O direito digital e a prática do envio de spams
Sandra Gouvêa

Os usuários de correios eletrônicos recebem, a cada dia, mais e mais mensagens contendo propagandas e informativos não solicitados de pessoas que sequer conhecem. De acordo com as estatísticas, essas mensagens - conhecidas no jargão da internet como spams, a mala direta virtual - representam dois terços do fluxo de dados na internet. Os endereços eletrônicos são obtidos pelos emissores dos spams com auxílio de softwares que procuram pelo símbolo @ em listas de distribuição e salas de bate-papos na internet ou através da compra de cadastros de consumidores.

A legalidade dos spams é controvertida, pois há duas correntes de argumentos jurídicos. Seus defensores ressaltam a garantia de livre expressão da comunicação, prevista no artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal, e defendem que o correio eletrônico não solicitado se equipara às propagandas enviadas por malas diretas. A corrente contrária se fundamenta no artigo 5º, inciso X do mesmo diploma constitucional, que prevê a inviolabilidade da vida privada, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Os técnicos explicam que os spams ocupam a memória do computador e prejudicam seu desempenho. Além disso, alguns provedores de acesso limitam a capacidade da caixa de entrada de cada usuário. Com o acúmulo de spams, estes usuários podem, inclusive, deixar de receber uma mensagem relevante. Nestes casos, e havendo comprovação de prejuízos efetivos, entende-se que o usuário poderá pleitear indenização.

Ainda não há respostas pacíficas para o tema e, enquanto isso, os provedores de acesso se encontram em situação bastante incômoda. Por um lado, não podem deixar de repassar os spams aos usuários de correio eletrônico, sob pena de não cumprirem seu dever contratual e serem acusados de censurar o conteúdo das mensagens. Por outro, são obrigados a aumentar cada vez mais a capacidade de seus servidores, apenas para comportar o tráfego do lixo eletrônico, o que implica em acréscimo dos custos materiais e de mão-de-obra. A fim de amenizar seus danos, alguns provedores de acesso já colocaram à disposição de seus clientes softwares que vedam spams e incluíram em seus contratos disposições nas quais o usuário se compromete a não utilizar seu correio eletrônico para enviar spams.

As ações judiciais envolvendo spams já começaram a provocar posicionamento de juízes. Um exemplo clássico, nos Estados Unidos, foi o caso das mensagens enviadas pela CyberPromotions à AOL. Na ocasião, foram transmitidos 1,8 milhões de correios eletrônicos diariamente. Em outro caso, ajuizado pela Compuserv, o tribunal condenou o envio de spams porque configurou violação da propriedade móvel, uma vez que o emissor das mensagens utilizou os servidores da CompuServ indevidamente. No Rio Grande do Sul, um jornalista propôs uma ação declaratória contra seu provedor de acesso que bloqueou o envio de suas newsletters para 11.000 leitores cadastrados, sob a alegação de que seriam spams. A decisão de primeiro grau julgou pela improcedência do pedido, sob o fundamento de impossibilidade jurídica, já que não há definição legal sobre tal assunto no Brasil.

É curioso notar que algumas mensagens trazem um texto informando "não se tratar de spam, com base na nova legislação sobre correio eletrônico, seção 301, parágrafo (a)

(2) (c), decreto nº 1.618, título terceiro", mas esta referência legislativa não existe e tampouco tem validade no Brasil.
Entretanto, o Poder Legislativo já começou a debater o tema. Em agosto, o senador Hélio Costa propôs o Projeto de Lei nº 367/03, que coíbe a utilização de mensagens eletrônicas comerciais não solicitadas por meio de rede eletrônica, e que, no momento, aguarda a designação de um relator. A proposta legislativa autoriza que as mensagens sejam enviadas uma única vez, proibida a repetição sem prévio e expresso consentimento do destinatário. Ainda de acordo com o projeto de lei, os usuários de correio eletrônico poderão exigir que os provedores de acesso disponham de mecanismos hábeis para identificação e bloqueio das mensagens eletrônicas não solicitadas em prazo não superior a 24 horas.

A proposta abrange apenas as mensagens eletrônicas originadas no território nacional e destinadas a computadores instalados no país. Do ponto de vista jurídico, a limitação está correta, pois a lei brasileira é aplicável somente em nossa jurisdição. Entretanto, na prática, nada impedirá o envio de mensagens a partir de servidores localizados em outros países.

Por fim, é preciso lembrar que as discussões sobre o tema não podem deixar de considerar o envio de mensagens não solicitadas por outros meios de comunicação. As empresas de telefonia celular enviam diversas mensagens (torpedos) divulgando seus produtos e anunciando outros serviços. Além disso, inúmeros serviços são divulgados por meio de telemarketing, inclusive nos fins de semana e sem restrição de horário. Mesmo na era digital, não se pode esquecer um direito fundamental da pessoa - o direito de estar só.

Valor 23/09/2003