



A TUTELA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO EM UMA SOCIEDADE COSMOPOLITA

THE PROTECTION OF THE RIGHT TO FORGET IN A COSMOPOLITAN SOCIETY

Vitalínio Lannes Guedes¹

Bruna Bastos²

*“Esquecer é uma necessidade.
A vida é uma lousa, em que o destino,
para escrever um novo caso,
precisa de apagar o caso escrito.”
Machado de Assis*

*“Nada é para sempre, dizemos,
mas há momentos que parecem
ficar suspensos, pairando sobre
o fluir inexorável do tempo.”
José Saramago*

RESUMO:

Da (des)necessidade de tutela ao direito ao esquecimento em uma sociedade cosmopolita, surge a verificação de um novo constitucionalismo e da internacionalização do direito, frente as grandes transformações, ocorridas no mundo. Defende-se, portanto, a possibilidade de existir um estado constitucional cooperativo e um constitucionalismo global para tutelar o direito humano ao esquecimento, como um novo fenômeno, decorrente de uma sociedade em rede e do abuso do direito à liberdade de opinião e de expressão. A problemática deste trabalho trata de verificar que, mesmo que haja previsão da tutela do direito à liberdade de opinião e de expressão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ela não se mostra suficiente para a tutela ao direito ao esquecimento. Frente a isso, busca-se estudar a necessidade de uma constituição cosmopolita para a proteção desse direito emergente. No primeiro, faz-se um esboço acerca do direito ao esquecimento no mundo e no Brasil, traçando as origens e como é atualmente tutelado. Posteriormente, no segundo tópico, coteja-se frente a desterritorialidade e desespacialidade que se vive na sociedade global, onde não existem fronteiras para a circulação de informações a necessidade, ou não, da tutela ao direito humano ao esquecimento em um estado constitucional cooperativo. Para alcançar o objetivo traçado, utilizou-se como referencial teórico de base, a adotada no direito constitucional e no direito internacional, como por exemplo, Peter Häberle, Jürgen

¹ Advogado e Cientista Social. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - RS na Linha de Pesquisa, Direitos na Sociedade em Rede: atores, fatores e processos na mundialização. Especialista em Direito de Família e Mediação de Conflitos na Faculdade Palotina de Santa Maria - FAPAS. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria-RS. Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria - RS. É sócio do escritório de advocacia Lannes & Gehrke Assessoria e Consultoria Jurídica. Endereço eletrônico: vitaguedes@hotmail.com

² Advogada. Pós-graduanda em Direitos Humanos e Questão Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria, com período sanduíche junto à Universidad de Cantábria, em Santander, na Espanha. Endereço eletrônico: bts.bru@gmail.com



Habermas, Luigi Ferrajoli, Jânia Saldanha, Ulrich Beck, dentre outros. No que tange à metodologia, adotou-se por ser a adequada ao presente estudo, a hermenêutica fenomenológica.

Palavras-chave: Cosmopolitismo. Direito ao esquecimento. Estado Constitucional Cooperativo.

ABSTRACT:

From the (un)need of protection to the right to forget in a cosmopolitan society, emerges the verification of a new constitutionalism and the law internationalization against the big transformations occurred in the world. This way, it will be defended the possibility of existence of a cooperative constitutional state and a global constitutionalism in order to protect the human right of forgetting as a new phenomenon, which comes from a network society and the abuse of the right to express freely ones' expression. The problem of the following work is about verifying that the existence of a prediction to protect the right to freedom of expression in the Universal Declaration of Human Rights isn't enough to protect the right to forget. Beyond this, it's pretended to study the need of a cosmopolitan constitution that's able to protect this emergent right. In the first chapter, it will be talked about the right to forget in the world and in the brazilian view, along its origins and how it's protected nowadays. After that, along the second chapter, it will be compared the unterritoriality and unspaciality that is lived in the network society, where there's no borders to the circulation of information, the need of a protection to the human right of forgetting inside the cooperative constitutional state. To reach the objective of this work, it was used as a theoretical reference the adopted in the constitutional and international law, as Peter Häberle, Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli, Jânia Saldanha, Ulrich Beck, among others. By the methodology, it was used the hermeneutic-phenomenological.

Keywords: Cooperative Constitutional State. Cosmopolitanism. Right to forget.

