

**SURVEILLANCE E A TEORIA DA PONDERAÇÃO: O CONFLITO ENTRE
DIREITO A PRIVACIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL**
*SURVEILLANCE AND THE WEIGHT OF INTERESTS: THE CONFLICT BETWEEN THE
RIGHT TO PRIVACY AND PUBLIC SECURITY IN BRAZIL*

Vinícius Almada Mozetic

Pós-Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS-RS. Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS-RS. Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Constitucional. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Advogado e Docente. Professor-visitante da Charles University, Praga - República Tcheca; Professor-visitante da People's Friendship University, Moscou - Rússia; Professor-visitante e membro do grupo de pesquisa - per l'actualització del dret de la persona i familiar - UAB-Barcelona; Professor visitante da Cardinal Stefan Wyszyński University, Varsóvia - Polônia. Professor e Pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Santa Catarina (Brasil).
E-mail: vinicius.mozetic@unoesc.edu.br.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3199864794012366>

Diego Roberto Barbiero

Mestrando em Direitos Fundamentais na Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Promotor de Justiça de entrância especial no Ministério Público do Estado de Santa Catarina - MPSC. Titular da Promotoria da Moralidade Administrativa da Comarca de Chapecó (10ª Promotoria de Justiça) e Coordenador Regional do Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas de Santa Catarina (GAECO-SC/Chapecó). Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal na Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Santa Catarina (Brasil).
E-mail: drbarbiero@yahoo.com.br.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6391920580753435>

Submissão: 23.02.2020.

Aprovação: 20.03.2022.

RESUMO

O presente artigo trata da colisão entre um direito fundamental privado (a privacidade) e um direito fundamental social (a segurança pública) no Brasil. O objetivo do artigo é analisar a temática, dando maior enfoque a vigilância e controle dos espaços públicos. O problema da pesquisa é: atuando com base na ponderação de interesses e sob o olhar de invasão de privacidade, é possível vigiar a sociedade sob a justificativa da busca pela efetividade do

direito a segurança pública? O método de abordagem adotado é o dedutivo, e o método de procedimento utilizado é o monográfico. A hipótese principal responde ao problema de pesquisa de modo afirmativo. A conclusão é de que a referida vigilância é possível, contanto que o Estado observe e pondere as estruturas que decorrem do direito a segurança pública (dever e responsabilidade), e do direito à privacidade, ou seja, corrobora a concretização dos direitos e das garantias fundamentais estruturadas na Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Surveillance; Segurança Pública; Privacidade.

ABSTRACT

This article deals with the collision between a fundamental private right (privacy) and a fundamental social right (public security) in Brazil. The objective of the article is to analyze the theme, giving greater focus to the surveillance and control of public spaces. The research problem is: acting based on the balance of interests and under the perspective of invasion of privacy, is it possible to monitor society under the justification of the search for the effectiveness of the right to public security? The method of approach adopted is the deductive, and the method of procedure used is the monographic. The main hypothesis answers the research problem in the affirmative. The conclusion is that said surveillance is possible, provided that the State observes and weighs the structures that derive from the right to public security (duty and responsibility), and the right to privacy, that is, it corroborates the realization of rights and guarantees fundamentals structured in the Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: Surveillance; Public security; Privacy.

INTRODUÇÃO

A vigilância ou Surveillance¹ tem afetado diretamente a vida das pessoas. Traz à reflexão sobre o monitoramento por câmeras do espaço público e aborda questões importantes sob a ótica da efetividade ou não dos direitos fundamentais: é que, ao se buscar efetividade do direito à segurança, o Estado (e mesmo os particulares) acabam por interferir na privacidade do cidadão.

Atuando com base na ponderação de interesses e sob o olhar de invasão de privacidade, é possível vigiar a sociedade sob a justificativa da busca pela efetividade do direito a segurança pública?

¹ Surveillance pode ser caracterizado, especialmente, pelo uso de “sentidos estendidos”, ou seja, pela utilização de meios técnicos capazes de extrair ou criar informações pessoais. Tais informações não são apenas “sobre indivíduos”, dado que também consideram o contexto da sua coleta, o que permite afirmar que boa parte da surveillance está ligada ao reconhecimento de padrões relacionais do indivíduo com outros e com o espaço. MORAIS, Jose Luis Bolzan de NETO, Elias Jacob. O que é isto, a surveillance? Direito e fluxos de dados globais no século XXI. In O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais / organizadores Narciso Leandro Xavier Baez ... [et al.]. – Joaçaba, SC: Unoesc, 2018. p. 90.

O objetivo do artigo é analisar a possibilidade de aplicação da teoria da ponderação, como justificativa a busca de um bem maior, ou seja, o direito à segurança pública e, com isso, demonstrar que é possível a efetividade de um direito fundamental no caso concreto.

Quando se discute as questões relacionadas à vigilância (monitorar a sociedade), o Estado age de forma positiva e impositiva no campo dos direitos fundamentais, pois, diretamente conectado com uma padronização nas ações dos indivíduos e em seus espaços; ou deveria estar agindo negativamente para garantir a eficácia de direitos fundamentais?

No que se refere à vigilância de espaços públicos², há de se ponderar eventual preferência ao princípio da manutenção da segurança pública (dever e responsabilidade do Estado), já que, entre a violação à privacidade individual ou a outros bens de interesse coletivo, o interesse da sociedade tende a prevalecer.

No desenvolvimento do artigo, o primeiro capítulo aborda aspectos importantes sobre a situação de constante vigilância dos cidadãos com o Panóptico de Bentham, explicado por Foucault, ou seja, o fato de ser a sociedade – informacional – a descrição de um novo sistema político, uma nova forma de exercer o poder e controlar (vigiar) a sociedade pós-moderna estaria justificada? A principal e fundamental hipótese responde de maneira positiva ao problema de pesquisa, observada a teoria da ponderação.

No segundo capítulo, aborda-se O direito à privacidade à luz da sociedade da informação. Especialmente, porque existe influência direta das novas tecnologias no Direito.

Ao final, o terceiro capítulo analisa a teoria da ponderação e sua importância na resolução do conflito entre o direito à privacidade e segurança pública no Brasil.

