



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE DA PESSOA IDOSA

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Larissa Abdalla Britto

Orientador: Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires

Número da candidata: 201500179

Janeiro de 2020

Lisboa

Declaro que esta Dissertação foi corrigida gramaticalmente, de acordo com as normas vigentes (Acordo Ortográfico de 1990), conforme documento em anexo.

RESUMO

O interesse em pesquisar, investigar e debater a privacidade e a intimidade como direitos originou-se do estudo da Constituição da República Federativa do Brasil, da Constituição da República Portuguesa e das legislações infraconstitucionais que regem a matéria nos dois países. O avanço do estudo permitiu que o foco se concentrasse na questão dos idosos e nos sistemas de proteção legal estabelecidos ante sua presumida vulnerabilidade, passando ainda pelos temas da conceituação do envelhecimento, da evolução histórica dos direitos dos idosos, dos princípios aplicáveis, da tutela jurídica que atualmente lhes é dispensada, do impacto social da velhice e das perspectivas que podem representar redução, alteração ou perecimento de direitos em diversificadas vertentes e formas, incluindo-se os de privacidade e intimidade. Ainda que o processo de envelhecimento, por si só, não deva representar a perda ou a atrofia desses direitos, urge imprescindível analisar-se a gradativa modificação das capacidades físicas e mentais advinda da idade, bem como se o arcabouço legal e as Políticas Públicas especiais existentes se fazem suficientes para garantir-lhes o exercício desses direitos em plenitude. Entende-se também que a personalidade do ancião deve continuar a se desenvolver, por isto o presente trabalho também sustenta o abrigo de sua intimidade e privacidade como concretização da própria dignidade humana. É sobre este assunto tão especial e apaixonante que se pauta a presente pesquisa investigativa, sendo que a metodologia utilizada decorre de revisão bibliográfica composta por sondagem realizada em livros, periódicos, dissertações, teses, publicações diversas em *website* e artigos científicos.

Palavras-chave: Privacidade. Intimidade. Dignidade. Idosos. Legislação. Direitos. Garantia

ABSTRACT

The interest in researching, investigating and debating privacy and intimacy as rights originated from the study of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, the Constitution of the Portuguese Republic and the infra-constitutional laws that govern the matter in both countries. The advance of the study allowed the focus to be concentrated on the issue of the elderly and on the legal protection systems established given their presumed vulnerability, as well as the themes of the conceptualization of aging, the historical evolution of the rights of the elderly, the applicable principles, the legal protection currently exempted from them, the social impact of old age and the prospects that may represent a reduction, alteration or loss of rights in a variety of ways, including privacy and intimacy. Although the aging process, by itself, should not represent the loss or atrophy of these rights, it is essential to analyze the gradual modification of physical and mental abilities arising from the age, as well as whether the legal framework and existing special public policies are doing enough to guarantee their full exercise of these rights. Understanding also that the personality of the elderly must continue to develop, the present work supports the shelter of their intimacy and privacy as a realization of their human dignity. It is about this subject, so special and exciting, that the present investigative work is guided and the methodology used stems from a bibliographic review composed of research carried out in books, journals, dissertations, theses, various website publications, and scientific articles.

Keywords: Privacy. Intimacy. Dignity. Seniors. Legislation. Rights Guarantees.

SUMÁRIO

RESUMO	1
ABSTRACT	4
INTRODUÇÃO	7
1. DA PERSPECTIVA HISTÓRICA E SOCIAL SOBRE O ENVELHECIMENTO	11
1.1 Assentamento do tema à luz dos fatos históricos em leitura filosófica não linear	11
1.2 Concepção da velhice e posicionamento do idoso nas sociedades contemporâneas ...	16
1.3 A construção de novas conceituações e terminologias que marcaram o trato da velhice no final do século XX	22
1.4 Desafios no século XXI: a reconstrução do significado da velhice mediante três novos enfoques	24
1.4.1 A descaracterização da velhice como desvalor social e a ruptura da invisibilidade dos mais velhos	24
1.4.2 O reconhecimento da condição de vulnerabilidade decorrente da velhice e a necessidade de tutela jurídica específica	26
1.4.3 A existência de uma relação intergeracional e a necessidade de coesão entre o direito de envelhecer e outros direitos fundamentais	30
2. A DIGNIDADE HUMANA E A TUTELA CONSTITUCIONAL DA PESSOA IDOSA	33
2.1 Aspectos conceituais da dignidade como base e pressuposto de concretização dos demais direitos humanos	33
2.2 A dignidade humana aplicada ao direito de envelhecer	37
2.2.1 A dignidade da pessoa do idoso à luz da norma constitucional brasileira atual.....	40
2.2.2 A dignidade da pessoa do idoso à luz da norma constitucional portuguesa atual.....	43
2.3 A dignidade humana como origem da privacidade e da intimidade	47
3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PRIVACIDADE E DA INTIMIDADE	51
3.1 Apontamentos acerca da evolução da privacidade e da intimidade enquanto institutos jurídicos	51

3.2 Construções doutrinárias e conceituais acerca de privacidade.....	58
3.3 Construções doutrinárias e conceituais acerca de intimidade.....	64
3.4 A intimidade e a privacidade postas como direitos fundamentais à luz da norma constitucional brasileira.....	67
3.5 A intimidade e a privacidade postas como direitos fundamentais à luz da norma constitucional portuguesa.....	69
4. A TUTELA JURÍDICA DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE DA PESSOA IDOSA.....	73
4.1 Posicionando a problemática ante os aspectos de vulnerabilidade, dependência e incapacidade.....	73
4.2 Apontamentos sobre a intimidade, a privacidade e a reserva da vida privada da pessoa idosa.....	76
4.3 Dos elementos primordiais para constituição da privacidade e intimidade da pessoa idosa.....	84
4.4 A privacidade e a intimidade da pessoa idosa ante a necessidade de cuidados prestados por terceiros não inseridos em seu núcleo familiar.....	89
4.5 A proteção normativa da privacidade e da intimidade do idoso no ordenamento jurídico português.....	91
4.5.1 A Constituição Portuguesa aplicada ao resguardo da privacidade e da intimidade do idoso.....	91
4.5.2 Outras legislações portuguesas que resguardam a privacidade e a intimidade do idoso.....	93
4.6 A proteção normativa da privacidade e da intimidade do idoso no ordenamento jurídico brasileiro.....	95
4.6.1 A Constituição Brasileira de 1988 aplicada ao resguardo da privacidade e da intimidade do idoso.....	95
4.6.2 O Estatuto do Idoso – Lei Federal 10.741, de 01 de outubro de 2003 – e outras legislações brasileiras que resguardam a privacidade, a intimidade e a vida privada do idoso.....	96
CONCLUSÃO.....	99
BIBLIOGRAFIA.....	103

INTRODUÇÃO

Em observância à Resolução 39/125 da ONU – Organização das Nações Unidas, a OMS – Organização Mundial da Saúde definiu como idoso a pessoa com idade superior a 60 (sessenta) anos em países em desenvolvimento e acima de 65 (sessenta e cinco) anos em países desenvolvidos, relacionando claramente longevidade com o fator qualidade de vida.

Apesar dessa distinção considerada fundamental para análise do processo de envelhecimento e de expectativa de vida, todas as mais atualizadas estatísticas revelam que a população do mundo, como um todo, tem envelhecido. Até mesmo países que historicamente possuíam população formada em sua maioria por crianças e jovens agora se deparam com a diminuição deste número e com o aumento significativo da população considerada madura.

Utilizando-se o exemplo do Brasil, todas as recentes pesquisas do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, órgão brasileiro responsável pela coleta de dados e pelo censo a cada decênio, revelam que, atualmente, existem no país mais pessoas com idade superior a setenta anos que com idade inferior a cinco.

E mais: de acordo com o último censo, realizado em 2010, os dados apurados na ocasião revelaram que, a cada dez brasileiros, um era idoso, e que, já em 2025, o Brasil teria a sexta população mais envelhecida do mundo, chegando ao patamar de um idoso para cada cinco habitantes em 2050, com número absoluto equivalente a um 1.100 milhões de pessoas idosas.¹

A evidência da velhice pode ser atribuída às mudanças demográficas que indicam o envelhecimento da população, processo já consolidado nos países do chamado Primeiro Mundo e prenunciado no Brasil.²

Em Portugal, observa-se um amadurecimento ainda mais significativo da população, uma vez que dados divulgados pelo Instituto Nacional de Estatísticas demonstram que, já em 2016, um a cada cinco portugueses possuía idade superior a sessenta e cinco anos, o que vem representar o percentual de 20,7% (vinte vírgula sete por cento) da população do país, número superior à vizinha Espanha e à própria União Europeia que ostentam médias de 18,7% (dezoito vírgula sete por cento) e de 19,2% (dezenove vírgula dois por cento) respectivamente.

¹ HERÉDIA, V.B.M; CASARA, Mirian Bonho. **Tempos vividos: identidade, memória e cultura do idoso**. Caxias do Sul: Educs, 2000. p. 31.

² GOLDMAN, S.N. **Velhice e Direitos Sociais**. In: GOLDMAN, S.N; PORTELA, A.; ARNAUT, T. (Coord.). **Envelhecer com cidadania: quem sabe um dia?** Rio de Janeiro: ANG-RJ/CBCISS, 2000. p. 16.

Tais estatísticas permitem assegurar que essa transformação, salvo pontuais exceções geográficas, é global e tem origem em inúmeros fatores sociais e econômicos. Outrossim, conforme dados fornecidos pela Organização das Nações Unidas, em 2012, existiam aproximadamente oitocentos e sessenta e oito milhões de pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos em todo o mundo e a tendência seria a de que se chegasse em 2050, com um contingente de pessoas idosas, pela primeira vez na história, superior a de jovens menores de quatorze anos.

Por outro lado, a expectativa de vida tem tido constante crescimento, o que explica, de forma simplificada e sem maiores delongas, o envelhecimento da população mundial de um modo geral, o qual, no já citado ano de 2050, deverá alcançar o número de dois bilhões de pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, conforme o *World Population Ageing 2013*, publicado pela ONU – Organização das Nações Unidas, por intermédio do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais.

Nos países considerados mais ricos, além da longevidade ser maior em decorrência da qualidade de vida desfrutada pela população, a taxa de natalidade, em vários deles, não chega ao percentual de um filho por mulher em idade fértil. Esta realidade tem sido reproduzida nos países em desenvolvimento através das várias políticas de planejamento familiar existentes, cuja efetividade fizeram com que o índice de 4,7 (quatro vírgula sete) filhos por mulher em idade fértil apurado em 1970, caísse para o patamar atual de 2,5 (dois vírgula cinco), consoante recente pesquisa.

De acordo com Ana Alexandre Fernandes, citando J. Manuel Nazareth, o principal fator natural responsável pelo envelhecimento demográfico das populações humanas tem sido o declínio da natalidade observado a partir dos anos setenta – altura em que a generalidade dos países desenvolvidos deixaram de renovar as gerações.³

Um fator também considerado relevante para o crescimento da população idosa é o avanço da Ciência médica conjugada com a interdisciplinaridade de outras Ciências, inclusive as sociais, notadamente no que diz respeito ao desenvolvimento da Geriatria e da Gerontologia; ao controle de enfermidade; ao desenvolvimento das pesquisas e da indústria farmacêutica; à importância dada à prevenção de doenças; ao planejamento urbano conjugado ao controle sanitário e a prestação de cuidados de casas asilares e assistência familiar.

³ FERNANDES, Ana Alexandre. **Velhice e Sociedade**: demografia, família e políticas sociais em Portugal. Oeiras: Celta Editora, 1997. p. 14.

Apesar disto, ainda se verifica um descompasso entre o envelhecimento da população e a evolução do Direito, o que tem gerado sérias preocupações, uma vez que a existência dos atuais arcabouços legislativos, bem como de Políticas Públicas e de mecanismos diversos de tutelas e garantias, ainda que traduzam avanço civilizatório, se revelam por vezes incipientes e insuficientes ao pleno exercício pelos idosos de todos os direitos que lhes são inerentes.

Como se não bastasse, não mais se permite a visão do assunto sob a ótica tímida do conformismo com o mínimo representado pelas garantias legais existentes, o que se faz perceptível quando o idoso, abandonando o papel coadjuvante que por anos lhe fora destinado, cada vez mais rompe as barreiras do ostracismo e da invisibilidade, partindo em busca, não só de novos papéis, mas também de um maior protagonismo econômico, social e político

Às sociedades atuais urge ainda entender esses novos cidadãos que paradoxalmente são, por um lado, vulneráveis em decorrência da idade e, por outro, portadores de direitos e obrigações, ativos participantes da vida social e dos setores do trabalho e da economia, e, por vezes, mantenedores únicos de sua própria família.

Fundamental também resta entender-se a velhice como fator relevante, não só social, mas também jurídico e político, consolidando a noção de que o processo de envelhecimento não é só do velho propriamente dito, mas da família, da economia e da sociedade como um todo, o que, por si só, implica na observância da necessidade de novos equipamentos sociais, na atualização de políticas públicas e na adoção de novas concepções jurídicas no trato da questão.

A verdade é que a questão guarda notória complexidade pelas múltiplas dimensões que atinge e o desafio pretendido com esta investigação é a análise da tutela jurídica dos idosos no Brasil e em Portugal, orientada pela atenção que o Estado, os agentes públicos, a sociedade e a família devem lhes resguardar em âmbito civil, notadamente no que pertine à privacidade e à intimidade.

De início, propõe-se uma análise sobre o processo etário propriamente dito, além dos direitos de viver e de envelhecer com dignidade, bem como realizar alguns apontamentos acerca evolução conceitual, filosófica e regulatória deles ao longo do tempo. Em seguida, a abordagem versará sobre forma como o envelhecer se correlaciona com outros valores primordiais, tais como a vida, a dignidade humana e a igualdade.

Segue-se com a inserção da matéria de privacidade e intimidade da pessoa idosa e a forma como atualmente se encontra prevista nas legislações brasileira e portuguesa permitem

a continuidade do estudo, com base no conteúdo constitucional e infraconstitucional ora vigente.

Também importante o enfrentamento da questão de que eventual cumprimento do dever familiar de assistir e cuidar da pessoa idosa possa representar, eventualmente, lesão a sua privacidade e intimidade, notadamente quando envolver abusiva gestão de bens, turbação do poder decisório, impedimento injustificado à independência e ao direito de locomoção, excessiva intromissão nas relações sociais, impedimento à assistência médica ou psicológica individualizada, inobservância de necessidades e gostos próprios, impedimento de manutenção e guarda de objetos pessoais, proteção de dados e controle informacional, dentre outros aspectos.

A investigação além à análise doutrinária e legislativa sobre os temas, aditada por interpelação teórico-descritiva e realizada mediante leitura de bibliografia inserta em livros, revistas especializadas e sítios, sendo que a conclusão, sem esgotar o entendimento, decorrerá da análise minuciosa dos aspectos investigados, conforme acima disposto.

1. DA PERSPECTIVA HISTÓRICA E SOCIAL SOBRE O ENVELHECIMENTO

1.1 Assentamento do tema à luz dos fatos históricos em leitura filosófica não linear

Na China antiga, o tratamento respeitoso e quase reverencial aos idosos sempre ocorreu, no que muito contribuíram dois filósofos que, já anciãos, foram determinantes para a formação do pensamento oriental.

O primeiro deles foi Lao-Tsé, também referenciado como Lao-Tzy, (604-531 a.C.), historiador, filósofo e fundador do Taoismo, para quem a velhice era o ápice, o apogeu da vida, embora o ser humano só reconhecesse a ancianidade integrada na dimensão temporal tão somente no outro e não em si próprio. Deste último ponto, surge a perspectiva de que o homem só perceberia o passar dos anos nos outros, sendo inábil em percebê-lo em si próprio, apesar da velhice ser o momento supremo de sua existência.

Em duas das mais importantes obras do Taoismo, “Da Razão Suprema e da Virtude” e “O livro do sentido da vida”, cujas autorias são atribuídas a Lao-Tsé, encontra-se a exposição de que, a partir dos sessenta anos, em momento de êxtase, o indivíduo, após gozar o melhor momento de sua existência, poderia abandonar o corpo e alcançar a santidade. Portanto, a velhice seria uma etapa importante, fundamental e, acima de tudo, desejada por todos, até por que todas as fases anteriores teriam sido vividas para que esse momento grandioso fosse enfim alcançado.

O segundo foi Confúcio (551-479 a.C.), filósofo e fundador do Confucionismo, em cujos trabalhos filosóficos, notadamente em “Vida e Doutrina. Os Analectos”, defendeu o núcleo social baseado na família patriarcal, com autoridade do patriarca e obediência de todos os demais membros a ele, com elevação ainda maior de poder e influência na fase da velhice.

Sobre a elevação da figura do velho sobre as demais idades cronológicas, defendia Confúcio que tal situação se fazia de forma tão determinante que até mesmo o papel da mulher, naturalmente caracterizado por submissão e subordinação sociais, se alteraria na maturidade, quando, então, por conta única da idade, passaria a ter mais poderes até mesmo quando comparada a homens jovens! Seria a importância decorrente do gênero subordinando-se à importância resultante da idade.

Ainda de acordo com a corrente filosófica confucionista, dois momentos da velhice se fariam emblemáticos: aos sessenta anos, quando se considerava adquirir o homem a

compreensão absoluta do mundo; e aos setenta anos, quando, já compreendendo todas as coisas, o homem poderia realizar todos os seus desejos sem que isto pudesse representar qualquer transgressão moral, social ou religiosa, o que o libertaria, em definitivo, das amarras da vida.

Já nas civilizações ocidentais, não foi uniforme o tratamento dispensado à velhice e ao idoso ao longo da História, alternando-se momentos de reconhecimento e importância sociais com outros considerados como sendo de irrelevância, menosprezo ou obscurantismo.

No Egito antigo, ficou-se evidenciada uma face cruel e sombria da velhice, que sempre vinha associada à desolação, desânimo, angústia, melancolia e depressão, o que se extrai de Ptah-Hotep, filósofo e poeta, que costumeiramente descrevia a velhice como penosa e conflituosa, evidenciando que a perda das capacidades físicas, tais como a baixa visão, a surdez e a turbacão do intelecto e da memória seria preponderante para que fosse a mesma considerada uma verdadeira desgraça humana:

Quão penoso é o fim do ancião! Vai dia a dia enfraquecendo: a visão baixa, seus ouvidos se tornam surdos, o nariz se obstrui e nada mais pode cheirar; a boca se torna silenciosa e já não fala. Suas faculdades intelectuais se reduzem e torna-se impossível recordar o que foi ontem. Doem-lhe todos os ossos. A ocupação a que outrora se entregara com prazer, só a realiza agora com dificuldade e desaparece o sentido do gosto. A velhice é a pior desgraça que pode acontecer a um homem.⁴

Na Grécia antiga, apesar de berço ocidental da Filosofia e da Lógica, havia o culto exacerbado ao corpo jovem, belo e saudável, tantas vezes referenciado nas manifestações artísticas, da escultura ao teatro, da arquitetura à literatura. A perda da juventude e da estética corporal, bem como dos prazeres decorrentes desta perda eram tão inconcebíveis para os gregos que a velhice era tida como o maior dos desvalores. Ademais, por acreditarem que os deuses odiassem a velhice, preferiam morrer ainda no gozo da juventude que envelhecer, etapa que, se por infelicidade alcançassem, recairiam em desgraças contínuas, uma vez que não mais contariam com qualquer proteção divina.

Apesar disto e até mesmo contraditoriamente, reconheciam a importância da experiência dos idosos na condução dos negócios públicos e na condução das questões de Estado, o que se fazia representado pelo Conselho de Anciãos que, detentor de notória influência política, primordialmente nas cidades-estado de Atenas e Esparta, nesta última chamado de Gerúsia, era composto por cidadãos acima de sessenta anos e com largo poder

⁴ BEAUVOIR, Simone. **A velhice**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. p. 114.

decisório, inclusive sobre a vida ou a morte dos recém-nascidos que a ele, obrigatoriamente, se submetiam para avaliação.

No entendimento de Sócrates (469-399 a.C.), conforme transcrito por seu discípulo Platão em “A República”, para seres humanos prudentes, preparados e sábios, a velhice não seria sinônimo de perecimento mas, sim, da continuidade natural da vida, motivo pelo qual deveria ser encarada como consequência óbvia do próprio viver. E mais: quanto mais o ser humano levasse uma vida comedida e linear nas etapas cronológicas anteriores, melhor e mais feliz seria o gozo de sua maturidade.

Para o próprio Platão (427-347 a.C.), a velhice seria o momento da existência humana onde se alcançaria paz e libertação. Essa etapa também se veria retratada por ele aos oitenta anos quando, ao escrever sua obra “Leis”, tratou da obrigação dos filhos para com os pais idosos, dispondo que tal dever deveria ser orientado, acima de tudo, pelo sentimento de piedade que os mais novos deveriam ter para com os idosos.

Aristóteles (384-322 a.C.), que além de filósofo, era um cientista que cultuava a Lógica, apesar de discípulo de Platão, como descreveu L. Crescenzo em “História da Filosofia Grega”, entendia que só haveria progresso no ser humano até os cinquenta anos e que, após essa idade, o indivíduo passaria ao declínio de suas virtudes, tornando-se inseguro, hesitante e desconfiado, razões pelas quais, a partir de então, perderia a confiança dos demais e deveria ser afastado de qualquer exercício de poder.

Já para Hipócrates (460-370 a.C.), médico e considerado pai da Medicina, segundo L.E.G Leme, a condição de velho sempre resultaria em desequilíbrio de humores, queda de temperatura, cronicidade das enfermidades, modificação de hábitos orgânicos e dificuldade no prognóstico das doenças. Entendendo a irreversibilidade desse processo, foi quem primeiro recomendou orientações até hoje utilizadas por geriatras, tais como comedimento em alimentos e bebidas, higiene corporal e atividade física e mental frequentes para que pudessem os velhos enfrentar o ocaso da vida.⁵

Na história romana antiga, a velhice era sinônimo de liderança, de estabilidade política e de poder econômico decorrentes respectivamente da base familiar pautada no *pater família*, de um Senado politicamente forte e composto majoritariamente por velhos e da propriedade, via de regra, em mãos de cidadãos com mais idade.

Com clareza, Palma e Schons reconhecem que, na Roma antiga, na época do *pater famílias*, o ancião exercia papel fundamental na sociedade, sendo venerado e dotado de

⁵ LEME, L.E.G. **A gerontologia e o problema do envelhecimento.** In: **Gerontologia.** São Paulo: Atheneu, 1997. p. 17.

grande expressão e influência, com ingerência inclusive sobre o destino dos demais membros e as propriedades da família, razão pela qual concentravam imenso poder social, econômico e político.⁶

Nesse cenário, urge referenciar primeiramente Cícero (103-43 a.C.), filósofo, jurista, político e orador, que, aos sessenta e três anos, senador da República, escreveu “De Senectute” ou “Catão, o velho”, onde, mediante relato de uma conversa entre o ancião Catão e os jovens Cépion e Gaio Lelio, retratou aspectos positivos da velhice, no que ela pode ser de mais contributiva e sábia para com os mais jovens.

Além de ter reafirmado a importância política do Senado e do acerto em sua composição ser feita por homens idosos como fonte de equilíbrio, sabedoria e experiência para a República, Cícero pregava ser a velhice uma consequência natural da vida, fase em que havia também prazeres a serem descobertos, notadamente os intelectuais, que, neste momento específico, deveriam preponderar e substituir os corporais já impossibilitados pela idade.

De Cícero também são a conceituação da velhice como um preparo enriquecedor para a morte, quando ainda podem advir realizações significantes bem como a célebre comparação entre homens e vinhos, quando afirmava que, para ambos,urgia aos melhores envelhecerem sem azedar, no que se tornariam singulares e especiais.

Sêneca (20 a.C. - 65 d.C.), outro grande nome romano, defendia o envelhecimento dissociando-o da decadência e afirmando que a resignação e o conformismo são as melhores formas de enfrentá-lo até pela impossibilidade de luta contra o tempo, pensamento este que se observa de sua obra “Da tranquilidade da alma”, onde defendeu ainda a ideia de que a velhice, como tudo que é natural, restar-se-ia como boa e que o idoso seria, acima de tudo, um vitorioso, um lutador vencedor.

Já na Idade Média, havia-se uma busca incessante por terras e riquezas, até por que o exercício do poder se dava mediante a propriedade do feudo, condição que, pelos naturais conflitos, disputas e guerras que ensejava, fazia com que fossem valorizados a juventude e o vigor físico necessários para conquistá-lo. Por consequência, a velhice interligou-se à incapacidade e à desproteção, fazendo com que a condição de velho fosse discriminada e renegada.

Dos séculos V a XV, apesar da pouca referência do entendimento filosófico acerca da velhice no período, verificaram-se algumas características bem evidentes: a baixa

⁶ PALMA, L.T.S.; SCHONS, C.R. (Org). **Conversando com Nara Costa Rodrigues:** sobre gerontologia social. 2. ed. Passo Fundo: UPF, 2000. p. 51.

longevidade, o estabelecimento da condição de velho a partir de quarenta e cinco anos, o aparecimento de retiros, normalmente em mosteiros, como locais destinados a idosos e doentes e, por fim, a pouca participação dos mais velhos na vida pública e social, apesar da manutenção do respeito e da influência deles nos aconselhamentos que antecederiam os processos de tomada de decisão.

Um ponto marcante a ser evidenciado no período é o surgimento da peste negra que, atingindo sobretudo os indivíduos durante a infância e puberdade, trouxe uma nova recomposição da pirâmide etária, com aumento significativo do número de velhos em detrimento dos mais jovens.

Na era moderna, grandes modificações estruturais ocorreram e vale serem ressaltadas duas situações que foram preponderantes para o trato das questões correlacionadas ao idoso.

A primeira delas diz respeito a uma longevidade maior que a dos séculos anteriores em decorrência da própria melhoria das condições de higiene da população e da inócuência de epidemias tais quais a da peste do período medieval, o que fez com que não só crescesse a expectativa de vida, como também o contingente de pessoas idosas no mundo.

A segunda questão fundamental decorre da ocorrência mais marcante dessa era que foi a Revolução Industrial e as transformações que dela se derivaram. A capacidade de produção passou a ser o principal valor social e o idoso, já desguarnecido de capacidade física e agilidade mental necessários ao trabalho em exaustivas jornadas, assumiu papel ainda menos influente nesse cenário dominado pelo capital e pelo trabalho.

Nesse período, era comum equiparar o mundo a uma fábrica, sendo que, se o indivíduo não servisse ou se adequasse à sua linha de produção, também não se adequaria ao mundo moderno. Essa era a lógica e a ótica vigentes. Ademais, a única dualidade estabelecida era da produção com o próprio trabalho, sem outorga de espaço a quaisquer outras questões, inclusive as demais de cunho social, que praticamente desapareceram nesse contexto, o que obviamente arrastou consigo a temática da velhice.

Com a velocidade da urbanização, a figura da família patriarcal desapareceu, dando lugar à industrialização. A preocupação com a produção e comercialização era cada vez maior. Os homens que detinham a força física e o vigor eram supervalorizados, pois era deles que dependia a produção. No contexto desse cenário, o idoso perdeu espaço ainda maior, pois não se enquadrava em nenhuma função de relevante importância. A ele foram atribuídas funções de pouca ou nenhuma significância. Com o passar do tempo, o seu poder econômico e social passou a ser inexpressivo; a importância da memória e da experiência de vida, que em

momentos anteriores eram valorizadas, agora era desconhecida. Sobre eles recaía o peso da inutilidade e decadência.⁷

Para Paulo Roberto Ramos Barbosa, se as sociedades capitalistas em processo de afirmação e consolidação possibilitaram que novas ideias aflorassem nos mais diversos campos, como forma de minar a estrutura de poder do *Ancien Régime*, que insistia em se perpetuar, e ao derrubá-lo, passaram a negar todos os princípios sobre os quais se haviam amparado, especialmente os direitos humanos. A própria situação do ancião, nessa fase das sociedades capitalistas, demonstra esse fato.⁸

Por conta disto, sem possibilidade de trabalho nas fábricas, o idoso via-se excluído não só das linhas de produção, mas também da própria sociedade que, comumente, para não prejudicar o restante da família já engajada no ambiente industrial, os encaminhava a asilos, onde se misturavam, sem qualquer segregação, a enfermos, loucos e todos os demais que se viam classificados como inservíveis, inadequados ou desnecessários ao ambiente fabril.

Desse panorama decorreu a caracterização da velhice como improdutividade, da mesma forma como se ampliou o tratamento desrespeitoso, humilhante e degradante que a caracterizou por boa parte dos anos seguintes. Com valor equiparado à utilidade, o velho, incapaz de produzir riquezas, gerar frutos ou trabalhar, passou a ser encarado, acima de tudo, como um inútil, e a velhice, por conseguinte, como um desvalor.

1.2 Concepção da velhice e posicionamento do idoso nas sociedades contemporâneas

A partir do séc. XIX, a maioria dos países começou a implementar os primeiros mecanismos destinados à saúde, previdência e assistência social da velhice. Essa atenção ao seguimento de pessoas com mais idade não foi uniforme entre os países, com alguns Estados europeus fazendo-o de forma mais consistente, uma vez que pressionados pela classe trabalhadora e pela própria elite que passaram a demonstrar uma maior preocupação com o crescimento da mendicância e da criminalidade correlacionados a elas.

Nesse contexto, Jorge Miranda reconhece que, apesar de todos os direitos serem ou deverem ser direitos de todos, alguns foram, no século XIX, denegados aos cidadãos que não possuíam determinados requisitos econômicos; outros aproveitaram sobretudo aos que pertenciam a certa classe; e para outros ainda não é sem dificuldade que são alcançados.⁹

⁷ PALMA, L.T.S.; SCHONS, C.R. (Org). *op. cit.*, p. 53.