INTRODUÇÃO

Vive-se em uma sociedade globalizada, onde o fluxo informacional é extremamente veloz. Nesse contexto, as pessoas compartilham dados, documentos, fotos, vídeos pela internet num simples toque na tela de um *smartphone*, *tablete* ou de um clicar do *mouse* de um computador. Ocorre que na maioria das vezes as pessoas acabam não tendo noção da repercussão que causará a transmissão daqueles conteúdos, o que pode ofender determinada pessoa ou nicho da sociedade, ao relembrar alguma informação que a ridicularize ou relembrar um passado desagradável.

Salienta-se, contudo, que dito compartilhamento de informações, não se resume somente ao ambiente virtual, ocorrendo em rádio, revistas, jornais e na



própria sociedade. Daí, exsurge o direito que uma pessoa possui de ser deixado em paz, ou seja, de ter esquecido um fato que com ela ocorreu seja, há pouco, médio e há longo tempo.

Frente à expansão das possibilidades de compartilhamento das informações das pessoas, através da internet, a qual se centrará o presente artigo é que se buscará aferir como pode ou poderia ser tutelado o direito ao esquecimento em uma ordem constitucional cosmopolita. Primeiramente, discorrer-se-á acerca da contextualização desse direito no mundo e no Brasil a fim de se entender onde surge a necessidade de se esquecer algo do passado das pessoas.

Posteriormente, buscar-se-á explicitar nesse subtópico, a necessidade de uma legislação, ou mais especificamente, a necessidade de uma constituição cosmopolita para tutela do direito ao esquecimento em um estado constitucional cooperativo. Parte desse objetivo se coloca, frente ao alcance que possui a atual transmissão de dados pessoais pela rede mundial de computadores e *smartphones*.

Diante disso, por mais que a pesquisa aponte para uso tradicional do método dialético, propõe-se ir além, buscando estudar e compreender os fenômenos sociais na sua acepção singular, histórica e política (GADAMER, 2015, p. 38). Por esse motivo, entende-se que a metodologia da fenomenologia é a mais adequada ao que se propõe no presente artigo.

Cabe referir, que a discussão aqui entabulada se coaduna adequadamente ao eixo temático “Direitos Humanos, Controle de Convencionalidade e Proteção Multinível de Direitos” da XI Mostra Internacional de Trabalhos Científicos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

1. A TUTELA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: BREVE PANORAMA GLOBAL E BRASILEIRO

Realizado um esboço introdutório da temática do direito ao esquecimento, importante apontar seu contexto histórico e as várias formas pelas quais a ele se refere. Para se entender a origem do direito do esquecimento, cabe salientar que os próprios estudiosos divergem se fora decorrente do caso *Melvin vs. Reid*³, ocorrido

³ Esse caso fora julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1931, no qual foi acolhido pedido de indenização de uma antiga prostituta, em razão de filme que, ao abordar crime de cuja autoria foi



nos Estados Unidos, em 1930 de onde se extrairia a expressão “*right to be forgotten*”, ou seja, o direito de ser esquecido. Ou ainda, se fora na Europa, através do “*droit a l’oubli*”, o qual as cortes francesas reconheceram por volta de 1965, não especificamente com este nome, mas tratando-se da possibilidade de um ex-condenado não ficar sujeito a publicações na imprensa sobre os motivos de sua condenação de forma a reinseri-lo na sociedade. (ACIOLI; EHRHARDT JÚNIOR. 2017, p. 387)

Da mesma forma, os autores referidos (2017, p. 388) apontam para raízes do direito ao esquecimento na Lei de Imprensa francesa de 1881, a qual proibia a divulgação de informações pessoais sobre alguns processos judiciais específicos, tais como, divórcio, separação, filiação e demais questões de interesse particular.

Verifica-se dessa forma que independente da origem, e observando o debate jurídico nas democracias ocidentais acerca do direito ao esquecimento, cabe referir que a denominação possui uma dimensão ampla, pouco obtusa, designando vários direitos diferentes.

Assim sendo, o direito ao esquecimento também pode ser compreendido a partir da expressão “*right to be let alone*”, que seria o “direito a ser deixado em paz”, de forma que a privacidade materializa-se no espaço físico do direito de “ser deixado só” (ACIOLI; EHRHARDT JÚNIOR. 2017, p. 386), tendo em vista que “a violação da esfera privada individual vem, aos poucos, sendo equiparada à tutela da propriedade privada” (MACHADO, NEGRI, 2017, p. 370).

