ISSN 2447-1097

Direito & TI–Porto Alegre / RS www.direitoeti.com.br

WHATSAPP: É POSSÍVEL CUMPRIR DECISÕES JUDICIAIS?

Alesandro Gonçalves Barreto[1]

Guilherme Caselli[2]

RESUMO

O artigo analisa as possibilidades técnicas de cumprimento de decisão judicial por parte da empresa WhatsApp Inc. O Marco Civil da Internet estabelece aos provedores de conexão e de aplicações de internet à obediência à legislação pátria quando elas ofereçam serviços ao público brasileiro ou ou possuam representante do mesmo grupo econômico em território nacional. Porém, diversas empresas, dentre elas o WhatsApp Inc., têm sistematicamente descumprido decisões judiciais. O trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica e análise documental, identifica possibilidades técnicas para seu cumprimento.

Palavras-chave: WhatsApp; Efetividade Jurisdicional; Paraíso Cibernético.

INTRODUÇÃO

É fato que o crime tem se utilizado de tecnologias para potencializar suas ações. A cada novidade disponibilizada o criminoso passa a usufruí-la com o intuito de não ser alcançado por uma futura investigação criminal.

Em que pese a polícia buscar continuamente um aperfeiçoamento de suas técnicas investigativas, a persecução penal não mais fica adstrita à prova testemunhal e exames periciais, apesar de, como é cediço, uma imensa gama de sentenças condenatórias criminais ainda se servir de lastro probatório conservador.

A investigação não deve ser estanque: há a necessidade de que o investigador policial busque o elemento informativo através dos dados contidos nas atividades telefônicas e telemáticas do criminoso, principalmente no último caso. O avanço tecnológico e a conectividade têm possibilitado o desenvolvimento de aplicativos capazes de potencializar a comunicação entre pessoas comuns, bem como entre criminosos.

Nessa interlocução haverá dados trafegados sobre a comercialização de drogas, crimes contra a administração pública e da justiça, grupos de extermínio, pedofilia, crimes contra o

1 Delegado de Polícia Civil do Estado do Piauí e coautor do livro Inteligência Digital da Editora Brasport. delbarreto@gmail.com.

[2] Policial Civil do Estado do Rio de Janeiro – DRCI-RJ. caselli.guilherme@gmail.com

patrimônio e uma infinidade de outras empreitadas criminosas. Em várias situações, não há como se chegar à autoria de determinada conduta criminosa sem que haja acesso a esse conteúdo trafegado. Nenhum outro procedimento investigativo, por mais diferenciado que seja, suprirá essa lacuna. A polícia necessita, para tanto, da coleta desses dados para agregar valor ao procedimento investigativo.

É inegável que as informações trafegam nesses aplicativos numa velocidade inimaginável e, em certas ocasiões, são até mais ágeis e eficazes do que a televisão. Não restam dúvidas sobre os benefícios dessas ferramentas, principalmente os aplicativos de trocas de mensagens (áudio, fotos, vídeos e textos), que têm encurtado distâncias, reduzido os custos de comunicação, proporcionados negócios, mobilizado multidões e potencializado serviços de emergência.

Algumas averiguações criminais têm sofrido com a solução de continuidade a partir do momento em que se consegue uma ordem judicial para o fornecimento de informações principalmente por parte da empresa WhatsApp Inc., pois a referida reluta em cumprir determinações judiciais, quedando-se inerte e, por conseguinte, menoscabando o Poder Judiciário Brasileiro, sob alegação desprovida de razoabilidade jurídica. Quando demandada judicialmente, exime-se de suas responsabilidades alegando impossibilidades técnicas.

Em razão disso, para se dar efetividade às decisões, os magistrados têm aplicado pesadas sanções pecuniárias em desfavor da empresa mencionada e do Facebook[i], representante do mesmo grupo econômico. Nos casos da justiça do Piauí[ii] e de São Paulo[iii], os magistrados determinaram a suspensão temporária dos serviços do WhatsApp, ordenando que os provedores de *backbones* bloqueassem os acessos aos domínios e subdomínios do referido aplicativo.

