

A Dimensão Social do Direito à Determinação dos Fluxos de Informação atinentes ao Sujeito

Social Dimension of the Right to Self-Determination Regarding Information Flows

Submetido(*submitted*): 31 de dezembro de 2013

Parecer(*revised*): 4 de fevereiro de 2014

Aceito(*accepted*): 17 de abril de 2014

Isaac Calaça **

RESUMO

Propósito – O direito à determinação dos fluxos de informação, do ponto de vista da sua fundamentação, encontra assento na perspectiva histórica, de modo que se torna imprescindível um levantamento do processo que culminou na elaboração do catálogo de direitos que hoje gozam de tanta credibilidade e que se pretendem universais.

Metodologia/abordagem/design – Considerando essa proposta, neste trabalho será feito um resgate histórico da consolidação dos direitos fundamentais, desde quando eram predominantemente individuais, de matriz liberal burguesa, até um ponto em que se tornaram mais ligados a valores que transcendem o indivíduo, voltados à convivência social e à realização solidária da dignidade humana. A análise toma como fio condutor o direito à intimidade, desde seu aspecto individual até sua dimensão social, evidenciada pelas transformações originadas pela adoção intensiva das tecnologias de comunicação.

Resultados – O direito à intimidade hoje apresenta uma dimensão marcadamente social, cujo reconhecimento permite adaptar sua tutela e responder às questões que se colocaram com o avanço da tecnologia e do acúmulo e tráfego de dados pessoais.

Implicações práticas – Esse resgate é necessário para que se demonstre que hoje se vive um momento em que a efetiva implementação desses direitos requer uma análise integrada do que antes era considerado de modo fragmentado.

Palavras-chave: direitos fundamentais, fluxos de informação, intimidade, direitos da personalidade, tecnologia.

**Isaac Calaça é mestrando em direito público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Contato: isaacalaca+revistaRDET@gmail.com.

ABSTRACT

Purpose – This study tackles the right to self-determination regarding information flows from its historical perspective.

Methodology/approach/design – With that in mind, this work aims to be a consolidation of fundamental rights' history, from their predominantly individualist, bourgeois, liberal inception, to the moment when they turned to values that transcend the individual, focused on social interaction and joint realization of human dignity. This analysis addresses the right to privacy as a guiding line by evidencing the changes caused by the intensive adoption of communication technologies

Findings – The right to privacy nowadays presents itself with a striking social dimension. Paying attention to that aspect paves the way to its use as an important tool for ensuring the enforcement of the right to privacy in the new scenario of technological achievements and increasing of personal data flow.

Practical implications – Such analysis shows that the effective implementation of these rights requires integrated analysis of what was once considered in a fragmented way.

Keywords: fundamental rights, information flow, privacy, personality rights, technology.

Introdução

Os direitos fundamentais podem ser entendidos desde vários pontos de vista, mas os mais relevantes, do ponto de vista da sua fundamentação, encontram-se apoiados em sua perspectiva histórica, de modo que se torna imprescindível um levantamento do processo que culminou na elaboração do catálogo de direitos que hoje gozam de tanta credibilidade e que se pretendem universais.

Considerando essa proposta, neste trabalho será feito um resgate histórico da consolidação dos direitos fundamentais, desde quando eram predominantemente individuais, de matriz liberal burguesa, até um ponto em que se tornaram mais ligados a valores que transcendem o indivíduo, voltados à convivência social e à realização solidária da dignidade humana.

Esse resgate é necessário para que se demonstre que hoje se vive um momento em que a efetiva implementação desses direitos requer uma análise integrada do que antes era considerado de modo fragmentado.

A análise toma como fio condutor o direito à intimidade, desde seu aspecto individual até sua dimensão social, evidenciada pelas transformações originadas pela adoção intensiva das tecnologias de comunicação.

Resgate histórico: direitos fundamentais

A Magna Carta de João Sem-Terra, de 1215, que é tida por muitos como o primeiro documento a positivar direitos fundamentais, consagra cláusulas de liberdade que hoje representam direitos fundamentais, como o princípio da legalidade, do devido processo legal e da irretroatividade das leis. (Marmelstein 2008, 31)

Entretanto, em que pese a tradição das declarações de direitos encontrar outros exemplos históricos, o grande marco para os direitos humanos e fundamentais atuais foi a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária, em outubro de 1789. Morange (2008, xvii), ao tratar do espírito motivador da Declaração, assevera que quando os constituintes resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, se referiam claramente a uma filosofia do direito natural. Esses direitos proclamados seriam inerentes à pessoa humana, incriados, independentes de reconhecimento ou atribuição de valor jurídico por qualquer assembleia.