Algumas outras denominações como “*right to forget*” ou direito de esquecer, “*right to erasure*” ou direito ao apagamento, “*right to delete*” ou direito de apagar, são apontadas pelos estudiosos. Leonardo Parentoni (in DE LUCCA, et.al, 2015, p. 546), menciona que a melhor definição seria “*right to oblivion*”, pois “*oblivion*” deriva do esquecimento. Não propriamente o esquecimento fortuito, próprio da espécie humana, mas sim à perda forçada da memória.

Referido estudioso, aponta que o termo “*oblivion*” decorre do grego “*Lethè*”, que remonta à uma deusa, filha da discórdia, que fluía como um rio no submundo infernal. No presente caso, quando uma pessoa morria e era conduzida ao inferno, se via forçada a beber a água de “*Lethè*”, para que lhe fossem apagadas as

acusada e inocentada, expôs fatos de sua antiga profissão. Esse precedente americano, foi superado pela jurisprudência norte-americana quanto ao direito de liberdade de expressão, que passou a atribuir-lhe inequívoca posição preferencial. (MACHADO, NEGRI, 2017, p. 379)



memórias da sua vida pregressa. Resumidamente, pontua o autor que seria “*oblivion*” equivalente à extração forçada da memória. O que se remetendo à atualidade seria denominar o direito que permite a alguém forçar a retirada de conteúdo da internet.

Nesta pesquisa, pode-se encontrar também que na Itália, refere-se ao direito ao esquecimento como “*diritto all’oblio*”, na França “*le droit à l’oublié*” e em países de origem espanhola, “*derecho al olvido*”. Já no Brasil, o direito ao esquecimento tem sido apresentado com certo status de direito novo, apesar de a doutrina jurídica brasileira já trabalhar com seu conceito há tempo, como um termo “guarda-chuva”, trazendo a concepção de cinco direitos de conteúdo diverso, atualmente debatidos. Dentre eles, elencam-se os significados cunhados por Voss e Castets-Renard: direito à reabilitação, direito ao apagamento, direito à desindexação, direito à obscuridade e o direito ao esquecimento digital (ACIOLI; EHRHARDT JÚNIOR. 2017, p. 384).

Assim, “O direito à reabilitação, [...], é o direito de se esquecer o passado criminal de uma pessoa que já cumpriu sua pena perante a Justiça ou que foi absolvida do crime o qual foi imputada.” (2017, p. 394). Nesse sentido, trabalha-se a relação entre indivíduo e Estado, no sentido das legislações penais que determinam que depois de cumprida a pena ou tendo transcorrido certo tempo após seu cumprimento, o nome do ex-detento será retirado dos cadastros criminais, até mesmo, para que se garanta a reinserção deste na sociedade.

O segundo significado estudado é o direito ao apagamento, o qual na era digital recebe novo contexto, sendo o direito à privacidade, objeto de leis que regulam as formas de proteção dos dados pessoais coletados por atores privados. Salienta-se que dito direito não é, portanto, oriundo da era digital, remonta-se a formação do WelfareState nas democracias liberais (2017, p. 396). Nesse caso, salienta-se que

[...] as informações pessoais, em regra, não podem ser tratadas e utilizadas *ad aeternum*, posto que podem perder legitimidade uma vez que tenham cumprido o propósito para o qual foram coletadas. Isto quer dizer que um dado que era lícito no momento da coleta pode se tornar ilícito com o decorrer do tempo, tornando-se possível que o interessado faça o pedido de seu apagamento. (ACIOLI; EHRHARDT JÚNIOR. 2017, p. 396)



Na sequência, estuda-se o direito à desindexação, o qual é a forma de direito ao esquecimento de maior repercussão no debate jurídico atualmente, de forma tal que alguém pode, erroneamente, pensar que o direito à desindexação seria hoje a única modalidade possível de direito ao esquecimento. Este significado recebe fortes críticas, por delegar às empresas, a tarefa de fazer o sopesamento de direitos fundamentais, entre os direitos da personalidade do ofendido e o direito à informação da sociedade dos dados que serão ou não desindexados (2017, p. 397).

Salienta-se que a desindexação é um mecanismo no qual as pessoas podem pedir que seja ocultado, ou, dificultado o acesso ao endereço eletrônico que veiculou a notícia ou o fato desagradável de seu passado, gerando com isso, o direito ao esquecimento.