Por último, um juiz da comarca de Lagarto-SE determinou a prisão do vice-Presidente do Facebook da América Latina em razão da empresa descumprir ordens judiciais que determinavam o fornecimento de informações de investigações relacionadas ao tráfico de drogas e ao crime organizado.

A empresa não tem cumprido as decisões judiciais sob a alegação de que não pode fornecer informação que não tem. Em matéria publicada no Globo[iv], a aludida aplicação de internet informou que o aplicativo não armazena as mensagens dos usuários, apenas as mantêm até que sejam entregues. A partir da entrega, elas existem apenas nos dispositivos dos usuários que as receberam.

1 QUEBRA DE SIGILO E INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA

O Marco Civil da Internet garante ao cidadão a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, excetuando-se os casos de ordem judicial. Ao representar por uma interceptação telemática, a atividade policial não está em busca de conteúdo trafegado pelo cidadão comum que usa esses aplicativos para atos não criminosos. A medida solicitada restringe-se apenas ao círculo de investigados especificados e individualizados numa determinação judicial.

A empresa WhatsApp Inc. tem se negado a prover essas informações sob a alegativa de que não possui nenhum conteúdo armazenado em seus servidores e, portanto, não há como fornecer o que interessa a uma investigação.

A investigação de um fato criminoso demandará, por vezes, a solicitação de medidas judiciais de interceptação ou quebra de sigilo telefônico ou telemático. Assim, quando representa pela quebra de sigilo, a polícia pretende ter acesso a informações de eventos não comunicacionais de um investigado, quais sejam: dados cadastrais; chamadas originadas e recebidas; dia, hora e duração da chamada e da conexão; protocolo de internet utilizado, etc.

A expedição de um mandado judicial determinando o fornecimento do registro das ligações originadas e recebidas ou das conexões de internet de determinado investigado obriga a empresa de telefonia ou de internet a fornecer esses dados não comunicacionais de um terminal telefônico ou de uma conexão de internet.

Diferente da quebra, a interceptação telefônica ou telemática visa à obtenção do conteúdo das comunicações de um investigado. A partir da expedição de um mandado judicial é que pode ser implementada uma interceptação, abarcando apenas situações presentes e futuras. Não se intercepta o passado.

1.1 Cumprimento de Ordem Judicial pelo WhatsApp

O Marco Civil da Internet estabelece que, em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em

território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

No caso da utilização do aplicativo aqui debatido, percebemos que, ao menos uma dessas fases, a de coleta, é realizada no Brasil, devendo, pois, aplicar-se a interceptação telemática de aplicativos como estes à Lei de 9.296, de 24 de Julho de 1996, nos precisos termos do que preconiza o art. 1º, parágrafo único. Dessa maneira, é imperativa a observação do dispositivo da referida lei a fim de determinar ao responsável pelo serviço que viabilize as condições técnicas necessárias ao cumprimento da decisão.

Em sua política de privacidade, o WhatsApp afirma não armazenar o conteúdo de mensagens enviadas por seus usuários e que, excepcionalmente, só o armazenará em seus servidores pelo prazo de até 30 dias, nos casos em que o receptor da mensagem estiver off-line. Acrescenta ainda que poderá arquivar a data e a hora das mensagens entregues, ou seja: em havendo solicitação de histórico de envio de mensagens enviadas por um investigado a empresa deverá fornecer essa bilhetagem. A coleta poderá ser feita sobre informações de número de telefone, protocolos de internet, tipo de plataforma utilizada, URLs visitadas e ordem de visitas, além de vários outros dados que sejam úteis a uma investigação.

