



TENDÊNCIAS NO DIREITO PÚBLICO DE SEGURANÇA CIVIL¹

TENDENCIES IN PUBLIC CIVIL SECURITY LAW

Ralf Poscher²

 0000-0003-0858-578X

Resumo

O direito de segurança civil vem emergindo como uma nova área de compreensão dos estudos jurídicos. A discussão explora as causas deste desenvolvimento, sistematiza diferentes tendências e aborda os desafios deste desenvolvimento. Uma das causas para a segurança civil estar se tornando um problema central no discurso jurídico pode ser relacionada à conexão entre um aumento na sensação de vulnerabilidade, o caráter cada vez mais interligado à internet das sociedades contemporâneas e as tecnologias informativas que impulsionam este desenvolvimento. As tendências que resultam são a internacionalização e centralização das medidas de segurança civil, bem como a imprecisão de diversas fronteiras institucionais e jurídicas. Estes desenvolvimentos apresentam desafios para nossa autonomia coletiva e individual, cuja legislação sobre segurança pública civil deve continuar protegendo.

Palavras-chave: Direito de Segurança. Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Surgimento de uma disciplina.

Abstract

Civil Security Law is emerging as a new comprehensive area of legal studies. The talk explores the causes of this development, systemizes different tendencies and addresses the challenges of this development. One of the causes for the civil security becoming a central issue also in the legal discourse can be traced back to a connection between a heightened sense of vulnerability, the ever more networked character of contemporary societies and the informational technologies which drive this development. The resulting tendencies are the internationalization and centralization of civil security measures as

¹ Tradução do original: “Tendencies in public civil security law”, traduzido por Lucas Catib de Laurentiis. Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Campinas, SP, Brasil. *E-mail:* <lucas.laurentiis@puc-campinas.edu.br>.

² Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, de Freiburg im Breisgau.

Como citar este artigo/ *How to cite this article*

Poscher, R. Tendências no direito público de segurança civil. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 2, e215792, 2021. <https://doi.org/10.24220/2675-9160v2e2021a5792>



well as the blurring of several institutional and legal boundaries. These developments pose challenges for our collective and individual autonomy, which public civil security law has to continue to protect.

Keywords. *Security law. Constitutional law. Fundamental rights. Emergence of a Field.*

1. EMERGÊNCIA DE UM CAMPO DE ESTUDOS

A primeira tendência digna de nota do Direito de segurança civil Europeu é sua emergência como um campo de pesquisa autônomo³. Mesmo que exista uma vasta gama de tradições doutrinárias a respeito do direito penal, policial e – em menor extensão –, de desastres naturais, o estudo do Direito de segurança civil, o qual está compreendido em todas estas áreas, parece ser bem mais recente. Fora isso, são recentes o debate quanto ao escopo e à importância das questões relativas aos direcionamentos da segurança civil. Estes aspectos compreendem desde os regimes de segurança para a implantação de infraestruturas críticas, até o dever de empresas elaborarem relatórios com relação de ameaças à segurança eletrônica (por exemplo, Schulman *et al.* 2004; Dunn; Kristensen, 2008; Gusy 1994, 2010; Kaufmann, 2010; Roggan; Kutscha, 2006). Ao que parece um crescente número de questões vem sendo vistos por uma perspectiva do Direito de segurança. Esta tendência possui importantes efeitos catalizadores e também ramificações institucionais. Isso se torna evidente com a crescente importância das pesquisas jurídicas dentro dos programas de pesquisa Europeus e Alemães sobre segurança civil⁴, na literatura – assim como no projeto Alemão para um Manual da Legislação sobre Segurança Civil, Gusy *et al.* (2016) – e ainda na ação de grandes provedores de bases de dados, que fornecem novos modelos de segurança e na legislação sobre segurança, que tem se tornado um dos maiores tópicos de conferências jurídicas.

Como podemos explicar esta emergência e o crescimento do Direito da segurança? Ao menos no Direito público tais tendências parecem refletir o espírito de seu tempo. O direito público Alemão dos anos 70 e 80 era dominado pela legislação sobre planejamento, ainda refletindo a

³ Nota da tradução: A expressão “Segurança pública civil” é de difícil compreensão para o leitor brasileiro, por envolver aspectos e aplicações do tema “segurança” que fogem às considerações acadêmicas e políticas que são encontradas no debate nacional. Ligada com a noção de vulnerabilidade (*Verwundbarkeit*), a ideia de segurança civil se apresenta, como ressalta o autor, como um ramo novo do Direito, no qual são produzidos estudos e reflexões não só a respeito da ação estatal de controle de liberdades fundamentais, tema que aproxima a “segurança civil” de ramos como o Direito administrativo, o Direito penal ou a Criminologia, mas também acerca de questões ligadas à construções de estruturas críticas, que não se confundem com serviços ou aparelhos públicos. Aqui a “segurança civil” se volta à análise de temas como a gestão energética, as redes de telecomunicações, a conectividade, enfim, sistemas de vigilância públicos e privados, implantados em âmbitos nacionais e internacionais. Por isso, na falta de uma expressão correspondente no Direito brasileiro, foi mantida a expressão original do texto.

⁴ Por exemplo a pesquisa do Governo Alemão, Forschung für die zivile Sicherheit 2012-2017. Disponível em: <https://www.bmbf.de/de/sicherheitsforschung-forschung-fuer-die-zivile0sicherheit-150.html>. Acesso em: 11 dez. 2015.



grande crença política em um planejamento executado pelo Estado. Os anos 90 presenciaram o crescimento da legislação regulatória após a queda do muro e as tendências gerais direcionadas à privatização e à liberalização (Bieling 2008). Hoje, o Direito de segurança civil parece estar tomando a frente. Um crescente número de tópicos que eram considerados como questões de planejamento ou regulamentação, agora são vistos, pelo menos parcialmente, por esta ótica. Veja a infraestrutura: nos anos 70, o Direito Público na Alemanha estava principalmente preocupado com as regulações sobre planejamento de infraestrutura e os procedimentos do planejamento; nos anos 90 o foco se deslocou, direcionando-se à legislação regulatória preocupada com o estabelecimento de condições ao mercado criadas a partir da privatização de infraestruturas anteriormente governadas pelo Estado, como por exemplo telecomunicações ou redes de energia. Atualmente estas infraestruturas são consideradas como “críticas” (Schulman, *et al.* 2004; Dunn; Kristensen, 2008) e as principais preocupações jurídicas estão direcionadas às questões relacionadas à segurança: as discussões estão centradas nas obrigações de retenção de dados pelas empresas de telecomunicação, nas obrigações de relatar ataques cibernéticos em todos os provedores de infraestrutura crítica e outras obrigações de segurança direcionadas às companhias que gerenciam as redes de água, eletricidade e comunicação. Em um nível de constitucional, existe ainda uma discussão sobre se há algo semelhante a uma constituição da segurança, considerada como um ramo constitucional específico (Tannenberger, 2014).