Ainda estuda-se o direito à obscuridade que “[...] é um direito “nascente” proposto por juristas americanos como uma alternativa aos modelos de direito ao esquecimento aplicados na Europa continental e em outros países de tradição civil law.” (ACIOLI; EHRHARDT JÚNIOR. 2017, p. 397). Destaca-se assim que, Jullie Brill, ex-comissária da Comissão Federal de Comércio dos Estados Unidos, propôs o direito à obscuridade:

[...] como uma alternativa viável de direito ao esquecimento para os EUA, pelo qual as informações não seriam apagadas ou desindexadas, mas, por uma combinação de fatores técnicos, esses dados seriam tornados relativamente difíceis de se encontrar na rede, ou seja, ficariam obscuros. (ACIOLI; EHRHARDT JÚNIOR. 2017, p. 398)

Por fim, os estudiosos, apontam como significado, o direito ao esquecimento digital, cuja nomenclatura se refere à proposta original do jurista austríaco, professor de Harvard, Viktor Mayer-Schönberger apresentada no capítulo VI de seu livro Delete: the Virtue of Forgetting in the Digital Age, de 2009, o qual:

[...] propõe uma mudança no código usado pelos softwares e aplicações na internet, por meio do acréscimo de metadados para o seu apagamento, de modo que todas as informações compartilhadas estariam sujeitas a uma data de expiração a ser inserida, no arquivo, pelo próprio usuário. Portanto, ao salvar um determinado documento, o usuário seria induzido pelo programa a estabelecer uma data limite que, quando alcançada, resultaria no seu apagamento. (ACIOLI; EHRHARDT JÚNIOR. 2017, p. 398)

Dessa forma, as pessoas seriam avisadas de que a informação estaria próxima de atingir sua data limite, podendo ser editada a data de expiração para



adiá-la por mais tempo, caso concluíssem que ainda necessitam dela. Portanto, dito significado ao que se verifica não é impositivo, mas, sim, propositivo. O jurista austríaco desejou através da acepção por ele criada que as pessoas pensem a respeito da utilidade e da necessidade de se manterem determinados dados disponíveis “para sempre”, ou seja, que comecem a refletir sobre o problema da memória digital permanente.” (2017, p. 398)

Frente a tais destaques acerca da contextualização e conceituação do direito ao esquecimento importa referir a necessidade de harmonizar ordenamentos jurídicos conflitantes numa sociedade mundial progressivamente hiperintegrada, destacando-se as formas de relacionamento entre as ordens jurídicas na contemporaneidade, ressaltando a possibilidade de que questões jurídicas complexas preocupem, simultaneamente, diversas ordens.

O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Salienta-se, com isso, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder, os quais se tornam concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. (NEVES, 2009, p. 113-234)

Diante das assimetrias das formas jurídicas, com diferentes imposições “soberanas” em Estados fortes e fracos, e múltiplas relações entre ordens transnacionais o autor menciona que ainda é incipiente a afirmação do transconstitucionalismo, com um instrumento para exigência funcional de uma integração sistêmica, como forma de promover a comunicação entre os fragmentos da ordem mundial e lidar com o fenômeno da exclusão (NEVES, 2009, p. 279-286; 289-292).

As formas de comunicação e remissão entre ordens jurídicas distintas tem sido objeto de debate jurídico, acerca dos mecanismos empregados para a harmonização da operação jurídica de múltiplos níveis da sociedade contemporânea, em que destaca as comunicações entre juízes (chamada de transjudicialismo), a integração entre atores legislativos e políticos de diversas instâncias, a construção de uma gramática jurídica comum, e o processo do que chama de confluência constitucional, que seria a “adoção de soluções jurídicas



comuns pelos textos constitucionais, a partir da ascensão de valores globais”.(ACUNHA, 2016, p. 766)

Nesse ponto, o que cabe enfatizar é que o trato de problemas jurídico-constitucionais que envolvam direitos humanos e fundamentais já não pode mais ser feito apenas nos limites nacionais e estatais pensados na modernidade, mas sim de modo cosmopolita, como se verá, com uma possível implementação de um estado nacional cooperativo e através de uma constituição que se pretende global.