Assim sendo, quando a polícia solicita a interceptação telemática de investigados que utilizam o WhatsApp para cometimento de crimes, a empresa prestadora do serviço deverá implementá-la a partir do recebimento da ordem judicial, desviando os pacotes de dados enquanto perdurar a medida. Não raro, ao ser demandada para prestar informações, a empresa alega não poder fornecer dados que não possui em razão de não armazenar nenhum conteúdo em seus servidores.

Na realidade, ao negar o cumprimento de ordens judiciais, a empresa fornece informação errônea de que a polícia solicita a interceptação telemática de eventos passados, como, por exemplo, o conteúdo da ligação ocorrida entre dois envolvidos através do aplicativo há algum tempo antes da decisão judicial. Em vez disso, a investigação necessita obter informações sobre o presente e o futuro e, para tanto, as aplicações de internet como o WhatsApp podem, a contar do recebimento da ordem judicial, fazer o desvio dos pacotes de dados trafegados em claro, fato perfeitamente exequível em decorrência do desenvolvimento das tecnologias atuais. No que tange aos atos passados, a investigação interessar-se-á apenas pelos dados não comunicacionais, que também podem ser fornecidos pela empresa.

A interceptação telemática do aplicativo sem a cooperação da empresa é possível de ser realizada, entretanto, não é compreensível, em razão dos dados trafegarem de forma encriptada. Por diversas vezes, o WhatsApp tem informado ser impossível o fornecimento da chave criptografia para se ter esse acesso, razão pelo qual diz não poder operacionalizar o procedimento, entretanto, esses argumentos não são verossímeis. Quando há a habilitação do aplicativo em outro aparelho telefônico, uma nova chave de criptografia é gerada e enviada automaticamente, possibilitando o acesso a conteúdos daquela conta recuperada. Nesse patamar, é possível a empresa proceder ao espelhamento de uma conta de um indivíduo investigado após o recebimento de uma ordem judicial.

Lado outro, cabe-nos aqui fazer uma observação: diversas revistas especializadas em informática divulgaram ao fim do ano de 2014 e início de 2015, que a empresa Whatsapp Inc. passaria a ser executada tendo como suporte uma criptografia *end-to-end*[v], ou seja, a mensagem ao sair do celular de um usuário seria encriptada, somente sendo possível sua abertura e leitura quando recebida pelo usuário destinatário[vi]. Uma vez implementada esta criptografia *end-to-end*, a interceptação do conteúdo das mensagens trafegadas, sem ter acesso à chave de decodificação, tornaria a medida ineficaz.

Em recente matéria publicada em março de 2016 no jornal americano *The New York Times*[vii], é narrado um caso frustrado de uma interceptação do conteúdo das mensagens trocadas por usuários do serviço Whatsapp, requisitada pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos e determinada por um juiz federal. Segundo noticiado, a interceptação não obteve êxito pois as mensagens e chamadas de voz interceptadas estariam com a criptografia do tipo *end-to-end*.

Ainda convém lembrar que essa certeza de criptografia ponto a ponto não é tão absoluta. Pesquisadores e estudiosos publicaram matéria no site Heise[viii] sobre uma série de estudos relacionados à criptografia utilizada pelo aplicativo Whatsapp. Em um ambiente controlado, realizaram testes do *Man-in-the-middle* com a ferramenta de análise de rede *Wireshark*. Os resultados demonstraram que tais pesquisadores conseguiram enxergar os pacotes trafegados, contudo, não conseguiram vencer a criptografia das mensagens através desta aplicação. Entretanto, noticiaram que lograra êxito, através de linhas de comando específicas, 'descriptografar' os pacotes de dados, tendo acesso claro ao conteúdo das mensagens.

Por outro lado, segundo o próprio desenvolvedor da criptografia adquirida pelo Whatsapp, esta segurança não estaria sendo empregada em chats em grupo e estaria sendo executada somente na plataforma Android[ix].

