



Promotor critica envio de mensagens indesejadas

11/09/2001

O envio de mensagens indesejadas (spam) é abusivo. A afirmação é do Promotor de Justiça, Ciro Expedito Scheraiber, integrante do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Consumidor do Ministério Público do Paraná. O promotor apresentou a tese “Mailing Lists e o Direito do Consumidor”, em um Congresso de Londrina no final de agosto. A tese também deverá ser apresentada em um Congresso em Recife durante o mês de outubro.

Segundo ele, o envio de mensagens indesejadas configura prática comercial abusiva, com base no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor. Também afirma que a transmissão onerosa ou gratuita das mailing lists só poderá ocorrer com a autorização do consumidor ou prévia comunicação, de acordo com o artigo 43 e §§ 1º e 2º do CDC.

O promotor afirma, ainda, que a formação de mailing lists mediante técnicas de informática não autorizadas (cookies) configura invasão de privacidade, ofendendo preceito constitucional.

Em São Paulo, o advogado Amaro Moraes e Silva Neto [entrou com recurso](#) contra a decisão da Promotoria de Justiça do Consumidor, que negou o pedido de instauração de inquérito civil para apurar o envio de mensagens indesejadas aos internautas no Brasil.

Ação semelhante foi impetrada no Paraná também por Moraes e o advogado especialista em Internet, Omar Kaminski, que considera a prática como “um marketing virtual barato, onde o fornecedor de bens ou serviços adquire cd-roms com milhões de endereços virtuais, divulgados sem a autorização dos internautas”.

Scheraiber [deverá decidir](#), nas próximas semanas, se oferece denúncia para apurar o envio das mensagens indesejadas no Paraná.

Veja o estudo

“MAILING LISTS” E DIREITO DO CONSUMIDOR.

1. Introdução.

Se o direito do consumidor representou um avanço em termos de poder legiferante na regulação de direitos modernos, os chamados difusos, coletivos e individuais homogêneos, sobressai-se agora a sua aplicabilidade aos mesmos direitos ofendidos pelo fenômeno da *internet*, que a informática proporcionou.

É sabido que as relações de consumo buscam a regulação do mercado, procurando reequilibrar as relações, presente que se faz a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, como fenômeno sociológico antes do econômico.



Nesse contexto, e visualizando o consumo como satisfação de necessidades, não há apartar os protagonistas, o consumidor e o fornecedor. Entre ambos, portanto, ressurge o elemento “relação de consumo”, como fenômeno jurídico passível de tutela.

No contexto econômico, em que se insere a relação de consumo, o fornecedor opera na busca da inter relação com atividades necessárias, sem as quais o mercado não se operaria, tais as técnicas de *marketing*.

E no exercício dessas técnicas, os meios utilizados são os mais diversos, ao tempo em que se apresentam os mais evoluídos, devido as necessidades da sociedade de massa, onde a modernidade não prescinde dos meios de comunicação rápidos e eficientes tais como a *internet* e a *intranet*.

Na prática do *marketing* comercial, por meio desses instrumentos (*webmarketing*),(1) novos horizontes aceleram o desenvolvimento, mas, ao mesmo tempo, desafiam a novas e não vislumbradas ofensas aos direitos tutelados, ou que demandam proteção, no âmbito das relações consumeristas.

A tecnologia, apartada do direito, induz ao espargir de seus tentáculos perante novas formas de tutela, onde outros enfoques do direito posto são exigidos.

Nesse contexto é que se pretende analisar a aplicabilidade do direito do consumidor ao fenômeno das *mailing lists*, que constituem bancos de dados de consumo e que, por intermédio da *internet*, se apresenta como fato jurídico, social e econômico a merecer tutela, dados os abusos de que são alvos, em especial pela utilização de instrumentos e vias técnicas da informática, tais os chamados cookies e spams, decorrentes da utilização desregrada dos *e-mails* ou correios eletrônicos.

2. Da necessidade do marketing publicitário.

O consumo é mutante, na medida em que as necessidades e os desejos se alteram, variando conforme se incorporem, ao passar do tempo, novas práticas comerciais envolvendo produtos e serviços, decorrente mesmo da evolução da tecnologia e do conhecimento.

Desde os tempos primevos da mera apreensão dos bens naturais e da simples troca, passando pela compra e venda direta (face a face) tendo como referencial um elemento de valor (ouro, moeda, etc), o fenômeno teve como característica a pessoalidade.

Ao depois a prática comercial se tornou ato habitual e profissional, itinerante ou estabelecida. As casas de comércio evoluíram para os hoje conhecidos super ou hipermercados, cujas empresas se agrupam em centros (*shopping centers*) e ainda estabelecem, por vezes, condutas uniformes (*dumpings*, *holdings*, cartéis, trustes, etc). Tornou-se impessoal.

O ponto marcante do crescimento comercial e industrial, pós segunda guerra, decorreu da revolução industrial, a partir da qual o crescimento da tecnologia e do conhecimento decolou, contínua e incessantemente. O vertiginoso crescimento populacional e a sofisticação decorrente

da evolução social dão sustentáculo ao aperfeiçoamento tecnológico, que serve como elemento de ajustamento dos anseios sociais.

