



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**DIREITO A PRIVACIDADE X DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA: A Aplicação da
Técnica da Ponderação no Caso do Bloqueio do *WhatsApp***

Emanuella Santos Ramos
Nelson Teodomiro Souza Alves

Estância
2016

EMANUELLA SANTOS RAMOS

**DIREITO A PRIVACIDADE X DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA: A Aplicação da
Técnica da Ponderação no Caso do Bloqueio do *WhatsApp*.**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo – apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT,
como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

**Professor Orientador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

DIREITO A PRIVACIDADE X DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA: A Aplicação da Técnica da Ponderação no Caso do Bloqueio do *WhatsApp*.

Emanuella Santos Ramos¹

RESUMO

O uso da tecnologia propicia na sociedade contemporânea a aproximação de pessoas e a realização de tarefas antes inimagináveis. Diversos aplicativos, na esteira desse desenvolvimento tecnológico, foram criados a fim de facilitar a comunicação como também corroborar para o entretenimento; todavia, algumas práticas delitivas se usam das benesses e facilidades auferidas por este meio. O estudo aqui exposto, traz através da metodologia do estudo de caso a análise do bloqueio do *WhatsApp* determinado pela justiça sergipana para a investigação do crime de tráfico de drogas. O bloqueio deste aplicativo trouxe à baila o conflito entre dois direitos constitucionalmente previstos, a privacidade e a segurança pública, assim, o presente artigo tem por intuito analisar a privacidade e a segurança pública enquanto direitos fundamentais e que podem ser, de acordo com determinado caso concreto mitigados. Utilizando-se da ponderação, a partir de uma análise objetiva, verificou-se que a segurança pública deve prevalecer na medida em que o interesse público sobrepõe-se ao particular, todavia, atenta-se que a mitigação de direitos só deve ser utilizada quando outra alternativa faltar ao poder público.

Palavras-chave: Ponderação. Privacidade. Segurança Pública. *WhatsApp*.

INTRODUÇÃO

Uma nova realidade apresenta-se hodiernamente, o uso da tecnologia alcança escalas sem precedentes, propiciando a globalização das interligações humanas. Esta nova realidade aufere aos indivíduos a possibilidade de estreitar os laços de amizade, aumenta a possibilidade de negócios e traz a informação de forma instantânea.

Por outro lado, os benefícios que a tecnologia oferece, trouxe alguns dissabores. A facilidade de comunicação e o entretenimento propiciados por ela convivem com o crime, onde as benesses que este meio de comunicação oferece, a

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. E-mail: emanuellaramos9@gmail.com

exemplo da comunicação instantânea, são utilizadas para arquitetar e estruturar a sua prática.

O Estado vê-se, nesse dilema, obrigado a equilibrar os benefícios e malefícios decorrentes do uso da tecnologia, sendo em alguns casos impelido a mitigar alguns direitos para a busca da pacificação social.

O estudo aqui proposto, amparado na metodologia do estudo de caso, visa, a partir da análise da ordem judicial da vara criminal de Lagarto/SE que determinou o bloqueio do *WhatsApp*, buscar analisar qual direito constitucionalmente previsto deve prevalecer: a privacidade ou a segurança pública.

Para tanto, o presente artigo estrutura-se em três tópicos.

No primeiro, faz-se uma análise histórica do direito à privacidade em escalas globais e a sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se neste, refletir a importância do referido direito a fim de tolher as arbitrariedades do Estado bem como elemento essencial da dignidade da pessoa humana.

No segundo, a análise volta-se ao direito à segurança pública. Busca-se, neste, entender a sua relevância para a persecução dos fins estatais, qual seja, o bem comum. Ainda neste tópico analisa-se a segurança pública enquanto elemento justificador para a mitigação da privacidade, destacando os mecanismos permitidos pela Constituição para que tal possa acontecer.

O terceiro tópico empreende uma análise do caso que deu ensejo ao bloqueio do aplicativo de mensagens *WhatsApp*, refletindo qual dos direitos colidentes deve prevalecer. Para isso, ampara-se na técnica da ponderação, com suporte na fórmula peso de Alexy.

Desta maneira, a análise aqui proposta mostra-se relevante na medida em que oferece ao intérprete das normas e casos trazidos à sua apreciação, um suporte objetivo para a verificação de prevalência de um direito em detrimento de outro, especialmente no que concerne à temática aqui proposta.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Primeira Previsão Constitucional da Privacidade Enquanto Direito

1.1.1 Antecedentes no plano internacional

Os primeiros debates acerca da privacidade enquanto direito inerente à pessoa humana, surgem na esfera internacional. O ano de 1948 foi o propulsor para o reconhecimento deste direito, dando bases para que os ordenamentos jurídicos do mundo inteiro passassem a prevê-lo.

O documento pioneiro a mencioná-la, foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ao estabelecer em seu art. 5º que “toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida privada e familiar”.