Bonavides (2006, 560) apresenta o tema dos direitos fundamentais através do problema terminológico que o cerca: podem as expressões “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais” ser usadas indistintamente? Prosseguindo, o autor assevera que há certa identidade entre os termos, preferindo os autores anglo-americanos e latinos o termo “direitos do homem”, enquanto os publicistas alemães preferem o termo “direitos fundamentais”.

Enveredando pela doutrina alemã, Bonavides (2006, 561) apresenta duas definições de Hesse, sendo uma mais ampla e outra mais restrita: “criar e manter os pressupostos de uma vida na liberdade e na dignidade humana,

eis aquilo que os direitos fundamentais almejam” e “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.

Prosseguindo, o autor apresenta ainda dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais, segundo Carl Schmitt (Bonavides 2006, 561). O primeiro atesta que podem ser designados direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo critério, os direitos fundamentais são aqueles que receberam da constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, sendo ou imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada.

Por fim, apresenta Bonavides a visão de Carl Schmitt relativa ao aspecto material dos direitos fundamentais, atestando que estes “variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos” (Bonavides 2006, 561).

Prefere-se aqui, entretanto, a forma simples adotada por Marmelstein (2008) para a definição terminológica do tema.

O autor afirma que os direitos fundamentais são normas intimamente ligadas à dignidade da pessoa humana e à limitação de poder, positivadas na constituição.¹ Isso, entretanto, não afasta a existência de valores importantes ainda não reconhecidos pela positivação, mas que também são ligados à ideia de dignidade humana ou da limitação de poderes. Costuma-se chamar esses valores de *direitos do homem*.

Os *direitos do homem* seriam, portanto, “valores ético-políticos ainda não positivados”, correspondendo “a ‘instâncias ou valores éticos anteriores ao direito positivo’” (Marmelstein 2008, 25) e possuindo um conteúdo de direito natural. Seriam pré-jurídicos.

De outro lado, temos a ideia de *direitos humanos*, que é utilizada para referência aos valores positivados na esfera internacional, isto é, no plano dos tratados e convenções internacionais.

Já quando há a positivação constitucional, no âmbito interno do país, deve-se utilizar o termo *direitos fundamentais*, pelo que usualmente não se

¹O autor adota uma perspectiva pós-positivista, isto é, baseada na força normativa atribuída pela positivação, mas com respeito a um conteúdo material ético.

fala de *tratado internacional de direitos fundamentais* ou *direitos humanos positivados na Constituição*. (Marmelstein 2008, 26)

A própria Constituição brasileira se refere ao âmbito internacional utilizando a expressão *direitos humanos*, e ao interno com a expressão *direitos fundamentais*.

De todo modo, a origem histórica dos direitos fundamentais está associada a um momento em que se consolidava uma nova ordem de ideias, que enfatizava a autonomia dos indivíduos frente ao Estado, com vistas ao rompimento com racionalidade absolutista (Fachin e Ruzik 2006). Nessa perspectiva, havia claramente uma separação entre o Estado e o indivíduo, além da necessidade de se proteger a todo custo a expressão da individualidade em face do “Leviatã” estatal.

Para Marmelstein, “os direitos fundamentais foram criados, inicialmente, como instrumentos de limitação do poder estatal, visando assegurar aos indivíduos um nível máximo de fruição de sua autonomia e liberdade” (Marmelstein 2008, 34).

Justificava-se, portanto, a existência de direitos subjetivos oponíveis ao Estado, que se colocava acima dos indivíduos mas que deveria ter seu poder limitado (Fachin e Ruzik 2006, 91). Os direitos fundamentais, portanto, nesse primeiro momento, eram exercidos contra um ente hierarquicamente superior, por indivíduos subordinados, mas que tinham a garantia de um espaço de liberdade que o Estado não poderia – ou pelo menos não deveria – atingir.

Ficou claro, então, que havia pelo menos duas espacialidades bem definidas: uma pública e uma privada.