⁸ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa – **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.

⁹ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2018. p. 27.

Deste modo, antes mesmo da velhice ser reconhecida como um problema social, humanitário ou jurídico, assumida a forma de um problema econômico, reflexo da lógica de exclusão da base capitalista de produção, para cuja solução exigiam-se medidas urgentes que afastassem das ruas os idosos, bem como as viúvas, os deficientes e os sem ocupação.¹⁰

Todas essas iniciativas eram, no entanto, pautadas no assistencialismo e na caridade, cujos impulsionamentos decorriam, de um lado, de solidariedade e filantropia, e, de outro, da necessidade de diminuir o impacto, tido como negativo, dos indivíduos de maior idade no núcleo familiar e, em decorrência dele, na própria economia e na sociedade como um todo.

O entendimento era que, se a família, núcleo primordial da organização social, fosse atingida pela velhice, alterando as atividades e ritmo de geração de riquezas imposto principalmente pelas economias capitalistas, alguém deveria tratar disso, até como forma de manutenção e continuidade do padrão de geração de riquezas estabelecido, desonerando os demais membros dos encargos diretos quanto a seus idosos.

Chamando para si a assistência aos mais velhos, ainda que parcialmente, o Estado evitaria a ruptura da cadeia de produção com a liberação das pessoas consideradas produtivas para que se focassem em suas atividades, sem comprometimento de tempo ou de esforços outros que não fossem os ditados pela produção e pelo capital, dada a exigência de constante crescimento econômico.

Em paralelo, apareceu também o apoio à velhice pelo caráter caritativo, quando o amparo aos mais velhos se assemelhava a um favor, uma graciosidade outorgada pelo Estado em observância a aspectos puramente humanitários, voluntários e subjetivos. Ainda que essas iniciativas hajam sido o passo embrionário do que viriam a ser as futuras Políticas Públicas do setor, o certo é que não havia noção consolidada do direito em si ou ainda da necessidade de uma tutela jurídica específica a abranger os idosos.

Nesse patamar, tinham-se as ações e mecanismos implementados, não como forma de resguardar, tutelar interesses ou de proteger os idosos da sociedade, mas sim como meio reverso, ou seja, de proteger a sociedade, o mercado, a atividade industrial e o desenvolvimento ditado pela economia dos próprios idosos.

Somente com o amadurecimento da noção de direitos humanos foi mudada a ótica da questão, ensejando importantes transformações do referencial até então utilizado, partindo-se do pressuposto de que, se o direito era humano e reconhecidamente fundamental, não poderia

¹⁰ COUTRIM, Rosa Maria da Exaltação. **Algumas considerações teóricas e metodológicas sobre estudos da sociologia do envelhecimento. 2006.** [Em linha]. [Consult. 10 out. 2018].

ser aplicado tão somente à pessoa adulta, já que o caráter de humanidade não aparece só nesta idade, mas, sim, com a própria concepção, perdurando-se pelo período integral da existência do indivíduo, incluindo o lapso temporal da velhice.

Com essa mesma leitura do contexto existente, Maria Alice Bodin de Moraes afirma que, se consta que os processos outrora implicados na resolução do problema da sobrevivência da pessoa em meio à comunidade – como a guerra e a política, de um lado, e a caridade, o assistencialismo e a solidariedade familiar, de outro – confluem, com cada vez maior intensidade, para o campo jurídico.¹¹

Neste ponto específico, Flávia Piovesan e Akemi Kamimura, no artigo “O sistema ONU de direitos humanos e a proteção internacional das pessoas idosas”, abordam a concepção de direitos humanos mediante as características imprescindíveis de universalidade, que estenderia o direito em si à condição única de serem seus detentores seres humanos, independentemente de qualquer outra condição, e também de indivisibilidade, em razão dos direitos civis e políticos trazerem, em seu bojo e de forma indissociável, todos os demais direitos, incluindo-se os sociais e econômicos.¹²

Desta forma, se toda pessoa se faz detentora de direitos considerados fundamentais, deverá ela ser objeto de tutela jurídica e de políticas estatais para resguardar-lhe e garantir-lhe por toda a vida humana, o que deveria incluir as fases de maturidade e de velhice. Nesta esfera, proteger o envelhecimento passou a significar proteger a própria vida, valor máximo em qualquer escala de análise, seja ela jurídica, social ou filosófica.

Com as discussões tomando corpo, o tema passou efetivamente à pauta nas Nações Unidas, tendo-se em conta que, ainda que a passagem dos anos no corpo e na mente humana pudessem ter efeitos individualizados e variados, de acordo com as condições e qualidade de vida desfrutadas, a idade biológica, mais cedo ou mais tarde terminariam por alterar não só a aptidão física e psíquica do cidadão, mas também sua capacidade de relacionar-se com o meio em que vive, e que essas modificações, além de exigirem uma tutela específica, necessitavam que a mesma fosse uniformizada por todos os países-membros.

A ideia da velhice como direito humano fundamental, na perspectiva da garantia do direito à existência com dignidade durante toda a vida biológica possível, tem como marco nuclear a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, no seu art. XXV, parágrafo 1º, prescreve que todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro. Renovar, 2003. p. 8.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva Jul, 2017. p.

família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de velhice. Esse artigo da constituição de todos os povos demonstra que o homem deve ser cuidado durante toda a sua existência, mas que na velhice ou em outras situações de fragilidade deve ter atenção ainda maior, justamente para não comprometer sua dignidade.¹³

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, ocorreu também a primeira alusão específica às pessoas idosas e a seus direitos, quando em seu art. 25, dispôs que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar, e à sua família, a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, bem como segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes de sua vontade.

Já em Viena, no ano de 1982, foi realizada a Primeira Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, de onde resultou a A/RES/37/51, que aprovou o Plano Internacional de Ação sobre o Envelhecimento, instrumento que foi o marco para a consolidação internacional das políticas e programas sobre essa matéria específica, inclusive recomendando atenção pública especial às pessoas idosas e incapacitadas, bem como trazendo sessenta e duas recomendações, que abordam temas variados, tais como nutrição, consumo, família, meio ambiente, emprego, bem estar, etc.

Em 1990, a Organização das Nações Unidas instituiu, mediante a A/RES/45/106, o dia 01 de outubro como o Dia internacional da Pessoa Idosa, e, em 1991, pela A/RES/46/91, foram editados os princípios aplicáveis aos idosos em geral, tendo os mesmos sido divididos em seções nomeadas por independência, participação, auto-realização, cuidados e dignidade.

Esses princípios, estabelecidos em caráter universal, intitulam¹⁴:

[...] princípio da dignidade, que garante condições dignas de vida, de segurança e justiça; princípio da autonomia, cujo objetivo consiste em reforçar a autonomia das pessoas idosas, proporcionando rendimento digno, acesso à formação pessoal e uma participação ativa na família e na sociedade; princípio do desenvolvimento pessoal, que se destina a reescrever a terceira idade como fase de desenvolvimento a ser promovida ao nível da educação, da cultura, dos tempos livres; princípio do acesso aos cuidados básicos, que foca a dimensão da saúde; princípio da participação ativa na sociedade, que tenta materializar as ideias expressas nos enunciados anteriores, nomeadamente ao nível da emancipação pelo envolvimento dos indivíduos na

¹³ RAMOS, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴ NUNES, Lisa Nogueira Veiga. **Promoção do bem-estar subjectivo dos idosos através da intergeracionalidade**. 2009. [Em linha]. [Consult. 11 fev. 2016].

definição e aplicação das políticas que, direta ou indiretamente, interferem na sua qualidade de vida.

No ano seguinte, em 1992, deu-se a aprovação pela Assembleia Geral dos oito objetivos globais para o envelhecimento, além da realização da Conferência Internacional sobre o Envelhecimento.

Desses eventos decorreu o Pacto subscrito pelos países-membros, com reconhecimento da situação de vulnerabilidade dos idosos, da necessidade dos Estados em adotar medidas, programas e políticas públicas de defesa e proteção das pessoas idosas, do estabelecimento de um sistema de cooperação internacional e do compromisso de promulgação de legislações nacionais que combatam qualquer tipo de conduta discriminatória contra pessoas idosas.

Em 1995, foi elaborado o marco conceitual do Ano Internacional do Idoso, sob o slogan “sociedade para todas as idades”, com fixação de quatro pontos principais para discussões e ações: situação dos idosos, desenvolvimento individual continuado, relações multigeracionais e inter-relação entre envelhecimento e desenvolvimento socioeconômico.

O ano de 1999 foi assinalado pelas Nações Unidas como o Ano Internacional das Pessoas Idosas, quando, então, foram realizados inúmeros eventos e redigido um grande número de documentos e compromissos acerca dessa temática, demonstrando séria preocupação em garantir e consolidar os direitos dos idosos como direitos fundamentais.

Passados vinte anos, já em 2002, fora realizada a Segunda Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o tema, tendo, nesta oportunidade, sido elaborado um novo Plano de Ação; desta feita, mais atento à realidade diversificada dos países-membros, recomendando-se a todos que revissem suas políticas como pressupostos fundamentais ao próprio desenvolvimento social. Na ocasião, constatou-se que o envelhecimento não era privilégio tão somente dos países mais ricos, mas também atingia os países ainda em desenvolvimento, os quais, naquela década, haviam aumentado significativamente suas expectativas de vida.

A análise dessa cronologia de atos revela que, entre 1982 e 2002, houve ainda significativa mudança do paradigma que norteava a questão, fazendo com que os idosos passassem também a serem reconhecidos como agentes das transformações econômicas, políticas e sociais.

Em 2004, o então Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, pronunciou incisivo discurso sobre o envelhecimento, intercedendo para que os países encarassem a velhice como um valor

e que dela fosse extraída a construção de uma sociedade intergeracional, havendo partilha e solidariedade entre cidadãos de todas as faixas etárias.

Em seguida, houve a avaliação global do Plano de Ação em 2007, tendo o Comitê Consultivo de Direitos Humanos apontado para a necessidade de uma nova perspectiva e de um mecanismo efetivo das Nações Unidas para direitos humanos de pessoas idosas, mediante a formalização do documento A/HRC/AC/4/CRP.1, em 2009, e a formação, na Assembleia Geral de 2010, de um Grupo de Trabalho sobre o Envelhecimento, no intuito de fortalecer mundialmente os direitos humanos das pessoas idosas.

No ano seguinte, em 2011, a Missão Permanente de Portugal junto às Nações Unidas sugeriu que a temática incluísse ainda discussões sobre os seguintes pontos¹⁵:

[...] o impacto do envelhecimento na estrutura sócio-familiar; o impacto do envelhecimento no funcionamento físico e mental; uma imagem positiva do envelhecimento; o exercício dos direitos; dignidade nas condições de prestação de cuidados familiares; a solidariedade entre as gerações; os serviços sociais e de saúde; a qualidade nas instituições de cuidado; a participação das pessoas idosas na comunidade e na vida social; e a violência nas famílias e nas instituições públicas e privadas [...].

Em 2012, entendendo que as pessoas idosas prescindiam de instrumentos legais e de medidas protetivas mais efetivas, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a A/RES/67/139, dando poderes ao Grupo de Trabalho já instituído de elaborar um instrumento jurídico internacional amplo e integral para assinatura conjunta de todos os países-membros. O relato desse item se faz salutar para permitir a constatação da evolução dos direitos dos idosos como direitos humanos fundamentais e do reconhecimento de que sua garantia não traz ganhos e benefícios apenas aos velhos, mas sim a toda a humanidade.

Em maio de 2014, o Conselho de Direitos Humanos efetuou a nomeação de um especialista independente para a questão de usufruto da integralidade dos direitos humanos por pessoas idosas e, em 2018, a evolução dos direitos das pessoas idosas ganha um capítulo muitíssimo especial com a Declaração de Viena, que versa sobre os direitos humanos de pessoas idosas.

¹⁵ PERMANENT MISSION OF PORTUGAL TO UNITED NATIONS. **ONU 2011/114**. [Em linha]. [Consult. 02 mai. 2018].

1.3 A construção de novas conceituações e terminologias que marcaram o trato da velhice no final do século XX

Superadas as inúmeras etapas da matéria, ainda na Contemporaneidade, a condição de estar velho continuou tão difícil de conceituar que nem mesmo a Geriatria e a Gerontologia, disciplinas que cuidam de estudá-la, conseguiram ser unânimes numa única definição, o que, por si só, já revela a dificuldade do tema, cujas discussões ainda perduram nos dias atuais.

Nesse sentido, deve ser destacado que, por Geriatria, entende-se o ramo da Medicina que estuda clinicamente a saúde da pessoa velha, em seus aspectos de prevenção, profilaxia, reabilitação e vigilância contínua, enquanto que a Gerontologia surge do reconhecimento da impossibilidade de abordar a velhice sob um único enfoque, traduzindo-se pelo estudo multidisciplinar das transformações oriundas desse processo, concatenando as análises biológicas com as sociais, psicológicas, culturais, econômicas, etc.

Por conta disto e paralelamente à conceituação do envelhecimento físico propriamente dito, adveio a conceituação do envelhecimento psicoemocional e do socioeconômico, quando não somente a cronologia e os anos decorridos se fazem preponderantes para a condição de estar velho, sendo fundamentais também as condições psíquicas, emocionais, sociais e econômicas do indivíduo:

Para melhor compreensão do conceito de velhice, o estudo dos diversos ângulos a partir dos quais o fenômeno pode ser analisado faz-se necessário. Segundo Norberto Bobbio, Leonard Hayflick e Elida Séguin, a velhice pode ser compreendida nas seguintes perspectivas: cronológica ou censitária, burocrática, fisiológica ou subjetiva.¹⁶

Nesse ponto, tem-se a velhice cronológica como aquela consolidada em dados oficiais ou estatísticos, a que se faz calculada pelo parâmetro tão somente etário e divulgada para fins censitários ou de quantificação; a velhice burocrática ou administrativa é aquela decorrente dos eventos de aposentadoria ou jubileamento, quando o indivíduo é considerado velho tão somente em razão de seu afastamento do mercado de trabalho ou da atividade econômica que desempenhava anteriormente; a velhice fisiológica é a que corresponde à vulnerabilidade física ou fragilidade orgânica, independente dos anos em questão; e, finalmente, a velhice psicológica é a que se interliga com o emocional do indivíduo, com suas condições psíquicas e com a forma como se relaciona com a família e sociedade.

¹⁶ RAMOS, *op. cit.*, p. 34.

Tendo em vista todos esses aspectos multifacetados, chega-se então à mais recente concepção de envelhecimento, que, de forma não menos complexa, agrega quatro vertentes fundamentais: a física ou cronológica, a oficial-administrativa, a psicoemocional e a socioeconômica, o que tem norteado o estudo científico e as definições decorrentes.

Afora as questões próprias de conceituação, também a nomenclatura foi controversa ao longo do tempo, e, na segunda metade do sec. XX, os termos velho e idoso, em alguns países, incluindo-se o Brasil, foram sendo gradativamente substituídos por expressões como “terceira idade”, “melhor idade”, “feliz idade”, “pessoas maduras”, “pessoas de avançada idade” e “geração grisalha”, bem como por outras consideradas como de uso menos pejorativo ou depreciativo.

De fato, quando as palavras ou expressões utilizadas na comunicação humana são carregadas de conceitos e/ou valores de grande significado psico-sócio-cultural, elas afetam de forma profunda o comportamento dos indivíduos, quer em termos de reflexões pessoais, como nas suas ações coletivas, podendo aproximar ou afastar os atores sociais, causar cooperação ou conflito, despertar simpatias ou provocar ódios, gerar entendimento ou profundos antagonismos.¹⁷

As explicações que determinaram o uso dessas novas terminologias se pautavam no objetivo de suprimir os efeitos negativos da velhice, de forma que se neutralizassem os aspectos de inatividade, ociosidade, enfermidade, infelicidade, desprovimento e dependência que normalmente a ela se correlacionam.

Dizia-se buscar não só diferentes formas de se referir ou mencionar, mas também um novo modo de entender a velhice, dissociando-a da negatividade e concebendo-a como etapa peculiar da vida onde a atividade, o bem estar, a produtividade, a força e a felicidade poderiam ser reafirmados e consolidados, o que seria preponderante para o resgate da autoestima individual e coletiva do grupo etário que nela se encontrasse.

De acordo com algumas análises, no entanto, referidas expressões, em verdade, seriam prejudiciais por trazerem intrinsecamente a própria negação da velhice e de suas dificuldades. Para esses críticos, ao dispor que a velhice seria melhor ou mais feliz que outras idades, por exemplo, estar-se-ia, não só falseando a verdade, como também alimentando a ideia de que não subsistiriam problemas neste momento da vida, o que seria flagrantemente ilusório em razão das consequências naturais e oriundas da passagem dos anos sobre o corpo e a mente humana.

¹⁷ JORDÃO NETTO, A.J.S. **Velho, velhice**: a nova semântica manifestada por diferentes grupos sociais na cidade de São Paulo. São Paulo: SBGG, 1994.

No bojo dessas discussões, vários textos legais passaram a evitar a utilização da terminologia "velho" e claramente optaram pelo uso da palavra "idoso" ou da expressão "pessoa idosa" que, utilizada primeiramente pela OMS – Organização Mundial de Saúde em 1957, terminou por ser adotada pela maioria das normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes, incluindo-se as brasileiras, com grande aceitação.¹⁸

Nesse ponto, a preferência pelo termo "idoso", que possui a origem latina do substantivo *aetas* ou do *aetatis* que correspondem à idade humana e, em língua portuguesa, decorre do vocábulo original "idade" com o acréscimo do sufixo "oso", seria justificada por semântica básica de pessoa cheia, repleta ou abundante em idade, no que se faria desagregado qualquer outro conteúdo de negatividade.

Convém destacar, no entanto, que a Constituição e o Código Civil de Portugal continuaram a utilizar as terminologias "velhice" e "velho" em suas disposições, apesar de também usarem a expressão "política de terceira idade" para enunciarem os objetivos de realização pessoal e de participação social mediante implementação de medidas públicas de cunho social, econômico e cultural, dentre outras.

1.4 Desafios no século XXI: a reconstrução do significado da velhice mediante três novos enfoques

1.4.1 A descaracterização da velhice como desvalor social e a ruptura da invisibilidade dos mais velhos

Durante séculos, a velhice foi vista como uma etapa da vida humana cujo único propósito seria o de espera da morte, preferencialmente gerando o mínimo possível de transtornos ao núcleo familiar e a própria sociedade.

Nesse patamar, entendia-se como terminantemente impossível a adequação da desaceleração fisiológica e mental dos mais velhos frente ao ritmo alucinante de uma sociedade que primava por mais atividades e crescente produção de riquezas. Ser velho era, portanto, estar fora de uma engrenagem que não se permitia parar ou ajustar e, na impossibilidade de acompanhamento das transformações que se sucediam, envelhecer não podia ser desejável, benéfico ou positivo sob quaisquer aspectos.

¹⁸ MARTINEZ, Wladimir. **O direito dos idosos**. São Paulo: LTr, 1997. p.23.

Aglutinando as características de inutilidade, inatividade, inaptidão, incapacidade e dependência, foi edificado o alicerce de ter o envelhecer como desvalor social, tendo-se como a máxima de que a ausência de produção ou contribuição representaria a própria perda de valor, não só econômico, como social.

O fator idade passou então a ser valorado durante a infância, adolescência e até o alcance do ápice na fase adulta, quando então passaria o indivíduo a decrescer e a perder valor, com chegada já negativa à fase da velhice. No bojo do demérito do envelhecimento, outros não poderiam ser os caminhos que não o de negá-lo ou evitá-lo, até como forma de evadir-se das consequências óbvias nestas circunstâncias, de discriminação e exclusão sociais.

Quanto a esse aspecto específico, Vieira reforça o entendimento de que a exclusão do idoso está arraigada nas marcas indelévels do próprio tempo:

Se no início do século XX a velhice era exposta na mídia de forma inadequada, ao longo do século, ela foi tornando-se invisível, embora as instituições geriátricas tenham se multiplicado. Para que a sociedade tivesse atenção com seus membros idosos, eles eram expostos como pessoas que precisavam de ajuda, expostos à própria sorte. Como essa era uma imagem inadequada do que era o indivíduo que envelhecia e do que ele necessitava, parece que a discrepância de atitudes ante a ele fez com que “esse ser com o qual não sabíamos o que fazer” caísse na obscuridade dos grupos supostamente minoritários. O que não procede, tal o expressivo número de idosos na população.¹⁹

Tinha-se, então, de um lado, uma sociedade que não queria enxergar essa faixa etária, nem encarar suas necessidades, e de outro, idosos que não se permitiam encarar a si próprios e que adotavam posturas de negação da velhice como forma de evitar seus consectários, situação essa que resultou na condição de invisibilidade social.

E essa situação de estar socialmente invisível decorre exatamente da conjunção do preconceito com a indiferença e a negação a si próprio, caracterizando-se principalmente pela falta de atenção, pelo esquecimento, pela irrelevância, pela ausência, pela baixa estima, pela abstração da pessoa velha do rol de prioridades da sociedade, do amparo jurídico e das políticas públicas existentes.

Estar invisível é não se perceber, nem ser percebido no dia a dia; é não se dar importância ou estima; é estar diminuído perante os demais segmentos ou faixas etárias; é tornar-se desnecessário, insuficiente e quase inexistente; é não ter significância própria ou coletiva; é não fazer diferença para a determinação de ações, políticas ou prioridades sociais; é praticamente desaparecer da composição do tecido social.

¹⁹ VIEIRA, Eliane Brandão. **Instituições geriátricas. Avanço ou retrocesso?** Rio de Janeiro: Revinter, 2003. p.12-13.

E uma das consequências mais maléficas desse panorama é o próprio idoso não mais se estimar, enxergar ou se considerar inserido no contexto social e econômico em que vive, aceitando resignadamente a pouquíssima relevância dada às suas necessidades ou vontades, considerando-se disfuncional e permitindo-se desempenhar papéis incipientes no âmbito familiar, político, social e econômico, situação que Simone de Beauvoir retrata com exatidão ao enunciar que o velho, quando recusa o tempo em que vive, não descobre nele nenhuma possibilidade de se livrar da melancolia.²⁰

No final do século XX e limiar do XIX, o grande crescimento demográfico de idosos, a consolidação do envelhecer digno como direito fundamental, o aumento da expectativa de vida, a consolidação das Políticas Públicas e do amparo jurídico passaram a contribuir significadamente para que uma nova feição da questão começasse a se delinear. Ademais, a participação crescente do idoso no âmbito familiar, na vida econômica e no mercado de trabalho passou a interagir como fator de restauração crescente de sua visibilidade social, com resgate de poder decisório, identidade, importância e cidadania:

Antigamente, raras eram as crianças que tinham o privilégio e a convivência com seus avós. Hoje, a realidade é completamente diferente, o que tornou cotidiano encontrar um número maior de pessoas idosas no contexto familiar, muitas com avó e bisavós ainda vivos, que acabam por educar seus netos. Assim, em razão do maior tempo de convívio, ampliam-se os laços geracionais. A família torna-se o elo mais importante de afeto e cuidado para o idoso que, na convivência familiar, encontra aconchego e dignidade.²¹

Mesmo com os inegáveis avanços alcançados e fomentados por tantos fatores, ainda subsistem os desafios de transformar a velhice em tema de interesse primordial e coletivo, reclassificando-a definitivamente como valor, e não mais como desvalor, bem como outorgando visibilidade perene e sólida aos mais velhos.

1.4.2 O reconhecimento da condição de vulnerabilidade decorrente da velhice e a necessidade de tutela jurídica específica

O avançar da idade implica, obrigatoriamente, no decréscimo da capacidade de regeneração orgânica, ainda que os efeitos físicos propriamente ditos variem de forma muito individualizada. Resulta também a velhice na perda gradativa da capacidade cognitiva e na

²⁰ BEAUVOIR, Simone. **A velhice – a realidade incômoda**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. p.209.

²¹ ALCÂNTARA, A.O. **Os velhos institucionalizados e família: entre abafos e desabafos**. Campinas: Alínea, 2009. p. 16.

alteração das condições emocionais e psicomotoras do indivíduo, ainda que também personalíssimas sejam a intensidade e a forma com que venha a ocorrer, na grande maioria das vezes, fortemente impulsionada pelas condições sociais e financeiras desfrutadas.

Essa perda ou gradativa limitação das condições físicas e psíquicas decorrentes do envelhecimento traz consigo a situação de vulnerabilidade dos indivíduos com mais idade, assim entendida como o desequilíbrio natural que termina por reduzir a capacidade de autodeterminação dos mais velhos, fragilizando-os ou desestruturando-os em inúmeros aspectos.

É certo que não só os idosos, mas também crianças e portadores de deficiência possuem esta situação, dentre outros segmentos componentes da sociedade. No entanto, nos idosos, essa fragilidade termina por repercutir em quase todos os campos possíveis, a exemplo do social, do familiar, do econômico, do político e do jurídico, diferenciando-os e colocando-os em situação de plena desigualdade para com os demais.

Acrescente-se ainda que, em se tratando dos idosos, se estabelecem, de forma concomitante e simultânea, três espécies de vulnerabilidades que, inobstante distintas, se associam quanto a eles. Tratam-se das vulnerabilidades que comumente se fazem classificadas como individual, social e programática.

Por individual entende-se a vulnerabilidade dos idosos em razão da exposição em que se encontram e do grau das informações a que têm acesso, bem como da capacidade que detêm para processá-las e absorvê-las com o passar dos anos. Esta vulnerabilidade é pessoal, de natureza variável e leva em conta aspectos biológicos, emocionais, cognitivos e atitudinais distintos.

A vulnerabilidade social dos idosos se faz caracterizada pela situação de exclusão social, total ou parcial, observada quando o Estado não os objetiva, prioriza ou contempla, tornando-os carentes ou abstraídos de direitos sociais básicos, tais como o trabalho, a saúde, a escolaridade, o transporte, a habitação, a cultura, a segurança alimentar e a participação política, dentre outros. Na vulnerabilidade social, interagem as condições biológicas propriamente ditas com as socioculturais e econômicas.

Já a vulnerabilidade programática se faz representar pela ausência de prioridades, iniciativas, investimentos, ações, mecanismos, Políticas Públicas e aplicação de recursos necessários para a proteção da integridade física, psicológica e social dos idosos, bem como para sua inclusão, amparo e assistência social efetivos.

Essa situação de larga e abrangente vulnerabilidade, bem como a desigualdade derivada, é que dá ensejo à necessidade de tutela dos idosos via estabelecimento de normas e de medidas protetivas específicas, de forma que, por meio delas, se consiga reequilibrar a população envelhecida perante os demais indivíduos mais jovens. Não se trata, sob qualquer hipótese, do estabelecimento de privilégios desproporcionados ou sem causa, nem de imposição de tratamento distinto entre iguais cidadãos ou ainda de tratamento não equânime entre pessoas submetidas a um mesmo ordenamento jurídico.

Em verdade, trata-se da aplicação de direito fundamental de primeira geração, qual seja, o de igualdade ou isonomia, uma vez que, ao prever e impor formas de reconquista ou de reequilíbrio de condições que, com o avançar da idade, foram rompidas ou fragilizadas pela velhice, tem-se, em aplicação, a pura igualdade material, destinando tratamentos diferenciados a situações também distintas, de forma a torná-las parelhas e lineares.

Nesse sentido, Naide Pinheiro afirma que a função protetiva do direito ao envelhecimento é indiscutível, pois este se destina justamente à supressão de uma situação de desigualdade ocasionada pelos problemas que advêm da velhice e a amparar aqueles que se encontram nessa situação de hipossuficiência.²²

Sob essa ótica, as normas e as medidas protetivas nada mais objetivam que um necessário reequilíbrio social de faixas etárias, no que Flávio Fernandes afirma que esses direitos devem representar uma compensação pelas perdas e limitações por que passam as pessoas ao envelhecer, em particular nos aspectos físicos e psicológicos. Representam, portanto, uma etapa que é ao mesmo tempo sociocultural e econômica. E em momento em que ponderável grupo se torna menos produtivo e reclama atenções e cuidados que a família, sozinha, nem sempre tem capacidade ou condições de proporcionar.²³

Desse modo, o tratamento legal diferenciado outorgado aos idosos é exatamente o meio assecuratório para que gozem e desfrutem dos mesmos direitos que a todos os demais cidadãos assistem. Exatamente por isso, não rompe ou afronta o direito à igualdade, mas sim o concretiza e consolida.

Há ainda de se entender que a leitura correta da igualdade não veda o estabelecimento de situações de tratamento jurídico diferenciado, sendo que, por vezes, até o impõe, permitindo-se que sejam dados amparos e garantias específicas a certos grupos exatamente

²² PINHEIRO, Naide Maria. **Estatuto do Idoso Comentado**. 3a ed. Campinas: Servanda Editora, 2014. p. 77.

²³ FERNANDES, Flávio da Silva. **As pessoas idosas na legislação brasileira: direito e gerontologia**. São Paulo: LTr, 1997. p. 31.

para que deles se afastem possibilidades discriminatórias. É a ótica da diferença necessária para o alcance da igualdade, também referenciada como discriminação positiva ou benéfica.