Como podemos explicar esta notável tendência de securitização no Direito Público? O foco na segurança parece estar conectado a um senso intensificado de vulnerabilidade nas sociedades ocidentais contemporâneas. A infraestrutura não é mais considerada somente como um meio para o desenvolvimento econômico e cultural, mas também como um risco potencial, não só ao seu florescer, mas sim à sua própria existência. Interrupções, avarias e os efeitos cascadas de ataques ou desastres naturais vem à tona quando a legislação trata a infraestrutura, agora considerada como “crítica” (Schulman *et al.*, 2004; Dunn; Kristensen, 2008). Existem diversas prováveis razões para este elevado senso de vulnerabilidade. Ele pode estar conectado ao colapso da ordem internacional após a queda do muro de Berlim (Buzan 1997), que ainda não havia criado um equilíbrio como o dualismo da guerra fria. Pode ainda estar conectado às novas formas de terrorismo internacional, o qual – apesar de relativamente pequenas em número para as sociedades ocidentais – objetivam dismantelar nosso senso de segurança (De Goede, 2008). Nada obstante, uma razão estrutural está nos avanços tecnológicos, principalmente nas tecnologias de computação e telecomunicações que



têm levado a um mundo cada vez mais interconectado e a infraestruturas cada vez mais conectadas à superinfraestrutura da internet, que torna cada infraestrutura vulnerável a ataques seja aos *hardwares*, seja aos *softwares*. A cada revolução tecnológica como a computação onipresente, a internet das coisas, carros autônomos ou a indústria 4.0, nossas sociedades parecem se tornar crescentemente vulneráveis e abertas a novas ameaças advindas de fontes cada vez mais remotas e imprevisíveis. A China queixa-se em razão da relutância das companhias Alemãs em adotarem a indústria 4.0, o que fazem por força de questões de segurança relativas à propriedade intelectual⁵. Carros automatizados e conectados já foram manipulados⁶ e especula-se que foram utilizados em assaltos aos seus motoristas.⁷ A implementação da internet das coisas abrirá comportas para processamento e mineração de dados pessoais. Garantir a proteção dos dados será chave para implementação de qualquer das redes inteligentes, carros inteligentes, máquinas de lavar inteligentes, refrigeradores, entre outros. A cidade inteligente não somente será altamente interconectada e eficiente, mas também altamente vulnerável.

Carl Schmitt cunhou a famosa frase: “O inimigo é a nossa própria questão enquanto *Gestalt*” (Schmitt, 2006, p. 87). Em veia similar, as tecnologias são responsáveis por diversas novas vulnerabilidades também são elas mesmas responsáveis pelas pesquisas voltadas a combatê-las. Os grandes programas de pesquisa em segurança da União Europeia em SP7 e Horizon 2020⁸ são intensamente orientados pela tecnologia. Parece ser um processo natural combater riscos criados pela tecnologia com correções tecnológicas. Pesquisas de segurança são grande parte das pesquisas sobre tecnologia em segurança (Geiger, 2010). E o estudo sobre o Direito de segurança civil é muitas vezes iniciado quando este ciclo irônico já está completo. Muitas pesquisas sobre segurança jurídica versam sobre as consequências não-intencionais das tecnologias de segurança, como novas tecnologias em *scanners*, vigilância e coleta de dados. Paralelamente às questões primárias de segurança, as pesquisas sobre segurança jurídica são, também, estimuladas pelas questões secundárias criadas pelas próprias medidas de segurança. As tecnologias tornam as sociedades modernas mais vulneráveis, vulnerabilidades essas que são remediadas com tecnologias de

⁵ Ver <https://owc.de/2015/12/03/vision-und-wirklichkeit-deutsch-chinesische-zusammenarbeit-im-rahmenvon-industrie-4-0/>. Acesso: 11 dez. 2015.

⁶ Ver a esse respeito: <http://www.handelsblatt.com/auto/test-technik/manipulierte-autoelektronik-hacker-greifen-nach-demsteuer/6920056.html>. Acesso: 11 dez. 2015.

⁷ Ver: <https://www.rt.com/usa/michael-hastings-car-neighbor-853/>.

⁸ Ver: <http://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/>. Acesso: 11 dez. 2015.



segurança; por sua vez, essas tecnologias criam novas vulnerabilidades, que dizem respeito sobretudo, mas não exclusivamente, à proteção dos direitos fundamentais. Como demonstrado pelas discussões sobre criptografia⁹, as *backdoors* não apenas podem dar acesso às agências de segurança, mas também podem criar novas vulnerabilidades nos sistemas que devem proteger.

Uma trama lógica, que parece explicar o surgimento das pesquisas legais sobre segurança civil, parece sobretudo decorrer do desenvolvimento de tecnologias de informação e comunicação, criadas por redes cada vez mais expansivas e interconectadas que levam até o agudo senso de vulnerabilidade das sociedades ocidentais modernas a ataques humanos ou desastres naturais. Essa linha de raciocínio parece ser pelo menos uma das forças motoras do surgimento do direito de segurança civil como um campo jurídico emergente. Se a legislação de segurança civil realmente estiver para tornar-se o próximo campo de referência no desenvolvimento do direito público, o desafio para a pesquisa doutrinária estará no desenvolvimento de princípios, estruturas doutrinárias e diretrizes processuais para estruturar este campo específico do Direito, que abrange desde a clássica regulação da polícia até as leis dos serviços de inteligência e as legislações a respeito de desastres e emergências.

Existem estruturas, conceitos e questões comuns a todas essas áreas do direito que devem ser desenvolvidas doutrinariamente ou ao menos em um sentido sistematizador? Como se esclarecerá nas seções a seguir, existem alguns desenvolvimentos, ao menos em diferentes áreas do direito da segurança civil, que parecem sugerir uma resposta positiva, até porque as legislações preventivas e repressivas da polícia e dos serviços secretos se fundem uns aos outros.

2. TENDÊNCIAS

Há pelo menos seis tendências no Direito de segurança civil que acompanham a securitização das sociedades ocidentais contemporâneas e que formatam algumas de suas características jurídicas.

2.1 Internacionalização

Considerando que as redes que conectam nossas sociedades, as redes terroristas e o crime organizado se tornaram globais, não é surpresa que uma das tendências do direito de segurança civil

⁹ Ver sobre o tema: <http://www.theguardian.com/technology/2015/nov/18/us-europe-reignite-debate-backdoor-encryption-paris-attacks>. Acesso: 18 jan. 2016.



seja a internacionalização. O que é surpreendente, porém, é a forma altamente intensa pela qual a internacionalização do Direito de segurança ocorreu. As inovações legislativas mais espetaculares a esse respeito são as resoluções antiterroristas do Conselho de Segurança das Nações Unidas¹⁰. Depois dos ataques de 11/09, o Conselho de Segurança das Nações Unidas emitiu resoluções que utilizaram algumas das medidas centrais do Ato Patriota dos Estados Unidos da América (Scheppelle, 2006). Referiam-se à criminalização do terrorismo e seu apoio, bem como ao chamado regime de sanção inteligente (Stöckel, 2014), que exigia, por exemplo, o congelamento de bens de indivíduos e organizações indicados em uma lista de terroristas do Conselho de Segurança da ONU. Pela primeira vez, essas resoluções deram ao Conselho de Segurança da ONU o papel de legislador mundial que prescreve uma regulação para quase todos os estados do planeta. Que esta medida altamente incomum não possa ser descartada como uma exceção pontual devido a circunstâncias excepcionais, é algo que ficou evidente não apenas em inúmeras resoluções que modificaram este regime. Isso também ficou claro com o próximo conjunto de resoluções legislativas relativas à entrada e saída de jihadistas, que obrigaram todos os Estados-Membros das Nações Unidas a aprovar leis tornando crime os seus cidadãos ingressarem em grupos jihadistas, como o Estado Islâmico ou a Frente Al-Nusra. De acordo com a resolução 2178¹¹, todos os Estados-Membros devem parar e eliminar o financiamento ou o apoio a tais indivíduos, assim como devem processar, reabilitar e reintegrar os combatentes estrangeiros que tenham retornado ao seu território.

O Conselho de Segurança da ONU monitora o cumprimento dessas resoluções e pressiona os Estados-Membros que não as cumprem com base em preocupações relativas ao Estado de direito. Este novo regime legislativo do Conselho de Segurança da ONU colidiu com os princípios europeus do Estado de direito na decisão *Kadi*, do Tribunal de Justiça Europeu¹², na qual o Tribunal permitiu o não cumprimento do sistema de sanções inteligentes devido a preocupações com o Estado de direito. O direito de segurança civil é o único campo do Direito em que o Conselho de Segurança da ONU adotou uma abordagem legislativa. Uma das questões que permanecem em aberto é como

¹⁰ S/RES/1386 (2001), ver: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1386%282001%29. Acesso em: 11 dez. 2015.

¹¹ S/RES/2178 (2014); ver: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2178%20%282014%29. Acesso em: 11 dez. 2015.