Nesse contexto, os direitos fundamentais ditos de primeira geração representavam liberdades públicas, porque exercidas em face do Estado e que implicavam para este um dever negativo, de omissão, isto é, de não-intromissão no espaço privado. (Fachin e Ruzik 2006, 91)

Dá se pode afirmar que os direitos fundamentais de primeira geração eram vistos externamente como limites à intromissão estatal e internamente como expressão do espaço de atuação do indivíduo, demarcando de vez a separação público/privado e impondo como condição para o seu exercício a garantia de atuação individual no espaço da liberdade privada (Fachin e Ruzik 2006, 91).

A segunda geração de direitos fundamentais encontrou sua razão de ser nos graves problemas ocasionados pela industrialização no século XIX, que levaram à consolidação do Estado do bem-estar social (*Welfare State*), que buscava promover maior igualdade social e garantir condições básicas para uma vida digna (Marmelstein 2008, 48).

Daí derivaram direitos destinados a melhorar as condições de vida dos trabalhadores e os direitos econômicos, sociais e culturais, ligados às necessidades básicas dos indivíduos, como os de alimentação, saúde, moradia, educação, assistência social etc. O reconhecimento desses direitos parte da premissa de que a liberdade não faz sentido sem que essas condições mínimas para sua fruição sejam garantidas; a liberdade não é apenas o direito de se ver livre de constrangimentos externos, mas também a possibilidade real de autodeterminação (Marmelstein 2008, 49).

Desse modo, os direitos de segunda geração impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizados pelo Estado, no intuito de garantir a fruição da liberdade, com melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade.

Os direitos da terceira geração buscam a universalização de padrões éticos mínimos, ou a proteção em nível internacional de todo o gênero humano. Assim, temos entre eles os direitos de desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente e direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, além do direito à comunicação (Marmelstein 2008, 52).

Há quem fale em uma quarta geração, como Bonavides, por exemplo. Seriam da quarta geração os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo (Bonavides 2006, 571).

Marmelstein corrobora a existência de possíveis direitos de quarta, quinta, sexta e mesmo uma sétima geração, originados da “globalização, avanços tecnológicos (cibernética), e descobertas da genética (bioética)” (Marmelstein 2008, 55).

Os direitos fundamentais, portanto, não são eternos e imutáveis. Pelo contrário: esses valores respondem às necessidades históricas e são bastante dinâmicos e sujeitos a saltos sem solução de continuidade ou retrocessos abruptos, acompanhando a evolução da sociedade e de sua expressão ética.

Direitos de personalidade

Para Limongi França, os direitos de personalidade representam “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções” (Affornalli 2006, 17).

Os direitos de personalidade são aqueles que garantem a própria noção de pessoa, assegurando ao indivíduo o domínio de si mesmo, de seu existir autêntico. Bem assim visam à proteção do homem enquanto pessoa e também das expressões do seu espírito.

É por esse motivo que os direitos de personalidade representam um eixo que conduz e agrega outros direitos também ligados à expressão e identidade da pessoa humana, como a liberdade a honra, a imagem, a privacidade, o nome, o corpo etc. (Affornalli 2006, 18)

Tais direitos seriam inatos e inerentes ao apenas-fato de ser humano, o que revela um posicionamento jusnaturalista.

Tendo esse posicionamento como ponto de partida, tem-se, ainda segundo Affornalli (2006, 18) que quando o Estado reconhece um direito de personalidade, operando a sua positivação, apenas estará disciplinado-o e sancionando-o, seja no nível da legislação ordinária ou constitucionalmente, sem que isso signifique que a existência do direito estará subordinada à positivação.

De todo modo, as discussões atuais, focadas na concreção dos direitos fundamentais – entre os quais figuram os direitos de personalidade –, são motivadas e encontram uma maior razão de ser prática pelo fato de esses direitos terem sido positivados em profusão no nosso ordenamento. Daí se dispensa a discussão sobre a natureza positiva ou natural desses direitos, uma vez que esses direitos gozam de força e legitimidade tanto por serem imperativos justificáveis pela via jusnaturalista como por possuírem força normativa, originada em sua expressão positiva.

No Brasil, os direitos de personalidade, considerados em sua primeira dimensão, se encontram positivados constitucionalmente, apresentando características destinadas à sua proteção e efetivação judicial. (Marmelstein 2008, 17)

Ordinariamente, têm aplicação imediata, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, prescindindo de regulamentação para serem

efetivados, sendo vinculantes e plenamente exigíveis; são cláusulas pétreas, em virtude do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988, não podendo ser abolidos; possuem hierarquia constitucional, de modo que se determinada lei dificultar ou impedir de modo desproporcional sua efetivação essa lei poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade (Marmelstein 2008, 17). Contam ainda com os remédios constitucionais do *habeas corpus* e do *habeas data*.