Ainda que a igualdade seja genericamente o tratamento isonômico de todos, a possibilidade de tratamentos diferenciados específicos, mais com efeitos positivos, decorre do desequilíbrio de determinadas pessoas diante do restante da sociedade e, nesta esfera, a diferença do tratar seria a forma do reequilíbrio, do retorno da paridade e do próprio restabelecimento da igualdade:

Não se trata de identificar um grupo de pessoas dentro da sociedade em função de um critério que não é diferenciador, mas de reconhecer que a idade as coloca numa posição particular de que decorrem desvantagens, preconceitos e desigualdade de tratamento ao nível das relações sociais e que cria necessidades de proteção e de regulamentação autônomas (só se tornando possível garantir a igualdade através deste reconhecimento). É a própria sociedade, pela forma como se encontra estruturada em termos familiares, sociais, econômicos e laborais, que cria os problemas das pessoas de idade, designadamente a exclusão, a pobreza, o isolamento, e que obriga à intervenção de mecanismos de proteção social, entre os quais a lei, em ordem a garantir a tutela do idoso contra todas as desvantagens, que se tornam ainda maiores onde se deixam cruzar com outros elementos, ou condições, como o sexo, a raça, a orientação sexual, ou a deficiência, e a assegurar a justiça, o reconhecimento do valor do seu trabalho e do seu contributo para o bem-estar de todos”.²⁴

Usualmente, para constatação se há lícitude ou não em determinados tratamentos diferenciados conferidos por lei, verifica-se se há vinculação direta entre determinada condição diferencial das pessoas ou dos grupos beneficiados e o tratamento especial que lhes fora legalmente conferido, bem como se a correlação entre eles é compatível, razoável e proporcional ao reequilíbrio jurídico buscado, sem excessos ou exacerbações. Se a resposta for positiva, não há que se falar em desigualdade.

No caso específico dos idosos, a norma protetiva específica visa resguardar valores jurídicos essenciais que pela idade se restaram desequilibrados, reconhecendo diferenças e vulnerabilidades, orientando a conduta social, ética e moral, pelo que a intervenção do direito mais que se justifica, exige-se, como meio assecuratório para que gozem e desfrutem dos mesmos direitos que a todos os demais cidadãos assistem.

Entender esse contexto de vulnerabilidade dos idosos e consolidar o arcabouço jurídico capaz de neutralizá-la progressiva e adequadamente também podem ser nomeados como formas de resignificar a velhice, ou desafio no trato da questão no início do século XXI.

²⁴ FARIA, Maria Paula Ribeiro de. **Os crimes praticados contra idosos**. 2. ed. Porto: Universidade Católica Editora. 2018. p. 09-10.

1.4.3 A existência de uma relação intergeracional e a necessidade de coesão entre o direito de envelhecer e outros direitos fundamentais

O estudo do direito ao envelhecimento pode ser iniciado pelo próprio direito à vida, o mais basilar, por assim dizer, dos direitos fundamentais, posto ser a existência de vida humana o pressuposto de todos os demais. Nessa esfera, urge levar em conta que o viver contempla não só o direito de nascer e de passar a existir, mas também o de continuar nesta existência pelo maior tempo possível e com a dignidade a que todo ser humano faz jus.

Não se pode perder de vista que o processo de envelhecimento é inerente e consequente à continuidade da vida humana, com todos os ônus e bônus decorrentes, e, neste afã, urge ser gozado, preservado e garantido, em abundância e qualidade. Na prática, e como processo fisiológico, o envelhecimento inicia-se a partir do nascimento com vida e só finda com a ausência dela, constatada a morte do indivíduo, o que faz com que vida e envelhecimento sejam indissociáveis enquanto processos físicos e como direitos fundamentais.

Dessa forma, o direito à velhice não diz respeito apenas à velhice, diz respeito ao homem, desde o seu nascimento. Assegurar-se ao homem desde o seu nascimento, e até mesmo antes, condições de vida com dignidade é garantir que viva o máximo de tempo possível, donde se infere expressar a velhice o próprio direito à vida com dignidade.²⁵

A continuidade do exercício do direito à vida, portanto há de superar o mero ser, havendo de trazer em seu bojo, o gozo da dignidade, assim entendida como o valor de cunho moral do qual todo ser humano se faz dotado em essência. A dignidade é, portanto, inerente ao homem e, por ser valor natural essencial, não prescinde de qualquer ato declaratório ou normativo para existir.

O direito de envelhecer correlaciona-se, no entanto, não só com os direitos à vida e à dignidade humana, mas também revela íntima ligação com inúmeros outros direitos fundamentais à exemplo com os da igualdade e da liberdade, além daqueles considerados sociais e atinentes à saúde, à moradia, à assistência social e à segurança alimentar, dentre outros.

²⁵ BOTH, A. **Identidade existencial da velhice**: mediações do Estado e da universidade. Passo Fundo: Edupf, 2000. p. 11.

A igualdade impõe-se no sentido, não de padronizar indivíduos, mas, sim, de resguardar o equilíbrio entre as diferenças oriundas de uma sociedade que é plural por excelência, observando-se as adequações necessárias e decorrentes dessas diferenciações, inclusive quanto às faixas etárias, bem como estabelecendo condições equivalentes de direitos e de políticas públicas a todos indistintamente.

A liberdade pressupõe não só as condutas negativas, de abstenção de importunação e de restrição no agir do indivíduo, mas também as consideradas positivas, tais quais as de autodeliberação e do exercício dos livres pensamento, expressão e mobilidade, por exemplo, havendo necessidade de observância irrestrita, em ambas as modulações, quanto aos indivíduos com mais idade.

Quanto à consagração do princípio da autonomia como expressão da dignidade da pessoa humana, necessário observar não só seu aspecto formal, consagrado na ideia de que todos são iguais perante a lei, mas também seu aspecto material, o qual considera as desigualdades existentes entre os seres humanos em distintas situações psicofísicas, sociais e econômicas.²⁶

Em mesmo sentido e ao tratar do relacionamento necessário entre a isonomia e o envelhecimento, Paulo Roberto Barbosa pontua que o tratamento diferenciado aos idosos não constitui qualquer lesão ao princípio da autonomia, muito pelo contrário, sendo justamente a partir desse tratamento diferenciado que se asseguraria a eles os mesmos direitos que devem ser assegurados aos outros cidadãos que não se encontram nessa faixa etária.²⁷

O envelhecimento decorre também de ter gozado o indivíduo dos direitos à moradia, à saúde, ao saneamento básico, à segurança alimentar, à assistência e aos demais direitos sociais, sem os quais o alcance da idade mais avançada não teria sido possível, muito menos a qualidade de vida necessária para tal mister. Destaca-se, ainda, dentre estes direitos considerados sociais, os pertinentes à Segurança pública e à Previdência Social, os quais, com o passar dos anos e a chegada da velhice, passam a ter importância crescente em seu cotidiano.

O reconhecimento da interdisciplinaridade para o trato da questão urge como necessidade emergencial, não só para consolidação de um sistema de tutela e garantias, mas também para o avanço das políticas públicas e estruturação de equipamentos sociais capazes de garantir um novo olhar sobre a questão:

²⁶ BARBOZA, Heloiza Helena. **Vulnerabilidade e cuidado**: aspectos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2009. p. 108.

²⁷ RAMOS, *op. cit.*, p. 129.

[...] o avanço da expectativa de vida saudável suscitou perspectivas de desenvolvimento para a fase tardia do ciclo da vida, o que significa que o perfil biopsicossocial do ser humano passou a exigir novos enfoques culturais e sociais [...] isto demanda transformações nos costumes; é necessária construção de uma nova gestão social para a velhice [...].²⁸

Fazer a composição, coesão e comunicação do direito de envelhecer com todos esses direitos, reconhecendo a interdependência e a relação intergeracional que os vincula também podem ser tidos como um dos desafios a ser enfrentados nos próximos anos com relação à questão da velhice no século XXI.

²⁸ BOTH, *op. cit.*, p. 2.

2. A DIGNIDADE HUMANA E A TUTELA CONSTITUCIONAL DA PESSOA IDOSA

2.1 Aspectos conceituais da dignidade como base e pressuposto de concretização dos demais direitos humanos

A tarefa de conceituar a dignidade humana tem desafiado estudiosos das áreas de conhecimento, de tal forma que Sarlet, inobstante concebê-la como parte integrante e irrenunciável da condição de ser humano, entenda numa amplitude tamanha que o leva a reconhecer ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar e conceituar o que ela, de fato, é.²⁹

Para Comparato, são nas experiências históricas, principalmente as de conflitos entre os povos, notadamente nas duas guerras mundiais anteriormente havidas, que se pode extrair uma melhor compreensão do que seria dignidade humana:

A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido em grande parte, fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.³⁰

Ao longo das últimas décadas, multiplicadas se restaram as teorias que se propunham a fundamentar a dignidade humana, de onde se destacam as três mais acolhidas por juristas de todo mundo: a) a teoria do dote, também conhecida como a teoria da valia intrínseca, através do qual a dignidade seria uma construção jusnaturalista e generalista, que nasceria com o homem, independente de sua vontade, de seus atos ou de esforços para adquiri-la, sendo igual a todos os seres independentemente de suas qualidades ou das condições ostentadas, além de entender a dignidade como valor inerente e imutável, tal qual imodificável também o é a própria Humanidade; b) a teoria da prestação, que retira o caráter intrínseco da dignidade e a coloca na concepção individualizada e subjetiva de cada ser, fazendo-a diferente entre os seres humanos e distinguindo-a de acordo com o comportamento e os esforços de cada um, tendo-a como uma qualidade a ser adquirida ou um status a ser firmado de acordo com condições, atos e esforços empreendidos por cada indivíduo; e c) a teoria da comunicação,

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009. p. 45.

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 38.

também tratada como teoria do reconhecimento, onde a dignidade, diferente das demais teorias, não seria propriamente um valor, tão pouco uma qualidade, mas, sim, um produto oriundo do reconhecimento social, decorrente das relações interpessoais, solidárias e igualitárias das pessoas umas com as outras, sendo portanto uma consequência dessa conjugação de fatores.

Adotando-se, para esse estudo, a teoria do dote ou da valia intrínseca, tem-se a dignidade entendida como um valor-moral próprio, intrínseco e inerente a todo ser humano, valor este que independe de raça, cor, sexo, idade, gênero, nacionalidade ou ainda de qualquer outra característica, identificação ou condição, uma vez que se impõe tão somente pelo respeito próprio e alheio, bem como pela importância a que toda pessoa faz jus em razão do caráter de humanidade que carrega consigo.

Com características muito especiais que o distinguem da natureza e de outras espécies vivas, o ser humano possui um “eu” próprio dotado de razão e de emoção, com qualidades que, ao mesmo tempo, são únicas e coletivas, o que lhe permitiu o desenvolvimento ao longo de séculos, tornando-o sujeito de sua própria vida e ciente do que carrega consigo, mas também ciente da necessidade de interação social, da convivência, da empatia e da reciprocidade que precisa desenvolver no meio em que vive.

Por tais acepções, a dignidade não se encontra nas características externas do indivíduo, nem em aspectos econômicos, importância política ou ainda em projeção social, nem por qualquer outra forma distintiva, sendo única e igualitária para todos, razão pela qual não se pode graduá-la, mensurá-la ou estabelecê-la como maior ou menor a quem quer que seja, sendo linear e isonômica a todos os seres humanos.

Urge perceber também a dignidade como atributo que, inobstante subjetivo, faz-se irrenunciável, inviolável e inalienável, do qual ninguém pode, ainda que voluntariamente, desistir, alienar ou dispor no que tange a si próprio, nem ultrapassar, desmerecer ou desrespeitar no que pertine a outrem.

Sob a ótica de Jorge Miranda, os direitos de personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de interação do homem ou da subjetividade, são condições essenciais ao seu ser e dever; revelam conteúdo necessário da personalidade; são emanções da personalidade humana em si; são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objeto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da sua personalidade física, moral e jurídica ou manifestações

parcelares da personalidade humana ou a defesa da própria dignidade.³¹

Em mesmo sentido, para Canotilho e Vital Moreira³², a dignidade da pessoa humana projetar-se-ia a partir da consciência jurídica de que: a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas; b) a dignidade da pessoa humana se origina desde a concepção; c) a dignidade é humana, do homem e da mulher; d) a vida comunitária implica no reconhecimento por cada pessoa da dignidade das demais; e) a dignidade é da pessoa e não se vincula a qualquer situação; f) a dignidade pressupõe liberdade, mas não necessariamente capacidade; g) a dignidade independe das condutas sociais; h) a dignidade decorre de adequadas condições de vida material; i) a dignidade faz a liberdade prevalecer sobre a propriedade; j) a dignidade pressupõe qualidade de vida; k) a dignidade não prescinde de vontade popular ou da cidadania em si

Emmanuel Kant refere que a pessoa humana jamais poderá ser entendida como meio para a consecução de outros objetivos ou concretização de direitos diversos, uma vez que se consolida como fim em si próprio, razão por que a dignidade se constitui em atributo intrínseco e indissociável do ser.³³ Ainda segundo ele, no meio social, existiriam duas espécies distintas de valor. Para coisas e bens, considerados materiais, o valor seria o equivalente a seu preço; enquanto que, para o homem, o valor seria o correspondente à dignidade, esta insubstituível sob todos os aspectos e de impossível mensuração ou quantificação.

Segundo Kant, ao diferenciar preço e dignidade, impõe-se que o preço, pelo valor relativo que possui, pode ser substituído por coisa equivalente, enquanto a dignidade, por ser valor absoluto e subjetivo, atributo intrínseco, essência e âmago, se faz insubstituível, uma vez que o próprio ser humano assim também o é.³⁴ Encontra-se portanto a dignidade tão entranhada na pessoa humana que sua existência e importância impossibilitam qualquer dissociação entre ambos.

Ainda pela visão de Kant, o homem, enquanto ser racional que é, existe como fim em si próprio, o que o difere das coisas que, por não possuírem razão ou ânimo, são considerados meios e, portanto, não devem ser confundidos.³⁵ Daí, surge o imperativo categórico prelecionando para que se aja de tal sorte que consideres a Humanidade, tanto na tua pessoa

³¹ MIRANDA, Jorge – **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2018. p. 82-83.

³² CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

³³ KANT, Emmanuel – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. p.68-70.

³⁴ KANT, Emmanuel – **Fondements de La Métaphysique des Moeur**. Trad. Victor Delbos. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1992. p. 112-113.

³⁵ KANT, *op. cit.*, p. 104

como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.³⁶

Quanto a Sarlet, a dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e distintiva, reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, em um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa contra todo ato degradante e desumano, bem como lhes garanta condições existenciais mínimas para uma vida saudável e ativa, além de lhe propiciar efetiva participação nos destinos de sua própria existência e na necessária vida relacionada com os demais.³⁷

Como reforço doutrinário, entende ainda Sarlet que, quando consagrada a dignidade humana como fundamento do próprio Estado democrático de direito, o que ocorre na normatização constitucional de vários países, se reconhece categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário, o que vem a colocar o homem no patamar de finalidade primordial e precípua da atividade estatal, retirando-o do equívoco de tê-lo como mero meio de consecução de seus objetivos.³⁸

Para Jorge Reis Novais, a dignidade protegida pelo princípio jurídico-constitucional é, em primeira linha, a da pessoa humana individualmente considerada e, independentemente do contexto ou da situação em que a pessoa se encontra, dos seus atributos ou das suas qualidades, há situações e tipos de tratamento que o sentido de justiça do nosso tempo reconhece, de forma tendencialmente consensual dentro de um pluralismo razoável, como significando que não se reconhece a alguém o seu valor como pessoa, ou que, a essa mesma luz, são identificáveis como ultrajantes, indignos, impróprios da consideração devida à pessoa humana enquanto tal.³⁹

Em mesma linha de entendimento, José Afonso da Silva cita a dignidade da pessoa humana como um atrativo do conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Exatamente por isso, a dignidade humana se concretiza como arrimo de toda a ordem jurídica, já que embasa as garantias existenciais da pessoa, que, em nome dela, se protege contra abusos, iniquidades, arbitrariedades e injustiças. Nesta esfera, passa a ser o pilar, o sustentáculo de todos os demais direitos fundamentais, tais como a liberdade, a

³⁶ KANT, op. cit., p. 105.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73

³⁸ SARLET, op. cit., p. 73.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A, 2018. p. 109.

igualdade, a privacidade e a intimidade.⁴⁰

Complementa ainda o tópico, dispondo acerca da necessidade de que a dignidade de fato se concretize mediante todos os demais direitos fundamentais, de primeira a quarta gerações, decorrendo dessa concretização as garantias de existência digna, de justiça social e de cidadania como indicadores da própria eficácia da dignidade humana:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os demais direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos tradicionais, esquecendo-a no caso dos direitos sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.⁴¹

Segundo Paulo Otero, a dignidade humana é também pressuposto da soberania popular, uma vez que é pelo facto de cada pessoa ter dignidade que emerge o direito de tomar parte ativa na vida pública, pois uma sociedade fundada exclusivamente na força não deve denominar-se humana. E, por outro lado, é pela circunstância de todas as pessoas terem dignidade que a soberania popular se baseia no postulado um homem, um voto. A procedência constitucional da dignidade humana sobre a soberania popular, configurando esta última como emanção daquela, torna claro, num outro sentido, que a Constituição nunca habilita ou legitima um exercício da soberania popular violador da dignidade humana: a democracia resulta do respeito pela dignidade humana e está subordinada ao respeito por essa mesma dignidade, nunca podendo rebelar contra o respeito devido à dignidade da pessoa humana.⁴²

2.2 A dignidade humana aplicada ao direito de envelhecer

A Declaração dos Direitos do Homem, em 1948, dispôs expressamente, em seu art. XXV, item 1, que todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias

⁴⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 107.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² OTERO, Paulo. **Direito constitucional 1º Vol.:** Identidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2014. p. 36.

fora do seu controle.

Intitula Norberto Bobbio que a dignidade da pessoa humana não pode se restringir ao reconhecimento do direito à vida, ainda que tenha tal direito supremacia sobre todos os demais, até por que, se assim o fosse feito, ao Estado seria exigido tão somente um único comportamento negativo: o de não matar. O direito ao viver digno dessa forma, e exigiria um outro comportamento, dessa feita em aspecto positivo, qual seja: o de que o Estado fizesse as intervenções necessárias à implementação de política econômica voltada ao princípio da justiça distributiva.⁴³

Desta forma e prosseguindo-se na mesma linha de reflexão, a dignidade não poderia ser restrita tão somente ao resguardo do viver, ainda que este seja reconhecidamente o mais inquestionável e elementar dos direitos. De forma muito mais profunda e abrangente, a dignidade abrange a exigência de que seja o ser humano destinatário de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, mediante a adoção de um amplo e consistente arcabouço normativo capaz de garanti-la, mediante o estabelecimento de condições que possibilitem os indivíduos se desenvolverem em plenitude e satisfazerem suas necessidades básicas.

Em mesmo sentido segue o ensinamento doutrinário de Paulo Roberto Barbosa Ramos:

Veja-se que a filosofia dos direitos humanos aponta para a construção de uma civilização na qual a dignidade da pessoa humana ocupa o lugar mais importante. Para que se consigam cumprir essa tarefa, os direitos humanos não podem ser vistos apenas como um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e a criação do direito. Enumerados em diversos tratados internacionais e Constituições, asseguram direitos aos indivíduos e coletividades e estabelecem obrigações jurídicas concretas ao Estado. Compõem-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana.⁴⁴

Da leitura de Oliveira Ascensão, extrai-se que a dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem representar um mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebe.⁴⁵

⁴³ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução: Danila Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 500.

⁴⁴ RAMOS, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral** - Vol. I. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 64.

Aprofundando a análise e relacionando-se a dignidade com a individualidade, a autonomia, a liberdade e a qualidade de vida, urge a necessidade de analisá-la no contexto das necessidades e das alterações físicas e psicossociais por que passam as pessoas idosas, ainda que não se reconheça na velhice, por si só, um fator redutor ou limitador delas.

Em mesma linha de pensamento, reforçam os ensinamentos de Mendes, Coelho e Branco:

Os direitos fundamentais que, antes, buscavam proteger reivindicações comuns a todos os homens, passaram a igualmente proteger seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana. Daí a consagração de direitos especiais aos enfermos, aos deficientes, às crianças, aos idosos... O homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas maneiras de ser e de estar na sociedade. Essa tendência à especificação acarreta a multiplicação dos direitos. A especificação leva à necessidade de serem explicitados novos direitos, adequados às particularidades dos seres humanos na vida social. Incrementa-se o quantitativo dos bens tidos como merecedores de proteção.⁴⁶

Para análise da dignidade da pessoa idosa, fundamental ter-se em conta que o envelhecimento implica em transformações significativas e em contínua readaptação ao meio, tratando-se de um processo complexo, onde se conjugam as características personalíssimas da carga genética e do sexo, por exemplo, com as condições de vida do próprio indivíduo, decorrentes da posição social, da assistência familiar recebida e da capacidade econômica desfrutadas, dentre outras.

De igual forma, aspectos de ordem coletiva também contribuem significativamente para o processo do envelhecimento e da manutenção da autonomia, o que se percebe do confronto entre a expectativa de vida e os fatores de saneamento básico, acesso às tecnologias médicas, condições de acessibilidade e mobilidade, segurança alimentar, aspectos geográficos, variações climáticas, meio ambientes, etc.

Saúde e boa qualidade de vida em suas acepções mais abrangentes possíveis, englobando os itens citados nos parágrafos anteriores são, portanto, pressupostos de envelhecimento ativo, longevidade e da autonomia, que, conjugados, dão ensejo ao que se pode considerar dignidade na velhice.

Segundo Paulo Roberto Ramos, a velhice é o direito que deixa mais claro serem todos os direitos humanos indissociáveis, pois depende, para a sua afirmação, não somente da

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2..ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 254-255.

garantia do direito à vida, mas da garantia do direito à vida com dignidade, só possível em sociedades que assegurem o desenvolvimento e o ambiente democrático. A afirmação da velhice, como direito humano fundamental, é capaz de desenvolver a ideia inafastável de que a todos os homens devem ser asseguradas condições mínimas de existência para que consigam gozar de todas as fases da vida com plenitude, sem qualquer interrupção por falta de liberdade, notadamente material. Viver com dignidade é estar livre das privações e esta vida, por certo, as sociedades precisam garantir a todos os seres humanos.⁴⁷

2.2.1 A dignidade da pessoa do idoso à luz da norma constitucional brasileira atual

Indiscutível se faz que a norma constitucional adotada pelo Brasil a partir de 1988 trouxe uma nova e diferente modelagem para o trato das garantias, dos direitos individuais e coletivos e das políticas públicas prioritárias do Estado, o que incluiu a questão dos idosos no país.

Segundo Alexandre de Moraes, o princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seus semelhantes tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).⁴⁸

Essa nova roupagem, advinda da norma constitucional, terminaria cristalizando-se com legislações infraconstitucionais que vieram em seguida a ela, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, do Código de Trânsito Brasileiro e do Estatuto do Idoso, que entrou no ordenamento jurídico brasileiro cinco anos mais tarde, em 2003, sob a forma da Lei Federal 10.741.

Neste ponto, deve-se ter em conta que a norma constitucional, surgida em 1988, logo em seu artigo primeiro, consolidou o compromisso da República Brasileira com o Estado

⁴⁷ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p. 48-49.

democrático de direito fundamentado nos ideais de dignidade humana, igualdade, respeito aos direitos, promoção do bem comum, liberdade, justiça, solidariedade e cooperação entre os povos.

Verifica-se, portanto, a preocupação do legislador constituinte brasileiro em posicionar a dignidade humana como sustentáculo do ordenamento magno, reservando-se a ela o poder de harmonizar os demais princípios e de servir de parâmetro à aplicação das outras normas existentes, além de impor ao Poder Público o dever de atentar e de promover os meios necessários a alcançar e a manter a vida digna de todos os seus cidadãos. Afora isto, como norma constitucional suprema e norteadora das demais, cumpre o papel de coordená-las, possuindo a função primordial de indicar a aplicação e a forma como de fazê-lo.

Interpretando esse conteúdo normativo, Flávia Piovesan destaca que a preocupação com os direitos humanos, fruto do princípio da dignidade da pessoa está refletida em quase todos os países, bem como no Brasil. Desde o processo de democratização do país e, em particular, a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil tem adotado importantes medidas em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.⁴⁹

Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho dispõe que está na Constituição Federal a base sobre a qual se assentam os princípios de maior expressividade no sistema jurídico brasileiro. Os valores e os sobrevalores que a Carta Maior proclama hão de ser partilhados entre os cidadãos, não como quimeras ou formas utópicas simplesmente desejadas e conservadas como relíquias na memória social, mas como algo pragmaticamente realizável, apto, a qualquer instante, para cumprir seu papel demarcatório, balizador, autêntica fronteira nos hemisférios de nossa cultura. A propósito, valiosa a afirmação peremptória de que o direito positivo, visto como um todo, na sua organização interativa, nada mais almeja do que preparar-se, aparelhar-se, preordenar-se para implantá-los.⁵⁰

Na leitura do tema feita por Freitas Júnior, a partir da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro, todos os direitos da pessoa idosa estão garantidos constitucionalmente, uma vez que qualquer violação dos direitos fundamentais afrontará sua dignidade. Assim, a dignidade da pessoa humana constitui o princípio

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia – **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 432.

⁵⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. A dignidade da pessoa humana na ordem jurídica brasileira. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado Luso Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 27.

fundamental dos direitos dos idosos.⁵¹

Prossegue ainda a Constituição do Brasil dispondo acerca da abominação nacional a todo tipo de preconceito, por raça, sexo, cor, origem, credo ou idade, posto que, sendo todos os cidadãos portadores de mesma dignidade, enquanto seres humanos, proibidas se restam as ações diferenciais por faixas etárias ou ainda por qualquer outro critério que possa a vir ser considerado como segregador ou distintivo entre eles.

Ainda no intuito de reiterar a proibição de discriminação, e reforçando o embasamento constitucional na dignidade da pessoa humana, já no art. 7, inciso XXX, da CF/88, encontra-se a expressa proibição à diferença de salários e de exercício de funções, afora a vedação ao estabelecimento de critérios de admissão embasados em sexo, idade, cor ou estado civil.

Acerca desta proibição como pressuposto de dignidade da pessoa idosa, urge transcrição da lição de José Afonso da Silva⁵²:

A idade tem sido motivo de discriminação, mormente no que tange às relações de emprego. Por um lado, recusa-se emprego a pessoas mais idosas, ou quando não, dão-se-lhes salários inferiores aos dos demais trabalhadores. Por outro lado, paga-se menos a jovens, embora para a execução de trabalho idêntico ao de homens feitos. A Constituição traz norma expressa proibindo diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de idade (art. 7º, XXX). À vista deste texto, fica interdito estabelecer idade máxima para o ingresso no serviço, como tem ocorrido até agora".

Mais adiante, reafirma o texto constitucional que todo o conjunto de Assistência social se destinará aos necessitados, independentemente de prévia contribuição previdenciária ou social, tendo em vista a priorização da proteção à velhice no Brasil.

Ao analisar a possibilidade de privação e exclusão por que poderão passar os idosos, e diante do conceito do mínimo existencial necessário a satisfação das necessidades humanas, Galindo reafirma que, deste modo, observa-se que a dignidade humana se faz por meio da concretização dos direitos fundamentais e o quão relevante é o papel do Estado no cumprimento de suas tarefas, incluindo a garantia de proteção à vida e à saúde, mediante políticas públicas de atendimento ao idoso.⁵³

Ao tratar especificamente sobre os idosos, já nos arts. 229 e 230, o legislador constituinte brasileiro atribuiu expressa responsabilidade da família e do Estado em seu

⁵¹ FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 8.

⁵² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros. 2016, p. 228.

⁵³ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais. Análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 225.

amparo, que seria a garantia de seu bem estar geral e sob todos os enfoques possíveis: econômico, social, familiar, moral, emocional, físico, etc.

Ao tratar desses dispositivos constitucionais específicos, Roberto Senise Lisboa esclarece que o princípio da solidariedade familiar previsto no texto constitucional - art. 1º, III c/c os arts. 3º, I, 226, *caput*, 227, 229 e 230 da CF - viabiliza a adoção de postura mais flexível e consentânea com o direito de família da pós-modernidade. Reconhece-se que tanto o nascituro como a criança, o adolescente e o adulto possuem direitos decorrentes das relações havidas da constituição de entidades familiares. Além disso, contempla-se em favor do adulto que tem pelo menos sessenta anos de idade em regime legal protetivo dos seus interesses, assim como se procedeu com a previsão de normas tutelares dos interesses das crianças e adolescentes.⁵⁴

Pelos conteúdos apresentados permite-se notar o avanço extraordinário trazido pela atual Constituição ao trato da matéria, uma vez que as normas anteriores tratavam os idosos dentro do contexto de ordem social, sem especificações ou tratamentos apropriados, pautando-se tão somente na vertente previdenciária e, ainda assim, como consequência de exercício laboral anterior e não como garantia de dignidade e do mínimo necessário ao viver digno.

Com a autoridade e qualidade de lei superior, a Constituição de 1988 também deve indicar os mecanismos e as formas de exercício pelos idosos dos direitos que lhe foram conferidos, mediante a obrigatoriedade de programas e políticas públicas claras por órgãos de todas as esferas constituídas.

2.2.2 A dignidade da pessoa do idoso à luz da norma constitucional portuguesa atual

A Constituição Portuguesa é considerada, no âmbito da comunidade europeia, a que melhor trata da questão dos idosos, uma vez que se faz possível vislumbrar que a preocupação do legislador constituinte ultrapassou o mero intuito assistencial, fixando o olhar nas garantias e, principalmente, na efetiva inclusão e justiça social como normas eficazes de dignidade, o que inclui as pessoas velhas como cidadãos que são: com amplitude, cidadania, completude, dignidade e isonomia para com todos os demais.

Embora em vários dispositivos constitucionais não se encontrem menções expressas

⁵⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: direito de família e sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 298.

aos velhos propriamente ditos, no entanto a afirmação dos valores republicanos, sustentados na dignidade da pessoa humana, no estado democrático de direito, na solidariedade e na justiça social, a eles se remetem obrigatoriamente como pressupostos da humanidade e da cidadania conferidas *erga omnes*.