A complexidade do fenômeno e o atendimento ingente de necessidades similares proporcionou a chamada produção em série de produtos e a especialização da prestação de serviços. Em decorrência, novos métodos de comercialização, modernamente chamado de *marketing*(2), se tornaram instrumentos de colocação rápida e eficiente de produtos e serviços, donde a publicidade exerce papel destacado.

A necessidade de consumir, às vezes artificial, inserida no contexto social, é o móvel da indústria e do comércio, cujo fenômeno dá ensanchas à “sociedade de massas ou de consumo(3)”. Para Ada Pelegrini Grinover, em resumo, são características da Sociedade de Consumo: a) número crescente de produtos e serviços; b) domínio do crédito e do *marketing*; c) dificuldades de acesso à justiça(4).

O *marketing*, portanto, constitui a energia imprescindível para a sobrevivência do fornecedor do mercado, pois ele representa a mola propulsora dos seus negócios, pelo qual faz apresentar e oferecer o seu produto ou serviço. Hoje, mais que isso, para que seja eficiente, há que criar necessidades e desejos no contexto do mercado consumidor, a ponto de que necessidades às vezes artificiais se apresentam com caráter de essencialidade, sem cujas satisfações o consumidor teria frustrações insuperáveis(5).

Apesar de eventuais desvios no exercício do *marketing* é bem verdade que ele exerce importante função social, notadamente por constituir importante fator de impulso ao mercado. Assim é que pode servir como fator definidor de preços, desde que inserido numa justa concorrência, bem como apresentar novos produtos e serviços que por vezes são úteis aos consumidores, elevando a qualidade de vida, pelo aperfeiçoamento da tecnologia que, compulsoriamente, é exigida, dado o grau de aprimoramento do mercado. Além do que, por ser atividade econômica, gera empregos diretos e indiretos.

3. Dos instrumentos e formas do exercício do marketing (e-commerce).

Com o estado da “sociedade de massas” resultante, evidentemente, da revolução industrial, a necessidade de colocação rápida e intensa de produtos e serviços que aparecem no mercado, as técnicas de venda evoluíram para instrumentos eficientes, tais a tecnologia da informática, que se utiliza de meios de conhecimento (a era do conhecimento) que viabiliza a concretização daquelas demandas, a que eficientemente se insere a chamada “mídia”.

Segundo a tabela de identificação da mídia de Karls Elling(6), ela se classifica em mídia direta pessoal (vendedores, telefonistas, relações públicas); direta impessoal (mala direta, material impresso, brindes, catálogos, embalagens); e indireta pessoal (“boca a boca”, humanização(7)); e indireta impessoal (mídia impressa, mídia eletrônica, outdoor, trânsito). Essa classificação bem representa a evolução das técnicas de venda, conforme as necessidades modernas.

Avulta na modernidade a utilização, nas mais diversas atividades econômicas, da informática, em especial pela forma dinâmica e rápida de comunicação e da facilitação do comércio. Dentre os diversos instrumentos, releva o da *internet* que derruba barreiras e divisas, proporcionando



um espriar de conhecimento sobre os diversos produtos e serviços à disposição(8). Assim que o chamado e-commerce tem sido um dos responsáveis pelo fenômeno denominado “globalização”, já que as dificuldades de comunicação nas práticas comerciais restaram superadas.

É certo que “O crescimento da rede, a nível global, iniciou-se por volta de 1995 e, desde então, segue em contínuo e vertiginoso crescimento. Os dados estatísticos, veiculados nos vários setores da mídia, expressam a progressiva representatividade da *internet* para o comércio mundial (“e-commerce”). Na era da globalização, profetiza-se como sendo, a “World Wide Web”, a ferramenta do futuro. Destarte, as empresas de todos os setores da economia investem maciçamente na divulgação de seus produtos e serviços e na comercialização dos mesmos através da rede mundial de computadores(9)” .

4. Dos bancos de dados de consumo como meios de difusão do crédito.

Evidentemente que a atividade comercial só se viabiliza se os efeitos da publicidade, em suas diversas formas, se concretizarem. E isso ocorre por intermédio da circulação de riquezas, em que a moeda sempre representou o elemento básico. Todavia, com a intensificação das relações comerciais, outro fator tem gerado o incremento do mercado, como consequência da economia massificada, qual seja o “crédito”. Se outrora as relações de compra e venda se davam de forma direta, em que o eventual crédito propiciado era favorecido pelo conhecimento pessoal do fornecedor e de seus hábitos de consumo e poder aquisitivo, hoje isso se tornou impossível. Assim é que surgiram os chamados bancos de dados ou cadastros de consumo (genericamente, arquivos de consumo) onde os comerciantes (os fornecedores) dispõem de organizações de listas de informações acerca do comportamento dos consumidores no mercado, que servem de parâmetros para a concessão da venda a prazo, ou o popularmente chamado “fiado”, onde o crédito representa a confiança de que não haverá inadimplência da obrigação.