Não poderia ser diferente, dada a necessidade de proteger de forma adequada valores que se encontram na própria base da estrutura do Estado brasileiro.

Ocorre, entretanto, que há até hoje muita discussão no que toca à extensão dessa proteção, especialmente quando a argumentação se apoia em uma distinção que levaria a pensar – como tradicionalmente se pensa – que alguns direitos fundamentais são plenamente exigíveis enquanto outros seriam apenas metas, passíveis de concreção apenas na medida das possibilidades do Estado.

A seção a seguir trata dessa questão, mostrando que essa distinção não é tão clara ou útil, sendo preferível considerar que a positivação constitucional tem como objetivo principal garantir a efetividade de todo o catálogo de direitos fundamentais.

Continuidades entre as liberdades públicas e os direitos sociais

Para Perez Luño, existe uma acepção estrita de direitos sociais, que se refere aos direitos fundamentais dirigidos a tutelar a atividade prática do *homo faber*, ou seja, o ser humano em sua condição de trabalhador (Luño 1998, 192-193).

Os direitos sociais surgiram na transição do estado liberal para o estado social de direito. Nesse estado social de direito os poderes públicos assumem a responsabilidade de proporcionar à generalidade dos cidadãos as prestações e serviços públicos adequados para suprir suas necessidades vitais. O estado social de direito considera como tarefas próprias ajudar seus cidadãos garantindo-lhes assistência frente ao desemprego, à doença, a falta de moradia ou à degradação do meio ambiente. Essas atividades, que não mais podem ser concebidas como meras exigências morais, mas como

autênticos deveres jurídicos para os poderes públicos, são o fruto histórico de longo e trabalhoso processo reivindicatório das classes trabalhadoras, cuja luta adquiriu especial força e importância a partir do século XIX. A história desse século é, em grande parte, a história da conquista do protagonismo político pelas classes trabalhadoras, que tiveram um de seus mais importantes motores nas associações de trabalhadores e sindicatos (Luño 1998, 193-194).

Não se pode negar que há uma íntima correlação entre as distintas modalidades de liberdades públicas e direitos sociais, podendo-se afirmar que tal relação ou condicionamento mútuo se produz apesar das inegáveis diferenças de origem, finalidade e conteúdo desses dois setores dos direitos fundamentais.

Sem embargo, é uma constante em amplos setores da doutrina atual sobre os direitos fundamentais a tese reiterada de que existe uma antinomia de princípios entre as liberdades públicas, ligadas à tradição individualista liberal, e os direitos econômicos, sociais e culturais, característicos da fase que se iniciou com o estado social (Luño 1998, 203-204).

Esta antítese, colocada sempre como uma questão alternativa, faz crer que a implementação de uma forma de direito fundamental exclui a outra, ou que ambas se encontram sempre em lados opostos, conflitando e requerendo ponderação (Luño 1998, 204).

Chega-se mesmo a afirmar essa ideia como regra geral segundo a qual na medida em que aumentam os direitos sociais diminuem as liberdades (Luño 1998, 204).

Os principais argumentos a sustentar essa concepção polarizam-se na consideração de três aspectos principais: fundamento, titularidade e tutela de ambos os tipos de direitos (Luño 1998, 205).

Assim, quanto ao fundamento, coloca-se que as liberdades teriam caráter absoluto, necessário e homogêneo, enquanto os direitos sociais seriam relativos, contingentes e heterogêneos, multiplicando-se ao sabor das idas e vindas das circunstâncias histórico-políticas (Luño 1998, 205).

Quanto à titularidade, tem-se que, nos direitos individuais, ela seria do indivíduo e, nos direitos sociais, pertenceria aos grupos ou coletividades.

Por fim, quanto à tutela, coloca-se que os direitos individuais seriam dotados de plena eficácia jurídico-positiva, enquanto aos direitos sociais

restaria a posição de meta utópica, com pouca ou nenhuma exigibilidade. De outro lado, aduz-se que enquanto para a implementação dos direitos individuais basta a abstenção do Estado ou sua mera vigilância em termos de polícia administrativa, os direitos sociais demandam prestações estatais cujo desenvolvimento necessita, frequentemente, do estabelecimento de um serviço público correspondente (Luño 1998, 206).