Reforçando esse entendimento, Paulo Otero inclusive reconhece que, apesar de todos os seres humanos terem a mesma dignidade, segundo um postulado de igualdade na dignidade de todos os homens, existe um reforçado dever de proteção da dignidade daqueles seres humanos que se encontram em situações mais débeis, precárias ou que nem tenham consciência ou possibilidade de reivindicação de respeito pela sua dignidade.⁵⁵

No entender de Canotilho, a fundamentalidade aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos em sentido formal e material. Outrossim segundo este autor, a fundamentalidade formal está geralmente associada à constitucionalização, colocadas no grau superior da ordem jurídica e que constituem limites materiais da própria revisão. Já a fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Ocorre que a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal, como demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. A fundamentalidade material fornece suporte para a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direito material, mas não formalmente materiais. Por isso, se fala em cláusula aberta na Constituição ou em princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais.⁵⁶

Ao tratarem acerca da dignidade como o valor supremo que atrai e possibilita todos os demais valores previstos na Constituição Portuguesa, Gomes Canotilho e Vital Moreira observam que, concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.⁵⁷ Em vista disso, é que a dignidade ultrapassaria todo e qualquer enunciado formal, para abranger tudo quanto estabelecido

⁵⁵ OTERO, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁶ CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

⁵⁷ CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.*, p. 70.

enquanto justiça social, ordem econômica e exercício de cidadania.

Um dos primeiros marcos constitucionais também aplicáveis aos idosos, enquanto fundamentais por assim dizer, pauta-se no estabelecimento da plena cidadania e se encontra previsto no art. 4º, fazendo ligação entre o Estado e as pessoas de forma igualitária e sem distinções, incluindo-se as decorrentes das variações etárias.

No ensinamento de Andreia Sofia Esteves Gomes, há de se destacar ainda que a Constituição Portuguesa, em relação ao princípio da dignidade humana, também proclama a proteção a todas as pessoas indistintamente, isto é, todos os seres humanos, pessoas, são titulares deste princípio, não cabendo qualquer discriminação.⁵⁸

Já no art. 9º, estão estabelecidas, dentre as tarefas fundamentais do Estado, as de garantia dos direitos e liberdades fundamentais, da igualdade real entre os portugueses e da promoção do bem estar e da qualidade de vida do povo em geral, o que se faz primordial para a concretização da dignidade dada a essencialidade para tal que são reservadas as liberdades individuais.

Mencionando expressamente os idosos, o art. 64º reafirma o direito da proteção à saúde, mediante a criação de todas as condições econômicas, sociais, culturais, ambientais e sanitárias que garantam à velhice qualidade de vida saudável, fazendo com que os direitos considerados sociais sejam garantidores do envelhecer digno. Outrossim, o art. 66º reafirma o direito a todos, incluindo-se idosos, a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, o que, mais uma vez, interliga-se à garantia do viver digno, independente de quaisquer condições ou ainda de faixa etária.

Ao tratar diretamente do tema da família, o art. 67º atribui ao Estado a promoção de rede de apoio familiar em geral, bem como o dever de estabelecimento e manutenção de uma política própria para a terceira idade, o que revela a preocupação constitucional em proteger a infância e a terceira idade, fazendo com que a proteção à família seja atribuição conjunta da sociedade portuguesa e do próprio Estado, cabendo a esse último a criação e manutenção de equipamentos sociais hábeis a dar todo apoio necessário ao núcleo familiar.

Já no trato específico do tema da terceira idade, contido no art. 72º, o legislador constituinte português, mais que a segurança econômica, convívio familiar e condições de habitação, garantiu aos idosos a completa e irrestrita autonomia pessoal, bem como, em mesma esfera de preservação da dignidade da velhice, seu não isolamento social ou

⁵⁸ GOMES, Adriana Sofia Esteves. **A dignidade da pessoa humana e seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa.** In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. São Paulo: Quæer Latin, 2008. p. 27.

marginalização.

Ao interpretarem tal dispositivo constitucional, Jorge Miranda e Rui Medeiros anotam que uma constituição fortemente comprometida no plano social não pode ignorar um dos grupos sociais mais vulneráveis do nosso tempo: a população idosa. O legislador constitucional revela assim estar consciente de que as ameaças que as populações mais velhas – um grupo cada vez mais relevante na estrutura etária da população – enfrentam (de isolamento, negligência, de abandono, de maus tratos, de dependência, de medicação, etc.) constituem novos desafios num Estado de Direitos Fundamentais (JOANA SOUSA RIBEIRO, *Processos de envelhecimento*, pags. 203 e segs.). E, uma vez que a dignidade da pessoa humana concreta e historicamente situada não cessa na velhice, incumbe ao Estado promover uma política de terceira idade que respeite a autonomia pessoal do idoso – o qual, cidadão, estrangeiro ou apátrida (art 15º., N.º 1), conserva a titularidade de direitos fundamentais – e que, evitando o seu isolamento ou a sua marginalização social – ou qualquer situação análoga desconforme com o princípio da dignidade da pessoa humana – o proteja efetivamente enquanto sujeito de direitos.⁵⁹

O mesmo dispositivo estabelece ainda que a política para a terceira idade garanta a efetiva e ativa participação das pessoas mais velhas na sociedade, garantindo-lhes as medidas económicas, culturais e sociais neste mister, bem como todas as oportunidades que forem consideradas como de realização pessoal, o que, também na leitura de Jorge Miranda e Rui Medeiros, seria:

O art. 72º. No 1, tem em vista, igualmente, criar condições para que as pessoas idosas possam beneficiar, num quadro de autonomia pessoal, do convívio familiar e comunitário, de modo a que se possam realizar e de forma a que se possa evitar e superar fenómenos de isolamento ou de marginalização social. A política da terceira idade não pode, por isso, ser uma política estatuzante. Por um lado, ela deve promover a construção de redes de proximidade, no quadro da própria sociedade civil. Por outro, a proteção dos idosos não pode ser construída de costas voltadas para a família, é certo que a evolução das estruturas familiares limita, muitas vezes, o espaço para os mais velhos. Mas a importância conferida pelo legislador constitucional ao convívio familiar revela, numa opção coerente com o reconhecimento da família como elemento fundamental da sociedade (art. 67º, n.1), que a realidade familiar constitui um ator privilegiado no campo da velhice, devendo as políticas públicas de proteção dos idosos potenciar o alargamento das redes familiares permitido pelo aumento da esperança de vida e pela consequente verticalização das relações de parentesco (designadamente, através da adoção de medidas específicas para as pessoas que cuidam de familiares idosos ao mesmo tempo que exercem uma atividade profissional (JOANA SOUSA RIBEIRO, *Processos de envelhecimento*, págs. 211 e segs. – sobre o *conceito alargado de*

⁵⁹ MIRANDA; MEDEIROS, *op. cit.*, p. 1012-1013.

família, englobando os ascendentes idosos, consultar anotações dos arts. 36º. e 67º. da Constituição).⁶⁰

O texto constitucional de Portugal permite concluir que a proteção aos idosos no país teve objetivos e disposições contundentes, efetivando garantias e direitos, o que se faz louvável em todos os sentidos, destinando, no entanto, ao Estado a atribuição de concretizá-los, bem como de estabelecer as políticas inerentes à terceira idade, de forma que seja proporcionando o bem estar e realização pessoal da pessoa idosa da forma como preconizada na norma suprema do país.

2.3 A dignidade humana como origem da privacidade e da intimidade

Uma conceituação definitiva de dignidade humana se faz impossibilitada exatamente por ser ela origem de múltiplas aplicações e, principalmente, por possuir imensa abrangência sobre a tutela da personalidade em geral, no que Freitas Júnior, citando Damásio de Jesus, afirma que:

Conquanto não se possa estabelecer conceito absoluto da dignidade da pessoa humana, seja por que vazado em conceitos indeterminados, plurissignificativos ou dotados de ampla ambiguidade, ou por que a ele poder ser associada toda e qualquer qualidade intrínseca do homem como tal, ou seja, do homem segundo sua própria natureza, é certo ser da condição humana que decorre a necessidade de o Estado afirmar a ordem jurídica respeitante dos valores agregados à ideia de dignidade da pessoa humana, impondo a todos o dever de abstenção ou de ação capaz de concretizar a absoluta intangibilidade do homem como tal.”⁶¹

Para Sarlet, a dignidade da pessoa humana é um limite e também uma tarefa estatal. Pertence a cada indivíduo isoladamente, não podendo ser alienada, violada ou perdida. Como prestação ativa imposta ao Estado, o respeito à dignidade humana reclama que as ações estatais estejam guiadas no sentido de preservação das condições de dignidade já existentes, bem como na promoção da dignidade ainda por conquistar, criando condições possibilitadoras de seu pleno exercício e fruição pelos indivíduos. Afinal, em muitas situações não se torna possível ao indivíduo, isoladamente, obter as condições para a realização de suas necessidades existenciais básicas, necessitando-se aí do concurso de ações do Estado e da sociedade como um todo.⁶²

⁶⁰ *Ibid.*, p. 1014.

⁶¹ FREITAS JÚNIOR, *op. cit.*, p. 10.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 46-47.

Desse modo, a dignidade dá origem, como preceito de intangibilidade da pessoa humana, à garantia de que as condições naturais, materiais e sociais do indivíduo sejam priorizadas e garantidas, fazendo com que o Estado tenha o dever de satisfazer suas necessidades básicas, incluindo-se neste patamar todas as que decorram de exigências para a concretização de uma vida digna. Nesse sentido, Alexandre de Moraes concebe ser a dignidade ponto de partida para todos os demais direitos fundamentais sem exceções, o que incluiria a privacidade e a intimidade dentre outros:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.⁶³

No reforço desse entendimento de que a partir da dignidade humana é que se tem a construção de todos os demais direitos da personalidade propriamente ditos, Oliveira Ascensão se faz contundente ao afirmar:

A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem representar um mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem”.⁶⁴

Necessário enfatizar que, entendendo a dignidade como alicerce da tutela geral aos direitos de personalidade, importante o ensinamento do José Adércio Leite aduzindo que, não obstante julgarmos que, a princípio, a história do direito fundamental à intimidade e à vida privada será a história do homem em busca de realização de sua dignidade, será a história de suas lutas contra a opressão, o arbítrio, em prol da afirmação de sua liberdade, confundindo-se, nesse sentido, com a idealização e positivação dos direitos fundamentais.⁶⁵

Desse modo, tendo a dignidade humana como nascedouro de todos os demais direitos inerentes à personalidade, o mesmo se aplica à intimidade e a privacidade, uma vez que o respeito ao indivíduo na qualidade de ser humano, independente de qualquer fator

⁶³ MORAIS, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁴ ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 64.

⁶⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 34.

condicionante ou qualificador, é posto como o âmago da preservação dos hábitos, dos costumes, dos gostos, das opiniões e da vida que se quer preservar, abstendo-os da divulgação não consentida, do conceito não pedido, da exposição não autorizada e do escrutínio público em geral.

No entanto, urge destacar que esse liame não se restringiria na conduta negativa restrita do não fazer, do não executar, do não julgar, do não censurar ou do não ultrapassar os limites impostos pelo respeito ao ser humano. Ser deixado em paz, como exercício do direito de não se submeter à indiscrição alheia, conjugado ao direito ao sigilo, por si só, como exigências negativas do agir, não se fazem suficientes a amparar o indivíduo na preservação do que tem de mais íntimo e privado, prescindindo também de ações assertivas e de condutas comissivas para que isso se verifique satisfatoriamente.

A dignidade humana concretizada na preservação da intimidade e na vida privada efetivar-se-ia nessa conjugação do aspecto negativo, consistente na abstenção de que determinado comportamento refira-se ou afete as esferas individual ou coletiva de outrem, com o aspecto positivo propriamente dito, quando deve ser reafirmada a autonomia individual, bem como fortalecidas as condutas de amparo à pessoa dos riscos das pressões sociais e econômicas, além das políticas niveladoras de todas as ordens.

Para tanto, preleciona Schreiber que:

“A dignidade humana não corresponde, portanto, a algum aspecto específico da condição humana, mas exprime, isto sim, uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, sendo frequentemente apresentada como o ‘valor próprio que identifica o ser humano como tal’. Seu conceito pode ser formulado nos seguintes termos: a dignidade humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade e cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural. [...]. Mais importante que a conceituação é a compreensão do propósito da sua incorporação ao ordenamento jurídico: proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa ‘sempre como um fim e nunca como um meio’. Nesse sentido é que se revela ‘contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (sujeito de direitos) à condição de objeto’.”⁶⁶

Ainda segundo o mesmo Schreiber, independentemente da forma adotada, quando se busca tutelar a privacidade, objetiva-se contemplar “atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica”, resultando na compreensão de que o que “muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta”.⁶⁷

⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 8.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 13.

Conforme Vasconcelos, o reconhecimento de espaços privados são essenciais à dignidade da pessoa, configurando-se em locais onde ela possa se sentir a vontade, abrigadas da curiosidade alheia, citando como espaços notoriamente reconhecidos como tais os da vida doméstica, sexual e afetiva. Assim, opta por valorizar uma delimitação negativa desses espaços, querendo com isso dizer que “[...] em vez de se procurar a determinação de quais as zonas da vida que merecem estar ao abrigo da curiosidade alheia, se deve antes acertar em que condições, matérias da vida das pessoas podem ficar de fora dessa esfera de protecção”.⁶⁸

O que se busca resguardar, tendo a privacidade e a intimidade como integrantes da personalidade tutelada pela norma e protegida pelo Estado, é o próprio indivíduo, notadamente quanto ao pensamento e à crítica possíveis de lhe atingir no que lhe resta de mais caro: as emoções, os sentimentos, o amor próprio, a honra, o conceito que possui acerca de si próprio e do meio que o cerca e os diversos relacionamentos que desenvolve no decorrer de sua existência.

Visa, portanto, a proteção de sua dignidade no que de mais profundo e intrínseco existe, evitando-se que a exposição, o constrangimento, a impotência, a vulnerabilidade, a fragilidade, a vergonha, a censura ou o medo impeçam ou obstaculizem o desenvolvimento de sua personalidade, alterando a forma como as relações pessoais e sociais são construídas e mantidas, prejudicando a moral, o amor próprio e a honra que são inerentes a todos os seres humanos.

Em mesma esteira de raciocínio, Marcelo Cabral afirma que o resguardo da reserva varia na medida em que os fatos situem-se no ciclo do sigilo, de resguardo ou de publicidade da vida do indivíduo. Tudo depende de tudo. Das pessoas, de cada pessoa, da sua sensibilidade e das suas circunstâncias; nas necessidades e exigências da sociedade relativas ao conhecimento e à transparência da vida em comum.⁶⁹

⁶⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 79-80.

⁶⁹ CABRAL, Marcelo Malizia. **A colisão entre os direitos da personalidade e os direitos da informação**. In: FRUET, Gustavo Bonato; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 108-152.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PRIVACIDADE E DA INTIMIDADE

3.1 Apontamentos acerca da evolução da privacidade e da intimidade enquanto institutos jurídicos

Poucos temas despertam tanta atenção na atualidade quanto os afetos à privacidade e à intimidade, sendo que os primeiros fragmentos do que viriam a ser seus conceitos e parâmetros começaram a ser verificados a partir dos ideais oriundos das revoluções burguesas, inobstante haver inexistência efetiva deles, enquanto institutos jurídicos propriamente ditos, antes do final do sec. XIX.

Remontando ao séc. XVI, tem-se que, quanto mais influente ou quanto maior o status que ocupasse um cidadão na pirâmide social, mais pública deveria ser sua vida, com conhecimento geral acerca de seus atos, gostos, costumes, preferências ou aptidões, o que tomava contornos ainda maiores quando se tratavam de soberanos ou da classe nobiliárquica nos regimes que se mantiveram monárquicos:

Tudo o que o soberano era ou fazia tinha relevância social, dada a sua importância, o seu poder, a sua capacidade de influenciar a vida social e política. Nada nele era privado: suas qualidades, os seus sentimentos, as suas ideias, tudo que nele era como homem, dado que era um homem que governava, interessava ao público. Depois, toda a sua vida estava aberta ao público: suas devoções, os seus deitar e levantar, as refeições, o parto da rainha, etc., eram testemunhados por um lago número de pessoas. Os seus vícios e virtudes eram condições do mal-estar ou do bem-estar do Estado: eram controlados de perto, mesmo se não podiam ser modificados.⁷⁰

Ainda no final da Idade Média, apareceram os primeiros indícios da necessidade de isolamento e de anseio por aspectos mais privativos da vida, no que Mumford relata que a primeira mudança que se destinava a modificar a forma de habitação medieval foi decorrente do desenvolvimento do sentimento de intimidade. Esse, de fato, significava a possibilidade de subtrair-se pela própria vontade da vida e das ocupações em comum com outras pessoas próximas. Intimidade durante o sono; intimidade durante as refeições; intimidade nos rituais religiosos e sociais; finalmente, intimidade no pensamento.⁷¹

A evolução dessa premissa se consolida com o princípio pelo qual a casa de um homem se constituiria em seu castelo inviolável, servindo não só como repouso, mas também

⁷⁰ CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de Direito de Personalidade**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 96.

⁷¹ MUMFORD, Lewis. **La cultura della città**. Milano: Einaudi, 2007. p. 29.

como fortaleza e resistência contra todo tipo de violência, o que se viu cristalizado no histórico discurso de Lord Chatam no Parlamento Britânico, mediante o qual afirmou que o homem mais pobre pode, em sua casa, desafiar todas as forças da Coroa. Essa casa pode ser frágil, seu telhado pode mover-se, o vento pode soprar em seu interior, a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar, mas o próprio Rei da Inglaterra não pode entrar, seus exércitos não se atreverão a cruzar o umbral da arruinada morada.⁷²

Pari passo com o *Common Law* britânico, a Constituição Francesa de 1791 também correlacionou a vida privada com o direito à propriedade ao estabelecer a inviolabilidade do domicílio como garantia do cidadão, o que fortaleceu a noção de se tratarem de conceitos únicos e inseparáveis, só havendo possibilidade de privacidade e de intimidade dentro dos próprios lares, servindo estes de refúgios materiais e morais do olhar que a sociedade, inevitavelmente, exerceria sobre os indivíduos.

Convém destacar que a mudança de costumes por que passa a sociedade se refletiu na organização urbana e no traçado arquitetônico das cidades, com a noção de privacidade passando a se reproduzir também na ocupação do solo e na construção das próprias moradias, cujas separações de classes e categorias privilegiavam estruturas que contemplavam, não só a ostentação do padrão de vida desfrutado, mas também maior isolamento e reserva do que não se queria apresentar à apreciação e análise públicas.

Com a Revolução Industrial do sec. XVIII e a ascensão social e econômica da classe burguesa, fortaleceu-se ainda mais a necessidade de se proteger a esfera privada, a partir da propriedade que, como produto do trabalho e da produção, passou a ser o bem mais valorizado, seja pelo aspecto constitutivo da riqueza em si, com contornos de solidez patrimonial, seja pela conquista de um espaço onde pudesse o cidadão, independentemente de sua classe social, preservar-se, descansar, recompor-se do desgaste diário, reafirmar sua dignidade, deixar fluir sua essência, exercitar suas vontades e gostos, ou seja, ser verdadeiramente quem, de fato, era e desejava ser. verdade, até meados do sec. XIX, a propriedade particular continuava a se constituir no refúgio do cidadão e na materialização de onde poderia ele resguardar os aspectos mais reservados de sua vida, seus segredos, os objetos e as recordações pessoais e familiares que lhes eram mais estimadas, havendo portanto unicidade e indissociação entre as noções de domicílio, privacidade e intimidade. Era no domicílio onde se desenvolvia a vida que não devia ser descortinada em público ou

⁷² HANSARD, Parliamentary History of England, 1753-1765, p. 1307, apud SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 36.

socializada, razão pela qual os institutos da privacidade e da intimidade passaram a ser vinculados diretamente às noções de direito material, sendo partes integrantes e elementos constitutivos do patrimônio, da propriedade e do domicílio.

Para corroborar ainda mais esse aspecto de indistinção entre o material e o imaterial, bem como o entendimento de que o segundo estava inserido e dependia do primeiro, Hobbes, em citação de Leite Sampaio, intitula que a propriedade do homem incluía sua vida e seu corpo; a seguir, as coisas referentes à afeição conjugal; e depois os meios de vida.⁷³

Para Arendt, o entendimento da época era que as quatro paredes da propriedade privada de uma pessoa ofereciam o único refúgio seguro contra o mundo público comum – não só contra tudo o que nele ocorre, mas também contra a sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido. Uma existência vivida inteiramente em público, na presença de outros, tornar-se-ia, como se diz, superficial. Retém a sua visibilidade, mas perde a qualidade resultante de vir à luz a partir de um terreno mais sombrio, que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade em um sentido muito real, não subjetivo. O único modo eficaz de garantir a escuridão do que deve ser escondido da luz da publicidade é a propriedade privada, um lugar possuído privativamente para se esconder.⁷⁴

De acordo com Vallêda Bivar Soares Dias Neta, no século XIX, a propriedade era condição inafastável para se chegar à privacidade, passando esta a ser prerrogativa de uma emergente classe burguesa que, com forte componente individualista, utiliza-se dela para marcar sua identidade na sociedade e também para lhe proporcionar isolamento dentro de sua própria classe.⁷⁵

Verifica-se, desse modo, que a privacidade e a intimidade só possuíam compreensão como aspectos consectários da propriedade, o que ganhou ainda mais força diante das transformações por que passava a sociedade na era industrial e na consolidação da economia capitalista. Nesse momento específico, apesar de atreladas ao exercício da subjetividade e do individualismo, não se fazia possível vislumbrá-las como valores ou bens imateriais que prescindissem de tutela jurídica própria, até por que o entendimento era o que sua tutela adviria naturalmente atrelada à própria tutela que viesse a resguardar patrimonial e materialmente o indivíduo.

⁷³ SAMPAIO, José Adércio Leite – **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 39.

⁷⁴ ARENDT, Hannah – **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 87.

⁷⁵ DIAS NETA, Vallêda Bivar Soares – **Vida privada e intimidade**: estrutura, conceito, função e limites na busca da tutela integral da pessoa humana. Fortaleza: Conpendi, 2010. p. 8.138.

Cristalizada no ideário burguês, passou a haver a mudança de percepção interna do que se faz público e do que se faz privado a partir da necessidade da distinção do que é individual e do que se faz social como manifestação da personalidade, fazendo surgir a necessidade da construção de uma tutela que se distanciasse da matriz proprietária, no entendimento de que seria imaterial o bem a ser resguardado, muito mais que a feição patrimonial que até então lhe vinha sendo conferida.

Dessa forma, a propriedade conquistada pelo trabalho, que materialmente caracterizava o que de mais privado poderia existir, passou a uma preocupação pública maior, sendo traduzido, nas palavras de Arendt, da seguinte forma:

Encarada desse ponto de vista, a moderna descoberta da intimidade parece constituir uma fuga do mundo exterior como um todo para a subjetividade interior do indivíduo, subjetividade esta que antes fora abrigada e protegida pelo domínio privado.⁷⁶

Com efeito, registra-se como marco inicial da construção jurídica do que viriam a ser privacidade e da intimidade, com separação das acepções de propriedade e domicílio, os trabalhos publicados por Samuel Warren e Louis Brandeis, de onde primeiro se extraiu a correlação da preservação da vida privada com a tutela da personalidade, distanciando-a do direito à propriedade, que até então encampava as concepções sobre o assunto.

Em seus estudos foi problematizada a intromissão do Estado, da sociedade e da mídia na vida das pessoas, com enumeração das consequências advindas dessa exposição e defesa da necessidade de que se controlasse e limitasse esse poder como forma de tutela do indivíduo, partindo tais doutrinadores da experiência advinda do casamento da filha de Samuel Warren, onde houve a divulgação de fatos íntimos, não autorizados e considerados vexaminosos e desonrosos em jornais da época, sem que tivesse havido consentimento ou autorização das partes sobre as quais versavam tais acontecimentos.

Ao exporem as novas ideias que passaram a esposar, Warren e Brandeis comumente se utilizavam, além de tal ocorrência pessoal acima citada e dos prejuízos morais havidos, também do exemplo simples de uma carta, dispondo que a defesa legal não deveria repousar no papel em si como bem material, tampouco no ato intelectual de escrevê-la, mas sim em seu conteúdo, nos sentimentos, na exposição emocional e nas informações pessoais que ali existiam, sendo esses os bens maiores a serem priorizados, tutelados ou defendidos.

Na exemplificação utilizada, arguiam que, mesmo quem tivesse conhecimento do

⁷⁶ ARENDT, *op. cit.*, p. 85.

conteúdo íntimo de uma correspondência, não poderia revelá-lo ou divulgá-lo, ainda que o acesso a ele tivesse sido legítimo e lícito, servindo essa abstenção como forma de proteção dos pensamentos e sentimentos ali contidos, em aplicação da reserva a que todo indivíduo faria jus do que não quisesse ou autorizasse publicizar.

Ilton Norberto Robl Filho, ao tratar do assunto, dispôs que o primeiro aspecto da intimidade e da vida privada desenvolvido nos Estados Unidos versa sobre determinado tipo de autonomia pessoal, fundada na 14ª emenda e efetivada nos chamados *liberty cases*. A 14ª Emenda, promulgada em 1868 após a guerra civil norte-americana com o intuito de por fim ao regime escravista vigente nos Estados-membros norte-americanos do sul, prescreve que nenhum estado fará ou executará nenhuma lei, com efeito de reduzir as prerrogativas ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem tampouco Estado algum privará uma pessoa de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo jurídico.⁷⁷

Importantíssimas também para a evolução sistemática dos institutos da privacidade e da intimidade foram as decisões prolatadas por Thomas MacIntyre Cooley, Juiz da Suprema Corte Estadunidense, em reconhecimento ao direito de estar só (*the right to be let alone*), que começaram a positivar a individualidade, o subjetivismo, a proteção da personalidade e o resguardo da intimidade enquanto estabelecimento de uma parcela do ser humano que não seria passível de demonstração, de socialização, de publicidade ou de compartilhamento com outrem.

Uma demarcação histórica importante para os direitos da personalidade de modo geral foi a Segunda Guerra Mundial e o contexto de clara intolerância e de desrespeito aos direitos, à dignidade, à humanidade e às liberdades ocorridas, do que, em lapso temporal sucessivo, decorre o desenvolvimento da noção de direitos humanos, de Estado social e de um sistema de garantias, da mesma forma como se prenunciam as necessidades e as tendências de readequação jurídica das sociedades modernas, no sentido de prevenir ocorrências semelhantes e de resguardar-se de eventuais violações futuras.

Essa reserva passou a ser notada e sua necessidade se evidencia, até por conta do aparato tecnológico de coleta e veiculação seletiva da informação, além de armistícios desenvolvidos durante o conflito, como bem atesta Karl Larenz:

A proteção da personalidade humana no seu âmbito próprio [...] foi avaliada em geral como insuficiente após a Segunda Guerra Mundial. Após a experiência da Ditadura, havia surgido uma sensibilidade diante de toda forma de menosprezo à dignidade humana e da personalidade; ao mesmo tempo se percebeu que as

⁷⁷ ROBL FILHO, Ilton Norberto – **Direito, intimidade e vida privada**: paradoxos jurídicos de sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna. Curitiba: Juruá, 2010. p. 156-157.

possibilidades de realizar atos que representem um tal menosprezo, não somente por parte do Estado mas também por outras associações ou por pessoas privadas, tinham-se multiplicado, devido ao desenvolvimento da técnica moderna (por exemplo, fitas magnéticas, aparelhos de escuta, microcâmeras).⁷⁸

Apesar disto, segundo Doneda, mantendo-se restrito às suas origens até a segunda metade do sec. XX, tal cenário começou a alterar-se mais contundentemente no decorrer da década de 1960, motivado sobretudo pelo crescimento e maior facilidade na circulação de informações, consequência do desenvolvimento exponencial da tecnologia de coleta e sensoriamento, resultando em uma capacidade técnica cada vez maior de recolher, processar e utilizar a informação.⁷⁹

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, passou a representar um marco na evolução do direito à privacidade quando, em seu art. 5º, intitula que toda pessoa possui direito à proteção da lei contra ataques abusivos à sua honra, a sua reputação e a sua vida privada e familiar, sendo que, no mesmo ano, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU em 10 de dezembro, consolidou, em seu art. 12º, a premissa de que ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra, a sua dignidade ou a sua reputação.

É certo que, com tais adventos, houve notável avanço na consolidação dos institutos, apesar de continuarem os mesmos a serem tratados e estudados como valores indissociáveis da dignidade e da própria honra, como partes integrantes de um direito único da personalidade, dos quais não se distinguia, nem se particularizava, dos demais. Neste sentido, relembra-se que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em seu art. 6º dispunha sobre o direito da intimidade e, mais adiante, em seu art. 8º enunciava sobre a vida privada.

Segundo Doneda, mesmo tempos mais atuais, com a privacidade consagrada como direito fundamental, alguns traços do contexto individualista do qual é originária ainda se fazem notar. Talvez não pudesse ser diferente, até pelo seu grande potencial de ressaltar as individualidades na vida em relação – é prudente não se abstrair o fato de que se trata de um direito surgido como “tipicamente burguês” na chamada “idade de ouro da privacidade” – a segunda metade do século XIX, não por acaso no apogeu do liberalismo jurídico clássico. Contudo, foram exatamente estas mesmas relações, potencializadas por um crescimento do

⁷⁸ LARENZ, Karl. **Tratado de Derecho Civil Alemán**. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1980.