1 DA LITERATURA PRETÉRITA À REALIDADE PRESENTE E O DISPOSITIVO PANÓPTICO DE BENTHAM

Quando à tecnologia da informação ainda era uma abstração, George Orwell escreveu um dos maiores clássicos da literatura mundial idealizando, justamente, o dia em que o Estado teria total controle sobre as ações de sua população, ou seja, apresenta uma comunidade repleta por câmeras que possuíam a capacidade de interagir com o meio e controladas pelo Big Brother, que fiscaliza e pune até mesmo trejeitos que denunciem pensamentos contra o

² Tais arenas precisam ser protegidas por direitos fundamentais, levando em conta o espaço que devem proporcionar ao fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posição, não podem, todavia, ser organizadas como corporações (HABERMAS, p. 17-65).

atual governo. Não bastassem as câmeras nas ruas, em locais públicos, todos eram fiscalizados dentro de suas casas e nos seus trabalhos diuturnamente.

E, já na narrativa de 1984, o fundamento para o constante monitoramento era a busca (ou manutenção) da segurança da sociedade. Moraes e Neto (2018) entendem que, no século XXI, existe a possibilidade de transformação de praticamente tudo, ou seja, a sistemática coleta e processamento dos fluxos de informação possibilita a classificação pouco – ou nada – democrática das pessoas em categorias sociais de seu interesse.

Esse Estado forte e controlador, que vigia comportamentos, gestos e, algumas vezes, estabelece sanções até sobre os pensamentos externados pelos cidadãos é parte do cenário exposto também por filósofos, como Foucault, que, inspirado em Jeremy Bentham, incita autores contemporâneos a seguirem uma linha de pensamento semelhante – citando-se, por exemplo, Zygmunt Bauman com sua “vigilância líquida”³. Para Moraes e Neto (2018) o termo *surveillance* como “vigilância” é inadequado, pois engloba uma fenomenologia complexa, caracterizada pela vida globalizada e interconectada das pessoas – e não a eventos específicos e individualizados de sujeitos.

Norris e Armstrong *apud* Conde (2004, p. 4) argumentam que as câmeras de vigilância não são apenas uma forma de prevenção a crimes, mas sim verdadeiros instrumentos de controle social: da efetividade a segurança pública à exteriorização do poder estatal; da observância e potencialidade de intervenção nas mais variadas situações da vida em sociedade. Assim, “comportamentos desviantes”, que podem ser ou não ilegais, para demandar atenção do observador.⁴ Em breve análise comparativa, em reação contrária à instalação de câmeras de vigilância de logradouros públicos na Inglaterra, vários protestos foram organizados por grupos que não aceitavam o efeito da vigilância sobre os direitos e liberdades civis:

1949: publicação de 1984 de George Orwell, que tem como cenário Londres. [...] **1989:** o grupo de defensores dos direitos civis Liberty publicam “Quem está vigiando você? Vídeo vigilância de locais públicos. [...] **1994:** o governo central (a Home Office) publica ‘CCTV: Olhando por você’. O Primeiro Ministro John Major afirma: ‘Eu não tenho dúvidas de que vamos ouvir algum protesto sobre ameaças às liberdades civis. Bem, eu não tenho

³ “Tal como eu vejo, o panóptico está vivo e bem de saúde, na verdade, armado de músculos (eletronicamente reforçados, ‘ciborguizados’) tão poderosos que Bentham, ou mesmo Foucault, não conseguiria nem tentaria imaginá-lo”. É assim que Zygmunt Bauman inicia a resposta à provocação de David Lyon no capítulo “A vigilância líquida como pós-pan-ótico” (2013, pp. 55-74).

⁴ *CCTV is ‘about far more than just crime prevention; it is about the power to watch and potentially intervene in a variety of situations, whether they be criminal or not’. They see CCTV as leading to a form of ‘social control’, beyond law enforcement, since it records examples of ‘deviant behavior’ that may or may not be illegal.* (NORRIS E ARMSTRONG *Apud* CONDE, 2004, p. 4)

SURVEILLANCE E A TEORIA DA PONDERAÇÃO: O CONFLITO ENTRE DIREITO A PRIVACIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

qualquer simpatia para liberdades dessa natureza.’ Entre 1994 e 1997, a Home Office gastou um total de 38 milhões de libras em esquemas de Circuito Fechado de televisão. [...] **1996**: gastos do governo em CCTV é responsável por mais de três quartos de todo o orçamento de prevenção ao crime. [...] 10 de maio de 1997: South Downs Earth First! Organiza uma demonstração pública contra as câmeras de vigilância em Brighton. [...] (NY SURVEILLANCE CAMERA PLAYERS, 2013) (tradução e grifo nosso)⁵.

Para Foucault (1975, p. 27), a perda de um direito e a espionagem física são consideradas formas de pena. Partindo desse pressuposto, não é desarrazoado comparar a situação de constante vigilância dos cidadãos com o *Panóptico* de Bentham, explicado por Foucault (1975, p. 190):

[...] na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível.

Segundo Morais e Neto (2018 apud LYON, 2001, p. 2, tradução nossa): “a *surveillance*, muito além de uma vigilância, é uma das grandes marcas das sociedades contemporâneas e depende intrinsecamente do uso dos bancos de dados pessoais. Dependemos dela para nos mover pelo mundo cotidiano. Assim, “[...] The surveillance discussed here does not usually involve embodied persons watching each other. Rather, it seeks out factual fragments abstracted from individuals.” O panóptico foi idealizado para o indivíduo ser visto, mas nada ver. E, ainda que não se esteja diante de uma observação individualizada, tal qual nas penitenciárias estruturadas da forma panóptica, o efeito pode ser comparado, já que há indução, no indivíduo, de um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder.

Martín (2011, p. 7) considera que o *Panóptico*, descrito por Bentham, era uma nova proposta de sistema político – uma nova forma de exercer poder e controlar a sociedade:

⁵**1949**: publication of George Orwell's 1984, which is set in London. [...] **1989**: civil rights group Liberty publishes *Who's watching you? video surveillance in public places*. [...] **1994**: central government (the Home Office) publishes *CCTV: Looking Out for You*. Prime Minister John Major states: "I have no doubt we will hear some protest about a threat to civil liberties. Well, I have no sympathy whatsoever for so-called liberties of that kind." Between 1994 and 1997, the Home Office spends a total of 38 million pounds of CCTV schemes. [...] **1996**: government spending on CCTV accounts for more than three-quarters of total crime prevention budget. [...] **10 May 1997**: public demonstration against surveillance cameras in Brighton, organized by South Downs Earth First! [...]. (NY SURVEILLANCE CAMERA PLAYERS, 2013).