¹² ECJ, C-402/05P and C-415/05P, 03.09.2008, Fundação Internacional Kadi e Al Barakaat v Conselho e Comissão, 2008 I-06351, recital 326.



fazer com que o Conselho de Segurança da ONU respeite os direitos fundamentais e os padrões de estado de direito que acompanham a atuação legislativa de seus Estados-Membros.

As resoluções do Conselho de Segurança da ONU se espalham na União Europeia por meio de atos legislativos da União Europeia que obrigam seus Estados-Membros a adotarem as medidas por ele prescritas¹³. Os Estados-Membros devem alterar a sua legislação interna em conformidade com esses parâmetros. Dessa forma, as normas de permanência e de combate ao terrorismo foram introduzidas no Direito penal alemão¹⁴ e conduziram a uma considerável expansão da responsabilidade penal em oposição aos crimes de perigo concreto, conferindo ao Direito penal uma dimensão preventiva estruturalmente alheia ao seu caráter repressivo.

Nos tribunais, essa interconexão internacional de diferentes níveis do direito de segurança levou a um interessante ciclo de recepção no que diz respeito às normas do Estado de direito. Na sua decisão acerca do regime de sanções inteligentes¹⁵, o Tribunal de Justiça Europeu justificou o seu poder de controlar a legalidade da implementação das resoluções do Conselho de Segurança com o mesmo argumento que o Tribunal Constitucional Federal Alemão tinha aplicado à legislação da União Europeia, quando esta ainda carecia de uma base sólida de proteção dos direitos fundamentais¹⁶. O Tribunal de Justiça Europeu decidiu que, enquanto o sistema legislativo da ONU não fornecer salvaguardas básicas do Estado de Direito, será garantida a prioridade de aplicação ao Direito Europeu sobre as obrigações da ONU, caso estas violem princípios fundamentais do direito da União Europeia. No pano de fundo dessa decisão espreitava-se o princípio dos chamados acórdãos “Solange” do Tribunal Constitucional Federal¹⁷. Nestas decisões, o Tribunal afirmou seu poder de dar prioridade ao direito constitucional nacional se a violação sistemática de direitos fundamentais ocorresse em nível europeu. Nesse sentido, uma negação sistemática de proteção legal contra sanções inteligentes poderia ter desencadeado uma resposta do Tribunal Constitucional Federal Alemão de acordo com essa doutrina “Solange”. A Corte de Justiça Europeia deve estar ciente dessa possível reação em nível nacional e pode ter adotado a abordagem “Solange” em relação

¹³ Decisão-quadro da UE 2008/919/JI, 28.12.2008.

¹⁴ Ver §§ 89a, 89b do Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch).

¹⁵ ECJ, C-402/05P e C-415/05P, 03.09.2008, Fundação Internacional Kadi e Al Barakaat v Conselho e Comissão, 2008 I-06351, recital 326.

¹⁶ BVerfG (Corte Federal Constitucional) –29.05.1974 – BvL 52/71– BVerfGE (relatórios jurídicos) 37, 271.

¹⁷ BVerfG (Corte Federal Constitucional) – 29.05.1974 – BvL 52/71 – BVerfGE (relatórios jurídicos) 37, 271; BVerfG (Corte Federal Constitucional) – 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 – BVerfGE (relatórios jurídicos) 73, 339.



à determinação do Conselho de Segurança da ONU justamente por este fato. E essas intersecções se completaram quando o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em sua decisão a respeito do Tratado de Lisboa, cita a decisão *Kadi* do Tribunal de Justiça Europeu para corroborar a necessidade de sua própria reserva de poderes em relação aos atos da União Europeia¹⁸.

A União Europeia, no entanto, não atua apenas como mediadora em relação à legislação global em matéria de segurança, mas também desempenha um papel crescente ao internacionalizar o Direito de segurança por meio de atos supranacionais. Quanto a isso, a diretiva de retenção de dados¹⁹ pode ser o exemplo – embora vacilante – mais proeminente, mas foram os Acordos de Schengen (Winkelmann, 2010) e o Tratado de Prüm (Hummer, 2007) que instalaram sistemas de segurança completos com bancos de dados centralizados, práticas de coordenação e suporte. Prüm permite até mesmo o compartilhamento de poderes operacionais, como quando forças policiais estrangeiras são autorizadas a operar em território estrangeiro. Uma consequência deste fato foi ter o Tratado de Lisboa integrado a colaboração em matéria de segurança no sistema geral do direito da União Europeia²⁰. Em face desta dinâmica, o Tribunal Constitucional Federal Alemão considerou necessário salientar que o monopólio da força policial pertence ao Estado e que a Constituição alemã estabelece limites para a integração europeia a este respeito²¹.

Os esforços europeus para internacionalizar o direito de segurança civil também são importantes porque podem servir como modelos que vão além da União Europeia. Assim, as disposições regulamentares elaboradas no âmbito da União Europeia são por vezes retomadas em acordos bilaterais como, por exemplo, ocorre no tratado entre a Alemanha e os Estados Unidos sobre a prevenção e repressão de crimes graves de 2009²². Embora o direito da segurança civil esteja – como o Tribunal Constitucional Federal nos lembrou –, no centro da soberania estatal, há uma tendência notável de internacionalizá-la em quase todos os níveis.

¹⁸ BVerfG (Corte Federal Constitucional) – 30.06.2009 – 2 BvE 2, 5/08 – BVerfGE (relatórios jurídicos) 123, 267.

¹⁹ Diretiva 2006/24/EC do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de março de 2006 sobre a retenção de dados gerados ou processados em conexão com a prestação de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público ou de redes de comunicações públicas e alterar Diretiva 2002/58/EC.

²⁰ Art. 42 EUV.

²¹ BVerfG (Corte Federal Constitucional) – 30 de junho de 2009 – 2 BvE 2, 5/08 – BVerfGE (relatórios jurídicos) 123, 267.

²² “Gesetz zu dem Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika vom 1.10.2008 über die Vertiefung der Zusammenarbeit bei der Verhinderung und Bekämpfung schwerwiegender Kriminalität“, BGBl. (Bundesgesetzblatt – Federal Law Gazette) II, 1010.



2.2 Centralização

Em nível nacional, a internacionalização do direito de segurança civil é espelhada, pelo menos na Alemanha, por meio de um processo de centralização. Aqui, principalmente em razão do papel terrível que o serviço nacional de polícia desempenhou no período do nacional-socialismo, os poderes policiais foram organizados em nível estadual – ao menos em princípio. Mas, desde a década de 90, o antigo serviço de patrulha de fronteira federal tornou-se um serviço de polícia federal, não com poderes gerais de polícia, mas agregando e ampliando a segurança fronteiriça, aeroportuária e ferroviária, tendo sido batizado de Polícia Federal. Em termos numéricos, este é agora a segunda maior força policial da Alemanha²³. Além disso, desde 2008, o Departamento Federal de Investigação Criminal foi incumbido, por meio de uma emenda constitucional²⁴, do poder não apenas de processar, mas também de prevenir o terrorismo internacional²⁵. Inclusive hoje se planeja reunir a Polícia Federal e o Departamento Federal de Investigação Criminal em um único órgão, formando, assim, uma polícia federal nacional²⁶, muito maior em termos de organização e mão de obra do que qualquer serviço policial estadual.

Ao que parece, são três as razões que levam a este movimento: primeiro, ele é em parte uma consequência da internacionalização do direito de segurança civil, que depende da cooperação nacional, sem a qual dificilmente se poderia lidar com vários atores estaduais – 16 no caso da Alemanha. Em segundo lugar, é também uma decorrência da internacionalização das ameaças que, a fortiori, transcendem as fronteiras internas e parecem tornar necessária a organização dos poderes de polícia pelo menos em nível nacional.