⁷⁹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

fluxo de informações, que lançaram luz sobre um outro aspecto da privacidade: sua importância para a sociedade democrática como requisito de outras liberdades fundamentais.⁸⁰

Com esse momento histórico específico, a relação do indivíduo com a sociedade sofreu significativas mudanças, demandando uma ótica mais democrática e abrangente sobre a tutela da privacidade enquanto direito personalíssimo, insubstituível e inalienável; sobre o exercício do direito inerente a ela, seus limites, balizamentos e parâmetros; sobre as formas de resguardo e garantias e sobre como pautá-la além do subjetivismo e do individualismo próprio que termina por caracterizá-la como direito da personalidade.

Quanto a esse aspecto, Diogo Leite Campos traduz bem essa mudança de ótica, ensinando que o direito à intimidade e à privacidade, como direitos da personalidade, são expressão e tutela jurídicas da estrutura e das funções da pessoa, do seu ser e da maneira de ser. O Direito tem fundamento axiológico (que é a sua justificação, e sem o qual se transforma em instrumento de opressão) que é imposto pela pessoa humana. O Direito é produto do homem e feito para o homem. A primeira e principal tarefa do jurista é reconhecer e descrever os direitos da pessoa. A pessoa humana é anterior e superior à sociedade. Impõe-se, portanto, ao Direito. Este tem de se limitar a reconhecer a pessoa humana e a declarar os seus direitos.⁸¹

Os direitos da personalidade, portanto, são próprios do ser humano. Não se trata de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da condição humana. Com os direitos da personalidade protege-se o que é própria da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade; o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos no direito da personalidade.⁸²

Assim sendo e na Contemporaneidade, inadmitindo-se qualquer possibilidade de um ser humano desguarnecido de personalidade, impossível a ideia de pessoa sem a concepção de livre existência, de dignidade, de preservação de sua vida, de garantias para seu amplo desenvolvimento e de inviolabilidade de sua vida privada e de sua intimidade.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 9-10.

⁸¹ CAMPOS, *op. cit.*, p. 38.

⁸² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro – **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21.

3.2 Construções doutrinárias e conceituais acerca de privacidade

Para Doneda, a multiplicação dos direitos subjetivos, referentes aos aspectos da personalidade, enseja alguns juristas habituados à sistematização inventariarem quais seriam os direitos da personalidade previstos pelo ordenamento, enquanto outros juristas denunciavam o que consideraram uma profusão inadequada desses direitos. Tornou-se uma solução frequente classificá-los, particularizá-los, ressaltando características que os diferenciasssem dos demais subjetivos. Essa operação se realizou basicamente atribuindo-lhes as características de serem direitos inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Assim, diante de uma nova necessidade – a proteção da personalidade – lançou-se mão de um sistema de tutela preexistente, através da categoria dos direitos subjetivos.⁸³

Exatamente por que entendidas como inseridas no âmbito dos direitos da personalidade, a privacidade e a intimidade comumente se fazem reportadas como espécies dos quais a primeira se constitui gênero, com conteúdos dispostos no arcabouço jurídico formado para que cada pessoa humana usufrua da dignidade que lhe é inerente e das condições necessárias a seu desenvolvimento.

Para Adriano de Cupis, os direitos da personalidade apresentam-se como concretizações da tutela da personalidade e não são típicos. Qualificam-se, numa ordem de importância, como os mais relevantes. Remetem a valores imprescindíveis como a vida e a integridade psicofísica, de modo que, se colocados numa organização hierárquica, ocuparão o topo, pois os bens salvaguardados por tais direitos são “os mais preciosos relacionados à pessoa”.⁸⁴

Capelo de Sousa destaca a intimidade da vida privada nos direitos considerados como da personalidade estabelecendo que, de um lado, a tutela da personalidade humana exige a proteção dos seus bens interiores, o resguardo e a preservação do seu espaço vital, ou seja: das condições externas, sociais e ambientais, essenciais à sua constituição, sobrevivência e desenvolvimento, assim como a defesa das manifestações exteriores dessa personalidade e preservação de cada personalidade nos bens coletivos. Ademais, por outro lado, a tutela dos bens em cada personalidade humana se encontra limitada pela necessidade de proteção das demais personalidades da comunidade, em face a idênticos bens ou a idênticos direitos sobre os mesmos bens, o que leva à exigência de abdicação ou sacrifício, de modo que os danos à

⁸³ DONEDA, *op. cit.*, p. 82.

⁸⁴ DE CUPIS, Adriano – **Direitos da personalidade**. Tradução de: REZENDE, Afonso Celso Furtado. Campinas: Romana, 2004. p. 31.

personalidade só ganhem destaque quando ultrapassam determinado limite.⁸⁵

Presentemente, a privacidade tem sido entendida como o foro íntimo, a parte mais sensível de si próprio, o compartimento reservado em que todo ser humano guarda fatos de sua vida, opiniões, desejos, projetos e sentimentos que, nem sempre, deseja expressar, publicizar ou dar conhecimento às demais pessoas.

Suplantando os limites das barreiras físicas e do isolamento corporal, o conceito de privacidade residiria desta forma no espaço moral, cuja porta, por opção pessoal, o indivíduo abriria ou não para a interação com outros indivíduos ou com a coletividade em geral, mantendo-se sob seu controle a opção quanto aos aspectos de modo, quantificação, abrangência e tempo de fazê-lo.

Urge, no entanto, ressaltar a distinção da proteção à privacidade da tutela que salvaguarda a honra, no que Costa Júnior as diferencia explicando que, na tutela à honra, o titular considerado como parte do meio social, relacionando-se com os seus semelhantes. Já na esfera privada, o homem relaciona-se apenas com sua individualidade, posicionando-se no seio da sua intimidade ou isolamento, na qual resguarda a individualidade do cidadão, concedendo-lhe a pretensão de conservar a sua paz interior contra a publicidade e a eminente indiscrição dos concidadãos.⁸⁶

Deste modo, a privacidade, segundo José Afonso da Silva seria:

O conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. Embarca todas as manifestações das esferas íntimas, privadas e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.⁸⁷

Convém notar que, pela definição usada por José Afonso da Silva, na caracterização da privacidade estariam abarcadas portanto a intimidade e a vida privada. Por tal linha de pensamento, a privacidade seria gênero dos quais a intimidade e a vida privada seriam espécies, no que Celso Ribeiro Bastos resume o direito à privacidade naquele consistente na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida pessoal e

⁸⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath – **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 184.

⁸⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José da Costa – **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 1995. p. 30-32.

⁸⁷ SILVA, *op. cit.*, 2016.

familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.⁸⁸

Já Tércio Sampaio Ferraz Júnior sustenta que o direito à privacidade é de natureza subjetiva fundamental, dividindo-se em sujeito, conteúdo e objeto:

O sujeito é o titular do direito. [...] é toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente (ou transeunte...) no país (art. 5º, *caput*). O conteúdo é a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constranger os outros ou de resistir-lhes (caso dos direitos pessoais) ou de dispor, gozar, usufruir (caso dos direitos reais). A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir a violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O objeto e o bem protegido, que pode ser uma res (uma coisa, não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou um interesse (no caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito.⁸⁹

José Ribas Vieira lembra que, no decorrer da vida, cada pessoa irá desenvolver suas próprias concepções de íntimo e de privado, determinando os limites de expressão dos seus desejos, fator esse que torna ainda mais complexa a tarefa de conceituar a ambos, reforçando que, embora importantes, os critérios subjetivos não são os únicos com força vinculante na elaboração dos conceitos, havendo também elementos objetivos que auxiliam nessa tarefa, citando como exemplo a casa como componente espacial classificador da vida privada.⁹⁰

Sob a ótica de René Ariel Dotti, genericamente, a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo que não deve ser objeto do direito à informação, nem da curiosidade da sociedade moderna que, para tanto, conta com aparelhos altamente sofisticados.⁹¹

Extraída da doutrina alemã, a teoria das esferas, que tem Henkel e Hubmann como seus maiores defensores e expoentes, propôs-se conceituar a privacidade a partir de uma teoria que, utilizando-se da simbologia gráfica de esferas, defende a ideia de que existem três níveis distintos do ser humano passíveis de identificação e distinção, os três identificados por círculos de tamanhos variados.

A primeira esfera, e também a mais ampla, seria a privada, que compreenderia os acontecimentos, atitudes e sentimentos os quais o indivíduo não objetiva externar, compartilhar ou tornar públicos. A segunda esfera, que se encontraria no interior da primeira,

⁸⁸ BASTOS, Celso Ribeiro – **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 125.

⁸⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio – **Sigilo dos dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. São Paulo: Revista da FD-USP, 1993. p. 440.

⁹⁰ VIEIRA, José Ribas – **Direito à intimidade e à vida privada**. Curitiba: Juruá, 2008. p 126-127.

⁹¹ DOTTI, René Ariel – Proteção da vida privada e liberdade de informação *apud* SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 34.

seria a da intimidade, cujo conteúdo o indivíduo só compartilharia e publicizaria com um grupo determinado de pessoas, aquelas que usufruem de sua confiança. A terceira esfera, central e menor que as duas anteriores, seria o âmago, o segredo a ser protegido de toda e qualquer indiscrição, aquele ponto que não seria passível de conhecimento por qualquer outra pessoa que não o próprio indivíduo, nem sequer com o seu círculo mais restrito de convivência, relacionamento ou confiança.

Adotando-se a teoria das esferas, poder-se-ia nitidamente efetuar a distinção entre intimidade e vida privada e, mais ainda, diferenciá-las do segredo. A proteção da vida privada – esfera de maior amplitude – consistiria no direito de subtrair do conhecimento público em geral fatos da vida particular que se revelam aspectos extremamente reservados da personalidade do indivíduo. Já a intimidade – *intimsphäre* ou intimidade, em sentido lato na teoria alemã, refere-se à prerrogativa de se excluírem do conhecimento de terceiros as informações mais sensíveis do indivíduo, tais como aspectos atinentes à vida sexual, religiosa e política, compartilhada apenas com as pessoas mais íntimas e em caráter reservado. Por fim, a esfera do segredo, *Geheimnsphäre* ou intimidade em sentido estrito na teoria alemã, compreenderia as informações relacionadas com os sentimentos, com os sonhos e com as emoções da pessoa, não compartilhadas com ninguém ou compartilhadas apenas com amigos mais íntimos.⁹²

Partindo-se da doutrina alemã, a doutrina italiana passou a entender a zona privada a partir de duas áreas distintas, que seriam o direito à reserva (*riservatezza*) que defenderia a divulgação de informações legitimamente conhecidas e o direito ao respeito da vida privada (*vita privata*) que protegeria o sujeito de interferências externas.

Tratando deste ponto, Fernando Herrero-Tejedor traz a seguinte explicação doutrinária:

Estabelece-se, assim, um quadro classificatório dos ataques à vida privada das pessoas. O direito à *riservatezza* pressupõe a existência de um acesso à intimidade alheia lícitamente verificado. Portanto, o objeto protegido a este nível são os deveres de discrição ou sigilo sobre as circunstâncias relativas à esfera privada de outrem; a infração do direito de acesso aparece a partir do momento em que é violado o dever de reserva, já que a ilicitude recai sobre a divulgação ou revelação de fatos a pessoas alheias à esfera de confiança. A manutenção do dever de discrição expressa o respeito à confiança que induziu o sujeito a participar a notícia a outrem, confidente. A tais parâmetros jurídicos correspondem as relações que se estabelecem com os profissionais de medicina e direito ou com a Administração Pública. Pelo contrário, nas violações do direito ao respeito da vida privada, a ilicitude recai sobre a interferência na esfera privada, por que se visa impedir o conhecimento ou acesso à mesma. Se depois da ingerência nesta esfera se produz a divulgação dos fatos

⁹² VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade de informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Fabris, 2007. p. 30.

conhecidos sub-repticiamente, tal ação será objeto de sanções jurídicas. No direito ao segredo da vida privada incluímos o segredo de correspondência, as conversas privadas, a inviolabilidade do domicílio, o direito à imagem, entre outros.⁹³

Apesar da teoria das esferas representarem um avanço nas tentativas de distinção da privacidade e da intimidade, bem como nas diferenciações do que se constitui público e particular, críticas inúmeras surgiram sobre dela, notadamente as que destacavam que, na prática, inexistiria uma separação absoluta entre o público e o privado e que não haveria em tal teoria a previsão de que, pela própria fluidez, o conteúdo de uma esfera migrasse para outra, por exemplo, nem a solução que seria adotada caso isso ocorresse.

De igual modo, Pedro Pais Vasconcelos refuta essa divisão entre as esferas que determinam o conteúdo do direito à privacidade, destacando a impossibilidade de engessamento da privacidade e da intimidade em esferas fixas e estáticas, até por que haveria variações que não permitiriam que assim o fosse, destacando que esses limites não são os mesmos com irmãos, familiares, amigos ou companheiros de trabalho, por exemplo, assim como também as variações podem ser oriundas de diferenças do tempo e das circunstâncias em que se encontre o indivíduo.⁹⁴

Ademais, segundo Frosini, o próprio Tribunal Constitucional Alemão tornou inaplicável a teoria das esferas, em decisão proferida em 1983, conforme relata em seus estudos:

A sentença determinou a ilicitude de diversos itens da Lei do Censo, de 1982, que atentariam diretamente contra o direito geral de personalidade – *allgemeines persönlichkeitsrecht* – relacionados tanto à coleta como ao tratamento de informações pessoais nos termos propostos pelo censo. Em suas considerações, a teoria das esferas não se demonstrou uma boa guia em um cenário no qual os problemas relacionados à privacidade eram também problemas relacionados a informação automatizada e às suas dinâmicas próprias – corroendo a eficácia de uma construção teórica baseada em pressuposições sobre níveis de intimidade e privacidade e categorias específicas de atos e dados capazes de irromper até tais níveis. Conforme se lê na sentença, não se pode levar em consideração somente a natureza das informações, são determinantes, porém, a sua necessidade e utilização. Estas dependem em parte da finalidade para a qual a coleta de dados é destinada, e, de outra parte, da possibilidade de elaboração e de conexão próprias da tecnologia da informação. Nesta situação, um dado que, em si, não aparenta possuir nenhuma importância, pode adquirir um novo valor; portanto, nas atuais condições do processamento automático de dados, não existe mais um dado sem importância.⁹⁵

⁹³ HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO – **Honor, Intimidad e Propria Imagen**. 2. ed. Madrid: Editorial Colex, 1994. p. 85.

⁹⁴ VASCONCELOS, *op. cit.*, 2006, p. 80-81.

⁹⁵ FROSINI, Vittorio – **Contributi ad um diritto dell' informazione**. Napoli: Liguori, 1991. p. 128-129.

Ao empreender análise acerca da teoria das esferas e sua aplicação, Doneda, lecionando com base nos estudos preliminares de Messinetti, também a ela se contrapõe, inadmitindo ser a privacidade um valor autônomo e entendendo-a como uma forma de concretização da dignidade humana, considerando ser esta o valor efetivo a ser tutelado:

Trabalharmos com esta natureza, que Messinetti denomina “formal”, da privacidade é uma opção em consonância tanto com o desenvolvimento recente da matéria quanto com outra característica sua: o fato dela não ser, em si, um valor. Reconhecer a privacidade como sendo, por si só, um valor, seria uma distorção que a aproximaria do elemento individualista-possessivo de suas origens; assim devemos verificar qual a conotação que a privacidade pode assumir nesta perspectiva não finalística.

A privacidade assume, então, um caráter relacional, que, deve determinar o nível de relação da própria personalidade com as outras pessoas e com o mundo exterior – pela qual a pessoa determina sua inserção e de exposição. Este processo tem como resultado o fortalecimento de uma esfera privada do indivíduo – esfera que não é de Hubman, mas sim uma na qual seja possível a construção da individualidade e o livre desenvolvimento da personalidade sem a pressão indevida de mecanismos de controle social.

Como aspecto não finalístico, verificamos que o real interesse presente em sua tutela é o da dignidade humana, o qual irá em última análise definir seu plano de aplicação.⁹⁶

Verifica-se, portanto, a imensa dificuldade de, até em dias atuais, conceituar-se a privacidade. Primeiro por que está a privacidade intimamente ligada com os valores que a sociedade projeta no homem num determinado momento histórico e a forma subjetiva com que estes valores se fazem absorvidos por ele. Segundo, porque a questão ultrapassa a feição meramente dogmática ou doutrinária para assumir contornos multifacetados até em face do crescente e diversificado número de informações que as sociedades modernas passaram a exigir, processar e armazenar. Terceiro porque, correlacionando-se com a informação e dependendo da natureza dela em si, bem como de sua destinação, a privacidade pode ou não assumir contorno principal ou ainda secundário ante a tutela a ser demandada.

E é exatamente ao analisar esse aspecto específico da informação como elemento objetivo do tipo, notadamente acerca daquela de caráter pessoal, que Stefano Rodotà propõe a conceituação de privacidade como sendo o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada.⁹⁷

Em verdade, no cerne das discussões sobre privacidade está a informação do que o indivíduo é, pensa, sente e faz, e o discernimento do que deseja ser divulgado quanto a isso, fundamento sobre o qual Willian Prosser, em estudo apresentado em Cambridge, sustenta

⁹⁶ DONEDA, *op. cit.*, p. 146.

⁹⁷ RODOTÁ, Stefano – **Tecnologie e diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 122.

haver quatro meios básicos de se afrontar a privacidade: 1) intromissão na reclusão ou solidão do indivíduo; 2) exposição pública de fatos privados, 3) exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público (*false light*), que ocorre quando a pessoa é retratada de modo inexato ou censurável, 4) apropriação do nome ou imagem da pessoa, sobretudo para fins comerciais.⁹⁸

Apesar das controvérsias doutrinárias ou dificuldades conceituais, coincidem todos os atuais estudos sobre a questão no aspecto da privacidade concatenar em si direitos variados: o de poder estar só, o de ser deixado em paz, o de não ser importunado, o de não ser obrigado a compartilhar com outrem daquilo que não deseja, o de resguardo sobre ações, opiniões e preferências e o de manter livre de escrutínio alheio, no que se incluiria até mesmo o próprio Estado, as informações que não deseje o indivíduo publicizar, ressalvados tão somente alguns balizamentos decorrentes da segurança e do justificável interesse público quanto a eles.

3.3 Construções doutrinárias e conceituais acerca de intimidade

Apesar de considerada oponível a todos indistintamente, o direito à intimidade, como direito de personalidade, não se faz absoluto, possuindo limitações intrínsecas e oriundas de marcos legais, bem como extrínsecas e decorrentes da conjugação de situações onde preponderam outros direitos e garantias individuais ou coletivas, a exemplo da dignidade humana, da segurança geral ou ainda da defesa do interesse público, entendimento este que, como já visto, também se aplica à privacidade.

A própria caracterização da intimidade faz-se difícil pelo subjetivismo que encerra, mas poder-se-ia partir do entendimento de tê-la como o ponto mais particular e reservado do ser humano, o “eu” interior, o âmago de cada um, a parte do indivíduo que não pode ser compartilhada com ninguém mais, exceto consigo próprio. Ou seja: aquilo que se reserva, se guarda e se mantém intacto em sua própria essência pessoal.

Já a vida privada, para efeitos de comparação e distinção, teria um aspecto mais amplo que o da intimidade, uma vez que se faz de possível compartilhamento, a exemplo da própria família, do círculo de amizades desfrutadas e ainda de toda e qualquer pessoa que voluntariamente se decidisse dar conhecimento quanto a determinado fato ou informação pessoal.

⁹⁸ PROSSER, Willian – **Privacy - a legal analysis**. In: **Philosophical Dimentions of Privacy**. Cambridge: Schoeman, 1984. p. 107.

Diferentemente de aspectos da privacidade que se fazem passíveis de compartilhamento, ainda que com parcela reduzida do relacionamento pessoal existente, da intimidade não se espera repercussão no meio social, até por conta da própria reserva e exclusividade que lhes são inerentes, e, por conseguinte, da inexistência de publicidade ou divulgação de seu conteúdo, nem mesmo para as pessoas que circundam com maior proximidade o indivíduo que a detém.

No entender de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, apesar de ser tênue a linha que vem a separar os institutos da privacidade e da intimidade, a distinção entre ambos, bem como suas delimitações, se fazem plenamente possíveis:

A intimidade é o âmbito exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros.⁹⁹

Também diferenciando a intimidade da privacidade, Gilmar Mendes afirma que, embora vários autores não as distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento do público. O objeto do direito à intimidade, por sua vez, seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.¹⁰⁰

A intimidade seria, portanto, a subjetividade em seu aspecto mais intrínseco, o magma humano que não pode ser de mais ninguém, o cerne do que se é, pensa ou aspira, cujas informações de caráter personalíssimo, apesar de juridicamente relevantes em algum momento, não são passíveis de serem compartilhadas ou divulgadas, ainda que para um número específico ou restrito de pessoas da órbita mais próxima de relacionamentos existentes.

Passou-se então a questionar a motivação que ensejaria essa necessidade de abstenção de compartilhamento desses aspectos, no que Edson Ferreira da Silva afirma que o direito à intimidade consiste no Poder jurídico de subtrair do conhecimento alheio e de impedir

⁹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio – **Sigilo de dados:** o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1992. p. 79.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira – **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 280.

qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa existência que, de acordo com os valores sociais vigentes, interessaria manter sob reserva.¹⁰¹

Leite Sampaio, ao tratar do conteúdo que comporia efetivamente intimidade sustenta que a intimidade, integra a vida privada, porém de uma forma muito mais dinâmica do que comumente apresentada; cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais, enfim, de uma autodeterminação informativa ou informacional.¹⁰²

Ainda defendendo o estreito relacionamento existente entre intimidade e informação, segundo esse mesmo autor, a simples obtenção de informações pessoais de uma pessoa, portanto, pode ocasionar a violação da intimidade desta. Essa obtenção de informações pode se dar das mais diversas formas: diretamente, através do olhar, do ouvir, da investigação, da coleta de dados, etc; através de técnicas físicas, que consistem em utilizar as leis da natureza para construir dispositivos capazes de exercer vigilância clandestina; ou através de técnicas psicológicas, que objetivam pesquisar a psique da pessoa em busca de informações pessoais.¹⁰³

Tendo a intimidade como o verdadeiro direito ao segredo, isto é, o direito de que não chegue a outrem a informação sobre a qual não se deseja compartilhamento, Alice Monteiro de Barros aponta que não basta que o homem esteja só para que tenha sua intimidade assegurada, uma vez que a mesma pode ser violada a distância, com o uso indevido da tecnologia, sem que haja a presença física do infrator.¹⁰⁴

Já Paulo José da Costa Júnior distingue em exterior e em interior a intimidade. A intimidade exterior seria aquela desfrutada mediante a abstração da multidão que o engloba, alheando-se mesmo quando em meio a ela. Por sua vez, a intimidade interior seria a gozada materialmente, apartado do meio e em separado a seus semelhantes, no verdadeiro desfrute pelo indivíduo da solidão e do direito de estar tão somente consigo próprio.¹⁰⁵

Desse modo, o direito à intimidade tem sido entendido como a consecução subjetiva da própria liberdade individual, entendendo-se para tal mister a faculdade de que goza o ser humano de estar livre para desejar, pensar e preferir, bem como de ter esses produtos imateriais do desejo, do pensamento e da preferência resguardados consigo e encobertos pela

¹⁰¹ SILVA, Edson Ferreira da – **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 131.

¹⁰² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 351.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 370-373.

¹⁰⁴ BARROS, Alice Monteiro – **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 35.

¹⁰⁵ COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só – tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 10-11.

desobrigação de revelá-los a quem quer que seja, o que se tem como de suma importância para seu desenvolvimento pessoal.

3.4 A intimidade e a privacidade postas como direitos fundamentais à luz da norma constitucional brasileira

O constituinte brasileiro optou por utilizar o termo intimidade, mas evitou fazê-lo quanto à privacidade, substituindo esta nomenclatura pela de vida privada, sem, no entanto, emitir conceituação específica a nenhum dos dois institutos, apesar de positivá-las no art. 5º, quando da enumeração de direitos e garantias individuais.

Diante da individualização dos institutos, inobstante sua não conceituação, contribuiu o legislador brasileiro para confundi-los doutrinariamente, notadamente diante da noção de possibilidade de uso subjetivo de cada um, ou de ambos, para as mesmas situações, sem as necessárias diferenciações que lhes são apropriadas.

José Afonso da Silva considera que, ainda assim, o dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. [...] Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou.¹⁰⁶

Ainda segundo José Afonso da Silva, a tutela jurisdicional inserta em tal dispositivo visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: (a) ao segredo da vida privada; e (b) à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha plena liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros.¹⁰⁷

Para Manoel Ferreira Filho, os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 208.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 210.

relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.¹⁰⁸

Observa-se ainda a expressa tutela da privacidade nos incisos X, XI, XII e XIV do art. 5º da norma constitucional brasileira, quando se consolidou o resguardo da inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, bem como o resguardo do sigilo da fonte e do *habeas data* como meio necessário a assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

O sigilo das comunicações é não só um corolário da garantia da livre expressão de pensamento; exprime também aspecto tradicional do direito à privacidade e à intimidade. A quebra da confidencialidade da comunicação significa frustrar o direito do emissor de escolher o destinatário do conteúdo da sua comunicação. A Constituição protege esse direito fundamental, no art. 5º. XII, afirmando “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.¹⁰⁹

De igual modo, para Gilmar Mendes, o domicílio delimita um espaço físico em que o indivíduo desfruta da privacidade, em suas variadas expressões. Ali não deve sofrer intromissão de terceiros, e deverá gozar da tranquilidade da vida íntima. Por isso, a Constituição Federal protege o domicílio, dispondo, no art. 5º, XI, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.¹¹⁰

Ao tratar especificamente sobre a proteção de dados como campo de abrangência do direito à privacidade, Danilo Doneda, inobstante reconhecer a importância de se restar à matéria o esteio da proteção constitucional, ressalva:

Ao derivarmos a proteção de dados pessoais diretamente da privacidade, tal qual espécie e subespécie, existe uma extensão da tutela da privacidade à proteção de dados pessoais. Tal operação, se basta para abarcar a disciplina sob a égide constitucional, arrisca, porém, simplificar os fundamentos da tutela dos dados

¹⁰⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 35.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 11..ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 293.

¹¹⁰ MENDES; BRANCO, *op. cit.*, p. 289.

personais e eventualmente limitar o seu alcance. Um regime de proteção de dados pessoais evidencia a atuação da cláusula geral da personalidade de tal maneira que a referência ao direito à privacidade como seu (maior) fundamento não é nem uma operação automática nem uma opção única. Tomemos um exemplo: a proteção de dados sensíveis, na qual temos que o princípio da isonomia material, em última análise, com fundamento do seu regime diferenciado. Em suma, a proteção de dados pessoais é uma garantia de caráter instrumental, derivada da tutela da privacidade, porém não limitada a esta, e que faz referência a um leque de garantias fundamentais que se encontram no ordenamento brasileiro”.¹¹¹

3.5 A intimidade e a privacidade postas como direitos fundamentais à luz da norma constitucional portuguesa

A Constituição Portuguesa, logo em seu art. 1º, consolida o ideal de um Estado centrado na pessoa humana e, com base nela, centraliza-se num modelo de sociedade sustentada na dignidade e nos demais direitos fundamentais que dela se originam, atribuindo-se ainda ao Estado o dever de dar efetividade a todos eles, o que na leitura de Paulo Otero incluiria a privacidade e a intimidade:

A dignidade humana exige um núcleo de direitos e deveres fundamentais essenciais a cada ser humano: desde direitos e deveres pessoais (v.g., a vida, a integridade pessoal, a liberdade, o desenvolvimento da personalidade, a identidade e cidadania, a constituição de família, a reserva da vida privada e familiar, a propriedade privada, a proteção legal) até direitos e deveres sociais que permitam existir e viver em condições materiais condignas (v.g., um rendimento mínimo que permita satisfazer necessidades básicas, proteção da saúde, o acesso à educação e à cultura), isto sem esquecer os direitos e deveres políticos (v.g., participação política, sufrágio).¹¹²

A bem da verdade, Portugal foi o primeiro país europeu a tutelar expressamente a privacidade, fazendo-o inicialmente por intermédio do Código Civil de 1966, mais precisamente pelo art. 80º., no. 1, sendo que, em etapa posterior, referido direito veio a ser consagrado também em norma constitucional, quando então adquiriu tratamento de direito fundamental, consolidando-se pelo art. 26º da Carta Magna portuguesa.

Ao tratar do dispositivo supratranscrito, Gomes Canotilho e Vital Moreira apresentam-no como uma constelação de direitos que visam dar garantia e proteção à reserva da vida privada e familiar, razão por que se fazia necessário acumular no próprio cidadão vários deles, como o direito à imagem, o direito à palavra e o direito à identidade que se fazem extraídos do art 26º No.1, os quais se fazem complementados, em mesmo objetivo, com os direitos à

¹¹¹ DONEDA, *op. cit.*, p. 325-326.