No mesmo ano deste reconhecimento, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, que prevê em seu art. 12 que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Nos anos que seguem, a necessidade de reafirmação e proteção ao instituto passa a ser evidenciada em outros documentos. A proteção contra as arbitrariedades do poder público quando não estiver pautado na lei, à guisa de exemplo, foi preconizada no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que assim dispõe:

Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e construir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

A necessidade de reflexão acerca do tema ganhou um relevo tão grande que no ano de 1967 vários países se reuniram na Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade para discutir questões relacionadas a esta.

A proteção à honra e a dignidade fora objeto de previsão, ainda, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada em São José da Costa Rica, em 1981. Tal Convenção, de forte influência no Ordenamento Jurídico brasileiro, estabelece em seu art. 11 que toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua honra e dignidade, protegendo-a de ingerências abusivas na sua vida privada.

De acordo com RAMOS (2012, p.12), a década de 80 deu continuidade e ampliou a proteção à privacidade. Neste período fora celebrado um convênio entre os membros do Conselho da Europa em cujo teor estabelece que as pessoas devem ser tratadas com respeito, ainda, no que se refere à proteção de seus dados pessoais.

1.1.2 Previsão no ordenamento jurídico brasileiro

As Constituições brasileiras que antecederam a então vigente, embora tenham protegido os Direitos Fundamentais, não fizeram alusão direta à proteção da privacidade. O que existia, na verdade, era a previsão de alguns aspectos, como inviolabilidade de domicílio, sigilo das correspondências e comunicações, que redundavam numa proteção indireta a esse instituto.

A previsão desses direitos e garantias perpassam pelo momento histórico e a ideologia da época. Amparado nessa perspectiva, faz-se uma sintética análise da previsão do instituto da privacidade nas Constituições pretéritas.

A Constituição do Império de 1824, assegurou no seu artigo 179 a proteção a liberdade, segurança, propriedade, saúde, educação e igualdade. No que tange a proteção da liberdade, deu ênfase a vários aspectos, qual seja, manifestação de pensamento, o direito à crença e o exercício de qualquer trabalho ou profissão. Nesse talante, não houve previsão do instituto da privacidade.

Inaugurando a fase republicana, a Carta Magna de 1891, no que se refere aos direitos fundamentais, ampliou significativamente seu rol de proteção, especialmente no que tange às liberdades. Quanto a esta, foi garantida a liberdade de culto, de locomoção, reunião e associação. Assim como na anterior, não houve preocupação em proteger a privacidade.

A Constituição de 1934, por sua vez, conforme analisa TEIXEIRA e ZAMBONE (2012, p. 60-61) disciplinou de forma mais adequada e sistemática os direitos fundamentais, o que pode ser perceptível pela dedicação de um Título inteiro denominado Da Declaração de Direitos. No que concerne às liberdades, alargou o campo de proteção da anterior, incluindo a liberdade de consciência. O instituto da privacidade também não fora previsto nesta.

A Constituição de 1937, marcadamente autoritária, retrocedeu ao restringir o campo das liberdades. A censura mostrou-se premente e com isso, a manifestação

de pensamento, proteção do domicílio e direito de reunião e associação foram limitados. Neste aspecto, não há dúvidas que a privacidade mostrar-se-ia como um mal que poderia afrontar com a ordem social, não havendo, pois, proteção dessa.

O restabelecimento do Estado Democrático de Direito adveio com a Constituição de 1946 e com isto as liberdades voltaram a ter papel de destaque. De acordo com TEIXEIRA e ZAMBONE (2012, p. 63), foram plenamente restabelecidos os direitos à liberdade e à privacidade. Todavia, há de se mencionar que esta previsão não fora explícita.

Produto do período autoritário originado pelo Golpe Militar, a Carta Magna de 1967, embora tenha garantido expressamente os direitos individuais, limitou de forma acentuada as liberdades. Em nome da segurança nacional, vários direitos conquistados nas Cartas anteriores foram limitados. Neste diapasão, não resta dúvidas que a privacidade fora totalmente extirpada de previsão.

Passado este período de intensa instabilidade no que tange a proteção dos direitos e garantias fundamentais, fruto de um processo de redemocratização, fora promulgada a Constituição vigente, com a nítida preocupação em assegurar tais direitos. Como bem assevera TEIXEIRA e ZAMBONE (2012, p. 66):

A elaboração da Constituição vigente resultou do processo de redemocratização do país e do compromisso das lideranças políticas e sociais com o retorno a um Estado Democrático de Direito. Esse ideal levou à elaboração de um texto analítico, porém avançado e com preocupações ideológicas que têm levado o país, em vários aspectos, a um progresso significativo no que se refere à previsão e ao exercício dos direitos individuais e de cidadania.

Fundamentado nesse ideal de Estado, em que as liberdades revelam-se como essenciais para proteger a dignidade da pessoa humana, é que a privacidade vai aparecer pela primeira vez explicitamente como um direito.