ISSN 2447-1097

De qualquer sorte, entendemos que o servidor da empresa Whatsapp Inc. teria, ao menos em tese, recursos técnicos para fornecer à Autoridade Policial a chave de segurança utilizada pelo usuário do serviço interceptado bem como, de maneira remota, habilitar e desabilitar a chave de criptografia, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Ora, se o servidor do aplicativo consegue alterar a configuração da aplicação, de maneira remota, para que o usuário de seu serviço realize a atualização do aplicativo, sob pena de inoperância da aplicação, seria plenamente viável, ao menos em tese, fornecer a chave de segurança ou ainda alterar a configuração de segurança para 'descriptografar' o tráfego das mensagens por determinado período.

1.2 Sanções Aplicáveis nos casos de Descumprimento.

O Marco Civil da Internet estabelece sanções abaixo elencadas sem prejuízo de outras de caráter civil, criminal ou administrativa:

a) advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
b) multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;
c) suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou
d) proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

Muito se debate sobre a possibilidade do magistrado aplicar a suspensão do aplicativo em razão de reiterado descumprimento de ordem judicial. O art. 12 do dispositivo legal referido não deixa nenhuma dúvida sobre essa aplicabilidade no caso das infrações previstas às normas do art.11 e 12. A legislação brasileira deve ser cumprida. Não há o que se discutir.

De mais a mais, insta salientar que, nos casos de investigações que envolvam organizações criminosas, a recusa a requisições judiciais configura o crime rotulado no art. 21 da Lei nº 12.850/2013.

ISSN 2447-1097

CONCLUSÃO

O avanço tecnológico tem possibilitado inúmeros benefícios ao homem, encurtado distâncias e redimensionando as fronteiras entre as nações. Da mesma forma, o crime tem se aproveitado dessas circunstâncias.

À polícia judiciária compete a apuração de delitos, apontando autoria e materialidade, entrementes, para otimizar seus resultados, necessita de autorização judicial que possibilite a quebra de sigilo e a interceptação telemática, o que tem sido negado reiteradamente pelas aplicações de internet. Não raras às vezes, a investigação fica prejudicada em razão dessa negativa, pois não haverá outra ferramenta para esclarecimento do fato.

Em tempos de avanço das organizações criminosas, tráfico de drogas virtualizado, delitos praticados contra crianças e adolescentes, cyber extorsão e divulgação de conteúdo íntimo sem autorização compartilhado de forma viral, urge a tomada de medidas para o respeito à legislação pátria.

É sabido que essas empresas, descumpridoras contumazes de nossos diplomas normativos, instalam-se no nosso país e faturam milhões diariamente. A persistir tal comportamento, torná-lo-emos num paraíso cibernético, local ímpar aos que pretendem praticar delitos e permanecer impunes.

Os provedores de conexão e as aplicações de internet devem respeito e adequação à legislação pátria. As determinações exaradas pelo Poder Judiciário que obriguem o fornecimento de dados de investigações em andamento devem ser atendidas sob pena de causar prejuízos outros na individualização da autoria e materialidade delitivas. Decisões judiciais devem ser cumpridas. Não cabe tergiversar.

REFERÊNCIAS

APUZZO, M. WhatsApp Encryption Said to Stymie Wiretap Order. **The New York Times.** 2016. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2016/03/13/us/politics/whatsapp-encryption-said-to-stymie-wiretap-order.html>. Acesso em: 25 mar. 2016.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; BARRETO, Karolinne Brasil. **O Dever do Facebook no Cumprimento de Ordem Judicial direcionada ao WhatsApp**. Disponível em http://direitoeti.com.br/artigos/o-dever-do-facebook-no-cumprimento-de-ordem-judicial-direcionada-ao-whatsapp/. Acesso em 21 mar. 2016.