“Mediante o *Panóptico*, segundo Foucault, o que Bentham descrevia era um novo sistema político, uma nova forma de exercer o poder e controlar a sociedade”.⁶ Na visão de Morais e Neto (2018, p. 97) Jeremy Bentham propôs uma penitenciária panóptica capaz de resolver os mais diversos problemas sociais, mas com estrutura distinta, ou seja, maximizar a visibilidade que se tinha dos detentos que ficariam isolados, em celas retro iluminadas e dispostas ao redor de uma torre de observação. O mais importante detalhe é que os vigiados tinham plena consciência da vigilância. Esse era o principal objetivo do projeto arquitetônico proposto por Bentham: transformar o comportamento dos presidiários por meio das contínuas reflexões destes sujeitos.

Esse efeito provocado pelo peso dos olhos do Estado pode ser sentido tanto pelo cidadão comum, que nas ruas trata de seus afazeres, quanto pelo próprio agente público, que tem potencialmente seus passos observados por superiores e acaba trabalhando sob seus olhos. Foucault (1975, p. 191) afirma que o autor do *Panóptico*, Bentham, considerava importante o fato de que aquele que está na posição de poder deve ser visto, como os postes que carregam a estrutura responsável pela filmagem, e inverificável, ou seja, aqueles sob suas lentes não sabem ao certo se o operador o está visualizando naquele exato momento.

A aplicação desse princípio é facilmente observada na operação das câmeras de vigilância adotadas atualmente em inúmeras cidades no Brasil. Detalhe importante: aquele que entra em seu raio de alcance nunca terá a certeza de estar ou não sendo vigiado. Ao retomar a referência importante, Orwell (2000) verdadeiramente retrata a realidade de uma sociedade constantemente vigiada, inclusive no interior de suas residências. A obra mostra o poder que a tecnologia dá ao Estado e a forma como controla cada cidadão em um governo totalmente totalitário, organizado em castas. O romance foi inspiração para programas televisivos em todo o mundo com o chamado *Big Brother*, o olho que tudo vê. O personagem protagonista de *1984* (2000) trabalha para o “Ministério da Verdade” modificando textos dos arquivos jornalísticos segundo a vontade política. Essa era uma forma de controle para que não restassem provas do passado, passíveis de colocar em xeque a posição do governante quando via a necessidade de modificar a opinião em relação a pessoas e situações. O dispositivo que captava imagens e sons, estava presente em todas as casas, edifícios, ruas e estabelecimentos; vigiava todos os lugares da cidade, representando o olho que tudo vê. Era tão forte a

⁶Mediante el *Panopticon*, según Foucault, lo que Bentham describía era un nuevo sistema político, una nueva forma de ejercer el poder y controlar la sociedad. (MARTÍN, 2011, p. 07)

influência desses olhos nos cidadãos que até mesmo os pensamentos eram monitorados por meio da leitura comportamental dos indivíduos.

No romance, estes dispositivos de vigilância interagem com o meio; o cidadão era observado e constantemente recebia advertências da própria tela. A implantação de câmeras de vigilância, dessa forma, acaba por influenciar o comportamento das pessoas, como ocorre no “Panóptico”?

Para Martín (2011, p. 13), as visões trazidas por literaturas questionam se toda a vigilância vivida atualmente não estaria convertendo os lugares submetidos às câmeras em um modelo de cárcere. A privação da liberdade do cidadão não seria realizada exclusivamente nas penitenciárias, mas em todo o lugar submetido à vigilância:

Depois das visões distópicas pessimistas que a literatura nos ofereceu, questiona-se se as novas tecnologias, que têm favorecido a existência de câmeras de vídeo vigilância em bancos, garagens, shoppings, ruas e até mesmo em casas particulares, não estão transformando nossas cidades e casas no modelo de prisão de cristal desenhado por Bentham, em uma sociedade transparente. Isto leva a uma ‘desterritorialização da execução das penas,’ - a privação da liberdade não mais realizada em centros penitenciários - e uma ‘desinstitucionalização das penas’ - as penas não são executadas necessariamente nos centros para tal fim.⁷

Essa cultura de controle por parte do Estado acaba por desenvolver um panorama que, segundo Garland *Apud* Martín (2011, p. 14), cria “a possibilidade de se substituir um sistema de penas fortes e vigilância fraca por uma de penas fracas e vigilância forte” (tradução nossa)⁸. Conclui a autora espanhola que essa tecnologia possibilita a transação de uma pena física para a mental provocando assim a mutação do sistema punitivo pós-moderno. Esse efeito global do Panóptico, capaz de controlar qualquer comportamento e qualquer movimento, não é consequência apenas das câmeras, mas também de outras tecnologias que permitem a invasão da vida privada de qualquer indivíduo. A perigosa travessia na era da tecnologia, uma sociedade pós-industrial, da informação e do conhecimento generalizado.

Portanto, as câmeras de vigilância controladas pelo Estado, por alcançar entradas de residência e até suas janelas, causam mudança de comportamento. Há, assim, uma redução

⁷*Después de las visiones distópicas pesimistas que nos ha ofrecido la literatura, cabe preguntarse si las nuevas tecnologías que han favorecido la existencia de videocámaras de vigilancia en bancos, garajes, centros comerciales, tiendas, calles e, incluso en domicilios privados, no están convirtiendo nuestras ciudades y hogares en el modelo de cárcel de cristal diseñada por Bentham, en una sociedad transparente. Ello da lugar a una “desterritorialización de la ejecución de las penas” –la privación de libertad ya no realiza exclusivamente en los centros penitenciarios- y una “desinstitucionalización de las penas” –las penas no se ejecutan necesariamente en los centros destinados a tal fin.* (MARTÍN, 2011, p.13).