1.2 Proteção Constitucional da Privacidade na Constituição de 1988

A promulgação da Carta Magna de 1988 trouxe consigo a preocupação de consolidar no sistema jurídico brasileiro os Direitos Fundamentais. A inclusão de um título de Direitos e Garantias Fundamentais bem como o status de cláusula pétrea que estes ganharam, atestam a sua relevância para a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Como bem assevera STUART (2011, p.10):

O reconhecimento e a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais são o núcleo essencial da democracia. Trata-se, portanto, de parâmetro axiológico e referencial obrigatório e vinculante da atuação estatal. Tais direitos reduzem acentuadamente a discricionariedade dos poderes constituídos, impondo-se-lhe deveres de abstenção (não dispor contra eles) e deveres de atuação (dispor para efetivá-los).

Dada a relação conexa com a democracia, tais direitos pretendem alicerçar as bases nas decisões de juristas e promover no âmago da sociedade o respeito a um bem maior, a dignidade da pessoa humana.

De acordo com SARLET, (2007, p.378), a dignidade humana é ao mesmo tempo limite e tarefa da comunidade como um todo, uma dupla condição que também abaliza uma intrincada dimensão prestacional e defensiva da dignidade. Enquanto limite, gera direitos fundamentais (negativos) contra ações que a violem ou a exponham a nocivas ameaças, enquanto tarefa, impõe aos órgãos estatais deveres concretos de tutelá-la.

Entre os direitos insertos na Constituição e que vislumbra garantir esse bem maior, está o da privacidade. Previsto no art. 5º, X, assegura que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Além de ser elevada a garantia de direito fundamental, a privacidade é também entendida como um direito da personalidade, recebendo destaque no art. 21 do Código Civil que aduz ser a vida privada da pessoa natural inviolável. Prevê, ainda, o referido Código o direito à indenização pelos danos causados a sua violação.

Feito o enquadramento do direito à privacidade, reforça-se, direito fundamental e da personalidade, faz-se necessário ter um aporte conceitual acerca deste, buscando esclarecer em quais aspectos da vida ele se projeta.

Nas lições de SILVA (2013, p.208), a privacidade abarca “o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sobre seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.”

SARLET (2016, p. 444), por sua vez, atenta que fica cada vez mais difícil delimitar o campo de abrangência do direito à privacidade, haja vista que esta não raras as vezes é manipulada pelo próprio ordenamento jurídico, utilizada para suprir-

lhes necessidades estruturais, desse modo, se torna difícil delimitar objetivamente seu campo de incidência. As circunstâncias do caso concreto são o suporte para aferir se houve violação a tal direito.

Há de se destacar, ainda, que outros direitos fundamentais funcionam como suporte para a garantia da privacidade. Conforme salienta SARLET (2016, p. 445), o direito a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a proibição de tratamento informático de dados referentes à vida privada e familiar e o sigilo profissional, são instrumentos jurídicos privilegiados de garantia desse direito

Impende salientar que há uma celeuma doutrinária no que se refere à distinção entre direito à privacidade e intimidade². Todavia, como afirma SARLET (2016, p. 442), embora a nossa Constituição tenha reconhecido expressamente a proteção à intimidade e à privacidade, estas devem ser analisadas conjuntamente visto serem esferas do direito à vida privada.

Seja qual for a posição que o intérprete siga, não há dissonância que enquanto direito fundamental constitucionalmente previsto, a privacidade deve ser protegida de toda forma de ingerência que venha mitigar a sua fruição, desde que constitucionalmente prevista.

2. O DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

2.1 A Segurança Pública Enquanto Direito

A Segurança Pública é tema que preocupa a sociedade desde os primórdios, haja vista que a busca pela paz é um fim a ser perseguido para o bom convívio social. De acordo com FREITAS (2013, p. 15), a segurança aos indivíduos e à sociedade é elemento fundamental na gênese do Estado, uma das causas justificadoras da sua criação.

Desde as sociedades mais arcaicas, o Estado criou aparatos para manter a ordem; as guardas e órgãos policiais tinham como função precípua garantir aos moradores das cidades um mínimo de tranquilidade. Conforme elenca MATTOS, et

² Assevera Maria Helena Diniz (2005, p.196), que estas esferas não se confundem, podendo, todavia, a intimidade incluir-se na privacidade. Esta, refere-se a aspectos externos da convivência, enquanto aquela tem relação com os aspectos subjetivos de cada pessoa.

José Afonso da Silva (2013, p. 208), por outro lado, prefere usar a expressão direito à privacidade num sentido genérico e amplo, de modo que abarque todas as manifestações da vida íntima que o texto constitucional consagrou.

al (2012, p. 02), no Egito, por volta de 1000 anos a.C., a guarda com função policial era identificada por portar um bastão com o nome do Faraó da época, já em Roma, tal função era exercida pelos edis, censores e cônsules.