As associações comerciais organizaram os chamados serviços de proteção ao crédito (SPCs, ou SEPROC) ou os bancos a SERASA (Centralização de Serviços dos Bancos S/A), dentre outros, como forma de superar o anonimado do consumidor, e concretizar as transações mediante a outorga do crédito.

Outros, contendo dados objetivos do consumidor, tais como as listas de pessoas que se habilitam à aquisição de serviços públicos, a exemplo do fornecedor de água, energia elétrica ou telefonia, por vezes podem, tal qual os do próprio comércio, proporcionar que tais dados sejam repassados a interessados diversos, com a finalidade do *marketing*, ou seja, de envio de malas diretas por intermédio dos correios convencionais, ou agora através dos correios eletrônicos, os *e-mails*.

5. Das técnicas de difusão de endereços eletrônicos.

Os bancos de dados ou cadastros de consumo se constituem em repositórios de informações acerca de potenciais adquirentes de produtos ou utentes de serviços, os quais são úteis para os que pretendem exercer as atividades de incremento do comércio, no sentido de fazer chegar ao

eventual consumidor a oferta e até mesmo a proposta de contratação.

Tradicionalmente, as listas de nomes e endereços dos potenciais consumidores eram repassadas em forma de listas impressas, etiquetas já também impressas ou, quando muito, já na era da telemática, de fornecimento de disquetes para cópia em programas de computador. Nem tanto havia disseminação dessas malas diretas, devido a razoável dificuldade material de remessa pelo sistema tradicional, e com a facilidade encontrada na mídia eletrônica, o *web marketing* colocou-se como a forma viável de estimulação do consumo⁽¹⁰⁾. Para isso, repositórios de dados passaram a representar uma forma de comércio, pelo qual seus detentores comercializam essas listas de nomes e endereços, auferindo lucros, pois a venda desses bancos de dados representa um ganho significativo, dado que dispõem normalmente de um número elevado de informações.

Segundo traz matéria do jornal Estadão⁽¹¹⁾, o custo desses banco de dados de *e-mails* é relativamente barato, transcrevendo conteúdo de uma dessas ofertas, como exemplo: “1 milhão de *e-mails* - pessoas físicas brasileiras - R\$ 150. 2 milhões de *e-mails* - pessoas físicas brasileiras - R\$ 250. 200 mil *e-mails* - pessoas jurídicas brasileiras - R\$ 150. 2.200.000 *e-mails* - pessoas físicas + pessoas jurídicas - R\$ 300 - Promoção!!! Telefone: 0 ## 11 - 3203-1717”.

Ou, então, este⁽¹²⁾: “A Promo Web vem por intermédio desta, colocar a sua disposição um cadastro único para você que tem necessidade de divulgar o seu negócio ou web site a nível brasileiro ou mundial: são mais de 17.000.000 (Dezessete Milhões) de *e-mails*, sendo 6.000.000 brasileiros e 11.000.000 internacionais, tudo isto pelo valor de R\$ 400,00. Não perca mais tempo faça o seu pedido ainda hoje e faça bons negócios!

Mais este⁽¹³⁾: “hipermailing. Envie mais de 2 milhões de mensagens pela *internet* para divulgar seu produto, de uma maneira simples e rápida. Ligue e ganhe gratuitamente um software freeware que envia 20 mil mensagens por hora! Oferecemos total suporte técnico e podemos instruí-lo com dicas para não incomodar os provedores. Super Promoção. + de 2 milhões de *e-mails* de pessoas físicas brasileiras, Mais 120 mil *e-mails* de pessoas jurídicas brasileiras R\$ 100,00”.

Como o correio eletrônico é mais barato e de acesso fácil, os endereços virtuais (*e-mails*) passaram a ser colecionados e depositados em bancos de dados também eletrônicos, ou mesmo em CDs ROOMs e ofertados a custos razoavelmente baixos, de forma que o interessado, de posse desses dados, tem importante instrumento de difusão direta, pela via eletrônica, vislumbrando um horizonte largo na comercialização de seus produtos ou serviços.

6. Da forma de arrecadação de nomes e endereços residenciais e eletrônicos. Do cookie.

É sabido que os bancos de dados podem ser formados por cadastro do próprio consumidor, que fornece voluntariamente os seus dados, visando adquirir um produto ou serviço, ou por determinação do fornecedor interessado nessas informações, ou, ainda, por decisão de um próprio banco de dados.

Fora da web, ocorre normalmente a formação quando o consumidor comparece numa loja e preenche uma “ficha cadastral” para financiar uma determinada compra, ou quando o comerciante envia uma informação de inadimplência a um banco de dados de consumo, como o SPC das Associações Comerciais, por exemplo, ou quando um banco de dados resolve formar uma lista de dados de endereços e nomes para uso próprio ou mesmo para repasse a terceiros.

No caso da comercialização de listas de *e-mails*, o mesmo ocorre quando o usuário da *internet* ou o internauta acessa uma página da rede, ou seja, um determinado site, e pode ser convidado a fornecer seus dados, voluntariamente, preenchendo espaços próprios, a fim de, futuramente, receber mensagens ou informações. Neste caso, há a deliberada disponibilização desses dados pelo consumidor.