⁸[...] *la posibilidad de sustituir un sistema de penas fuertes y vigilancia débil por uno de penas débiles y vigilancia fuerte.* (GARLAND *Apud* MARTÍN, 2011, p. 14).

das liberdades civis daqueles que circulam sob seu alcance podendo prejudicar inclusive relações sociais, que tendem a ficar mais discretas - cerceadas - sob os olhos atentos do Estado.

2 O DIREITO À PRIVACIDADE À LUZ DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A última década foi icônica para a releitura das relações sociais. O universo digital, que antes encantava, hoje se funde com o próprio desenvolvimento da sociedade – e parece cada vez mais inimaginável conviver, em sociedade, à margem dos efeitos da tecnologia e da informação. Há um estágio revolucionário em relação à tecnologia, inclusive no que se refere à sua influência na ciência jurídica; centrada em torno da tecnologia da informação, preocupa porque está mudando a base material dos indivíduos e da própria sociedade, e em ritmo acelerado. Quando alcança estruturas de vigilância não é diferente. Além de proporcionar a sensação de segurança⁹ (direito à segurança), também influencia em aspectos de da vida privada, porque reflete no receio da publicação de imagens individuais em situações que poderiam gerar danos à dignidade.

A implementação da tecnologia da informação a serviço da Justiça e, portanto, do Direito, é, no contexto das várias aplicações que podem ser consideradas, uma área de profunda interrelação entre as duas disciplinas. Por esta razão, a sociedade tecnológica, a qual tem na informática uma de suas marcas de identidade, conduz o jurista a muitos e novos problemas complexos. Quando a tecnologia confronta o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada é preciso compreender que esses direitos garantem ao cidadão a possibilidade de reserva da sua privacidade, “sem qualquer prejuízo a terceiros ou mesmo ao Estado”. Esses direitos encontram seu fundamento principal no direito às liberdades civis, garantida por instrumento legais nacionais e até mesmo internacionais, limitando a atuação Estatal, evitando abusos (SZANIAWSKI, 2005, p. 373).

⁹ Importante mencionar, aqui, que a escalada da criminalidade urbana no Brasil, ao longo das duas últimas décadas, mais do que a própria insegurança pública, deixou a população com uma permanente sensação de insegurança. Essa mudança comportamental é explicada por Bauman (2006, p. 75), para quem “a razão é um atributo permanente e universal dos seres humanos – mas o que ela pode ou não pode abordar depende do instrumental e da prática utilizados, os quais tendem a mudar com o tempo. Ambos crescem em tamanho e eficácia e, no entanto, de modo frustrante e enraivecendo, quanto mais poderosos parecem ficar, mais impotentes se tornam as ferramentas da razão quando se trata de inserir o mal na ordem do inteligível”. E, mais adiante (2006, p. 167), pondera: “O medo é seguramente o mais sinistro dos muitos demônios que se aninham nas sociedades abertas de nossa época. Mas é a insegurança do presente e a incerteza do futuro que criam e alimentam o mais aterrador e menos suportável de nossos medos. A insegurança e a incerteza, por sua vez, nascem de um sentimento de impotência: não parecemos mais estar no controle, seja sozinho, em grupo ou coletivamente [...]”.

Outro exemplo: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” previsto no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

Também há previsão, na Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas assegura, àquele que tem violado o seu direito, a devida indenização pelo dano material ou moral. Além disso, a inviolabilidade do direito à vida privada também encontra eco Código Civil brasileiro, em seu art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Ainda como forma de proteção dos direitos supramencionados, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula número 403, que assim versa: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Observa-se que nos dispositivos mencionados não está presente a expressão “privacidade”, mas tão somente “intimidade” e “vida privada”. Vale destacar que quando a doutrina trata da privacidade está abordando a vida privada, pois na língua portuguesa as expressões são sinônimas.

Importante colacionar os ensinamentos de Pereira (2003, p. 126) quando afirma que “em síntese, manifestamo-nos no sentido de aceitar o conceito de privacidade como correspondente ao conceito de vida privada”. Por suas características, esses direitos se encaixam na categoria de *status* negativo de Jellinek, pois, “é formado por uma esfera individual de liberdade” do cidadão na qual suas ações seriam irrelevantes juridicamente para o Estado (ALEXY, 2011, p. 258-259). Nesse entendimento, o direito fundamental à vida privada ou à privacidade e à intimidade consiste no fato de haver certas situações, experiências, informações a seu respeito, que o indivíduo prefere evitar que outros as conheçam, ou seja, irrelevantes para o Estado na medida em que fazem referências apenas a situações do cotidiano do particular, ao seu comportamento e a preferências que não dizem respeito a mais ninguém.

Explica Ferrajoli (2011, p. 326):

As formas de agressão à privacidade que estes novos instrumentos possibilitam são essencialmente de dois tipos: um direcionado à vigilância e ao controle e outro, à informação sobre a vida e a identidade das pessoas. Atualmente, graças ao desenvolvimento das técnicas de controle audiovisual e eletrônico, é possível uma espionagem mundial. Instalações de vídeo

SURVEILLANCE E A TEORIA DA PONDERAÇÃO: O CONFLITO ENTRE DIREITO A PRIVACIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

vigilância, identificações fotográficas automáticas por satélite, instrumentos de reconhecimento facial, etiquetas ‘inteligentes’, suscetíveis de aplicação em qualquer objeto ou mercadoria e, por outro lado, as interceptações de comunicações telefônicas e televisivas assim como o rastro deixado pelo uso de celulares, cartões de crédito, acessos eletrônicos, cartões e documentos de identidade eletrônicos, permitem hoje em dia um panoptismo global, capaz de controlar qualquer comportamento ou movimento (tradução nossa).¹⁰