Esses argumentos podem ser rebatidos integralmente, mas a análise apenas da questão da fundamentação já permite entrever que a separação entre os dois tipos de direitos fundamentais não é tão nítida (Luño 1998, 206). Senão vejamos.

Os direitos sociais, enquanto especificação da igualdade e da solidariedade, possuem um fundamento tão solidamente vinculado aos valores jusnaturalistas quanto os direitos derivados da liberdade. No plano da fundamentação, não se pode considerar menos natural que os direitos a liberdade de opinião e de voto que o direito à saúde, à cultura ou ao trabalho digno.

Os múltiplos aspectos envolvidos na concretização de um direito fazem com que essa concretização reflita em outros tantos aspectos da vida dos demais e da própria sociedade. Tome-se como exemplo o arcabouço instituído pelo Estado para garantir o direito à propriedade, formado por órgãos de registro, de defesa, por estruturas de defesa judicial etc. Certamente a garantia do direito de propriedade necessita não apenas da abstenção do Estado, mas também de uma atuação considerável de sua parte, que determina o próprio formato desse Estado e como ele se relaciona com seus cidadãos. Acontece o mesmo com todos os direitos considerados negativos, que implicariam apenas na abstenção do Estado, o que demonstra a multidimensionalidade dos direitos fundamentais.

Considerada a titularidade, também é possível ver que mais do que buscar a associação para defesa de interesses individuais de modo coletivo, sofisticou-se a defesa dos interesses difusos e também tem se tornado mais nítido que as coletividades possam ser consideradas titulares de direitos originalmente “individuais”, como, por exemplo, os de personalidade (inviolabilidade de domicílio, liberdade de expressão), os civis (garantias processuais e penais) ou políticos (participação de partidos no processo eleitoral). (Luño 1998, 208)

A evolução dos direitos fundamentais, consideradas as sucessivas “gerações”, não significa a substituição de uns direitos por outros mais novos, ao sabor das contingências, mas se traduz no surgimento de novos direitos em resposta a novas necessidades históricas, ou, por vezes, no redimensionamento ou redefinição de direitos anteriores para adaptá-los aos novos contextos em que devem ser aplicados (Lopes 1998, 180).

Enfoque dimensional dos direitos fundamentais

A ideia de gerações de direitos faz com que as transformações desses direitos normalmente sejam percebidas em termos cronológicos lineares, evolutivos, como se estes fossem se sucedendo e se fazendo substituir pelos mais novos, numa escala ascendente, o que dá azo a perspectivas estanques.

Outros problemas derivam dessa distinção em gerações, em especial a atribuição de baixa carga de normatividade aos direitos fundamentais e aparente onerosidade dos direitos que demandam a prestação positiva do Estado (Bonavides 2006, 6-9).

Bonavides (2006, 571-572) propõe a substituição do termo “geração” pelo termo “dimensão”, uma vez que o primeiro sugere mera sucessão cronológica e suposta caducidade dos direitos antecedentes.

No mesmo sentido, Marmelstein (2002, 3) afirma que:

A expressão “geração de direitos” tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e estrangeira. É que o uso do termo “geração” pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que é um erro, já que, por exemplo, os direitos de liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante.

Além disso, a expressão pode induzir à ideia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente, dificultando o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países ditos periféricos (em desenvolvimento), onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos da chamada “primeira geração”.

Assim, em face da afinidade estrutural entre os direitos fundamentais, tem-se que eles devem ser considerados indivisíveis, sem que se priorize

uns em detrimento dos outros, o que se pode alcançar com a ideia de “dimensões” desses direitos. Ressalte-se, entretanto, que não se trata de simples jogo semântico: a mudança real se encontra na perspectiva de analisar os direitos sob suas múltiplas dimensões e não prendê-los em apenas uma geração, que não se comunica com as outras em função da separação temporal.

Direito à intimidade como direito à determinação dos fluxos de informação atinentes ao sujeito

Pérez Luño nos reporta a elevação ao *status* constitucional, na Espanha, do direito ao reconhecimento e à tutela dos direitos à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem (Luño 2005, 323). Essa positivação, em 1978, surgiu como resposta às inquietudes suscitadas pelo desenvolvimento tecnológico e as possibilidades de violação da intimidade daí advindas.