¹¹² OTERO, *op. cit.*, p. 38.

inviolabilidade do domicílio e da correspondência do art. 34º seguinte e os direitos de defesa contra o tratamento informático de dados do art. 35º mais adiante posto.¹¹³

Ainda acerca de tal dispositivo, não se tem como possível afirmar ou concluir que tenha tido o mesmo embasamento na teoria das três esferas, dada a própria inexistência de critérios específicos de separação ou graduação delas no texto constitucional, ausência esta sobre a qual Jorge Miranda justifica sua utilização, em versão comedida e gradualista pelo Tribunal Constitucional Português, excluindo as possibilidades de conceptualismo e de uma leitura rígida, taxativa ou engessada, da seguinte forma:

Isso significa, desde logo, que a reserva da intimidade da vida privada e familiar não se reporta apenas a factos ocorridos na privacidade do domicílio ou, eventualmente, contidos em meios de comunicação abrangidos por um dever de sigilo e confidencialidade, podendo igualmente respeitar as ocorrências verificadas em sítios públicos e, bem assim, no respectivo local de trabalho (embora não integrem o âmbito da intimidade juridicamente tutelada os factos relacionados com a vida profissional dos cidadãos que tenham sido ocasionados por força do desempenho das respectivas funções e que não tenham fundamento em aspectos da sua vida privada, visto que os termos do exercício de determinada atividade profissional, no quadro de uma estrutura empresarial organizada – seja com base em vínculos laborais, seja por força de relações jurídicas de natureza distinta –, respeitam, por natureza, a todos os membros dessa estrutura, revestindo, assim, carácter público – ainda que eventualmente circunscrito à esfera íntima da empresa em causa).¹¹⁴

Em complementação, Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que não é fácil demarcar a linha divisória entre o campo da vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade, no que defendem que o critério constitucional deve arrancar dos conceitos de privacidade e de dignidade humana de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea. Ainda de acordo com os referidos autores, o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deverá limitar-se a um conceito de vida privada com três referenciais básicos: o respeito dos comportamentos, o respeito do anonimato e o respeito da vida em relação.¹¹⁵

Na leitura de Capelo de Sousa, a aplicação dessa tutela abrange não só o respeito da intimidade e da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e inclusivamente os respectivos acontecimentos e trajetórias, mas ainda o respeito a outras camadas intermédias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meio de comunicação

¹¹³ CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.*, p. 178-182.

¹¹⁴ MIRANDA; MEDEIROS, *op. cit.*, p. 453.

¹¹⁵ CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.*, p. 181-182.

privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, bem como dos rendimentos patrimoniais e de demais elementos privados da atividade profissional e económica [...].¹¹⁶

Ao se tratar de intimidade e privacidade na norma constitucional portuguesa, ainda se correlacionam o art. 34º., que trata da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, e o art.35º., que trata da utilização da informática, dos dados pessoais e de suas aplicações.

Segundo Jorge Miranda, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e de outros meio de comunicação constituem um regime especial de tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada (cfr., neste sentido, entre outros, Ac. No. 452/89, no qual o TC expressamente afirma que “a inviolabilidade do domicílio a que se refere o art. 34º. Da Constituição exprime, numa área muito particular, a garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, genericamente afirmado no art. 26, No. 1, da Constituição” e Ac. No. 507/94 onde declara que “de um modo de vista constitucional, o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência tutela o direito à intimidade pessoal, prevista no art. 26º.da Constituição”). Com esta decantação do direito à reserva da intimidade e da vida privada, a Constituição densifica dois direitos subjetivos públicos de conteúdo negativo – a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações, integrando este conceito a correspondência e outros meios de comunicação.¹¹⁷

Continuando ainda pela interpretação dada por Jorge Miranda ao art. 34º, a inviolabilidade prevista por aludido dispositivo trata-se de um referencial jurídico, não naturalístico, cujos contornos e limites são definidos pela Constituição. O art. 34º estabelece nos nº. 2, 3 e 4, um catálogo de violações admissíveis, à qual se soma a possibilidade de suspensão desses mesmos direitos em situação de estado de sítio ou de emergência, excluindo, assim, a ideia de uma inviolabilidade total.¹¹⁸

Na leitura de Carlos Ruiz Miguel, o direito à privacidade das comunicações, na Carta Magna portuguesa, encontra respaldo no mesmo dispositivo do direito à privacidade de domicílio, envolvendo tanto o princípio da inviolabilidade da correspondência, como o das comunicações em geral. Esta inviolabilidade possui dois conteúdos diversos: liberdade das comunicações e segredo das comunicações. Na análise à essência deste direito, percebe-se a busca tanto pelo respeito á segurança da vida privada, por meio da inviolabilidade de materiais que contém expressões de pensamentos individualizados e com destinatários determinados, como a ideia de garantir o direito à liberdade de expressão e opinião, que

¹¹⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 317 e segs.

¹¹⁷ MIRANDA; MEDEIROS, Rui. *op. cit.*, p. 549.

¹¹⁸ *Ibid.*

podem dirigir-se ao público geral e conter não apenas pensamentos, mas, também, juízos e relatos de acontecimentos diversos, sejam públicos ou privados.¹¹⁹

Canotilho refere que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: constituem, num plano jurídico objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual e implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).¹²⁰

Paulo Otero também destaca que o livre desenvolvimento da personalidade, genericamente consagrado no art. 26º, No. 1, da Constituição, encontra na liberdade o sentido unificador dos direitos do ser humano como pessoa, funcionando como pressuposto da formação e respeito da identidade de cada um, entendendo que o livre desenvolvimento da personalidade surge, neste sentido, como uma cláusula residual de direitos ou manifestações de liberdade individual. A afirmação de um princípio geral de liberdade envolveria, por consequência, o reconhecimento de um direito à diferença de cada pessoa humana na sua maneira de ser, pensar e agir, enquanto realidade única, irrepetível e infungível: o livre desenvolvimento da personalidade determinaria portanto, o respeito pela autonomia de cada ser humano na formação de sua individualidade, na exploração das potencialidades das suas forças e talentos, na arbitrariedade da escolha de todas as opções e na configuração do seu modo de vida.¹²¹

¹¹⁹ MIGUEL, Carlos Ruiz – **La configuración constitucional del derecho a la intimidad**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 89.

¹²⁰ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 541.

¹²¹ OTERO, *op. cit.*, p. 42.

4. A TUTELA JURÍDICA DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE DA PESSOA IDOSA

4.1 Posicionando a problemática ante os aspectos de vulnerabilidade, dependência e incapacidade

Ao se adentrar a temática da reserva pessoal aplicada à pessoa idosa, deve-se partir da concepção de que a ela assistem todos direitos que se encontram garantidos indistintamente em razão do caráter de humanidade existente, o que inclui a privacidade e a intimidade, fazendo-se ainda importante registrar que tal garantia independente de qualquer condição ou característica que eventualmente vier a ostentar o indivíduo.

Urge também evidenciar que a personalidade humana encontra-se em constante construção, nascendo com o indivíduo e continuando a se desenvolver ininterruptamente por todo o curso de sua existência, agregando-se a ela aspectos intrínsecos e extrínsecos oriundos do meio com o qual se comunica e interage durante o processo vital.

Eventual diluição ou restrição da privacidade e da intimidade do idoso têm repercussão direta no desenvolvimento sequencial da personalidade, uma vez que rompe seu núcleo mais reservado e extingue aspectos de individualização, desfavorecendo a diversidade, desrespeitando as diferenças existentes, potencializando as fragilidades e atingindo diretamente o âmago do ser no que há de mais interior.

Com relação a esse aspecto de individualização, Canotilho e Machado não deixam dúvidas acerca de sua importância, dispondo:

Em todo caso, a doutrina mais recente tende a sublinhar que expressões como privacidade ou intimidade devem ser interpretadas na sua dependência contextual, por referência a variáveis tão diversas como a evolução das mentalidades, a identidade, a situação, o papel social e o estilo de vida dos visados. Nesta mesma linha, Costa Andrade, entre nós, aponta para a relatividade histórico-cultural e para a variabilidade pessoal-concreta da privacidade e da intimidade.”¹²²

No entanto, ao centrar a investigação no idoso, certo também se faz que a perda ou a gradativa limitação das condições físicas e psíquicas decorrentes do envelhecimento impõe a ele condição de vulnerabilidade e, neste bojo, aparece o desequilíbrio natural que termina por reduzir a capacidade de autonomia, percepção e autodeterminação, tornando-o dependente, total ou parcialmente de outrem, bem como fragilizando-o em inúmeros outros aspectos da vida.

¹²² CANOTILHO; MACHADO, *op. cit.*, p. 55.

Expor a relação entre envelhecimento e deficiência é importante por várias razões. Primeiro, por que o envelhecimento vem acompanhado de algumas limitações nas capacidades físicas e, às vezes, intelectuais, mas, apesar do envelhecimento crescente de quase todas as populações do mundo, na maioria delas pouco ou nada se tem feito para que estas limitações não se tornem causa de deficiências. Segundo, porque mostra que, na ausência de mudanças na forma como as sociedades organizam seu cotidiano, todos seguem em direção a uma fase da vida em que se tornarão deficientes, o que motiva, ainda por meio da defesa de interesses egoístas, a melhoria de Políticas Públicas voltadas à deficiência. Terceiro, porque lembra que a interdependência e o cuidado não são algo necessário apenas diante de situações excepcionais, mas, sim, necessidades ordinárias em vários momentos da vida de todas as pessoas. Quarto, porque a previsibilidade do envelhecimento permite entender que muito da deficiência é resultado de um contexto social e econômico que se reproduz no tempo, pois a deficiência no envelhecimento é, em parte, a expressão de desigualdades surgidas no passado e que são mantidas.¹²³

E é exatamente em vista dessa situação de desequilíbrio natural, decorrente da idade, que aparece a necessidade de analisar se, diante desse quadro, haveria alguma descaracterização ou modificação estrutural da privacidade e da intimidade enquanto institutos jurídicos. Nesse ponto, convém lembrar que se agregam à privacidade e à intimidade as obrigações de respeito e de inviolabilidade, entendendo-as acobertadas pelo resguardo, ainda que analisadas no contexto do idoso dependente e vulnerável.

Nessa linha de pensamento é que Oliveira Ascensão observa adoecer mais o organismo do idoso, portanto, enquanto houver vida, faz-se necessário que as especificidades desse corpo e dessa mente sejam cuidados, uma vez que os direitos da personalidade decorrem das necessidades específicas de cada ser humano segundo a sua personalidade ontológica.¹²⁴

Para Fabiana Rodrigues Barletta, sabe-se que faz parte dessas individualidades coincidentes ou características especiais o declínio psicofísico gradual das pessoas de idade avançada. Desse modo, muitos idosos convivem com as debilidades que lhes são mais comuns do que às pessoas jovens. Ainda assim, sua integridade física e psíquica, que provêm dos seus direitos de personalidade, há de ser sempre preservada.¹²⁵

Convém ressaltar que é na situação de vulnerabilidade e de fragilidade extremadas que

¹²³ MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora – Envelhecimento e deficiência. In: **Os novos idosos brasileiros: Muito além dos 60?** Rio de Janeiro: Ipea, 2004. p. 113.

¹²⁴ ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 80.

¹²⁵ BARLETTA, Fabiana Rodrigues – **O direito à saúde da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 39.

muitos dos direitos dos idosos tendem a ser inobservados, incluindo-se os atinentes à privacidade, à intimidade e à vida privada, situação que se verifica muitas vezes respaldada nas relações familiares ou no convívio próximo, mediante as justificativas de segurança, assistência ou de cuidados especiais.

Também deve ser destacado que, inobstante a necessidade inegável de cuidados, apoio, segurança e demonstração de afetos, não podem os problemas naturais da velhice serem usados como pretextos para legitimar a invasão da privacidade e da intimidade do idoso, nem para que dele se faça abstráida a prerrogativa de tomada de decisões, nem afastado de seus bens e objetos pessoais, retirado da gestão de seus recursos financeiros ou ainda ser considerado descapacitado unicamente em razão da idade.

Especificamente quanto à capacidade jurídica, evidencia-se que ela, aliada às demais capacidades, principalmente a econômica e a política, quando retiradas da pessoa idosa, se constitui em importante elemento de redução de autodeterminação, de imposição de constrangimentos diversos e de limitação de direitos, incluindo-se outros de igual natureza humana fundamental. Exatamente por isso, o reconhecimento da incapacidade do idoso deve ser medida excepcional, justificada e apropriada aos limites da incapacidade apontada, dadas as consequências, nem sempre positivas, que claramente atrai sobre sua pessoa.

Nesta linha, Jorge Miranda e Rui Medeiros interpretam o No. 4 do art. 26 da Constituição Portuguesa, afirmando que as restrições à capacidade civil estão sujeitas à reserva de lei e não podem ter fundamento político ou ser, por qualquer outro motivo, à luz do art. 13º e do art. 18º, No. 2, arbitrárias ou excessivas, devendo ter motivo suficientemente justificativo e respeitar os princípios da igualdade e proporcionalidade.¹²⁶

Outra circunstância que não pode prescindir de análise, apesar de revelar a face mais cruel e impiedosa da senilidade, é a de que o idoso vulnerável e dependente se faz mais suscetível a ser vítima de violência. Essa violência, que pode ser estrutural, interpessoal ou institucional, se faz manifestada por diferentes e variadas formas, a exemplo do abuso físico e maus tratos; abuso financeiro e econômico; abuso psicológico e violência psíquica; abuso e violência sexuais; abandono e negligência.

Apesar de ser multiforme a violência praticada tendo o ancião como vítima, observam-se dois aspectos comuns e persistentes a todos: o de que esses atos se aproveitam impreterivelmente da fragilidade física, emocional e psíquica da vítima, bem como de sua capacidade reduzida de reação e livramento, e o de que esses atos repercutem

¹²⁶ MIRANDAB, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada. vol I.** 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 456-457.

obrigatoriamente sobre a esfera íntima e privada do idoso vitimado, uma vez que rompem a materialidade corpórea, a integridade psicológica, os sentimentos, as necessidades físicas, dentre outros aspectos componentes de seu resguardo mais pessoal.

4.2 Apontamentos sobre a intimidade, a privacidade e a reserva da vida privada da pessoa idosa

Importante destacar o chamado direito ao respeito como apêndice do próprio direito à dignidade humana e a estreita relação de ambos com os direitos à intimidade e à privacidade, na convicção de que o respeitar e o reconhecer como digna a pessoa do idoso implica necessariamente em preservar sua intimidade e em observar os limites impostos por ele próprio aos aspectos de sua vida que deseja preservar ou não revelar.

Considerando-se direito à privacidade, chegam-se aos fatos sentimentos e pensamentos que não desejam os idosos expressar, manifestar ou deles compartilhar com quem quer que seja, ou ainda quando só com alguns desejam fazê-lo. Neste sentido, não se pode a eles impor ou obrigar que externem aspectos de sua vida, notadamente quando trazem consigo algum desagrado, tristeza ou constrangimento. Como a própria nomenclatura já implica, trata-se do direito ao privado, ao reservado, ao resguardo interior que a cada pessoa assiste independente da idade que apresentar.

Na proteção à vida privada dos idosos, incluem-se os aspectos que costumam ser compartilhados, com a família e com o círculo de convivência mais próximo. A vida privada conserva consigo, no entanto, a restrição e a limitação de acesso como formas de preservação do corpóreo e do incorpóreo que a compõe. Nela se incluem bens imateriais, como sentimentos, aspirações e lembranças, da mesma forma como abrange bens materiais, tais como o domicílio, o espaço e os objetos pessoais em geral. A proteção à vida privada abrangeria, neste entendimento, o conjunto destes bens corpóreos e incorpóreos que tornam especial e distinta a vida daquele idoso.

Doutrinariamente, tem-se por inclusos ou correlacionados ao direito à vida privada dos idosos também os seguintes direitos: a) à liberdade de domicílio, assim entendido o asilo inviolável do indivíduo e o local privativo e protegido onde vive e condiciona seus objetos, segredos e relíquias pessoais, o que para os idosos possui inclusive maior significância em face do apego que costumam ter a reminiscências e memória pretérita; b) à liberdade sexual, o qual incluiria, além da orientação sexual propriamente dita, os direitos de se portar, vestir e

agir também de acordo com ela; c) à liberdade da vida familiar, o que incluiria a faculdade de formação do núcleo familiar de acordo com seus aspectos pessoais; d) à liberdade religiosa, que seria a faculdade do idoso em professar seu credo com ampla liberdade, sem discriminações de quaisquer espécies; e) à convivência próxima e íntima, que configuraria na liberdade do idoso em estabelecer seu próprio círculo de convivência, distinguindo e escolhendo as pessoas que deseja conviver de forma mais próxima, em vista dos que lhe trazem melhores sentimentos e experiências mais positivas; f) às memórias próprias e familiares, que assegurariam o direito de guarda e manutenção de documentos e objetos significativos de sua estória pessoal e familiar, incluindo-se fotografias, documentos, cartas e escritos; e g) à liberdade de disposição de seus recursos financeiros que seria o direito dos idosos de usar, gozar e usufruir de seus recursos financeiros livremente, sem tutela ou restrição imposta por outrem, sem outros comprometimentos que não sejam os do sustento próprio e os que assumir por espontânea vontade.

Convém ressaltar que a liberdade da pessoa idosa não se concretiza nas posturas negativas do não fazer, do abster-se ou ainda do não importunar que eventualmente vierem a ser adotadas pela sociedade ou pelo Estado, exigindo positividade para que seja ela concretizada mediante atos afirmativos, intervenções judiciais e políticas públicas que lhe tragam efetividade.

Já ao se tratar da intimidade do idoso, o primeiro ponto a ser abordado também é quanto ao respeito que se deve destinar à sua pessoa, ao resguardo de seu "eu" mais íntimo, de sua individualidade, de seu aspecto pessoal mais intrínseco, da maneira única de ser, de pensar e de sentir que possui. Esse respeito implica na abstenção por todos de sua convivência de atos que impliquem em afronta às suas peculiaridades, ao modo de ser, estar e pensar e, principalmente, às razões internas do por que o faz.

Para Paulo Roberto Ramos Barbosa, o direito à liberdade não se restringe mais àquela ideia do indivíduo que não é mais incomodado pelo Estado e pelos seus semelhantes. Ser livre não é apenas não dever, dentro de certos limites, satisfação a quem quer que seja e, portanto, não ser importunado. Para que os indivíduos gozem da liberdade de pensamento, do direito à intimidade e do direito de ir e vir já não são suficientes as omissões do Estado.¹²⁷

Aprofundando o tema, José Martinez de Pisón Caveró destaca que, na atualidade, também não se pode mais outorgar à intimidade apenas o sentido negativo de sua concretização, qual seja: o de não compartilhar, o de recusar intromissões ou o de renunciar à

¹²⁷ RAMOS, *op. cit.*, p. 125.

vida social, devendo muito pelo contrário, ser concretizada a intimidade por posturas afirmativas e positivas advindas do exercício da liberdade, da reafirmação da dignidade, do controle de informações e da imposição de limites ao poder informático, por exemplo.¹²⁸

Importante destacar que a privacidade e a intimidade inserem-se no rol dos chamados direitos da personalidade, isto é, aqueles cuja tutela jurídica é fundamental para que a personalidade humana se desenvolva e conserve a dignidade, a integridade e o respeito que lhes são inerentes, e isso não possui prazo de validade, nem diminui ou finda com o decorrer dos anos, razão pela qual correta a concepção de que a personalidade continua a se desenvolver e a se reafirmar nesses valores consecutivamente ainda que idosa seja a pessoa que detenha sua titularidade.

Afora isto, não se pode esquecer que a privacidade, a intimidade e a vida privada encontram-se interligadas originalmente à noção jurídica de patrimônio e de domicílio, apesar da dissociação havida posteriormente diante da própria evolução e distinção de todos enquanto institutos jurídicos autônomos, o que demandou uma revisão doutrinária, conceitual e até mesmo legislativa acerca deles.

Inobstante tal fato ter o idoso um local unicamente para si, ainda que tal espaço esteja inserido na residência de parentes, em local de internação ou ainda em um asilo, é considerado extremamente importante para que possa ele usufruir de privacidade e intimidade, uma vez que esse espaço próprio, com delimitação física bem estabelecida, quando existente e respeitado, enseja satisfação à necessidade de manter fora do escrutínio alheio o que deseja resguardar, bem como serve de abrigo a bens materiais e imateriais que não deseja tornar públicos ou compartilhar.

Quanto a tal aspecto, José Ribas Vieira dispõe que cada pessoa irá desenvolver suas próprias concepções acerca do íntimo e do privado no decorrer da vida, determinando, limitando e expressando seus próprios desejos, o que torna extremamente complexa a tarefa de conceituar a ambos. Nesse sentido, torna-se relevante o papel da vontade quando se objetiva determinar se algo é íntimo ou faz parte da vida privada. Em reforço a essa ideia, aduz que, embora importantes, os critérios subjetivos não são os únicos elementos vinculantes nesta conceituação, arguindo haverem elementos objetivos que importam nessa tarefa, no que exemplifica a casa como elemento espacial classificador da vida privada.¹²⁹

¹²⁸ CAVERO, José Martínez de Pisón – **El Derecho a La Intimidad em La Jurisprudencia Contitucional**. Madrid: Civitas, 1993. p. 66.

¹²⁹ VIEIRA, José Ribas – **Direito à intimidade e à vida privada**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 126-127.

Também importante, para a preservação da privacidade e intimidade é que o idoso mantenha a gestão sobre seus bens e recursos, resguardando suas necessidades básicas e desejos como produto de seu trabalho ou dos benefícios sociais e previdenciários que vier a fazer jus. Ao tratar desse ponto específico, Paulo Roberto Ramos Barbosa entende que existe uma repercussão patrimonial importante, dispondo que, sem benefícios dignos, os velhos enfrentarão grandes dificuldades para garantir sua intimidade, por que acabarão nas ruas, em casa de parentes, onde nem sempre são bem tratados ou em asilos, espaços coletivos no quais a pessoa nunca fica sozinha, devidamente protegida do olhar das outras pessoas.¹³⁰

De igual forma, o abuso financeiro levado a cabo por familiares e pessoas próximas, além de vitimizar o idoso, também impacta diretamente em sua vida privada, já que resulta no isolamento forçado, no desinteresse gradativo, na imposição da condição de dependência e na transferência progressiva de bens e acervos pessoais para outrem, situação que, além de lhe impor situações extremamente desvantajosas, também o levaria a uma renúncia forçada do que de mais íntimo e pessoal guardaria consigo.

Com o entendimento de que a honra seria o próprio reflexo da sociedade acerca do conceito do homem, de seu valor moral transmutado na estima e consideração de terceiros, muito também se correlaciona a intimidade, a privacidade e a reserva da vida privada com a honra, o que também se aplica aos idosos. Para tanto, parte-se do ponto de vista de ter a honra como um dos bens mais valiosos dentro do conceito de personalidade, uma vez que de nada adiantaria ser o que se é se não houvesse o reconhecimento de quem compõe minimamente o círculo de convivência que fora construído ao longo dos anos.

A honra da pessoa idosa se compõe da situação presente, mas se alimenta de fatos e situações pretéritas, de memórias, de lembranças, de realizações e de superações havidas ao longo da vida, razão pela qual abrange a referência, a posição e a boa fama que lhe destinam o meio social com o qual convive, mas principalmente o conceito, o brio e a estima que intimamente destina a si próprio.

Nesse sentido, a honra em si não se exauriria no reconhecimento de outrem, por mais que esse reconhecimento fosse almejado ou necessário, mas contemplaria principalmente a satisfação íntima de cada um, o que premiaria por assim dizer o esforço pessoal empreendido para ser o que se é e para ter feito o que se fez, o que inclui a dedicação, o empenho, os sacrifícios, o esforço e as diversas renúncias havidas ao longo do tempo, no caso das pessoas idosas.

¹³⁰ RAMOS, *op. cit.*, p. 126.

Destaque-se que outro direito intimamente ligado à privacidade, à intimidade e à reserva da vida privada é o da imagem. Trata-se de direito diferente do da honra e implica na proteção da própria imagem humana, integral ou fragmentada, entendendo-se que essa imagem deva ter os requisitos obrigatórios de completude e de integralidade, precavendo que o idoso se enxergue incompleto ou diminuído por motivo algum, seja pela idade em si, seja por motivos de foro íntimo ou de sua vida privada.

Ao analisar o direito à intimidade, à luz da liberdade de informação, Leite Sampaio preleciona que, independentemente do exercício do direito de informar, urge analisar-se o contexto da lesão provocada à intimidade ou à privacidade pela atitude considerada invasiva, o que poderia levar o invasor a responder nas esferas cível e até criminal. Dispõe ainda que fatos ligados ao estado de saúde; defeitos físicos ou deficiências psíquicas; tratamento médico ou submissão à intervenção cirúrgica; recuperação de um estado mórbido; opiniões políticas, filosóficas e religiosas, incluindo-se o exercício da religiosidade e a prática de culto; relações conjugais ou extraconjugais; histórias amorosas e sentimentais; relações familiares; gostos e preferências sexuais, dentre outras informações de cunho pessoal privado, para serem divulgadas prescindiriam de justificativa relevante e de comprovado interesse público.¹³¹

Verifica-se que as situações elencadas pelo autor se aplicam, com precisão, às pessoas idosas, notadamente no que pertine às informações acerca de saúde, deficiências, tratamentos médicos, condições financeiras e relações familiares, as quais possuem repercussão instantânea sobre sua vida cotidiana acaso divulgadas sem justificativa ou prévia autorização, além de serem ainda potencialmente mais lesivas, quando observadas a fragilidade e a vulnerabilidade que lhes são características.

A proteção dos dados pessoais se constitui em elemento tão importante à personalidade que a legislação portuguesa confere proteção a essas informações, como resguardo da privacidade, não só às pessoas vivas, como também às já falecidas, entendendo que sua tutela deve ser defendida por seus sucessores, familiares e amigos que guardam suas memórias.

Convém notar que, comumente, entende-se a intimidade do idoso como aquela que se relaciona de forma direta e pessoal a ele enquanto indivíduo; a privacidade como aquela aplicada ao ambiente que o circunda e a vida privada como aquela inerente ao contexto em que se encontra ele inserido. Exatamente por isso, existem informações que, ainda que não

¹³¹ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 390.

enquadradas necessariamente como íntimas, podem ser relevantes à privacidade e ao resguardo da vida privada, no que deve se proteger e reconhecer o dano em caso de violação.

Outro ponto que se correlaciona diretamente com o tema é o da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e informacional, bem como o acesso ao banco de dados públicos existente, consolidando o direito de informar, de se informar e de ser informado, no que Alexandre de Moraes interpreta da seguinte forma:

O direito de receber informações verdadeiras é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos. A proteção constitucional às informações verdadeiras também engloba as eventualmente errôneas ou não comprovadas em juízo, desde que não tenha havido comprovada negligência ou má-fé por parte do informador. A Constituição Federal não protege as informações levianamente não verificadas ou astuciosas e propositalmente errôneas, transmitidas com total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem prestar-se à tutela de condutas ilícitas. A proteção constitucional à informação é relativa, havendo a necessidade de distinguir as informações de fato de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante.¹³²

Nesse sentido, percebe-se que a liberdade de informação, apesar de ampla e abrangente, encontra-se balizada pela inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do indivíduo, mantendo-se resguardada a vida interior que não deseja o mesmo expor ou compartilhar.

Ainda sob tal abordagem, Áurea Pimentel Pereira assevera que, ao preservar, de indébita intromissão, a intimidade e a vida privada dos cidadãos, quis o texto constitucional assegurar a cada um, na sociedade, o direito de não ver tornados públicos fatos que só o titular do direito pode ser juiz da oportunidade de sua divulgação, se e quando a sua publicidade não venha a expô-lo a incômodos ou constrangimentos, destarte garantindo-se, a cada um, o direito de não ter sua vida privada devassada, via publicidade de fatos de sua intimidade, feita por meio de fotografias, filmes ou textos escritos.¹³³

Observa-se então claramente uma contraposição que coloca em posições inversas o interesse público pela informação e pela notícia de um lado e, de outro, o interesse individual de reserva da vida privada e da intimidade. Quanto a tal antagonismo, Paulo Mota Pinto dispõe que um dos requisitos essenciais para que seja considerada legítima essa transgressão

¹³² MORAES, Alexandre de – **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 252.

¹³³ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 73.

do direito à privacidade é que o fato se apresente como de puro interesse público, o que não se confunde com curiosidade pública, além de ser necessária ao conhecimento da coletividade, sendo exercida uma função informativa e não meramente recreativa ou publicitária, expondo-se, desta forma, a menor parcela possível da intimidade.¹³⁴

Já para Luis Roberto Barroso, diante de eventual conflito entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade e, para dirimi-lo, alguns balizamentos sugeridos seriam a veracidade do fato, a licitude do meio utilizado para a obtenção da informação, a natureza pública ou privada da personalidade, o local da ocorrência, a natureza do fato e a existência ou não de interesse público na divulgação.¹³⁵

Nesse ponto, Canotilho e Vital Moreira asseveram que não se faz fácil a demarcação da linha divisória entre o campo da vida privada e familiar que goza da reserva de intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade, devendo o critério constitucional ser obtido dos conceitos de privacidade e dignidade humana de modo que se faça possível definir um conceito de esfera privada individual e culturalmente adequado à vida contemporânea. Afirmam ainda que a intimidade da vida privada e familiar deve delimitar-se num conceito com referencia civilizacional sob os aspectos de respeito aos comportamentos, respeito ao anonimato e respeito à vida em relação.¹³⁶

Ao definir o conteúdo do direito à reserva da vida privada, Luis Fariña Matoni utiliza-se de três referências básicas: a) a relativa ao passado que pode ser evocada no presente, mesmo contra a vontade do indivíduo, razão por que faria parte da intimidade o direito ao esquecimento e ao segredo das recordações pessoais; b) a relativa ao presente, no que residiriam dados pessoais, imagem, identidade e objetos); c) a relativa ao futuro, composta de planos, projetos e aspirações futuras.¹³⁷

Ao tratar da proteção das informações como reguardo da intimidade e da privacidade dos idosos, deve-se contextualizar alguns aspectos primordiais da questão, os quais, inobstante não serem inerentes tão somente a essa faixa etária, terminam por também lhes contemplar dado o caráter genérico que enunciam. Quanto a tal aspecto, Jorge Miranda e Rui

¹³⁴ PINTO, Paulo Mota. **O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada**. Boletim da Faculdade de Direito – LXIX. Coimbra, 1993.

¹³⁵ BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.88-90.

¹³⁶ CANOTILHO; MOREIRA, Vital *op. cit.*, p. 181-182.

¹³⁷ MATONI, Luiz Fariñas. El derecho de La intimidad. In: PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de Imprensa e vida privada. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1994. p. 106.