Diante disso, o direito fundamental à intimidade e à privacidade são direitos de *status* negativo, por exigirem do Estado uma posição negativa, ou seja, de não interferência, não ação quando eles estão envolvidos, e se encaixam nos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, segundo a conceituação trazida por Bonavides (2006, p. 564). Essa ideia permite considerar que Bonavides (2006, p. 564) inclui a privacidade na categoria de *status* negativo dos direitos fundamentais da primeira geração, os quais tratam da liberdade. Segundo o autor, esses direitos foram “os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”. Se, por outro lado, a análise perpassa sobre a discussão da vida privada em camadas, a correlação é nomeada de “teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada” ou “teoria das esferas da personalidade”, nomenclaturas utilizadas pelo alemão Heinrich Hubmann e que foi trazida ao Brasil por Elimar Szaniawski, em 1993. Hubmann organiza a vida privada humana em três círculos nos quais o mais externo é a privacidade, o intermediário é o segredo e o mais interno é o plano da intimidade (COSTA JR., 1995, p. 36). Inclusive Elimar Szaniawski (2005, p.357), inspirado no autor alemão, inicia explicando características da esfera mais interna, a esfera íntima, que contém os atributos individuais de cada um em um local protegido de todos, por ser interesse único e exclusivo de cada pessoa:

A jurisprudência alemã, em relação à proteção da vida privada, encontra-se edificada sobre a teoria das esferas de Hubmann. O mencionado autor, em sua famosa obra *Das Persönlichkeitsrecht*, classificou o direito geral de personalidade em três círculos concêntricos dentro dos quais se desdobraria a personalidade humana. Teríamos assim, como primeira e mais íntima das esferas, a *intimsphäre*, ou esfera íntima, que consiste na proteção dos indivíduos na sua própria pessoa, constitui o âmbito da vida no qual o

¹⁰ *Las formas de agresión a la privacy que hacen posibles estos nuevos instrumentos son esencialmente de dos tipos: uno dirigido a la vigilancia y al control y el otro, a la información sobre la vida y la identidad de las personas. Actualmente, gracias al desarrollo de las técnicas de control audiovisual y electrónico, resulta posible un espionaje mundial. Instalaciones de videovigilancia, identificaciones fotográficas automáticas por satélite, instrumentos de reconocimiento facial, etiquetas “inteligentes”, susceptibles de colocarse en cualquier objeto o mercancía y, por otra parte, las interceptaciones de comunicaciones telefónicas y telemáticas así como el rastro dejado por el empleo de teléfonos móviles, de tarjetas de crédito, de telepeajes, tarjetas y documentos de identidad electrónicos, permiten hoy en día un panoptismo global capaz de controlar cualquier comportamiento o movimiento.* (FERRAJOLI, 2011, p. 326)

SURVEILLANCE E A TEORIA DA PONDERAÇÃO: O CONFLITO ENTRE DIREITO A PRIVACIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

indivíduo pode manter-se em total segredo diante da coletividade. A esfera íntima protege a pessoa inteiramente, ficando a mesma intocável aos olhos e ouvidos do público. A proteção da esfera íntima, segundo o direito geral de personalidade, dá-se em grau absoluto.

Por estas razões, o autor (SZANIAWSKI, 2005, p. 358) aduz que, para esse grau absoluto, existe a exceção daquele que cede propositalmente imagens de sua vida íntima; nesse caso, não há falar em proteção da imagem. Ele ainda esclarece que até mesmo pessoas públicas possuem uma esfera íntima que deve ser protegida dos olhos de outros indivíduos. E continua tratando dos dois últimos círculos:

A esfera secreta consiste no segundo círculo concêntrico, denominado de *Geheimnisphäre* e está ligado à esfera anterior, a *Intimsphäre*. Essa esfera secreta é mais ampla do que a esfera íntima, pois naquela participam indivíduos que conhecem determinados segredos da pessoa e destes fazem parte na vida cotidiana. Apenas a coletividade, em geral, fica fora dos limites dessa esfera. Finalmente, existe um último círculo concêntrico onde se desenvolve a personalidade da pessoa que é a esfera privada, a *Privatsphäre*, que é mais ampla do que as esferas anteriores. Nessa esfera, localizam-se as proibições de divulgação de fatos cujo conhecimento pertence a um determinado círculo de pessoas que não participam obrigatoriamente da vida do indivíduo e que conheçam os seus segredos. Enquanto na esfera secreta os familiares e outras pessoas ligadas ao indivíduo participam de seus segredos, nessa última esfera, mais pessoas conhecem da privacidade do indivíduo, ficando apenas de fora a coletividade que nada tem a haver com a vida dessa pessoa. (SZANIAWSKI, 2005, p. 360)

Alguns anos depois, o alemão Heinrich Henkel também considerou a vida privada em três esferas, uma inserida na outra, com a privacidade inserida no círculo mais exterior do conjunto. Entretanto, diferente de Hubmann, Henkel coloca no núcleo o segredo, deixando a intimidade no nível intermediário (FROTA, 2007, p. 461). De qualquer forma, os dois autores alemães posicionam a privacidade na extremidade. Frota (2007, p. 463) chama essa esfera de “círculo da vida privada *stricto sensu*” ou “círculo privado não-íntimo”: “nessa seara perfilam quer noções ligeiras sobre a rotina diária do indivíduo, quer os dados indicativos de seu patrimônio” e, essas considerações são de grande valia a discussão do tema proposto.

Szaniawski (2005, p. 364), inclusive, faz crítica à doutrina brasileira. O autor afirma que nela, com poucas exceções, não se faz qualquer distinção entre as “expressões direito à intimidade, direito à privacidade, e direito ao resguardo” tratando-as como sinônimos, diferentes dos autores citados acima, o que para ele é um erro, pois cada expressão contida na legislação tem seu próprio significado e elas podem se encaixar em diferentes situações fáticas. Dessa forma, é o “círculo da vida privada *stricto sensu*” que está mais vulnerável às

lentes das câmeras de vigilância em locais públicos, por registrar o dia a dia das pessoas que levam suas vidas nos locais onde estão instaladas.

Contudo, o princípio da privacidade não deve ser considerado isoladamente, mas relacionado com o princípio da segurança pública, a qual é dever e responsabilidade também do Estado, que, para tanto, utiliza-se das prerrogativas proporcionadas por essa ferramenta tecnológica e resguardado na legislação vigente.

3 PONDERAÇÃO¹¹ E O CONFLITO ENTRE DIREITO À PRIVACIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA

Nuria (2016) faz importante consideração quando trata da natureza e funcionalidade dos direitos fundamentais, e que tem sido objeto de várias teorias. Para Nuria (2016, 488):

Nuestra posición se inscribe en la perspectiva de interpretación que avala el potencial emancipador de los mismos en la medida en que en un Estado democrático de Derecho debe darse especial relevancia a la interpretación de los derechos fundamentales em clave garantista.