2. A (DES)NECESSIDADE DA TUTELA AO DIREITO HUMANO DE ESQUECIMENTO EM UMA SOCIEDADE COSMOPOLITA

Sobre o direito ao esquecimento conforme se vislumbrou na primeira parte deste artigo, importante mencionar que decorre do direito à liberdade de opinião e expressão. Deseja-se neste tópico verificar a (des)necessidade de se tutelar o direito humano ao esquecimento em uma sociedade cosmopolita, ressaltando-se, no sentido de que os direitos supracitados, encontram amparo na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH)⁴. Desse modo, por mais que haja dita previsão, verifica-se um certo óbice quando há o abuso desses direitos, no que tange à tutela ao esquecimento.

Fala-se isso, devido a desterritorialidade e desespacialidade em que se vive, em uma sociedade conectada em rede, onde quaisquer fatos comentados sobre qualquer pessoa chega ao outro lado do mundo em “um piscar de olhos”, quiçá até mais rápido. Frente a uma necessidade de proteção da privacidade, da intimidade e da honra das pessoas no mundo todo exsurge então, a necessidade ou não, de se verificar ou criar-se uma constituição cosmopolita e do estabelecimento de um estado constitucional cooperativo, de modo que se efetive a tutela o direito humano ao esquecimento.

Nesse sentido, cumpre mencionar em que perspectiva surge o viés cosmopolita que se almeja estudar, verificando que ele se desenvolveu em paralelo com o constitucionalismo, não se confundindo com ele, mas ligando-se com alguns de seus princípios (NASCIMENTO, 2011, p. 23). Além disso, segundo Ulrich Beck, o

⁴“Artigo XIX - Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”
Fonte: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> - Acesso em: 25/06/2018



cosmopolitismo abarca a ideia de patriotismo, necessitando de um solo estatal. (BECK, 2005, p. 10).

Peter Häberle, por sua vez expande a concepção cosmopolita, traçando os ideais de um Estado Constitucional Cooperativo, o qual surge

de forma ativa se ocupa dos demais Estados, se ocupa também das demais instituições nacionais e supranacionais, assim como, igualmente dos cidadãos de seus respectivos países, cidadãos que já não são em algum modo estranhos, do mesmo modo que sua abertura a tudo relativo ao meio ambiente se converte à abertura ao mundo. (HÄBERLE, 2002, p. 259)

Diante dessa concepção, é que se visa conjecturar a tutela a um direito humano ao esquecimento, tendo em vista que cada país possui sua proteção especial à liberdade de opinião e de expressão, não abarcando muitas vezes, este direito a ser deixado em paz, de se olvidar o passado negativo dos cidadãos, principalmente por este transpasse de fronteiras acima relatado. Dessa forma, vislumbra-se na ideia de uma sociedade cosmopolita, a possível implementação de um estado constitucional cooperativo, pois

Graças ao desenvolvimento e aperfeiçoamento dos meios de comunicação e transporte que agora existem no mundo, assim como pelo fato dos seres humanos se encontrarem cada vez mais próximos uns dos outros na chamada aldeia global mundial como consequência dos novos meios, não obstante e como efeito indesejado se produziu paralelamente uma deterioração das relações [...] (HÄBERLE, 2002, p. 271-272)

Frente à deterioração das relações propalada pelo autor alemão e da aproximação existente dos cidadãos, na aldeia global mundial verifica-se a necessidade de uma a proteção ao direito humano ao esquecimento dentro de um Estado Constitucional Cooperativo conforme defendido por ele. Seguindo esta concepção, a professora Jânia Saldanha, defende que da análise do mosaico global das relações econômicas, jurídicas e políticas, antevê-se ter o cosmopolitismo deixado de ser uma simples ideia da razão e do mundo filosófico, para constituir-se numa pura e inexorável realidade. Trata-se, com efeito, do exercício da “mirada cosmopolita”, cunhada por Peter Häberle, como mínima exigência para que se entenda a realidade jurídico-social e política do século em curso a partir da “reestruturação” conceitual das tradicionais percepções sobre o Estado e sobre as formas de produção e de aplicação do direito (SALDANHA, 2018, p. 79).



Assim, ao cotejar uma proteção ao esquecimento em uma sociedade cosmopolita, como se está a defender percebe-se importante apontar que o constitucionalismo deveria envolver, então, a concepção política de um povo dentro de um território, o direito das gentes ou dos Estados em suas relações internacionais e o “direito cosmopolita”, que abarcaria a influência mútua dos homens e dos Estados em prol de um estado universal de humanidade. Esses requisitos seriam necessários para efetivação da ideia de “paz perpétua” entabulada por Kant. Salienta-se que o cosmopolitismo não seria uma ordem normativa, na qual se pudesse questionar sua efetividade, mas sim um princípio regulador das relações de reconhecimento recíproco, proveniente de um vínculo jurídico entre os homens submetidos às leis (NASCIMENTO, 2011, p. 76-78).