Os custos de coordenação envolvidos no combate a essas ameaças com inúmeras agências estatais são vistos como demasiadamente altos, embora haja vantagens em abordagens mais descentralizadas, não apenas pela divisão de poderes de polícia que ela implica, mas também pela

²³ A polícia federal tem 41.000 oficiais (http://www.bundespolizei.de/Web/DE/05Die-Bundespolizei/01Unser-Auftrag/Unser-Auftrag_node.html), a polícia na NRW tem 50.000 (https://www.polizei-nrw.de/artikel_89.html), em Baden-Wuerttemberg ca. 30.000 (<https://www.polizei-bw.de/UeberUns/polbw/Seiten/default.aspx>), Bayern 41.000 (<http://www.polizei.bayern.de/wir/organisation/index.html>). Acessado em 11 de dezembro de 2015.

²⁴ Art. 73 I Nr. 10c GG (Grundgesetz – Lei fundamental da República da Alemanha).

²⁵ Ver, “Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt“, BGBl. (Bundesgesetzblatt – Federal Law Gazette) I, 3083.

²⁶ Ver <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2011-03/polizei-reform-bka>. Acesso em: 11 dez. 2015.



maior eficácia de aparelhos burocráticos menores e mais localizados. Mas a centralização parece ser uma solução mais simples do que uma abordagem que exige a criação de modos eficazes de cooperação institucional.

Terceiro, os esforços de centralização também são impulsionados pelo desenvolvimento tecnológico. A proteção da infraestrutura eletrônica e o desenvolvimento de ferramentas eletrônicas de vigilância e infiltração requerem um nível de conhecimento técnico e recursos que dificilmente podem ser alcançados em nível subnacional. Além disso, a proteção da infraestrutura eletrônica das redes governamentais requer um grau de padronização que pode ser mais facilmente alcançado em nível nacional. Por isso, em 2009, a Constituição federal alemã foi novamente alterada para permitir que o governo federal desenvolvesse infraestruturas eletrônicas seguras também para a administração dos estados²⁷. Além disso, uma agência administrativa federal assumiu a tarefa de implementar tecnicamente todas as medidas de vigilância de telecomunicações.²⁸ Quando o Estado ainda possuía os serviços de infraestruturas e telecomunicações, bastava grampear suas próprias linhas telefônicas ou interceptar as encomendas transportadas pelos correios, mas agora, em nosso novo mundo de comunicação eletrônica, as coisas se tornaram muito mais complexas. Isso não se deve apenas às novas formas de meios de comunicação – e-mail, chat, voz sobre IP, satélite, telefone – mas também resulta da estrutura majoritariamente privada dos serviços e novas contra estratégias, como as oferecidas pela criptografia de fácil acesso.

2.3 União de Prevenção e Repressão

A internacionalização e o desenvolvimento da tecnologia também têm um grande impacto na terceira tendência que pretendo descrever: novas ameaças terroristas pegaram as sociedades ocidentais de surpresa com seus novos modelos de células adormecidas e o treinamento de terroristas locais, que se misturam à população em geral, aumentaram o interesse em ações preventivas e estratégicas que intervêm muito antes de os ataques se tornarem iminentes (Bonner, 2007).

Nessa linha, as mencionadas resoluções do Conselho de Segurança da ONU se dirigem ao combate do planejamento e apoio a atividades não necessariamente relacionadas a ataques

²⁷ Ver Art. 91 c GG (Grundgesetz – Lei Básica da República Federal da Alemanha).

²⁸ <http://www.heise.de/tp/artikel/30/30271/1.html>; <http://www.sueddeutsche.de/digital/telekommunikationsueberwachung-feindhoert-mit-1.28782>. Acesso em: 11 dez. 2015.



concretos, atingindo atos como a coleta de dinheiro, o fornecimento ou o estudo de instruções para a elaboração de dispositivos explosivos ou, então, visitas a campos de recrutamento ou treinamento de organizações terroristas. O desenvolvimento de tecnologias de coleta e análise de dados apoiam esses esforços porque possibilitam a identificação de padrões suspeitos em comportamentos não necessariamente suspeitos. Em essência, esses esforços são de natureza preventiva. Eles visam apreender possíveis criminosos antes mesmo de se planejar um ataque concreto. Apesar de sua natureza preventiva, eles são inseridos no ordenamento jurídico geralmente através de uma lei penal que criminaliza atividades que podem levar a atos terroristas ou atos criminosos que de alguma forma afetem a vida, propriedade ou liberdade dos cidadãos.

Assim, sob a orientação das resoluções do Conselho de Segurança da ONU, o direito preventivo e repressivo se mistura a esses novos regulamentos penais. No Direito alemão, isso inspira outro ciclo de retroalimentação: os regulamentos da lei policial preventiva permitem medidas de segurança mesmo se houver apenas o perigo de que um crime possa ser cometido (Poscher, 1999), o que resulta em uma extensão ainda maior da utilização das medidas de segurança em comparação aos crimes reais, uma vez que tais medidas sejam aplicadas à criminalização dessas novas extensões de vanguarda do código penal.

2.4 União de Polícia e Serviços Secretos

A relação e o grau de separação entre as forças policiais regulares e os serviços secretos são específicos em cada país. Por causa da horrível história de sua colaboração sob o nacional-socialismo, a divisão entre a polícia e os serviços secretos foi particularmente forte na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial. Mas, embora nesse sentido a Alemanha pertença ao extremo do espectro, mesmo aqui pode ser observada uma união da polícia regular e serviços secretos. Do lado institucional, hoje existem bancos de dados compartilhados, que são compartilhados por todas as polícias e todas as instituições do serviço secreto²⁹. Além disso, os serviços policiais e secretos administram um centro antiterrorismo onde cooperam e se coordenam de maneira informal³⁰. Pelas razões técnicas antes mencionadas, também foi sugerido que os serviços secretos compartilhem a

²⁹ Esta base de dados foi implementada com fundamento na “Gesetz zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder“, BGBl. (Bundesgesetzblatt – Diário Oficial da União) I, 3409.

³⁰ Gemeinsames Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ), ver <https://www.verfassungsschutz.de/de/arbeitsfelder/af-islamismus-und-islamistischer-terrorismus/gemeinsames-terrorismusabwehrzentrum-gtaz>. Acessado em 11 de dezembro de 2015.



experiência utilizada pela agência central que opera a tecnologia de vigilância para as forças policiais³¹. Materialmente, o escopo das funções destes órgãos se fundiu quando os códigos de polícia alemães ampliaram o escopo dos poderes de polícia para abranger não apenas – como era tradicionalmente o caso –, a prevenção de perigos concretos, mas também medidas cautelares que podem servir de base para ações preventivas de coleta de dados³². Essa coleta estratégica e preventiva, no entanto, se sobrepõe à função tradicional dos serviços secretos. Nem é preciso dizer que alguns dos novos poderes de informação das forças policiais regulares são intercambiáveis com aqueles tradicionalmente atribuídos aos serviços secretos.

2.5 União de poderes Policiais e Militares

A internacionalização das ameaças também torna mais difícil traçar uma distinção entre poder policial e militar. Nas missões pós-conflito, o emprego de forças policiais ou militares muitas vezes parece ser intercambiável. Em alguns casos, a ordem interna de estados estrangeiros é auxiliada por missões policiais, em outros, por militares que assumem tarefas de policiamento (Balduş, 2007). Quando lutam contra os piratas em alto mar, os militares basicamente assumem também as tarefas de policiamento (Braun; Plate, 2010).

Pelo menos na Alemanha, as condições muito estritas sob as quais os militares podem ser empregados internamente tornaram-se indistintas. Após uma decisão mais restritiva de um de seus Senados³³, em rara decisão do plenário, o Tribunal Constitucional Federal permitiu o uso de armas militares em caso de catástrofes, incluindo atos terroristas³⁴ – uma decisão que está em conflito com as normas constitucionais muito restritivas a respeito do uso da força militar em caso de insurgências.

