

SPAMMING É CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Amaro Moraes e Silva Neto

Sugeriu-se que, para publicar um catálogo de pedras preciosas, moedas, antiguidades ou outras curiosidades de um colecionador, por exemplo, sem seu consentimento, seria fazer uso de sua propriedade sem sua permissão, e é verdade, certamente, que um procedimento desta natureza não somente iria angustiar a vida de um colecionador como iria lisonjear outro – não seria somente uma calamidade ideal – mas tornaria a agressão ao proprietário mais vulgar. Tais catálogos, mesmo quando não descritivos, freqüentemente são perseguidos, e, às vezes, obtêm preços substanciais. Estes, assim como os outros, não são necessariamente exemplos meramente de sofrimento infligido ao ponto de sentimento ou imaginação; pode ser isto, e outra coisa também¹.

Knight Bruce, V.C., in Prince Albert v. Strange, 2 DeGex & Sm. 652, 689, 690.

(O DIREITO À PRIVACIDADE, de Samuel Warren e Louis D. Brandeis. Foi publicado, originalmente, em 4 Harvard Law Review 193, no ano de 1890. Vide PRIVACIDADE NA INTERNET, um enfoque jurídico, 2001, São Paulo, Edipro, fls. 145).

i - o artigo 146 do Código Penal Brasileiro

Como tivemos oportunidade de consignar num artigo recentemente submetido à apreciação dos que navegam na *WEB*, na escada dos ilícitos, o *spam* se encontra em todos os seus degraus. É contravenção², é crime e é ilícito civil, além de atentar contra direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nas presentes considerações discutiremos seus aspectos penais condizentes ao constrangimento ilegal.

Este crime está capitulado pelo artigo 146 do Código Penal, que dispõe o seguinte:-

¹ Tradução de *Omar Kaminiski*.

² Contravenção (do latim *contravenire*, que significa transgredir) é um crime anão, via de regra consumado sem dolo (bastam a ação ou a omissão voluntária) e só é punível se praticado no território nacional. Representa u'a mínima ameaça - ou pouco significativa agressão - à normalidade social. Entre crime e contravenção não existem diferenças ontológicas positivas; o que existe é diferença de grau ou qualidade.

? Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

O constrangimento³ pode ocorrer de dois modos: **mediante violência ou grave ameaça (vis corporalis ou vis compulsiva)** ou **depois de haver sido reduzida a capacidade de resistência da vítima**. Em ambas as hipóteses, ou alguém é obrigado a não fazer o que a lei permite ou a fazer o que a lei não determina.

A violência se caracteriza pelo “emprego de força física para sobrepujar uma resistência. É todo meio físico idôneo a cercear materialmente em outrem a faculdade de agir segundo a própria vontade⁴”.

A ameaça, por sua vez, representa "a violência moral, a intimidação, a manifestação (por palavras, escrito, gestos, meios simbólicos) do propósito de causar a alguém, direta ou indiretamente, no momento atual ou no futuro, um mal relevante⁵".

A redução da resistência da vítima pode se dar por quaisquer meios, des'que se mostrem aptos e idôneos para tanto.

Por fim, há os que entendem que, também, faz-se necessário o dissenso, a contrariedade, da vítima. Caso não exista inequívoca resistência, pontuam que não há crime. Dizem, ainda, que a negativa tímida ou o silêncio descaracterizam o crime.

O **sujeito ativo** e o **sujeito passivo** podem ser quaisquer uns. O **elemento normativo** do tipo é a submissão, em decorrência da perda de resistência. O **elemento subjetivo** é a vontade (a consciência) de constranger a vítima para não faça o que a Lei permite, ou que faça o que a Lei não a obriga fazer⁶. O **bem jurídico tutelado** é a liberdade e o equilíbrio psíquico, que compreendem a tranqüilidade, o sossego e a ausência de aborrecimentos. Para sua consecução o agente pode se valer de qualquer meio.

Consuma-se quando a vítima, impotente em sua capacidade de resistência e defesa, passa a fazer o que a lei não manda que faça ou não fazer o que ela permite.

³ A palavra constranger (do latim, *constringere*) sempre implica a idéia de levar alguém à inação, à impotência, à incapacidade de reagir. Nos dicionários consta que constranger, entre outras coisas, é impedir movimentos de, tolher a liberdade, incomodar, forçar, coagir, violentar, obrigar pela força, compelir...

⁴ HUNGRIA, Nelson, *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL*, vol. VI, Rio de Janeiro: Forense, 1958, fls. 153.

⁵ HUNGRIA, Nelson, *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL*, vol. VI, Rio de Janeiro: Forense, 1958, fls. 153.

⁶ Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (Constituição Federal, artigo 5º, inciso xxxix).



ii - o *spamming* é constrangimento ilegal

Apesar da inexistência das palavras *spam*, *spammig*, *spammer* e *Internet* em nosso Código Penal, a figura delituosa do *spamming* já se encontra tipificada em seu artigo 146. Nele **sujeito ativo** é o *spammer*. O **sujeito passivo** é qualquer cibernauta que disponha de um correio eletrônico. O **elemento normativo** do tipo é o constrangimento de ter que receber a indesejável mensagem do *spammer*. O **elemento subjetivo** é a imposição de fazer com que o destinatário faça o que nenhuma Lei o obriga a fazer. O **bem jurídico tutelado** é o direito de não ter que pagar para receber o *email* que não solicitou e ter recorrentes aborrecimentos. O **meio** é a *Internet*.