Por esta razão, a discussão sobre o conflito existente entre o direito à privacidade e segurança pública recai sobre a aplicação do juízo de proporcionalidade. E, para Nuria (2008), as técnicas utilizadas atualmente pelos tribunais na América Latina e tribunais constitucionais, todos levam em consideração a teoria de Alexy (2008).

No entendimento de Bernal (2005 *Apud* MARTÍN, 2016) a ideia de aplicação do juízo de proporcionalidade parte do pressuposto de que os direitos fundamentais precisar realizar-se na maior medida possível e sempre atendendo as possibilidades fáticas e jurídicas em sentido contrário.

Por esta razão, insta lembrar que segurança e privacidade são princípios. Princípio, para Barroso (2009, p. 203), é uma das espécies do gênero norma jurídica e são considerados “a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”. Muitos autores trabalham na diferenciação entre o princípio e a regra (a outra espécie da norma jurídica) estabelecendo critérios que ao serem analisados proporcionarão a distinção. E, para alcançar uma maneira simples de realizar essa separação de princípio e regra, Barroso (2009, p. 205-

¹¹ A ponderação resulta assim, identificada com uma operação através da qual, como escreve Robert Alexy, quando dois princípios entram em conflito; um dos dois deve ceder ao outro, sem que o primeiro seja considerado inválido ou o segundo prevalecente com base no princípio da especialidade. É concebida, em suma, como uma atividade de escolha orientada pela exigência de justiça substancial, que arrisca comprometer não apenas a submissão do juiz à lei, mas também, como observou justamente Riccardo Guastini, os valores da certeza e da igualdade perante a lei. (FERRAJOLI, 2012. p. 49)

207) se utiliza de três critérios de estudo: (a) “o conteúdo”, pelo qual o princípio trata de questões como decisões políticas fundamentais, valores ou fins públicos, enquanto as regras são “comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão” concretizando o exposto por princípios; (b) “a estrutura normativa”, segundo a qual os princípios apontam um objetivo a ser alcançado e a regra descreverá o comportamento necessário para alcançar esse fim; e o (c) “modo de aplicação”: na regra se aplica o chamado “tudo ou nada” - aconteceu o fato nela previsto ela deverá ser aplicada, sob pena de ser considerada violada, desrespeitada, enquanto, no princípio, há possibilidade de mitigação de seus efeitos sem esvaziamento do conteúdo.

Para Alexy (2011, p. 93), no caso exposto há um visível conflito entre princípios, que entram em coalizão quando:

[...] algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido, e a resolução dessa situação só ocorre quando um princípio cede ao outro. Essa cessão não implica a invalidade do princípio cedente, ‘nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção’.

Acontece, na realidade, uma precedência de um sobre o outro “sob determinadas condições”, pois ambos têm pesos diferentes e o mais pesado precede o mais leve. Para o autor, o intérprete deverá utilizar-se da ponderação para o alcance do resultado. É de extrema importância, pois constitui a base da fundamentação *jus* fundamental e é um ponto importante para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem essa distinção, continua o autor, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel traçado pelos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

O Estado busca, através da vigilância, resolver o problema de insegurança pública e o crescente número de ilícitos. Contudo, as câmeras acabam, também, por monitorar situações da vida privada das pessoas. No ponto de vista de Alexy, existe aí uma relação de tensão entre o princípio da segurança, direito do cidadão e obrigação do Estado, e o princípio da privacidade, que, por sua vez, também é considerado um direito do indivíduo e o Estado tem a obrigação de preservá-lo. Nesse caso, como nenhum princípio constitucional é absoluto e nenhum dos princípios apresentados goza de prioridade sobre o outro, para Alexy (2011, p. 95), a tensão deve ser resolvida por meio do “sopesamento entre os interesses conflitantes”

com o objetivo de “definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto*” (grifos do autor).

Considerando os princípios isoladamente e avaliando o ponto de vista de Alexy, ocorreria o seguinte: se apenas houvesse o princípio da segurança, as câmeras seriam instaladas, suas imagens divulgadas quando o Estado entendesse adequado divulgá-las e não se preocuparia em proteger a privacidade de ninguém. O que as câmeras conseguissem filmar poderia ser divulgado. Por outro lado, se apenas existisse o princípio da proteção da vida privada, nenhuma câmera poderia ser instalada em local algum, pois sempre, de alguma forma, registraria ações da privacidade dos indivíduos.

Analisados dessa forma, Alexy (2011, p. 96), explica que

[...] ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa que um princípio restringe a possibilidade jurídica de realização de outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. (grifo original)

Barroso (2009, p. 329-331), trilhando o mesmo caminho que Alexy, afirma que o conflito entre princípios constitucionais acontece em razão da grande diversidade de valores e interesses que a Constituição protege e, como não há hierarquia entre eles, “a precedência relativa de um sobre o outro” deve ocorrer “à luz do caso concreto” e que, para a resolução da tensão, é necessário que se aplique a ponderação.

O autor reconhece que algumas correntes negam a utilização deste método, pois afirmam não haver conflito normativo; outros acreditam na existência de conflitos, mas oferecem outros tipos de soluções, como a hierarquização das normas presentes no caso. Alexy (2011) alerta que as colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios estão em colisão, um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado haja que ser introduzida uma cláusula de exceção. O que vai determinar qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias. Isso quer dizer que, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípio com maior

peso, ou seja, o “conflito” deve ser solucionado por meio de uma ponderação dos interesses opostos. Assim, resulta numa ponderação de qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso diante as circunstâncias do caso concreto.

Contudo, Barroso (2009, p. 335) afirma que, como a avaliação apresentada envolve fatores subjetivos, relacionados a preferências, crenças e vivências do indivíduo responsável pela interpretação do direito, os resultados poderão variar. Esse fator pode gerar uma sensação de insegurança jurídica àquele que depende da apreciação do intérprete para ver seu direito garantido. Canotilho (2003, p. 1182) também acredita que princípios podem entrar em conflito e que esse fenômeno de tensão é natural em razão da abertura fornecida pelo texto constitucional aos princípios:

O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenómenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um *compromisso* entre vários actores sociais, transportadores de ideais, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagónicos ou contraditórios.