Dessa forma, pode-se verificar que incluir o direito humano ao esquecimento, num rol de direitos em uma sociedade cosmopolita, mostra-se mais efetivo a fim de atingir seu propósito, tendo um alcance além fronteiras, na aldeia global em que se vive, para fins de assemelhar ao constitucionalismo que se espera conforme ressaltou-se. Para tanto há direitos básicos de cooperação, que

[...] não é senão outra das consequências do Estado constitucional cooperativo junto com seu próprio direito comum cooperativo e com seu Direito internacional cooperativo. [...] A realização de direitos básicos cooperativos é uma tarefa dos Estados constitucionais de cooperação em sua projeção *ad extra* ou para fora no que diz respeito à comunidade jurídica mas que se trata de um *standart* mínimo de realidades básicas materiais e procedimentais.” (HÄBERLE, 2002, p. 291)

Em que pese, o propósito deste artigo seja verificar a necessidade ou não, de uma tutela ao direito ao esquecimento em tempos de cosmopolitismo, convém ressaltar que “O Estado constitucional de cunho cooperativo não pode ser considerado como algo perfeitamente alcançado e objetivamente acabado, mas que se encontra em vias de alcançá-lo.” (HÄBERLE, 2002, p. 293)

O estado constitucional está disposto a uma cada vez maior cooperação que vai estendendo paulatinamente, ganhando intensidade, com o passar do tempo. A cooperação para com o Estado constitucional se converte pela sua própria essência que se entende por si mesmo mas, que ao mesmo tempo, deve documentar-se não somente pelo seu próprio interesse que seria a “clareza constitucional”, mas também sobretudo para que seja posto em prática, ou seja, não somente por achar-se expressamente no texto constitucional.



É por isso então, que se defende a tutela ao direito ao esquecimento em um Estado Constitucional Cooperativo, decorrente de uma almejada sociedade cosmopolita, de onde se extrairá frente a cooperação entre os povos, a proteção ao abuso dos direitos à liberdade de opinião e de expressão. Buscando entender acerca de um novo constitucionalismo, interessante apurar o estudo realizado pela professora Valéria Ribas do Nascimento e pelo professor Ademar Pozzatti Junior, os quais propõem a análise do desenvolvimento da constitucionalização e como tal poderia se dar no âmbito do direito internacional.

Dessa forma, buscam realizar uma abordagem internacional do direito constitucional atentando os desafios das ordens jurídicas a fim de contribuir para uma governança contemporânea multilevel (NASCIMENTO, POZZATTI JUNIOR, 2017, p. 83-84). Nesta senda, frente à necessidade de uma tutela cosmopolita ao direito ao esquecimento, e diante de uma governança multilevel dos países, é que se conecta

“O Estado Constitucional Cooperativo [...], aquele Estado cuja identidade inclusive a nível internacional se acha dentro de um complexo tecido de relações inter e supranacionais, assim como à medida que toma plenamente consciência da colaboração internacional e se responsabiliza também dela como parte da própria solidariedade. Todas essas teses se encontram em conformidade com a tão necessária política mundial em prol da paz.” (HÄBERLE, 2002, p. 257-258)

Para corroborar, com o ideal do jurista alemão, Ricardo Guastini, colaciona uma lista de condições para a constitucionalização:

[...] uma Constituição rígida (aquela que depende de um processo solene e complexo para ser alterada); a garantia de uma jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade das leis); a força vinculante da Constituição (cultura jurídica de respeito às normas constitucionais); a sobreinterpretação (a Constituição mesma como vinculante); a aplicação direta das normas constitucionais (efeito imediato de seus artigos, independentemente da classificação); a interpretação conforme (possibilidade de interpretação adequada à Constituição) e a influência da Constituição nas relações políticas (dependendo de diversos elementos como a postura dos juízes, dos órgãos e atores políticos). (GUASTINI, 2006, p. 50-58).