Embora tenha sido objeto de preocupação nas sociedades antigas, que ao seu modo criou mecanismos que visavam garantir a manutenção da ordem, a segurança pública enquanto direito ganha reconhecimento a partir das declarações de direitos.

A Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 reconhece em seu artigo 3º que o governo deve ser instituído para o bem comum, proteção e segurança do povo. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, também prevê esse instituto em seu artigo 2º, estabelecendo que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem e dentre esses direitos está a segurança.

Dada a sua intrínseca relação com os Direitos Humanos, a partir do século XX mostrou-se premente a discussão e efetivação do direito a segurança nas Convenções Internacionais. Nestas, foi reconhecida a necessidade de positivá-las em seus documentos.

A Convenção Europeia da Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, preconiza em seu artigo 5º que toda pessoa tem direito à liberdade e a segurança. No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 reconhece a segurança pessoal enquanto direito fundamental ao incluí-la no rol de direitos previstos em seu artigo 7º.

Todavia, como observa ROSAS (2015, p. 304), no Brasil, por muito tempo a segurança pública fora considerada antagônica aos direitos humanos, o que ocorreu em função do autoritarismo vigente entre os anos de 1964 e 1984 e da manipulação, por meio do Regime Militar, dos aparelhos estatais, o que acabou por dividir a sociedade e a polícia, como se esta não fizesse parte daquela.

A promulgação da Carta Magna de 1988, contudo, veio assegurar a segurança pública de modo contundente, tendo em vista que ao reconhecer o país como um Estado Democrático de Direito afastou as ingerências dos órgãos públicos quanto ao uso da força em dissonância aos direitos humanos e a seus próprios fundamentos.

2.2 A Segurança Pública na Esfera Constitucional Brasileira

Enquanto direito inerente a todo ser humano, a segurança é imprescindível para o seu natural desenvolvimento e para a convivência pacífica em sociedade.

Integrando o rol de elementos essenciais que visam o bem comum, fim do Estado, recai sobre este a responsabilidade de propiciar e manter condições que garantam o pleno desenvolvimento dos cidadãos. Nas lições de SILVA (1992, p.658), a segurança:

(...) Pressupõe proteção, amparo, garantia, estabilidade e implica na manutenção da ordem interna, significando situação de convivência social pacífica, isenta de ameaça e de violência, propiciando condições às pessoas de uma coexistência em sociedade protegidas contra restrições arbitrárias a sua vida, a sua liberdade, ao seu patrimônio e a outros direitos essenciais. Em sua dinâmica, é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas.

NUCCI (2016, p.56), por sua vez, a define como:

(...) ausência de risco correspondente ao interesse da sociedade, tomada esta como a soma das individualidades, mas como um corpo, qual seja, a coletividade. Segurança pública é o conjunto das ações preventivas e reativas, de natureza pública, que, em resposta ao fenômeno da criminalidade volta-se ao alcance ou a manutenção da ordem pública e que tem como fim último proporcionar aos indivíduos, na convivência social, a fruição de relações pautadas no direito básico de liberdade, garantidas a segurança jurídica – proteção contra repressão autoritária do Estado – e a segurança material – proteção contra agressões de todo tipo.

A segurança é um instituto previsto na nossa Constituição sob diferentes prismas. No preâmbulo, embora desprovido de normatividade, é preceito que serve como fonte de interpretação dos juristas e como um dos elementos essenciais do Estado Democrático de Direito. No artigo 5º é entendida como um direito fundamental e no 6º ela é vista como um direito social. Nestes casos é premente o intuito de caracterizá-la enquanto direito do cidadão.

Analisando-a sob outro viés, precisamente no que estabelecem os artigos 34 e 144 do mesmo diploma, percebe-se que o Estado visa garanti-la ao delimitar ações concretas que vislumbram assegurar a chamada ordem pública. O artigo 144 estabelece que “a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)”. Neste aspecto, mostra-se precípua uma ação

conjunta entre Estado e sociedade na discussão de mecanismos que assegurem a sua efetivação.

Necessário se faz, então, definir a chamada ordem pública, visto que como se depreende do estabelecido no artigo 144, esta é um dos elementos essenciais para a efetivação da segurança pública. Uma vez que se verifique a sua transgressão, deve a Administração Pública garantir a pacificação com base nas atribuições que a Constituição lhe impõe.

De acordo com FREITAS (2013, p. 13), a ordem pública é elemento imprescindível à tranquilidade das pessoas e ao engrandecimento e progresso do Estado, caracteriza-se, ainda, como elemento que permite o livre exercício dos direitos fundamentais.

SILVA (2013, p.784), por seu turno, entende-a como uma “situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”. Atenta ainda o doutrinador que esta convivência pacífica não denota falta de discordâncias entre os cidadãos, porém, tais controvérsias, precipuamente inerentes ao convívio em sociedade, não devem requerer do poder público um esforço em reprimi-las.