Mas, utilizando-se de recursos da informática, os titulares de domínios(14) na *internet*, ou seja, de *sites*, no momento em que são acessados, implantam um programa (software) na memória do computador do usuário, que terá funções de captação de informações e remessa para depósito no banco de dados do site, com o objetivo de traçar o perfil desse usuário, no sentido de identificar as suas preferências e práticas comuns no comércio. Esse programa tem a denominação de cookie e se configura num “espião” dentro da memória do computador, ocupando espaços, o qual não foi permitido ou solicitado. Representa uma apropriação indevida.

Muitas vezes sem que o usuário saiba, tal programa é instalado e passa a exercer uma função comercial, pois informações individuais, suas características e o seu endereço eletrônico ou e-mail, passam a integrar um banco de dados. Ou como relata Sabbatini(15), “Depois de um certo tempo, esse perfil é bastante sofisticado e completo, e pode ser usado para muitas coisas: ele pode ser vendido, por exemplo, para empresas que buscam informações sobre o comportamento de usuários, tais como as coisas que eles mais compram, ou os *sites* que mais visitam, ou as informações que mais procuram”. Tais informações podem servir para que o proprietário do site passe a remeter publicidades ou propagandas ou ofertas de determinados produtos que são do agrado e da preferência daquele usuário, até de forma personalizada. A essa mala direta eletrônica se denomina na rede de spam.

Veja-se como exemplo, o caso citado, ainda, por Renato Sabbatini(16), em “que o usuário costuma visitar artigos sobre tratamento de asma, a próxima vez que ele entrar em um desses *sites*, irá visualizar um anúncio de um novo medicamento para asma, provocando, então (segundo a teoria), um maior desejo de clicar nesse anúncio”.

Cita, inclusive, que alguns programas o fazem pessoalmente, pois oferecem produtos ou serviços que são do desejo daquele cliente (consumidor). Há até outros que criam banners(17), ou seja, figuras na sua página eletrônica, coloridas, atraentes, oscilativas, oferecendo diretamente o produto, às vezes de forma destacada no canto da tela ou da página.

Interessante, a respeito, o artigo de Roberto Pompeu de Toledo(18) na Revista Veja, onde ele descreve exatamente a conduta do “Tratamento Personalizado” de um modo geral, como forma de quebrar o gelo, em que pessoas desconhecidas se dirigem a outras pelo nome, às vezes



referindo-se a dados particulares, como se fossem íntimas e suas velhas conhecidas. Inclusive, narra que essa prática é forte na propaganda comercial, onde o consumidor pode se sentir lisonjeado com tal tratamento e acaba cedendo às investidas e comprando o produto ou serviço. Refere que outro meio utilizado de forma mais agressiva (não fala do endereço eletrônico, ainda) é o telefônico, onde diz haver “intrusão da intimidade das pessoas”, perguntando: “E se a pessoa estiver trabalhando? E se estiver em pleno ato amoroso? Doente? Com um parente morrendo no quarto ao lado? Mesmo que não esteja em nenhuma dessas situações, que contrato social, que ética autoriza que se venha a perturbar-lhe a intimidade dessa forma?”. Termina referindo que pode significar a técnica do “tratamento personalizado” uma reação ao anonimato da massificação, mas também pode representar o “massacre” da pessoa.

Pois bem, há outros que vão depositando os endereços eletrônicos dos usuários de computadores, quer sejam acessados por meio de cookies ou mesmo por autorização dos usuários (às vezes sem conhecer qual o uso dos seus dados), e formam listas ou *mailing lists* com finalidade de repassar aos fornecedores no mercado de consumo, para envio das referidas malas diretas, quando não se propõem eles próprios, utilizando-se desses dados, prestar serviços de envio de correspondências comerciais (malas diretas ou spams), na perspectiva do incremento do consumo de bens e serviços.

As listas de endereços eletrônicos proporcionam um volume inimaginável de malas diretas, na ordem de 25 bilhões de dólares ao ano nos EUA, conforme os dados trazidos no seu importante artigo, por Demócrito Reinaldo Filho(19). Refere que as empresas que fazem intermediação de *mailing lists*, denominadas de list-brokers podem vender ou alugar as listas, oferecendo entre 60 a 125 dólares para cada mil nomes que aluguem. E o volume é tal que exemplifica: “Sob o título de “*mailing lists*”, as páginas amarelas do Boston Globe incluem mais de 40 companhias que oferecem acesso a quase onze mil diferentes listas, cobrindo 100 milhões de consumidores” (20).

7. Das malas diretas eletrônicas indesejáveis ou não solicitadas (spams).

A título de mala direta via e-mail os fornecedores ou titulares desses banco de dados ou *mailing lists*, passam a remeter, em massa, milhares ou milhões de propagandas comerciais que ao chegarem ao destinatário entopem o seu endereço eletrônico ou e-mail de forma até a causar-lhe problemas técnicos, além de lhe proporcionar importante dispêndio de tempo para examinar tais mensagens, a fim de selecionar aquilo que é proveitoso e o que não é, fazendo com que o seu computador deixe de lhe ser útil.