2.6 Expansão dos Poderes de Segurança

Mudanças institucionais e funcionais na arquitetura de segurança são acompanhadas por uma expansão dos poderes de segurança. Por um lado, estão na vanguarda dessas expansões os novos

³¹ <http://www.tagesspiegel.de/politik/deutschland/polizei-und-geheimdienste-scharfe-kritik-an-schaeublesplaenen/1238176.html>. Acessado em 15 de dezembro de 2015.

³² Ver, por exemplo, o § 22 do ato de polícia de Baden-Wuerttemberg.

³³ BVerfG (Tribunal Constitucional Federal)—15.02.2006—1 BvR 357/05—BVerfGE (relatório jurídico) 115, 118.

³⁴ BVerfG (Tribunal Constitucional Federal)—03.07.2012—2 PBvU 1/11—BVerfGE (relatório jurídico) 132, 1.



poderes de coleta e processamento de dados resultantes de novos desafios técnicos, por outro, as novas possibilidades técnicas oferecidas pela aceleração da revolução eletrônica. A polícia, os serviços secretos e os promotores receberam poderes para realizarem medidas de verificação em meios eletrônicos³⁵, buscas on-line, vigilância de telecomunicações baseada na fonte, rastreamento por GPS, localização baseada em IMSI, reconhecimento automático de placas, vigilância por vídeo (inteligente) e, ainda, provedores de serviços de telecomunicações são obrigados a garantir a retenção de metadados de seus clientes em alguns países da União Europeia³⁶, isso apesar da decisão do Tribunal de Justiça Europeu sobre a Diretiva de retenção de dados³⁷. Essas extensões de poderes são, em parte, uma simples necessidade de compensar, em certo sentido, o fato de que as operações e organizações criminosas e terroristas dependem fortemente da utilização de novas tecnologias e mídias, o que as colocaria fora do alcance das forças de segurança que não estivessem equipadas com novos poderes no novo domínio digital. Por outro lado, ao menos alguns desses poderes elevam a vigilância estatal de cidadãos a um novo patamar. Isso é verdade tanto quantitativa quanto qualitativamente. Quantitativamente, a estratégia de retenção de dados coloca todos os cidadãos, em todas as formas de comunicação eletrônicas que, em constante expansão, fazem parte de suas vidas e estão integradas em todas as suas atividades quotidianas, sob total vigilância, apesar de praticamente nenhum deles estar conectado, muito menos engajado, em atividades criminosas ou terroristas. Isso faz com que a vigilância em massa seja usada em uma nova escala histórica, com a qual nem mesmo os regimes totalitários do Século XX poderiam ter sonhado. Qualitativamente, as buscas on-line de computadores que fornecem acesso a todos os tipos de informações eletrônicas pessoais, ou o confisco de contas de e-mail, oferecem acesso a históricos completos de comunicação, que são de natureza diferente de seus antecessores analógicos tradicionais. Como muitas outras tendências, essa expansão qualitativa e quantitativa dos poderes de segurança é impulsionada tecnologicamente em suas causas e meios.

3. DESAFIOS

³⁵ Ver, BayVerfGH (Tribunal Constitucional Bávaro)—28.3.2003—Vf. 7-VII-00—Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, 1375; BVerfG (Tribunal Constitucional Federal)—04.04.2006—1 BvR 518/02—BVerfGE (relatório jurídico) 115, 320.

³⁶ Por exemplo, no Reino Unido, ver <http://www.out-law.com/en/articles/2014/july/new-uk-dataretention-laws-come-into-force/>. Acessado em 18 de janeiro de 2016.

³⁷ ECJ, C-293/12 and C-594/12, 08. 04. 2014, Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister of Communication, Marine and Natural resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others.



Os desafios criados por essas tendências em segurança civil pública podem ser concentrados no conceito de autonomia. Em algum nível, todas essas tendências representam um desafio à autonomia coletiva das sociedades democráticas e à autonomia individual, que é protegida pelos direitos fundamentais e pelos princípios do Estado de direito. Esses desafios são, de certa forma, interdependentes, mas também bastante distintos.

3.1. Lei de Segurança Civil e Autonomia Coletiva

A expansão da administração da segurança civil, a ampliação dos poderes do serviço secreto e a expansão das medidas e táticas da polícia secreta representam um problema estrutural para as sociedades democráticas. Essas sociedades dependem da responsabilidade de seu governo e administração. A prestação de contas pressupõe, no entanto, a informação, o conhecimento e a transparência da atividade de seus órgãos. Mas com as medidas de segurança secretas, todos os mecanismos usuais de responsabilização falham: o controle judicial em geral é falho porque os cidadãos a elas sujeitos desconhecem seu conteúdo e, por isso mesmo, não podem contestá-las nos tribunais. Pelo mesmo motivo, os controles políticos falham. O público em geral e o Parlamento só estarão aptos a estabelecer a forma de responsabilidade política se forem informados de práticas secretas. Mas como as recentes revelações sobre a NSA deixaram muito claro – novamente –, esta falta de responsabilidade tende a deixar que as agências de segurança criem sua própria lógica funcional e com o risco de se ignorar os limites legais, políticos e éticos que lhes conferem fundamento (Glaßner, 2003; Denninger, 2004). Por outro lado, os serviços secretos e as medidas da polícia secreta não podem tornar-se totalmente transparentes sem que percam a sua efetividade.

Ao que parece, as sociedades democráticas estão diante de um dilema: perante novos desafios de segurança decorrentes do terrorismo internacional do crime organizado, elas devem permitir a aplicação de medidas de segurança secretas para proteger seus cidadãos; mas essas práticas de segurança parecem minar a autonomia e a confiança coletiva que essas mesmas sociedades foram projetadas para proteger.

Um dos grandes desafios do direito de segurança civil pública é encontrar saídas para esse enigma. Esta tarefa é agora facilitada por uma maior consciência pública e política do desafio e alguns primeiros passos parecem ter sido dados para enfrentá-lo. A discussão poderia lucrar ainda mais com a percepção de que as medidas para aumentar o controle democrático de medidas secretas de segurança civil não precisam ser antagônicas ao seu propósito. O sigilo da operação do governo não é apenas fonte de desconfiança, mas também de medos e especulações, às vezes exagerados, ou



mesmo de teorias da conspiração. Pelo menos algumas das medidas que visam criar um maior grau de transparência podem também servir para combater medos e especulações e, assim, aumentar a confiança do público nos serviços e forças policiais, o que é um dos seus principais ativos, considerando que a inteligência humana é sua fonte mais valiosa. De fato, quando o público tomou conhecimento do mecanismo de buscas online, houve um medo generalizado de que os sistemas de computador pudessem ser infiltrados pelas agências de segurança. E quando o controle parlamentar da legislação antiterror alemã revelou que alguns poderes de vigilância mais interventivos, como o que autorizava as buscas on-line, foram usados apenas em alguns casos,³⁸ isso ajudou a colocar o debate em uma base mais realista. Por outro lado, quando o registro público das medidas de vigilância de telecomunicações pelos promotores mostrou uma dramática discrepância entre norte e sul³⁹, isso foi imediatamente captado pela imprensa e forçou os governos dos estados do sul a justificarem suas ações ou a adotarem uma abordagem mais moderada⁴⁰.

Há uma sensação generalizada de que os atuais mecanismos de controle parlamentar sobre as agências de segurança são insuficientes (Gusy, 2008; Dietrich 2014)⁴¹. Aqui comissões parlamentares ou órgãos especiais encarregados de supervisão são, muitas vezes, insuficientes, pois carecem dos poderes necessários para realizar verificações completas e, em geral, têm apenas um potencial limitado para fazer uso político de suas conclusões devido a requisitos de sigilo amplamente determinados pelo Poder executivo. Fortalecer a fiscalização parlamentar e fornecer mais recursos ao exercício do direito não apenas dos parlamentares, mas também de seus funcionários ou relatores especiais; fiscalizar o funcionamento das agências e criar regras mais brandas que imponham a divulgação de suas conclusões de forma a que não se prejudique o seu trabalho; tudo isso ao lado do controle judicial da aplicação dessas medidas, parecem ser remédios óbvios para combater essas queixas. Mas, provavelmente, o óbvio não será suficiente. Muitas das novas medidas de segurança envolvem o processamento em massa de grandes conjuntos de dados que não podem ser controlados de maneira tradicional. As tecnologias de *big data* precisam de

³⁸ Ver: http://euro-police.noblogs.org/files/2011/11/KA_17_7104.pdf e também: <http://www.heise.de/newsticker/meldung/BKA-hat-in-sieben-Faellen-Online-Durchsuchungen-durchgefuehrt-1384255.html>. Acesso em: 11 dez. 2015.