A origem histórica desses direitos, tomados em conjunto sob a denominação de direitos da personalidade, é associada ao surgimento da burguesia e da noção de intimidade como autoconsciência da subjetividade, o que só foi possível com a desagregação da sociedade feudal e com o desenvolvimento de núcleos urbanos, que têm como característica marcante a separação mais nítida entre o local de trabalho e o local onde se vive – a casa privada (Luño 2005, 327).

Essa origem burguesa lhes determinou características predominantemente individualistas, destinando-os a se concretizar através da salvaguarda de determinados espaços em caráter exclusivo e excludente, de modo semelhante ao que se tem na proteção do direito à propriedade considerado em sua origem tradicional. Daí que o direito à intimidade originalmente não poderia ser estendido aos despossuídos, vez que a propriedade era condição da intimidade (Luño 2005, 328).

O direito à intimidade forjou-se doutrinariamente, então, como um direito a uma esfera individual de atuação protegida da ingerência estatal e das relações sociais comunitárias. A vida privada seria um direito à solidão, à reserva e ao isolamento.

Nesse sentido a tese de Stuart Mill, que tendo em conta a noção de liberdade como autonomia individual, considerava que as únicas condutas humanas a entranhar direitos e responsabilidades sociais seriam aquelas que afetam aos demais, decorrendo daí que no que dissesse respeito apenas ao indivíduo este teria direito à absoluta independência (Luño 2005, 329).

Também se pode ver o desenvolvimento do conceito por Warren e Brandeis na jurisprudência americana, levando ao conceito de *privacy* como um direito à solidão ou a faculdade de ser deixado só, ou seja, não ser importunado (Luño 2005, 329).

A partir daí a noção de *privacy*, em muito equivalente à noção de intimidade, passou a ser usada de forma ambivalente: de um lado era utilizada, com intenção conservadora, para ocultar dos poderes públicos informações pessoais e econômicas de modo a permitir a elisão fiscal, de outro era utilizada por setores mais progressistas como reação à acumulação de dados destinados ao controle ideológico com fins discriminatórios (Luño 2005, 330). O direito à intimidade poderia, portanto, ser utilizado como alibi para burlar políticas sociais avançadas ou como freio a determinadas formas de controle ou discriminação social ou política.

O problema do “envio de dados pessoais ao governo, evidentemente, atinge a todos os indivíduos, mas também a toda a sociedade, e inclusive se pode afirmar que atinge os indivíduos enquanto partes de um determinado grupo social” (Luño 2005, 330).

O direito à intimidade é considerado direito básico, predominantemente individual e fundamentado em premissas jusnaturalistas, mas que encontra clara repercussão na vida comunitária. Ou seja:

se a intimidade é um valor fundamental do ser humano, um de seus bens mais básicos, não há dúvida de que ele se reflete na existência coletiva como um direito natural ou fundamental, que o ordenamento jurídico deve proteger contra qualquer violação por parte dos outros homens, e mais ainda das instituições ou comunidades que eles formam. (Ruiz-Giménez *apud* Luño 2005, 330)

Entendido sob essa perspectiva, o direito à intimidade, considerado direito natural ou fundamental, transborda os limites estritos das liberdades individuais para apresentar-se como condição da existência coletiva, que

deve ser regulada tendo em vista a sua necessária dimensão social (Luño 2005, 330).

O reconhecimento constitucional desse direito, incorporando-o ao sistema dos direitos fundamentais, supõe a substituição do espírito privatista e estritamente individual por um enfoque jurídico-fundamental, em que esse direito aparece não como uma faculdade do indivíduo isolado, mas como um direito de coexistência. A esfera da personalidade não pode ser considerada apenas do ponto de vista do indivíduo, mas também da perspectiva relacional, de onde se pode ver que a violação da personalidade humana representa perigo à solidariedade e à convivência humana (Luño 2005, 332).

Assim é que Shattbuck e, posteriormente, Lusky e também Westin, como referidos por Pérez Luño, advogaram a ideia de que *privacy* também significa o controle da informação, ou seja, a possibilidade de os indivíduos ou grupos acessarem e controlarem as informações que lhes dizem respeito. Ou seja, mais que um mero sentido de defesa estática da vida privada, *privacy* tem uma função dinâmica de possibilitar o controle da circulação de informações relevantes para cada sujeito (Luño 2005, 335).