Diante dessas necessidades para haver uma constitucionalização, seja em âmbito cosmopolita e de um Estado Constitucional Cooperativo, cumpre referir que a conceituação de constituição moderna, se refere à ideia de que ela está amparada em núcleo rígido e inalterável inerente à constituição. Além disso, surgem as noções



de limite de poder e de garantia dos direitos fundamentais. Dessa forma, normas constitucionais, contidas nesse núcleo, seriam indisponíveis e inegociáveis pelos Estados. Tal rigidez é elemento essencial para a constitucionalização do direito internacional, movimento este que almeja dar conta da globalização econômica e universalização dos direitos humanos, bem como, possibilitaria a eficácia interna de tratados internacionais num ambiente de Estado Constitucional Cooperativo. (NASCIMENTO, POZZATTI JUNIOR, 2017, p. 84-85)

Assim no que tange à rigidez como elemento para haver a constitucionalização do direito internacional visando na sequência a universalização dos direitos humanos, interessante discorrer acerca da visão tradicional sobre a liberdade de expressão. Tal visão é de um direito negativo, que se esgota num dever de abstenção do Estado. Diante disso, a liberdade de expressão constitui uma limitação para os poderes públicos, construída para que eles não tenham como impedir nem coibir a manifestação de quaisquer opiniões ou ideias. Tal concepção, no entanto, não é incorreta, mas incompleta. (SARMENTO, 2007, p. 1-2).

Menciona-se isso, uma vez que a dimensão preponderante da liberdade de expressão em que pese negativa, a garantia deste direito, frente a uma sociedade desigual, reclama também ações positivas do Estado, visando a assegurar a todos e todas a possibilidade real do seu exercício e o enriquecimento do debate público. (SARMENTO, 2007, p. 2). Todavia, apesar desses aspectos positivos e como já ressaltado, o abuso desses direitos promove a necessidade da tutela ao esquecimento de um passado não muito agradável aos cidadãos do mundo.

Salienta-se que apesar da necessidade de se garantir essa tutela ao esquecimento, as liberdades de expressão e de opinião possuem autonomia individual, sendo este outro valor fundamental, que justifica a proteção que estes direitos previstos na DUDH necessitam. A premissa básica é a de que a capacidade do ser humano de interagir comunicativamente com o seu semelhante constitui uma necessidade absolutamente vital. Por isso, o direito de cada um de expressar suas ideias e opiniões e de ouvir aquelas expostas pelos outros representa uma dimensão essencial da dignidade humana. Privar o indivíduo destas faculdades é comprometer a sua capacidade de realizar-se e de desenvolver-se como pessoa humana. (SARMENTO, 2007, p. 26).

Daniel Sarmento ainda menciona que se compreender corretamente a ideia de autonomia individual na esfera comunicativa, como algo ao mesmo tempo



relacionado a todos os partícipes dos diálogos sociais e associado à real capacidade de cada um se comunicar, veremos que ela não só é compatível, como, mais que isto, até reclama uma postura não absenteísta dos poderes públicos. (2007, p. 27).

Apesar de tais ponderações, interessa aqui analisar a perspectiva da inclusão do direito humano à uma sociedade cosmopolita que com o desenvolvimento tecnológico e o incremento das telecomunicações globalizou-se fatores sociais, políticos e culturais o que vem alargando as identidades políticas, dando uma ideia de pertencimento a uma comunidade mundial. Nisso, advém a ideia de constitucionalismo global o qual é representado pela revisão da relação entre direito internacional e soberania estatal, cunhada por Ferrajoli, ao qual direito e soberania são inconciliáveis. (NASCIMENTO, POZZATTI JUNIOR, 2017, p. 87)

Esta nova constitucionalização não serve para representar a vontade comum da humanidade, senão para garantir os direitos de todos, inclusive frente à vontade popular. Todavia, “Este é o único caminho para responder à complexidade social e para salvar, com o futuro do direito, também o futuro da democracia”. (FERRAJOLI, 2006, p. 34)”.

Dessa forma, no intuito de encontrar uma alternativa para que o direito ao esquecimento seja tutelado, importante referir que a proposta háberliana de Estado Constitucional Cooperativo direciona-se ao que trata de pluralismo ou de estrutura aberta, tanto indo do interior ao exterior, como vice-versa. Estaria, então, frente a todas estas características, o ideal kantiano do projeto cosmopolita. (NASCIMENTO, POZZATTI JUNIOR, 2017, p. 90).