³⁹ Ver: https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Uebersicht_Verkehrsdaten_2011.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 11 dez. 2015.

⁴⁰ Baden Württemberg, por exemplo, reduziu suas medidas de vigilância de telecomunicações, https://www.focus.de/regional/stuttgart/justiz-im-land-werden-deutlich-weniger-telefongespraeche-abgehoeert_aid_1020747.html. Acesso em: 11 dez. 2015.

⁴¹ Recentemente, membros do Parlamento alemão apresentaram uma moção solicitando melhoras no sistema de controle. Sobre isso, ver: BT-Drs 18/6645 (<https://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/066/1806645.pdf>). Acessado em 11 de dezembro de 2015).



tecnologias de controle de *big data*. As tecnologias devem ser configuradas de forma a garantir o controle automatizado em relação às irregularidades e ao desrespeito dos limites legais. Na melhor das hipóteses, as disposições legais devem ser programadas em sistemas de vigilância e excessos devem ser marcados com bandeiras vermelhas e justificados perante um órgão de supervisão independente. O controle efetivo do processamento de dados em massa pelos órgãos de segurança envolve o desenvolvimento de tecnologias de informação tanto quanto a lei que pode então prescrevê-las como pré-requisito para a implementação de medidas de vigilância.

Outra abordagem pode envolver órgãos de controle independentes, como agências de proteção de dados, ou ombudsmans. Nessa linha, juntamente com a vasta expansão dos poderes de segurança, a França criou recentemente a *Commission Nationale De Contrôle Des Techniques De Renseignement* (CNCTR), que tem a tarefa de controlar o uso dos novos poderes das agências de segurança francesas⁴². Provavelmente não há bala de prata capaz de mitigar o conflito entre democracia e sigilo. Ao invés de procurar isso, precisaremos de toda uma série de ajustes para moderar esse conflito e provavelmente teremos que aceitar que alguma tensão permanecerá. Mas quaisquer avanços são uma oportunidade não apenas para aumentar nossa autonomia coletiva, mas também nossa segurança, aumentando a confiança do público em nossas agências de segurança.

3.2 Segurança Civil e Estado de Direito

Os desafios do estado de direito e dos direitos fundamentais que acompanham as tendências do Direito de segurança civil pública são estruturais. As proteções tradicionais contra medidas de segurança excessivamente interventivas parecem aqui vacilar. Conceitos como o limite alemão de medida de polícia vinculadas a um “perigo concreto”⁴³ ou a doutrina do perigo claro e presente no direito anglo-americano (Lowe, 2005) devem ser abandonados para que medidas de precaução sejam tomadas. Eles não podem ser mantidos porque as ameaças à segurança não são de natureza cotidiana, mas atingiram uma escala e gravidade que não nos permitem arriscar que se tornem concretas ou presentes. Para evitar ataques como o de 11 de setembro em Nova York, 7 de julho em Londres, 10 de março em Madri ou 11 de março em Paris, os serviços de segurança não podem esperar até que os terroristas tenham passado pelos portões. Mas, se os limites tradicionais para

⁴² Loi n. 2015-912 du 24 juillet 2015 – art. 2.

⁴³ Ver atos de polícia (Polizeigesetze) dos estados federais alemães. Por exemplo: § 23 Abs. 1 Polizeigesetz Baden-Württemberg.



violações de direitos fundamentais não mais se mantiverem, o que os substituirá? Os perigos abstratos ou meros palpites são suficientes? Ou devem ser tomados sem qualquer limite, como no caso dos mecanismos de retenção de dados.

O princípio da proporcionalidade, que não só está profundamente enraizado na tradição alemã, mas também foi alçado ao estrelato internacional como um padrão universal de avaliação dos de direitos fundamentais (Barak, 2012; Huscroft; Miler; Webber, 2014; Pache, 1999; Neumann, 1994), também sofre com a erosão dos padrões do Estado de direito decorrentes do Direito de segurança civil pública. De fato, o princípio da precaução cria uma dinâmica no direito de segurança pública nacional contra a qual o princípio da proporcionalidade não oferece resistência. Para que a precaução seja eficaz, a utilização do máximo de informação possível não é apenas adequado, mas também necessário para fortalecer sua eficácia. E como a mera coleta, armazenamento e processamento de dados pode ser desproporcional quando se trata de prevenir ataques como os de Nova York, Londres, Madri ou Paris? Por isso, a nova dinâmica do princípio da precaução tem levado alguns autores a, inclusive, reivindicar que não apenas o princípio da proporcionalidade, mas também sua operacionalidade, transformem-se em norma constitucional. As medidas de precaução seriam então “[...] inconstitucionais, não porque sejam desproporcionais, mas porque são sempre proporcionais” (Enders, 2005, p. 47). Em uma perspectiva histórica, não é sem trágica ironia que o princípio da proporcionalidade parece estar sendo erodido no direito de segurança pública, embora tenha sido desenvolvido pelo tribunal administrativo de apelação prussiano no século XIX para restringir os poderes de polícia e, desde então, tenha sido transferido para o âmbito administrativo, constitucional e agora ao direito internacional (Barak, 2012).

Para o desenvolvimento de padrões adequados ao Estado de Direito, seja em nível constitucional, supranacional ou internacional, é tudo menos trivial a tarefa de desenvolver estruturas doutrinárias adequadas que levem em consideração o novo ambiente de segurança e as ameaças hoje enfrentadas, isso sem abandonar a ideia de limitações relacionadas ao devido processo legal, assim como os controles e a estrutura para a aplicação de medidas adequadas de segurança civil. Ao que parece, há ao menos três elementos necessários à criação de uma estrutura de segurança civil adequada aos padrões do Estado de Direito. Essas estruturas foram apresentadas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão: garantias processuais, limitações relativas e absolutas às medidas de segurança.



3.2.1 Salvaguardas Processuais

Quando os padrões materiais são difíceis de defender ou determinar, há uma tendência geral no direito no sentido de se reverter a questão para a regulamentação processual (Albers, 2001; Kutscha, 2003; Schoch, 2004; Middel, 2006). Os regulamentos processuais não estabelecem um limite que garanta a adequação substancial de uma medida, mas baseiam-se na crença de que um resultado adequado será assegurado pelo desenho das etapas processuais a serem seguidas antes e depois de uma medida a ser aplicada. Do ponto de vista operacional, esses limites procedimentais têm a vantagem da flexibilidade material, mas sobrecarregam os custos da decisão com mais burocratização. Nessa linha, o Tribunal Constitucional Federal Alemão exigiu a previsão de revisão judicial prévia para medidas de segurança altamente interventivas no conteúdo de direitos fundamentais, como ocorre, por exemplo, no caso de pesquisas online⁴⁴ e nos regimes de retenção de dados⁴⁵. Além disso, o Tribunal exigiu todo um conjunto de medidas para proteger o núcleo mais íntimo da privacidade no caso de medidas de vigilância⁴⁶, assim como exigiu que sejam enviados avisos àqueles que foram submetidos a operações secretas para lhes dar a chance de contestá-las em tribunal⁴⁷.