Consuma-se quando o destinatário recebe o *spam*.

O constrangimento pode se dar mediante qualquer meio que reduza a capacidade de resistência da vítima. Logo, em sendo qualquer o meio pelo qual pode ser perpetrado o crime, não há como se excluir a *Internet*.

Caso o *spamming* tenha por agentes mais que três pessoas, as penas originalmente previstas podem ser majoradas em até o seu dobro⁷.



iii - o *spamming* e a redução da capacidade de resistência da vítima

O *spammer*, em decorrência da estrutura da própria rede (e dos mecanismos de anonimato que pode se valer), reduz a capacidade do destinatário em se livrar do recebimento de suas indesejadas mensagens.

Em verdade, mais que reduzir a capacidade de resistência da vítima, ele anula essa sua capacidade. O cibernauta destinatário, vítima do constrangimento, não possui qualquer mecanismo eficaz para efetivamente evitar o recebimento dos *spams*. Existem “gambiarras” (os filtros de computadores ou os filtros das *ISPs*). Porém esses trazem com eles problemas técnicos e legais, como ponderamos nos itens *x* e *xiii*, da parte *II*.

A situação da vítima do *spam* se assemelha a da pessoa que está num pátio encharcado de gasolina. Se algum piromaníaco resolver lançar um pequeno palito de fósforo aceso, a destruição ocasionada será absurdamente desproporcional em relação ao tamanho do instrumento causador do ato. Isso porque, qual o ilhado em tão ígneos mares, a vítima do *spamming* não tem como evitar que venham as mensagens eletrônicas não solicitadas.

⁷ § 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

Pode apagar algumas labaredas, usando extintores-filtros; mas não terá como impedir que surjam novos focos de fogo. Pode filtrar os *spams* recebidos, mas não pode evitar que venham outros.



iv - o *spamming* e o assédio sexual, u'a analogia

Antes do advento do artigo 216-A⁸ do *CP*, a questão do assédio sexual, consoante boa doutrina e talentosa jurisprudência, era tida como abarcada pelo tipo penal do artigo 146, também do *CP*.

Esse novo artigo foi fruto da Lei nº. 10.224/01, que por sua vez foi resultado do projeto de lei nº 14/01 do Senado que nasceu do projeto de lei nº. 61/99 da Câmara dos Deputados.

Todavia a Lei, a par de sua intenção de proteger a vítima do constrangimento legiferado, a verdade é que ela reduziu prerrogativas em vez de ampliá-las. Se de acordo com o artigo 146 o assédio sexual poderia se configurar em qualquer situação, de acordo com o artigo 216-A ele terá que decorrer, necessariamente, de uma relação de trabalho. O fato de a penalização ser maior (de um a dois anos), nada muda. De acordo com o artigo 89 da Lei nº 9.099/95, em tese é possível a suspensão condicional da pena (como no crime de constrangimento ilegal). Qual seja, passou-se a designar branco como “algo claro”...

A verdade é que estamos atados àquela velha mania de legislar sobre palavras, não sobre fatos. Se atentarmos aos fatos, veremos que pouco há a legislar. *Técio Lins E Silva*, com a tenacidade mental que lhe é peculiar, era contrário a uma tipificação específica, posto que essa conduta já estava prevista pelo artigo 146 do *CP*. "Ele vale para a obtenção de favores sexuais ou para qualquer outra espécie de pressão. Não é preciso criar um tipo especial para as situações de assédio. Seria uma medida deseducativa; as pessoas poderiam se retrair nas relações. Daqui a pouco, será perigoso piscar o olho ou dar um sorriso para alguém"⁹.

Isso porque as implicações decorrentes da valia da condição hierárquica em relações laboriais se justificavam como meio para que o constrangimento tivesse vez, a ponto de levar a vítima a fazer o que a proíbe ou a deixar de fazer o que a lei permite.

⁸ artigo 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.
(Entrou em vigor aos 16 de maio de 2001.)

⁹ Tribuna do Advogado, OAB/RJ, maio/98, nº 247, p. 10/11.

Do mesmo modo que o empregado é contratado para trabalhar e não para atender aos desejos sexuais do empregador, igualmente o usuário da rede utiliza-a para fins próprios e objetivos, não para o recebimento de correspondência imprópria.

No caso do *spam*, o agente (o *spammer*) se vale das fraquezas dos códigos de programa da própria *Internet* para que a vítima seja compelida a fazer o que nenhuma lei a obriga a fazer, além de ter que pagar pelo que não requereu e ter aborrecimentos - e prejuízos - para ativar filtros que impeçam o recebimento da mensagem indesejada. Qual seja, aproveitando-se da situação das limitações impostas pelo meio informático autorizado pela *Web*, o *spammer* reduz as condições de volição da vítima, forçando-a a fazer o que a Lei não o obriga; constrangendo-a a pagar pelo que não solicitou; molestando-a a sair de seu cotidiano para se aborrecer com tarefas que não está disposta a cumprir por desobrigada legalmente para tanto.

* * * * *