O que estes autores desejam traçar é uma proposta de constitucionalismo cosmopolita como necessária, desde que haja uma revisão de alguns dos fundamentos propostos por Kant. Um importante filósofo contemporâneo que dá continuidade ao projeto cosmopolita kantiano é Jürgen Habermas, para quem a crescente interdependência das sociedades favoreceria a implementação da paz no mundo. Seu pensamento político representa uma contribuição importante para a problematização de temas como a constitucionalização do direito internacional. (NASCIMENTO, POZZATTI JUNIOR, 2017, p. 91).

Saliente-se que o direito internacional clássico já seria um tipo de constituição na medida em que produz uma comunidade jurídica entre as partes que formalmente tenham direitos iguais. Alguns traços essenciais desta “proto-constituição” do direito internacional a distinguem da constituição republicana. Não



por ser composta por sócios jurídicos individuais, mas por atores coletivos, pois possui a função de formar poderes. (HABERMAS, 2006. p. 136).

Nesse sentido, a constitucionalização do direito internacional, dentro da concepção de um estado constitucional cooperativo, terá de compreender os requisitos básicos a existência de uma constituição a fim de satisfazer as condições de legitimação de uma possível sociedade cosmopolita. Dessa forma, poderá conseguir abarcar a proteção ao direito ao esquecimento, quando haja o abuso dos direitos de liberdade de opinião e de expressão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse artigo, buscou-se realizar um panorama histórico global e do Brasil, no que pertine ao direito ao esquecimento, mostrando desde seu possível surgimento decorrente do abuso da liberdade de opinião e de expressão e, então, do direito à reabilitação daqueles que sofreram alguma pena privativa de liberdade. Dessa forma, cotejou-se o direito a ser deixado em paz, o direito ao apagamento dos dados do cidadão, entre outras formas.

Na sequência, partiu-se para a análise de como o direito ao esquecimento vem sendo tratado no Brasil, porque vive-se em uma sociedade globalizada, onde o fluxo informacional é extremamente veloz e não possui fronteiras. Frente a essa desterritorialidade é que ensejou a análise realizada no segundo tópico.

Verificou-se assim que, com o compartilhamento de informações, o que não se resume somente ao ambiente virtual, ocorrendo em rádio, revistas, jornais e na própria sociedade, surge a necessidade de uma pessoa possui de ser deixado em paz, ou seja, de ter esquecido um fato que com ela ocorreu seja, há pouco, médio e há longo tempo. Isso é decorrente, do abuso do direito de liberdade de opinião e de expressão.

O estudo deste artigo seguiu no sentido da necessidade que se tem de tutelar o direito humano ao esquecimento em uma sociedade cosmopolita. Com isso, buscou-se explicitar, a necessidade de uma legislação, ou mais especificamente, a necessidade de uma constituição cosmopolita para tutela do direito ao esquecimento em um estado constitucional cooperativo.

Com isso, através dos filósofos e estudiosos contemporâneos descritos buscou-se realizar um esboço de uma possível tutela do direito ao esquecimento em



estado constitucional moderno frente ao cosmopolitismo em que se vive. Com estas verificações não se quis esgotar a temática e tampouco consolidar esta tutela como ideal para solução dos problemas decorrentes desse direito emergente na sociedade global, todavia, buscou-se cotejar ideias possíveis para que os cidadãos do mundo se vejam amparados onde quer que estejam e possuam o direito a esquecer algo que fira sua imagem, honradez e intimidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACIOLI, Bruno de Lima; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas: Direito e Mundo digital*, Brasília, v. 3, n. 7, p.384-411, 31 dez. 2017. Quadrimestral. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4867>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Democracia e transconstitucionalismo: “direito ao esquecimento”, extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 12, n. 3, p. 748-775, set. 2016. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/66589/64210>>. Acesso em: 22 Fev. 2018.

BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o guerra esla paz*. Traducción de Bernardo Moreno Carillo. Barcelona: Paidós, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meuer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini, 15. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, M. (ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *O Ocidente dividido*. Tradução de Luciana Villas Boas. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2006.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura constitucional cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2010.



NASCIMENTO, Valéria Ribas do, POZZATTI JUNIOR, Ademar. *Constitucionalização do regime jurídico internacional? Os desafios da normatividade na era da globalização*. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, SP, v. 18, n. 7, p. 82 – 102, Set./Dez. 2017

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NAÇÕES UNIDAS, Organização. Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH). Disponível: Fonte: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> - Acesso em: 25/06/2018

PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao esquecimento (Right to oblivion). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet III – tomo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p.539-618.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo Jurídico: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16 maio-junho-julhoagosto, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.