Em síntese, modernamente, é insuficiente conceber o direito à intimidade como um direito simplesmente garantista (com *status* negativo) de defesa contra qualquer invasão indevida da vida privada; atualmente ganha força a tese de que esse direito é na verdade um direito ativo de controle (*status* positivo) sobre o fluxo de informações que afetam cada sujeito (Luño 2005, 336).

Essa ampliação de sentido permite perceber o quão emaranhados estão os chamados direitos individuais e os direitos sociais. Assim, a intimidade se liga à noção de liberdade, porque define as possibilidades reais de autonomia e de participação na sociedade contemporânea; também se mostra, quando considerada como faculdade de controle das informações por indivíduos e grupos, como condição para uma convivência política democrática, que se confunde com a defesa da igualdade de direitos (Luño 2005, 336).

Em verdade, na sociedade moderna a capacidade de atuação política está intimamente relacionada com o acesso e controle da informação, decorrendo daí que a obtenção de um equilíbrio sócio-político exige que se

garanta aos grupos sociais formas de acesso e uso dos materiais arquivados em bancos de dados. Isso fica particularmente claro quando se analisam as recentes discussões no Brasil relativas à abertura e publicização de documentos arquivados pelos governos militares após 1964.

Tendo em vista o que foi aduzido até aqui, percebe-se que o direito à determinação dos fluxos de informação atinentes ao sujeito tem uma dimensão social que se apresenta sob dois aspectos principais: o fato de transcender o indivíduo, podendo mesmo ser considerado um direito difuso, e o fato de dizer respeito à sociedade como um todo, ao se colocar como condição para a participação política democrática.

De fato, em geral se distinguem os direitos sociais dos direitos coletivos, atribuindo-se aos primeiros a titularidade individual.

Como visto, essa perspectiva admite mitigação, uma vez que há casos em que a titularidade dos direitos sociais é como que transferida a coletividades ou mesmo essas coletividades passam a ser titulares de direitos que se consideraria individuais.

O fato da titularidade do direito perpassar a dimensão do indivíduo não tem a ver com sua qualificação como direito social. Mesmo os direitos individuais, de origem liberal, apresentam hoje dimensão social expressiva, motivo pelo qual não se pode distinguir claramente direitos apenas individuais e direitos puramente não-individuais (Meyeres 2008, 75).

Isso, somado à ideia de que a sucessão cronológica do surgimento dos direitos que hoje compõem o catálogo de direitos fundamentais permite a identificação de dimensões a serem consideradas na composição desses direitos, enriquece sobremaneira a análise de seus fundamentos e das consequências de sua aplicação.

Um direito de matriz especialmente individualista, como é o caso do direito à intimidade, se expressa atualmente em uma dimensão marcadamente social, que só pode ser entendida tendo em vista uma mudança no paradigma de reconhecimento e aplicação dos direitos fundamentais.

Considerar o direito à intimidade apenas como direito “de primeira geração” faz com que escapem à tutela apropriada as violações praticadas contra coletividades e em detrimento de outros direitos fundamentais.

Conclusão

O catálogo atual de direitos fundamentais é fruto de longo processo, representando um sistema em que se acumulam experiências variadas, avanços e retrocessos.

Foram precursores desses direitos os que ganharam corpo com a ascensão da burguesia e que expressavam sua ideologia. Eram de matriz individualista e voltados à estabilização dessa classe como classe dominante.

As mudanças por que passou o Estado modificaram a natureza desses direitos, tornando-os mais sociais, transcendendo o indivíduo.

Essa mudança permite revolucionar o reconhecimento, a aplicação e a efetivação de direitos tradicionalmente tidos como individuais, de que é exemplo o direito à intimidade.

O direito à intimidade hoje apresenta uma dimensão marcadamente social, cujo reconhecimento permite adaptar sua tutela e responder às questões que se colocaram com o avanço da tecnologia e do acúmulo e tráfego de dados pessoais.

Bibliografia

- AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba : Juruá, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ªed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LIMA, George Marmelstein. **Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/17760767/Criticas-a-Teoria-das-Geracoes-dos-Direitos-Fundamentais-2002>.
- LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. 5ªed., Barueri: Manole, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7ªed., Madrid: Tecnos, 1998.

_____, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9ªed., Madrid: Tecnos, 2005.