A essa desmedida e desregrada remessa de spam(21) (tido como lixo eletrônico) tem sido objeto de preocupação dos usuários, consumidores de produtos e serviços, pois nem sempre o spam se constitui num benefício. Às vezes, além das publicidades comerciais, são oferecidos correntes de riqueza, remessa de piadas, utilização de palavras de baixo calão, que só tem o objetivo de emulação(22).

E tal atividade é consequência dessa descompromissada comercialização de *mailing lists* desautorizadas, que acaba causando essa ordem de transtornos.

Devido a isso, no seio da informática, os cookies e os spams têm sido objeto de grande discussão, envolvendo, como não poderia deixar de ser, o meio jurídico, objetivando vislumbrar as regulamentações aplicáveis, no sentido de reprimir tais condutas. E aí se se depara com uma certa ausência de legislações específicas. Mas, o poder legiferante, mesmo assim, tem se manifestado, já tendo uma série de leis que materializam certa proteção, quando não específica, de forma genérica ao uso da informática. Uma gama de projetos de lei que ensaiam atender a essas questões, embora tais providências, se comparadas às de países onde a telemática está mais avançada, como os EUA, as medidas de cá vem na rabeira das de lá(23).

8. Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no *webmarketing*.

É sabido que o sistema de tutela do consumidor se aplica quando há uma relação de consumo (24), decorrente de uma relação jurídica entre um fornecedor de um lado e um consumidor de outro. A prática comercial ou contratual, no contexto de uma relação de consumo, está sob a égide do sistema de proteção ao consumidor, cuja principiologia se concretiza no seio da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, e se espraia a todas as demais normatizações de consumo extravagantes. Dentre os princípios, o da especialidade, também em decorrência da característica de “ordem pública e interesse social” declinado no artigo 1º do Código. Pela especialidade, a tutela do consumidor se aplica de forma obrigatória, mesmo quando não invocada por qualquer interessado.

Dessa forma, em quaisquer meios de comunicação em que a prática consumerista se apresente, quer direta ou indiretamente, estará ele sob o manto do Código de Defesa do Consumidor. É por isso que as normatizações dessa estirpe não podem revogar ou derogar o princípio específico de “defesa do consumidor”, o qual tem foro de constitucionalidade (v. artigo 5º, XXXII e 170, V da Constituição Federal).

Se relevam de importância os meios modernos e atuais de comunicação, no exercício do *marketing*, em especial aquele exercido pelo *webmarketing*, como já salientado, tais relações devem observar e cumprir os requisitos de quaisquer práticas nas relações de consumo consideradas tradicionais, e que estão previstas no CDC. Assim, mesmo que legislações específicas existam ou que venham a se estabelecer, de caráter genérico na utilização da informática, elas não derogarão os princípios específicos que ensejam direitos básicos dos consumidores (vejam-se os artigos 4º e 6º do CDC).

Bem retrata essa circunstância Angela Bittencourt Brasil(25), membro do Ministério Público do R.J., quando refere que os contratos entre fornecedores e consumidores levados a efeito “fora do estabelecimento” comercial proporcionam a possibilidade de desistência no prazo de 07 dias, conforme dispõe o artigo 49 do CDC. Diz ela: “As relações on line não se afastam do preceito acima estabelecido pelo Código do Consumidor, posto que o contrato por sua característica de livre forma de contratar é perfeitamente adaptável à aplicação analógica das normas ora existentes às peculiaridades apresentadas pelos contratos eletrônicos”.

9. Dos requisitos legais dos bancos de dados ou arquivos pessoais e de consumo.

Considerando que devido a necessidade de tutela do consumidor, os Bancos de Dados mereceram pelo Código de Defesa do Consumidor regulamentação especial no Capítulo das

Práticas Comerciais, há de se fazer análise dos requisitos para registro de endereços e nomes em tais bancos de dados ou arquivos pessoais e de consumo.

De três formas podem ser abertos os arquivos(26): a) por solicitação do próprio consumidor; b) por determinação do fornecedor interessado na realização do negócio de consumo; e c) por decisão espontânea de um banco de dados.

O Código de Defesa do Consumidor regulou no artigo 43 e parágrafos, os direitos básicos dos consumidores, nos bancos de dados e cadastros de consumidores, destacando-se dentre eles os direitos de comunicação, acesso e correção de dados.

Pelo direito de informação ou comunicação por escrito, o consumidor deve conhecer, em prazo razoável (não fixado pelo CDC), que deve ser de, no mínimo, 05 dias, por analogia ao artigo 43, parágrafo 3º, previamente à incorporação ao arquivo da entidade, de todos os dados registrados(27).

O dispositivo do artigo 43, parágrafo 2º do CDC dispõe que “A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”. A abertura, por consequência, não poderá prescindir da comunicação por escrito. Infere-se, outrossim, que deverá ser prévia, porque a mens legis é no sentido de prevenir eventuais ofensas a direitos do consumidor, cujo titular poderá evitar o registro indevido.

É da doutrina especializada o ensinamento no mesmo sentido, tal qual Antônio Herman V. Benjamin(28), que ensina que “A comunicação deve ser feita antes da colocação da informação no domínio público. É preliminar a tal. Visando a prevenir futuros danos ao consumidor, é de todo recomendável “que a comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros... Agindo assim, estará a empresa tomando as precauções para escapar de futura responsabilidade”.