Neste sentido, a ordem pública é o estado de harmonia social, onde os interesses e os direitos dos cidadãos são mutuamente respeitados, com plena fruição das garantias e liberdades constitucionalmente previstas bem como dos direitos humanos e que garantem a efetivação dos elementos essenciais para a preservação do Estado Democrático de Direito.

Todavia, a ordem pública por vezes é desrespeitada e o Estado, enquanto garantidor das liberdades fundamentais, deve valer-se de seu aparato para restabelecê-la. Nesse ínterim, faz-se necessário efetivar a segurança pública a fim de garantir a segurança individual.

2.3 Segurança Pública e Mitigação ao Direito à Privacidade: Medidas Necessárias.

Na busca da manutenção da ordem pública, por vezes, a Administração Pública ampara-se em dispositivos legais para adentrar na esfera privada do indivíduo para coibir a prática de delitos.

Um dos mecanismos legais que autoriza o poder público a mitigar a privacidade em nome da segurança pública está elencado no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos da Constituição Federal, que estabelece em seu art. 5º, XII:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Conforme se observa, a preocupação precípua foi a proteção à privacidade, qual seja, o sigilo das comunicações, contudo o dispositivo abriu precedente para que as comunicações telefônicas pudessem ser interceptadas quando a ordem pública se mostrar ameaçada, com a ressalva ainda de que esta fosse necessária à investigação criminal ou instrução processual penal.

Com o fito de regulamentar o artigo retro mencionado, fora promulgada a Lei nº 9296/96. De acordo TAVARES (2016, p.177-178) nos termos desta, a interceptação trata-se de uma medida cautelar preparatória que poderá ser decretada pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial no curso do procedimento investigativo ou ainda quando o representante do Ministério Público requerer.

Todavia, como bem observa FERRAZ JÚNIOR (2014, p. 448), esta violação direta à privacidade só é possível quando se trata desse tipo de comunicação, visto que as demais elencadas no artigo constitucional alhures destacado, deixam vestígios que posteriormente podem ser utilizados como prova. Neste aspecto, os dados de comunicações instantâneas enviadas via aplicativos de celular, à guisa de exemplo, não podem ser objeto desta lei.

Outrossim, fazendo-se uma análise cuidadosa do artigo, pode-se inferir que a proteção a que se refere é quanto aos abusos do Estado na esfera privada dos indivíduos e não criar óbice para proteger o delito e seus praticantes. No entendimento de NUCCI (2005, p. 489), a inviolabilidade da correspondência cederia espaço a um interesse maior, que é a segurança pública.

Diante do exposto, mostra-se evidente que o Estado brasileiro, a fim de resguardar um bem coletivo que é a segurança pública, como já salientado uma finalidade a ele inerente, cria mecanismos que possam criar entraves a ela, podendo inclusive mitigar um direito fundamental aparentemente com esta colidente.

3. BLOQUEIO DO *WHATSAPP*: APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO NA TAREFA DE IDENTIFICAR QUAL DIREITO DEVE PREVALECER

3.1 Exposição do Caso Concreto

A questão trazida à análise refere-se ao 3º bloqueio do aplicativo de mensagens instantâneas *WhatsApp* no Brasil decretado pelo juiz da Vara Criminal do município de Lagarto/ Se em 02 de maio de 2016. Na ocasião, o magistrado mandou que as operadoras de telefonia de todo o país bloqueassem o serviço por 72 horas.

O que deu ensejo ao magistrado tomar a referida medida foi a investigação sobre crime organizado de tráfico de drogas que tramita em segredo de justiça nos autos do processo nº 201655000183. Como forma de obter provas, a justiça local solicitou à empresa Facebook, responsável pelo aplicativo, que compartilhasse informações das mensagens auferidas pelos investigados e que subsidiariam a aludida investigação.

Afrontando a ordem judicial, a empresa utilizou como óbice ao seu não cumprimento a criptografia das mensagens, o que impediria o acesso ao seu conteúdo. Em virtude do não atendimento, a polícia federal ingressou com uma medida cautelar com parecer favorável do Ministério Público, o que foi atendido pelo magistrado do município por entender que alguns pressupostos do Marco Civil da Internet, a Lei nº 12695/14, não foram atendidos, entre os quais pode-se citar a proteção e armazenamento dos dados.

Cumprido salientar que a medida judicial de bloqueio do serviço fora precedida de outras sanções, entre as quais o arbitramento de multa e a prisão do presidente do Facebook para a América Latina.

Nesse ínterim, mostra-se evidente a colisão entre duas garantias balizadas pela Constituição Federal, quais sejam, o direito à privacidade e o direito à segurança pública. A questão que desponta quanto a essa observação é qual das duas garantias deve prevalecer.