Medeiros defendem que os direitos à imagem e à palavra incluem o direito de que não sejam registradas ou divulgadas palavras ou imagens da pessoa sem o seu consentimento, conferindo assim um direito à reserva e à transitoriedade da palavra falada e da imagem pessoal.¹³⁸

Destaque-se que nunca se vivenciou um período de maior inclusão digital que o da Contemporaneidade, onde a informação circula nas diversas redes sociais e nos aplicativos de mensagem, sem barreiras de conteúdo, territorialidade ou temporalidade! Segundo, deve-se relevar que nunca houve tanta exposição pessoal quanto nos dias atuais, o que tem reforçado a noção de que intimidade e privacidade seriam valores disponíveis, podendo seu titular, formal ou tacitamente, permitir a invasão ou evasão desses direitos.

Quanto a esses aspectos específicos, importante a observação de Habermas de que o oposto da privacidade não seria a publicidade, mas a indiscrição, inclusive dispondo acerca da possibilidade de que o direito à privacidade se faça exercido em público, exemplificando essa posição no caso de artistas, políticos e pessoas que, por fama, atuação ou profissão, se fazem naturalmente expostas, e que, ainda sim, a privacidade se fará presente.¹³⁹

Também ao tratar do tema, Zygmund Bauman refuta a noção de reprobabilidade que passou a acompanhar os atos pessoais de resguardo e de não exposição, desconstruindo a lógica instalada de que a existência só adquire significado se exposta e tornada visível, objetivando o desejado reconhecimento social e considerando que a privacidade seria o exílio ou o cárcere forçado para aqueles que desejassem se torturar ou expiar os próprios erros, colocando ainda a suspeição de que só desejariam o espaço ou vida privada aqueles que tivessem aspectos pessoais a esconder.¹⁴⁰

A noção de que haja uma obrigatoriedade de exposição geral de todos e de que a conectividade digital deva ser ilimitada e irrestrita como requisitos de aceitação e inclusão sociais deve ser desconstruída de imediato no caso dos idosos, até em função da vulnerabilidade multiforme que possuem, do caráter discriminatório a que estão mais expostos e da repercussão que pode lhes atingir com mais facilidade acaso suas informações pessoais sejam publicizadas e aspectos de sua intimidade e vida privada sejam objeto de indiscrição ou compartilhamento indevido.

¹³⁸ MIRANDA; MEDEIROS, *op. cit.*, p. 450.

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro. Estudos de Teoria política.** São Paulo: Loyola; 2004. p. 173.

¹⁴⁰ BAUMAN, Zygmund. **Cegueira moral.** Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2014. p. 47-55.

4.3 Dos elementos primordiais para constituição da privacidade e intimidade da pessoa idosa

Apesar de existirem estudos apontando inúmeros elementos que possivelmente constituiriam a privacidade e a intimidade de um modo geral, essa abordagem se concentrará em três deles, a independência, a autonomia e o controle de dados e informações pessoais, entendendo-os como necessários e essenciais para que referidos direitos continuem a se concretizar ainda na etapa de velhice do indivíduo.

A independência da pessoa idosa pode ser entendida como a habilidade que continua ela a manter para a execução das funções inerentes à vida diária, realizando normalmente as atividades cotidianas que sempre desempenhou sem necessidade de assistência de outrem no que concerne a locomover-se, situar-se no tempo e no espaço, compreender as informações que lhes são dirigidas, responder às demandas do quotidiano, reconhecer as pessoas mais próximas, alimentar-se, promover a própria higiene e asseio, manter-se, cuidar das próprias finanças e comunicar-se.

Para Fernandez, a ocorrência de três fatos fundamentais marca a vida da pessoa dependente: uma limitação física, psíquica ou intelectual; uma incapacidade para realizar por si mesma as atividades da vida diária; e a necessidade de assistência ou cuidado por parte de terceira pessoa.¹⁴¹

Nesse patamar, consolida-se a ampliação de abrangência de tais direitos, que se antes buscava pauta na independência e no resguardo do homem perante o Estado, hoje passa a incluir também a independência e resguardo do homem perante a sociedade, reafirmando-se a autonomia e a independência como requisitos da inviolabilidade do idoso enquanto ser humano, bem como de preservação de sua dignidade.

Guilherme Gama, ao tratar do direito ao envelhecimento, como direito personalíssimo e indissociável da dignidade humana, constata que o idoso sofre com a ameaça constante de subtração de sua autonomia em decorrência das naturais contingências da velhice, o que terminaria por implicar em mutação de sua condição jurídica, que de pessoa plenamente capaz até uma determinada etapa de sua vida passaria rapidamente a incapaz durante a velhice. Discorre ainda que o direito ao envelhecer se constitui também em direito social, razão pela qual restaria à sociedade a atenção, não só para com as condições dignas desse processo, mas também para que se faça resguardado ao idoso os direitos à vida, à saúde física e psíquica, à

¹⁴¹ FERNANDEZ, Alberto Muñoz – **El cuidado de las personas dependientes ante la crisis del estado de bienestar**. Valencia: Tirante Humanidades, 2013. p. 242.

intimidade, à privacidade, dentre outros, no que o respeito à sua autonomia seria fundamental.¹⁴²

No entender de Iadya Gama Maio, a autonomia da pessoa idosa pode ser entendida como a habilidade de controlar, lidar e tomar decisões pessoais sobre como se deve viver diariamente, de acordo com suas próprias regras e preferências¹⁴³, conceito que, por si só, já revela a intrínseca relação entre autonomia e a intimidade e a privacidade.

No que tange à pessoa idosa, a autonomia aliará então a capacidade de deliberar segundo seus interesses e convicções, bem como de agir com base nessas deliberações, reafirmando, não só para outrem, mas principalmente para si próprio, seus gostos, preferências e vontades. Exatamente por isso, a autonomia poderia ser definida, em sentido estrito, como autodeterminação, no que se constitui pressuposto dos direitos à liberdade, à privacidade e à intimidade, dentre outros.

O idoso autônomo age com liberdade, toma suas próprias decisões, exerce suas vontades, omite as informações que não deseja compartilhar, decide o que resguardar e o que revelar de sua vida pessoal. Já o idoso com autonomia restrita ou diminuída se faz incapaz de deliberar e agir conforme suas vontades e convicções, se deixa controlar por outros e perde a condição de manter sua intimidade e de reservar aspectos importantes de sua privacidade. Conservar a autonomia para o idoso é reforçar os aspectos de segurança, valorização social, autoestima e respeito próprio tão importantes para que sua personalidade continue a desenvolver, afastando-o das situações de isolamento, alheamento, ociosidade, inutilidade e discriminação que a redução ou diminuição dela propiciam.

Segundo Cohen, o direito à privacidade possui importante papel na proteção da capacidade que o indivíduo detém para formar, manter e apresentar aos outros uma autoconcepção coerente, verdadeira e autêntica de si próprio, sendo que, sem ela, inexistiria liberdade de expressão, identidade e até mesmo cidadania. Afirma ainda o mesmo autor que, sem autonomia e privacidade, não se asseguraria a inviolabilidade da personalidade, nem o controle da identidade.¹⁴⁴

Reforçando esse entendimento, Doneda afirma ser a esfera privada aquela onde a pessoa tenha condições de desenvolver sua própria personalidade, livre de ingerências

¹⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da – **Princípios constitucionais de direito de família - guarda compartilhada à luz da lei 11698/08**: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008. p. 276-280.

¹⁴³ MAIO, Iadya Gama – **Pessoa idosa dependente**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 37.

¹⁴⁴ COHEN, J.L. – Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. **Revista Brasileira de Ciência Política** – No. 7, 2012. p. 188.

externas, fazendo com que ela não seja submetida a formas de controle social que anulariam sua individualidade, cerceariam sua autonomia e, em última análise, inviabilizariam seu livre desenvolvimento.¹⁴⁵

Assim, para se obter o respeito à dignidade da pessoa idosa é necessário, não só, mantê-la resguardada de qualquer ato que importe em ofensa à integridade física ou psíquica, como também, garantir-lhe a existência material mínima, o respeito à isonomia e à autonomia da vontade, sendo esta última questão primordial a ser considerada, quando se fala em dignidade da pessoa idosa.

Já segundo Maria Paula Ribeiro de Faria, não existindo uma razão concreta que leve a concluir em sentido inverso, a pessoa de idade deve ser considerada totalmente capaz de tomar as suas decisões. Fundamental é que tenha capacidade para entender a informação que lhe é dada (no caso específico das intervenções médicas, o esclarecimento deve adequar-se ao perfil, educação e sensibilidade da pessoa a qual se dirige), capacidade para a reter, para a articular como momento de tomada de decisão e, para comunicar a sua decisão final.¹⁴⁶ Acrescenta ainda a autora que, para decidir da legitimidade de uma medida a tomar relativamente à pessoa e bens do idoso incapaz, sobretudo quando ainda lhe resta margem de capacidade e decisão e de autonomia, é sempre necessário proceder à articulação entre o seu melhor interesse objectivo e o espaço de autonomia que ainda mantém, não sendo legítimas intervenções que envolvam o sacrifício completo de uma das dimensões ou interesses (interesse objectivo ou autônima) à custa da esfera de interesse que se lhe contrapõe.¹⁴⁷

No entender de Sérgio Paschoal, o envelhecimento heterogêneo enseja duas situações-limite. Muitos idosos podem permanecer bastante saudáveis e com boa habilidade funcional até anos tardios, podendo manter estáveis suas características físicas, mentais, de personalidade e sociais: se há hábitos e estilos de vida saudáveis e na ausência de uma doença importante, haverá adaptabilidade e reserva funcional suficiente para a maioria das atividades. Por outro lado, os idosos podem adquirir incapacidades em qualquer dos domínios citados (físico, mental, psicológico, condições de saúde e socioeconômico) e isto pode não ser passível de recuperação; as condições crônico-degenerativas, progressivamente mais prevalentes, vão levando à deterioração funcional; é verdade que adaptações podem ser feitas (terapia ocupacional, p.ex.), modificações do meio ambiente também (acessibilidade, p.ex.),

¹⁴⁵ PINHEIRO, Naide Maria – **Estatuto do Idoso Comentado**. 4a ed. Campinas: Servanda Editora, 2014. p.194-195.

¹⁴⁶ FÁRIA, *op. cit.*, p. 38.

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 40.

além de reabilitação e uso de próteses e órteses, restaurando e compensando as perdas funcionais.¹⁴⁸

Outra complementação necessária ao conceito de autonomia alia a capacidade de consolidar-se a ampliação de abrangência do estudo de tais direitos, que se antes buscava pautar-se na independência e no resguardo do homem perante o Estado, hoje passa a incluir também a independência e resguardo do homem perante o próprio homem, reafirmando-se sua autonomia e independência como requisitos de sua inviolabilidade enquanto ser humano, bem como de preservação de sua dignidade.

Marini afirma que a dignidade humana pressupõe a liberdade de fazer as escolhas essenciais ao desenvolvimento da personalidade, assegurando a maior autonomia possível, resguardando a independência do indivíduo em não se restringir a uma identidade particular que eventualmente tenha sido cristalizada. Entende o mesmo autor que a intervenção estatal é necessária à garantia do reconhecimento e garantia que resguardem um espaço de privacidade, no que essa intervenção deve ser impeditiva do estigma social, da imposição de identidades e da padronização de comportamentos.¹⁴⁹

Com os incontáveis avanços tecnológicos ocorridos e o uso recorrente de meios informáticos, as pessoas encontram-se cada vez mais vulneráveis à devassa da vida privada e da intimidade, dada a exposição que esses recursos tem possibilitado notadamente a quem deseja, de forma não consentida, devassar ou escrutinar aspectos da vida de outrem que se encontrem reguardados pela discrição, pela reserva e pelo segredo.

Stefano Rodotà relembra que os direitos da personalidade, nos quais se incluem a vida privada e a intimidade, não raro sofrem com a intromissão alheia, reconhecendo que, ao lado deste reconhecimento, de forma cada vez maior, existem os riscos do progresso tecnológico, onde também está a consciência da impossibilidade de deter o progresso, ainda quando este não apresenta prognósticos tão somente positivos.¹⁵⁰

Nesse sentido, citam-se as pesquisas de dados via Internet, a interceptação de correspondências eletrônicas, o compartilhamento de informações comerciais, a veiculação de imagens não autorizadas, a obtenção de dados e informações através de redes sociais e a vigilância via câmeras instaladas em ambientes públicos e privados como alguns dos desafios

¹⁴⁸ PASCHOAL, Sérgio Márcio Pacheco – **Qualidade de vida do idoso: elaboração de um documento que privilegia sua opinião**. [Em linha]. [Consult. 21 out. 2019].

¹⁴⁹ MARINI, Giovanni – **La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità**. In: *Il diritto privato nella società moderna*. Nápole: Jovene Editore, 2005. p. 380-415.

¹⁵⁰ RODOTÁ, Stefano – **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 41-42.

impostos pela modernidade à preservação dos direitos à intimidade, à privacidade e à reserva da vida privada.

Faz-se crescente a possibilidade de se obter informações úteis sobre alguém, até pelo ambiente de maior disponibilidade dela, a um custo cada vez menor, o que só tende a aumentar nos anos próximos. Para Doneda, tratar-se-ia de uma linha evolutiva que vem de décadas e que não será interrompida no futuro, sendo que uma informação que provavelmente não seria sequer registrada sem o auxílio do computador, ou que seria apagada de sua memória caso os custos de armazenamento fossem maiores, tem hoje muitas chances de permanecer guardada, o que implica claramente nas informações de cunho pessoal. Aumentada portanto, a quantidade de informação disponível sobre uma pessoa, informações que podem influenciar a vida futura de qualquer um.¹⁵¹

Nesse ponto específico, urge deixar claro que os dados e informações que podem ser devassados por terceiros em desrespeito à privacidade e à intimidade do indivíduo idoso, inclusive por intermédio de meios tecnológicos, são inúmeros e diversificados, podendo ter natureza emocional, comercial, social, familiar, fiscal, previdenciária, bancária, financeira, criminal, médica, genética e previdenciária, dentre outros.

Algumas das informações mais buscadas, em se tratando de idosos, são as relacionadas a seu perfil médico e genético, cuja frequência crescente e potencial lesão que representam ao âmbito da intimidade e da privacidade, fazem merecer o destaque dado à matéria nos últimos anos. Em verdade, o próprio declínio das condições físicas e mentais decorrentes da velhice, não raramente, fazem que com que as informações sejam buscadas e armazenadas por quem possui interesse nesse conteúdo em face de relação mantida com o idoso, a exemplo de empregadores, planos de saúde, seguradoras, previdências privadas e até mesmo o próprio Estado.

De posse destas informações não autorizadas, os prejuízos ao idoso são imensos, dos quais cita-se as possibilidades de estigmatização enquanto indivíduo genotipado, de discriminação no mercado de trabalho, de encargo financeiro majorado para fins previdenciários, de oneração ou exclusão securitária, seja por situações preexistentes, seja em decorrência de eventual aspecto de sua vida que agrave um determinado risco.

Exatamente nesse raciocínio, para José Adércio Sampaio, a intimidade integra a vida privada, porém de uma forma muito mais dinâmica do que comumente apresentada; cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser

¹⁵¹ DONEDA, *op. cit.*, p. 177.

com os demais, enfim, de uma autodeterminação informativa ou informacional. Sampaio relaciona ainda o direito à intimidade diretamente com o controle ou domínio que a pessoa tem sobre as informações que, recebidas ou enviadas, lhes sejam juridicamente relevantes.¹⁵²

4.4 A privacidade e a intimidade da pessoa idosa ante a necessidade de cuidados prestados por terceiros não inseridos em seu núcleo familiar

Um dos temas que mais tem atraído discussões, quando se trata de idosos, é o que versa sobre seus cuidados pessoais, notadamente quando não são eles prestados por entes de sua composição familiar, mas, sim, por profissionais que o fazem mediante pagamento de remuneração ou salário. Trata-se de um processo que vem sendo conhecido como mercantilização da vida íntima e que começa a ser estudado por profissionais de diversas áreas sociais e jurídicas.

Não se pode deixar de reconhecer que a idade avançada implica em certas debilidades, doenças e disfunções, as quais demandam que a pessoa idosa necessite de cuidados a serem realizados no intuito de que lhe deem garantidas segurança, alimentação, asseio, higiene, ministração farmacológica, locomoção, exercícios físicos e mentais, atividades ocupacionais, etc.

Nesse ponto, importa lembrar que tradicionalmente o cuidado do idoso via-se relegado à própria família, como consequência natural da afetividade que caracteriza o vínculo de parentesco, além de seus deveres básicos de reciprocidade, solidariedade, responsabilidade comum e assistência. Essas atividades eram, normalmente, exercidas por mulheres, de forma invisível, discreta e sem reconhecimento moral ou financeiro da sociedade e dos demais integrantes do núcleo familiar, posto que entendidas como uma consequência natural das outras atividades de cunho doméstico e da abstenção ao mercado de trabalho daquela a quem incumbia a atividade de cuidar do idoso.

Analisando a situação, ainda se espera que a família ofereça os cuidados à pessoa idosa, no que as próprias legislações constitucionais brasileira e portuguesa trazem expressos os deveres de cuidado e assistência familiar ao idoso. No entanto, é sabido que a disponibilidade, inclusive temporal, das famílias para prestar diretamente esses cuidados vem diminuindo. Afora o fator tempo em si, os aspectos da vida moderna, como exigências econômicas compartilhadas, mudanças de composição do núcleo familiar, igualdade de

¹⁵² SAMPAIO, *op. cit.*, p. 351.

gênero, inserção feminina no mercado de trabalho e até mesmo certa precarização de vínculos afetivos, fizeram aparecer uma nova situação, onde passou a praticamente inexistir a figura do ente familiar dedicado tão somente aos cuidados do idoso.

Em paralelo a essas dificuldades, cumpre evidenciar também a ocorrência do processo de verticalização familiar, fazendo com que mais gerações estejam vivenciando a velhice ao mesmo tempo, o que decorre como resultado fático da própria longevidade. Com tudo isto e como as necessidades continuaram a existir, surge o cuidado íntimo mercantilizado, quando se vê recriada a prática desse cuidar como um todo, uma vez que, de gratuito passa a oneroso, de afetivo passa a comercial, de familiar passa a profissional.

Nesse ponto, não se pode perder de vista que os cuidadores passam a ter acesso a uma parte da vida íntima e privada do idoso, não por relacionamento familiar ou afetivo, sendo que eventual afetividade, ainda que possível de ser construída num momento posterior, não existe inicialmente na relação estabelecida, nem se encontra obrigada a existir como condição de efetividade do vínculo entre ambos.

Ao tratar desse aspecto, Salazar vai além, afirmando que, no trabalho de cuidado mercantilizado, as disposições morais podem manifestar-se no senso do dever e de responsabilidade da pessoa cuidadora, na abnegação ao trabalho, no sacrifício, na dedicação, ou simplesmente a cuidadora pode ser indiferente e irresponsável com relação às necessidades da pessoa idosa.¹⁵³

O ato de cuidar, ainda que profissional, implica em convivência, em ciência e contato do cuidador com aspectos da vida privada do idoso, tais como gostos, preferências, hábitos, lembranças, objetos pessoais, fotografias, imagens religiosas, informações, dados financeiros e memórias afetivas, sendo que isso se dá sem expressa anuência do titular do direito à privacidade, ou ainda sem seu consentimento, mas sim por força de uma relação contratual de trabalho ou de prestação de serviços do qual, inobstante ser o idoso o real beneficiário da contratação ou avença, não se constitui parte contratante dela na grande maioria das vezes.

De igual modo, o cuidador conhece e toca o corpo do idoso, procede sua higiene corporal e bucal, aplica medicação, faz curativos, alimenta, auxilia em necessidades fisiológicas e troca fraldas e roupas, por exemplo, entrando em contato físico, visual e olfativo com aromas, fluidos corporais, urina, excrementos e outros, o que se insere na esfera de sua intimidade, posto que adentra ao que, antes do período de senilidade e desfuncionalidade,

¹⁵³ SALAZAR PARREÑAS, Raquel – **Servants of Globalization: Women, Migration e Domestic Work**. Califórnia: Stanford University Press, 2001.

reservou tão somente consigo, sem compartilhamento nem mesmo com as pessoas mais próximas.

Nesse ponto, evidencia-se a importância da integridade corporal do idoso para a composição de sua intimidade e a forma como ela se vê exposta quando se fazem necessários cuidados de terceiros, abrindo uma outra vertente, desta feita para que a própria necessidade traga a possibilidade de limitação a essa esfera íntima pessoal, além da disposição legal e da intervenção judicial.

Afora o aspecto físico propriamente dito, o ato de cuidar também envolve compartilhamento de questões insertas no âmbito da privacidade do idoso, permitindo que o cuidador, mesmo nas situações iniciais e, portanto, ainda sem vínculo afetivo com ele, tenha contato com sua história de vida, relações pessoais, questões emocionais, sentimentos, desejos, dores, angústias e necessidade.

Nesse bojo, a privacidade e a intimidade do idoso que necessita de cuidados especiais, na relação quotidiana com os chamados cuidadores profissionais, terminam por ser compartilhadas, ainda que não seja essa situação originada de sua própria vontade, nem em virtude de lei ou decisão judicial que assim o determine. Trata-se, por certo, de uma situação nova, não somente pela ruptura na dinâmica de solidariedade e da reciprocidade inerentes ao ambiente familiar, mas também pela reanálise das disposições morais e afetivas que assumem valor econômico no espaço íntimo do indivíduo com mais idade.

4.5 A proteção normativa da privacidade e da intimidade do idoso no ordenamento jurídico português

4.5.1 A Constituição Portuguesa aplicada ao resguardo da privacidade e da intimidade do idoso

O primeiro marco constitucional aplicável, por assim dizer, pauta-se no estabelecimento da plena cidadania e se encontra previsto no art. 4º, fazendo elo de ligação entre o Estado e as pessoas de forma igualitária e sem distinções.

Já no art. 9º, estão estabelecidas, dentre as tarefas fundamentais do Estado, as de garantia dos direitos e liberdades fundamentais, da igualdade real entre os portugueses e da promoção do bem estar e da qualidade de vida do povo em geral.

No art. 12º da Constituição Portuguesa, tem-se a consagração do princípio da

universalidade, afirmando que o condensado de direitos e deveres constitucionais são aplicados a todos os cidadãos de forma indistinta. No art.13º, encontra-se sedimentado o princípio da igualdade, dispondo que todos possuem a mesma dignidade social e igualdade perante a lei, cuja leitura de Jorge Miranda, concentrando-se apenas no princípio da igualdade enquanto vínculo específico do poder legislativo, dispõe que a jurisprudência constitucional portuguesa distingue três dimensões no controlo do respeito pelo princípio da igualdade: a proibição do arbítrio, a proibição de discriminação e a proibição de diferenciação.¹⁵⁴

Já sob o título dos "Direitos, liberdades e garantias", encontra-se o art. 25º que afirma a inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas e o art. 26º que reconhece os direitos à identidade pessoal, desenvolvimento da personalidade, capacidade civil, cidadania, bom nome, reputação, imagem e intimidade da vida privada e familiar.

No âmbito da comunidade europeia, a Constituição de Portugal é considerada como a que melhor trata da questão dos idosos, uma vez que se faz possível vislumbrar que a preocupação do legislador ultrapassou o mero intuito assistencial, fixando o olhar nas garantias, mas principalmente na efetiva inclusão social das pessoas velhas como cidadãos que são: completos, dignos e iguais a todos os demais.

Mencionando expressamente os idosos, o art. 64º reafirma o direito da proteção à saúde, mediante a criação de todas as condições económicas, sociais, culturais, ambientais e sanitárias que garantam à velhice qualidade de vida saudável.

O art. 66º reafirma o direito a todos, incluindo-se idosos, a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Ao tratar do tema da família, o art. 67º atribui ao Estado a promoção de rede de apoio familiar em geral, bem como o dever de estabelecimento e manutenção de uma política própria para a terceira idade.

Já no trato específico do tema terceira idade, contido no art. 72º, o legislador português, mais que a segurança económica, convívio familiar e condições de habitação, garantiu aos idosos a completa e irrestrita autonomia pessoal, bem como seu não isolamento social ou marginalização.

Na leitura de Jorge Miranda, uma constituição fortemente comprometida no plano social não pode ignorar um dos grupos sociais mais vulneráveis de nosso tempo: a população idosa. O legislador constitucional revela, assim, estar consciente de que as ameaças que as populações mais velhas – um grupo cada vez mais relevante na estrutura etária da população – enfrentam (de isolamento, de negligência, de abandono, de maus tratos, de dependência, de

¹⁵⁴ MIRANDA; *op. cit.*, p. 167.

medicação, etc) constituem novos desafios num Estado de Direitos Fundamentais. E, uma vez que a dignidade da pessoa humana concreta e historicamente situada não cessa na velhice, incumbe ao Estado promover uma política de terceira idade que respeite a autonomia pessoal do idoso – o qual, cidadão, estrangeiro ou apátrida, conserva a titularidade de direitos fundamentais – e que, evitando o seu isolamento ou a sua marginalização social – ou qualquer situação análoga desconforme com o princípio da dignidade da pessoa humana – o proteja efetivamente enquanto sujeito de direitos.¹⁵⁵

O mesmo dispositivo estabelece ainda que a política para a terceira idade garanta a efetiva e ativa participação das pessoas mais velhas na sociedade, garantindo-lhes as medidas econômicas, culturais e sociais neste mister, bem como todas as oportunidades de realização pessoal. Em interpretação abrangente deste dispositivo, o legislador português não só determina a adoção de políticas públicas para solução das várias demandas que decorrem da velhice, como também reconhece que existem, nessa faixa etária, grupos heterogêneos que precisam ser relevadas em opções político-legislativas próprias, pois só desta forma estar-se-ia garantindo oportunidades de desenvolvimento, bem estar e satisfação pessoal.

4.5.2 Outras legislações portuguesas que resguardam a privacidade e a intimidade do idoso

Dentre outras legislações portuguesas que fazem referências a idosos, tem-se a legislação civil a regular capacidade, incapacidade e suprimimento; casamento; responsabilidade civil; alimentos; morte e consequências jurídicas, dentre outros aspectos.

Um ponto a ser evidenciado encontra-se no art. 71º. No.2, onde referido Código previu expressa proteção à privacidade de pessoa falecido, outorgando legitimidade para que ascendentes, descendentes e cônjuge sobrevivente possam reguardar esse direito e obter, acaso seja de interesse fazê-lo, as verbas reparatórias ou indenizatórias eventualmente cabíveis em face da lesão havida.

Já no art. 80º, encontra-se cristalizado o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, com extensão a ser definida conforme o caso e as pessoas envolvidas. De acordo com Antonio Menezes Cordeiro, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada obteve uma referência sucinta nesse dispositivo, mas, para efeito de análise destaca que a própria referência a uma vida privada já inculca a uma outra vida, a pública, onde não há reserva alguma. Assim sendo, entende que a primeira parte do artigo supramencionado cumpre a função de proteger as esferas privada, secreta e íntima, deixando de fazê-lo diretamente

¹⁵⁵ *Ibid.* p. 1012-1013.

quanto à pública e social-individual. Na segunda parte, encontra-se que esta proteção estaria limitada por um dado objetivo que seria a natureza do caso e um dado subjetivo que seria a condição da pessoa.¹⁵⁶

Em complementação, o art. 81º enuncia que toda limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública, dispondo ainda que, mesmo quando se fizer legal, faz revogável, com a ressalva da possibilidade de indenização acerca de eventuais prejuízos oriundas de expectativas legítimas frustradas.

Código Penal português também tipifica a violação do domicílio em seu art. 190º, a devassa da vida privada em seu art. 192º e a devassa por meio de informática em seu art. 193º, bem como a violação de segredo em seu art. 195º, todos tratados como crimes semi-públicos, o que faz prescindir a apresentação de queixa pela vítima, conforme estipulação contida no art. 198º.

Segundo Menezes Cordeiro, quer no crime de violação de domicílio, quer no de devassa da vida privada e quer ainda no de devassa por meio de informática, o bem jurídico protegido é o da intimidade. Já os crimes de introdução em lugar vedado ao público (191º), de violação de correspondência ou de telecomunicações (192º), de violação de segredo (195º) e de aproveitamento indevido de segredo (196º), todos do Código Penal, também podem tutelar a vida privada, embora se dirijam, em primeira linha, a outros tipos de bens.¹⁵⁷

Refira-se também a legislação penal ao tratar, em parte própria, dos crimes contra idosos, bem como a Lei de Saúde Mental e Internamento Compulsório, a qual se aplica aos idosos não só quanto aos aspectos de saúde propriamente ditos, mas também quanto à preservação de dignidade, privacidade e intimidade durante o período de eventual internação, com vários dispositivos aplicáveis neste intuito.

O ordenamento jurídico português não possui uma legislação especial que venha a regulamentar a questão dos idosos, a exemplo do Estatuto do Idoso brasileiro, utilizando-se do arcabouço de normas já existentes para contemplá-los, seja no resguardo de direitos e garantias, nas necessárias intervenções e na aplicação de medidas protetivas porventura cabíveis.

¹⁵⁶ CORDEIRO, Antonio Menezes Cordeiro. **Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral Pessoas**. 5. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A, 2019. p. 275-277.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 279-281.

4.6 A proteção normativa da privacidade e da intimidade do idoso no ordenamento jurídico brasileiro

4.6.1 A Constituição Brasileira de 1988 aplicada ao resguardo da privacidade e da intimidade do idoso.

Costuma-se dizer que a cada nova constituição surge um novo Estado. Exageros à parte, e ainda que abertas as discussões sobre se haveria um novo Brasil após 1988, ano em que foi promulgada a atual Constituição, indiscutível se faz que ela trouxe uma nova e diferente modelagem para o trato da questão dos idosos no país. Esta nova roupagem terminaria cristalizando-se cinco anos depois, quando o Estatuto do Idoso entrou no ordenamento jurídico brasileiro, já em 2003, sob a forma da Lei Federal 10.741.