Ainda, sobre os princípios, explica que diferentes das regras, eles não obedecem à lógica do “tudo ou nada”, e, quando identificado o conflito, poderão ser submetidos à técnica da ponderação e concordância prática, que considerarão seus pesos e as circunstâncias do caso (CANOTILHO, 2003, p. 1182). Para o autor, o melhor método para a resolução da tensão entre princípios é o balanceamento ou ponderação: “[...] a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens”; ela estabelece peso entre os princípios para que se escolha um deles como resultado (CANOTILHO, 2003, p. 1237).

Tratando de um caso similar ao apresentado, Szaniawski (2005, p. 361) afirma que, em certas circunstâncias, a esfera da vida privada pode ser sacrificada em nome da informação pública e, para chegar a tal conclusão, sugere a utilização da ponderação. O resultado é contrário nos casos em que a figura é utilizada sem a devida autorização para fins comerciais. Além disso, será analisado o modo como foi obtida a informação – se legítima ou não –, o que definirá qual princípio preponderará sobre o outro, e explica:

Realmente quando alguém é fotografado ou televisionado em lugar público, entende a boa doutrina, bem como a jurisprudência alienígena, estar o retratado ou televisionado abrindo mão de sua esfera privada, de sua vida íntima, passando a pertencer àquele acontecimento público, tal como solenidades de inaugurações, futebol, funerais, paradas militares, desastres,

incêndios, inundações ou catástrofes em geral. Nestes casos, cede o direito à própria imagem e o direito à privacidade seu lugar ao direito à informação pública, não se constituindo as imagens captadas nesses eventos, em violação aos direitos de personalidade. Pelo fato de as pessoas estarem em público e se confundirem na massa do povo, não há que se falar em violação da intimidade ou da privacidade ou, mesmo, da própria imagem, desde que não seja utilizada posteriormente, com fins de publicidade e de marketing. Deve ser separado o caso da pessoa que participa em público de uma reportagem sobre o evento, sendo sua fotografia publicada entre outras pessoas em revista, jornal, cinema ou televisão, integrando, também, nesses casos, a hipótese de alguém deixar-se fotografar propositadamente, mostrando-se, exibindo-se, para ter sua foto publicada em periódico qualquer, daquele onde a pessoa, sem saber que está sendo fotografada ou filmada, vem a ter sua fotografia publicada e utilizada sem sua autorização, para fins lucrativos de outrem. (SZANIAWSKI, 2005, p. 206)

Comparando o direito à segurança e o direito à intimidade, Martín (2011, p 21, tradução nossa), argumenta que, como o direito à intimidade não possui caráter absoluto, quando conflitando com a segurança deverá ser limitado para que se garanta, à sociedade, a segurança pública:

[...] deve-se recordar que o direito fundamental à intimidade não é um direito absoluto, sendo assim suscetível de graduações e de restrições e de modulações em função da proteção dos interesses gerais. Se o objetivo é garantir segurança pública à sociedade, esse direito à intimidade terá que limitar-se, o que não significa anular-se, à luz do artigo 25.2 CE. Assim, as reduções extraordinárias ao direito à intimidade estão proibidas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional [...].¹²

Há críticas à utilização da teoria! Da Silva *apud* Barroso (2009, p. 337) afirma que não existe conflito entre princípios: o que ocorre na realidade é “um conflito entre regras extraídas de princípios, que podem ou não ser solucionáveis pelos critérios tradicionais de superação de antinomias”. O jurista Lenio Streck (2011, p. 10), também se apresenta totalmente contra a utilização da técnica da ponderação, de teorias da argumentação jurídica e da distinção regra-princípio construídas por Alexy. Segundo o autor:

O Direito Constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, *sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção (semântico) estrutural regra-princípio e à ponderação (Alexy)*. A partir desse equívoco, são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si. Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de *que é impossível – sim, insista-se, é realmente impossível – fazer uma*

¹²[...] hay que recordar que el derecho fundamental a la intimidad no es un derecho absoluto, sino susceptible de graduación y de restricción y modulación en función de la protección de intereses generales. Si el objetivo es garantizar seguridad pública a la sociedad, ese derecho a la intimidad tendrá que limitarse, lo cual no significa anularse, a la luz del artículo 25.2 CE. Así, las reducciones extraordinarias al derecho a la intimidad están prohibidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [...]. (MARTÍN, 2011, p 21).

ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é (insista-se, efetivamente não é) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”. (grifo original).

A transformação da ponderação em princípio pelos tribunais brasileiros causa grande preocupação por ser mais uma evidência do “*panprincipiologismo*”¹³ que vem passando o Brasil. Isso faz com que se tenham argumentos de sobra para se decidir conforme convém ao intérprete, criando assim uma diversidade infinita de enunciados diferentes para casos iguais.

Importante anotar que, no Brasil, os tribunais, no uso (absolutamente) descriterioso da teoria alexyana, transformaram a ponderação (*Abwägung*) em um ‘princípio’. Com efeito, se, na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos. Esse tratamento equivocado – que enxerga a ponderação como um princípio – fica evidente a partir de uma simples pesquisa nos tribunais brasileiros. De se consignar, por fim, que esse uso da ponderação como um ‘verdadeiro’ princípio decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, o *panprincipiologismo*. Em linhas gerais, o *panprincipiologismo* é um subproduto do ‘neoconstitucionalismo’ à brasileira, que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *panprincipiologismo* faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados (*standards*) para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. (STRECK, 2011, p. 11-12) (grifo original).

A preocupação do autor com o surgimento cada vez maior de princípios é que a sua aplicação por meio da ponderação e da argumentação abrirá um espaço enorme para discricionariedades dos juristas, causando assim uma insegurança jurídica àqueles que acessam a justiça. Para Lenio (2011, p. 21) a discricionariedade será, assim, o poder conferido ao juiz/intérprete para escolher uma entre várias alternativas, ou seja, o “poder discricionário” é sempre uma manifestação positivista. Quando se trata do positivismo exegético, a discricionariedade apenas muda de lugar, porque passa para o legislador.