Não cabe aqui usar do subjetivismo para responder a questão suscitada, deve-se enfrentá-la de forma racional, utilizando-se de mecanismos que possibilitem uma análise livre de valores pessoais de forma a estabelecer, com suporte em uma ferramenta adequada, qual dos direitos fundamentais deve ser levado em

consideração. Para tanto, utilizar-se-á a técnica da ponderação de modo a perquirir racionalmente a melhor forma de resolver a casuística.

3.2 A Técnica da Ponderação

Em respeito ao princípio da unidade constitucional, não podem os direitos nela postos permanecerem em conflito, cabendo ao intérprete equilibrá-los para protegê-los. Como observa PINTO (2013, p. 05), “uma norma constitucional não pode ser interpretada de modo absoluto e de maneira isolada, devendo se rechaçar excessos e arbítrios, eis que os direitos individuais não podem ser considerados ilimitados, devendo conviver as liberdades harmoniosamente”.

Como forma de dar ao intérprete um suporte para empreender um modo racional de aplicação dos direitos previstos na Constituição mas que se mostram conflitantes em determinado caso concreto, apresenta-se a técnica da ponderação.

A essência desta consiste no sopesamento de bens jurídicos conflitantes, os quais fazem parte de uma mesma escala hierárquica, com a finalidade de auferir imparcialmente qual tem maior prevalência em determinado caso concreto.

Tal técnica tem suas raízes na decisão de um caso julgado pelo Tribunal Constitucional da Bavária no ano de 1958. O país tinha uma lei que restringia a licença para abertura de novas farmácias quando estas comprometessem economicamente os competidores da região; invocando-a no ano de 1955, um farmacêutico imigrado foi impedido de estabelecer seu negócio e este, inconformado, levou sua insatisfação à Corte requerendo a inconstitucionalidade da lei por ser óbice ao direito da livre iniciativa.

Na decisão do caso o Tribunal entendeu que a escolha de uma profissão é condicionada aos interesses da sociedade; mesmo o indivíduo tendo liberdade para tanto, o seu exercício pode ser restringindo quando o interesse público assim exigir. Todavia, atentaram os julgadores, essa interferência legislativa deve ser cautelosa de modo a empregar meios reguladores que restrinjam de forma amena os direitos fundamentais.

O cerne da questão para a resolução da casuística era se a ausência da legislação afetaria a oferta de medicamentos causando perigo à saúde pública. Ao entender que a restrição auferida pela lei não guardava consonância à garantia do interesse público tutelado, qual seja a defesa da saúde pública, foi declarada inconstitucional.

3.2.1 Elementos estruturantes da técnica da ponderação: a fórmula peso

Antes de qualquer análise mais acurada, cumpre destacar que embora prime pela análise objetiva de qual interesse conflitante deva prevalecer, de certo uma carga valorativa subjetiva mostrar-se-á presente.

Tal observação explica-se pelo fato de que mesmo seguindo os parâmetros objetivos, a referida técnica exige do intérprete a atribuição do peso de suas perspectivas para descobrir o peso dos bens jurídicos conflitantes. É o que observa BELCHIOR e KRELL (2009, p. 2719) ao atentar que a referida técnica padece de racionalidade ao dar margem ao subjetivismo do julgador mesmo que o balanceamento esteja submetido a um controle racional.

Isto posto, como forma de ilustrar o exposto alhures, cumpre apresentar a “fórmula peso” de Alexy, exposta em sua obra *Constitucionalismo Discursivo*, que visa sobepesar de maneira racional os interesses que se revelam conflitantes, especialmente no que tange a direitos fundamentais.

LEAL e PAVÃO (2015, p. 312-313), apresentam os elementos estruturantes da referida fórmula. Esta, de acordo com os autores, requer do intérprete em diferentes etapas a definição do grau de cumprimento ou prejuízo gerado na aplicação de um princípio ou direito e outro colidente. Atentam, ainda, que a sua utilização consiste em separar os direitos que estão em colisão no caso em análise e colocá-los de forma oposta na fórmula.

Eis que ela assim se apresenta:

$$I_i \cdot G_i \cdot S_i$$
$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Necessário se faz elucidar o que cada letra representa. As letras “i” e “j” referem-se aos direitos fundamentais que estão colidentes; “G” representa o valor que o direito tem independente do caso concreto, “S” é a relevância do cumprimento do direito levando-se em consideração o caso concreto e “I” é o grau de intensidade da intervenção, ou seja, como esta pode afetar na escolha de um direito em prevalência do outro.

Ainda no que concerne a esta fórmula, cumpre destacar o grau de subjetivismo anteriormente elucidado, uma vez que esta exige do intérprete a atribuição dos pesos 1, 2 e 4 aos seus fatores estruturantes.

Aufere-se, do exposto, que embora tenha como objetivo precípua uma análise objetiva da incidência de um direito em prevalência do outro no caso concreto, a referida fórmula não isenta o intérprete de atribuir um certo juízo de valor. Desta forma, deve-se ter cautela no momento necessário de utilizar o subjetivismo a fim de evitar que os pré-conceitos possam afetar numa elucidação coerente do direito prevalente em determinada situação.