ISSN 2447-1097

BARRETO, Alesandro Gonçalves. **Efetividade da Ordem Judicial de Provedores de Conexão e Aplicações de Internet: Sanções do art. 12 do Marco Civil**. Disponível em http://direitoeti.com.br/artigos/efetividade-da-ordem-judicial-em-desfavor-de-provedores/. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRANDOM, R. WhatsApp rolls out end-to-end encryption using TextSecure code. **The Verge**. 2014. Disponível em: <http://www.theverge.com/2014/11/18/7239221/whatsapp-rolls-out-end-to-end-encryption-with-textsecure>. Acesso em: 25 mar 2016.

BRASIL. Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

_____. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Piauí. Mandado de Segurança nº 2015.0001.001592-4. Rel. Des. Raimundo Nonato da Costa Alencar. Em 26 fevereiro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança nº 2271462-77.2015.8.26.0000. Relator: Xavier de Souza. Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal. Em 17 dezembro de 2015.

GLOBO. Não podemos fornecer informações que não temos. **Sérgio Matsuura.** 01 de Março de 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/whatsappnao-podemos-fornecer-informacoes-que-nao-temos-18781793#ixzz43SaMfHK4>. Acesso: 21 mar. 2016.

OPEN WHISPER SYSTEMS. **Open Whisper Systems partners with WhatsApp to provide end-to-end encryption**. 2014. Disponível em: <https://whispersystems.org/blog/whatsapp/>. Acesso em: 25 mar 2016.

SCHERSCHEL, F. A. Keeping Tabs on WhatsApp's Encryption. **Heise**. 2015. Disponível em: <http://www.heise.de/ct/artikel/Keeping-Tabs-on-WhatsApp-s-Encryption-2630361.html>. Acesso em: 25 mar 2016.

WHATSAPP. Informação Legal. **Terms of Service**. Última Atualização: 07 jul. 2012. Disponível em: <https://www.whatsapp.com/legal/#Privacy>. Acesso: 21 mar. 2016.

[i] Em abril de 2014, a diretoria da FTC (*Federal Trade Commission*) divulgou uma carta reconhecendo a compra efetuada pelo Facebook, ressalvando, porém, as obrigações preexistentes perante os consumidores, as quais o Whatsapp deve seguir cumprindo, estando sujeitos a punições caso violadas. Ao analisar a aquisição, a Comissão Européia entendeu que a fusão das duas empresas não iria trazer prejuízo aos consumidores em razão da existência de inúmeros aplicativos similares além de serem empresas que não são concorrentes próximos. Assim, mesmo após a fusão, as empresas ainda continuam com concorrência no mesmo setor. Com o aval da Comissão Européia (Órgão Regulatório da Europa), o Facebook encaminhou documentação de confirmação do negócio à SEC - *Securities and Exchange Comission* - equivalente a Comissão de Valores Mobiliários nos Estados Unidos. Apesar da aquisição do Whatsapp pelo Facebook tenha sido previamente anunciada em 19 de fevereiro de 2014, a homologação através do SEC (*Securities and Exchange Comission*), agência federal americana que regula e legisla

sobre valores imobiliários, só ocorreu em 6 de outubro de 2014, dando legitimidade e maior publicidade a todos valores e quotas acordadas entre as empresas.

[ii] Tribunal de Justiça do Piauí. Mandado de Segurança nº 2015.0001.001592-4

[iii] Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança nº 2271462-77.2015.8.26.0000

[iv] Não podemos fornecer informações que não temos.**Sérgio Matsuura.** Em 01 de Março de 2016

[v] T*he encryption backbone behind* - de usuário para usuário.

[vi] BRANDOM, R. WhatsApp rolls out end-to-end encryption using TextSecure code.

[vii] APUZZO, M. WhatsApp Encryption Said to Stymie Wiretap Order. **The New York Times.**

[viii] SCHERSCHEL, F. A. Keeping Tabs on WhatsApp's Encryption. **Heise**.

[ix] OPEN WHISPER SYSTEMS. Open Whisper Systems partners with WhatsApp to provide end-to-end encryption2014