De qualquer maneira, todas as considerações buscam refletir sobre a base estrutural da teoria da ponderação. A justificativa da vigilância da sociedade para o critério da efetividade

¹³ Trata-se do *panprincipiologismo*, verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 09 fev. 2020.

do direito a segurança pública exige novos modos de análise, sobre as condições de possibilidade da validade do direito à privacidade e os reflexos de eventual lesão a este direito fundamental.

CONCLUSÃO

Acompanhando o desenvolvimento da tecnologia, a presença das lentes do Estado previne. A vigilância atua repressivamente na medida em que o Estado, responsável pelo monitoramento, ao presenciar uma situação que caracterize quebra da ordem pública, imediatamente enviará recursos para restauração da harmonia social.

Por outro lado, para que a vida privada do cidadão não seja afetada pela presença constante dos olhos do Estado (*surveillance*), o mecanismo de fornecimento e divulgação das imagens armazenadas, por exemplo, deve ser regido por regras – a serem seguidas, inclusive, pelo Poder Estatal.

Insta lembrar, devido à polêmica que tal procedimento traz inserido em sua efetivação, as posições ideológicas no sentido de dominação e controle estatal, trazidas pela doutrina e presente em obras literárias, ou seja, existe o monitoramento da sociedade e de pessoas de maneira constante por parte do Estado.

Na comparação entre o sistema de vigilância com o “dispositivo *panóptico*” de Bentham, apresentado por Foucault na obra *Vigiar e Punir*, como uma ferramenta eficiente para o controle de presidiários, estudantes, trabalhadores, percebe-se o poder que o Estado tem em suas mãos ao dispor de tal tecnologia, e potencialmente altera comportamentos daqueles que estão em sua área de alcance.

Por certo, o *surveillance* como instrumento garantidor de segurança pública no Brasil está aquém do trazido acima, justamente por sua finalidade social.

Atualmente, princípios e regras nacionais e até internacionais visam dar efetividade aos direitos humanos de abusos - tão latentes por parte do Estado.

A proteção constitucional estabelecida por princípios garante até mesmo a proteção da imagem registrada pelas câmeras, e que deve ser utilizada com o fim único e exclusivo de concretizar o direito a segurança pública.

Para o Estado, *surveillance* é instrumento de segurança pública, e não há que se falar em conflito de princípios. Importante lembrar que a tecnologia utilizada na vigilância (câmeras de videomonitoramento) atinge de forma nítida, em seu raio de filmagem, janelas e portas de residências. Para que as imagens não sejam utilizadas de forma a prejudicar

SURVEILLANCE E A TEORIA DA PONDERAÇÃO: O CONFLITO ENTRE DIREITO A PRIVACIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

cidadãos, expondo suas vidas privadas, sujeitas a provocar danos, deve o Estado garantir o direito à privacidade e estabelecer critérios com o fim de evitar o rompimento das estruturas jurídicas e sociais.

Obedecendo a essas estruturas, os princípios da segurança pública e da proteção da vida privada não andam separados: coabitam de forma harmônica.

Em conclusão, pode-se verificar, conforme o exposto no relatório desta pesquisa investigativa, que não há colisão de princípios e resguardados os argumentos em sentido contrário, as novas tecnologias podem estar contribuindo para o tratamento dos conflitos sociais.

Portanto, a tensão entre o princípio da segurança e o princípio da privacidade, seria atenuada pela ponderação na resolução de conflitos sociais afetados pela *surveillance*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 2008.

Assembleia Geral da ONU. (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III] A)*. Paris. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 08 fev. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt; Lyon, David. *Vigilância Líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERNAL PULIDO, C. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 5 fev. 2020.

SURVEILLANCE E A TEORIA DA PONDERAÇÃO: O CONFLITO ENTRE DIREITO A
PRIVACIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

BRASIL. *Conselho Nacional de Trânsito. Resolução n. 471, de 18 de dezembro de 2013.* Disponível em: <https://infraestrutura.gov.br/images/Resolucoes/Resolucao4712013.pdf>. Acesso em: 5 fev 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 5 fev. 2020.

BROWN, Ben. *CCTV in Town Centres: Three Case Studies. Home Office Police Research Group Crime and Detection Series: Paper n. 68.* London, 1995.

CCTV UNIVERSITY. *History of CCTV technology.* Disponível em: <http://www.cctvsystems.com/history-of-cctv>. Acesso em: 19 dez. 2014.

CONDE, Caspar. *The Long Eyeofthelaw: Closed Circuit Television, Crime Prevention and Civil Liberties. Issue Analysis*, n. 48, 14 abr. 2004.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade.* 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la democracia.* Madrid: Trotta, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas.* 1. ed. Barueri: Manole, 2007.

FROTA, Hidemberg Alves da. *A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no Direito brasileiro e Comparado.* Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/download/30386/27425>. Acesso em: 5 fev 2020.

MARTÍN, Nuria Belloso. *La aplicación de las nuevas tecnologías a los centros penitenciarios: la imprescindible garantía de los derechos fundamentales.* España: Universidad de Burgos, 2011.

MARTÍN, Nuria Belloso. *La interpretación de los derechos fundamentales: algunas reflexiones sobre la teoría de la ponderación y el principio de proporcionalidad en la obra de r. Alexy.* *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.* Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de NETO, Elias Jacob. *O que é isto, a Surveillance? direito e fluxos de dados globais no século XXI. In: O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais.* Joaçaba, SC: Unoesc, 2018.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Segurança Pública na Constituição.* *Revista de informação legislativa*, v.28, n. 109, p. 137-148, jan./mar. de 1991. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175847/000453860.pdf?sequence=1>. Acesso em: 5 fev. 2020.

NORRIS, Clive, MCCAHERILL, Mike and WOOD, David. *The Growth of CCTV: a global perspective on the international diffusion of video surveillance in publicly accessible space*. Disponível em: <https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/view/3369/3332>. Acesso em: 5 fev 2020.

NY SURVEILLANCE CAMERA PLAYERS. *A history of video surveillance in England*. Disponível em: <http://www.notbored.org/england-history.html>. Acesso em: 5 fev. 2020.

ORWELL, George. *1984*. 24. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2000.

PMSC. *Projeto: emprego de circuito fechado de TV para monitoramento de logradouros públicos*. 2000.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terra brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011

STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 09 fev. 2020.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.