3.2.1 Aplicação da técnica da ponderação no caso concreto

Como forma de demonstrar a utilização da ponderação e a fim de resolver a problemática do caso trazido a lume, passa-se a perquirir da maneira mais imparcial possível, qual dos direitos fundamentais deve prevalecer na decisão que bloqueou o *WhatsApp*.

De um lado tem-se que a segurança pública é um direito que visa o bem-estar social e que oportuniza aos cidadãos o exercício de outros direitos, quais sejam, a educação, lazer, habitação.

De outro tem-se o direito à privacidade, que trazendo-o a casuística possibilita a comunicação de fatos que o indivíduo considera particular e que por isso não deseja que seja de conhecimento de terceiros, devendo o seu conteúdo ser protegido.

Aplicando-se a fórmula anteriormente salientada, cabe definir antes de qualquer coisa o peso que os direitos em análise auferem independente do caso concreto. Considerando que tanto o direito à privacidade quanto o direito à segurança pública são, como já exposto alhures, uma conquista da sociedade bem como elementos que corroboram para a dignidade da pessoa humana, atribui-se a ambos o peso 4, a letra “G” na fórmula.

Feito isto, passa-se a perquirir a relevância de cada um deles no caso concreto, analisando-se com preponderância os efeitos que podem refletir na sociedade.

Como relatado na exposição do fato que deu ensejo ao bloqueio do aplicativo, a ingerência no direito à privacidade dar-se-ia tão somente com relação a situação

específica, qual seja, o tráfico de drogas no município de Lagarto/SE. O acesso as conversas dos envolvidos têm como interesse maior a persecução de um direito fundamental coletivo, que é a segurança pública. Neste aspecto, atribui-se ao primeiro o peso 1 e ao segundo o peso 4, a letra “S”.

Aplicando-se a ponderação em sentido específico, ou seja, verificando se a satisfação de um direito justifica a não aplicação do outro, tem-se que a proteção da segurança pública representa dar a comunidade local uma proteção contra os efeitos que o tráfico de entorpecentes pode nela engendrar, a exemplo da violência. Levando-se em consideração que a efetivação deste direito justifica a interferência na privacidade, atribui-se a este direito peso 1 e àquele peso 4, na fórmula a letra “I”.

Desta maneira, podemos representar a fórmula peso na resolução da casuística, onde a letra “i” representa o direito à privacidade e a letra “j” o direito à segurança pública, da seguinte forma:

$$G_{ij} = \frac{G_i^4 \cdot I_i^1 \cdot S_i^1}{G_j^4 \cdot I_j^4 \cdot S_j^4} = \frac{4}{64}$$

Com isso, observa-se que no caso em análise deve prevalecer o direito à segurança pública em detrimento da privacidade.

Impende observar, contudo, que primando pela segurança pública o Estado pode, por vezes, com vistas ao cumprimento do seu dever de vigilância, adentrar arbitrariamente na esfera privada dos cidadãos. Um ponto de reflexão é se a quebra da privacidade em prol da segurança pública, no caso em análise, pode dar brechas para que qualquer suspeita de infração viole com frequência aquele direito, causando a instabilidade na sua garantia.

O fato é que o poder público deve ter cautela quando for utilizar o poder que lhe é atribuído para não causar prejuízos no exercício da privacidade, esta deve ser ponderada tão somente quando outra alternativa para garantir o bem comum não se revelar viável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tarefa de aplicar um direito fundamental em detrimento do outro em determinado caso concreto desafia o intérprete a esquivar-se de suas convicções e ser mais objetivo. No caso do bloqueio do *WhatsApp*, essa capacidade mostra-se

premente na medida em que dois interesses se apresentam colidentes, o direito à privacidade e o direito à segurança pública.

A privacidade, direito que corrobora de forma significativa para o alcance e satisfação da dignidade da pessoa humana, fora durante muitos séculos desrespeitada pelo poder público, tolhendo o indivíduo de manter em segredo aspectos que só diziam respeito a ele mesmo e é somente com a Constituição de 1988 que ela foi garantida de forma concisa.

A ingerência do Estado na esfera da vida privada pode causar danos de difícil reparação, causando ao indivíduo inclusive o não usufruto de um dos aspectos da sua dignidade. A sua mitigação só deve ser aceita na medida em que a segurança pública estiver ameaçada, pois, este é um dos direitos reconhecidos pela Carta Magna que corroboram para a satisfação do bem comum.

No caso trazido à análise pôde-se vislumbrar, com fulcro na ponderação, que o direito a segurança pública deve prevalecer na medida em que a não aplicação da privacidade na decisão que determinou o bloqueio do aplicativo encontra-se justificada, a preponderância deste direito pode causar prejuízos inestimáveis na satisfação dos direitos dos demais cidadãos. Estes, são as principais vítimas da prática ilícita do tráfico de drogas, veem-se tolhidos de exercer os demais direitos constitucionalmente previstos e com isso não veem contemplado na sua inteireza a tão buscada dignidade da pessoa humana.