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça Europeu invalidou a Diretiva europeia de retenção de dados, em parte devido à falta de garantias processuais. Isso não é surpreendente tendo em vista a tendência deste Tribunal de substituir as garantias de cunho material por garantias processuais⁴⁸. No entanto, esta orientação está em desacordo com o caráter regulatório das Diretivas europeias, as quais foram concebidas como regulamentos parciais, que conferem aos Estados membros uma margem de apreciação necessária para estabelecer regras processuais que garantam que sua implementação esteja em conformidade com as exigências dos direitos fundamentais. Por isso mesmo, o fato de se invalidar a Diretiva da UE em decorrência de sua incompletude parece virar a lógica do sistema europeu de cabeça para baixo, uma vez que estas Diretivas se pretendem

⁴⁴ BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) – 27.02.2008 – 1 BvR 370/07 – BVerfGE (relatório jurídico) 120, 274, 3. Leitsatz (3. headnote).

⁴⁵ See BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) – 02.03.2010 – 1 BvR 256/08 – BVerfGE (relatório jurídico) 125, 260, recital 243.

⁴⁶ BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) – 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99 – BVerfGE (relatório jurídico) 109, 279; BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) – 27.07.05 – 1 BvR 668/04 – BVerfGE (relatório jurídico) 113, 348, 391–2.

⁴⁷ BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) – 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94, 2420, 2437/95 – BVerfGE (relatório jurídico) 100, 313, 361.

⁴⁸ ECJ, C-293/12 and C-594/12, 08.04.2014, Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister of Communication, Marine and Natural resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others, recital 62.



incompletas. Seja como for, a decisão mostra que o Tribunal de Justiça Europeu também tende a processualizar os requisitos de proteção de direitos fundamentais no que diz respeito às medidas de segurança civil (Bäcker, 2014).

3.2.2 Limites Materiais Relativos

Dado o peso esmagador das preocupações de segurança, é difícil desenvolver limites materiais relativos para medidas aplicadas nessa área. No entanto, têm sido apresentadas algumas tentativas de sistematizar os padrões materiais relativos ao conteúdo dos direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão buscou relacionar diferentes formas de perigo à intensidade das medidas de segurança utilizadas. Sustentou, assim, que táticas de vigilância mais intensas, as quais afetam de forma severa o indivíduo ou podem prejudicar o exercício das liberdades em geral, são permitidas apenas se houver um perigo concreto para a segurança pública. Exigiu, portanto, a indicação de perigos concretos para a infiltração on-line de sistemas de computador⁴⁹, para o reconhecimento automático de placas⁵⁰ e para as investigações realizadas por arrasto⁵¹. Para algumas críticas a essas decisões, no entanto, essas exigências foram exageradas (Bäcker, 2015; Bausback, 2006). Isso porque, entendido corretamente, um perigo concreto requer, em sentido disjuntivo, evidências concretas no lado temporal, local ou pessoal de um dano ou perpetrador esperado. Não exige que a polícia já conheça os fatos que as medidas pretendem descobrir – como algumas críticas implicam.

Uma abordagem ainda mais sistemática foi desenvolvida na teoria dos direitos fundamentais com a chamada fórmula do peso de Robert Alexy (Alexy, 2002), adaptada à avaliação de medidas de segurança no projeto de pesquisa europeu SURVEILLE⁵². A fórmula divide diferentes aspectos de medidas de segurança, entre elas, o peso abstrato do direito fundamental afetado, a intensidade de uma intervenção nele por meio da vigilância e os benefícios de segurança (usabilidade) e atribui diferentes pesos numéricos a cada um. Os pesos são, então, calculados por meio de uma fórmula, que fornece uma pontuação em que se coloca a medida em uma categoria verde para quando a medida está em conformidade com a garantia dos direitos fundamentais, uma categoria laranja

⁴⁹ BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) – 27.02.2008 – 1 BvR 370/07 – BVerfGE (relatório jurídico) 120, 274.

⁵⁰ BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) – 11.03.2008 – 1 BvR 2074/05 – BVerfGE (relatório jurídico) 120, 378.

⁵¹ BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) – 04.04.2006 – 1 BvR 518/02 – BVerfGE (relatório jurídico) 115, 320.

⁵² Ver <https://surveillance.eu.eu/>. Acessado aos 11 de dezembro de 2015.



quando se exige a revisão da intervenção, enfim, uma categoria vermelha para casos de invalidação. Na sua resolução 2015/2635, o parlamento europeu referiu-se à norma SURVEILLE como um método recomendável para avaliação de medidas de segurança.

3.2.3 Limites Materiais Absolutos

Os direitos fundamentais, no entanto, não estabelecem apenas limites relativos, mas também absolutos. Os mais proeminentes são aqueles ligados à proteção da dignidade humana. A esse respeito, os tribunais alemães e europeus se mantiveram firmes contra o uso da tortura mesmo nas situações de sequestro mais desafiadoras. Os tribunais alemães condenaram um policial que ameaçou usar tortura para forçar que um detido fornecesse a informação a respeito do paradeiro de uma criança sequestrada, mesmo que este ato tivesse o objetivo de salvar a vida da criança⁵³. Isso quer dizer que nada pode justificar nem mesmo a ameaça da realização de tortura por parte do Estado. Por sua vez, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reforçou esta decisão ao condenar a Alemanha por violação do art. 8 CEDH, tendo considerado a sentença nacional insuficientemente severa⁵⁴.

A garantia da dignidade humana na constituição alemã também serviu de base para que o Tribunal Constitucional Federal alemão invalidasse uma lei que permitiria aos militares derrubar aviões de passageiros sequestrados, que seriam usados como armas à maneira do 11 de setembro. O tribunal considerou uma violação da dignidade humana pesar a vida dos passageiros sequestrados em relação ao maior número de mortos no solo para, com isso, justificar a intervenção militar. Para o tribunal, a garantia da dignidade humana não permite um cálculo numérico com vidas humanas⁵⁵. O tribunal ainda desenvolveu uma área central da privacidade com base na garantia de dignidade, que deve ser respeitada por qualquer forma de medidas de vigilância e concebeu todo um sistema operacional para que sua proteção seja efetivada em cenários envolvendo atos de telecomunicação ou a vigilância domiciliar.

⁵³ LG (Landgericht - district court) Frankfurt – 20.12.2004 – 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04) – Neue Juristische Wochenschrift 2005, 692; Corte Europeia de Direitos Humanos – 01.06.2010 – 22978/05 – Neue Juristische Wochenschrift 2010, 3145.

⁵⁴ Europeia de Direitos Humanos – 01.06.2010 – 22978/05 – Neue Juristische Wochenschrift 2010, 3145, 3147.

⁵⁵ BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) – 15.02.2006 – 1 BvR 357/05 – BVerfGE (relatório jurídico) 115, 118. For critics of this adjudication see Hase (2006) and Hillgruber (2007).



Desta forma, os sistemas de vigilância devem ser desligados assim que os serviços de segurança tomem conhecimento de que uma área central da privacidade foi atingida, os registros de vigilância automática devem ser verificados por um juiz independente e os registros acidentais relativos à área central da privacidade devem ser eliminados⁵⁶. O Tribunal, no entanto, considera que apenas os aspectos mais íntimos da esfera privada pertencem ao núcleo essencial da privacidade, entre elas, a expressão de emoções privadas, ou emanações de intimidade e sexualidade. Por definição, estão excluídos, portanto, os conteúdos com relevância social direta, como aqueles relacionados à prática de crimes⁵⁷.

No passado, o Tribunal Constitucional Federal alemão formulou mais um limite absoluto para medidas de segurança ao considerar a vigilância em massa incondicional como, em princípio, inconstitucional. Em um segundo momento, o Tribunal recuou de sua vedação absoluta em sua decisão a respeito da lei alemã que implementa a diretiva de retenção de dados da União Europeia e permitiu exceções a esse princípio absoluto⁵⁸. Coube, então, ao Tribunal de Justiça Europeu reafirmar esse princípio e invalidar a retenção de dados da diretiva da União Europeia, pois considerou que a vigilância em massa inconstitucional, por representar uma violação do direito à privacidade e do direito à proteção de dados na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais⁵⁹.