Já pelo direito de acesso, o consumidor tem direito de verificar todas as informações de consumo sobre ele registradas, quer estejam em arquivos abertos pelo próprio fornecedor, quer seja por um banco de dados. Inclusive sobre as fontes dos arquivos, seja com a finalidade de melhor investigação no caso de contestação da informação, quer seja para o exercício de reparação por perdas e danos. Finalmente, pelo direito de retificação, havendo incorreção nos dados, deverá haver retificação imediata e comunicação em 05 (cinco) dias úteis aos destinatários das informações incorretas. O arquivista deverá fazer a prova positiva da veracidade dos dados, quando, então fenece o direito de retificação, logo após tenha os dados que confirme a incorreção, devendo suspender qualquer atendimento de pedido de informação, ante a contestação do consumidor, ou enquanto dure o processo de verificação.

Os bancos de dados são, pelo art. 43, parágrafo 4º do CDC, considerados de caráter público, com a finalidade precípua da utilização do “habeas data”, regulado pela Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, que possui base Constitucional (artigo 5º, LXXII da C.F.).

10. As *mailing lists* como bancos de dados pessoais e de consumo.

As *mailing lists* como já informado anteriormente se constituem em organização e registro de dados de endereços eletrônicos (*e-mails*), podendo conter dados pessoais outros referentes aos consumidores, com o objetivo do exercício do *marketing*, na modalidade de venda por intermédio de comunicação direta pela via do correio eletrônico.

Como estão inseridas numa relação de consumo, em especial na prática de ofertas publicitárias, todos os princípios norteadores se aplicam às *mailing lists*, conforme regulados no Código de Defesa do Consumidor.

Segundo definição de Bertram Antônio Stürmer⁽²⁹⁾, “Tendo em vista o previsto no art. 29 do CDC, de que as normas sobre bancos de dados se aplicam a todas as pessoas determináveis ou não, expostas a serem cadastradas, que as equipara como consumidores e, também, em razão de que o art. 3º qualifica como fornecedor toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, inclusive entes despersonalizados e, ainda, no art. 2º inclui, ao lado da pessoa física a pessoa jurídica como consumidora quando adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, podemos concluir que bancos de dados, para fins do Código do Consumidor, é toda reunião de dados pessoais ou de consumo, gerais ou específicos sobre débitos, feita por pessoa física ou jurídica, privada ou pública, sob a forma de fichas, registros ou cadastros, por processo manual, mecânico ou eletrônico, para uso próprio ou fornecimento a terceiros, independentemente da finalidade do dado ou informação e está, portanto, sujeito às regras daquele Código.”

Não se pode considerar, portanto, que as *mailing lists* organizadas e armazenadas em bancos de dados, escapem ao crivo do direito do consumidor, já que, pelo artigo 29 do CDC são consumidores equiparados quaisquer que “determináveis ou não”, estejam “expostos às práticas comerciais ou contratuais”.

É inegável que as pessoas titulares de *e-mails* tenham seus endereços eletrônicos expostos a terceiros, onerosa ou gratuitamente, e com o objetivo de que potenciais fornecedores estimulem práticas relacionadas ao consumo, quer pelo exercício da publicidade comercial de si (*marketing*) quer pelas contratações que resultem delas, seja por contratos eletrônicos mesmos (compra e venda pelo e-mail, por exemplo), quer por outras formas.

E os organizadores desses bancos são fornecedores no sentido real do texto do CDC, pois mesmo pessoas físicas ou “entes despersonalizados”, o são, desde que exerçam atividades econômicas (produção, montagem, comercialização, etc.) conforme o artigo 3º caput, relacionado a produto “material ou imaterial” – artigo 3º, parágrafo 1º – ou serviço – artigo 3º, parágrafo 2º, todos do CDC.

Protegido que está o consumidor, há que o titular de banco de dados eletrônicos, para poder utilizá-lo, que proceder a prévia e necessária comunicação por escrito ou por e-mail, sob pena de tornar o arquivo de consumo ilegítimo.

Noticia-se que a *internet* “é um verdadeiro faroeste” conforme diz Sabbatini(30), de modo que dados privativos do usuário da rede são armazenados de forma que ele não saiba de que forma e nem onde, sendo alterados, vendidos, cedidos ou mesmo roubados constantemente. Relata que nos EUA a Federal Trade Commission (FTC), regulamentador das atividades comerciais, apurou que apenas 8% dos *sites* de comércio eletrônico têm um “selo de privacidade”.

Acrescentou: “A FTC deseja que os *sites* tenham quatro normas básicas: aviso, escolha, acesso e segurança. Em outras palavras, o site deve avisar claramente ao usuário qual informação está sendo coletada sobre ele, e como é usada; dar opção para que ele escolha como a informação será usada, dar acesso às informações já coletadas sobre ele, para fins de verificação, correção e apagamento, e tomar as medidas necessárias para proteger os dados de acesso por terceiros”.