Nesse ponto, deve-se ter em conta que a norma constitucional supracitada, logo em seu artigo primeiro, estabelece o compromisso da República Brasileira com o Estado democrático de direito fundamentado nos ideais de dignidade humana, igualdade, respeito aos direitos, promoção do bem comum, liberdade, justiça, solidariedade e cooperação entre os povos.

Entendendo a dignidade humana como sustentáculo de todos os demais direitos fundamentais, devem ser citados o art. 5º, tratando de direitos e deveres individuais e coletivos, os arts. 6º a 11º, os quais versam sobre os direitos considerados sociais e os arts. 14º a 17º, pautados nos direitos tidos como de natureza política.

Propriamente no art. 5º, inciso X, encontra-se a proteção à privacidade e à intimidade, quando o legislador constituinte prescreveu serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, direitos que, se lesados, resultam na obrigação de indenizar. Pela própria leitura do dispositivo, verifica-se a aplicação indistinta de tal dispositivo a todos os cidadãos, incluindo-se os idosos.

Observa-se também que a intimidade, a vida privada e a honra tiveram trato constitucional como institutos distintos, além de ter sido estabelecida a obrigação de indenizar em caso de inobservância da inviolabilidade resguardada constitucionalmente, sem necessidade portanto de nenhum outro texto legal para sua aplicação, inclusive quanto à pessoa idosa.

No capítulo pertinente à Assistência social, notadamente no inciso V do art. 203, encontra-se a garantia da concessão de um salário mínimo mensal para o idoso que, com

sessenta e cinco anos ou mais, comprovar não possuir meios para sustentar a si próprio ou à sua família. Nomeado como BPC, benefício de prestação continuada, seu objetivo se pauta na garantia do mínimo existencial para a preservação da dignidade da pessoa idosa considerada carente.

Ao tratar especificamente sobre os idosos, já nos arts. 229 e 230, o legislador constituinte atribuiu expressa responsabilidade da família e do Estado em seu amparo, amparo este que seria a preservação de seu bem estar geral e sob todos os enfoques possíveis: econômico, social, familiar, emocional e físico, além do moral, de forma a serem os mesmos resguardados pelas garantias que assistem a todos os cidadãos, indistintamente.

4.6.2 O Estatuto do Idoso – Lei Federal 10.741, de 01 de outubro de 2003 – e outras legislações brasileiras que resguardam a privacidade, a intimidade e a vida privada do idoso

A Constituição Brasileira de 1988, também reconhecida como “constituição cidadã”, cumulou e introduziu inovadoras ordens legitimadas em legislações infraconstitucionais, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e, em 2003, a Lei 10.741, comumente denominada por Estatuto do Idoso.

O Estatuto do Idoso veio ao encontro dos próprios anseios da sociedade no sentido de que um instrumento normativo consolidasse e regulamentasse os direitos fundamentais dos idosos, já tratados genericamente no conteúdo constitucional e em esparsas legislações. Por conta disto, o Estatuto surgiu do clima colaboracionista e irmanado entre o Poder Legislativo e a Sociedade civil, tornando-se um divisor de águas no trato da questão dos idosos no Brasil.

Desde o estabelecimento do marco cronológico de sua aplicabilidade aos 60 (sessenta) anos, até o detalhamento dos direitos à vida, ao trabalho, à ampla assistência, à saúde, à seguridade social, à privacidade, à habitação, ao transporte e inúmeros outros, bem como a descrição das políticas públicas e das medidas de proteção em caso de violação ou ameaça a direitos dos idosos, tudo foi considerado avanço no arcabouço jurídico brasileiro.

Especificamente quanto à privacidade, à intimidade e à vida privada, o Estatuto enunciou no art. 10, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. Quanto à liberdade, incluiu o direito do idoso de ir e vir e o de manifestar amplamente posições e opiniões, bem como o de livremente professar as crenças e cultos que melhor lhe aprouver. Resguardou também os direitos ao refúgio e à assistência. E o principal: o direito ao respeito, o qual

incluiria a garantia de inviolabilidade de sua integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação de sua imagem, identidade, honra, autonomia, valores, ideias e até mesmo espaços e objetos pessoais, cristalizando assim a dignidade da pessoa idosa e o resguardo privado e íntimo de sua vida.

Devem também ser citados: a) o Código de Defesa do Consumidor, que vem a considerar a pessoa do idoso como consumidor hipervulnerável, reconhecendo o aspecto de fragilidade ainda maior que a já destinada aos demais consumidores e conferindo-lhe rede de proteção ainda mais abrangente nas atividades de consumo e de prestação de serviços que nele se fazem pautados; b) a Lei Federal 10.173/2001, que inseriu os arts. 1.211-A a C ao Código de Processo Civil, prevendo tratamento processual prioritário e diferenciado para pessoas que portem sessenta e cinco anos ou mais, com a ressalva de que, além da tramitação mais célere, essa legislação também ter sido utilizada para a imposição de tratamento mais reservado a tais processos; c) as Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, que regulamentam a previdência e o amparo às contingências sociais básicas e, d) a Lei Federal 9.656/98 e as Resoluções correlatas da ANS - Agência Nacional de Saúde, que tutelam o idoso no campo da saúde privada.

No Código Civil de 2002, o legislador infraconstitucional brasileiro, ao tratar do Direito da Personalidade, no Capítulo II, do Livro das Pessoas, em seus artigos 20 e 21, considerou expressamente a intimidade e a reserva da vida privada, dispondo:

Art. 20 – Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização de imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.¹⁵⁸

Art.21 – A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Observam-se também no Código Civil, algumas estipulações protetivas de idosos, a exemplo do regime obrigatório de separação de bens para indivíduos que casem aos setenta anos ou mais, bem como algumas limitações de sua autonomia ao tratar de determinados aspectos da sucessão, da interdição, da doação e da adoção.

A Lei 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa, foi a primeira que trouxe a previsão de vida privada e intimidade como limites da liberdade de informação, estabelecendo ainda a

¹⁵⁸ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. [Em linha] [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

obrigação de indenizar diante da inobservância desses parâmetros, bem como diante de calúnia, injúria e difamação, conforme se extrai de seu art. 49, parágrafo 1º.

O Código Penal brasileiro tutela a privacidade e intimidade, mediante tipificação dos delitos de violação de domicílio (art. 150); violação de correspondência (art. 151); violação de comunicação telegráfica (art. 151, parágrafo 1º, inciso II); inviolabilidade de segredos (arts. 153 e 154), dentre outros.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa iniciou-se com o instigante tema dos direitos da personalidade, delimitando-os no enfoque dos direitos à privacidade, à intimidade e à reserva da vida privada dos idosos, interesse surgido pela própria evolução que a temática da velhice tem colhido nas últimas décadas, notadamente ante o crescente envelhecimento da população mundial e, neste contexto, a necessidade de reequivalência e reequilíbrio das relações sociais e jurídicas pertinentes.

Logo de início, cumpriu-se fazer apontamentos não lineares acerca da evolução da velhice enquanto fenômeno vivencial de grande relevância na composição social, bem como do importante papel jurídico e econômico que os velhos têm desempenhado ao longo da História, até que se chegasse à consolidação do direito ao envelhecimento como inserido no rol dos direitos humanos, sob o sustentáculo dos valores inalienáveis da vida e da dignidade humana.

Partiu-se, então, por sustentar a dignidade humana como direito basilar de onde se originam todos os direitos de personalidade, incluindo-se os direitos à intimidade e à privacidade, que tiveram conceituação inicial interligada ao direito patrimonial, no que se confundiam com o domicílio como refúgio da vida privada, evoluindo para se firmarem como direitos próprios com o reconhecimento de serem incorpóreos os valores, cuja tutela se fazia necessária, partindo-se do resguardo e da necessidade de estar só.

Na parte conceitual, foram destacadas as diversas teorias que objetivavam dar-lhes respaldo doutrinário, bem como fazer a distinção da privacidade, da vida particular e da intimidade, diferenciando-as em termos de objeto e de abrangência, no que se destaca a teoria das três esferas e as posteriores variações que dela partiram em busca de um reforço teórico que respondesse a situações e questionamentos que ainda não haviam sido satisfatoriamente contemplados, a exemplo da própria fluidez das esferas e da possibilidade de que seus conteúdos se comuniquem.

Ao empreender a análise desses direitos sob o enfoque das necessidades oriundas da velhice, com a fragilidade e a vulnerabilidade que lhes é inerente, bem como com a dependência que advêm do agravamento dessas condições, observa-se a necessidade de preservação da intimidade e da privacidade como garantias da própria dignidade, a partir da manutenção de autonomia, independência e controle informacional, considerados elementos

que, inobstante não serem únicos, nem se fazerem exaurientes da questão, restam-se primordiais para sua concretização, tratando-se de idosos.

Exatamente ao se observar a privacidade e a intimidade, sob o enfoque da pessoa idosa, adequando-se a base teórica e a normatização existente às suas peculiaridades, notadamente no que diz respeito à teoria das três esferas, conclui-se também pela impossibilidade de tê-las como círculos estáticos ou engessados, sendo clara a dinâmica de mobilidade de seus conteúdos, que se intercomunicam ainda mais nesse período específico da vida humana.

No caso da dependência extrema, deve ser ressaltado que, diante dos cuidados físicos e psicológicos, bem como do amparo emocional que terminam por exigir, as esferas de privacidade, vida privada e intimidade do idoso praticamente se confundem, uma vez que muito pouco da esfera íntima fica sem compartilhamento ou sob segredo. Apesar disto, não há que se falar de extinção da intimidade nessa fase, uma vez que seu objeto continua a existir, ainda que, por necessidades variadas, migre para as esferas mais abrangentes, passando a ter compartilhamento total ou parcial.

Outro ponto que foi evidenciado no trato da questão é quanto à figura do cuidador, terceiro com quem o idoso não possui relação de parentesco e inicialmente nem sequer de convivência ou amizade, mas que, por necessidade, passa a compartilhar aspectos de sua vida privada ou íntima que outrora não tinham sido revelados sequer para as pessoas mais próximas. A discussão se aprofunda com o contexto de que esse compartilhamento não decorre da vontade do indivíduo longevo, nem advém de aplicação de dispositivo legal ou de determinação judicial, mas, sim, da necessidade.

Independentemente do contexto em que o cuidador aparece na vida do idoso, seja por contratação própria, por familiares seja ainda por responsáveis, descortina-se a situação de se ter aspectos íntimos e privados do idoso expostos mediante remuneração, o que tem suscitado inúmeras discussões sobre eventuais contradições existentes entre, de um lado, ter-se a intimidade como valor irrenunciável e imprescritível e, de outro, tê-la como um valor passível de negociação, no que já se viu inclusive utilizada a radical expressão de mercantilização da intimidade. Ressalta-se que se incluem nessas discussões não só os cuidados considerados particulares, mas também os prestados em instituições de Assistência social, atendimento ou internação, bem como asilos.

Um entendimento juridicamente bem adequado parece indicar ter como comerciais ou remuneradas as atividades concernentes ao cuidado em si, mas não os valores da intimidade e

da privacidade, cujos direitos correlatos possuem seus exercícios eventualmente limitados por estipulação legal ou intervenção judicial, no que a necessidade vem a somar-se neste mister.

Com o desenvolvimento tecnológico alcançado nos últimos anos, manter o resguardo privado e íntimo passou a ficar ainda mais difícil uma vez que o alcance de seus vários meios chega com facilidade às informações, dados, correspondências e até mesmo ao domicílio, reduto tradicionalmente aliado às noções de privacidade e vida privada. No caso dos idosos, a invasão, a indiscrição ou a revelação não autorizadas repercutem ainda mais em razão das condições especiais que ostentam, sendo potencialmente danosas quando refletidas em âmbito financeiro, previdenciário ou securitário.

Na verificação das legislações que tratam de privacidade, vida privada e intimidade no Brasil e em Portugal, observa-se a importância outorgada à matéria pelo legislador constituinte de ambos os países que, apesar de terem optado por inseri-la em capítulos e formas distintas, ou ainda pelo uso de técnicas legislativas diferentes, foram unânimes em garanti-las como pressupostos de independência e liberdade individual, trazendo ainda dispositivos protetivos específicos acerca de domicílio, correspondências, informações e dados pessoais, além de expressa previsão sobre reparação de danos em caso de inobservância a esse resguardo.

As legislações civis brasileira e portuguesa também trazem abordagem sobre o tema em múltiplas aplicações, com destaque para o Código Civil Português que estende a proteção à intimidade e privacidade também às pessoas já falecidas, inclusive com legitimidade para que sucessores possam pleitear eventual reparação, repercutindo a personalidade e a eventual lesão sofrida mesmo no período *post-mortem*.

No Brasil, destaca-se o Estatuto do Idoso que reitera os direitos e a garantias já dispostas pela norma constitucional e pela legislação civilista, reiterando-as quanto as pessoas idosas como pressupostos de desenvolvimento de sua personalidade e dignidade. Cumpre ainda evidenciar a existência de outros textos legais que, acessoriamente, aplicam-se quando tratado o assunto do resguardo íntimo e privado da pessoa idosa.

Nessa esteira, entende-se que a privacidade, a vida privada e a intimidade do idoso encontram-se asseguradas por normas gerais e específicas que, conjugadas e sob a proteção máxima do amparo constitucional, a ele se aplicam e se adéquam. Tem-se, então, que os direitos considerados gerais e fundamentais se aplicam a ele como aplicados também se fazem a todos os indivíduos em geral, independentemente de qualquer condição excepcional, inclusive quanto à faixa etária. Já os direitos específicos atribuídos aos mais velhos visam,

acima de tudo, neutralizar a vulnerabilidade e a condição de desigualdade decorrentes da velhice, reequilibrando um contexto de desfavorecimento, que, se mantido, comprometeria a continuidade de sua vida civil, econômica e política, tudo com o objetivo de garantia de plena liberdade, capacidade e autonomia.

As restrições próprias da idade avançada, físicas, emocionais, psicológicas, econômicas ou jurídicas, não podem servir de ensejo ou justificativa para que se façam inobservadas as garantias do que lhes é íntimo ou reguardado, nem para que lhes faça subtraída a vida privada. Sob tal aspecto, entende-se que envelhecer é viver e, como tal, há de ser dotada a longevidade com qualidade e dignidade, afastando-se dela toda e qualquer conotação depreciativa e garantindo-lhe proteção integral sob todos os aspectos, inclusive quanto aos personalíssimos direitos ora tratados.

A importância do tema se torna inquestionável na medida em que, com ele, se discutem a vida e a própria existência humana como princípio, meio e fim do Direito. A defesa do idoso e de suas necessidades de preservação da intimidade e da privacidade urge como pressuposto de garantia de vida plena e digna, restando-se ao Estado, não só dotar o longo tempo dessas garantias e direitos, mas também a obrigação de garantir-lhes aplicação e eficácia para que, de fato, se concretizem.

Ademais, o idoso, além de ser o próprio reflexo da sociedade em si, também é agente catalizador de suas mudanças cíclicas, compreensão que traz consigo um novo olhar sobre a matéria, desafio dos quais as sociedades brasileira e portuguesa também não podem omitir-se, a exemplo de novas relações pessoais e do progressivo desenvolvimento tecnológico, os quais, se por um lado permitem a constatação do muito que já evoluiu o ordenamento jurídico e o arcabouço doutrinário sobre a questão dos idosos, por outro asseguram a longa estrada que ainda se há de percorrer em busca da efetividade de seus direitos e garantias, incluindo-se os que resguardem o que há de mais privativo e íntimo numa etapa tão especial da vida: a velhice salutar.

BIBLIOGRAFIA

1. FONTES DOCUMENTAIS

1.1 Legislação

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. [Em linha] [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

BRASIL. PRESIDÊNCIA da República do Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**[Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-04645-4.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto. 18. ed. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2014. ISBN 978-972-724-690-8.

1.2 Livros, Monografias e Artigos

ALCÂNTARA, Adriana de Oliveira – **Velhos institucionalizados e família**: entre abafos e desabafos. São Paulo: Alínea, 2009. ISBN 978-85-7516-378-8.

ARENDT, Hannah - **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. ISBN 978-85-218-0456-9.

ASCENSÃO, José de Oliveira - **Direito Civil: Teoria Geral - Vol. I**. Coimbra: Coimbra, 1998. ISBN 972-32-0989-6.

BARBOZA, Heloiza Helena. **Vulnerabilidade e cuidado**: aspectos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5650-5.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O direito à saúde da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09059-0.

BARROS, ALICE MONTEIRO - **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. ISBN 978-85-361-1264-0.

BARROSO, Luis Roberto – **Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação**. In: Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. ISBN 978-85-7348-730-5.

BASTOS, Celso Ribeiro - **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. ISBN 85-02-00518-9.

BASTOS, Celso Ribeiro **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. ISBN 85-02-00526-X

BAUMAN, Zygmund - **Cegueira moral**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2014. ISBN 978-85.

BEAUVOIR, Simone - **A velhice**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, ISBN 85-209-0216-2.

BEAUVOIR, Simone - **A velhice**: a realidade incômoda. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

BOBBIO, Norberto - **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução: Danila Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. ISBN 85-352-0646-9.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro – **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN 978-85-020-6087-6.

BOTH, A – **Identidade existencial da velhice**: mediações do Estado e da universidade.
Passo Fundo: Edupf, 2000. ISBN 85-86010-72-3.

CABRAL, Marcelo Malizia - **A colisão entre os direitos da personalidade e os direitos da informação**. In: FRUET, Gustavo Bonato; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (Org.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-7134-8.

CAMPOS, Diogo Leite - **Lições de Direito de Personalidade**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

CANOTILHO, J.J Gomes – **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 3. ed.,
Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-2271-5.

CANOTILHO, J.J Gomes – **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 3. ed.,
Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-2271-5.

CANOTILHO, J.J Gomes – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra:
Coimbra Editora, 1984.

CANOTILHO, J.J Gomes – **Direitos constitucional e teoria da constituição**. 2. ed.
Coimbra: Editora Almedina, 1998. ISBN 978-972-40-2106-5.

CANOTILHO, J.J Gomes – **Reality Shows e Liberdade de Programação**. Coimbra:
Coimbra Editora, 2003. ISBN 972-32-1159-9.

CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol I. 4. ed.Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-85-203-3044-9.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath – **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra: Editora
Coimbra, 2011. ISBN 972-32-0677-3.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath – **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 317 e segs.

CARVALHO, Paulo de Barros – **A dignidade da pessoa humana na ordem jurídica brasileira**. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. Tratado Luso Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo :QuartierLatin, 2009. ISBN 85-7674-348-5.

CAVERO, José Martinez de Pisón. **El Derecho a La Intimidad em La Jurisprudencia Contitucional** – Madrid: Civitas, 1993. ISBN 84-470-0131-8.

COHEN, J.L. – **Repensando a privacidade**: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. Revista Brasileira de Ciência Política – No. 7, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-02-06961-9.

CORDEIRO, Antonio Menezes Cordeiro – **Tratado de Direito Civil IV. Parte Geral Pessoas**. 5ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A, 2019. ISBN 978-972-40-7897-7.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só – tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 978-85-203-3099-9.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da Costa – **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 1995. ISBN 85-203-134-42.

COUTRIM, Rosa Maria da Exaltação – **Algumas considerações teóricas e metodológicas sobre estudos da sociologia do envelhecimento**. 2006. [Em linha]. [Consult. 10 out. 2018] – Disponível em:
http://revista.unati.uerj.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180998232006000300006&lng=en&nrm=iso.

COUTRIM, Rosa Maria da Exaltação. **Algumas considerações teóricas e metodológicas sobre estudos da sociologia do envelhecimento**. 2006. [Em linha]. [Consult. 10 out.

2018] – Disponível em:

http://revista.unati.uerj.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180998232006000300006&Ing=en&nrm=iso

DE CUPIS, Adriano – **Direitos da personalidade**. Tradução de: REZENDE, Afonso Celso Furtado. Campinas: Romana, 2004. ISBN 85-894900-6-8.

DIAS NETA, Vallêda Bivar Soares – **Vida privada e intimidade**: estrutura, conceito, função e limites na busca da tutela integral da pessoa humana. Fortaleza: Conpedi, 2010.

DONEDA, Danilo – **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN 978-85-7147-562-8.

DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação *apud* SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 34.

FARIA, Maria Paula Ribeiro de – **Os crimes praticados contra idosos**. 2. ed. Porto: Universidade Católica Editora. 2018. ISBN 978-989-8835-28-4.

FERNANDES, Ana Alexandre – **As pessoas idosas na legislação brasileira**. São Paulo: LTr, 1997. ISBN 85-7322-291-3.

FERNANDES, Ana Alexandre – **Velhice e Sociedade: demografia, família e políticas sociais em Portugal**. Oeiras: Celta Editora, 1997. ISBN 978-972-80-2783-4.

FERNANDES, Ana Alexandre. **Velhice e Sociedade**: demografia, família e políticas sociais em Portugal. Oeiras: Celta Editora, 1997. p. 14.

FERNANDEZ, Alberto Muñoz – **El cuidado de las personas dependientes ante la crisis del estado de bienestar**. Valencia: Tirante Humanidades, 2013. ISBN 978-84-15442-66-0.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio – **Sigilo dos dados**: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. São Paulo: Revista da FD-USP, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio – **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. ISBN 85-02-02362-4.

FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de –. **Direitos e garantias do idoso:** doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. ISBN 978-85-7308-969-1.

FROSINI, Vittorio. **Contributi ad um diritto dell' informazione.** Napoli: Liguori, 1991.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais.** Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2006. ISBN 85-362-0345-5.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família - guarda compartilhada à luz da lei 11698/08:** família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008. ISBN 978-85-224-5198-2.

GOLDMAN, S.N – Velhice e Direitos Sociais. In: GOLDMAN, S.N; PORTELA, A.; ARNAUT, T. (Coord.). **Envelhecer com cidadania: quem sabe um dia?** Rio de Janeiro: ANG-RJ/CBCISS, 2000. ISBN 85—7449-002-4.

GOLDMAN, S.N. Velhice e Direitos Sociais. In: GOLDMAN, S.N; PORTELA, A.; ARNAUT, T. (Coord.). **Envelhecer com cidadania:** quem sabe um dia? Rio de Janeiro: ANG-RJ/CBCISS, 2000. p. 16.

GOMES. Andréia Sofia Esteves. **A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa.** In: MIRANDA, Jorge (coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana – São Paulo: Quartier Latin, 2008. ISBN 978-85-767-4348-4.

- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro. Estudos de Teoria política.** São Paulo: Loyola: 2004. ISBN 978-85-150-2438-4.
- HANSARD – **Parliamentary History of England**, 1753-1765, p. 1307, *apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 36.
- HERÉDIA, V.B.M; CASARA, Mirian Bonho – **Tempos vividos: identidade, memória e cultura do idoso.** Caxias do Sul: Educs, 2000. ISBN 85-7061-151-X.
- HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO – **Honor, Intimidad e Propria Imagen.** 2. ed. Madrid: EditorialColex, 1994. ISBN 978-84-78-79154-5.
- JORDÃO NETTO, A.J.S – **Velho, velhice:** a nova semântica manifestada por diferentes grupos sociais na cidade de São Paulo. São Paulo: SBGG, 1994.
- KANT, Emmanuel – **Fondements de La Métaphysique des Moeur. Trad. Victor Delbos.** Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1992. ISBN 978-2-7116-1131-7.
- KANT, Emmanuel – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Lisboa: Edições 70, 2007. ISBN 978-072-44-1439-3.
- LARENZ, Karl – **Tractado de Derecho Civil Alemán.** Madrid, Revista de Derecho Privado, 1980.
- LEME, L.E.G. – A gerontologia e o problema do envelhecimento. In: **Gerontologia.** São Paulo: Atheneu, 1997. p. 17.
- LISBOA, Roberto Senise. – **Manual de Direito Civil:** direito de família e sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-07667-9.
- MAIO, Iadya Gama – **Pessoa idosa dependente.** Curitiba: Juruá, 2016. ISBN 978-85-362-5875-1.

MARINI, Giovanni – **La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità.** In: Il diritto privato nella società moderna. Nápoles: Jovene Editore, 2005.

MARTINEZ, Wladimir – **O direito dos idosos.** São Paulo: LTr, 1997. ISBN 85-7322-343-X.

MATONI, Luiz Fariñas – El derecho de la intimidad. In: PINTO, Ricardo Leite. **Liberdade de Imprensa e vida privada.** Lisboa: ver. Ordem dos Advogados, 1994. ISBN 978-989-640-172-6.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora – Envelhecimento e deficiência. In: **Os novos idosos brasileiros: Muito além dos 60?** Rio de Janeiro: Ipea, 2004. ISBN 85-86170-58-5.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-472-0367-2.

_____; **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-2-06899-5.

MENDES, Gilmar Ferreira – **Manual dos direitos da pessoa idosa.** São Paulo: Saraiva Jur, 2017. ISBN 978-85-472-1222-3.

MIGUEL, Carlos Ruiz. – **La configuración constitucional del derecho a la intimidad.** Madrid: Editorial Tecnos, 1995. ISBN 978-84-309-2599-5.

MIRANDA, Jorge – **Direitos Fundamentais.** 2. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2018. ISBN 978-972-40-7217-3.

_____; **Direitos Fundamentais.** 2. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2018. p. 82-83.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada. vol. I.** 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 978-972-54-0541-3.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado Luso Brasileiro da Dignidade Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 27.

MORAES, Maria Celina Bodin de – **Danos à pessoa humana:** uma leitura cívico-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. ISBN: 85-7147-344-7.

MORAIS, Alexandre de – **Direitos Humanos Fundamentais:** Teoria Geral. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017. ISBN 978-85-970-0888-3

_____; **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, ISBN 978-85-224-7481-3.

MUMFORD, Lewis – **La cultura dellacittá.** Milano: Einaudi, 2007. ISBN 978-88-061-8704-0.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana.** 2. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A, 2018. ISBN 978-972-40-7734-5.

NUNES, Lisa Nogueira Veiga – **Promoção do bem-estar subjectivo dos idosos através da intergeracionalidade.** 2009.[Em linha]. [Consult. 11 fev. 2017] – Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/11787/1/Tese%20Lisa%20Nunes.pdf>.

OTERO, PAULO – **Direito constitucional 1º Vol:** Identidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-4149-0.

PALMA, L.T.S.; SCHONS, C.R. (Org) – **Conversando com Nara Costa Rodrigues:** sobre gerontologia social. 2. ed. Passo Fundo: UPF, 2000. ISBN 978-85-860-1086-6.

PALMA, L.T.S.; SCHONS, C.R. (Org) – **Conversando com Nara Costa Rodrigues:** sobre gerontologia social. 2. ed. Passo Fundo: UPF, 2000. p. 51.

PASCHOAL, Sérgio Márcio Pacheco – **Qualidade de vida do idoso**: elaboração de um documento que privilegia sua opinião. [Em linha]. [Consult. 21 out. 2019] – Disponível em: <http://www.teses.usp.br/disponíveis/5/5137/tde-09112001-162639/>.

PEREIRA, Áurea Pimentel – **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. ISBN 85-7147-273-4.

PERMANENT MISSION OF PORTUGAL TO UNITED NATIONS – **ONU 2011/114**. [Em linha]. [Consult. 02 mai. 2018] – Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/OlderPersons/Submissions/Potugal.pdf>.

PINHEIRO, Naide Maria – **Estatuto do Idoso Comentado**. 3a ed. Campinas: Servanda Editora, 2014. ISBN 978-85-7890-057-1.

PINTO, Paulo Mota. **O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada**. Boletim da Faculdade de Direito – LXIX. Coimbra, 1993. ISSN 0303-9773.

PIOVESAN, Flávia – **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-10335-1.

PROSSER, Willian – *Privacy - a legal analysis*, in **Philosophical Dimentions of Privacy**. Cambridge: Schoeman, 1984. ISBN 978-051-116-2513-8.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa – **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa – **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21392-0.

ROBL FILHO, Ilton Norberto – **Direito, intimidade e vida privada**: paradoxos jurídicos de sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna. Curitiba: Juruá, 2010. ISBN 978-85-362-2979-9.

RODOTÁ, Stefano – **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. ISBN 978-8571476882.

RODOTÁ, Stefano – **Tecnologie e diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995. ISBN 978-881-50-4855.

SALAZAR PARREÑAS, Raquel – **Servants of Globalization: Women, Migration e Domestic Work**. Califórnia: Stanford University Press, 2001. ISBN 978-080-47-3922-1.

_____; **ServantsofGlobalization: Women, Migration e DomesticWork**. Califórnia: Stanford University Press, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. ISBN 978-85-734-8623-0.

_____; **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

SAMPAIO, José Adércio Leite – **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. ISBN 978-85-7308-217-8.

SCHREIBER, Anderson – **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7895-8.

SILVA, Edson Ferreira da – **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. ISBN 85-86442-57-7. p. 34.

SILVA, José Afonso – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. ISBN 978-85-392-0318-5.

VASCONCELOS, Pedro Pais – **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 80-81.

VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014.
ISBN 978-972-40-2994-8.

VIEIRA, Eliane Brandão – **Instituições geriátricas**. Avanço ou retrocesso? Rio de Janeiro:
Revinter, 2003. ISBN 85-730-9754-X.

VIEIRA, José Ribas – **Direito à intimidade e à vida privada**. Curitiba: Juruá, 2008. ISBN
978-85-362-1999-8.

VIEIRA, Tatiana Malta – **O direito à privacidade na sociedade de informação**: efetividade
desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre:
Fabris, 2007. ISBN 978-85-752-5429-5.