4. CONCLUSÃO/RESUMO

As mudanças estruturais na arquitetura de segurança não foram, de forma alguma, finalizadas. As tendências antes ilustradas são exatamente isso: tendências. A internacionalização e a integração de diferentes estruturas de segurança prosseguirão e o apelo por novos poderes de segurança será renovado na sequência de cada nova crise de segurança. Os desafios para o direito civil de segurança pública, portanto, não cessarão. Fortalecer a autonomia coletiva e salvaguardar a autonomia individual, defendendo e desenvolvendo padrões adequados ao Estado de Direito e à garantia dos direitos fundamentais, estabelecendo-os cada vez mais em um nível supra e internacional, continuará sendo uma das principais tarefas do direito público de segurança civil.

⁵⁶ BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) – 27.02.2008 – 1 BvR 370/07 – BVerfGE (relatório jurídico) 120, 274, recital 280–283.

⁵⁷ BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) – 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99 – BVerfGE (relatório jurídico) 109, 279.

⁵⁸ BVerfG (Tribunal Constitucional Federal)—02.03.2010—1 BvR 256/08—BVerfGE (relatório jurídico) 125, 260.

⁵⁹ ECJ, C-293/12 and C-594/12, 08.04.2014, Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister of Communication, Marine and Natural resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others.



AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Pedro Augusto Mutton de Carvalho pelo auxílio na elaboração da primeira versão da tradução. Agradeço também ao Felipe Grizotto Ferreira e ao Rafael Giorgio Dalla Barba pelas correções e comentários.

REFERÊNCIAS

- Albers, M. *Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001.
- Alexy, R. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Bäcker, M. Das Vorratsdatenurteil des EuGH: ein Meilenstein des europäischen Grundrechtsschutzes. *Juristische Ausbildung*, v. 36, n. 12, p. 1263–1274, 2014.
- Bäcker, M. *Kriminalpräventionsrecht*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.
- Baldus, M. Braucht Deutschland eine neue Wehrverfassung? *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, n. 48, Heft 4, p. 133–138, 2007.
- Barak, A. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- Bausback, W. Fesseln für die wehrhafte Demokratie? *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 27, p. 1922–1924, 2006.
- Bieling, H-J. *Liberalisierung und Privatisierung in Europa: die Reorganisation der öffentlichen Infrastruktur in der Europäischen Union*. Münster: Westfälisches Dampfboot, 2008.
- Bonner, D. *Executive measures, terrorism and national security: have the rules of the game changed?* Ashgate: Aldershot, 2007.
- Braun, K.; Plate, T. Rechtsfragen der Bekämpfung der Piraterie im Golf von Aden durch die Bundesmarine. *Die öffentliche Verwaltung*, n. 63, p. 203–209, 2010.
- Buzan, B. Rethinking security after the cold war. *Cooperation and Conflict*, v. 32, n. 1, p. 5–28, 1997.
- De Goede, M. Beyond risk: premediation and the Post-9/11 security imagination. *Security Dialogue*, v. 39 n. 2-3, p. 155–176, 2008.
- Denninger, E. Freiheit durch Sicherheit?: wie viel Schutz der inneren Sicherheit verlangt und verträgt das deutsche Grundgesetz? In: Pitschas, R.; Stolzlechner, H. (ed.). *Auf dem Weg in einen “neuen Rechtsstaat”*: zur künftigen Architektur der inneren Sicherheit in Deutschland und Österreich. Vorträge und Berichte im deutsch-österreichischen Werkstattgespräch zur Inneren Sicherheit an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaft, Duncker & Humblot: Berlin, Speyer, 2002.
- Dietrich, J. H. Reform der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste als rechtsstaatliches Gebot und sicherheitspolitische Notwendigkeit. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 47 Jahrg., Heft 7, p. 205–208, 2014.
- Dunn, C. M.; Kristensen, K. *Securing the homeland: Critical infrastructure, risk, and (un-) security*. Routledge: London/New York, 2008.



- Enders, C. Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge: Der Sozialstaat in Deutschland und Europa, *Tagungsband der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, v. 64, p. 7-108, 2005.
- Geiger, G. Sicherheit oder Sicherheitstechnologie? Der Beitrag der zivilen Forschung zur Sicherheit Europas, *SWP Arbeitspapier*, 2010, Disponível em: http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/2010_S14_ggr_ks.pdf. Acesso em: 4 dez. 2015.
- Glassner, G. J. *Sicherheit in Freiheit: die Schutzfunktion des demokratischen Staates und die Freiheit der Bürger*. Springer: Opladen, 2003.
- Gusy, C. Vom Polizeirecht zum Sicherheitsrecht. *Staatswissenschaft und Staatspraxis*, 5. Jahrg., Heft 2, p. 187-210, 1994.
- Gusy, C. Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 41. Jahrg., Heft 2, p. 36-40, 2008.
- Gusy, C. Sicherheitskultur, Sicherheitspolitik, Sicherheitsrecht. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung*, v. 93, n. 2, p. 111-128, 2010.
- Gusy, C.; Kugelman, D., Würtenberger, T. *Das Recht der Zivilen Sicherheit*. Springer: Berlin, Heidelberg, 2016.
- Hase, F. Das Luftsicherheitsgesetz: abschluss von Flugzeugen als „Hilfe bei einem Unglücksfall“? *Die öffentliche Verwaltung*, v. 59, n. 5, p. 213-218, 2006.
- Hillgruber, C. Der Staat des Grundgesetzes: nur bedingt abwehrbereit? *Juristen Zeitung*, 62. Jahrg., n. 5, p. 209-218, 2007.
- Hummer, W. Der Vertrag von Prüm-“Schengen III“?, *Europarecht*, Heft 4, p. 517-530, 2007.
- Huscroft, G.; Miller, B. W.; Webber G. Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning. *LSE law, society and economy Working Papers*, n. 13, 2014. Disponível em: https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2014-13_Webber.pdf. Acesso em: 18 jan. 2016.
- Kaufmann, S. Zivile Sicherheit. Zum Aufstieg eines Topos. Leviathan, Sonderheft n. 25, Jahrg. 38, p. 101-123, 2010.
- Kutscha, M. Rechtsschutzdefizite bei Grundrechtseingriffen von Sicherheitsbehörden. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, v. 22, n. 11, p. 1296-1300, 2003.
- Lowe, V. Clear and present danger: responses to terrorism. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. 1, p. 185-196, 2005.
- Middel, S. *Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung*. Nomos: Baden-Baden, 2006.
- Pache, E. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, v. 18, p. 1033-1040, 1999.
- Poscher, R. *Gefahrenabwehr: Eine dogmatische Rekonstruktion*. Duncker & Humblot: Berlin, 1999.
- Roggan, F.; Kutscha, M. *Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit*. Berlin: Berliner WissenschaftsVerlag, 2006.
- Neumann, D. *Vorsorge und Verhältnismäßigkeit*. Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
- Scheppele, K. The Post-9/11 globalization of public law and the international state of emergency. In: Choudhry, S. (ed). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Schmitt, Cl. *Theorie des Partisanen*. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen. Duncker & Humblot, Berlin, 2006.



Schoch, F. Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats? *Der Staat*, v.43, n. 3, p. 347-369, 2004.

Schulman, P. R. *et al.* High reliability and the management of critical infrastructures. *Journal of Contingencies and Crisis Management*, v. 12, n. 1, p. 14-28, 2004.

Stöckel, E. L. *Smart Sanctions in der Europäischen Union*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

Tanneberger, S. *Die Sicherheitsverfassung: Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Zugleich ein Beitrag zu einer induktiven Methodenlehre*. Mohr Siebeck Verlag: Tübingen, 2014

Winkelmann, H. 25 Jahre Schengen: Der Schengen-Acquis als integraler Bestandteil des Europarechts- Bedeutung und Auswirkung auf die Einreise- und Aufenthaltsrechte. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 30. Jahrgang, n. 7, p. 213-278, 2010.