Em resumo, aquilo que o CDC já prevê como necessário para a regularidade dos Arquivos de Consumo ou Bancos de Dados, ou seja, a devida comunicação prévia, para que se legitime eventual comercialização dessas *mailing lists*.

11. Da violação da privacidade e das comunicações em geral.

A privacidade e o sigilo das comunicações telegráficas, telefônicas, de dados e das correspondências são invioláveis, exceto por determinação judicial, conforme o artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal.

A ofensa a tais direitos implica em sanções de naturezas diversas, tais como administrativa, civil e penal.

A transferência de informações desautorizadas por parte de detentores de dados listados e organizados em cadastros ofende os preceitos constitucionais, erigidos à categoria de “Direitos e Garantias Fundamentais” do cidadão.

Para efeito de verificação de violações ao direito de sigilo nas operações financeiras e para finalidades de investigação de ilícitos, mediante decreto judicial, há expressa regulamentação em lei, qual seja a Lei Complementar 105 e Decreto 3724, ambos de 10 de janeiro de 2001, onde se apresenta a necessidade de estrita confidência dos dados investigados, com absoluta restrição às partes envolvidas.

Se a rigorosa regulamentação legal estabelece rígidos sistemas de controle, com finalidades de apuração de fatos graves, notadamente ilícitos criminais, significa que uma invasão de dados pessoais, por qualquer forma, também representa violação da privacidade. É certo que a divulgação em massa de dados (milhões de endereços eletrônicos) poderá ensejar um série de conseqüências pelo mau ou uso indevido, já que não há forma de controle eficiente, em especial pela agilidade do sistema informativo on line.

A legislação referida também visa impor controles aos órgãos legais investigativos, tais a Polícia, o Ministério Público e as Comissões Parlamentares de Inquéritos.

Nesse contexto é que a OAB, por intermédio da Comissão Especial de Informática Jurídica – Seção de São Paulo, desenvolveu anteprojeto de lei cuidando, dentre outras coisas (documento eletrônico e assinatura digital), também de operações comerciais no mundo virtual (e-

commerce), dispondo no artigo 5º: “O ofertante somente poderá solicitar do destinatário informações de caráter privado necessários à efetivação do negócio oferecido, devendo mantê-las em sigilo, salvo se prévia e expressamente autorizado a divulgá-las ou cedê-las ao respectivo titular”. No mesmo projeto, artigo 12, impõe a necessidade de ordem judicial para dar acesso aos dados, determinando o “segredo de justiça” ao procedimento(31). No que se refere à autenticidade, integridade e validade jurídica de documentos em forma eletrônica, visando transações seguras no meio virtual, o Poder Executivo editou a Medida Provisória 2200, de 28 de junho de 2001, já reeditada, em que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-BRASIL, cujas normas já estavam estabelecidas no Decreto nº 3.587, de 05.09.2000.

Por sua vez, os projetos de lei nº 84/99 e 1713/96, respectivamente dos Deputados Luiz Piauhyllino e Cassio Cunha Lima, que tratam de crimes cometidos na área de informática, estabelecem a necessidade de autorização prévia para a transmissão de dados pessoais, erigindo a violação do sistema à natureza de crime, conforme o comentário de Gustavo Testa Corrêa(32).

Portanto, a comunicação ou autorização prévia é necessária já pela legislação de defesa do consumidor, bem como faz parte de diversos projetos de lei específicos acerca do comércio pelo meio eletrônico.

12. Da prática comercial abusiva.

Se por um lado a instituição de *mailing lists* representa violação a preceito constitucional que assegura a inviolabilidade de dados privativos e pessoais, bem assim do sigilo de correspondências e comunicações eletrônicas, tal prática perante o Código de Defesa do Consumidor configura forma de abusividade.

O artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor estabelece rol exemplificativo de práticas comerciais abusivas que podem ensejar medidas repressivas administrativas, civis e penais. O rol é aberto, permitindo que novas práticas sejam incorporadas àquelas. Até, porque, faz parte da Política Nacional das Relações de Consumo a ser materializada pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (v. arts. 4º e 105 e 106 do CDC) a edição periódica de rol de novas práticas comerciais ou contratuais abusivas no mercado, a cargo do DPDC (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor) vinculado à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Assim é que quatro portarias do DPDC trazem o rol de diversas outras práticas consideradas abusivas no mercado.

Extraí-se das lições de Benjamin(33): “Comumente há aí bem caracterizada prática abusiva, nos termos do art. 39, do CDC, que é norma aberta, do tipo cláusula geral. Sem falar na violação da garantia constitucional da privacidade. A abusividade é praticada de forma solidária, tendo, de um lado, o banco de dados que coleta as informações cadastrais e, do outro, a empresa que adquire uma “mala direta” em particular”.

A comercialização de quaisquer produtos ou a prestação de quaisquer serviços violam os princípios da boa-fé e eqüidade (v. artigos 39 e 51 do CDC), tais como o de listas eletrônicas

desautorizadas, em especial quando têm objetivo de auferir lucro.