Diante disso, espera-se que o poder público interfira na esfera privada dos indivíduos somente quando outra não for a alternativa para resolver os conflitos que a ele se apresentem, a mitigação de direitos deve ser a última medida na interpretação jurídica, afinal, estes devem coexistir harmoniosamente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; KRELL, Andreas Joaquim. **Os Princípios da Ponderação e da Proporcionalidade: Instrumentos Para Solucionar Conflitos Normativos que Envolvem o Direito Fundamental a um Meio Ambiente Sadio**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2123.pdf <>. Acesso em: 01 ago. 2016.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos Humanos e Fundamentais**. (Coleção Saberes do Direito). São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Alexandre Araújo. **O Controle da Razoabilidade no Direito Comparado**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado/capitulo-iii/a-definicao-do-principio-da-proporcionalidade/1-elementos-do-principio-da-proporcionalidade/a-adequacao>>. Acesso em: 17 out. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. Vol 01. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan. 1993. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

FERREIRA, Mariana Colucci Goulart Martins; SILVA, Alexandre Ribeiro da. **A Sociedade da Vigilância e o Panoptismo: O Direito Fundamental à Privacidade no Contexto Brasileiro**. In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte, CONPEDI, 2015.

FREITAS, Maria Helena D'Arbo Alves de. **O Direito Humano à Segurança Pública e a Responsabilidade do Estado**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0731460a8a5ce162>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

GRAÇA, Ronaldo Bach da. **Riscos Inerentes A Utilização De Redes Informáticas, com Foco no Risco à Privacidade e a Segurança Cibernética**. In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte, CONPEDI, 2015.

GRANDI, Cláudia Regina; ROLT, Carlos Roberto de. **Os Desafios da Preservação do Direito à Privacidade de Pessoas Monitoradas por Sensores Conectados à Redes Wban (Wireless Body Area Network) à Luz da Legislação Brasileira e Americana**. In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Aracaju. Anais... Aracaju, CONPEDI, 2015.

LEAL, Rogério Gesta; PAVÃO, Fábio Biasi. **Regras de Ponderação de Robert Alexy e Reflexões Sobre a Dupla Dimensão dos Direitos Humanos em Análise de Conflito de Direitos em Caso Concreto de Infanticídio em Aldeias Indígenas**. In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte, CONPEDI, 2015.

MATTOS, Karina Denari Gomes de; SILVA, Alexandre Janólio Isidoro. **A Segurança Pública na Esfera Constitucional**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1433/1369>>. Acesso em: 10 set. 2016.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Direitos Humanos Versus Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RAMOS, Cristina de Mello. **O Direito Fundamental à Intimidade e à Vida Privada**. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

ROSAS, Virgílio Cesar Costeira de Mendonça. **Instituição Policial no Brasil: Limite ao Uso da Força e Incorporação aos Direitos Humanos**. In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Aracaju. Anais... Aracaju, CONPEDI, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STUDART, Ana Paula Didier. **A Natureza Jurídica do Direito à Intimidade**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1911/1449>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

TAVARES, Marcel Santos. **Do Encontro Fortuito de Provas (Fenômeno da Serendipidade) nas Interceptações Telefônicas: Visão dos Tribunais Superiores**. In: XXV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília. Anais... Brasília, CONPEDI, 2016.

TRIBUNAL de Justiça de Sergipe emite nota sobre bloqueio do WhatsApp. Disponível em: <<http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2016/05/tribunal-de-justica-de-sergipe-emite-nota-sobre-bloqueio-do-whatsapp.html>>. Acesso em: 03 maio 2016.

ZAMBONE, Alessandra Maria Zabatine; TEIXEIRA, Maria Cristina. **Os direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras**. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/3542/3199>>. Acesso em: 13 set. 2016.

RIGHT TO PRIVACY X RIGHT TO PUBLIC SECURITY: Weighting Technical Application in Case *WhatsApp* lock

ABSTRACT

The use of technology propitiates in contemporary society the approach of people and carrying out tasks previously unimaginable. Many applications in the wake of this technological development were created in order to facilitate communication as well as corroborating for entertainment; however, some criminal practices are used in the largesse and realized facilities by this means. The study exposed here, brings through the case study methodology the analysis of *WhatsApp* lock determined by sergipana justice for investigation of drug trafficking crime. Blocking this application brought to the fore the conflict between two constitutionally provided rights, privacy and public safety, so, this article is meant to examine the privacy and public security as fundamental rights and can be, according to particular case mitigated. Utilizing the weighting from an objective analysis, it was found that public security must prevail in so far as the public interest overlaps the particular, however, watch out that the of mitigation rights should only be used when other alternative miss the government.

Keywords: Weighting. Privacy. Public security. *Whatsapp*.