jornalista alegou que a Procergs havia qualificado seu informativo de "lixo eletrônico". "Só existe a alegação do autor (Casagrande), que não serve de prova", afirmou o juiz.

O Ministério Público, em seu parecer, disse que "os autos evidenciam que a correspondência eletrônica de Casagrande era enviada sem a anuência ou autorização dos destinatários, o que caracteriza, segundo a definição do Movimento Anti-Spam, spam mail". O promotor de Justiça Julio Cesar Finger acrescentou que "não condiz com a realidade" a afirmação de Casagrande de que sua "newsletter" só é enviada mediante solicitação e é interrompida mediante mensagem para o endereço descadastrar@opiniaolivre.com.br. "O autor (Casagrande) não fez essa prova", disse o representante do MP, lembrando que há nos autos reclamações de pessoas contra o recebimento da newsletter e contra o não descadastramento, embora solicitado.

Schulze ⁽³⁾ do Rio Grande do Sul que condenou jornalista Diego Casagrande por envio de *spam* reforçando ainda mais a tese da necessidade de legislação para que os aplicadores do direito possam alcançar soluções justas norteadas por uma legislação específica.

Assim resta a nós seguir os caminhos normativos para viabilizar o efetivo combate ao spam. Enquanto isso não ocorre sugerimos a utilização das normas vigentes que, apesar de inaptas não podem deixar de punir os indivíduos que lesionarem direitos por meio do famigerado spam. Portanto ações de reparação por danos materiais e morais podem ser propostas por especialistas na área do direito eletrônico por intermédio do princípio universal da subsidiariedade defendido por nós enquanto esperamos pela boa vontade do legislativo para a produção de leis seguindo a linha de outros países mais desenvolvidos.

Bibliografia Consultada

GÓMEZ, Ignacio. El "spam": más vidas que el gato. [on line]. [citado em 28/06/2000]
<<http://www.baquia.com/com/legacy/14395.html>>

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Princípios Universais do Direito Informático- Princípio da Subsidiariedade. {on line} {citado em 25/05/2002}, Disponível na Internet em
<<http://www.direitonaweb.com.br>>

ROJO, Iñaki I. Spam Bueno, spam muerto, [on line] [citado em 03/05/2001], Disponível na internet em <<http://www.baquia.com/com/20010503/art00019.html>>

Sites

[http://www.antivirus.com.mx/Virus_Info/spam.htm]

[<http://www.rediris.es/mail/abuso/ace.es.html>]

[http://www.derecho.com/cometatech.com?producer=Legislacion&op=detalle_legislacion&id_legislacion=110014&process=html&stylesheet=legislacion/mcyt/detalle-ley.xsl]

[<http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=9280&ad=c>]

[<http://www.direitonaweb.com.br/dweb.asp?ctd=1030&ccd=10>]