13. Conclusões.

a) A listas de endereços eletrônicos (*mailing lists*) configuram bancos de dados pessoais e/ou de consumo que estão sob a égide do sistema de tutela do consumidor.

b) A transmissão onerosa ou gratuita das *mailing lists* só poderá ocorrer quando o lançamento dos dados se der mediante autorização do consumidor ou prévia comunicação, de acordo com o artigo 43 e parágrafos 1º e 2º do CDC.

c) O estabelecimento de *mailing lists* mediante técnicas de informática não autorizadas (cookies) configura invasão de privacidade, ofendendo preceito constitucional.

d) A prática do *webmarketing*, ou envio de malas diretas eletrônicas (spams) decorrente das *mailing lists* não autorizadas configura prática comercial abusiva, na forma do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor.

Notas de Rodapé

(1) Segundo anota a Embratel, www.embratel.com.br in “Marketing na Internet”, com acesso em 08/08/01: “ O que faz com um cliente mantenha os negócios com a sua empresa? É possível listar um sem número de fatores, mas pode-se resumir tudo em uma só palavra: lembrança. É a lembrança que faz com que tudo aconteça. E é essa a melhor definição para o marketing: gerar lembrança na mente do consumidor. Mas como isso é aplicado na Internet? Existe um termo recente, como tudo que diz respeito à Internet, chamado webmarketing. E o que é isso? ‘É o sentido de adaptar e desenvolver estratégias de marketing no ambiente Web’ . O trabalho de webmarketing contempla todas as etapas de trabalho de um website, como a concepção, o projeto, a adequação do conteúdo, o desenvolvimento, a manutenção e a divulgação”.

(2) O consumidor, mesmo um ser econômico e social, está cada vez mais isolado e necessita mais e mais ser alcançado pela informação acerca dos produtos e serviços e também, por vezes, convencido da conveniência de sua aquisição.

(3) GRINOVER, Ada Pelegrini. “ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”. 6ª edição, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1999, p. 6.

(4) Consulte-se acerca do acesso à justiça, em especial diante da evolução dos sistemas jurídicos, o “Acesso à Justiça” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Ed. Fabris, 1988.

(5) Monte, Mário Ferreira. “Da Proteção Penal Do Consumidor. O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo”. Livraria Almedina, Coimbra, 1996. O autor luso expõe com riqueza a classificação das necessidades humanas. De acordo com o ensinamento do autor, o consumo vincula-se à satisfação de necessidades. Consumir é o ato de satisfazer necessidades. Pelo só fato da existência do homem, decorrem necessidades inderrogáveis, tais como o ato de comer ou respirar, que pertencem ao grupo das necessidades naturais. São sempre essenciais. Decorrem as necessidades do meio em que o homem se insere,



dos desejos tidos como imprescindíveis, sem as quais ele não vive plenamente, tais como os vícios de fumar ou de se vestir, porque é costume enraizado na sociedade. Correspondem às chamadas necessidades artificiais, mas também essenciais. São necessidades supérfluas aquelas artificiais que podem ser dispensadas, e o ser humano, mesmo assim, viverá normalmente, como a de adquirir determinado bem que venha a lhe proporcionar um conforto desnecessário, como, por exemplo, adquirir um bem novíssimo, em detrimento de outro já existente que exerce a mesma função. As necessidades de consumo são inerentes ao ser, e fazem parte indissociável do cotidiano, que integram os atos da vida, que precedem o nascimento, alcançando o pós morte.

(6) Santos, Fernando Gherardini. “Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial”. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 35.

(7) Humanização representa a associação de um produto a uma determinada pessoa, em especial famosa. Cita SANTOS, Fernando Gherardini, ob. cit., p. 35, nota 50, o caso do tênis “Nike” ao atleta Michael Jordan.

(8) A WEBB negócios on line em sua cartilha “Webb Fácil 2”, p. 5, refere que os efeitos da internet: interatividade, onipresença e velocidade proporcionam vantagens competitivas para as empresas. Apresentam a internet como o meio mais eficaz de comunicação, mostrando que ela levou 04 anos apenas para atingir 50 milhões de usuários no mundo, enquanto que o rádio levou 38 anos, o computador 16 anos, a televisão 13 anos e o celular 09 anos.

(9) Souza, Marcos Antônio Cardoso de, “A legislação e a internet”, in www.direitocriminal.com.br, 17.02.2001.

(10) Embratel. In: www.embratel.com.br, com acesso em 08.08.2001. Segundo estudo “e-Mail”, informa a embratel que “Como na Internet não se paga nada por cada mensagem enviada, só se paga mesmo pelo tempo que se fica conectado, basta algum esforço para se conseguir enviar uma mala-direta pela Internet, com baixíssimo custo se comparadas às enviadas por correio tradicional (não há o custo de impressão, envelopamento e de envio pelo correio e, na verdade, o custo incremental de se enviar uma mensagem para mais uma pessoa, na Internet, é essencialmente zero)”.

(11) O Estado De São Paulo. In www.estadão.com.br, de 18/01/2001.

(12) E-mail enviado pela promoweb10@yahoo.com para o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor de Curitiba (caopcon@pr.gov.br), em 06/08/2001.

(13) E-mail enviado pela “Informativo”

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2001-set-11/promotor_critica_envio_mensagens_indesejadas/